

Libera Università degli Studi Sociali
LUISS - Guido Carli di Roma
Facoltà di Giurisprudenza

Tesi di Dottorato in Diritto Pubblico
XXIII Ciclo

Le certificazioni pubbliche e private:
dal potere pubblico del *certum facere* agli organismi
certificatori privati

Tutor: Prof. Giuseppe Di Gaspare

Candidata: Dott.ssa Elisabetta Saladino

A mia madre e mio padre

INDICE

PARTE I

I.	Publici poteri e pubblica certezza: cenni storici	p. 1
II.	Breve inquadramento sistematico: le principali ricostruzioni dottrinali	
II.1	Le tesi risalenti	p. 6
II.2	La tesi di Massimo Severo Giannini	p. 11
II.3	Le tesi più recenti	p. 12
III.	Procedimenti certificatori: distinzioni e individuazione dei requisiti	
III.1	Le categorie tradizionali: acclaramenti, accertamenti, certazioni	p. 19
III.2	Figure affini: negozio di accertamento e sentenza di accertamento	p. 22
III.3	Struttura e requisiti: forma, contenuto, elementi essenziali	p. 26
III.4	Efficacia: effetto dichiarativo, preclusivo e costitutivo probatoria	p. 29
IV.	Semplificazioni e certificazione	
IV.1	Semplificazione procedimentale e funzione certificativa	p. 31
IV.2	Le dichiarazioni sostitutive di certificazione e di atti di notorietà	p. 33
IV.3	Semplificazione funzionale e certificazioni	p. 36
IV.4	Privati e funzioni amministrative	p. 39
IV.5	(Segue) Conferimento a privati di funzioni certificative	p. 55

PARTE II

V.	La crisi dello schema tradizionale	
V.1	I nuovi principi regolanti l'attività certificativa	p. 59
V.2	La nascita di nuove esigenze: fiducia, affidamento, sicurezza	p. 71
V.3	La certezza "privata"	p. 74
VI.	Le nuove forme di certificazione e i nuovi soggetti	
VI.1	Distinzioni e classificazioni	p. 81
VI.2	I nuovi soggetti: società private che accreditano e organismi che certificano	p. 85
VI.3	Certificazioni di qualità industriali	p. 88
VI.4	(Segue) Certificazioni per partecipazione alle gare pubbliche	p. 93
VI.5	Certificazioni ambientali	p. 103
VI.6	Certificazioni di bilancio	p. 113
VI.7	Certificazioni fiscali	p. 116
VI.8	Certificazioni agroalimentari	p. 120
VII.	Conclusioni	p. 123
	Bibliografia	p. 130

PARTE PRIMA

I. Poteri pubblici e certezza pubblica: cenni storici

La certezza dei traffici e le certezze pubbliche in genere costituiscono, storicamente, esigenze primarie degli ordinamenti generali positivi: fin dalle epoche più antiche, infatti, i pubblici poteri si sono riservati, pur con modalità e forme diverse e distanti tra loro, la disciplina di fatti, stati, beni o situazioni economicamente rilevanti, mediante attività, provvedimenti o operazioni materiali, finalizzate a garantire la sicurezza dell'individuo e il regolare svolgimento dei rapporti economico-sociali, oltre che produttive di qualità giuridiche attribuite ai determinati atti, e quindi di certezze pubbliche.

Le prime forme di attività certificativa hanno avuto a oggetto la regolazione di pesi, misure e tempo, elementi imprescindibili per la quasi totalità dei rapporti economici, tramite formalità differenti ma con tratti e finalità comuni.¹ Le ragioni della concentrazione nella mano dei pubblici poteri, ancor prima della formazione degli Stati,² delle funzioni di disciplina di queste materie è stata determinata dall'esigenza di fornire unità e sistemi di misurazione certi per la circolazione di beni.³

Sebbene alcune attività, come quella metrologica finalizzata alla misurazione di spazio, tempo, volumi, masse e pesi, siano oggi date per scontate, nei secoli passati costituivano funzioni essenziali, così come ogni altra forma di regolazione di materie misurabili. Analoghe considerazioni possono essere svolte in riferimento alle attività di definizione e apposizione di simboli, di toponomastica, di organizzazione e tenuta di elenchi in cui inserire e classificare eventi naturali o qualificazioni giuridiche.⁴

Si può allora concludere che le certezze pubbliche così definite, in quanto sottratte all'autonomia privata e preordinate ad attestare l'esistenza di fatti che interessano l'intera collettività,⁵ costituiscono uno dei tratti salienti dei pubblici poteri ed hanno assunto un rilievo sempre più marcato, parallelamente allo svilupparsi delle forme statuali ed economiche.⁶

¹ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1993, p. 21: l'Autore ha fornito un contributo essenziale allo studio della certezza pubblica, a partire dalle *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Milano 1950, in cui fa esplicito richiamo alla nozione di certezza e ai procedimenti dichiarativi. Fondamentali sono inoltre le voci *Accertamento – Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1958, p. 222, e *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, 1960, p. 1960.

² L'ordine concettuale cui si fa riferimento è quello proposto da M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, (trad. it. *Economia e società*, Milano 1968).

³ M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna 1986, p. 27: l'Autore fa riferimento in entrambi i testi alla tesi, tutt'altro che pacifica tra i sociologi, prospettata da K.A. Wittfogel, *Il dispotismo orientale*, Firenze 1968, secondo cui i più importanti ordinamenti giuridici dell'antichità – egiziano, assiro, babilonese, cinese: i c.d. "stati idraulici" – sarebbero stati originati dal bisogno di regolare la distribuzione dell'acqua derivata dai grandi fiumi. La tesi è richiamata anche da R. D'Amico, *L'analisi della Pubblica Amministrazione. Teorie, concetti, metodi*, Milano 2006, p. 40 e ss.

⁴ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'econ. cit.*, p. 39; A. Fioritto, *La funzione di certezza pubblica*, Padova 2003, p. 114.

⁵ S. Giacchetti, *Certificazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, 1988 p. 1 e ss.

⁶ M.S. Giannini, *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, Milano 1960; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'econ. cit.*, p. 21 secondo cui "lo Stato, e prima di esso gli ordinamenti generali che avevano caratteristiche giuridiche diverse dallo Stato, hanno sempre disciplinato fatti attinenti

Strutture sempre più complesse e perfezionate sono in grado di fornire agli operatori giuridici ed economici dati sufficientemente sicuri per il compimento di negozi giuridici o di provvedimenti amministrativi, in ambiti sempre più ampi ed eterogenei.⁷ La disciplina così approntata da un pubblico potere vincola, in particolare, tutti i soggetti dell'ordinamento a riconoscere la rilevanza attribuita a quel fatto materiale.⁸

Può quindi affermarsi che la finalità primaria attribuita in epoca antica all'attività certificativa consisteva nell'attribuzione di un determinato livello di certezza in senso oggettivo, che si traduceva nella prevedibilità delle conseguenze, nella stabilità dei rapporti e nella risoluzione dei conflitti.⁹ La certezza pubblica diviene quindi una qualità giuridicamente rilevante prodotta sulla base di una norma da un soggetto a ciò preposto.

L'ordinamento giuridico romano del periodo imperiale¹⁰ e successivamente l'epoca medievale¹¹ hanno contribuito ad attrarre nell'orbita ordinativa pubblica ulteriori materie, tra cui la disciplina di professioni e mestieri, la zecca, l'istituzione di catasti e registri:¹² è nell'epoca comunale, più specificamente, che comincia a strutturarsi una società basata sulle attività commerciali e manifatturiere, e si sviluppa correlatamente una nuova forma di pubblico potere.¹³

all'economia, assumendo ciò come una delle loro attribuzioni fondamentali"; riprendendo la medesima impostazione, A. Fioritto, *Certezza pubblica*, in *Il Diritto - Enc. Giur.*, Bergamo 2007, p. 853; *La funzione di certezza pubb. cit.*, p. 114 considera le funzioni di ordine "...funzioni pubbliche primigenie irrinunciabili per i pubblici poteri sia perché finalizzate alla costruzione di una rete basilare di certezze dei rapporti, come ad esempio la costruzione dell'identità personale, sia perché, nel campo dei rapporti economici, contribuiscono a realizzare la 'certezza dei traffici'".

⁷ A. Perrone, *Certificato*, in *Dig. It.*, p. 752 considera infatti "difficilissimo se non impossibile passare in rassegna la infinita serie di certificati che si devono o possono rilasciare o presentare nelle infinite circostanze e vicende delle funzioni amministrative e dei rapporti sociali"; M.S. Giannini, *Certezza pubb. cit.*, p. 769 osserva al proposito come "Le maglie di questa fittissima rete di certezze pubbliche son divenute così consuete, che l'uomo quasi più se ne accorge, o meglio ne valuta il peso quando, per un accidente qualsiasi, taluna gliene venga a mancare".

⁸ E' opportuno a riguardo richiamare la nozione di certezza del diritto in senso soggettivo quale "prevedibilità delle conseguenze che il diritto connette all'agire del soggetto": M. Corsale, *Certezza del diritto - profili teorici*, in *Enc. Dir.*, Roma, p. 1 e ss.: ciò è proprio quanto si verifica l'utente finale, per il quale la certezza si traduce appunto nella prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni e specificamente dei propri atti. Il rapporto tra certezza e scienza giuridica è stato generalmente analizzato proprio in funzione del potere certificante della scienza: N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, 1974, trad. it. Bologna, 1978.

⁹ M. Corsale, *Certezza del diritto cit.*, p. 1.

¹⁰ A. Schiavone, *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Bari 1996, p. 59 e ss.

¹¹ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 1997.

¹² H. Pirenne, *Via e commercio nelle città del nord*, in AA. VV., *Storia del mondo medievale. La riforma della chiesa e la lotta fra papi e imperatori*, Milano 1978, p. 943 e ss. In particolare, l'amministrazione metrica disciplinante la misura degli spazi, delle masse e dei valori ha assunto fin dagli esordi le forme di un'amministrazione composita, fatta di strutture internazionali, nazionali e locali: un ruolo centrale spetta agli organismi di regolazione sopranazionali che tendono ad assumere forme organizzative stabili nel tempo, in parallelo con le dimensioni crescenti dei fenomeni economici e commerciali che per la larga parte sono alla base delle esigenze di sicurezza e certezza degli scambi e dei mercati: A. Fioritto, *La funzione di certezza pubblica*, Padova 2003, p. 26 e ss.

¹³ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano 1988, p. 5 e ss.; *Certezza pubb. cit.*, p. 782; *Diritto pubblico dell'econ. cit.*, p. 27 secondo cui, all'epoca dello Stato borghese è proprio nei settori della certezza dei traffici e delle certezze pubbliche che si ritrova la radice delle grandi codificazioni e delle leggi organiche.

Una svolta fondamentale si verifica poi con la nascita dello Stato borghese ed il correlato affermarsi della libertà privata di iniziativa economica,¹⁴ la quale richiede un'organizzazione e mezzi sempre più strutturati, idonei a fornire sicurezze ai consociati.¹⁵ La nozione della certezza pubblica viene approfondita a partire dal Seicento, in correlazione necessaria con il processo di razionalizzazione del diritto e con lo svilupparsi del principio di statualità del diritto, alla luce dei fenomeni sociali sempre più complessi.¹⁶ In particolare, gli ordinamenti, dal Settecento in poi, hanno creato strumenti di certezza sempre più numerosi e elaborati nello svolgimento di qualsiasi attività umana, tanto da potersi parlare di un “*modificazione qualitativa della struttura sociale*”.¹⁷

In quest'ottica, l'attività ordinativa¹⁸ svolta dai pubblici poteri assolve a due fondamentali esigenze strettamente connesse: da un lato rendere uniformi, nei rapporti tra consociati, determinati parametri di riferimento a tutti noti; dall'altro rendere conoscibili gli eventi, garantendo all'intera collettività dati certi o quantomeno accertabili.¹⁹

E' quindi evidente che il potere di fornire certezza su determinati fatti, stati, qualità e situazioni (*certum facere*) rappresenti una delle fondamentali manifestazioni del potere sovrano²⁰: le certezze giuridiche così individuate

¹⁴ A. Ruffini, *Certificazione e sicurezza. Genesi e sviluppo di un modello culturale*, Milano 2007; P. Stein, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, trad. it. *I fondamenti del diritto europeo*, Milano 1995, p. 146 e ss.

¹⁵ Per un panorama generale dei vari tipi di sistema giuridico e quindi dei rispettivi modi di assolvere la funzione certificante nei rapporti sia consentito rinviare a M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici*, Torino 1978 ed a L. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin Göttingen - Heidelberg, 1960, trad. it. parziale *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano 1966.

¹⁶ Una parte preponderante della riflessione sulla certezza in tali periodi ha finito per consistere nell'affermazione della assoluta rilevanza per la stessa esistenza del diritto: F. Bacone, *De digitate et augmentis scientiarum*, VIII, 3, trad. it. in *Opere filosofiche*, a cura di E. De Mas, Bai, 1965, p. 482 e ss.,

¹⁷ M.S. Giannini, *Certezza pubb. cit.*, p. 770 il quale rileva come a questa modificazione qualitativa non sia seguita una correlata sensibilizzazione della scienza ai problemi delle certezze e degli strumenti di certezza, se non in tempi recenti: M.S. Giannini, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano 1960, p. 80, osserva, che tra i tipi di attività amministrativa individuati secondo il criterio teleologico, l'attività di regolazione (ordinativa), per la sua relativa novità e nonostante l'interesse della dottrina, costituisce ancora un elemento problematico, perfino per la sua stessa nozione. Nel prosieguo di questa ricerca si tenterà di chiarire e approfondire i termini di attività ordinativa, di accertamento, certificativa e di regolazione, ma si tratta in effetti di vocaboli spesso usati indistintamente dalla dottrina, italiana e straniera.

¹⁸ Secondo la definizione di M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'econ. cit.*, p. 39, si considerano espressamente attività ordinarie quelle finalizzate a dare ordine a eventi naturali o umani, perseguendo la duplice finalità di rendere uniformi taluni dati di riferimento dei rapporti tra soggetti che possono anche non essere propriamente giuridici e di rendere conoscibili gli eventi, quindi di offrire a chi intrattiene rapporti dati certi, o quantomeno accertabili mediante le c.d. misure di conoscenza o conoscibilità. Questa nozione si discosta nettamente da quella di funzione di ordine adottata nei principali manuali di diritto amministrativo ed è comprensiva non solo delle attività ordinarie in senso stretto (anagrafe, catasto, attività relative a *status*, qualità, nomi e così via), ma anche alle attività di informazione e regolazione (di attività o settori privati), in quanto in tutte queste ipotesi può in realtà ravvisarsi una funzione *latu sensu* certificativa, o meglio un'esigenza di certezza pubblica.

¹⁹ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'econ. cit.*, p. 40 e ss.

²⁰ M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Parigi 1906, p. 539, sostenitore della teoria del pluralismo o teoria degli ordinamenti giuridici, o teoria ordinamentale o istituzionale, ripresa e

possono allora dirsi pubbliche in quanto preordinate a disciplinare fatti e situazioni che interessano l'intera collettività e per questo sottratte all'autonomia privata e connesse in via esclusiva all'esercizio di una potestà, di una funzione o di un servizio pubblici, al fine di garantirne l'uniformità ed esattezza.²¹

L'ordinativa riservata ai pubblici poteri ha avuto storicamente una rilevanza fondamentale nello sviluppo dell'economia, perché è in questo settore della società che l'esigenza di "certezza" diviene una vera necessità;²² gli scambi e le relazioni economiche presuppongono condizioni di certezza nelle qualificazioni e nei rapporti giuridici fin da tempi antichissimi, tant'è che qualsiasi evento ordinabile o numerabile è stato nel tempo misurato. Basti pensare nelle epoche più antiche all'ufficializzazione degli alfabeti, all'introduzione dei calendari e alla misurazione del tempo, all'adozione di segnali di riconoscibilità, alla standardizzazione di pesi e misure, all'istituzione dei pubblici registri e dei marchi,²³ fino a giungere ai giorni nostri, in cui si assiste al proliferare dello strumento certificativo nei settori più disparati.

Ciò non esclude, peraltro, che sin da epoche remote fosse comunemente accettato che anche particolari soggetti privati potessero svolgere attività certificativa e fornire pertanto pubbliche certezze. Gli ordinamenti giuridici

perfezionata in Italia da S. Romano, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano 1912 p. 51, ritiene che tra i primi diritti dello Stato è compreso quello di garantire la verità dei fatti e di qualità delle persone (*amplius infra* cap. II.2); cfr. M.S. Giannini, *Certezza pubb. cit.*, p. 782 secondo cui "(...) Tutte queste certezze promanano da pubblici poteri, anzi, per eccellenza, dallo Stato, onde si dicono pubbliche, e costituiscono la più grossa e importante provincia delle certezze giuridiche": questa concezione risulta sostanzialmente confermata in tutte le elaborazioni teoriche della materia: G. Sala, *Certificati e attestati*, in *Noviss. dig. it.*, p. 537; S. Giacchetti, *Certificazione cit.*; A. Stoppani, *Certificazione*, in *Enc. dir.*, Milano 1960; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, p. 192 rileva come la potestà di certificazione costituisca quel *minimum* di potestà pubblica di cui ogni ente pubblico è dotato; P. Stella Richter, *Atti e poteri amministrativi*, in Guarino (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 1983, p. 393, secondo cui il potere di certificare è essenziale per tessere "l'ordito delle qualificazioni giuridiche della comunità associata"; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.* 1984, p. 470 per cui è pacifico che gli atti dichiarativi siano emessi *jure imperii*.

²¹S. Giacchetti, *Certificazione cit.*, p. 1 e ss.

²²E' significativo notare al proposito che anche il massimo studioso di questo secolo, nelle due monumentali trattazioni di teoria generale del diritto non abbia dedicato un apposito paragrafo al problema della certezza, definendola come illusione: H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1943, trad. it. Milano 1952; *Reine Rechtslehre*, 1934, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino 1952). Una trattazione diretta del problema non si ritrova neanche nell'ampia trattazione generale di F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951; infine, un grande teorico del diritto (N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1951, 146) non pare liberarsi effettivamente dal dubbio che la certezza sia poi effettivamente un mito, come fermamente sostenuto dai sostenitori del realismo giuridico: J. Frank, *Law and Modern Mind*, New York, 1930. Nel panorama italiano occorre attendere la seconda metà degli anni Cinquanta per ritrovare un atteggiamento più attento alle esigenze di flessibilità del diritto e della sua certezza in relazione ad una società in trasformazione: E. Allorio, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Dir. Econ.* 1956, p. 1198, per poi giungere ad A. Falzea, *Accertamento*, in *Enc. giur.* Roma 1960, p. 219 e ss, per cui gli operatori giuridici possono superare la ricerca del mito della verità grazie ai recenti contributi di altre scienze, tra cui quelle fisico-matematiche, la psicologia, la sociologia della conoscenza e la linguistica relativistica.

²³ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'econ. cit.*, p. 39, riconduce all'interno dell'attività ordinativa l'attività meteorologica, i marchi pubblici, i pubblici registri, gli elaboratori elettronici, ed inoltre i segnali e la segnaletica, gli emblemi e la simbolistica, le assegnazioni in uso.

medievali hanno attribuito a professionisti privati il potere di dichiarare stati e qualità di fatti, persone e cose. L'apparente antinomia²⁴ è stata oggetto di approfondite elaborazioni teoriche - che verranno approfondite nel prosieguo - accomunate dal fatto che il ruolo del privato viene comunque inserito all'interno di un ricostruzione unitaria pubblicistica e Stato-centrica.²⁵

Le fattispecie di certificazioni rilasciate da pubblici ufficiali, come per esempio il notaio, non hanno impedito nel secolo scorso lo sviluppo di varie elaborazioni teoriche, che, pur tenendo conto di tali tipologie di atti, riconducevano sostanzialmente alla sfera pubblicistica l'intera attività certificativa, sulla base di caratteristiche specifiche che direttamente o indirettamente riconducevano la materia in esame allo Stato.²⁶ La coerenza del sistema veniva quindi garantita dal carattere discendente e derivato dell'attività certificativa del privato: il collegamento con il "pubblico" veniva assicurato da poteri di vigilanza e controllo sull'attività del privato ritenuta rilevante ai fini dell'interesse pubblico.

²⁴ Si rinvia all'approfondimento svolto sulla questione da A. Benedetti, *Certificazioni "private" e pubblica fiducia*, in F. Fracchia - M. Occhiena (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano 2006, p. 3 e ss.

²⁵ Come può rilevarsi nelle elaborazioni più approfondite fornite da G. Zanobini, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, p. 169; *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano 1958, p. 266 e ss., e da M.S. Giannini, *Lezioni di Diritto Amministrativo cit.*, *Accertamento cit.*, p. 222 e *Certezza pubblica cit.*, p. 1960.

²⁶ Merita di essere ricordata la divergente impostazione di M. Nigro, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1979; *Scritti giuridici*, Milano 1996, p. 1367 secondo cui l'esercizio privato di funzioni pubbliche da parte del notaio non deriva da potestà statali, ma direttamente dall'ordinamento e "trae la sua legittimazione e la ragione della sua esistenza e della sua attività dall'essere essenzialmente al servizio della comunità e dell'ordinamento".

II. Breve inquadramento sistematico: le principali ricostruzioni dottrinali

II.1 Le tesi risalenti

Il termine certificazione, impiegato fin dal XVIII secolo, è stato riutilizzato in epoca moderna con varie accezioni: nella pratica di fine Ottocento si faceva riferimento alle nozioni di “atti certificativi” e di “certificato”, mentre oggi il linguaggio legislativo spesso utilizza il vocabolo “certificato” in luogo di “certificazione”, spesso rivelandosi ampiamente atecnico:²⁷ i tentativi di classificazione si sono scontrati, pertanto, sia con il numero e l'estrema varietà delle fattispecie che con l'impreciso uso legislativo.²⁸

Per quanto attiene in particolare alle tesi meno recenti, si rileva *in primis* come le certificazioni sono state spesso reputate atti di importanza secondaria, la cui definizione era ricavata in negativo rispetto agli atti autorizzativi costituenti manifestazione di volontà, venendo così ad accomunare le certificazioni ad altre fattispecie di diversa natura o funzione e riconducendole all'interno di categorie non ben definite.²⁹

In particolare, in varie elaborazioni difetta una ricostruzione sistematica dell'istituto e l'analisi è talvolta condotta in modo settoriale, con il rischio concreto di prospettare un reticolo di nozioni separate, che rendono meno agevole l'apprezzamento del quadro complessivo.

Fin dalla fine del XIX secolo, comunque, possono individuarsi all'interno della dottrina (italiana e non solo) i primi tentativi di classificazioni, in base ai quali le certificazioni erano ricondotte, alla luce di un criterio distintivo basato sulla funzione, all'interno della categoria dei c.d. meri atti o degli atti di pura esecuzione, volti quindi ad accertare “*l'esistenza delle condizioni determinate dalla legge*”³⁰: così si verifica ad esempio nelle fattispecie relative al diritto d'autore, alla proprietà industriale, ai brevetti e invenzioni e anche alla celebrazione del matrimonio da parte dell'ufficiale di stato civile.³¹

Di poco successiva è l'introduzione della nozione di atto dichiarativo, definito come provvedimento tramite il quale un soggetto pubblico accerta e quindi

²⁷ Basti pensare all'impiego del termine certificato, utilizzato indifferentemente per il certificato di nascita, il certificato catastale, il certificato penale, il certificato di agibilità, il certificato di sana e robusta costituzione, il certificato di collaudo, il certificato di idoneità urbanistica, ecc.

²⁸ Tanto che non pare ad oggi condivisibile l'opinione per cui la certificazione avrebbe mantenuto stabili i suoi tratti connotativi principali e cioè “*..la idoneità ad esternare la rappresentazione di un fatto al fine della circolazione della relativa certezza pubblica, e l'esercizio da parte di soggetti pubblici o privati ad essi equiparati..*”: A. Liverani, *Certificazione I) diritto amministrativo*, in *Enc. Dir.* Postilla di aggiornamento 2006, che peraltro riconosce subito dopo che la materia si è arricchita sia nei principi ispiratori che in alcuni caratteri e conclude rilevando come allo stato la certificazione non possa più ritenersi una funzione attribuita in via esclusiva ai pubblici poteri (e nemmeno a soggetti privati equiparati).

²⁹ Come gli atti dichiarativi, ricognitivi, certazioni, acclaramenti ecc., come si avrà modo di approfondire nel prosieguo: si rinvia peraltro fin d'ora all'approfondita panoramica fornita da P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiarativi*, Milano 1996, p. 5 e ss.

³⁰ O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Parte I: *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, p. 7 e ss., secondo cui la funzione caratterizzante anche le certificazioni era quindi di tipo ricognitivo.

³¹ O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni* cit., p. 17 e ss: le fattispecie ricordate dall'Autore sono tutte riconducibili ad ipotesi di amministrazione pubblica del diritto privato, come rilevato da P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiar.* cit., p. 3.

certifica un determinato stato di cose o di diritti. La tesi in analisi classifica le varie tipologie di atti amministrativi in base al contenuto tipico dei vari atti, confermando peraltro la distinzione già elaborata in dottrina tra atti di volontà (definiti in alcuni casi negozi di diritto pubblico e in altri casi ordini) e atti di contenuto dichiarativo.³²

La predetta distinzione, sebbene con precisazioni e approfondimenti, è ripresa anche da un'altra tesi dottrinale che, distinguendo tra negozi giuridici e atti giuridici in senso stretto,³³ ha riconosciuto una caratteristica unitaria a tutte le dichiarazioni enunciative e non precettive emanate dall'amministrazione – anche se connotate da distinti meccanismi causali di produzione degli effetti – annoverando all'interno della predetta categoria gli accertamenti, le documentazioni e gli atti che recepiscono dichiarazioni di privati.³⁴ La bipartizione in esame comporta altresì che l'attività certificativa si distingua nettamente dall'attività provvedimentale dell'amministrazione, in quanto non diretta a manifestare una volontà ma piuttosto a dichiarare la conoscenza dell'amministrazione mediante atti destinati alla circolazione giuridica.

Le ricostruzioni dottrinali brevemente richiamate sono accomunate, pur nella rispettiva autonomia, dall'individuazione di una categoria più o meno ampia di atti amministrativi privi di volontà e a contenuto meramente conoscitivo, come tali nettamente differenziati dagli atti autoritativi costituenti manifestazioni di volontà. La distinzione è individuata quindi nella dinamica di produzione degli effetti giuridici, che nella categoria in esame deriva unicamente dalla legge. Il limite delle tesi sin qui ricordate può peraltro individuarsi nella funzione meramente descrittiva delle categorie elaborate e conseguentemente nella mancata analisi delle specifiche ipotesi elencate, tra loro profondamente eterogenee sia per contenuto che per scopi ed effetti.³⁵

Il primo tentativo di analizzare più approfonditamente la figura degli atti ricognitivi (e quindi le certificazioni), ha utilizzato come criterio discrezionale proprio la diversa efficacia attribuita dal diritto positivo agli atti amministrativi, connotati dalla produzione di particolari effetti, definiti in alcuni casi di tipo dichiarativo e in altri di tipo costitutivo.³⁶ All'interno del *genus* degli atti di accertamento si annoverano gli atti ricognitivi o certificativi, nei quali

³² S. Romano, *Principi di diritto amm. cit.* p. 51 che definendo l'atto amministrativo come "pronuncia speciale di un'autorità nell'esercizio di una funzione amministrativa" individua tre sottocategorie: le dichiarazioni di volontà dell'amministrazione relative alla nascita, modificazione ed estinzione di un diritto; le dichiarazioni di volontà dell'amministrazione inerenti all'esercizio di un potere pubblico preesistente; gli atti a pronuncia dichiarativa volti appunto a certificare lo stato di cose o diritti; tra gli esempi indicati dall'Autore vi sono il visto prefettizio di legittimità apposto sulle deliberazioni comunali, le registrazioni con cui l'amministrazione annota atti o fatti giuridicamente rilevanti ed anche le certificazioni (p. 56).

³³ F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1914, p. 1232, secondo cui il negozio giuridico produce effetti in quanto sia l'atto in sé che gli effetti pratici sono voluti dall'amministrazione, mentre l'atto giuridico in senso stretto è voluto in sé, ma indipendentemente dalla volontà di produrre anche i correlati effetti.

³⁴ F. Cammeo, *Corso di diritto amm. cit.*, pp. 1238 - 1241.

³⁵ Come espressamente rilevato da S. Romano, *Principi di diritto amm. cit.*, p. 249.

³⁶ C. Vitta, *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1924, p. 97 e ss.; *Nozione degli atti amministrativi e loro classificazione*, in *Giur. It.*, 1904, p. 183 e ss.; *Diritto amministrativo*, vol. I, Torino 1933, p. 279 e ss, ove l'Autore riconosce che la categoria degli accertamenti costitutivi è la più controversa in dottrina.

L'amministrazione registra un fenomeno senza alcun giudizio, distinti dalle decisioni, caratterizzate da un contenuto più complesso, in cui alla percezione si aggiunge un giudizio, basato su regole di esperienza o norme giuridiche.

Un ulteriore criterio di differenziazione è costituito dall'ipotesi in cui gli atti amministrativi siano emessi "*nell'interesse della amministrazione*",³⁷ ovvero "*nell'interesse dei privati*",³⁸ finalizzati quindi a regolare rapporti della vita individuale dei cittadini, nei quali sono annoverati gli atti certificativi in senso stretto.

Il criterio discrezionale fondato sul diverso grado di efficacia degli atti certificativi è ripreso, con esiti differenti, da un'ulteriore ricostruzione dottrinale,³⁹ che all'interno della categoria degli atti dichiarativi ha distinto tra atti certificativi e atti costitutivi, attribuendo efficacia costitutiva a numerosi atti amministrativi a contenuto conoscitivo, in particolare nel settore dell'amministrazione pubblica del diritto privato; in questo campo, l'azione pubblica non è discrezionale ma di semplice accertamento di atti o fatti privati, che può avvenire mediante registrazione o certificazione.⁴⁰ Mentre nel primo caso l'accertamento posto in essere dall'amministrazione ha natura costitutiva – *ad substantiam actus* – del fatto o dell'atto giuridico privato, che pertanto anteriormente all'emanazione dell'atto non ha rilevanza giuridica propria, nel secondo caso l'atto amministrativo ha solo funzione probatoria – *ad probationem* – dell'atto o del fatto privato.⁴¹

³⁷ C. Vitta, *Gli atti certificativi e le decisioni amm. cit.*, p. 103 e ss.: tra gli atti emessi nell'interesse dell'amministrazione sono ricondotti, sebbene con varie sottodistinzioni, i giudizi delle commissioni di leva, gli accertamenti fiscali per tributi riscossi mediante ruolo, le iscrizioni nelle liste elettorali e l'approvazione degli elenchi delle strade e delle acque pubbliche.

³⁸ C. Vitta, *Gli atti certificativi e le decisioni amm. cit.*, p. 108 e ss.: tra gli atti certificativi in senso stretto l'Autore distingue tra quelli concernenti persone o cose, individuando gli atti dotati di efficacia probatoria rafforzata, come ad esempio i certificati dello stato civile e gli atti rogati dai notai. Secondo P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiarativi cit.*, p. 11, rileva peraltro una "*certa confusione concettuale nel pensiero dell'autore, dato che sotto lo stesso nomen, ovvero nella medesima categoria del atti amministrativi 'costitutivi', egli viene a ricomprendere atti, in verità, del tutto eterogenei tra loro, in quanto presentanti caratteristiche strutturali e funzionali assai diverse*".

³⁹ G. Zanobini, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, p. 169; *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1958, p. 266 e ss. ove si evidenzia come l'attività certificativa sia comunque finalizzata a rendere certi i rapporti tra privati mediante la produzione di certezze inerenti a qualifiche di persone, beni, *status* e in generale situazioni giuridiche.

⁴⁰ G. Zanobini, *Sull'amministrazione pubblica cit.*, p. 199 e ss.: più precisamente, la registrazione consiste nell'assunzione di una dichiarazione di volontà di un privato in libri pubblici (ad esempio la registrazione dell'atto di nascita ai fini della prova della filiazione legittima); la certificazione (o attestazione) consiste invece nell'emissione di un documento riguardante fatti o atti giuridici privati aventi la natura e l'efficacia di "atto pubblico". Possono ricordarsi, per quanto riguarda l'amministrazione pubblica del diritto privato: la pronuncia di matrimonio effettuata dall'ufficiale di stato civile e l'atto di donazione rogato da un notaio; riguardo all'amministrazione del diritto pubblico: diplomi, attestati accademici e professionali. La categoria degli accertamenti costitutivi è poi stata ripresa a distanza di qualche anno anche da P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*. Milano 1968, p. 86, per cui gli accertamenti costitutivi sono però atti di volontà con natura provvedimento ma interamente vincolati sia nell'*an* che nel *quomodo*.

⁴¹ P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiarativi cit.*, p. 17 precisa a riguardo che le categorie individuate da Zanobini non sono in verità costitutivi di effetti giuridici, nel senso di costituzione, modificazione o estinzione di diritti, ma connotati dalla c.d. "certezza pubblica" e pertanto di una "*particolare qualità giuridica che accede, in quanto in autonoma, all'atto o al fatto o al rapporto giuridico privato, perlopiù ai fini di pubblicità e tutela della buona fede dei terzi, ed è propria*

La nozione di atto di accertamento viene ulteriormente approfondita nei primi anni '50, al fine di individuare e delineare all'interno di tale categoria le caratteristiche proprie delle varie fattispecie ivi ricondotte, tra cui le certificazioni.⁴² In particolare, l'accertamento amministrativo viene definito in via generale come *“quell'attività intellettuale diretta a porre in essere constatazioni ossia giudizi semplici sull'esistenza di dati oggettivi, siano essi fatti, rapporti o situazioni giuridiche, allo scopo di preconstituire un elemento di prova ufficiale, solenne ed originaria, in funzione di un'inderogabile necessità di certezza giuridica”*.⁴³

Per la prima volta l'analisi si incentra pertanto non solamente sulla tipologia degli effetti prodotti dai vari tipi di atti, ma piuttosto sulle peculiari qualità connotanti le singole fattispecie, e quindi sulla problematica della certezza pubblica.⁴⁴

Proprio la funzione di certezza, intesa in senso oggettivo come *“conoscenza non problematica di un qualunque fenomeno che perciò appare al soggetto come fenomeno reale”*,⁴⁵ si collega quindi imprescindibilmente all'attività di accertamento posta in essere dai pubblici poteri⁴⁶ e costituirà un elemento fondamentale nel dibattito dottrinale successivo.

soltanto dei c.d. atti pubblici in senso tecnico, e loro equipollenti”. Sulla nozione di certezza pubblica in senso tecnico sia consentito rinviare al paragrafo successivo.

⁴² G. Vignocchi, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milano 1950.

⁴³ G. Vignocchi, *Gli accertamenti costitutivi* cit., p. 19. A tale definizione peraltro l'Autore ricollega una sottodistinzione per cui mentre le certificazioni si configurerebbero come meccaniche dichiarazioni di scienza riproduttive di situazioni già precedentemente acquisite, gli accertamenti avrebbero invece carattere originario e valore probatorio superiore.

⁴⁴ Tanto che l'Autore espressamente precisa che la costitutività della fattispecie è un fenomeno che si differenzia nettamente sia dalla mera dichiaratività che dalla costitutività degli effetti: *Gli accertamenti costitutivi* cit., p. 93 e ss. L'importanza della distinzione è rilevata da G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, vol. I, Milano 1967, p. 208, che infatti giudica tra le più avvedute la tesi di Vignocchi in materia.

⁴⁵ A. Falzea, *Accertamento* cit., p. 206; diversamente, la certezza in senso soggettivo è definita come *“saldo convincimento della verità di un asserto”*, ma i due significati pur distinti sono concettualmente collegati fra loro in maniera tale da rendere anche possibile conservare l'unicità della nozione in senso oggettivo, senza che possano ingenerarsi confusioni: M. Corsale, *Certezza del diritto* cit.

⁴⁶ La definizione di accertamento è caratterizzata, secondo una dottrina meno recente, da una funzione specifica cui corrisponderebbe un tipo unitario di efficacia giuridica: E. Allorio, *La certezza del dir.* cit.; A. Falzea, *Accertam.* cit., p. 209 che rigetta i presupposti teorici della teoria tradizionale fondata sul fenomeno del negozio giuridico e incentrata sull'efficacia giuridica trasformativi o innovativa. Tale impostazione è stata oggetto di varie critiche, in quanto traslascia di analizzare l'elemento contenutistico dell'accertamento, collegato non tanto all'efficacia quanto piuttosto alla struttura: B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova 2001, p. 85 in nota osserva infatti che *“adottando esclusivamente il punto di vista dell'efficacia (...) non si coglie la peculiarità dell'accertamento. Così, se si attribuisce all'accertamento lo scopo di ‘superare, mediante una vincolativa determinazione della realtà giuridica, l'ostacolo frapposto alla realizzazione dei valori giuridici, dalla esistenza di una contestazione’* (A. Falzea, *Accertamento* cit. p. 211), *diviene possibile assimilare l'accertamento ad altri fenomeni, quali l'usucapione o la prescrizione, che nulla hanno a che vedere con esso quale momento di concretizzazione della norma giuridica, mentre proprio questa sua peculiarità va perduta nella definizione del fenomeno”*; in tal senso anche C. Vocino, *Considerazioni sul giudicato*, 00/00, p. 65 in merito alla nozione di efficacia preclusiva proposta da A. Falzea. Secondo B. Tonoletti, *L'accertamento* cit., p. 85 e ss., sebbene la funzione dell'accertamento possa considerarsi unica, i risultati pratici possono variare a seconda del problema di effettività dell'ordinamento in esame.

II.2 La tesi di Massimo Severo Giannini

Risale alla metà degli anni '50 l'intervento dottrinale⁴⁷ che ha apportato il maggior contributo al progresso degli studi sul tema,⁴⁸ introducendo la nozione di atti di certezza pubblica.⁴⁹ Questo nuovo approccio ha consentito di ricostruire in modo completo la categoria degli atti di accertamento, definendoli in positivo come gli atti volti a rendere certa una situazione obiettivamente incerta, costituenti pertanto esternazioni di conoscenza.⁵⁰ In luogo degli atti di accertamento costitutivo l'Autore fa riferimento agli atti-fatti di certazione, connotati da un effetto qualificatorio puro, che trova il proprio fondamento direttamente nella legge.

Dal rapporto tra norma, fatto e atto si sviluppa quindi una nuova elaborazione del concetto di certezza pubblica: l'atto di certazione, difatti, ha la funzione di palesare all'esterno la produzione di determinati effetti ricollegati dalla legge al manifestarsi di un fatto che pertanto è già venuto ad esistenza.

In quest'ottica, la certezza pubblica costituisce un'ampia categoria concettuale, nella quale confluiscono gli accertamenti e gli altri procedimenti dichiarativi, ma che include anche il profilo organizzativo e quello inerente alle attività non procedimentalizzate, rappresentando e analizzando il fenomeno nella sua interezza.

L'analisi dell'Autore è prevalentemente finalizzata alla definizione dell'ambito di efficacia dell'attività di accertamento.⁵¹ Agli atti di accertamento in senso stretto viene in particolare attribuito un effetto di tipo preclusivo, per cui la situazione giuridica statuita dalla norma sorge indipendentemente dalla

⁴⁷ M.S. Giannini, *Accertamento* cit., p. 219; *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro It.* 1952, p. 169; *Certezza pubblica* cit.; *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981, p. 361 e ss.; *Diritto amministrativo* cit., p. 918.

⁴⁸ Come rilevato da S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2003, p. 1287.

⁴⁹ Nella *summa divisio* tra provvedimenti e meri atti amministrativi, gli atti di certezza pubblica appartengono a quest'ultima categoria, costituendo il nucleo principale degli atti con rilevanza non meramente procedimentale e dotati di autonomia strutturale e funzionale: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo* cit., p. 986; G. Sala, *Certificati e attest.* cit., p. 538; A. Stoppani, *Certicaz.* cit., p. 793.

⁵⁰ A. Fioritto, *Certezza pubblica*, in *Il Diritto – Enc. Giur.*, Bergamo 2007, p. 851 secondo cui il pregio della ricostruzione di Giannini è stata quella di collegare e riportare a sistema le riflessioni sugli accertamenti, sulle certezze pubbliche e sui procedimenti dichiarativi. La teoria generale della funzione tecnica dell'accertamento proposta da Giannini prende le mosse dall'elaborazione di A. Falzea, *Accertam.* cit., p. 210 e ss., secondo cui l'accertamento costituisce "ogni processo spirituale attivamente orientato verso la situazione spirituale della certezza che è modalità di conoscenza": la novità della tesi gianniniana è allora individuabile nell'aver superato la dicotomia tra costitutività e dichiaratività degli atti amministrativi, affermano che l'effetto della certazione è meramente qualificatorio (M.S. Giannini, *Accertamento* cit., p. 222 e ss.).

⁵¹ La teoria gianniniana rappresenta almeno in parte l'applicazione nel campo del diritto amministrativo di concezioni attinenti a temi di ordine non esclusivamente giuridico. Basti ricordare l'influenza che ha esercitato il modo di intendere il rapporto tra certezza e verità, che è presupposto alla stessa definizione di "atto di certezza" e costituisce altresì uno sviluppo della dottrina generale dell'efficacia giuridica, nell'ambito della quale i confini del fenomeno dell'accertamento sono stati fissati da A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Giur.*, Milano 1958, p. 219 e ss., sulle basi filosofiche poste a sua volta da R. De Stefano, *Il problema del diritto non naturale*, Milano 1955, p. 203 e ss.

situazione giuridica preesistente, essendo irrilevante la conformità (effetto dichiarativo) o la difformità (effetto costitutivo) da quest'ultima.⁵²

Alle altre tipologie di atti-fatti di certazione è invece ricollegato un effetto meramente qualificatorio derivante direttamente dalla legge; da qui deriva inoltre la natura dichiarativa degli atti in esame, ai quali, essendo volti a rappresentare un fatto, sono attribuiti dalla legge rilevanti effetti di certezza (*amplius infra* cap. III.6). Appare invece fortemente criticata la categoria degli accertamenti costitutivi, che vengono infatti definiti non come accertamenti, ma come certazioni e pertanto atti strumentali.⁵³ Secondo Giannini, inoltre, le fattispecie ritenute ad efficacia costitutiva spesso sono in realtà composte, ovvero costituiscono atti unitari a formazione continuata. In ogni caso tali ipotesi non hanno funzione di accertamento in senso tecnico, ma funzione concessoria, attributiva cioè di diritti al privato in via principale, sebbene preceduta da una fase preliminare di accertamento.⁵⁴

La "conversione" degli atti, che la dottrina tradizionale precedente configurava come accertamenti costitutivi in certazioni, e l'esclusione dell'esistenza di una categoria generale di provvedimenti amministrativi qualificabili come accertamenti, hanno determinato una notevole riduzione della categoria in esame.

Nell'elaborazione di Giannini gli elementi connotanti il sistema sono individuati nella scienza, attività dal contenuto tecnico e da una struttura giuridica semplice, e nella conoscenza, attività tecnicamente elementare ma con contenuto giuridico complesso.⁵⁵

Nella categoria delle dichiarazioni di scienza sono annoverate le certificazioni intese appunto come "*dichiarazioni di scienza, esterne in documento, in funzione di partecipazione*",⁵⁶ che presuppongono un procedimento composto da una fase preliminare di ricognizione delle fonti e nella successiva fase di dichiarazione che si concretizza nell'emanazione di un documento scritto.

⁵² A. Falzea, *Accertamento* cit., p. 212, "(...) l'accertamento esige un effetto giuridico diverso da quello meramente dichiarativo: la mera dichiaratività è incompatibile con l'insorgere di nuove posizioni giuridiche, di obblighi di conoscenza e di condotta o con la sostituzione di suzione giuridiche. In codesti effetti è implicata necessariamente l'idea di una innovazione nel mondo giuridico e di una innovazione essenziale. E ciò sta a dimostrare la impossibilità di spiegare l'effetto di accertamento come pura dichiaratività". Sugli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo, oltre alle opere fin qui ricordate, si rinvia comunque a: M. Zotta, *Gli accertamenti costitutivi nel quadro degli atti amministrativi*, in *Riv. Dir. pubb.*, 1940, I, p. 135; A. Perini, *Osservazioni sull'accertamento costitutivo nel diritto amministrativo*, Padova, 1953.

⁵³ M.S. Giannini, *Accertamento* cit., p. 226.

⁵⁴ Resta peraltro il problema della riqualificazione giuridica di alcune fattispecie prima qualificate costitutive, come gli accertamenti tributari.

⁵⁵ M.S. Giannini, *Certezza pubblica* cit., p. 1960 e ss.; *Diritto amministrativo* cit., p. 479 ove avverte peraltro come la stessa possa risultare fuorviante, considerato che l'Autore trattando di dichiarazioni di scienza non fa necessariamente riferimento all'utilizzo di particolari conoscenze scientifiche e che non sempre i procedimenti di scienza e conoscenza sono facilmente individuabili e scindibili: alcuni procedimenti sono frutto di una commistione tra le due tipologie; nello stesso senso A. Fioritto, *La funzione di certezza pubb.* cit., p. 115.

⁵⁶ M.S. Giannini *Diritto amministrativo* cit., p. 939.

II.3 Le tesi più recenti

Le ricostruzioni dottrinali tradizionali sin qui ricordate, seppur brevemente, sono entrate irrimediabilmente in crisi in conseguenza delle profonde trasformazioni sociali, istituzionali e tecnologiche e delle inevitabili conseguenze prodottesi nei sistemi sociali, economici e giuridici nel corso della seconda metà del Novecento.

Oltre alla finalità primaria attribuita in epoca antica all'attività certificativa, consistente nell'attribuzione di un determinato livello di certezza in senso oggettivo, e quindi nella prevedibilità delle conseguenze, nella stabilità dei rapporti e nella risoluzione di conflitti,⁵⁷ possono oggi individuarsi ulteriori finalità, quali l'esigenza di riduzione del rischio e la garanzia della fiducia,⁵⁸ che hanno reso lo strumento certificativo inteso nel senso tradizionale, fin qui analizzato, del tutto insufficiente.

Anche la dottrina attuale riconosce che le categorizzazioni succedutesi in oltre un secolo di dibattito scientifico non hanno comunque fugato ambiguità e indeterminatezze definitorie, pur individuando una sostanziale omogeneità nelle varie ricostruzioni dottrinali, volte a ricondurre in una dimensione pubblico-statuale l'esercizio dell'attività certificativa e conseguentemente anche l'attività privata di certificazione, a prescindere dal fatto che siano affidate a incaricati di pubbliche funzioni o di pubblici servizi.⁵⁹

Ciò nonostante, la dottrina più recente non pare essersi discostata dal solco tracciato in tema di accertamento dal pensiero tradizionale, anche se possono comunque ricordarsi alcune prospettazioni di carattere generale, che hanno distinto in modo più definito tra atti dotati di certezza pubblica e atti dichiarativi di tipo meramente conoscitivo.

In particolare, secondo una prima distinzione,⁶⁰ tra gli atti non aventi contenuto di volizione possono individuarsi tre figure paradigmatiche: gli atti di accertamento (denominati ricognitivi o di acclaramento), gli atti di apprezzamento e le intimazioni. Gli atti ricognitivi presuppongono un procedimento di verifica diretto all'apprendimento e si risolvono in dichiarazioni di scienza relativamente ai fatti così constatati. Tali atti non hanno effetti novativi o costitutivi,⁶¹ dato che non modificano, integrandola in qualche modo, la condizione giuridica del fatto o della persona che ne rappresenta l'oggetto.

All'interno della categoria degli atti ricognitivi, possono individuarsi inoltre gli atti ricognitivi aventi carattere strumentale, come gli accertamenti sanitari per la leva militare, che sono atti preparatori di natura infraprocedimentale e non costituenti certezze legali. Lo stesso vale per le dichiarazioni di scienza aventi finalità autonoma, che tendono ad attestare indipendentemente da particolari

⁵⁷ M. Corsale, *Certezza del diritto* cit., p. 1 e ss.

⁵⁸ Sia consentito rinviare a U. Beck, *Risk Society Towards a New Modernity*, London 1992, ed a N. Luhmann, *La fiducia*, trad. it. Bologna 2002.

⁵⁹ A. Benedetti, *Certificazioni "private" e pubblica fiducia* cit., p. 4 e ss.

⁶⁰ A.M. Sandulli, *Manuale* cit, p. 563 e ss., che peraltro a differenza di M.S. Giannini propone una ricostruzione prevalentemente descrittiva.

⁶¹ E' significativo che nell'esposizione della sistematica l'Autore non faccia mai riferimento alla categoria degli accertamenti costitutivi.

finalità, i fatti accertati.⁶² Questi ultimi possono essere denominati attestati e sono atti formali, in alcuni casi aventi carattere definito autoritativo,⁶³ in quanto idonee a creare *erga omnes* una certezza legale privilegiata, facente piena prova fino a querela di falso.⁶⁴

All'interno della *species* delle attestazioni c.d. autoritative rientrano alcune certificazioni, come quelle relative alle risultanze delle registrazioni anagrafiche, e alcune documentazioni, come i verbali delle sedute degli organi collegiali; diversa efficacia deve invece riconoscersi alle registrazioni, pure riconducibili nel *genus* delle attestazioni, consistenti nell'inserzione in appositi registri di notizie relative a fatti accertati dalla pubblica autorità e risultanti da dichiarazioni o documenti forniti dagli interessati.⁶⁵ Gli effetti dispiegati dagli atti di registrazione possono essere di varia natura: la funzione principale è quella di pubblicità-notizia,⁶⁶ ma non mancano ipotesi, tassativamente previste dalla legge, in cui si verificano effetti di certezza legale ovvero altri effetti "a carattere costitutivo",⁶⁷ come le iscrizioni nei registri immobiliari che determinano l'opponibilità dell'atto ai terzi, ed altre caratterizzate da un effetto di tipo qualificatorio o classificatorio, come le valutazioni tecniche.

Alla teoria delle certezze pubbliche introdotta da Giannini non sono mancati significativi e incondizionati consensi,⁶⁸ talora attenuati dall'auspicio di ulteriori approfondimenti: è stato in particolare ribadito che le fattispecie correntemente qualificate di accertamento riguardano, nonostante la nomenclatura, fenomeni diversi dall'accertamento in senso proprio,⁶⁹ contestandosi sia l'idoneità della categoria degli atti di accertamento costitutivo, definita un ibrido foriero di

⁶² Idee vicine alla dottrina tradizionale sono espresse anche da R. Alessi, *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1978, p. 396 e P. Virga, *Il provvedimento amm. cit.*, p. 77, che però non riconosce agli accertamenti costitutivi la natura di atti di conoscenza, come già precisato.

⁶³ A. M. Sandulli, *Manuale cit.*, p. 636 e ss., concordemente a quanto riconosciuto anche da M.S. Giannini in materia di atti costituenti certezze legali privilegiate: mentre quest'ultimo peraltro parla di "forza imperativa" e di "imperatività assoluta" riguardo a tutti gli atti definiti certificativi (*Certezza cit.*, p. 773 e ss.), nella tesi in esame la categoria di atti costituenti certezze legali è ben più ristretta e comprende in pratica solo gli atti che fanno fede fino a querela di falso e non soltanto fino a prova contraria.

⁶⁴ Altri atti di attestazione generano solamente una certezza notiziale e consistono in mere dichiarazioni di scienza, il cui contenuto è quindi confutabile attraverso la prova contraria: ne sono esempio i rapporti delle contravvenzioni e le proclamazioni assembleari del risultato di votazioni collegiali.

⁶⁵ Come rilevato da P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiarat. cit.*, p. 49 nota 135, questa figura pare ripresa pressoché alla lettera dalla tesi di G. Vignocchi, *Gli accertamenti costit. cit.*, p. 168 e ss., in particolare p. 215.

⁶⁶ Da equipararsi ad efficacia dichiarativa nel senso tradizionale del termine, alla luce delle precise argomentazioni di P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiarat. cit.*, p. 50.

⁶⁷ A.M. Sandulli, *Manuale cit.*, p. 619 e ss.

⁶⁸ G. Guarino, *Dizionario amministrativo*, Milano 1960, p. 358; o comunque forti influenze: B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova 1993, p. 147 e ss.; L. Galateria – M. Stipo, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 1993, p. 335 e ss.; C. Mignone, *Tipologia degli atti amministrativi*, in L. Mazzaroli – G. Pericu – A. Romano – F.A. Roversi Monaco – F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Bologna 1993, p. 1207 e ss., ove nell'ampia categoria degli atti amministrativi non provvedimentali produttori effetti meramente dichiarativi sono difatti inclusi anche gli atti ricognitivi.

⁶⁹ E. Capaccioli, *Riserve e collaudo nell'appalto cit.*, p. 189 e ss., in particolare la nota 76.

confusione piuttosto che di chiarezza,⁷⁰ sia il concetto di preclusione qualificante l'effetto tipico di ogni tipo di atto di accertamento.⁷¹ Più specificamente, si rileva come gli atti di accertamento siano sempre produttivi di un effetto costitutivo autonomo e distinto dagli altri effetti giuridici, denominato effetto di accertamento, consistente nella precisazione della disciplina giuridica, quando si tratti di accertamento in diritto, ovvero nella creazione del fatto secondo il diritto, nel caso di accertamento vertente sul fatto.

Concludendo, la ricostruzione in esame afferma che gli atti erroneamente definiti accertamenti costitutivi sono in realtà atti di verifica necessaria e non sono quindi atti di accertamento in senso tecnico, in quanto privi del tipico effetto di accertamento. Gli effetti degli atti di verifica sono definiti necessari, perché discendono direttamente dalla legge in presenza di determinati presupposti e non presentano quindi margini di discrezionalità amministrativa.

Secondo altra ricostruzione dottrinale,⁷² accanto all'esercizio di poteri discrezionali possono individuarsi altri moduli differenziati di agire dell'amministrazione, costituiti da provvedimenti non discrezionali, in quanto non implicanti alcuna facoltà di scelta, ma inerenti all'acclaramento di fatti, anche tecnicamente complessi. Nei provvedimenti amministrativi non discrezionali, inoltre, possono prodursi effetti costitutivi tramite l'esercizio di poteri autoritativi, attribuiti in via esclusiva all'amministrazione e non sostituibili nella produzione degli effetti tipici da un provvedimento giurisdizionale.

L'agire non discrezionale dell'amministrazione si estrinseca anche in atti aventi un contenuto conoscitivo, non ascrivibili tra quelli espressione di esercizio di un potere e dotati di un'efficacia meramente dichiarativa di tipo rafforzativo o specificativo delle situazioni preesistenti, senza alcun effetto modificativo della sfera giuridica dei terzi.⁷³ Proprio per tali motivi, la distinzione tra provvedimenti amministrativi non discrezionali autoritativi e dichiarativi rileva in punto di disciplina applicabile e soprattutto di tutela giurisdizionale.⁷⁴

⁷⁰ E. Capaccioli, *Riserve e collaudo nell'appalto* cit., p. 243 e ss., che giunge ad affermare anche che la categoria degli atti amministrativi di accertamento costitutivo presenta un'utilità di tipo descrittivo risultando per il resto una categoria inesistente. Ed infatti, "vi è una numerosa serie di atti di accertamento in fatto che, nel mentre servono per attestare la realtà materiale, sono ad un tempo elevati al rango di requisiti formali ad substantiam. Allora l'atto di accertamento non vale più soltanto come certificazione dei fatti, seppure operante la trasvalicazione del 'fatto secondo la realtà' in 'fatto secondo il diritto', ma assume la qualità di elemento costitutivo della fattispecie (...). In queste ipotesi, per il diritto non è più rilevante il solo fatto, si tratti poi del fatto reale o di quello attestato (...); ma è rilevante il fatto in quanto formalmente accertato, ossia il binomio: fatto più atto di accertamento del medesimo".

⁷¹ E. Capaccioli, *Riserve e collaudo nell'appalto* cit., p. 188 e ss., e p. 210, ove si fa riferimento anche al negozio privato di accertamento e alla sentenza di accertamento. L'Autore distingue da un lato la costitutività degli effetti propria sia del negozio privato di accertamento, che del provvedimento amministrativo discrezionale, dalla costitutività della fattispecie, propria delle sentenze e degli atti di accertamento di fatti.

⁷² V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amm.* cit., p. 370 e ss.; *Note in tema di discrezionalità amministrativa* cit., p. 472 e ss.

⁷³ V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amm.* cit., p. 371 e ss. nonché p. 542. L'Autore riconosce comunque l'esistenza di un delicato problema interpretativo nell'accertare in concreto quando si è in presenza di esercizio di potere o meno.

⁷⁴ Trattandosi di atti dotati di mera efficacia dichiarativa inidonei a incidere sui diritti di terzi, se ricorrono in concreto i presupposti per la tutela di tali diritti, dovranno applicarsi gli schemi del diritto processuale comune, non essendo operanti i limiti legislativi al potere di decisione del

Nettamente distinti dagli atti amministrativi dichiarativi sono inoltre gli atti di certezza pubblica,⁷⁵ e cioè gli atti costituenti espressione del potere certificativo proprio dell'amministrazione, secondo la nota distinzione di cui all'art. 357 c.p.⁷⁶

Gli atti creativi di certezze pubbliche si distinguono dai provvedimenti non discrezionali in ragione della loro peculiare caratteristica funzionale, consistente nella funzione servente svolta da tali atti nei confronti di altri atti, fatti o rapporti produttivi di effetti distinti. La funzione tipica degli atti in esame è pertanto quella di fornire ad altri atti una particolare e ulteriore qualità giuridica, consistente nella certezza. Le particolari caratteristiche strutturali e funzionali connotanti gli atti di certezza pubblica si riverberano anche sugli effetti, definiti parzialmente preclusivi.⁷⁷

Gli atti, fatti o rapporti che possono costituire l'oggetto degli atti di certezza pubblica, inoltre, possono essere ascritti sia al diritto pubblico che al diritto comune, come ad esempio le stipulazioni in forma pubblica di negozi privati, le certificazioni e le iscrizioni in pubblici registri. In quest'ultimo caso la funzione prevalente attribuita agli atti di certezza viene peraltro ritenuta essenzialmente probatoria e finalizzata a facilitare la circolazione giuridica.

Gli atti di certezza rilevanti sul piano pubblicistico possono essere connessi o talvolta coincidere con l'esercizio di funzioni amministrative dispositive, contenenti comunque di per sé un profilo certificativo, sebbene di norma endoprocedimentale. Può difatti verificarsi che un provvedimento amministrativo abbia un duplice contenuto, sia dispositivo che certificativo, con la conseguenza che anche in questo caso i connotati sostanziali dell'atto incideranno sul regime processuale connesso.

Entrambe le ricostruzioni dottrinali da ultimo ricordate prendono quindi le distanze dalla ricostruzione gianniniana, pur riprendendone le stesse premesse di fondo in ordine al concetto di atto amministrativo di accertamento, che costituisce ancor oggi un punto di riferimento. Le elaborazioni suddette infatti propongono, sebbene con diverse nomenclature, una restrizione dell'ambito degli atti certificativi, specie di quelli qualificabili come atti di certezza pubblica o legale. Il merito di tali ricerche scientifiche è pertanto individuabile nella differenziazione e

giudice ordinario previsti dalla legge 20.3.1865, n. 2248. Secondo P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiar.* cit., p. 59 e ss., il contributo più rilevante fornito dall'Autore in ordine alla definizione e all'inquadramento dogmatico della problematica in esame, in termini moderni, deve appunto individuarsi nell'instaurazione di uno stretto collegamento tra caratteristiche strutturali e funzionali degli atti amministrativi dichiarativi e del tipo di tutela attivabile nei loro confronti

⁷⁵ Sebbene la terminologia utilizzata richiami quella proposta in passato da M.S. Giannini, in questo caso, così come nella sistematica di E. Capaccioli, il significato e le conseguenze riconosciute a tale nozione risultano diverse e soprattutto applicabili in un ambito più ristretto.

⁷⁶ Come modificato dalle LL. 26.4.1990, n. 86 e 7.2.1992, n. 181, che recita testualmente: "*Agli effetti della legge penale sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti p pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi*".

⁷⁷ V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amm.* cit., p. 381 e ss. Gli atti di certezza pubblica costituiscono quindi atti di accertamento in senso tecnico e sono definiti ad effetti parzialmente preclusivi, in quanto eliminano uno stato di incertezza, anche solo potenziale; solamente alle sentenze di accertamento passate in giudicato può attribuirsi efficacia preclusiva piena, alla luce di quanto previsto dagli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c.: per approfondimenti sia consentito rinviare a C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, vol. I, par. VI, Torino 2009.

graduazione delle funzioni e degli effetti propri delle varie fattispecie di accertamento.

La dottrina più recente ha tentato di ricostruire e analizzare le varie impostazioni brevemente ricordate,⁷⁸ precisando che possono essenzialmente distinguersi tre categorie di atti amministrativi, lasciando da parte il fenomeno degli atti costitutivi di certezza pubblica o legale, costituenti una categoria a sé stante.

Più specificamente, si individua *in primis* la categoria dell'atto costitutivo, espressione di un potere in senso tecnico e quindi discrezionale, collocabile nello schema di teoria generale norma/potere/effetto e idoneo a creare, modificare o estinguere situazioni giuridiche soggettive di terzi.

In una seconda categoria vengono, invece, annoverati gli atti dichiarativi, ricondotti dalla dottrina tradizionale tra i meri atti amministrativi che non esprimono una volizione dell'amministrazione, definibili come acclaramenti semplici e di natura vincolata, in quanto gli effetti prodotti discendono in via diretta dalla legge, in applicazione dello schema di teoria generale norma/fatto/effetto.

In posizione intermedia rispetto alle fattispecie richiamate si collocano i provvedimenti amministrativi denominati da parte della dottrina meno recente atti di accertamento costitutivo,⁷⁹ che costituiscono il presupposto indispensabile per il perfezionamento di una determinata fattispecie, ovvero perché il privato possa diventare titolare in concreto di una determinata situazione giuridica soggettiva.

Gli atti denominati di accertamento costitutivo si porrebbero sotto un profilo strutturale in un rapporto di *species a genus* con la categoria degli atti dichiarativi, in considerazione delle evidenti identità strutturali, relative alla riconducibilità all'interno dello schema generale norma/fatto/effetto ed alla natura di atto vincolato, dovuto e meramente acclarativo.

Diversamente, da un punto di vista dell'efficacia giuridica, le tre categorie analizzate risultano distinte e tra loro autonome: gli atti costitutivi, infatti, in quanto riservati nel merito all'amministrazione e di sua competenza esclusiva, non sono sostituibili in sede giurisdizionale, a differenza degli atti dichiarativi.

Sotto questo profilo, quindi, gli atti amministrativi possono classificarsi secondo uno schema ternario, in cui gli atti preclusivi o parzialmente preclusivi, come gli accertamenti in senso tecnico (secondo la nozione di A. Falzea) si collocano in posizione intermedia rispetto agli atti costitutivi di effetti giuridici ed agli atti dichiarativi.⁸⁰

In questa ricostruzione, gli atti certificativi *lato sensu* considerati non possono essere ascritti *a priori* all'interno di una categoria predefinita, in quanto produttivi di troppi e disparati effetti giuridici; ciò nonostante, gli atti in questione si differenziano da tutti gli altri tipi di atti amministrativi, ed in particolare dagli atti

⁷⁸ P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiar.* cit., p. 90 e ss.

⁷⁹ Da intendersi quale atto costitutivo di sola fattispecie nell'accezione proposta da G. Vignocchi, *Gli accertamenti costitutivi* cit., p. 19 e ss. e ripresa da G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, vol. I, Milano 1967, p. 208 e ss., considerata da P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiar.* cit., p. 102, nota 192, l'unica ipotesi accettabile, mentre l'accertamento costitutivo di effetti "risulta il frutto di un equivoco concettuale ed è intrinsecamente contraddittorio (...), la costitutività degli effetti è predicabile, viceversa, solo per gli atti amministrativi di natura provvedimentale".

⁸⁰ P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiar.* cit., p. 220 e ss.

meramente dichiarativi o ricognitivi, per alcune caratteristiche peculiari: la funzione servente di altri atti o fatti produttivi di per sé di effetti giuridici propri; la speciale efficacia parzialmente preclusiva, in quanto facenti prova fino a querela di falso; l'autoritatività o imperatività derivante dall'essere espressione di un potere amministrativo certificativo; la costane tipicità e nominatività.

L'impostazione dottrinale testé analizzata, inerente agli atti di certezza pubblica costituenti espressione di un potere certificativo proprio ed esclusivo dell'amministrazione,⁸¹ trova inoltre punti di contatto con i risultati raggiunti in dottrina in ordine all'irripetibilità innanzi al giudice amministrativo degli accertamenti tecnici compiuti dall'amministrazione, in quanto espressione appunto di un potere riservato in via esclusiva alla stessa amministrazione, qualificato come potere di accertamento.⁸²

La riserva in favore dell'amministrazione di particolari apprezzamenti tecnici deriva infatti dalla natura riservata del potere attribuito dalla legge alla predetta, differente per natura e finalità dai poteri spettanti al giudice amministrativo. Deve comunque precisarsi che in questa concezione l'area degli apprezzamenti tecnici non coincide con quella degli atti di accertamento, entro la quale accanto agli apprezzamenti tecnici, definiti accertamenti con effetti di tipo innovativo,⁸³ vengono ricondotti anche gli accertamenti produttivi di un effetto meramente dichiarativo.⁸⁴

L'impostazione di partenza, su cui si basa la tesi dottrinale ricordata, può comportare peraltro la preclusione del concetto di accertamento in sede di teoria generale del diritto, ma anche all'interno del diritto amministrativo relega all'accertamento un ambito di applicazione ridotto, strettamente connesso alle scelte del Legislatore.

A ciò aggiungasi che la soluzione in esame non risulta tenere in considerazione le profonde trasformazioni intervenute all'interno della funzione certificativa pubblica, pur genericamente intesa, inevitabilmente determinate dalle rivoluzioni operate nell'attività amministrativa e nel *modus operandi* della amministrazione, ad esempio in ordine alla semplificazione degli adempimenti imposti al privato, alla creazione di un rapporto paritario e fortemente procedimentalizzato, al ritrarsi dell'intervento diretto del pubblico potere.⁸⁵

⁸¹ V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amm. cit.*, p. 380 e ss.

⁸² C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985, p. 186 e ss.; C. Marzuoli, *Una nozione da ricordare: la competenza "esclusiva"*, in *Dir. Amm.*, 2009, 4, p. 909, in particolare relativamente alla esatta (ed unica) nozione di discrezionalità amministrativa come apprezzamento del pubblico interesse ed alla distinzione, omrai recepita in giurisprudenza, tra valutazione discrezionale e valutazione tecnica; in senso parzialmente contrario M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1983, p. 371.

⁸³ C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutaz. cit.*, p. 187

⁸⁴ La tesi riportata è condivisa anche in campo civilistico: F. Santoro Passarelli, *Nozione della transazione*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli 1961, p. 1961, p. 287 ove si afferma che "l'accertamento costituisce una funzione pubblica, riservata allo Stato" ripartita tra autorità giurisdizionale e autorità amministrativa.

⁸⁵ G. Falcon, *Semplificazione, garanzie, certezza: modelli di composizione degli interessi*, in A.M. Sandulli (a cura di), *Il procedimento amministrativo in Europa*, Milano, 2009, p. 59 e ss.; A. Romano Tassone, *Amministrazione pubblica e produzione di "certezza": problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005, p. 867.

Recentemente è stata infine proposta in dottrina una nuova articolazione delle tipologie procedimentali volte a fornire pubbliche certezze,⁸⁶ distinguendo le categorie dei procedimenti amministrativi a seconda che i predetti siano preordinati alla certificazione, alla produzione e controllo della pubblicità ovvero all'accertamento, suddiviso in accertamento amministrativo, accreditamento e accertamento di qualità.

Tale impostazione parte dal presupposto che in tutte queste ipotesi l'amministrazione ponga in essere atti dichiarativi, costituiti da dichiarazioni di scienza, prive dell'elemento di volizione e conseguenti ad un procedimento costituito da un insieme di atti e operazioni finalizzati ad apprendere.⁸⁷

⁸⁶ A. Fioritto, *La funzione di certezza pubblica* cit., p. 113 e ss.

⁸⁷ A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1984.

III. Procedimenti certificatori: distinzioni, figure affini e individuazione dei requisiti

III.1 Le categorie tradizionali: acclaramenti, accertamenti, certazioni, certificazioni

Posto che a livello normativo non esiste un unico modulo di certificazione, sussistendo al contrario una tipologia molto vasta e differenziata di fattispecie, le analisi operate in dottrina per una ricostruzione dell'istituto comprendono inevitabilmente eccezioni e deroghe, che impediscono di fatto una *reductio ad unitatem*.

Può comunque affermarsi fin d'ora che i procedimenti creativi di certezze pubbliche, destinati a concludersi con apposite certificazioni amministrative,⁸⁸ costituiscono in ogni caso veicoli praticamente insostituibili per realizzare la conoscibilità e la circolazione giuridica delle certezze e sono quindi una componente essenziali della vita contemporanea.⁸⁹

Tradizionalmente, le principali categorie dei procedimenti certificatori⁹⁰ sono costituite dagli acclaramenti, dagli accertamenti e dalle certazioni, costituenti dichiarazioni di scienza,⁹¹ mentre le certificazioni sono ricondotte tra le dichiarazioni di conoscenza, con funzione prevalentemente partecipativa.⁹²

⁸⁸ Dovendosi distinguere il vocabolo "certificato", che si riferisce al documento materiale dalla "certificazione", che costituisce l'atto che si esterna nel certificato: A. Stoppani, *Certific.* cit., p. 793; L. Perroni, *Certificato*, in *Dig. It.*, VII, p. 750 secondo cui il certificato in senso lato è "l'atto per mezzo del quale una persona rivestita di particolari funzioni, all'uopo chiamata o autorizzata dalla legge, fa fede di un fatto che è a sua conoscenza"; S. Giacchetti, *Certificazione* cit., p. 2 rileva che "anche il termine certezza pubblica è polisenso, potendosi intendere con essa sia l'atto conclusivo del procedimento con cui viene autoritativamente accertato un determinato fatto (ad esempio la nascita di un soggetto, con iscrizione nel relativo registro di stato civile) sia il documento in cui l'atto viene esternato (ad esempio, il certificato di nascita) sia infine l'effetto che deriva dall'atto (l'incontestabilità – salvo l'esperibilità di alcuni rimedi da azionare in un breve termine di decadenza - dello stato di figlio legittimo nei confronti del figlio nato in costanza di matrimonio)".

⁸⁹ A. Stoppani, *Certificazione* cit., p. 771 e ss.; A. Fioritto, *La funzione di certezza pubb.* cit., p. 329 precisa infatti che le certezze pubbliche rappresentano per la loro finalità peculiare, consistente nel contribuire alla sicurezza giuridica e reale del cittadino e dei rapporti, una funzione unitaria pubblica; G. Sala, *Certificati e attest.* cit., p. 538, per cui proprio la funzione di esternazione e di conoscenza ai fini della circolazione giuridica nell'interesse dei consociati, e non della sola autorità emanante, permette di espungere dalla categoria in oggetto altre fattispecie in apparenza strutturalmente vicine, ma funzionalmente diverse: le registrazioni, le verbalizzazioni e le relazioni di notifica.

⁹⁰ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo* cit., p. 910 e ss. Le classificazioni operate in dottrina si differenziano in buona sostanza in ragione del parametro di riferimento assunto: profilo soggettivo, contenuto, tecnica dell'apprendimento e/o efficacia, quale grado di resistenza del contenuto dell'atto a verifica, anche se poi i criteri finiscono per combinarsi dando luogo a ulteriori incroci: per una disamina approfondita sia consentito rinviare a P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiar.* cit., p. 235 e ss.; B. Tonoletti, *L'accertamento amm.* cit., p. 98 e ss.

⁹¹ Le tre fattispecie in esame possono essere qualificate come atti ricognitivi o dichiarativi alla luce delle diverse impostazioni dottrinali, ma la qualificazione pare meramente descrittiva.

⁹² Sussistono comunque in dottrina altre ricostruzioni: ad esempio V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino 1994, p. 382, distingue i provvedimenti dichiarativi tra provvedimenti non discrezionali, espressione di un potere in senso tecnico, provvedimenti dichiarativi di semplice acclaramento ovvero atti di certezza pubblica espressione del potere certificativo della pubblica amministrazione. Secondo altra dottrina, inoltre, alla categoria degli accertamenti dovrebbero

Più specificamente, gli acclaramenti sono sotto un profilo giuridico i procedimenti più semplici, in quanto stabiliscono l'esistenza di fatti oppure provvedono a misurare o analizzare dati fattuali, fino a costituire un procedimento autonomo, ovvero inserirsi come subprocedimenti istruttori all'interno di fattispecie procedurali complesse. Gli acclaramenti sono preordinati alla rimozione di una situazione di incertezza relativa all'esistenza di qualità o modi di essere, analizzati anche sotto un profilo tecnico-scientifico attraverso consulenze tecniche o perizie relative a cose, fatti e persone. Si può quindi concludere che gli acclaramenti costituiscono espressione di un pubblico servizio dando luogo a certezze notiziali (*amplius infra*).⁹³

Gli accertamenti hanno struttura più complessa sotto il profilo giuridico, in quanto aggiungono all'acquisizione del dato fattuale anche l'attribuzione di una qualità giuridica che può interessare persone, cose o rapporti giuridici,⁹⁴ implicando quindi un giudizio valutativo.⁹⁵

A differenza degli acclaramenti, gli accertamenti producono effetti preclusivi,⁹⁶ con la conseguenza che, finché non sono rimossi, rendono irrilevante l'alternativa possibile della conformità o della difformità, in senso positivo o negativo, della realtà accertata rispetto alla realtà effettiva, creando pertanto una certezza legale; per tale motivo, inoltre, gli accertamenti sono procedimenti rigorosamente tipici e nominati, a differenza degli acclaramenti.

Le certazioni, infine, oltre ad attribuire una data qualità giuridica, creano esse stesse qualificazioni giuridiche: in altre parole, a differenza delle fattispecie dichiarative sin qui analizzate, le certazioni non sono preordinate a chiarire una realtà prima incerta, quanto a creare una nuova realtà giuridica prima inesistente, che costituisce il necessario presupposto per la realizzazione di ulteriori effetti.⁹⁷ La differente finalità perseguita dalle certazioni si riverbera anche sulla diversa tipologia degli effetti prodotti: in questo caso, infatti, si parla di funzione costitutiva.⁹⁸

ricondursi anche le attestazioni, le certificazioni e le registrazioni: cfr. O. Tentolini, *Certificazioni ed attestati*, in *Enc. Dir.*, p. 129, ma tale diversa ripartizione pare essenzialmente fondarsi su un diverso utilizzo della locuzione accertamento, inteso come categoria omnicomprensiva e non come sottocategoria, come nella soluzione qui ripresa.

⁹³ S. Giacchetti, *Certificazione* cit., p. 2

⁹⁴ Come ad esempio il giudizio di idoneità espresso nei confronti di un partecipante ad un concorso pubblico, ma vedi O. Tentolini, *Certificazioni ed attestati*, in *Enc. Dir.*, p. 129 secondo cui tali giudizi valutativi, ove non siano vincolati, devono qualificarsi come atti di valutazione.

⁹⁵ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia* cit., p. 21 e ss.

⁹⁶ A. Falzea, *Accertam.* cit., p. 209; M.S. Giannini, *Accertam.* cit., p. 219; *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro It.* 1952, p. 169; *Certezza pubb.* cit.; *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981, p. 361 e ss.; *Diritto amministrativo* cit., p. 918.

⁹⁷ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo* cit., p. 919 e ss., distingue le tre categorie portando ad esempio tre dichiarazioni aventi ad oggetto il medesimo edificio, che risulta essere rispettivamente di un dato volume (dichiarazione dell'ufficio tecnico comunale: acclaramento), pericolante (dichiarazione dell'ufficio del genio civile: accertamento) e bene artistico (dichiarazione della soprintendenza competente: certazione). Le categorie di atti testé analizzati sono caratterizzate dalla circostanza che, a seguito della loro emanazione, la situazione, il fatto e il rapporto non vengono innovati, ma rimangono i medesimi di quelli precedenti: essi peraltro hanno la funzione di riconoscere formalmente una particolare condizione o modo di essere giuridico di un bene, di un soggetto o di un rapporto già esistente.

⁹⁸ E. Capaccioli, *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Milano 1960, p. 188; *Manuale di diritto amministrativo*, Padova 1983, II ed., p. 344, distingue tra atti di accertamento in

Come già anticipato, accanto agli acclaramenti, accertamenti e certazioni si pongono le certificazioni amministrative, che secondo la ripartizione tradizionale possono distinguersi in due categorie:⁹⁹ le certificazioni proprie (c.d. di esistenza o obiettive)¹⁰⁰ e le certificazioni improprie (c.d. valutative o soggettive). Le prime contengono l'attestazione di operazioni o di fatti, ritenuti l'unica rappresentazione possibile della realtà, e quindi costituiscono verità legali che non ammettono prova contraria; le seconde contengono un giudizio conclusivo inerente a una determinata situazione, che ammette la prova contraria e la cui effettiva accettazione da parte dei consociati dipende dall'autorevolezza professionale o funzionale del certificante.¹⁰¹

Le certificazioni proprie dipendono da una certezza pubblica preesistente e sono costituite o dalla riproduzione mediante trascrizione di un preesistente atto di certezza pubblica risultante da pubblici registri,¹⁰² o dalla creazione *ex novo* di certezza pubblica mediante redazione per iscritto di circostanze oggettive, percepite in via immediata e diretta dal certificante,¹⁰³ al fine di permettere la circolazione giuridica di alcune certezze pubbliche, che potranno quindi essere utilizzate dai consociati.

Sotto il profilo dell'efficacia le certificazioni proprie costituiscono certezze legali incontrovertibili e valide *erga omnes*: fino a quando non sono rimosse tramite gli specifici procedimenti approntati dall'ordinamento, costituiscono quindi l'unica rappresentazione necessaria, precludendo l'esistenza di una rappresentazione difforme. Gli atti di certezza legale incidono dunque profondamente sull'autonomia privata e per questo devono essere rigorosamente e tassativamente disciplinati dalla legge come estrinsecazione di una funzione pubblica.¹⁰⁴

Viceversa, le certificazioni improprie producono certezze informative o notiziali non vincolanti e assistite dalla presunzione *iuris tantum* di legittimità, costituendo elementi di prova liberamente apprezzabili dal giudice.

Sia le certificazioni proprie che improprie possono essere formate esclusivamente dalla pubblica amministrazione o da soggetti privati equiparati (pubblici ufficiali; incaricati di pubblici servizi; esercenti un servizio di pubblica

senso tecnico dotati di efficacia costitutiva di accertamento e atti di verifica necessari privi di effetti costitutivi.

⁹⁹ Secondo parte della dottrina, inoltre, le certificazioni costituiscono una sottocategoria delle attestazioni, e precisamente attestazioni consistenti in una dichiarazione di scienza relativa a fatti di cui il dichiarante ha immediata e diretta conoscenza: A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1982, p. 546; A. Stoppani, *Certificazione amm. cit.*, p. 793 e ss.; Secondo S. Giacchetti, *Certificazione cit.*, p. 4 la distinzione suddetta è comunque praticamente irrilevante in sede amministrativa, rilevando invece in sede penale.

¹⁰⁰ Tra le certificazioni proprie possono ricordarsi la certificazione di residenza e di stato di famiglia, rilasciate dal Sindaco ed attinenti all'anagrafe della popolazione, nonché gli attestati di notorietà pubblica rilasciati ai sensi dell'art. 151 n. 8 R.D. 4.2.1915, n. 14.

¹⁰¹ S. Giacchetti, *Certificazione cit.*, p. 3 e ss.

¹⁰² Ad esempio albi professionali, albi imprenditoriali, liste elettorali, registri di stato civile, elenco delle acque pubbliche, registri immobiliari ecc.

¹⁰³ Ad esempio attestazione di aver compiuto determinate attività o aver ricevuto determinate dichiarazioni.

¹⁰⁴ S. Giacchetti, *Certificazione cit.*, p. 3.

necessità): in mancanza di un apposito provvedimento amministrativo, quindi, i privati non possono creare certezze pubbliche.¹⁰⁵

Tale rilievo è alla base di un'ulteriore classificazione, che distingue le certificazioni tra nominate (proprie o improprie) e innominate.¹⁰⁶ Le prime possono essere emesse solo dai soggetti ai quali la legge abbia attribuito il potere di rilasciare una certificazione con valore di certezza legale o notiziale; le seconde possono essere rilasciate da qualunque soggetto legittimato ad esprimere una volontà pubblicistica, indipendentemente da un'espressa previsione di legge.

III.2 Figure affini: negozio di accertamento e sentenza di accertamento

Riprendendo le parole di un autorevole studioso, “*Effetto preclusivo e dichiarazione di verità sono gli elementi necessari di ogni figura di accertamento, sicchè non esiste dichiarazione di verità accompagnata da effetto preclusivo che non costituisca fatto di accertamento e, per converso, nessun fatto di accertamento può essere altrimenti costituito se non da una dichiarazione di verità – eventualmente accompagnata da una dichiarazione di volontà per la produzione della preclusione – da cui scaturisca un effetto preclusivo di grado maggiore o minore*”.¹⁰⁷

In questa definizione può cogliersi l'elemento che ha permesso alla dottrina di accomunare l'accertamento tipicamente amministrativo ad altre fattispecie giuridiche, proprie del diritto civile e del diritto processuale civile, il cui minimo comune denominatore è costituito appunto dalla funzione di certezza.¹⁰⁸

La funzione fondamentale dell'accertamento può infatti essere intesa in senso unitario e consiste nella soluzione di un problema, attuale o potenziale, di effettività dell'ordinamento,¹⁰⁹ e risulta quindi l'unica fonte di una pluralità di effetti giuridici, a seconda della particolare struttura assunta dall'accertamento nei vari settori dell'ordinamento.¹¹⁰

La migliore dottrina ha in passato esaminato ed approfondito partitamente i requisiti accomunanti il negozio giuridico di accertamento,¹¹¹ la sentenza di accertamento¹¹² e le certificazioni pubbliche.¹¹³

¹⁰⁵ Tale conclusione è decisamente superata dalla più moderna dottrina: A. Fioritto, *La funzione di certezza pubb.* cit., p. 329 e ss.

¹⁰⁶ S. Giacchetti, *Certificazione* cit., p. 4.

¹⁰⁷ A. Falzea, *Accertamento* cit., p. 219.

¹⁰⁸ A. Falzea, *Accertamento* cit., p. 205; M.S. Giannini, *Accertamento* cit., p. 219; *Diritto pubblico dell'econ.* cit., p. 39; M. Giorgianni, *Accertamento (negozio di) II*, in *Enc. Dir.*, Milano 1958, p. 228 il quale evidenzia difatti come le fattispecie richiamate siano accomunate da uno stato di incertezza, o meglio di imperfetta conoscenza di fatti giuridici, presenti o passati.

¹⁰⁹ A. Falzea, *Accertamento* cit., p. 209 e ss.

¹¹⁰ B. Tonoletti, *L'accertamento amm.* cit., p. 84 e ss.; come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, peraltro, gli elementi differenziali delle fattispecie giuridiche in oggetto impediscono di poter ricondurre *ad unitatem* le predette fattispecie, che al di là di un dato di fondo comune divergono profondamente sotto altri aspetti.

¹¹¹ Sull'istituto la dottrina è vastissima: A. Catricalà, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. Giur.*, Roma 1988, p. 1 e ss.; R. Corrado, *Negozio di accertamento*, in *Noviss. Dig.*, Torino 1965, p. 196 ss.; M. Giorgianni, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1958, p. 227 ss.; F. Carresi, *La transazione*, in AA. VV., *Trattato Vassalli*, Torino, 1966; S. Pugliatti, *Della transazione*, in D'Amelio - Finzi, *Commentario*, Firenze 1949, p. 448 ss.; E. Betti, *Ricognizione di debito e promesse di pagamento secondo il nuovo codice*, in *Studi in memoria di Segré*, Milano 1943, p. 5 e ss.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1960, p. 256 ss.; F. Carresi,

In questa sede tali distinzioni saranno solo brevemente menzionate, in correlazione all'approfondimento della tematica in esame, rilevando specificamente gli elementi differenziali utili per delimitare con più chiarezza l'attività certificativa pubblica.

Nel diritto privato il problema dell'ammissibilità o meno dell'accertamento negoziale ha diviso dottrina e giurisprudenza: secondo quest'ultima, in particolare, il negozio di accertamento costituisce un tipo negoziale di carattere generale, pienamente ammissibile e dotato di una propria funzione tipica, consistente nella rimozione di una condizione di incertezza, ponendosi comunque in relazione necessaria e dipendente dal negozio di attribuzione patrimoniale cui è collegato.¹¹⁴

Accertamento e interpretazione nel contratto, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano 1991, p. 143 e ss.; R. Corrado, *Il negozio di accertamento*, Torino 1942; L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996; C. Furno, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze 1948 - Milano, 1993; M. Giorgianni, *Il negozio di accertamento*, Milano 1939; A. Lener, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Milano 1970; E. Paolini, *Il contratto di accertamento*, Padova 1997; L. Puccini, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano 1958; F. Carnelutti, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 1940, p. 3 e ss.; M. Di Tillio, *Ricognizione di debito e negozio di accertamento*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, VIII, p. 793 e ss.; L. Rovelli, *Nota a Cass.*, sez. I, 27 maggio 1971, n. 1572, in *Foro it.*, 1971, I, p. 2237 e ss.; F. Santoro Passarelli, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 4 e ss.; M. Orlandi, *Note sugli atti di ricognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, II, p. 433 e ss.

¹¹² G. Chioyenda, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, p. 1 e ss.; G. Chioyenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma 1935, p. 191 e ss.; L. Lanfranchi, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano 1969; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 620 e ss.; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, Torino 2004, p. 17 e ss.; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto cit.*, p. 201 e ss.

¹¹³ Si vedano: A. Falzea, *Accertam. cit.*, p. 210 e ss.; M.S. Giannini, *Accertamento cit.* p. 219 e ss. ed anche *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, p. 169; G. Zanobini, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. Dir. pubb.*, 1918, I, p. 169 (ora in *Scritti di dir. pubb.*, 1955, p. 19) e poi, per una ancor più compiuta sistemazione, in *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1957, V ed., p. 293; C. Vitta, *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1924, IV, p. 120; R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano 1946; M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, Napoli 1953.

¹¹⁴ Cfr. Cass. civ., II, 6.12.1983, n. 7274, in *Riv. not.*, 1985, p. 424; Cass. civ., II, 23.3.1996, n. 2611, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 423 e ss. stabilisce infatti che "Il negozio di accertamento, avendo la funzione di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente con effetto preclusivo di ogni contestazione al riguardo, non costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti e, pertanto, per la regolamentazione della situazione controversa, deve farsi capo, in ogni caso, alla fonte precettiva originaria, in quanto l'indicato negozio è volto soltanto ad eliminare le incertezze della situazione giuridica preesistente, presupponendo l'esistenza di un rapporto giuridico tra le parti, in mancanza del quale il negozio di accertamento difetta di causa ed è nullo". Nel senso di ammettere il negozio di accertamento con propria finalità ma senza causa autonoma: Cass. civ., II, 5.7.1997, n. 4994, in *Riv. not.*, 1998, p. 240. Sulla distinzione tra negozio di accertamento e transazione: Cass. civ., I, 10.01.1983, n. 161 in *Giust. civ. mass.*, 1983, fasc. 1 secondo cui "A differenza della transazione, che postula una reciprocità di concessioni tra le parti in modo che ciascuna di esse subisca un sacrificio, e della rinuncia, che postula l'esistenza di un diritto acquisito e la volontà abdicativa volta e dismettere il diritto medesimo, il negozio di accertamento ha la funzione di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente con effetto preclusivo di ogni ulteriori contestazione al riguardo; esso non costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti, ma rende definitive ed immutabili situazioni effettuali già in stato di obiettiva incertezza, vincolando le parti ad attribuire al rapporto precedente gli effetti che

La dottrina, invece, risulta divisa sia in merito all'ammissibilità di tale figura negoziale, che in ordine ai limiti e alle modalità di esercizio di siffatta espressione dell'autonomia negoziale;¹¹⁵ l'elaborazione dottrinale sul tema è talmente ampia e tormentata che è parsa "*ironia della sorte*" che un negozio destinato a rimuovere incertezze appaia, più di tanti altri istituti, fonte di incertezza.¹¹⁶

Sono in ogni caso evidenti le differenze esistenti tra il negozio di accertamento, la cui funzione è quella di rendere certi e immutabili tra le parti un determinato rapporto o i fatti posti alla base del vincolo negoziale,¹¹⁷ e le certificazioni pubbliche, emanate come già rilevato nell'esercizio di un'attività meramente dichiarativa di una situazione di fatto o di una qualità giuridica.¹¹⁸

Le due fattispecie si distinguono anche sotto il profilo dei soggetti destinatari degli effetti giuridici: l'efficacia negoziale, ai sensi dell'art. 1372 c.c., è esclusivamente *inter partes* e non può superare i confini del rapporto negoziale, potendo tutt'al più produrre limitati e marginali effetti riflessi nei confronti dei terzi.

L'autonomia privata costituisce un ulteriore elemento differenziale del negozio di accertamento rispetto alla certificazione amministrativa. L'amministrazione infatti deve agire, se non in casi eccezionali previsti dalla legge, tramite procedimenti e provvedimenti tipici ed imperativi e non può attribuire ai propri atti effetti giuridici diversi da quelli normativamente stabiliti. Nel caso delle certificazioni, in particolare, l'amministrazione pone in essere dichiarazioni di scienza¹¹⁹ volte a rendere noto un determinato fatto,¹²⁰ escludendo quindi la produzione di altri effetti rimessi alla libera volontà dell'autore.¹²¹

risultano dall'accertamento, e precludendo loro ogni pretesa, ragione od azione in contrasto con esso".

¹¹⁵ Può ricordarsi fin d'ora che l'autonomia dell'accertamento negoziale è stata riconosciuta da F. Carnelutti, *Note sull'accertamento negoziale* cit., p. 3 e ss. ed è invece stata negata da F. Santoro Passarelli, *L'accertamento negoziale e la transazione* cit., p. 4 e ss., secondo cui sussiste un'assoluta incompatibilità concettuale tra l'idea dell'accertamento, espressione di un giudizio logico, e l'idea di negozio, che risponde ad un principio di libertà del volere.

¹¹⁶ L. Puccini, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano 1958.

¹¹⁷ M. Giorgianni *Il negozio giuridico di accertamento* cit., p. 39; *Accertamento* cit.

¹¹⁸ A. Benedetti, *Certificazioni "private" e pubblica fiducia* cit., p. 4 e ss.

¹¹⁹ C. Vitta, *Diritto amministrativo*, I, Torino 1954, p. 336; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano 1958, p. 267; F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova 1959, p. 146; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1957, p. 295.

¹²⁰ A mero titolo esemplificativo possono ricordarsi: nascita, morte, stato di famiglia, residenza, iscrizione in albi professionali, nelle liste elettorali, nei ruoli dei contribuenti, iscrizione nel casellario penale, qualità di commerciante o imprenditore, stato di indigenza per ammissione al gratuito patrocinio, iscrizione di ipoteche su determinati beni, conseguimento di un determinato grado, titolo od onore, qualità di bene culturale.

¹²¹ Le certificazioni non costituiscono infatti le uniche dichiarazioni di scienza della P. A.: alcuni esempi possono rinvenirsi nell'esercizio di poteri di diritto privato proprio della P. A., ma anche nello stesso campo del diritto amministrativo (le "informazioni" tra uffici nella fase istruttoria del procedimento; gli attestati che forniscono apprezzamenti intorno a determinate condizioni di fatto; le registrazioni). La questione attiene allora alla esatta nozione di dichiarazione di scienza: chi classifica come dichiarazioni di scienza anche atti come le pubblicazioni, trascrizioni e iscrizioni troverà ulteriori elementi di differenziazione tra questi atti e le certificazioni; viceversa, ove si accolga una nozione più restrittiva di dichiarazione di scienza, limitata a quegli atti che hanno la funzione accolta nel testo, si potrebbero trovare maggiori difficoltà nel distinguere le certificazioni

Al contrario, nell'ambito dell'autonomia negoziale, i privati possono agire anche mediante strumenti atipici per il perseguimento di interessi meritevoli di tutela, purché leciti e non *contra leges* come stabilito dall'art. 1322 c.c.

Procedendo nell'analisi degli elementi connotanti il negozio di accertamento, deve infine rilevarsi che la patrimonialità tipica dello strumento negoziale, in base al quale l'interesse sottostante deve essere comunque suscettibile di valutazione economica, costituisce un ulteriore ed evidente elemento inconciliabile con l'attività certificativa svolta da soggetti pubblici, che perseguono interesse pubblici, appartenenti alla collettività e quindi astratti e generali, prestabiliti dalla legge.

La dottrina ha inoltre tentato di avvicinare i provvedimenti amministrativi alle sentenze di accertamento, in quanto in entrambi i casi si assiste all'esercizio di un potere sovrano e pubblicistico,¹²² da parte di soggetti terzi e imparziali rispetto ai soggetti coinvolti.

Il presupposto dell'azione di mero accertamento è costituito dalla contestazione di un altrui diritto che il titolare considera esistente, ovvero di un proprio diritto nei confronti di un soggetto che lo ritiene inesistente.¹²³

Già sotto tale profilo può rilevarsi che l'oggetto di un procedimento di cognizione può essere esclusivamente un diritto e non un fatto, ancorché suscettibile di riflessi giuridici,¹²⁴ mentre quello della certificazione è molto più ampio e può essere assai eterogeneo. Solamente nel caso dell'azione di mero accertamento, inoltre, pur non essendosi ancora verificata una violazione effettiva del diritto, deve sussistere una contestazione che determina una situazione di obiettiva incertezza circa l'esistenza di un diritto, ai fini dell'ammissibilità del ricorso all'autorità giurisdizionale.¹²⁵

Le due fattispecie, inoltre, divergono anche in ordine agli effetti: mentre il provvedimento amministrativo è connotato dal requisito dell'imperatività, le sentenze di accertamento, in quanto finalizzate alla definizione permanente della controversia, contengono un accertamento virtualmente irreversibile e che diviene attualmente incontrovertibile con il passaggio in giudicato.¹²⁶

all'interno della categoria generale delle dichiarazioni di scienza: sul punto espressamente A. Stoppani, *Certificazione* cit., p. 795.

¹²² C. Mandrioli, *Diritto processuale civ.* cit., p. 14 e ss.. Per quanto riguarda le certificazioni, la funzione pubblica espressione di un potere sovrano, sarebbe alla base delle c.d. "certezze legali", mentre nel caso di "certezze notiziali" - intese come acclamamenti di fatti messi a disposizione della collettività e quindi di chi ne abbia interesse - si sarebbe in presenza di attività di pubblico servizio.

¹²³ C. Mandrioli, *Diritto processuale civ.* cit., p. 17;

¹²⁴ C. Mandrioli, *Diritto processuale civ.* cit., p. 15 e ss.; G. Chiovenda, *Istituzioni* cit., I, p. 191 e ss.. Cass., S.U., 29.11.1988, n. 6468, in *Foro It.*, 1989, I, p. 724, senza che, dall'altra parte, sia necessario che il diritto sia contestualmente esercitato: Cass., 26.5.1993, n. 5889, in *Foro It.*, 1994, I, p. 507.

¹²⁵ Lo stato di incertezza deve essere necessariamente obiettivo, determinando quindi la sussistenza di tutte le condizioni dell'azione: l'azione di mero accertamento pone non pochi profili di ammissibilità, soprattutto sotto il profilo dell'interesse ad agire: G. Attardi, *L'interesse ad agire*, Padova 1955, p. 158. Secondo L. Lanfranchi, *Contributo allo studio dell'azione* cit., p. 345 l'ammissibilità della tutela di mero accertamento dovrebbe infatti desumersi in via analogica e con cautela da talune norme che la prevedono espressamente, come gli artt. 949 e 1079 c.c.

¹²⁶ Come stabilito dal combinato disposto degli artt. 345 c.p.c. e 2909 c.c. che stabiliscono rispettivamente il principio di cosa giudicata formale e sostanziale: M.S. Giannini, *Accertamento* cit., p. 225 e ss. il quale rileva comunque che nelle sentenze l'accertamento del fatto è strettamente

Anche relativamente agli effetti propri dell'accertamento giurisdizionale, deve rilevarsi che l'autorità di cosa giudicata sostanziale, ai sensi dell'art. 2909 c.c., fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi ed aventi causa. I limiti soggettivi del giudicato, quindi, sono nettamente limitati all'ambito dei soggetti che hanno preso parte al giudizio:¹²⁷ ciò non esclude che possa comunque parlarsi di effetti riflessi nei confronti di terzi.¹²⁸

La distinzione tra l'effetto giuridico scaturente da una sentenza giudiziale, da un negozio di accertamento ovvero da un atto amministrativo si può cogliere, infine, anche avendo riguardo al momento in cui l'effetto medesimo viene ad esistere, a seconda dei diversi meccanismi predisposti dall'ordinamento per il perfezionamento di tali fattispecie: la preclusione infatti può operare immediatamente sul piano dei rapporti giuridici sostanziali ovvero incidere solo indirettamente su tale piano, operando invece sul piano processuale (fatti di accertamento sostanziale i primi e fatti di accertamento processuale i secondi).¹²⁹

III.3 Struttura e requisiti: forma, contenuto, elementi essenziali

Per quanto concerne la forma, le certificazioni, proprio in quanto atti emanati da pubblici poteri al fine di costituire un veicolo di certezze pubbliche, devono avere la "forma scritta", richiesta d'altro canto per il valore probatorio

ordinato alla qualificazione e alla sussunzione del fatto stesso sotto la norma, così come anche nel caso di alcuni provvedimenti amministrativi come le decisioni.

¹²⁷ Sul tema dei limiti soggettivi del giudicato, la dottrina processualistica si è cimentata per anni: tra tutti si ricordano G. Chiovenda, *Istituzioni cit.*, I., p. 378; F. Carnelutti, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Studi di diritto processuale civile*, I, Torino 1925, p. 441; E. Betti, *Dritto processuale civile*, Roma 1936, p. 603 e ss.; E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto a terzi*, Milano 1935; G. Attardi, *Diritto processuale civile, Parte generale*, III, Padova 1999; E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano 1981; P. Luiso, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano 1981; S. Menchini, *Il giudicato civile*, Torino 1988; S. Menchini, *Regiudicata civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino 1993; G. Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato*, Padova 1978; F. Pugliese, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1969; A. Proto Pisani, *Note in tema di efficacia riflessa della sentenza, Dipendenza tra cause e di legittimazione autonoma o meno ad impugnare dell'interveniente adesivo dipendente*, in *Foro It.*, 1971, I, 414, in nota a Cass. 11.111970, n. 2347.

¹²⁸ Sulla contrapposizione tra autorità ed efficacia della sentenza: E.T. Liebman, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano 1935; E.T. Liebman, *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, I, p. 237 e ss.; E.T. Liebman, *Manuale di diritto proc. cit.*, p. 441. Il contributo più incisivo è stato fornito da E. Allorio, *La cosa giudicata cit.*; E. Allorio, *Trent'anni di applicazione del cod. di proc. civ.*, saggio introduttivo al *Commentario del codice di procedura civile, diretto da E. Allorio*, I, Torino 1973, p. XLVI, che ha evidenziato come il fenomeno dell'estensione dell'efficacia sia dovuto soprattutto alla portata del rapporto sostanziale e si verifichi quindi nei casi in cui il rapporto dipendente viene in essere successivamente a quello pregiudiziale, mentre nel caso inverso suddetta ripercussione non si verifica, per cui l'art. 2909 c.c. "deve intendersi come norma che esclude per i terzi la retroattività della decisione giudiziaria intorno all'altrui rapporto, pregiudiziale al loro" con la conseguenza che "i limiti oggettivi della cosa giudicata possono trovare una giustificazione logica in quanto limiti alla retroattività".

¹²⁹ La tesi riportata non è peraltro pacifica in dottrina: per alcuni Autori anche l'accertamento negoziale e giudiziale sarebbero dotati di efficacia dichiarativa e non preclusiva: G. Stolfi, *Natura giuridica dell'accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1933, p. 136.

dell'esternazione:¹³⁰ ne deriva che le certificazioni devono essere incorporate in qualcosa di durevole e materiale, idoneo alla circolazione giuridica e non possono quindi assumere la forma orale.¹³¹

Secondo la dottrina prevalente, peraltro, ciò non significa che sia indispensabile l'incorporazione in un documento scritto, e cioè nel certificato in senso stretto, potendo consistere anche nell'apposizione di marcazioni,¹³² quali bolli, sigilli *et similia*, utilizzati in particolare nelle epoche più antiche – ad esempio con la coniazione di monete metalliche - e come avviene oggi per le certificazioni di provenienza di prodotti tipici, di verifica veterinaria, di pesi e misure e metalli preziosi.¹³³

In linea di massima, comunque, le certificazioni sono incorporate in documenti amministrativi costituiti, secondo la nozione indicata dal D.P.R. 28.12.2000, n. 445, da qualsiasi rappresentazione, comunque formata, del contenuto di atti, anche interni, delle pubbliche amministrazioni e, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa. Il documento amministrativo ha quindi la funzione di esternare la volontà dell'amministrazione ovvero un fatto da quest'ultima conosciuto e conseguentemente, per quanto interessa in questa sede, consente la circolazione delle certezze giuridiche.

Il T.U. sulla documentazione amministrativa, inoltre, pur non fornendo una nozione di attività di certificazione, definisce il certificato come il documento rilasciato da un'amministrazione pubblica, avente funzione di ricognizione, riproduzione e partecipazione a terzi di stati, qualità personali e fatti contenuti in albi, elenchi o registri pubblici o comunque accertati da soggetti titolari di funzioni pubbliche.

Tale dicitura sposta l'attenzione sui soggetti legittimati ad emettere certificazioni, che di norma vengono individuati appunto nella pubblica amministrazione - e pertanto nei soggetti preposti ad uffici dello Stato o di altri enti pubblici e incaricati dalla legge - ovvero nei “*soggetti equiparati*”.

¹³⁰ P. Zanobini, *L'amministrazione pubblica di diritto priv. cit.*, p. 267 e ss.; P. Virga, *Il provvedimento amm. cit.*, p. 83 e ss.; M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amm. cit.*, p. 176 e ss.

¹³¹ A. Stoppani, *Certificaz. cit.*, p. 793 osserva infatti che una dichiarazione orale, comunque e da chiunque fatta, non potrebbe essere considerata, ovviamente, una certificazione, essendo la forma non scritta peculiare solo di quei provvedimenti nei quali la pronuncia è strettamente collegata con l'operazione esecutiva del provvedimento stesso.

¹³² M.S. Giannini, *Certezza cit.*, p. 779; *Diritto pubblico dell'econ.* p. 21 e ss.; ma vedi *contra* A. Stoppani, *Certificaz. cit.*, p. 793 il quale ammette la possibilità di certificazioni non scritte, ma ritiene che siano vicende del tutto diverse: ad esempio la significazione è talora l'esternazione di un'ispezione (come nel caso di bolli di provenienza di prodotti tipici); talaltra è una certificazione di visita (così nelle verificazioni sanitarie, di pesi e misure, di metalli preziosi, di materiali). L'atto che la norma ipotizza è la visita, che viene verbalizzata: l'apposizione del bollo, del punzone, del sigillo diviene in quest'ottica un ulteriore atto che certifica l'effettuazione della visita con esito positivo. La distinzione testé ricordata pare peraltro potersi assimilare, in buona sostanza, alla distinzione tradizionale tra certificato (documento) e attività certificativa, e risulta quindi meramente descrittiva.

¹³³ In questi casi il segno non solo attesta l'avvenuta verifica da parte dell'amministrazione, costituendo quindi esternazione dell'attività di accertamento, ma anche l'esistenza del fatto o qualità cui il controllo è finalizzato. Merita infine ricordare che la distinzione tra certificazione documentale e certificazione per marcazione rileva in sede penale, ove si distingue tra il reato di falsità in sigilli o strumenti o segni di autenticazione, certificazione o riconoscimento (artt. 467 – 475 c.p.) e falsità in atti, certificati o autorizzazioni amministrative (artt. 476 – 493 c.p.).

E' quindi pacifico che accanto a soggetti preposti ad uffici pubblici dotati di apposito potere certificativo, esistono anche soggetti privati equiparati in alcune materie alla pubblica autorità, in quanto esercenti pubbliche funzioni.¹³⁴

Anche all'interno di tale categoria, inoltre, occorre distinguere i privati, che dispiegano tale attività esclusivamente per un proprio interesse, da coloro che svolgono la medesima utilità senza alcun interesse personale.¹³⁵ Qui rileva evidentemente la prima categoria, nella quale possono annoverarsi ad esempio i notai, che possono autenticare le copie degli atti compiuti innanzi a loro; gli avvocati, quando autenticano la sottoscrizione del mandato loro rilasciato dal cliente; i medici che rilasciano certificati sanitari;¹³⁶ i tecnici abilitati che rilasciano certificazioni di idoneità statica.

Da tale classificazione deve infine essere tenuta ben distinta la materia dell'autocertificazione. Sebbene sotto i profili funzionale e formale le autocertificazioni possano essere equiparate alle certificazioni amministrative, quest'ultime divergono nettamente sotto il profilo soggettivo: le autocertificazioni costituiscono infatti dichiarazioni rese direttamente dai privati interessati e non da soggetti terzi privati che si sostituiscono all'amministrazione. In questo contesto, la funzione riservata alla pubblica amministrazione in luogo dell'attività propriamente certificativa, diviene una mera attività di controllo successivo

Sotto un profilo strutturale e contenutistico, inoltre, i procedimenti certificatori sono caratterizzati da due fasi, l'una di accertamento e l'altra di esternazione,¹³⁷ così come tutti i procedimenti che si concludono con l'emanazione di provvedimenti dichiarativi.

A seconda del fatto oggetto di accertamento devono distinguersi le ipotesi in cui l'autorità che emette la dichiarazione di scienza ha già acquisito la rappresentazione dei fatti, giuridici o materiali, oggetto della dichiarazione, ovvero le ipotesi in cui l'autorità non ha ancora acquisito nulla e deve pertanto procedere ad un accertamento istruttorio.¹³⁸

Nel primo caso la certificazione è in effetti una dichiarazione di scienza meramente riproduttiva di fatti già in possesso della amministrazione: possono includersi in questa sottocategoria i certificati penali, i certificati di stato civile, i certificati ipotecari e in genere tutte le certificazioni in cui l'autorità amministrativa dichiara quanto emerge da registri dalla stessa formati.

Quando invece alla dichiarazione si ricollega un'attività istruttoria - *rectius* ispettiva - non si configurerà una certificazione in senso tecnico, ma un'altra tipologia di dichiarazioni di scienza, con diversa struttura e natura, come ad esempio le relazioni di inchiesta e di ispezione.

¹³⁴ L'esercizio privato di pubbliche funzioni nella produzione di certezze pubbliche costituisce l'oggetto del par. IV.4, cui pertanto si rinvia.

¹³⁵ P. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubb.* cit.; *L'amministrazione pubblica del diritto priv.* cit. p. 88; M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amm.* cit., p. 176 e ss., un *munus* pubblico.

¹³⁶ *Rectius* attestati: G. Sala, *Certificati e attest.* cit., p. 539 in particolare la nota 22.

¹³⁷ G. Sala., *Certificati e attest.* cit., p. 538 e ss.; Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino 1967, p. 141 e ss.

¹³⁸ Funzione istruttoria definita accertamento: A. Falzea, *Accertamento* cit., p. 207.

III.4 Efficacia: effetto dichiarativo, preclusivo e costitutivo

Come già accennato, i provvedimenti certificativi sono stati analizzati dalla dottrina principalmente in base degli effetti giuridici prodotti, definiti dalla dottrina di tipo dichiarativo, preclusivo ovvero costitutivo.¹³⁹

In particolare, si parla di efficacia costitutiva nelle ipotesi in cui la situazione giuridica statuita dalla norma diverge in modo netto e giuridicamente apprezzabile dalla situazione giuridica preesistente; di efficacia dichiarativa ove la situazione giuridica statuita dalla norma converge con la situazione giuridica preesistente; di efficacia preclusiva quando la situazione giuridica statuita dalla norma sorge indipendentemente dalla conformità o difformità della situazione giuridica preesistente.

Secondo la migliore dottrina, l'effetto costitutivo e quello dichiarativo rispondono all'esigenza di continuità nel tempo della realtà giuridica, garantita dalla condizione di validità stabilita dalla legge, mentre l'effetto preclusivo risponde ad un'esigenza diametralmente opposta, rappresentando *“il limite entro il quale la esigenza di continuità della realtà giuridica può essere mantenuta senza che si creino insormontabili intralci nella vita della comunità”*.¹⁴⁰

L'effetto preclusivo impedisce quindi che il fatto oggetto di accertamento possa essere diverso da quanto dichiarato nell'atto che ne dà rappresentazione, escludendo che possa essere nuovamente messo in contestazione,¹⁴¹ e risponde alla particolare esigenza di sciogliere le innumerevoli questioni collegate all'intricata rete dei rapporti giuridici, rendendo la realtà preesistente non più necessaria di prova: esempi di fatti preclusivi sono individuati, in diritto civile, nell'usucapione, nella prescrizione e nella trascrizione, è più genericamente nei c.d. fatti di accertamento (giudiziali, negoziali o amministrativi).

L'attitudine, tipica di alcuni provvedimenti certificativi, di fornire una certezza legale privilegiata è stata assunta come ulteriore criterio di distinzione, strettamente connesso alla problematica dell'efficacia processuale propria dei provvedimenti amministrativi.¹⁴²

¹³⁹ A. Falzea, *Accertamento* cit., p. 209 secondo cui *“ciò che veramente caratterizza un fenomeno giuridico è sempre l'effetto giuridico, il quale traduce nell'ambito della norma la classe di valori o interessi umani a cui il diritto intende dare tutela”*; Le basi di questa tripartizione sono state studiate da R. De Stefano, *Il problema del diritto non nat.* cit., p. 203 e ss.; si vedano anche M.S. Giannini, *Accertamento* cit., p. 219 e ss.; M.S. Giannini, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro It.*, I, 1952, p. 169 e ss.; M.S. Giannini, *Certezza pubblica* cit.; G. Zanobini, *Sull'amministrazione pubblica* cit., p. 199 e ss.; P. Virga, *Il provvedimento amm.* cit., p. 86; P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiarativi* cit., p. 17; G. Vignocchi, *Gli accertamenti costitutivi* cit., p. 19; G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione* cit., p. 208; M. Corsale, *Certezza del diritto* cit.; B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo* cit., p. 85; A. Stoppani, *Certific.* cit., p. 799; G. Sala, *Certificati e att.* cit., p. 540 e ss.; O. Tentolini, *Certificati e attestazioni*, in *Nss. Dig. It.*, p. 129 e ss.

¹⁴⁰ A. Falzea, *Accertamento* cit., p. 209.

¹⁴¹ M. Giorgianni, *Il negozio di accertam.* cit., p. 45.

¹⁴² S. Romano, *Corso di diritto amm.* cit., p. 197; A. Stoppani, *Certificazioni* cit., p. 799; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amm.* cit., p. 617; P. Virga, *Il provvedimento amm.* cit., p. 92 e ss., il quale riconosce diverso rilievo probatorio a certificati di documentazione o accertamento, facenti fede fino a querela di falso, e a quelli di apprezzamento, facenti fede fino a prova contraria; M.S. Giannini, *Diritto amm.* cit., p. 987 che distingue gli atti certificativi in senso proprio fonti di certezza legale, da quelli fonte di certezza solo notiziale; C. Marzuoli, *Una nozione da ricordare: la competenza esclus.* cit., p. 915 e ss.

Nel caso di atti rilasciati da un pubblico ufficiale autorizzato a darvi pubblica fede,¹⁴³ le certificazioni fanno piena prova, fino a querela di falso *ex art.* 2700 c.c., di quanto in esse affermato sia nei procedimenti amministrativi che in quelli giurisdizionali, nei quali dispiegano l'efficacia attribuita dalla legge anche nel caso in cui provengano dalla stessa amministrazione che sia parte in causa e che ne faccia utilizzo in proprio favore.

Più controversa è invece l'efficacia probatoria degli altri atti certificativi, soprattutto nei procedimenti giurisdizionali: secondo parte della dottrina prevalente,¹⁴⁴ tali atti fanno fede fino a prova contraria, ma tale tesi non è condivisa da quanti attribuiscono un mero valore indiziario agli atti sprovvisti della capacità di fare pubblica fede.¹⁴⁵

La tendenza in passato prevalente pareva fondarsi sulla c.d. presunzione *juris tantum* di legittimità dell'atto amministrativo secondo cui anche gli atti certificativi non dotati di pubblica fede possono essere assunti a fondamento del convincimento del giudice, se non smentiti da prova contraria.

¹⁴³ Gli atti assistiti da pubblica fede sono tassativamente previsti dalla legge: M.S. Giannini, *Diritto amm.* cit., p. 1020 per cui infatti nel dubbio deve riconoscersi effetto di certezza notiziale.

¹⁴⁴ G. Zanobini, *Corso di diritto amm.* cit, p. 94.

¹⁴⁵ M.S. Giannini, *Certezza* cit., p. 789 e ss.; G. Sala, *Certificati ed attest.* cit., p. 540 e ss.

IV. Semplificazioni e certificazione

IV.1 Semplificazione procedimentale e funzione certificativa

L'attività certificativa dell'amministrazione è stata profondamente modificata dalle riforme legislative volte a semplificare l'azione amministrativa, che ha investito sia il settore normativo che l'ambito di attività prevista a carico del cittadino, riducendo gli adempimenti posti a carico del privato nei rapporti con l'amministrazione e rendendo al contempo più celere ed economica l'azione amministrativa.¹⁴⁶

La finalità sottesa ai numerosi interventi di semplificazione intervenuti negli ultimi vent'anni – sia che si tratti di semplificazione procedimentale, funzionale o strutturale, può individuarsi nella creazione di amministrazioni moderne e performanti, per tradurre le decisioni in interventi, servizi, azioni di promozione, di stimolo, di regolazione.¹⁴⁷ Non si tratta soltanto di un problema di governabilità, al quale rispondere con efficaci misure di riorganizzazione e razionalizzazione delle istituzioni,¹⁴⁸ si tratta anche di un problema, altrettanto se non più grave, di rappresentatività, di consenso e di fiducia nelle istituzioni, di progressivo affievolimento del sistema dei contrappesi e dei controlli, di indebolimento delle istituzioni di garanzia.

Come rilevato dalla dottrina, *“La forza delle istituzioni (...) non dipende solo dalla rapidità delle decisioni: potere decidere rapidamente è certo una necessità oggi ineludibile; ma occorre anche prendere le decisioni giuste; e soprattutto essere in condizioni di poterle attuare e implementare: e nelle moderne democrazie complesse – come è noto - l'attuazione delle politiche pubbliche non si fa per editto del principe. Le istituzioni democratiche sono forti, dunque, se sono capaci non solo di decidere, ma di farlo con il consenso e la partecipazione dei cittadini. E se sono dotate di apparati amministrativi efficaci e performanti, idonei a garantire che le scelte compiute abbiano coerente e rapida attuazione: di qui l'importanza strategica della riforma dell'amministrazione, di una radicale e*

¹⁴⁶ La L. 15.5.1997, n. 127, in parte modificata dalla L. 16.6.1998, n. 1919, ha introdotto misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione controllo, mentre la L. 15.3.1997, n. 59 ha attribuito apposita delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni e agli Enti locali per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa. Il compito di attuare il disegno di semplificazione procedimentale è stato in gran parte affidato a fonti regolamentari di delegificazione ex art. 17 comma 2 della L. 23.8.1988, n. 400, riconsegnando alla fonte soggettivamente amministrativa buona parte della disciplina dell'azione posta in essere dall'amministrazione; al contempo, si realizza inoltre una sorta di depotenziamento della centralità del Parlamento e il rafforzamento di un secondo e concorrente polo politico - normativo, quello governativo, all'interno dell'ordinamento: E. Casetta, *Compendio di diritto amministrativo*, Milano 2003, p. 269 e ss.

¹⁴⁷ F. Bassanini - L. Castelli, *Semplificare l'Italia*, Firenze 2008, introduzione.

¹⁴⁸ Sul punto: cfr. V. Cerulli Irelli - C. Pinelli (a cura di), *Verso il federalismo*, Bologna 2003; F. Bassanini - G. Macciotta (a cura di), *L'attuazione del federalismo fiscale*, Bologna 2004; L. Torchia - F. Bassanini (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze 2005; nonché vari paper reperibili in <http://www.astrid-online.it/I-paper-di/index.htm>.

coraggiosa operazione di ammodernamento del nostro sistema amministrativo”.¹⁴⁹

L'esigenza di semplificazione ha trovato specifica attuazione in materia procedimentale, ove ha comportato la riduzione delle fasi procedurali, il riordino delle competenze e delle funzioni amministrative, l'accorpamento e la regolamentazione uniforme dei procedimenti.

Tra i diversi istituti nei quali si rifrange il concetto di semplificazione procedimentale si rinvengono l'autocertificazione e le dichiarazioni sostitutive di atti amministrativi.¹⁵⁰

In entrambi i casi si verifica una modificazione sia soggettiva che oggettiva rispetto all'agire tipico dell'amministrazione: sotto il primo profilo si verifica lo spostamento in capo ad altri soggetti di funzioni in precedenza riservate all'amministrazione; sotto il secondo si assiste al mutamento dell'oggetto dell'istruttoria posta in essere dall'amministrazione, la quale invece di accertare fatti è chiamata ad accertare la completezza e regolarità delle dichiarazioni formate dai privati, mantenendo una funzione di controllo successivo e di accertamento d'ufficio.¹⁵¹

Sotto il profilo dell'efficacia deve precisarsi che il privato non conferisce all'autocertificazione la qualità giuridica di certezza pubblica, limitandosi a

¹⁴⁹ F. Bassanini - L. Castelli, *Semplificare l'Italia* cit., p. II e ss. Vedi anche F. Bassanini, *L'ammodernamento del sistema amministrativo italiano*, su www.astrid-online.it; L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni*, Bologna 2007.

¹⁵⁰ Si riprende in questa sede la nota tripartizione dottrinale che distingue tra semplificazione funzionale, organizzativa e procedimentale: G. Sciuillo (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, Bologna 2008, p. 125 e ss.; M. Renna, *Le semplificazioni amministrative*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 5, p. 649 e ss.; F. Bassanini - L. Castelli, *Semplificare l'Italia* cit., p. II e ss. individuano le esigenze sottese alla semplificazione amministrativa, genericamente intesa, nelle “*sfide della globalizzazione, della rivoluzione digitale, dell'innovazione tecnologica e produttiva, della società dell'informazione, del terrorismo fondamentalista, dell'emergenza climatica e ambientale; e, ancora, l'emergere sui mercati mondiali di nuove formidabili potenze economiche, i grandi flussi migratori, i problemi delle società multietniche e multiculturali, la rivendicazione di nuovi diritti e di nuove libertà, la crescente richiesta di sicurezza, la segmentazione e la corporativizzazione della società e la diversificazione dei bisogni e delle domande sociali; e, anche, i nuovi problemi di finanza pubblica propri di un contesto nel quale la competizione globale sottopone i bilanci pubblici a stress crescenti e nel quale l'appartenenza all'Unione Monetaria Europea, i vincoli del patto di stabilità, le regole dei mercati internazionali impediscono il ricorso a svalutazioni competitive*”. Come rilevato da R. Chieppa, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2009, VI, p. 1319 e ss., tra gli istituti che tendono a ricercare la condivisione tra i vari soggetti pubblici e privati, il fenomeno della semplificazione ha “*visto il potere mutare forma con il venire meno del suo tipico esito provvedi mentale e a volte assottigliarsi, lasciando spazio all'autonomia dei privati*”.

¹⁵¹ Come previsto oggi dall'art. 43 del D.P.R. 28.12.2000, n. 445. Cfr. G. Arena, *Certezze pubbliche e semplificazione amm.* cit., p. 53; A. Fioritto, *La funzione di certezza pubb.* cit., p. 141 e ss.; M. Bombardelli, *La semplificazione della documentazione amministrativa: strumenti e tecniche*, in AA. VV., *La documentazione amministrativa*, Rimini 2001, p. 121 e ss. Al pari delle certificazioni, le due categorie di autocertificazioni in esame possono definirsi proprie o improprie e differiscono non tanto quanto alla funzione o alla forma, quanto al contenuto: le prime sono già contenute in altri atti trascritti in pubblici registri, albi o elenchi; le seconde contengono informazioni che sono a diretta conoscenza del soggetto che redige l'atto o lo sottoscrive: G. Arena, *Autocertificazioni e amministrazioni “per interessi”*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano 1988, p. 52 e ss.

riprodurre una condizione che è già stata attribuita in precedenza dall'amministrazione, mediante apposito atto certificativo.

Gli effetti prodotti dalle dichiarazioni sostitutive, quindi, sono più limitati di quelli propri degli atti amministrativi sostituiti: i destinatari, infatti, non possono essere soggetti privati, ad eccezione di coloro che producono o gestiscono servizi pubblici, e neanche l'autorità giudiziaria: nei confronti di detti soggetti, quindi, occorrerà sempre presentare l'apposita documentazione amministrativa.

Sotto tale profilo, le autocertificazioni differiscono dalle certificazioni in senso tecnico, in quanto operanti nei soli confronti dell'amministrazione a cui vengono rilasciate e utilizzabili solamente nei casi tassativamente previsti dalla legge.

Ciò non esclude peraltro che le autocertificazioni, pur non essendo direttamente preordinate alla creazione di certezze giuridiche ma alla semplificazione dei rapporti tra il privato e l'amministrazione, non possano qualificarsi come strumento di produzione e circolazione giuridica idoneo a fornire sufficienti margini di certezza.¹⁵²

IV.2 Le dichiarazioni sostitutive di certificazione e di atti di notorietà

Con i termini autodichiarazione o dichiarazione sostitutiva si intende fare riferimento agli istituti introdotti nel nostro ordinamento con la L. 4.1.1968, n. 15,¹⁵³ e finalizzati a conferire in via sostitutiva al privato l'esercizio del potere

¹⁵² La riduzione di formalismi e lungaggini procedurali non esclude la garanzia di pubblica certezza, posto che sono previsti idonei controlli sulla veridicità delle autocertificazioni (art. 11 D.P.R. 20.10.1998, n. 403) e numerose sanzioni in caso di false dichiarazioni. In particolare con l'entrata in vigore del D.P.R. 28.12.2000 n. 445 è stato notevolmente modificato sia il sistema di produzione e gestione degli atti di certezza pubblica che il grado di certezza riconnesso alle dichiarazioni provenienti dai privati. Tra le modalità con cui possono essere presentate le autocertificazioni, infine, è previsto anche l'utilizzo della firma digitale o l'identificazione del sottoscrittore da parte di sistemi informatici, attraverso l'uso della carta di identità elettronica, ai sensi dell'art. 38 del T.U. sulla documentazione amministrativa. Le autocertificazioni redatte tramite l'utilizzo delle predette formalità informatiche sono ritenute valide e rilevanti a tutti gli effetti di legge se conformi alle specifiche disposizioni dettate dal Legislatore, garantendosi in tal modo anche la riconducibilità all'autore e l'integrità del documento, come previsto dal D.Lgs. 7.3.2005, n. 82 e successive modifiche, contenente il *Codice dell'amministrazione digitale*. Per completezza si ricorda che la disciplina normativa riguardante la semplificazione procedimentale contempla altri due istituti che si presentano come "affini" a quello dell'autocertificazione: a) l'obbligo di acquisizione diretta (d'ufficio) di certificazioni, previsto dall'art. 18 della L. 7.8.1990, n. 241 e ripreso dall'art. 7 del D.P.R. 20.10.1998, n. 403, che introduce modalità più snelle per la trasmissione di dati e di informazioni tra le diverse amministrazioni. Allorché saranno definitivamente superate le attuali difficoltà di tipo organizzativo e tecnico che a tutt'oggi rendono spesso problematica l'osservanza di tale disposizione normativa, l'istituto in esame potrà essere pienamente operativo, semplificando ancor più, fino praticamente ad eliminarli, gli adempimenti di cui il cittadino deve farsi carico nella produzione di certificazioni; b) La documentazione mediante semplice esibizione che sancisce il principio della equivalenza probatoria tra i dati relativi al cognome, nome, luogo e data di nascita, cittadinanza, stato civile e residenza contenuti in documenti di riconoscimento in corso di validità e quelli riportati nei corrispondenti certificati, come stabilito dall'art. 7, comma 4, del D.P.R. 20.10.1998, n. 403.

¹⁵³ Com'è noto l'autocertificazione trova le sue origini nel D.P.R. 2.8.1957, n. 678, ma ha ricevuto una disciplina organica e generale solo con la L. 4.1.1968 n. 15 e successivamente con il D.P.R. 25.1.1994, n. 130. Le disposizioni contenute in tale testo normativo sono poi state integrate sul piano operativo da una serie di precise istruzioni dettate dalla Circolare Min. Funz. Pubbl. 21.10.1968, n. 778/8/8/1, che rappresenta un riferimento normativo particolarmente dettagliato e completo per l'utilizzo delle diverse forme di autocertificazione. Sono però soprattutto le

certificativo, tramite una dichiarazione privata di scienza, in un'ottica di semplificazione dell'azione amministrativa che responsabilizza e rende partecipe il cittadino ai procedimenti amministrativi.¹⁵⁴

Da un punto di vista teorico, pur essendo la normativa spesso confusa sul punto, può affermarsi che le autodichiarazioni, ai sensi dell'art. 1, lett. g) e h), della L. 15.3.1997, n. 127, sono equiparate ai certificati sotto gli aspetti funzionale e formale, e, come già precisato, non per quanto riguarda i profili soggettivo e oggettivo.¹⁵⁵

La dichiarazione sostitutiva di certificazione consiste in una dichiarazione emanata da un soggetto privato ed avente ad oggetto un fatto, uno *status*, una qualità necessaria per ottenere un determinato risultato, con la quale il predetto dichiara sotto la propria responsabilità di possedere i requisiti richiesti dalla legge e di norma contenuti in certificazioni.¹⁵⁶

disposizioni contenute nella L. 7.8.1990, n. 241, che ridisegnano l'intera attività amministrativa secondo un modello improntato alla semplicità ed alla partecipazione dei cittadini, a favorire una progressiva crescita di interesse attorno all'istituto dell'autocertificazione. Ne è conseguita la predisposizione di una serie di circolari applicative da parte di alcuni ministeri, fino all'emanazione del D.P.R. 25.1.1994, n. 130, il quale integra la disciplina normativa dell'autocertificazione con quella del procedimento amministrativo. Il processo di semplificazione dell'azione amministrativa ha poi trovato una nuova e più ampia applicazione tramite la L. 15.5.1997, n. 127, e successive modifiche, ed il relativo regolamento di attuazione, emanato con D.P.R. 20.10.1998, n. 403, ed infine con l'emanazione del D.P.R. 28.12.2000, n. 445: interventi questi che hanno operato una profonda e sostanziale revisione e sistematizzazione delle norme in materia di semplificazione delle certificazioni amministrative. Infine, l'art. 18 della L. 7.8.1990, n. 241, rubricata appunto "autocertificazione", come modificato dall' art. 21, L. 11.2.2005, n. 15 e dall' art. 3, D.L. 14.3.2005, n. 35 come modificato dall'allegato alla L. 14.5.2005, n. 80, recita: "Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge le amministrazioni interessate adottano le misure organizzative idonee a garantire l'applicazione delle disposizioni in materia di autocertificazione e di presentazione di atti e documenti da parte di cittadini a pubbliche amministrazioni di cui alla legge 4 gennaio 1968, n. 15, e successive modificazioni e integrazioni. Delle misure adottate le amministrazioni danno comunicazione alla Commissione di cui all'articolo 27. I documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. L'amministrazione procedente può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti. Parimenti sono accertati d'ufficio dal responsabile del procedimento i fatti, gli stati e le qualità che la stessa amministrazione procedente o altra pubblica amministrazione è tenuta a certificare".

¹⁵⁴ A. Fioritto, *La funzione di certezza pubb. cit.*, p. 137 e ss. secondo cui le dichiarazioni sostitutive e le autocertificazioni sono comunque finalizzate a porre in circolazione certezze giuridiche. Per approfondimenti: G. Arena, *Autocertificazione e amministrazione cit.*, p. 37 ss.; M. Arsì, *Certificazione, documentazione e procedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1997, pp. 719 e ss.; A. Barbiero, *L'autocertificazione. Regole e strumenti dal Testo unico sulla documentazione amministrativa*, Milano 2002; G. Bartoli, *L'autocertificazione. Confronto fra la legge 15/1968 e la legge 241/90*, Rimini 1995; M. Bombardelli, *Autocertificazione*, in *Enc. Giur.*, V, 1996; M. Bombardelli, *Le norme in materia di documentazione e certificazione amministrativa*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1998, p. 266 e ss.; M. Bombardelli, *La semplificazione della documentazione amministrativa cit.*, p. 111 e ss.; F. Ghiglione - C. Rossello, *Quando e come utilizzare l'autocertificazione*, Milano 1992; G.C. Lo Bianco, *Autocertificazione e organizzazione amministrativa*, Milano 1997; E. Mele, *L'autocertificazione amministrativa*, in *Nuova rass.*, 1994, p. 1193 e ss.

¹⁵⁵ E. Casetta, *Compendio cit.*, p. 259 e ss.

¹⁵⁶ Ai sensi dell'art. 2 della L. 4.1.1968, n. 15 i dati autocertificabili in dichiarazioni sostitutive di certificazione sono: la data ed il luogo di nascita; la residenza; la cittadinanza; il godimento dei

Il privato, quindi, si limita a partecipare a terzi informazioni già dotate della qualità giuridica di certezza, ponendo in essere un'attività meramente materiale e riproduttiva.¹⁵⁷

La finalità di tale istituto può correttamente essere individuata nel “*gravare il meno possibile sui cittadini e sui soggetti economici, fornendo però alle amministrazioni le medesime certezze giuridiche che esse traevano precedentemente di certificati e dalle certificazioni*”.¹⁵⁸

Tramite la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, invece, l'interessato può sostituire atti di notorietà - non, quindi, certificazioni ma atti più prossimi alle verbalizzazioni - relativi a fatti, stati e qualità che siano a sua diretta conoscenza, rendendo una dichiarazione al funzionario competente a ricevere la documentazione, sottoscrivendo la stessa e facendo autenticare la firma, laddove necessario.¹⁵⁹

diritti politici; lo stato civile; lo stato di famiglia; l'esistenza in vita; la nascita del figlio; il decesso del coniuge, dei propri genitori o figli; l'iscrizione in albi tenuti dalla pubblica amministrazione; la posizione agli effetti degli obblighi militari. A questi dati si aggiungono inoltre quelli previsti dall'art. 1, D.P.R. 20.10.1998 n. 403: titolo di studio o qualifica professionale posseduta; esami sostenuti; titolo di specializzazione, di abilitazione, di formazione, di aggiornamento e di qualificazione tecnica; situazione reddituale o economica, anche ai fini della concessione di benefici e vantaggi di qualsiasi tipo previsti da leggi speciali; assolvimento di specifici obblighi contributivi con l'indicazione dell'ammontare corrisposto, possesso e numero di codice fiscale, della partita IVA e di qualsiasi dato presente nell'archivio dell'anagrafe tributaria e inerente all'interessato; stato di disoccupazione; qualità di pensionato e categoria di pensione; qualità di studente o di casalinga; qualità di legale rappresentante di persone fisiche e giuridiche, di tutore, curatore e simili; iscrizione presso associazioni o formazioni sociali di qualsiasi tipo; tutte le posizioni relative all'adempimento degli obblighi militari; di non avere riportato condanne penali; qualità di vivente a carico; tutti i dati a diretta conoscenza dell'interessato contenuti nei registri dello stato civile. Questo elenco costituisce un'indicazione tassativa dei casi in cui è possibile utilizzare la dichiarazione sostitutiva di certificazione e può essere integrato solo per legge, direttamente o per analogia. Nei casi espressamente indicati, però, la norma ha carattere generale ed è sempre immediatamente applicabile. Il D.P.R. n. 403/98 integra inoltre l'elenco dei dati autocertificabili con dichiarazione sostitutiva anche sotto il profilo soggettivo: devono infatti essere sostituiti da dichiarazioni sostitutive: tutti i certificati e gli attestati necessari per l'iscrizione alle scuole di ogni ordine e grado ed all'università; quelli che devono essere presentati a qualsiasi titolo alla motorizzazione civile; i certificati e gli estratti dai registri demografici e dello stato civile richiesti dai comuni nell'ambito dei procedimenti di loro competenza.

¹⁵⁷ G. Arena, *Certezze pubbliche e semplificazione amm.* cit., p. 56 e ss.; A. Fioritto, *La funzione di certezza pubb.* cit., p. 141.

¹⁵⁸ G. Arena, *La semplificazione della documentazione amm.* cit., p. 300 e ss.

¹⁵⁹ Le dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà sono previste dall'art. 4 della L. n. 15/68; il D.P.R. 403/98 ha esteso i casi di utilizzo delle dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, comprendendo la possibilità di dichiarare in tal modo anche dati relativi ad altri soggetti nonché la conformità di una copia all'originale. Sono esclusi dall'applicazione di tale istituto gli atti contenenti informazioni che non rientrano nella conoscenza diretta del dichiarante o che riguardano manifestazioni di volontà (es. dichiarazioni di impegno, affidamento di incarichi, ecc.): in quest'ultimo caso ci si dovrà rivolgere ad un notaio. L'art. 30 L. 7.8.1990, n. 241, come inserito dall'art. 21, L. 11.2.2005, n. 15, rubricato “*Atti di notorietà*”, recita: “*In tutti i casi in cui le leggi e i regolamenti prevedono atti di notorietà o attestazioni asseverate da testimoni altrimenti denominate, il numero dei testimoni è ridotto a due. E' fatto divieto alle pubbliche amministrazioni e alle imprese esercenti servizi di pubblica necessità e di pubblica utilità di esigere atti di notorietà in luogo della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà prevista dall'articolo 4 della legge 4 gennaio 1968, n. 15, quando si tratti di provare qualità personali, stati o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato*”.

Le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà hanno quindi ad oggetto tutti i fatti, stati e qualità conosciuti direttamente dall'interessato e comprende la possibilità di dichiarare in tal modo anche dati relativi ad altri soggetti nonché la conformità di una copia all'originale, restando escluse tutte le informazioni che non rientrano nella conoscenza diretta del dichiarante o che riguardano manifestazioni di volontà e le fattispecie eccezionali stabilite dalla legge (ad es. le certificazioni sanitarie, di origine, di conformità CE, di marchi e brevetti, certificazioni antimafia).¹⁶⁰

Sotto il profilo soggettivo, l'utilizzazione dell'autocertificazione è da ritenersi ammessa nei confronti delle amministrazioni dello stato, centrali e periferiche, regioni, enti locali, gli enti istituzionali e qualsiasi altro ente di diritto pubblico, compresi gli enti pubblici economici,¹⁶¹ oltre ai concessionari di pubblici servizi le aziende che producono servizi di pubblica necessità e di pubblica utilità (art. 30 L. 7.8.1990, n. 241), comprese le imprese private di gestione di servizi pubblici (art. 3, comma 9, L. 15.3.1997, n. 127).

Sebbene già all'epoca dell'entrata in vigore della L. 4.1.1968 n. 15 la disciplina e l'ambito di applicazione dell'autocertificazione fosse già delineata in modo organico e approfondito, tale istituto ha trovato molte difficoltà applicative, che hanno reso necessari vari interventi sia a livello normativo che amministrativo.

Le cause di tali difficoltà sono state individuate in primo luogo nel fatto che il modello di amministrazione cui la legge faceva riferimento non corrispondeva alla realtà organizzativa e culturale dell'amministrazione tradizionale, basata su una concezione del rapporto con i cittadini lontana dai principi di semplificazione e collaborazione.¹⁶² Allo stato attuale, comunque, può dirsi che nei casi tassativi previsti dalla legge il sistema delle autocertificazioni costituisce la regola nel sistema di produzione e di circolazione delle certezze pubbliche, in sostituzione della funzione certificativa tradizionalmente attribuita in via esclusiva ai pubblici poteri.¹⁶³

IV.3 Semplificazione funzionale e certificazioni

Sotto un profilo funzionale,¹⁶⁴ si rinvencono nell'ambito pubblicistico tutta una serie di settori e di sub-settori che richiedono, per loro intrinseca complessità

¹⁶⁰ Secondo parte della dottrina, in questo caso, a differenza della dichiarazione sostitutiva di certificazione, il privato “ (...) svolge al tempo stesso un'attività di certazione e una di certificazione entrambe assimilabili all'attività svolta dai soggetti titolari di funzioni pubbliche”: G. Arena, *Certezze pubbliche e semplificazione amm.* cit., p. 57; in senso parzialmente difforme A. Fioritto, *La funzione di certezza pubb.* cit., p. 142.

¹⁶¹ cfr. Circ. Funz. pubbl. n. 778/8/8/1/68; art.1, comma 2 D.Lgs. n. 29/93 richiamato dall'art. 3, comma 2, della L. n. 127/97.

¹⁶² A. Fioritto, *La funzione di certezza pubb.* cit., p. 138; M. Bombardelli, *Autocertificaz.* cit., p. 3; R. Cadamuro, *La legge 4 gennaio 1968, n. 15: una legge ambigua o non ancora corrisposta nelle sue ambizioni?*, in *Stato civ. it.*, 1989, p. 485 e ss.; G. Laurini, *I vent'anni della legge 4 gennaio 1968, n. 15*, in *Riv. not.*, 1989, p. 101 e ss.; G.C. Lo Bianco, *Applicazione della legge 4 gennaio 1968, n. 15 sulla documentazione amministrativa e sulla legalizzazione ed autenticazione delle firme*, in *Funz. pubbl.*, 1989, n. 2, p. 11 e ss.

¹⁶³ M. Bombardelli, *La semplificazione della documentazione amm.* cit., p. 125.

¹⁶⁴ Come già accennato, la semplificazione procedimentale riguarda tutti gli istituti che hanno modificato le modalità e le fasi tipiche del procedimento amministrativo, mentre la semplificazione funzionale attiene alla dislocazione di funzioni amministrative, determinando un

e tecnicità, la compartecipazione di diversi soggetti portatori di interessi eterogenei e talvolta confliggenti, che hanno spesso determinato una inefficace e spesso inefficiente parcellizzazione e frammentazione delle funzioni.¹⁶⁵

In conseguenza di interventi normativi e regolamentari - il più delle volte scoordinati e isolati tra loro - cui devono aggiungersi le normative comunitarie - spesso direttive recepite pedissequamente -, si è venuto a configurare in molti ambiti un quadro complessivo disorganico di discipline sovrapposte e connesse, stratificatesi nel tempo, che hanno determinato problematiche ancor più complesse.

Particolari difficoltà si sono poste relativamente agli strumenti certificatori, autorizzatori e di controllo ed alla connessa allocazione delle funzioni in capo a soggetti diversi, che ha aggravato una patologica complessità organizzativa delle amministrazioni, tradottasi anche nella creazione di una pluralità di autorità ed enti pubblici.¹⁶⁶

La situazione sopra delineata ha comportato, dal punto di vista del privato, ed in particolare nel caso di imprenditori, l'obbligo di ottenere, anche per lo svolgimento di un'unica attività, un numero sempre crescente di provvedimenti amministrativi di tipo autorizzatorio e certificatorio - ad esempio in materia ambientale, edilizia, di sicurezza sul lavoro, organizzativa, tributaria ecc. -, tutti sottoposti a controlli successivi di vario tipo.¹⁶⁷

E' evidente che la situazione sopradescritta oltre a implicare ingiustificati e complessi obblighi a carico del privato, determina il più delle volte anche una restrizione delle libertà private tutelate anche dal diritto comunitario, in palese violazione dei principi comunitari, ed in particolare dei principi di proporzionalità e certezza del diritto (*amplius infra* cap. V.1).

Tra gli strumenti con cui si è tentato di superare tali questioni, in un'ottica di semplificazione funzionale e razionalizzazione della disciplina, particolarmente rilevante è stata l'istituzione, in molte materie, di atti unitari, che riconducono in un unico documento tutta una serie di autorizzazioni, certificazioni e provvedimenti dal contenuto prettamente tecnico, specialmente nel settore ambientale.¹⁶⁸ In alcuni casi, a tale rinnovamento si è affiancata una rivoluzione

mutamento soggettivo che comporta la sostituzione dell'amministrazione con altri soggetti nel perseguimento di determinati fini. Ben distinta deve essere tenuta la semplificazione c.d. strutturale: quest'ultima attiene al problema della semplificazione dei livelli di governo territoriale, in applicazione dei principi di sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione, completezza, economicità, sul quale si rinvia a V. Cerulli Irelli, *La semplificazione del sistema delle istituzioni territoriali*, su www.astridonline.it 24.6.2006; F. Bassanini - L. Castelli, (a cura di), *Semplificare l'Italia* cit.

¹⁶⁵ Come rilevato, con particolare riferimento al settore ambientale, da M. Renna, *Le semplificazioni amm.* cit., p. 650 e ss.

¹⁶⁶ Tale *modus operandi* è in contrasto con il principio di efficienza dell'azione amministrativa, nonché con i principi di responsabilità ed unicità dell'amministrazione - in base ai quali dovrebbero essere attribuiti ad un unico soggetto i compiti tra loro "connessi, strumentali e complementari" - e con il principio di omogeneità per cui si dovrebbe tener conto "delle funzioni già esercitate con l'attribuzione di funzioni e compiti omogenei allo stesso livello di governo": cfr. art. 4, comma tre, L. 15.3.1997, n. 59.

¹⁶⁷ Ad esempio, a seguito dell'apertura di un impianto industriale, oltre a doversi sopportare un pesante fardello burocratico, può altresì verificarsi, in difetto di un adeguato coordinamento tra le strutture competenti, persino a pronunce contraddittorie tra diverse amministrazioni.

¹⁶⁸ Come nel caso dell'AIA (autorizzazione integrata ambientale), introdotta in attuazione della direttiva 96/61/CE e disciplinata in Italia dapprima dal D.Lgs. 17.8.1999, n. 372 e in seguito dal

anche dal punto di vista soggettivo: i privati, infatti, sono apparsi in molte occasioni come i soggetti più idonei ad espletare funzioni complesse e dal contenuto prettamente tecnico in maniera unitaria, anche in ragione delle conoscenze specifiche necessarie e delle difficoltà organizzative dell'amministrazione.¹⁶⁹

In quest'ottica, il fenomeno dello spostamento di funzioni pubbliche in capo a soggetti privati diviene applicazione dei principi di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.,¹⁷⁰ nonché del principio comunitario di proporzionalità (come verrà approfondito in seguito: cfr. cap. V.1).

D.Lgs. 18.2.2005, n. 59, consistente in un'unica autorizzazione, rilasciata nel caso di impianti destinati allo svolgimento di determinate attività industriali particolarmente inquinanti, sostitutiva ad ogni effetto di ogni altra autorizzazione, visto, nulla osta o parere previsti dalla normativa vigente, fatte salve le disposizioni di cui al D.Lgs. 17.8.1999, n. 334 e le autorizzazioni speciali di cui al D.Lgs. 4.4.2006, n. 216. Da ultimo, il D.Lgs. 4.1.2008, n. 4 ha altresì stabilito che l'AIA può a sua volta essere sostituita dal provvedimento di VIA (valutazione di impatto ambientale), nel caso di impianti per i quali sia l'AIA che la VIA sono di competenza statale, mentre per gli impianti per i quali entrambe le autorizzazioni sono di competenza delle regioni o delle province, è rimessa alle disposizioni regionali la facoltà di prevedere una documentazione unitaria. Ulteriori esempi di semplificazione consistenti nell'accorpamento di funzioni e provvedimenti sono costituite dalle ipotesi di autorizzazioni uniche nel campo dell'energia, quali l'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti di energia elettrica di potenza superiore a 300 MW termici (art. 1 del D.Lgs. 7.2.2002, n. 7, convertito con modificazioni nella L. 9.4.2002, n. 55), l'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione dell'energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili (art. 12 del D.Lgs. 29.12.2003, n. 387) e l'autorizzazione unica alla costruzione e all'esercizio degli elettrodotti facenti parte della rete nazionale (art. 1sexies della L. 23.8.2004, n. 239). In materia di rifiuti, ancora, si rinviene l'autorizzazione unica per la costruzione e la gestione degli impianti di smaltimento e di recupero (art. 208 D.Lgs. 3.4.2006, n. 152), nella quale sono state accorpate l'autorizzazione alla realizzazione di impianti e l'autorizzazione all'esercizio delle operazioni di smaltimento e di recupero dei rifiuti, in precedenza distinte.

¹⁶⁹ Anche nella materia ambientale, notoriamente sottratta a molti degli istituti di semplificazione introdotti con la L. 7.8.1990, n. 241, l'art. 18 L. 23.3.2001, n. 93 ha previsto che in sede di espletamento delle procedure previste dalle norme in materia di inquinamento atmosferico, sulla gestione dei rifiuti e sulla tutela delle acque, per il rinnovo delle autorizzazioni all'esercizio di un impianto, ovvero la reinscrizione nell'Albo, oggi denominato Albo nazionale gestori ambientali, le imprese in possesso della certificazione EMAS (*Eco - Management and Audit Scheme*) "possono sostituire tali autorizzazioni o il nuovo certificato di iscrizione al suddetto Albo con autocertificazione resa alle Autorità competenti" accompagnata da una copia conforme della certificazione EMAS, "nonché da una denuncia di prosecuzione delle attività, attestante la conformità dell'impresa, dei mezzi e degli impianti alle prescrizioni legislative e regolamentari, con allegata certificazione dell'esperimento di prove a ciò destinate, ove previste". La legge collega quindi al possesso della certificazione volontaria EMAS l'applicabilità di un meccanismo di semplificazione decisoria.

¹⁷⁰ L'art. 118 Cost., così come formulato, costituisce attuazione degli artt. 2, 3 e 5 Cost., e può ritenersi applicabile anche alla libertà di iniziativa economica, in quanto anch'esso inserito nella Prima Parte della Costituzione, che non è stato oggetto di modifica con la riforma del Titolo V della Costituzione operata dalla L. cost. n. 3/2001. Ne risulta, allora, che sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale, l'intervento pubblico si giustifica solo là dove il mercato non funziona o fallisce (*market failures*): P. De Carli, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano 2002, p. 345, secondo infatti cui tale principio "nella sua accezione piena" corrisponde alla riduzione del ruolo del pubblico nei limiti in cui il servizio o l'attività possano essere assicurati dai soggetti privati in modo efficiente e secondo gli interessi di pubblica utilità prefissati dallo stesso potere pubblico"; A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 14 e ss.; A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir.*

IV.4 Privati e funzioni amministrative

Il tema dell'esercizio privato di pubbliche funzioni e servizi è stato oggetto di studio da parte della dottrina fin dal diciannovesimo secolo ed è strettamente correlato con l'attività certificativa e la produzione di pubbliche certezze.¹⁷¹

L'interesse suscitato da tale fenomeno ha coinvolto non solo grandi giuristi nostrani, ma anche autori di altri Paesi dove la trasmissione a privati di funzioni tipicamente pubbliche si è diffusa ancor prima che in Italia, divenendo un sistema comune in tutte le realtà economiche e istituzionali avanzate, sia per le organizzazioni private che per quelle pubbliche.¹⁷²

pubbl., 2002, p. 73 e ss.; L. Torchia, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà*, su www.astridonline.it; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino 2005, p. 122 ritiene espressamente l'art. 118 Cost. il fondamento della c.d. esternalizzazione di funzioni pubbliche e come strumento di decentramento delle funzioni amministrative nei confronti (anche) di soggetti privati. L'Autore peraltro segnala il "costo" del conferimento di potestà pubbliche ai privati, sotto il profilo della "visibilità del potere (amministrativo)", che comporta assunzione di forme soggettive e oggettive ben riconoscibili, e quello della uniformità di statuto e di azione dei soggetti investiti di detto potere, con il rischio di una commistione di principi giuridici di diritto pubblico e diritto privato tali da generare in futuro un nuovo *genus* di soggetti dell'ordinamento in rapporto ai quali la libertà sarebbe strutturalmente destinata, per progressiva accumulazione, a determinare posizioni di potere né pubblico né privato.

¹⁷¹ Sia consentito rinviare al par. I ed ai rinvii ivi contenuti nonché al par. III.5.

¹⁷² Sul fenomeno delle esternalizzazioni, senza l'intento di fornire una panoramica dottrinale esaustiva, si veda: D. Bellini - C. Facchini, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica esternalizzazione e regolazione*, Roma 2005; S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna 1983; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma 2002; D. Cepiku, *L'esternalizzazione nelle amministrazioni pubbliche. Teorie, politiche ed esperienze a livello internazionale*, Roma 2006; F. Di Lascio, *Dall'esercizio privato delle funzioni pubbliche all'esternalizzazione*, Ancona 2004; F. Di Lascio, *Quale esternalizzazione delle funzioni amministrative?*, in *Queste istituz.*, 2004, p. 165 e ss.; F. Di Lascio, *Corte costituzionale, outsourcing delle funzioni strumentali e processi di acquisto*, pubblicato su www.astrid-online.it; D. Cepiku, *Esternalizzazione e cooperazione interistituzionale nei piccoli comuni: teoria ed esperienze a supporto di una convivenza possibile*, in *Guida gest. ass. enti locali*, Roma 2004; L. Fiorentino - B.G. Mattarella (a cura di), *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle pubbliche amministrazioni*, Santarcangelo di Romagna 2007; I.R.P.A., *Secondo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Santarcangelo di Romagna 2009; A. Maltoni, *Brevi considerazioni in tema di esternalizzazione di attività strumentali e funzioni amministrative*, Torino 2005; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, in *Riv. Corte Conti*, 2004, p. 276 e ss.; A. Balotta - A. Boitani, *Un treno chiamato desiderio*, pubblicato su www.lavoce.info, ottobre 2009; C. Bentivogli - E. Panicara - D. Tidu, *Il project financing nei servizi pubblici locali: poca finanza e poco progetto?*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 25, pubblicato su www.bancaditalia.it, settembre 2008; E. D'Alterio, *L'esternalizzazione delle funzioni di ordine: il caso delle carceri*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2008, p. 4; G. Di Gaspare, *Esternalizzazione (tramite contratti e figure soggettive delle attività amministrative) societarizzazioni e privatizzazioni; un approccio teorico*, in *Guida agli enti locali*, 25.6.2005, n. 25 e pubblicato su www.amministrazioneincammino.luiss.it; G. Guzzo, *La controriforma dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e il problema irrisolto dell'operatività delle società miste*, pubblicato su www.dirittodeiservizipubblici.it, 13.10.2009; G. Guzzo, *Le nuove regole dei spl alla luce della disciplina attuativa introdotta dal d.p.r. n. 168/2010*, pubblicato su www.dirittodeiservizipubblici.it, 22.10.2010; C. Lacava, *L'outsourcing nella pubblica amministrazione: il caso inglese*, in *I quaderni dell'innov.*, n. 5, 2002; L. Lanzillotta, *La svolta privata delle fondazioni per liberare i servizi pubblici locali*, in *Il Sole 24 Ore*, 5.10.2009; M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, pubblicato su www.federalismi.it, aprile 2010; C. Manganelli, *Innovazione nella p.a.: un percorso da accelerare*,

In particolare, con il termine esternalizzazione si fa riferimento ad un concetto non appartenente alle scienze giuridiche ma a quelle dell'organizzazione, indicandosi un processo di trasferimento all'esterno di compiti e attività prima svolti all'interno di un pubblico apparato.¹⁷³

Il fenomeno dell'esternalizzazione riguarda quindi ipotesi in cui pubblico e privato vengono ad intrecciarsi, con la conseguenza che un cittadino può svolgere attività di tipo pubblicistico, in alcuni casi e a determinate condizioni.

Sotto un profilo strettamente giuridico, la dottrina meno recente ha dedicato particolare attenzione agli strumenti con i quali l'amministrazione "trasmette" al privato l'esercizio di funzioni pubblicistiche e all'individuazione ed alla nozione dell'atto¹⁷⁴ - contratto o strumento concessorio - tramite il quale viene demandato a soggetti esterni, muniti di autonomia giuridica, organizzativa e gestionale, l'esecuzione ed a volte la gestione di opere o servizi pubblici.¹⁷⁵ Per quanto

pubblicato su *www.forumpa.it*, 15.3.2010; A. Massari, *Esternalizzare le attività amministrative della p.a.*, in *Comuni d'It.*, 2002, II; A. Mingardi, *La legge annuale sulla concorrenza crea un'opportunità interessante per riaprire il dibattito sulle liberalizzazioni nel nostro Paese*, in *Il Sole 24 Ore*, 23.2.2010; G. Palliggiano, *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla Legge Giolitti al Testo unico degli enti locali*, pubblicato su *www.giustizia - amministrativa.it*, settembre 2009; P. Polimanti, *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma*, pubblicato in *www.amministrazionincammino.luiss.it*, gennaio 2010; A. Salfi, *Multiutility in Emilia Romagna tra territorio e concorrenza*, pubblicato in *www.astrid - online.it*, luglio 2009; C. Stagnaro, *Lo Stato esternalizzatore. Fenomenologia delle leggi che impongono alle aziende di sostituirsi allo Stato e di trasformarsi in polizia*, in *Il Foglio*, 3.3.2010; C. Tessarolo, *Il regime transitorio nel nuovo sistema dei servizi pubblici locali*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, gennaio 2010; G. Vetrutto, *I pro e i contro delle esternalizzazioni di funzioni e servizi nella amministrazione pubblica*, in *Queste istit.*, 2004, p. 151; A. Vigneri, *Commento a sentenza TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, 16 giugno 2010, n. 561*, in *Astrid - Rassegna*, 10/2010; L. Vitale, *Outsourcing: negli USA si registra un'inversione di tendenza*, in *Il sole 24 ore*, 4.3.2009; M. Clarich, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, relazione al Convegno organizzato da ASSONIME e Università LUISS Guido Carli su *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, Roma, 13.3.2009.

¹⁷³ G. Di Gaspare, *Esternalizzazione (tramite contratti e figure soggettive delle attività amministrative) societarizzazioni e privatizz.* cit., p. 2 precisa che con il termine esternalizzazione (c.d. *outsourcing*) si intende "la realizzazione di un'attività, precedentemente svolta direttamente dalla amministrazione, ad opera di un soggetto terzo al quale tale svolgimento sia stato - a vario titolo - attribuito dalla amministrazione titolare della attività" e rileva come la derivazione anglo - americana di tale nozione ed il diverso contesto evocato, proprio di una realtà imprenditoriale privata, hanno reso difficoltosa l'applicazione delle regole e dei principi propri di tale fenomeno (frutto delle scienze economiche) nel nostro "habitat giuridico - istituzionale"; cfr. anche G. Napolitano, *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizzazione*, in *Dir. Econ.* 2006, p. 663 e ss., e la vasta bibliografia ivi contenuta.

¹⁷⁴ Come indicato da F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano 1904, p. 670 ss.; *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova 1992, p. 859 ss.

¹⁷⁵ F. Roversi - Monaco, in *Atti del convegno sui sistemi di affidamento delle concessioni e degli appalti ed acceleramento delle procedure nella esecuzione di lavori pubblici* (Roma, 4 - 5 giugno 1982), in *CERISOP*, Roma 1993, p. 55 e ss. sottolinea che "la sempre maggiore estensione dell'istituto, il quale sembra rispondere alle esigenze poste dall'evoluzione delle tecniche e della parallela impossibilità per gli apparati dell'amministrazione di presiedere ad applicazioni tecnologiche sempre più complesse"; A. Predieri, *Strumenti giuridici della contrattazione pubblica per programmi nelle opere pubbliche: modelli stranieri e loro utilizzazione in Italia*, in *Amministrazione e opere pubbliche: modalità e strumenti per un recupero di efficienza* (Atti del convegno tenutosi a Venezia il 14 - 15 novembre 1980); F. De Leonardis, *Soggettività privata e discrezionalità amministrativa*, Padova 2000, p. 96 e ss.; F. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli 1981, pp. 49 e 286; D. Sorace - C. Marzuoli, *Concessione amministrativa*,

riguarda l'oggetto, il limite massimo dell'attività trasferibile viene comunemente individuato nelle attività amministrative a contenuto autoritativo, ovvero nelle attività che richiedono una valutazione politico-discrezionale, come tale non trasferibile.¹⁷⁶

Ciò che distingue le varie ipotesi di "trasmissione", "conferimento", "dismissione" di potestà pubbliche a privati,¹⁷⁷ soprattutto in materia di disciplina applicabile e quindi di riparto di giurisdizione, deve individuarsi nel grado di separazione e differenziazione tra l'amministrazione d'origine e il privato esercente. Solo in alcuni casi, peraltro, si assiste ad una perfetta separazione soggettiva, con l'effetto che il privato diviene soggetto distinto e autonomo seppur sottoposto ad appositi controlli pubblici: è questo l'unico caso di cui si verifica una vera e propria esternalizzazione, che in presenza di ulteriori condizioni può altresì tramutarsi in privatizzazione.¹⁷⁸

in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, p. 286; la distinzione tra moduli amministrativi, organizzativi e di esecuzione, diretti e indiretti è approfondita da A. Cianflone, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 1985, p. 103 e ss.; C. Marzuoli, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 393 e ss.

¹⁷⁶ Ne consegue che le attività esternalizzabili possono individuarsi nelle prestazioni di servizi ma anche nelle attività caratterizzate da discrezionalità tecnica: secondo G. Di Gaspare, *Esternalizzazione (tramite contratti e figure sogg. cit.*, p. 1 e ss., questa formula "consentirebbe di esternalizzare anche attività tipiche, ad esempio nel caso di un ente locale, come la gestione del catasto o l'anagrafe e in genere i servizi tecnici (urbanistica) in quanto rette da normative tecniche che escludono l'esercizio di poteri discrezionali e rendono sempre prevedibile o comunque verificabile in base a parametri terzi l'out del servizio"; sulla base dello stesso ragionamento, tra le attività esternalizzabili possono allora ricondursi tutte le attività a contenuto certificativo tradizionalmente spettanti allo Stato.

¹⁷⁷ M.S. Giannini, *Istituzioni cit.*, p. 494 e ss. distingue la figura della concessione per la gestione di un servizio pubblico e quella della concessione di opere pubbliche: quest'ultima non avrebbe alcuna autonomia rispetto all'appalto. Nella dottrina successiva si riscontrano diversi ipotesi ricostruttive - sistematiche: secondo la ripartizione effettuata F. De Leonardi, *Soggettività privata cit.*, p. 243 da possono rinvenirsi tre distinti orientamenti, mentre per R. Gracili - A. Saija - D. Santucci, *Profili generali della concessione per l'attuazione dei programmi e l'esecuzione e gestione di opere pubbliche*, in *Nuova Rass. Legisl.*, 1987, f. 8/10, p. 1018 deve distinguersi tra coloro che evidenziano i profili pubblicistici, riconducendo l'istituto - pur sulla base di diverse giustificazioni - nella più ampia nozione di concessione amministrativa, e coloro che accentuano invece il carattere privatistico e le analogie con l'appalto; in particolare, secondo gli Autori, "appare opportuno utilizzare il termine attribuzione (della competenza per l'attuazione di un'opera) per evidenziare come in effetti non si verifichi alcun effetto devolutivo - traslativo", ma semmai un effetto costitutivo (p. 1023). Analogamente, A. Romano, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, 1994, p. 508 e ss., osserva che "l'ente, del servizio di cui è titolare, non ne sia né possa essere gestore, almeno finché opera in tale sua qualità. In tale sua qualità può solo concederlo. E concederlo mediante un provvedimento che, nel quadro delle classificazioni più scolastiche dei vari tipi di concessione, deve considerarsi a carattere costitutivo e non traslativo". G. Leone, *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Padova 1990, p. 37 riprende le due teorie, che traggono origine da oltre un secolo di dibattito tra i cultori del diritto amministrativo, definendole unilateralista e contrattual - pubblicista.

¹⁷⁸ G. di Gaspare, *Esternalizzazione cit.*, p. 4 e ss. La privatizzazione delle figure soggettive in Italia tradizionalmente si fa risalire agli anni trenta, con l'istituzione degli enti pubblici economici. In tempi più recenti abbiamo poi avuto l'esplosione di società a partecipazione pubblica e di agenzie che hanno assunto la cura di interessi pubblici, l'equiparazione tra pubblico e privato ai fini dell'accesso (art. 22, attuale testo, della l. n. 241 del 1990) e ai fini degli appalti pubblici (art. 6, l. n. 205 del 2000), in questo secondo caso non solo se si tratta di privati persone giuridiche (quali possono essere i cosiddetti organismi di diritto pubblico) ma addirittura anche se si tratta di privati persone fisiche. Cfr. Corte Cost., 28.3.2006, n. 129 in *Foro amm. CDS*, 2006, 2, p. 73 e ss.,

Tradizionalmente, l'esercizio privato di pubbliche funzioni è fatto discendere da specifiche previsioni di legge, al ricorrere di determinate condizioni di fatto o di diritto,¹⁷⁹ e può realizzarsi mediante l'impiego di strumenti di diritto pubblico o di diritto privato.

Il provvedimento amministrativo con cui viene attuata tale trasmissione è la concessione, cui la dottrina ha attribuito in alcuni casi efficacia costitutiva e in altri efficacia traslativa: nella prima ipotesi tramite l'atto concessorio l'amministrazione crea potestà pubbliche in capo ai privati, rendendo loro possibile l'emanazione di atti amministrativi in modo funzionale al perseguimento dell'interesse generale;¹⁸⁰ nella seconda si attribuisce a privato la cura di un determinato interesse amministrativo, mediante il trasferimento allo stesso di una parte delle facoltà preesistenti e proprie dell'ente pubblico.¹⁸¹

che si uniforma all'avviso della CGE secondo cui in tal caso il privato che nell'ambito di un piano di lottizzazione si è impegnato a realizzare una strada pubblica assume in relazione a questo impegno la veste di titolare di un mandato espresso conferito dall'ente pubblico, e quindi deve appaltare l'opera previa gara pubblica: vedi sul punto le osservazioni di S. Giacchetti, S, *Dalla amministrazione di diritto pubblico allo amministrare nel pubblico interesse*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 7-8, p. 2349 secondo cui tale sistema "parrebbe configurare una sorta di potere esecutivo che gira all'ordine, come un titolo di credito".

¹⁷⁹ G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano 1935, p. 235 e ss.; *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1946, p. 301 e ss.; *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, p. 96 e ss.

¹⁸⁰ Nelle prime opere di S. Romano la concessione amministrativa sarebbe riscontrabile in tutti i casi in cui l'amministrazione "trasmette" ad altri poteri e diritti preesistenti o di nuova origine; nelle opere successive, invece, tale nozione è considerata del tutto inappropriata, ritenendo che gli stessi poteri e diritti sarebbero, invece, intrasmissibili, in quanto strettamente connessi a determinate capacità, posizioni e qualità. Secondo l'Autore, quindi, la concessione non comporta mai una successione "traslativa", ma, semmai, "costitutiva", dando vita ad un nuovo potere o diritto solitamente analogo a quello del concedente, anche se più limitato; come O. Ranalletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni*, in *Riv. it. sc. giur.* 1896, p. 12 ss.; *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.* 1905, p. 337 e ss.; *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi individuali e collettivi*, in *Studi in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli 1906, p. 249 e ss.; *Diritto pubblico e privato nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. dir. pubbl.* 1941, p. 26 e ss., secondo cui con le concessioni si creano in capo al privato concessionario "diritti privati subiettivi", trasmettendo allo stesso l'esercizio di "diritti di sovranità dello Stato". I privati concessionari sono, dunque, soggetti esercenti funzioni pubbliche di competenza di enti pubblici; per tale ragione, i rapporti tra concedente e concessionario, nonché tra quest'ultimo e altri individui hanno carattere pubblicistico, pur rimanendo la natura privatistica del concessionario. Nel complesso, le riflessioni dell'A. sull'esercizio privato di potestà pubbliche sono influenzate da una visione "stato - centrica" della materia in esame. Sulla base di tale impostazione si ritiene che ogniqualvolta la soddisfazione dei bisogni collettivi non possa avvenire attraverso la "mano privata" o ciò risulti particolarmente dispendioso, allora è necessario l'intervento dello Stato.

¹⁸¹ G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano 1935, p. 235 e ss.; *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1946, p. 301 e ss.; *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, p. 96 e ss.; cfr. anche la soluzione prospettata da G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1933 e in *Scritti giuridici*, I, Milano 1987, p. 135 e ss.; *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942; *Ente pubblico e concessione di servizi pubblici*, nota a Cons. St., V, 16 giugno 1942, n. 404, in *Foro amm.*, 1942; *Attualità e aspetti della distinzione tra persone giuridiche*

Accanto allo strumento concessorio, tipicamente amministrativo, l'amministrazione può procedere all'esternalizzazione di attività anche mediante strumenti di diritto privato, quali ad esempio il contratto: in quest'ultimo caso la procedura sarà sottoposta alle normative vigenti in materia di procedure e contratti ad evidenza pubblica.¹⁸²

Tra gli altri titoli in base ai quali i privati possono esercitare pubbliche attività la dottrina tradizionale individua infine, oltre ai casi eccezionali come i *publica munera*¹⁸³ o le ipotesi controverse di *negotiorum gestio*¹⁸⁴, le professioni che hanno per oggetto diretto l'esercizio di una pubblica funzione.

Secondo la dottrina tradizionale prevalente, nelle ipotesi di privato esercente pubbliche funzioni il soggetto agente risulta titolare di una determinata frazione di potestà pubbliche al ricorrere di taluni presupposti e nei limiti stabiliti dalla legge, e può quindi qualificarsi come *organo indiretto*,¹⁸⁵ permanendo in capo all'amministrazione i poteri di controllo.¹⁸⁶ Il carattere privato del soggetto veniva ricavato in base alla mera circostanza che lo stesso esercitasse o meno l'attività in nome proprio: il rapporto intercorrente tra il soggetto e l'amministrazione veniva accostato al modello contrattuale del mandato senza rappresentanza, laddove il privato esercente pubbliche funzioni aveva il ruolo di mandatario.¹⁸⁷

Le critiche mosse a tale ricostruzione muovevano dal tratto soltanto negativo che accomunava le varie fattispecie ricondotte all'interno della categoria in esame, e cioè il fatto che gli esercenti funzioni o servizi pubblici non erano i titolari di uffici o organi dell'amministrazione: è evidente che a tale critica mancava un elemento positivo così che la mera constatazione della qualifica degli stessi assumeva valore descrittivo senza delineare un nucleo comune appartenente alle varie ipotesi.

pubbliche e private, in *L'organizzazione amministrativa*, Atti del IV Convegno di Studi di scienza dell'Amministrazione, Varenna, 1958, Milano 1959; *Funzione pubblica*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, 1961, p. 686 e ss. secondo cui il privato esercita una pubblica funzione quando a monte sussiste un'autorizzazione o un obbligo, derivante da "un particolare rapporto pubblicistico con lo Stato" e che si estende "anche all'esercizio in via principale di un potere statale"; secondo A.M. Sandulli, *Manuale cit.*, p. 198 con la concessione l'amministrazione sostituisce a sé il concessionario nell'espletamento di un compito pubblico. Sostengono tesi analoghe anche F. Benvenuti, *La concessione di opere pubbliche*, in *Acque bonif. Costruz.*, 1958, p. 2 e ss.; R. De Lise, *Le normative degli appalti di opere pubbliche*, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1986, p. 1651 e ss.; F. Roversi - Monaco, *Atti del convegno sui sistemi di affidam. cit.*, p. 72 e ss.

¹⁸² G. Di Gaspare, *Esternalizzazioni cit.*, p. 2 precisa che in questo caso l'esternalizzazione dell'attività è accompagnata dalla "dismissione" di beni e risorse dell'amministrazione strumentali all'espletamento di detta attività, verificandosi quindi due operazioni giuridicamente distinte ma teleologicamente correlate, cui si aggiunge un'ulteriore fase di riorganizzazione.

¹⁸³ E cioè doveri imposti in via generale a qualunque persona in presenza di determinate circostanze: G. Zanobini, *Corso di diritto amm. it.*, p. 179 e ss.

¹⁸⁴ In tal caso pur in assenza di ogni titolo giuridico il privato potrebbe assumere servizi ed anche funzioni pubbliche spontaneamente, in casi di urgenza o necessità assoluta.

¹⁸⁵ E' la nota tesi di G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni cit.*, p. 235 e ss.; *Corso di diritto amministrativo cit.*, p. 305; *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni cit.*, p. 96 e ss., ma vedi anche A.M. Sandulli, *Manuale di diritto pubb. cit.*, p. 198 e ss.

¹⁸⁶ Tra i primi a opporsi alla personalità giuridica pubblica dei concessionari di servizi vi fu O. Ranelletti che nel 1929, *Lezioni di Diritto Amm. cit.*, afferma "*L'esercizio della funzione o del servizio pubblico non trasforma la persona giuridica concessionaria in un ente pubblico.*"

¹⁸⁷ G. Zanobini, *Corso di diritto amm. cit.*, p. 386 e ss.

La ricostruzione sopra ricordata non è stata condivisa da quella parte della dottrina, che partendo dalla nozione di pubblica funzione¹⁸⁸ ha posto alla base dell'analisi il concetto di "sostituzione", presupponendo un "rapporto d'identità" tra l'attività che, in base al diritto positivo, rientra nella titolarità di un soggetto e l'attività esercitata dal soggetto che lo sostituisce.¹⁸⁹ In tale nozione rientrerebbe qualsiasi attività pubblica o privata di pertinenza dello Stato o di altro ente pubblico, che può essere esercitata anche da privati attraverso sia strumenti pubblicistici, come la concessione, che privatistici, come il contratto di appalto o la locazione d'opera.

Secondo un'impostazione parzialmente diversa, il tema dell'esercizio privato di potestà pubbliche è qualificabile come *munus* pubblico,¹⁹⁰ riferibile alla posizione giuridica del soggetto cui viene affidata la cura di interessi collettivi, accostandosi sotto alcuni profili al concetto di sostituzione.¹⁹¹

In quest'accezione, il titolare del *munus* è un privato, estraneo alla struttura pubblica, che svolge la propria attività alla quale accede la cura di un interesse pubblico, peraltro ben distinto dai fini cui tende il privato, che possono essere materiali (di lucro) o morali ma restano in ogni caso propri del privato.¹⁹²

Nelle attività oggetto del *munus* si ravvisano gli estremi di una funzione pubblica in senso tecnico: l'attività è funzionalizzata al perseguimento del pubblico interesse e sull'esercizio del *munus* pubblico è sempre previsto l'espletamento di un controllo, in particolare relativo alla verifica del perseguimento dell'interesse pubblico ed i risultati conseguiti dall'attività dell'esercente il *munus* sono sempre imputati all'amministrazione concedente.

¹⁸⁸ G. Miele, *Pubblica funzione e servizio pubb.* cit, p. 135 e ss; *Funzione pubb. cit.*: l'Autore distingue nettamente la nozione di funzione da quella di servizio pubblico: la prima corrisponderebbe a quel "complesso di attività organizzate per l'esercizio di un potere giuridico pubblicistico dello Stato o di altro ente pubblico", nonché a qualsiasi attività "istituzionalmente ordinata a collaborare all'esercizio di esso"; la seconda a quell'insieme di attività "ordinate direttamente alla prestazione di utilità, non già all'esercizio di un potere giuridico pubblicistico".

¹⁸⁹ G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato cit.*; *Pubblica funzione e servizio pubb. cit.*, p. 135 e ss.; *La distinzione fra ente pubblico e priv. cit.*; *Ente pubblico e concessione di servizi cit.*; *Attualità e aspetti della distinzione tra persone giuridiche pubbliche e priv. cit.*; *Funzione pubblica cit.*

¹⁹⁰ L'interesse affidato alla cura del *munus* è alieno alla sfera giuridica del soggetto privato affidatario e, quando si tratta di interesse pubblico, impone allo stesso il dovere giuridico di comportarsi in modo da ottenere il miglior risultato per il relativo soddisfacimento: M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, p. 124 e ss.; *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, p. 172.; *Organi di mera erogazione ed organizzazione impropria*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, II, Padova 1961, p. 395 e ss.; *Corso di diritto amm. cit.*; *Premesse sociologiche e storiche e profili costituzionali*, Milano 1965, p. 146 e ss. e 291; *Esercizio privato di pubbliche cit.*, p. 686.; *Diritto amministrativo*, Milano 1970, p. 123 - 131; 168 - 173; p. 256 - 257.

¹⁹¹ La nozione di *munus* si differenzia comunque da quella di sostituzione proposta da Miele: quest'ultimo, infatti, a differenza del primo, non può essere riferito ad alcune figure come i notai, i curatori di fallimento, i consulenti tecnici giudiziari. Il tratto comune tra le due nozioni è, invece, individuato nell'attribuzione, in base alla legge, della cura di interessi pubblici. L'attribuzione del *munus* pubblico, quando corrisponde ad una vera e propria funzione, crea nel soggetto destinatario un dovere giuridico di ottenere il miglior risultato per l'interesse che gli è affidato in cura.

¹⁹² L'ipotesi tipica, già ricordata, è quella dei notai, privati professionisti che perseguono fini propri ma che svolgono una funzione pubblica, redigendo atti produttivi di certezze legali con efficacia *erga omnes* e pertanto una funzione certificatoria vera e propria: per approfondimenti sia consentito rinviare a E. Piscione, *Ordini e collegi professionali*, Milano 1959.

Prescindendo dalla tradizionale nozione di organo indiretto,¹⁹³ ritenuta inidonea a fornire una corretta rappresentazione delle realtà dei rapporti tra Stato e i vari enti, altra dottrina fa invece riferimento all'ampia nozione di *soggetti ausiliari*, siano essi enti dotati di autarchia ovvero privati concessionari di funzioni pubbliche, esercenti attività che suppliscono e talvolta equivalgono a quella dello Stato, e che pur rimanendo di spettanza statale vengono cedute sulla base di una norma generale o di un provvedimento amministrativo.¹⁹⁴

La commistione di elementi pubblicistici e privatistici che si verifica in questi casi ha comportato diversi problemi qualificatori relativamente alla classificazione della natura dell'attività posta in essere dal privato, dei provvedimenti posti in essere e, correlatamente, della natura pubblica o privata del soggetto agente.

¹⁹³ G. Zanobini, *Corso di diritto amm. cit.*, p. 181 e ss.

¹⁹⁴ S. Romano, *Principi di diritto amministrativo italiano cit.*, p. 51 e ss.; S. Romano, *Il Diritto pubblico italiano*, Milano 1988, p. 109 e ss.; S. Romano, *Corso di diritto amministrativo, Principi generali*, Padova 1937, p. 2 e p. 189 e ss.; S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, p. 3 e, in particolare, il saggio "Organi", p. 145 e ss.; S. Romano, *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, in *Scritti Minori, Diritto amministrativo*, II, Milano, 1950, p. 425 e ss.; La giurisprudenza più recente appare sul punto quasi sconfinata: tra tutti possono ricordarsi: G. Berti, *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna 1993; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1983; M. Bellavista, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova 2001; R. Cavallo - Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino 1993; M.P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna 2000; G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino 1999; G. Corso, *La gestione dei servizi pubblici e le nuove forme di amministrazione*, Milano 2000; F. De Leonardis, *Soggettività privata e discrezionalità amministrativa*, Padova 2000; G. Falcon, *Le concessioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano 1984; G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano 1986; F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova 1965; G. Leone, *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Padova 1990; S. Licciardello, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino 2000; I.M. Marino, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano 1987; C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato dell'amministrazione*, Milano 1982; F. Roversi - Monaco, *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini 1988. C. Barbatì, *In tema di esercizio di attività pubbliche da parte di soggetti estranei all'organizzazione amministrativa*, in *Le Regioni*, 1985, V, p. 906 e ss.; V. Caianiello, *Enti pubblici tra nuova norma giuridica e realtà sociale*, in *Scritti in onore di Franco Piga*, Milano 1992; P. Calzia, *La posizione soggettiva del concessionario di opera pubb. cit.*, in particolare p. 1087; E. Cannada Bartoli, *Gli atti del concessionario privato di opera pubblico*, in *Giur. It.*, 1996, I, p. 493; V. Caputi Jamberghi, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 28; S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. Dir. comm.*, 1996, p. 588; S. Cassese, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici e autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, p. 389; E. Chiti, *La nozione di ente pubblico tra disciplina comunitaria e nazionale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1996, p. 735; M. D'Alberti, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, relazione presentata alla giornata di studi in ricordo di Donatello Serrani, in *Riv. trim. dir. pubb. comm.*, 2000, p. 398; B. Delfino, *Soggetti privati, amministrazioni aggiudicatrici e problemi di giurisdizione*, in *Cons. St.*, 2000, p. 1083; G. Di Gaspare, *Le trasformazioni degli enti pubblici e la dismissione delle partecipazioni statali verso un nuovo ibrido: le s.p.a. di diritto pubblico*, in *Nomos*, 1992, p. 1; G. Di Gaspare, *Tra stato e mercato, l'insostenibile leggerezza della concessione amministrativa*, in *Politica del diritto*, 1998, III, p. 503; A. Fera, *Concessione di esecuzione di opere pubbliche statali e gestione dei relativi servizi*, in *Nuova rass. Legisl.*, 1978, f. 7/8, p. 755; G. Fischione, *L'organismo di diritto pubblico tra mito e realtà*, in *Arch. Giur.*, 1996, p. 967; F. Galgano, *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 357 e ss.; R. Garofoli, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti del giudice comunitario e del giudice nazionale a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, p. 133 e ss.; L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm.*, 1997, p. 57 e ss.

Sotto un profilo oggettivo, pur essendo manifeste le differenze esistenti tra le ricostruzioni brevemente ricordate, in tutte le analisi l'attenzione si concentra sulla natura dell'attività posta in essere dal privato, che viene ritenuta oggettivamente amministrativa e qualificata come pubblica funzione.¹⁹⁵

L'attenzione si sposta allora sulla qualificazione giuridica dei soggetti agenti:¹⁹⁶ sebbene oggi sia pressoché pacifico che il soggetto privato esercente una funzione pubblica non acquisti per ciò solo la personalità giuridica pubblica, la giurisprudenza tradizionale prevalente ha affermato che l'esercizio di pubbliche funzioni determinasse la pubblicizzazione dell'intero procedimento e del provvedimento finale.

Il problema così individuato si pone in stretta correlazione con l'individuazione in via generale dell'esatta nozione di "amministrazione" e di "atto amministrativo" e si scontra con la granitica impostazione espressa dalla giurisprudenza fino ai primi anni del 1990, in materia di concessionari di opere pubbliche, in base alla quale sia il soggetto agente che il provvedimento dovevano essere necessariamente connotate da un duplice profilo pubblicistico sia in senso soggettivo che oggettivo.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Per un'ottima analisi storica del concetto di organo indiretto: F. De Leonardis, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione di funzioni pubbliche*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 347 e ss.

¹⁹⁶ E' necessario distinguere attentamente, entro l'ambito di attività svolta dai concessionari, se e quali momenti di tale attività costituiscano perseguimento di fini pubblici e siano strumentalmente assistiti dai poteri amministrativi necessari per la compiuta realizzazione dello specifico fine pubblico: A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto*, Torino 1999, p. 239 e ss. osserva che rimane sempre un'intera area privata i attività del concessionario, sottratta ad ogni tipo di pubblicizzazione dei rapporti che invece riguardano la realizzazione di bisogni generali (ad es. rapporti di lavoro interni, atti strumentali all'esercizio dell'attività).

¹⁹⁷ La convinzione prevalente in giurisprudenza, almeno fino al 1990 escludeva che soggetti privati potessero emanare atti amministrativi in senso tecnico: soggetti legittimati in tal senso erano esclusivamente le pubbliche amministrazioni o soggetti di diritto pubblico, salvo specifiche ed espresse deroghe legislative: cfr. M.S. Giannini, *Atto amm. cit.*, p. 172 e ss. Per le prime decisioni di segno diverso: TAR Lazio, III, 30.9.1986, n. 3060, in *TAR*, 1986, 1, p. 3270, ove la Società Autostrade del Brennero, concessionaria per la costruzione e l'esercizio dell'autostrada, è riconosciuta portatrice degli stessi compiti propri dell'ANAS, ma in senso opposto e quasi contemporaneamente: TAR Lazio, III, 9.9.1986, n. 2920, in *TAR*, 1986, 1, p. 3246. Nella stessa ottica della prima sentenza: Cons. St., 15.7.1983, n. 1370, in *Cons. St.*, 1984, 2, p. 1081, che sottolinea la distinzione tra appalto e concessione, caratterizzata appunto dal trasferimento di potestà e funzioni dall'amministrazione concedente al privato concessionario. P. Calzia, *La posizione soggettiva del concessionario di costruzione di opera pubblica*, in *Nuova rass. Legisl.*, 1989, 3 - 4, p. 1084 rileva che per atto amministrativo si intende "ogni atto posto in essere dalla pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa. Sennonché la riluttività di tale definizione è stata da lungo tempo avvertita, essendosi ammesso che, in talune circostanze, anche i privati possano emettere atti amministrativi, pur agendo in nome proprio, ovverosia non nella qualità di organi diretti della pubblica amministrazione, ma in quella di organi indiretti." Oggi comunque la situazione attuale del diritto positivo è notoriamente diversa, a partire dall'entrata in vigore della L. 21.7.2000, n. 205 che ha ridefinito l'assetto della giurisdizione amministrativa: secondo S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, presentazione al corso di diritto amministrativo 1999/2000 tenuta in data 9.11.1999, in *Giorn. Dir. amm.*, 1999, 12, p. 1221, la scelta del Legislatore ha evidenziato l'indifferenza per la natura del soggetto erogatore di pubblici servizi e l'importanza data al profilo oggettivo, in conformità all'indirizzo inaugurato dalle Sezioni Unite di Cassazione con la nota sentenza 22.7.1999, n. 500.

Al fine di estendere la disciplina pubblicistica, ed in particolare i procedimenti di evidenza pubblica, anche ai privati concessionari che evidentemente non costituiscono amministrazioni in senso soggettivo, si è quindi sviluppata in giurisprudenza un'ampia nozione di “*amministrazione in senso materiale o oggettivo*”.¹⁹⁸

Secondo tale impostazione¹⁹⁹ la natura pubblicistica del soggetto agente deve individuarsi in base al contenuto dell'attività esercitata per scopi d'interesse pubblico, riconducibile *lato sensu* alla nozione di “*organo indiretto*”,²⁰⁰ incaricato dallo Stato ed esercente “*un'attività corrispondente ad uno dei propri fini*” con mezzi propri e in nome proprio e collegato all'organizzazione

¹⁹⁸ Secondo la ricostruzione dottrinale che più ha approfondito la tematica, possono individuarsi tra diverse categorie di privati esercenti pubbliche funzioni: quella dei privati esercenti “*una pubblica funzione o un servizio pubblico per un proprio interesse*” e quella di coloro che “*esercitano una simile funzione o un simile servizio esclusivamente per l'interesse che alla funzione o al servizio pubblico corrisponde, ossia all'interesse esclusivo dello Stato*”: in ogni caso l'esercizio di tali potestà non muta la natura soggettiva degli esercenti, che non possono, infatti, mai considerarsi organi di diritto pubblico: G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni* cit., p. 235 e ss.; *Corso di diritto amministrativo* cit., p. 305; *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni* cit., p. 96 e ss.

¹⁹⁹ E' sostanzialmente quella anticipata da G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni* cit., p. 235 e ss.; *Corso di diritto amministrativo* cit., p. 179 e ss.; *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni* cit., p. 99 e ss.

²⁰⁰ Come già accennato, la nozione di organo indiretto ha avuto un certo successo giurisprudenziale, in particolare successivamente al già ricordato intervento delle Sezioni Unite. Vi è comunque parte della dottrina che continua a contestare e rifiutare tale nozione, definendola inutile, foriera di fraintendimenti, discordante e contraddittoria: M. Mazzone - C. Loria, *Le gare di appalto secondo la legge 8 agosto 1977, n. 584*, Roma 1986, p. 57; F. Pugliese, *Controcanto in tema di concessione e tutela giurisdizionale*, in *Atti del convegno sulla concessione di pubblici servizi*, Santa Margherita Ligure, 27.3.1993, rileva che “*sarebbe inutile tentare di dare nuovo respiro alla teoria dell'organo indiretto (nonostante l'indubbia suggestione a cui induce sul piano descrittivo)*” giungendo a definirla “*un'espressione intrinsecamente contraddittoria*”, anche se permette di considerare il concessionario come sostituto dell'amministrazione, quindi emanante atti soggettivamente e oggettivamente amministrativi. In giurisprudenza vedi altresì Cass., S.U., 28.11.1996, n. 10614, in *Foro Amm.*, 1998, p. 2641; Cass., S.U., 30.11.1998, n. 10904, con nota di M. Finocchiaro, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 713; Cass. S.U., 2.12.1998, n. 12200, con nota di G. De Palma, *Concessione traslativa di pubbliche funzioni e giurisdizione amministrativa*, in *Urb. E App.*, 1999, 4, p. 471; Cass., S.U., 28.8.1998, n. 8541, in *I contratti Stato enti pubb.*, 1999, II, p. 289, con nota di F. Acerboni, *L'attività del concessionario di opera pubblica: profili di giurisdizione e diritto comunitario*, che riassume la posizione tradizionale che individua nel concessionario un organo indiretto dell'amministrazione titolare di pubbliche funzioni, ma evidenzia anche i primi essenziali distinguo operati dal Consiglio di Stato. Tra queste ultime vedi in particolare il noto caso “*Fercomit*”, Cons. St., VI, 20.5.1995, n. 498, con nota di S. Cassese, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1995, p. 1134 e ss.; con nota di A. Police, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di “diritto speciale”*: problemi di giurisdizione, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 147 e ss.: entrambi gli Autori criticano la natura sostanzialmente pubblica affermata per le società per azioni risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici sino a che lo Stato ne mantenga il controllo maggioritario. Per una rilettura complessiva critica dell'argomentazione sostenuta dal Consiglio di Stato nel caso “*Fercomit*” vedi F. De Leonardis, *Soggettività priv.* cit., p. 262. Cons. St., 21.10.1991, V, n. 1250 il Giudice amministrativo aveva risolto l'eccepito difetto di giurisdizione ritenendo che il concessionario dovesse essere inquadrato nella categoria degli organi indiretti dell'amministrazione, contraddicendo espressamente la sentenza del TAR Lombardia, 12.7.1990, n. 441 (in *TAR*, 1990, 1, p. 3023 e ss.), in cui si era preferito assoggettare il concessionario al regime delle società private. F. De Leonardis, *Il concetto di organo indiretto* cit., p. 347 e ss.

amministrativa “per mezzo di altri organi diretti incaricati di esercitare su quelle poteri statali di vigilanza e di disciplina, che sono una continuazione e un completamento dei poteri organici statali”.²⁰¹

La teoria dell'organo indiretto, così come quella dell'organismo di diritto pubblico,²⁰² è stata estesa a materie diverse dal diritto degli appalti pubblici²⁰³ (si pensi al tema dell'accesso agli atti di società partecipate da pubbliche amministrazioni) ed ha ricevuto grande consenso sia in giurisprudenza,²⁰⁴ che in

²⁰¹ Nel senso che le varie forme di esercizio privato di funzioni e servizi pubblici non possano essere ricondotti all'interno di una nozione giuridica propria: M.S. Giannini, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. Dir.*, 1966, p. 686; in senso ancora più radicale F. Satta, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. Giur.*, 1989, p. 2 secondo il quale è comunque impossibile configurare in maniera unitaria la suddetta categoria.

²⁰² Com'è noto, la nozione di organismo di diritto pubblico è di derivazione comunitaria. Non potendosi configurare un elenco esaustivo di tali organismi (come riconosciuto anche dal Legislatore all'art. 2 comma 2 del D.Lgs 17.3.1995, n. 157 di recepimento della direttiva 92/50 CE) per potersi qualificare come tale il soggetto deve presentare contestualmente e cumulativamente i seguenti requisiti: personalità giuridica; esercizio di attività influenzata dallo Stato o da altro soggetto pubblico tramite atti di controllo, direzione o finanziamenti diretti; istituzione al fine di soddisfare specificamente interessi generali non aventi carattere industriale o commerciale. Cfr. Cons. St., V, 7.7.1999, n. 295, in *Urb. app.*, 1999, p. 960 con nota di R. Garofoli, *Organismi di diritto pubblico: criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, parla infatti di “indici sintomatici”, tra cui si rilevano l'impiego di denaro pubblico, il perseguimento di interessi generali e soprattutto il contesto di un mercato caratterizzato in prevalenza dall'assenza di altri soggetti in posizione di concorrenza.

²⁰³ Solo per completezza si ricorda che la nozione di organismo di diritto pubblico è stata fornita a livello comunitario prima con la Dir. n. 89/440/CEE, che ha introdotto un particolare criterio, basato su indici di tipo generale: tale criterio è stato confermato dalle direttive successive e recepito nel D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, che all'art. 3 comma 26 fornisce la definizione non tassativa di organismo di diritto pubblico, individuato in “qualsiasi organismo, anche in forma societaria: istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; dotato di personalità giuridica; la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”.

²⁰⁴ Basterà ricordare la questione dell'Ente Fiera di Milano: TAR Lombardia, I, 24.3.1994, n. 221, in *TAR*, 1994, 1, p. 1850 aveva ritenuto non sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo accertando la natura privata dell'ente autonomo Fiera di Milano qualificandolo come mera fondazione di diritto privato. Sul caso vedi anche la successiva sentenza TAR Lombardia, III, 17.11.1995, n. 1365, in *Riv. it. Dir. pubb. com.*, 1996, 11, p. 1406 con nota di E. Chiti. Palazzo Spada ha riformato la decisione di primo grado, rilevando che l'ente, pur espletando attività di carattere commerciale, “era stato istituito per soddisfare bisogni di carattere generale, come certamente appare quello di promuovere lo sviluppo economico” e che pertanto doveva considerarsi un organismo di diritto pubblico sottoposto alla disciplina pubblica di scelta del contraente e alla giurisdizione amministrativa: Cons. St., VI, 21.4.1995, n. 353, in *Cons. St.*, 1995, p. 557. La soluzione è stata profondamente criticata da E. Chiti, *La nozione di ente pubblico tra disciplina comunitaria e nazionale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1995, p. 735 e ss.; R. Garofoli, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpret. cit.*, p. 133. In realtà, proprio il Consiglio di Stato ha successivamente smentito il proprio precedente, negando che l'Ente Fiera fosse un organismo di diritto pubblico: Cons. St., VI, 16.11.1998, n. 1267, in *Giorn. Dir. amm.*, 1999, p. 17 con nota di G. Pasquini, *Un revirement sull'organismo di diritto pubblico: il caso Ente Fiera di Milano*; in *Riv. amm. app.*, 1999, p. 123 con nota di A. Mascolini, *Sull'esclusione degli enti fieristici dalla normativa in tema di appalti: l'approccio sostanziale del Consiglio di Stato alla mozione di “organismo di diritto pubblico”*; in *Guid. Dir.*, 1998, 48, p. 87 e ss. con nota di S. Mezzacapo, *La promozione di servizi svolta dall'ente esclude la natura di diritto pubblico*. Anche

dottrina,²⁰⁵ inserendosi nel grande processo di commistione, attualmente *in fieri*, tra pubblico e privato; proprio per tale motivo, le ipotesi suddette sono state valutate come strumenti contrastanti la c.d. *fuga dal pubblico* mediante la “ripubblicizzazione del privato”.²⁰⁶

La dottrina²⁰⁷ e la giurisprudenza²⁰⁸ prevalenti hanno quindi ritenuto che gli atti adottati da privati nell’esercizio di pubbliche funzioni, conferite in forza di un

la Cassazione, infine, chiamata a pronunciarsi sulla giurisdizione, ha escluso l’Ente Fiera dal novero degli organismi di diritto pubblico: Cass., S.U., 4.4.2000, n. 97, in *Foro it.*, 2001, 1, p. 4062 con nota di P. Peruggia. Lo stesso orientamento si ritrova anche in Cass., S.U., 2.12.1998, n. 12200 cit., che ha confermato la sindacabilità da parte del giudice amministrativo su atti di soggetti non appartenenti all’amministrazione in senso tradizionale, purché siano inquadrati nel novero degli organismi di diritto pubblico. Ma vedi anche Cons. St., VI, 28.10.1998, n. 1478, in *Foro it.*, 1999, 3, p. 178 e ss., con nota di R. Garofoli, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.lgs. 80/1998)*: in quest’ultima pronuncia il Consiglio di Stato evidenzia la necessità di una legge che renda possibile il trasferimento di funzioni pubbliche in capo a soggetti privati, non essendo più considerata sufficiente la mera qualifica di concessionario, sulla base delle linee interpretative già indicate dal medesimo Giudice, Sezione Quinta con sentenza 20.12.1996, n. 1577 cit., nella quale, in base al principio di legalità di cui all’art. 97 Cost., non si riteneva ammissibile che l’amministrazione, al di là dei casi previsti *ex lege*, avesse il potere di trasferire le proprie funzioni a soggetti privati.

²⁰⁵ Come già precisato, le contestazioni a tale ricostruzione non sono mai mancate: vedi ad esempio M.S. Giannini, *Atto amm. cit.*, p. 172 e ss. che ribadisce la non equiparabilità al regime degli atti amministrativi degli atti provenienti da autorità esterne alla P.A.; F. De Leonardis, *Soggettività priv. cit.*, p. 265; F. Pugliese, *Controcanto in tema di concessione e tutela giuristi. cit.* E’ stato altresì rilevato che non sarebbe davvero presente una maggiore garanzia dei terzi connessa alla qualificazione pubblicistica dei rapporti con il concessionario, essendo sufficiente ad escludere la necessità dell’estensione della giurisdizione amministrativa la tutela offerta dai mezzi privatistici: cfr. F. Satta, *Concessione di opere pubb. cit.*, p. 327 e ss., ove precisa infatti che “*tutti gli incumbenti affidati al concessionario, anche se disciplinati dalla normativa comunitaria, costituiscono solo ed esclusivamente attività strumentali alle obbligazioni assunte, cui è estraneo ogni profilo di poteri delegati o trasferiti o, peggio ancora, genericamente legati alla qualità del concessionario*”.

²⁰⁶ G. Montedoro, *Società in house e responsabilità*, in www.astridonline; G. Montedoro, *Assenza di provvedimento e tutela degli interessi (ovvero indagine intorno agli indizi di morte del provvedimento amministrativo)*, su www.impiegopubblico.it 2009 pone il fenomeno in esame in contrapposizione con un altro e parallelo fenomeno, che, al fine di riequilibrare la tensione verso il diritto pubblico di realtà soggettive privatistiche, sottopone a regole di diritto privato atti ed attività dell’amministrazione: basti ricordare gli accordi di cui all’art. 11 L. 8.7.1990, n. 241 ma anche l’esplosione dei contratti delle pubbliche amministrazioni, l’assimilazione crescente, sul piano della disciplina normativa fra provvedimento e negozio giuridico, l’utilizzazione intensiva dei moduli societari; la regola formulata in termini generali dall’art. 1 comma 1bis della L. 8.7.1990, n. 241 secondo cui la pubblica amministrazione, nell’adozione degli atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente.

²⁰⁷ Tra i primi F. Pellizzer, *La concessione di sola costruzione tra pubblico e privato*, in *Foro amm.*, 1985, n. 1533; F. Pellizzer, *L’esercizio privatistico dell’azione amministrativa, il concessionario di opera pubblica*, in *Le Regioni*, 1988, I, p. 64, ; F. De Leonardis, *Soggettività privata cit.*, p. 240 e ss.; V. Caianiello, *Concessioni*, in *Nuovo Dig. It.*, p. 235, il quale rileva che le difficoltà qualificatorie dell’istituto sono determinate dalla circostanza che al diritto amministrativo, a differenza del diritto privato, “*è ignota la codificazione e quindi la previa definizione normativa di alcuni istituti, con la conseguenza che la qualificazione giuridica di determinati atti amministrativi non riveste (come i paralleli istituti di diritto privato) un assoluto raddio di certezza*”; condivide R. Grassi, *Note sulla concessione amministrativa*, in *Nuova Rass. Legisl.*, 1990, XXII, p. 2387; G. Montedoro, *Il concessionario di opere pubbliche: privato esercente pubbliche funzioni o imprenditore commerciale?*, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 376; D. Sorace - C. Marzuoli, *Concessione amm. cit.*, p. 284, i quali rilevano che il fenomeno per cui un

soggetto privato agisce per il perseguimento di un interesse pubblico in forza di una concessione costituisce una fattispecie complessa, costituita da due atti, un provvedimento amministrativo ed un contratto, qualificato in genere di diritto privato. La compresenza di questi due elementi caratterizza il regime concessorio per una complessa combinazione di aspetti pubblicistici e privatistici, con inevitabili difficoltà in sede di disciplina applicabile, in punto di definizione della natura pubblica o privata degli atti posti in essere dal privato e sulla giurisdizione. G. Di Gaspare, *Tra Stato e Mercato: l'insostenibile leggerezza della concess.* cit., p. 503 e ss., che definisce la concessione di pubblico servizio come figura evanescente, sostanzialmente assimilabile all'appalto pubblico. Gli atti del privato concessionario sono sottoposti alla giurisdizione del giudice amministrativo secondo la ricostruzione di F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amm.* cit., p. 680 e ss., contrapposta all'originario orientamento della IV sezione del Consiglio di Stato. In dottrina *contra* L. Raggi, *Sull'atto amministrativo (concetto, classificazione, validità)*, in *Riv. dir. pubbl.* 1917, p. 168 e ss.; *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, p. 109 ss.; *Gli atti amministrativi delle autorità non amministrative e la competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.* 1918, p. 232 ss.: l'Autore, partendo dal presupposto che solo gli organi statali, a differenza dei privati, esercitano il "diritto di imperio" in nome proprio e che la stessa nozione di "organo" riguarda il "complesso di funzioni caratterizzate come unità", che non può afferire ad un soggetto diverso dallo Stato, ritiene tuttavia che i privati possono adottare atti amministrativi "impropri", se destinatari dell'esercizio di funzioni e servizi pubblici; negli altri casi gli atti da questi adottati avranno carattere amministrativo soltanto per quanto concerne gli effetti. Su posizione parzialmente analoga: G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni* cit., p. 250 e ss.; *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni* cit., p. 96 e ss., che pur riconoscendo che i privati concessionari emanano veri e propri atti di diritto pubblico/amministrativo, esclude tuttavia che per il giudizio su tali atti si abbia la giurisdizione del giudice amministrativo, ritenendo che le norme in materia (in particolare, la legge sul contenzioso amministrativo del 1865 e la legge sul Consiglio di Stato) impongono l'individuazione della giurisdizione competente in relazione alla natura soggettiva dell'autore dell'atto.

²⁰⁸ Ci si riferisce alla nota sentenza Cass., S.U., 29.12.1990, n. 12221, con nota di G. Azzariti, *La giurisdizione nelle controversie contro gli atti delle società concessionarie di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 256 e ss.; con nota di E. Cannada - Bartoli, *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*, in *Foro Amm.*, 1991, p. 665 e ss.; con nota di F. Satta, *Concessione di opere pubbliche e atti del concessionario*, in *Giur. It.*, 1992, II, p. 231 e ss.; con nota di S. Giacchetti, *Concessionario di opera pubblica e giurisdizione amministrativa*, in *Arch. Giur.*, 1991, p. 2397 e ss.: in particolare, il c.d. caso "Mededil" ha consacrato la nozione di organi indiretto in riferimento ai concessionari di opera pubblica: le Sezioni Unite hanno infatti stabilito che "pare opportuno e corretto, per identificare la posizione dei concessionari, l'uso dell'espressione "organi indiretti", ben nota in dottrina a proposito, più in generale, della posizione del privato esercente pubbliche funzioni" (la stessa nozione era stata già recepita dalla giurisprudenza amministrativa: cfr. T.A.R. Lombardia, I, 12.7.1990, n. 441, in *T.A.R.*, 1990, I, p. 3023) e prosegue sostenendo che con la concessione il soggetto privato "nella sua figura tipica (...) è investito di facoltà e di poteri propri dell'ente concedente" con la conseguenza che "gli atti posti intessere dal concessionario in funzione della concessione, e che non avrebbe potuto compiere senza la concessione, non sono atti di diritto privato". Pur riconoscendo, quindi, che il concessionario opera in regime di diritto privato si ritiene che quando compia atti nell'esercizio di pubbliche funzioni rientri nel tradizionale esercizio privato di pubbliche funzioni. Tra le note critiche, F. Satta, *Concessione di opere pubb.* cit., p. 324, ritiene che la Cassazione abbia dato per scontato che con la concessione avvenga un trasferimento di funzioni pubbliche in capo al privato, e muovendo da questo postulato abbia ricostruito in termini generici e teorici la nozione di organo indiretto, non evidenziando su quale fondamento di diritto avvenga tale ricostruzione: "non esiste infatti mai, in alcuna legge, una previsione per cui al concessionario sono delegati o attribuiti i poteri e le competenze dell'amministrazione in una qualsiasi materia, per la quale sia appunto previsto l'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione stessa". In realtà, con la formazione della propria volontà e con la scelta del privato, l'amministrazione ha concluso la fase pubblicistica di costituzione del rapporto, esaurendo quindi il potere pubblicistico di scelta concessoria dalla legge. F. De Leonardis, *Soggettività privata* cit., p. 324 precisa a riguardo che "sia l'amministrazione che il concessionario agiscono per la cura di un interesse altrui, che è sempre l'interesse della collettività; e come la miglior cura di quell'interesse costituisce la causa

provvedimento amministrativo, fossero regolati dal diritto amministrativo e sottoposti quindi alla giurisdizione del giudice amministrativo, e ciò anche se i privati svolgono anche attività espressione di autonomia privata ed in tale ambito i relativi atti restano disciplinati dal diritto comune.²⁰⁹

Ciò non esclude comunque che in entrambe le ipotesi i soggetti privati, a differenza delle persone giuridiche pubbliche, perseguono sempre un lucro soggettivo.²¹⁰ Proprio per tale motivo per i privati concessionari, a differenza

*delle norme che regolano l'azione dell'amministrazione, allo stesso modo essa impedisce che il concessionario possa ritenersi libero di agire come un qualunque altro soggetto privato e impone che anche la sua azione sia oggetto di specifica disciplina. (...) Solo gli atti del concessionario funzionalizzati al conseguimento del risultato di interesse generale vanno giuridicamente trattati alla stregua di atti amministrativi"; l'Autore però, già quasi venti anni fa riteneva insufficiente il ricorso alla teoria dell'organo indiretto per fondare l'applicazione della disciplina pubblicistica e la giurisdizione amministrativa per gli atti emessi dal privato concessionario. Tra le sentenze che per prime hanno affrontato il problema del riparto di giurisdizione degli atti emessi da privati è significativo anche il c.d. caso "Siena Parcheggi", risolto con sentenza Cass., S.U., 6.5.1995, n. 4989, con nota di L. Bocchi, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: affidamento diretto del servizio e procedure di evidenza pubblica*, in *Foro Amm.*, 1996, p. 41 e ss.; con nota di E. Rizzi, *In tema di qualificazione degli atti posti in essere da S.p.a. a capitale parzialmente pubblico, costituite ai sensi dell'art. 22, terzo comma, lettera e) della legge n. 142/1990 e giurisdizione sulle controversie in materia di appalti indetti dalle società medesime*, in *I contratti Stato e enti pubb.*, 1995, p. 331 e ss.; con nota di G. Garzia, *Appalti delle società a partecipazione pubblica e tutela giurisdizionale dei partecipanti*, in *Rass. Giur. En. El.*, 1996, p. 141 e ss.; con nota di P. Crea, *Ancora una sentenza sulla natura giuridica delle società a partecipazione degli enti locali*, in *Riv. Amm.*, 1995, p. 1061 e ss.; con nota di G. Greco, *Appalti di lavori affidati da s.p.a. in mano pubblica: un revirement non privo di qualche paradosso*, in *Riv. it. Dir. pubb. comunit.*, 1995, p. 1063 e ss.; con nota di A. Perini, *L'affidamento di pubblici servizi locali a società miste e procedure di evidenza pubblica (alcune riflessioni in margine di una sentenza regolatrice di giurisdizione)*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 90 e ss. Particolarmente interessanti risultano le osservazioni di F. Satta, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 328, il quale enuncia come vero e proprio teorema che "dovunque vi sia un'organizzazione nella quale il soggetto sia inserito, sempre egli può invocare la legge di questa organizzazione per negare valore a ciò che sia stato fatto contravvenendo a questa legge. La situazione di questo soggetto, che è di diritto nell'organizzazione sociale dei rapporti privati, è chiaramente di interesse legittimo nell'organizzazione tra soggetto e pubblica amministrazione. Ma la situazione è sempre la stessa".*

²⁰⁹ Come precisato da F. De Leonardis, *Soggettività privata cit.*, p. 265, "sia l'amministrazione che il concessionario agiscono per la cura di un interesse altrui, che è sempre l'interesse della collettività; e come la miglior cura di quell'interesse costituisce la causa delle norme che regolano l'azione dell'amministrazione, allo stesso modo essa impedisce che il concessionario possa ritenersi libero di agire come un qualunque altro soggetto privato e impone che anche la sua azione sia oggetto di specifica disciplina. (...) Solo gli atti del concessionario funzionalizzati al conseguimento del risultato di interesse generale vanno giuridicamente trattati alla stregua di atti amministrativi". L'Autore ritiene peraltro insufficiente il ricorso alla teoria dell'organo indiretto per fondare l'applicazione della disciplina pubblicistica e la giurisdizione amministrativa. Secondo A. Cianflone, *L'appalto di opere pubb. cit.*, p. 117 "il concessionario è un sostituto dell'Amministrazione, che perseguendo un fine di lucro e agendo in nome proprio, attua nel contempo un fine dell'amministrazione".

²¹⁰ E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Roma 1917, p. 141 e ss.; p. 435 e ss., secondo cui la duplicità di scopi perseguiti dai privati non consente di qualificarli come organi dello Stato, ma come amministrazioni statali indirette o "improprie". Il privato è, dunque, legittimato ad esercitare potestà pubbliche solo in quanto conferitegli attraverso la concessione. Proprio in considerazione del rischio che l'attività svolta dal privato non corrisponda realmente ai fini pubblici cui deve essere diretta, e che la cura di tali fini non sia subordinata a quella dell'interesse di lucro, che costituisce il fine ultimo del privato, il privato deve essere sottoposto a

degli enti pubblici, l'esercizio di potestà pubbliche non comporta soltanto la prestazione di mere *operae* a favore dell'amministrazione, ma anche l'espletamento di un *opus*,²¹¹ con la conseguenza che il fine pubblico diventa un mezzo per il perseguimento del fine privato.²¹²

Il privato concessionario svolge un'attività pubblicizzata volta al perseguimento di una duplice finalità: da una parte il soddisfacimento dell'interesse pubblico, dall'altra l'ottenimento di un profitto, comprensivo almeno delle spese di esercizio, della restituzione del capitale impiegato e degli interessi del medesimo maturati durante il tempo dell'esercizio.

Il conflitto tra i due scopi si risolve in giurisprudenza con la prevalenza del fine pubblico, assicurata attraverso l'apposizione di vincoli all'esercizio da parte dei privati di funzioni e servizi e nella sottoposizione - *rectius* funzionalizzazione - degli stessi ai poteri di controllo, di direzione e di disciplina del concedente. Applicando un criterio oggettivo di tipo funzionalistico, la giurisprudenza è giunta finanche ad affermare che la connotazione pubblicistica di un ente rimarrebbe addirittura svincolata da qualsiasi definizione formale e dovrebbe essere dedotta dalla sola natura degli interessi per il soddisfacimento dei quali è stato costituito.²¹³

forme di controllo da parte dell'amministrazione: G. Zanobini, *Corso di diritto amm. cit.*, p. 388 e ss.

²¹¹ L'intersecarsi tra profili pubblicistici e privatistici nell'attività posta in essere dal privato concessionario è alla base degli studi condotti da G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma 1931; *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1933 e in *Scritti giuridici*, I, Milano 1987, p. 135 e ss.; *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942; *Ente pubblico e concessione di servizi pubblici*, nota a Cons. St., V, 16.6.1942, n. 404, in *Foro amm.*, 1942; *Attualità e aspetti della distinzione tra persone giuridiche pubbliche e private*, in *L'organizzazione amministrativa*, Atti del IV Convegno di Studi di scienza dell'Amministrazione, Varenna, 1958, Milano 1959; *Funzione pubblica*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, 1961, p. 686 e ss. L'Autore distingue tra l'attività che costituisce "immediata estrinsecazione della pubblicità del servizio" da quella che il privato può autonomamente assumere: mentre la prima inserisce il concessionario privato all'interno dell'organizzazione amministrativa, inquadrandolo come "autonomia funzionale", la seconda, in quanto espressione di autonomia privata, risulta interamente sottoposta al diritto comune.

²¹² G. Zanobini, *Corso di diritto amm. cit.*, p. 183 e ss.; *L'esercizio privato delle funzioni cit.*, p. 240 e ss.; *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici cit.*, p. 100 e ss.

²¹³ Secondo l'impostazione giurisprudenziale definibile "panpubblicistica", la natura oggettivamente pubblica dell'attività del privato, ricavabile dalla finalità pubblica perseguita dal medesimo, costituisce indice sufficiente per una qualificazione in senso pubblicistico, a prescindere dalla veste formale assunta. Le Sezioni Unite della Cassazione con sentenza 5.2.1999, n. 24, in *Riv. it. Dir. pubb. com.*, 1999, p. 291 e ss., hanno infatti affermato: "al di là del dato formale costituito dalla qualifica di società cooperativa con responsabilità limitata (...), l'attività del predetto consorzio palesa un'indubbia valenza pubblicistica in quanto preordinata al perseguimento degli interessi dei consorziati". Tale impostazione trova conferma in Cass., S.U., 13.2.1999, n. 64, secondo cui infatti "ai fini dell'attribuzione della qualifica di pubblica amministrazione aggiudicatrice occorre aver riguardo al profilo sostanziale correlato alla natura degli interessi perseguiti da un ente, prescindendo dalla definizione formale che esso si è data": in *Urb. e app.*, 1999, p. 616 con nota di V. De Gioia e B. Mamelì, *Le Sezioni Unite cambiano rotta sugli appalti comunitari indetti dalle s.p.a. miste*; in *Guida al dir.*, 1999, VI, p. 62 con nota di S. Mezzacapo, *La giurisdizione ordinaria non trova applicazione anche se l'appaltatore è una s.p.a.*; in *Foro it.*, 1999, I, p. 2275 con nota di F. Fracchia, *Appalti pubblici al di sopra della soglia comunitaria: giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e art. 33 del d. lgs. 80/1998*; in *Il*

Tale impostazione, criticata da parte della dottrina,²¹⁴ ma innovativa rispetto alla tradizionale configurazione tendenzialmente unitaria di soggetto pubblico, risulta conforme alla concezione teleologica e sostanzialista del soggetto pubblico di matrice comunitaria.²¹⁵

Secondo quanto ripetutamente affermato dalla stessa Corte di Giustizia, infatti, tale concetto viene elaborato settore per settore, tanto sul piano normativo che nell'interpretazione giurisprudenziale, adattandolo alle esigenze sottese alla normativa delle singole materie nelle quali il riferimento al soggetto pubblico è necessario e obbligato, sì da estenderne o ridurne caso per caso l'ampiezza.²¹⁶

Sulla scorta del dibattito degli anni Novanta, l'acquisizione all'interno del nostro ordinamento di realtà privatistiche soggette alla disciplina pubblicistica ha ottenuto riconoscimento anche a livello Legislativo, dove è stata sancita la procedimentalizzazione delle attività private con rilievo pubblicistico.²¹⁷

corriere giur., 1999, p. 433 con nota di M.V. Ferroni, *La giurisdizione esclusiva come giurisdizione "ordinaria" del giudice amministrativo*.

²¹⁴ Vedi N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova 2001, p. 168 e ss. e G. Azzariti, *La giurisdizione cit.*, p. 869, che avverte: "una volta abbandonato il criterio della presenza della concessione o di un altro titolo, o si spiega il modo in cui si può riconoscere in maniera più o meno certa la sussistenza dell'interesse pubblico, o si ricade in una sorte di notte nera in cui tutte le vacche sono nere".

²¹⁵ La nozione estensiva e sostanzialistica di soggetto pubblico elaborata dalla Corte di Giustizia è giustificata da una chiara ragione: diversamente dai soggetti privati – i quali, operando nel mercato, sono naturalmente portati a rivolgersi a quei fornitori di beni, servizi e opere che, sul piano economico - qualitativo, assicurano la migliore prestazione –, i soggetti pubblici, non agendo a fini di lucro, sono portatori di interessi pubblici non economici e potrebbero essere indotti a non rispettare le regole concorrenziali ed i principi comunitari di non discriminazione e libertà di iniziativa economica: D. Bevilaqua, *L'esercizio privato di funzioni amministrative comunitarie*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2008, 7, p. 732 e ss., commento a sentenza C.G.E., I, 29.11.2007, causa C - 393/05.

²¹⁶ F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2009, p. 501 e ss. rileva che la multiformità della nozione comunitaria di pubblica amministrazione è giustificata in buona sostanza dalla chiara volontà di snidare la "pubblicità" reale degli enti operanti negli ambiti nazionali, al fine di estendere l'ambito di applicabilità delle direttive comunitarie e assicurare una *par condicio* tra i soggetti della Comunità, senza nemmeno il bisogno di ricorrere alla indagine sull'esistenza di un atto implicito o fittizio, ma solo su un piano oggettivo, necessario alla integrale ed effettiva tutela delle esigenze del mercato. L'Autore si chiede infine se sia nato un *tertium genus* fra soggetto pubblico e soggetto privato (che sarebbe pur sempre da confinare fra gli *ircocervi*) o prendere atto della maturazione proprio con l'organismo di diritto pubblico dell'ibrido pubblico - privato che testimonia del tramonto delle forme classiche del disegno organizzativo dell'amministrazione (con gli inevitabili riflessi sul tramonto dello schema incentrato sul provvedimento e sul processo impugnatorio).

²¹⁷ A dimostrazione della sfiducia riposta in tale sistema da parte dello stesso apparato statale deve ricordarsi che di recente accanto al fenomeno delle esternalizzazioni si è andata affermando anche una tendenza opposta, finalizzata ad assegnare a soggetti privati attività svolte in precedenza dall'amministrazione, attraendo nella sfera pubblicistica anche l'operatore privato: è il caso degli affidamenti *in house* e dei vari processi di ripubblicizzazione e reinternalizzazione: G. Napolitano, *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizzaz.* cit., p. 666 secondo cui la tendenza dell'amministrazione ad evitare esternalizzazioni trova le proprie ragioni giustificative nella volontà dell'amministrazione a detenere i privilegi e le garanzie tipiche dell'azione amministrativa, mantenendo sotto diretto controllo l'insieme delle attività istituzionali e dei compiti strumentali. L'Autore precisa inoltre che in una valutazione comparata tra costi e benefici le soluzioni amministrative sembrano talvolta più flessibili di quelle derivanti dalla sovrapposizione di regole di garanzia pubblica alle tecniche privatistiche.

L'art. 1 della L. 7.8.1990 n. 241 del 1990, come modificato prima dalla L. 11.2.2005, n. 15 e successivamente dalla L. 18.6.2009, n. 69, prescrive infatti al primo comma che *“L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”*, e al comma 1^{ter} stabilisce espressamente che *“I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1”*.

La norma fa riferimento alla nozione di *“attività amministrative”* poste in essere da privati e non a quella di atto amministrativo o provvedimento, dovendosi quindi ritenere che possano esservi attività amministrative realizzabili senza atti o provvedimenti oggettivamente e soggettivamente amministrativi.²¹⁸

Secondo la dottrina, con questa norma il Legislatore mostrerebbe l'intento di aderire alla nozione comunitaria di pubblica amministrazione recependo gli indirizzi della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e dei giudici nazionali, che in questi anni hanno progressivamente applicato i principi generali dell'azione amministrativa avendo riguardo alla natura delle attività svolte e non alla qualificazione formale del soggetto agente.²¹⁹

E' evidente che, ai fini dell'individuazione dell'ambito di applicazione del presente articolo, non v'è alcuna corrispondenza biunivoca tra pubblica amministrazione in senso formale e soggetti la cui attività è disciplinata dal diritto amministrativo; per altro verso, dal punto di vista oggettivo, non vi è corrispondenza nemmeno tra diritto amministrativo e regole applicabili all'azione amministrativa, così che il diritto amministrativo non esaurisce il complesso delle regole applicabili al privato esercente attività pubblicistiche.²²⁰

In conseguenza dell'influsso comunitario, che ha profondamente modificato la configurazione dell'esercizio del potere amministrativo,²²¹ si sono quindi venute a creare ulteriori situazioni nuove ed atipiche, nate da un intreccio sempre più complesso tra diritto pubblico e privato, che hanno reso necessario, in ogni ambito

²¹⁸ Tuttavia il campo di applicazione elettivo e potenziale dell'art. 1 comma 1^{ter} rimane quello delle società pubbliche che esercitino funzioni o servizi pubblici. La norma parla di attività amministrative: essa quindi è applicabile sia al caso della società che eserciti funzioni pubbliche sia alla società esercente un servizio pubblico ossia un'attività imprenditoriale di produzione di beni o servizi connotata dalla necessità sociale (G. Montedoro, *Assenza di provvedimento e tutela degli interessi* cit.; G. di Gaspare, *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1995, p. 513 e ss.).

²¹⁹ F.G. Sebastoni, *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in *Foro Amm. CDS*, 2007, I, p. 344 e ss.; M.R. Spasiano, *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme*, in *Foro Amm. TAR*, 2005, V, p. 1820 e ss., relazione alla giornata di studi del 20.5.2005 sul tema *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, presso la Scuola Superiore della P.A., Seconda Università degli Studi di Napoli.

²²⁰ A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai priv.* cit., p. 3, il ruolo della normativa comunitaria è stato senza dubbio significativo, ma *“il processo di assimilazione tra soggetti privati e soggetti pubblici, con riferimento a determinate attività (...) è da tempo in atto ed è proseguito ben oltre i limiti segnati dalla nozione comunitaria”* di pubblica amministrazione.

²²¹ E. Chiti, *La nozione di ente pubblico tra disciplina comunitaria e nazionale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1996, p. 735 e ss.; *La nozione di amministrazione aggiudicatrice*, in *Giorn. Dir. pubbl.*, 2001, p. 422 e ss.

in cui si ricorra a un procedimento di esternalizzazione, una disciplina specifica e diversa, in ragione dell'eterogeneità del fenomeno stesso.

E infatti, i settori in cui attualmente lo Stato ricorre ai privati sono svariati e possono individuarsi in generale in tutti le ipotesi in cui l'amministrazione si trova nell'impossibilità di esercitare tali compiti attraverso i propri organi, investendo quindi ambiti eterogenei e talvolta assolutamente distanti tra loro.²²²

In questi casi, il conferimento a privati appare il mezzo più vantaggioso e proficuo per gli interessi dell'ente, al fine di evitare l'impiego di rilevanti risorse economiche e di incidere pesantemente sul bilancio statale.²²³

Il sempre maggior ricorso, in varie forme e con diversi modi, a soggetti pubblici per l'espletamento di compiti di cura di interessi pubblici ha comportato lo sviluppo di una nuova categoria di soggetti dell'ordinamento "sospesi" tra diritto amministrativo e diritto comune,²²⁴ nel quale è difficile addirittura accertare se i soggetti agenti siano effettivamente soggetti privati o meno.

IV.5 (Segue) Conferimento a privati di funzioni certificative

Dopo aver analizzato le posizioni giurisprudenziali e dottrinali relative all'evoluzione della nozione di pubblica amministrazione negli ultimi decenni del secolo scorso, occorre quindi focalizzare l'indagine sullo specifico settore delle certificazioni, al fine di accertare e definire il ruolo svolto in tale ambito dai privati.²²⁵

²²² Tanto da potersi affermare l'equivalenza delle due situazioni - gestione diretta da parte dell'amministrazione e esternalizzazione - con sostanziale equiparazione tra pubblico e privato. Emblematico è quanto affermato da Cons. St., V, 23.4.1998, n. 477, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1998, p. 462 e ss., per cui: "L'organizzazione autonoma delle pubbliche amministrazioni rappresenta un modello distinto ed alternativo rispetto all'accesso al mercato (...) in sostanza si tratta dell'estensione alla pubblica amministrazione della libertà di autoproduzione". Più recentemente, il tema è stato compiutamente ripreso dalla C.G.E., la quale - in maniera singolarmente corrispondente a quanto già statuito dal giudice amministrativo nazionale - ha rilevato come un'Autorità pubblica "ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi": vedi C.G.E., I, 11.1.2005, causa n. 26/03, in *Urb. e app.*, 2005, p. 288 e ss. e C.G.E., I, 6.4.2006, causa n. 410/04, in *Foro amm. Cd.S.*, 2006, p. 1109 e ss. La sopra riferita posizione della Corte di giustizia, condivisa dalle altre istituzioni europee (cfr. Regolamento CE n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23.10.2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio CEE n. 1191/69 e n. 1107/70), fa ritenere che l'ordinamento comunitario tuttora preveda la piena alternatività tra autoproduzione ed esternalizzazione dell'attività da parte della pubblica amministrazione. Sul punto vedi anche Cons. St., V, 25.8.2008, n. 4080, su www.dirittodeiservizipubblici.it.

²²³ Tanto da essere divenuti sistemi organizzatori "normali" per il miglior perseguimento degli interessi pubblici in svariati settori. Sul tema: G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni* cit., p. 235 e ss.; *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici* cit., p. 96 e ss.: sulla base delle stesse motivazioni F. Levi, *Legittimità*, in *Enc. Dir.*, cit.

²²⁴ La definizione è di A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai priv.* cit., p. 46 e ss.

²²⁵ Vedi in particolare F. Fracchia - M. Occhiena, *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano 2006, p. XIII e ss.; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai priv.* cit., p. 3 e ss., che fin dall'inizio avverte come l'eterogeneità delle fattispecie positive di esercizio da parte di soggetti non pubblici di attività ricondotte all'amministrazione non deve condurre alla tentazione "iperpositivista" di liquidare il tema nei molti frammenti normativi che lo compongono, ma di

Può affermarsi fin d'ora che anche nell'ambito certificativo restano fermi i due elementi essenziali del concetto di esternalizzazione:²²⁶ il carattere pubblico della funzione o servizio espletato, e il carattere privato del soggetto da cui tali attività sono esercitate.²²⁷

Sotto il primo profilo ed in applicazione delle indicazioni dottrinali ricordate nel precedente paragrafo, basterà qui ricordare che la funzione certificativa ha tradizionalmente rilevanza pubblicistica, in quanto preordinata ad attestare l'esistenza di fatti che interessano l'intera collettività.²²⁸

La vocazione pubblicistica dell'attività espletata dai privati certificatori è altresì desumibile dall'efficacia giuridica ricollegata agli atti posti in essere:²²⁹ proprio per tale motivo, il potere di fornire certezza su determinati fatti, stati, qualità e situazioni ha rappresentato per secoli una delle fondamentali manifestazioni del potere sovrano.²³⁰

applicare un criterio di ricerca con attitudine unificatrice, sulla scorta degli insegnamenti di M.S. Giannini.

²²⁶ Così chiaramente G. Zanobini, *Corso di diritto amm. cit.*, p. 386 e ss.

²²⁷ S. Foà, *Nuovi munera pubblici e principio di imparzialità. Il caso delle società organismi di attestazione in materia di lavori pubblici*, su www.giust.it;

²²⁸ G. Zanobini, *Corso di diritto amm. cit.*, p. 387, che con particolare riferimento alla formazione di certificati e atti facenti pubblica fede richiama l'elaborazione di L. Raggi, *Sull'atto amm. cit.*, p. 169 e ss. Vedi anche S. Romano, *Principi di diritto amministrativo it. cit.* p. 51 e ss., secondo cui tra i primi diritti dello Stato è compreso quello di garantire la verità dei fatti e di qualità delle persone (*amplius infra* cap. II.2); M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'econ. cit.*, p. 40 e ss.; M.S. Giannini, *Certezza pubb. cit.*, p. 782 secondo cui "(...) Tutte queste certezze promanano da pubblici poteri, anzi, per eccellenza, dallo Stato, onde si dicono pubbliche, e costituiscono la più grossa e importante provincia delle certezze giuridiche". Questa concezione risulta sostanzialmente confermata in tutte le elaborazioni teoriche della materia: G. Sala, *Certificati e attest. cit.*, p. 537; S. Giacchetti, *Certificaz. cit.*; A. Stoppani, *Certificaz. cit.*; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amm. cit.*, p. 192 rileva come la potestà di certificazione costituisca quel *minimum* di potestà pubblica di cui ogni ente pubblico è dotato; P. Stella Richter, *Atti e poteri amministr. cit.*, p. 393, secondo cui il potere di certificare è essenziale per tessere "l'ordito delle qualificazioni giuridiche della comunità associata"; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amm. cit.*, p. 470 per cui è pacifico che gli atti dichiarativi siano emessi *jure imperii*.

²²⁹ Sia consentito rinviare alla nozione di G. Sala, *Certificati e attest. cit.*, p. 539 e ss, secondo cui le certificazioni sono dichiarazioni emesse dagli organi a ciò autorizzati nei casi previsti dalla legge e facenti pubblica fede di quanto affermato, mentre le attestazioni risultano dichiarazioni intese a dar contezza dei fatti, situazioni e valutazioni tecniche e frutto di un giudizio tecnico discrezionale. In senso parzialmente diverso M.S. Giannini, *Certezza pubb. cit.*, p. 782 e ss., secondo cui il criterio discrezionale deve essere individuato in rapporto al fenomeno sostanziale di produzione di "certezze pubbliche": la funzione pubblica espressiva del potere sovrano sarebbe all'origine delle "certezze legali", mentre la produzione di "certezze notiziali" darebbe luogo ad un servizio pubblico, come tale esercitabile anche da privati.

²³⁰ S. Romano, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano 1912, p. 51 e ss., ritiene che tra i primi diritti dello Stato è compreso quello di garantire la verità dei fatti e di qualità delle persone (*amplius infra* cap. II.2); cfr. M.S. Giannini, *Certezza pubb. cit.*, p. 782 secondo cui "(...) Tutte queste certezze promanano da pubblici poteri, anzi, per eccellenza, dallo Stato, onde si dicono pubbliche, e costituiscono la più grossa e importante provincia delle certezze giuridiche": questa concezione risulta sostanzialmente confermata in tutte le elaborazioni teoriche della materia: G. Sala, *Certificati e attest. cit.*, p. 537; S. Giacchetti, *Certificaz. cit.*; A. Stoppani, *Certificaz. cit.*, p. 793; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, p. 192 rileva come la potestà di certificazione costituisca quel *minimum* di potestà pubblica di cui ogni ente pubblico è dotato; P. Stella Richter, *Atti e poteri amministrativi*, in Guarino (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 1983, p. 393, secondo cui il potere di certificare è essenziale per tessere

Per quanto attiene il profilo soggettivo, da un'impostazione giurisprudenziale e dottrinale che tendeva ad estendere oltre misura la natura pubblicistica dei privati concessionari, si è giunti ad una concezione funzionalistica in cui il soggetto privato può restare tale pur esercitando o gestendo un pubblico servizio.²³¹

Oggi è infatti pressoché pacifico che il soggetto privato esercente un'attività pubblicistica non acquisti una personalità giuridica pubblica,²³² e che tale attività, pur svolta in regime imprenditoriale, mantenga la stessa la rilevanza pubblica e di diritto pubblico datale in forza di legge.²³³

Nell'ambito certificativo colpisce poi il mutamento del significato della presenza del potere pubblico, che deve infatti farsi carico di individuare linee guida, norme tecniche e istruzioni, in luogo delle tradizionali fonti.²³⁴ Il potere pubblico diviene titolare di poteri peculiari, quali l'accreditamento, l'autorizzazione, il controllo, l'organizzazione di mercati, nei termini e modalità che saranno oggetto della seconda parte del presente lavoro.²³⁵

Se può dirsi risolta la questione inerente la personalità e la natura degli esercenti pubblici servizi, occorre ora raffrontarsi con situazioni fattuali nuove e diverse, per verificare se l'evoluzione del diritto amministrativo, che stiamo vivendo si risolva in una vicenda di passaggio a nuovi scenari o non comporti piuttosto l'esaurimento definitivo di un percorso (per intendersi quello che al

"l'ordito delle qualificazioni giuridiche della comunità associata"; V. Cerulli Irelli, Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità, in Dir. proc. amm. 1984, p. 470 per cui è pacifico che gli atti dichiarativi siano emessi jure imperii.

²³¹ La nozione funzionale ed elastico di pubblica amministrazione di matrice comunitaria è frutto di un'interpretazione teleologicamente orientata al perseguimento dei diritti fondamentali della Comunità, in applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità: M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europ. cit.*, p. 265 e ss. Recentemente C.G.E., I, con sentenza 29.11.2007, causa n. 393/05 ha ribadito una nozione restrittiva di pubblica amministrazione funzionale al perseguimento degli obiettivi che orientano l'ordinamento europeo e subordinata alle libertà fondamentali dell'*aquis communautaire*, sottraendo figure soggettive private esercenti attività amministrative, come gli organismi di controllo dei prodotti da agricoltura biologica, al regime pubblicistico dello Stato di riferimento. In tal modo il Giudice europeo ha, seppur indirettamente e in modo implicito, affidato agli organismi di controllo un ruolo di soggetti attivi che, operando come figure private in un regime di mercato, svolgono funzioni amministrative per conto dell'Unione Europea. Tali soggetti, non facendo parte dell'amministrazione statale nazionale ma svolgendo comunque attività pubblicistiche dirette alla cura di interessi pubblici comunitari, sono assoggettati ad una disciplina pubblicistica europea e funzionalizzati alla cura concreta e specifica di interessi generali riconosciuti dall'ordinamento comunitario: in tal senso D. Bevilacqua, *L'esercizio privato di funzioni amministrative com. cit.*, p. 733 e ss.

²³² In applicazione della precisa nozione fornita da F. Satta, *Esercizio privato di pubb. cit.*, per cui la gestione di pubblico servizio è *"una formula organizzativa che riserva allo stato una funzione o un servizio, salvo poi attribuirne l'esercizio a soggetti ed organismi privati"*.

²³³ F. De Leonardis, *Il concetto di organo indiretto cit.*, p. 347 e ss., F. De Leonardis, *Soggettività privata e discrezionalità amm. cit.*, p. 96 e ss. Secondo la distinzione proposta da un grande Autore e condivisa dalla dottrina prevalente, il criterio discrezionale tra soggetti certificatori pubblici e privati dovrebbe essere individuato in rapporto al fenomeno sostanziale di produzione di "certezze pubbliche": la funzione pubblica espressione del potere sovrano sarebbe all'origine del potere

²³⁴ I singoli Regolamenti comunitari stabiliscono in ogni settore i criteri minimi di sorveglianza pubblica degli organismi di controllo preposti ad assicurare che sia salvaguardato tra l'altro l'affidamento dei consumatori.

²³⁵ A. Benedetti, *Certificazioni "private" e pubblica fiducia*, in *Diritto pubb. econ.*, 2006, estr. 47.

centro di tale sapere metteva il provvedimento) per lasciare il posto a diversi concetti.²³⁶

In ogni caso, alla luce dell'analisi dottrinale e giurisprudenziale che dagli anni Novanta del secolo scorso ha ricercato, pur tra varie oscillazioni e incertezze, di fornire una soluzione e collocazione sistematica del fenomeno, deve comunque concludersi che la nozione comunitaria di pubblica amministrazione, sia essa restrittiva o ampliativa – a seconda delle pronunce giurisprudenziali citate – si conferma comunque funzionale ad incrementare le figure soggettive assoggettate alla disciplina pubblicistica. Le amministrazioni, originariamente *figlie* dello Stato,²³⁷ sono ormai sempre più slegate da quest'ultimo: i soggetti privati esercenti pubbliche funzioni, quindi, sono e restano privati, svolgendo attività in regime di libero mercato che, piuttosto che alle norme organizzative nazionali, si conformano ai limiti posti dal diritto civile e dai principi, regole e requisiti stabiliti dal diritto comunitario, sia primario che secondario, mantenendo una rilevanza pubblica solo in quanto svolgenti funzioni nell'interesse della collettività (europea) e con riferimento all'ordinamento comunitario.²³⁸

²³⁶ Naturalmente il diritto è specchio di un'organizzazione sociale: per cogliere le ragioni delle trasformazioni del diritto occorre analizzare e interrogarsi sui mutamenti della struttura sociale che si accompagnano ad esse, secondo il metodo enunciato da M. Foucault: "*C'è una maniera classica di sopravvalutare il potere dello Stato: è il lirismo del mostro freddo che si erge innanzi a noi; ma c'è una seconda maniera di sopravvalutare il problema dello Stato paradossale perché apparentemente riduttiva: l'analisi che consiste nel ridurre lo Stato ad un certo numero di funzioni.. senza cogliere che per la nostra attualità il problema non è la statalizzazione della società ma la "governamentalizzazione" dello Stato ... la governamentalità va intesa come tattica di governo che definisce di volta in volta quel che allo Stato compete e quel che non compete, quel che è pubblico e quel che è privato ecc....*" in P. Della Vigna (a cura di), *Michel Foucault: poteri e strategie*, Milano 1994.

²³⁷ S. Cassese, *La crisi dello Stato* cit., p. 869 e ss.

²³⁸ F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amm. cit.*, p. 346 ritiene infatti che "*il concetto di pubblico non appare limitato allo Stato persona né allo Stato amministrazione, ma collegandosi, invece, con lo Stato ordinamento, esalta giuridicamente il dovere di agire nell'interesse della collettività*". Vedi anche D. Bevilaqua, *L'esercizio privato di funzioni amministrative* comm. It., p. 738 e ss., per cui la sottoposizione degli organismi di controllo a regole e finalità del diritto comunitario dà un'ulteriore conferma che la definizione di pubblica amministrazione in tale ordinamento non può che essere funzionale, giacché "*in un sistema caratterizzato dalla moltiplicazione delle figure soggettive incaricate della cura degli interessi generali, la questione sembra porsi in termini di verificare quali norme 'orizzontalmente' riferite alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati*".

PARTE II

V. La crisi dello schema tradizionale

V.1 I nuovi principi regolanti l'attività certificativa

Come già rilevato, la definizione e la regolazione della certezza pubblica costituisce da sempre una delle più importanti funzioni statali e attualmente viene esercitata in diversi settori a livello sovranazionale congiuntamente, attraverso accordi internazionali o, all'interno dell'ordinamento comunitario, mediante l'applicazione della normativa europea.

Da un lato, infatti, il diritto comunitario ha influenzato i diritti amministrativi nazionali, sia in via diretta attraverso la sostituzione di proprie regole e istituti a quelli del diritto interno, sia indirettamente favorendo la convergenza tra i diritti amministrativi nazionali.²³⁹

Sotto il versante opposto, i diritti nazionali contribuiscono a creare principi e regole comunitarie, innescando un processo di integrazione, o meglio di armonizzazione circolare, definito anche di *cross fertilization*,²⁴⁰ in cui il confronto tra i diversi istituti di diritto amministrativo, vigenti negli Stati membri, contribuisce a creare la regola comunitaria, che a sua volta influisce sull'interpretazione delle norme interne.²⁴¹

Più specificamente, nell'ambito certificativo l'influsso comunitario ha rideterminato l'ambito e l'estensione dell'area pubblica: da un lato è stata fornita una nuova disciplina dei servizi pubblici nazionali, passati dal regime di tendenziale monopolio pubblico a quello della libertà di iniziativa e della concorrenza; dall'altro, come già rilevato, ha contribuito alla creazione di una nuova nozione di amministrazione nazionale di tipo polimorfico e funzionalistico.²⁴²

Attualmente, la composizione dell'organizzazione amministrativa è estremamente complessa e variegata: accanto a enti pubblici di tipo tradizionale, che esercitano poteri di tipo autoritativo, si riscontrano amministrazioni che agiscono mediante vesti o moduli di diritto privato e anche soggetti privati che svolgono attività pubbliche o utilizzano beni pubblici, tanto che risulta

²³⁹ M.P. Chiti - G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 2003, p. 936 e ss.

²⁴⁰ A.M. Sandulli, *La concordia discors ed il processo di integrazione europea*, in G. Falcon (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Padova 2005, p. 73, il quale ricorda che il meccanismo della *cross fertilization* tra sistemi giuridici esiste praticamente da sempre e richiama le *Vite* di Plutarco, che documenta i viaggi compiuti da Licurgo al fine di studiare le leggi di altri paesi per meglio redigere quelle spartane e il fatto che il trattato di Aristotele sulla politica sia fondato sullo studio di 153 costituzioni greche o barbare.

²⁴¹ M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano 2004, p. 182, sottolinea che, riguardo alla circolarità della formazione del diritto, non è corretta la tesi per cui i tratti maggiori del diritto amministrativo siano di matrice comunitaria, permanendo vaste aree in cui il diritto europeo fa proprio il diritto degli Stati membri in un rapporto, che non è quindi unilaterale dall'alto al basso, ma più complesso, involgendo anche le relazioni "orizzontali" tra gli Stati membri.

²⁴² E. Picozza, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova 2003, pag. 69 e ss.; T. Padoa - Schioppa, *Europa, forza gentile*, Bologna 2001, p. 192 e ss.

condivisibile la definizione di organizzazione amministrativa a *geometria variabile*.²⁴³

La dottrina ha quindi preso atto dell'esistenza di una situazione reticolare e ibrida tra pubblico e privato ed ha abbandonato la via di una ricostruzione dogmatica unitaria, che può creare problemi ulteriori e fraintendimenti a livello di nozione e classificazione, in favore di un'analisi condotta caso per caso, che tenga conto delle peculiarità e differenze tipiche di ogni singola fattispecie.²⁴⁴

Un ulteriore fattore che ha contribuito alla nascita di nuovi procedimenti di produzione di certezza è costituito dai rilevanti mutamenti istituzionali, sociali e tecnologici che hanno caratterizzato la seconda parte del secolo scorso, introducendo esigenze moderne - quali la riduzione del rischio e la garanzia di fiducia²⁴⁵ - e nuove e specifiche professionalità, alle quali corrispondo nuove forme di certificazione. Le profonde trasformazioni sociali, culturali ed istituzionali che hanno determinato tale contesto affondano le proprie radici comuni nella globalizzazione, che ha concorso a segnare la metamorfosi del diritto amministrativo di stampo ottocentesco ed ha dominato nel Novecento la

²⁴³ Come definito per l'Italia da M. Cammelli, *Amministrazione periferica o amministrazione territoriale dello Stato?*, in *Dir. pubb.*, 1999, p. 765 e ss.; M. Cammelli, *La pubblica amministrazione*, Bologna 2004, p. 14 e ss.: "In breve in termini di diritto positivo, possiamo dire che la nozione di Pa può essere rappresentata con tre cerchi concentrici: il più ristretto corrisponde ad apparati pubblici che esercitano funzioni disciplinate dal diritto amministrativo perché di natura autoritativa; il secondo, di dimensioni crescenti, che vede operare l'amministrazione in forme pubblicistiche ma di natura negoziale (accordi, intese), o addirittura con veste giuridica privatistica (come le società di capitali); il terzo, più esterno, formato da soggetti privati che svolgono funzioni pubbliche o che si avvalgono di risorse e beni pubblici. Una base minima di principi, come la funzionalizzazione all'interesse pubblico, la trasparenza e la tutela degli utenti, il buon andamento, è comune a tutti: ma solo nel cerchio più stretto valgono anche tutti gli altri principi". I tre cerchi concentrici però non hanno confini definiti e sono destinati a restringersi o allargarsi: da qui l'espressione "a geometria variabile". Detta definizione è ripresa anche da D. Bevilacqua, *L'esercizio privato di funzioni amministrative comunit. cit.*, p. 737, il quale rileva peraltro che "gli organismi di controllo non appartengono all'amministrazione statale, né a quella comunitaria, di dimensioni peraltro ridotte, cangiante e a 'geometria variabile'; e tuttavia essi svolgono attività diretta alla cura degli interessi pubblici della Comunità", per poi precisare subito dopo che "Ancorché aventi natura giuridica privata, gli organismi di controllo sono sottoposti ad una disciplina pubblicistica comunitaria e possono essere assimilati, seguendo un criterio funzionale, a pubblici poteri a carattere comunitario".

²⁴⁴ Concorde sull'impossibilità di configurare unitariamente detto fenomeno: F. Satta, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubb. it.*, p. 2 e ss.; S. Foà, *Nuovi munera pubblici e principio di proporz.* cit., p. 2 e ss. Dall'analisi delle soluzioni dottrinali e giurisprudenziali effettuata nella prima parte del presente scritto, è emerso con evidenza come sia di fatto impossibile addivenire ad una sistemazione teorica unitaria del fenomeno dell'esercizio privato di attività amministrative, in conseguenza di una casistica assai eterogenea e sempre più complessa, peraltro foriera fin dall'inizio di divergenti ricostruzioni dottrinali, ben prima dell'apertura alla dimensione comunitaria.

²⁴⁵ F. Fracchia - M. Occhiena (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano 2006, p. 7 e ss., ove si rileva che "è quasi banale osservare come la causa prima di questo fenomeno sia imputabile alle ridotte capacità degli individui di procedere a tutte le verifiche necessarie per compiere scelte tradizionali (anche a causa degli elevatissimi costi delle verifiche); meno scontata (nel contesto ideologico di un riproposto laissez - faire) è la conseguenza che ne deriva, vale a dire la necessità del progressivo spostamento di tali questioni dalla dimensione individuale alla dimensione 'istituzionale' (sia essa privata o pubblica)"; N. Luhmann, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stuttgart 2002 (trad. it. *La fiducia*, Bologna 2002).

scena dell'intero panorama europeo,²⁴⁶ generando effetti impensabili e imprevedibili sui sistemi economici, sociali e giuridici.²⁴⁷

In quest'ottica, il diritto amministrativo, figlio dello Stato e della sovranità statale,²⁴⁸ è chiamato in primo luogo a confrontarsi con scenari inediti, i cui confini superano la dimensione nazionale e sono quindi difficilmente percepibili, nei quali deve rapportarsi con istituti e soggetti pubblici nuovi, i cui processi decisionali sono ben lontani da quelli tipici di uno stato democratico.²⁴⁹

Per quanto riguarda gli effetti conseguenti all'impatto della realtà comunitaria con le nozioni e i concetti tipici del diritto amministrativo italiano deve precisarsi che le difficoltà sono state determinate - anche - dal differente rapporto giuridico esistente a livello europeo tra amministrazione e cittadino, basato su una prospettiva rovesciata rispetto a quella del nostro sistema, che pone l'amministrazione in una posizione di autoreferenzialità,²⁵⁰ ben diversa dal tipo di rapporto cittadino/amministrazione, definito di tipo bipolare, tradizionalmente accolto dalla dottrina italiana.²⁵¹

²⁴⁶ I.M. Marino, *Diritto, amministrazione, globalizzazione*, in *Dir. Pubb. Econ.*, 2005, p. 25 secondo cui l'influsso del fenomeno della globalizzazione si è prodotto sotto vari aspetti tra loro complementari, e cioè: la dissoluzione del principio autoritativo a favore di una sostanziale pari ordinazione tra cittadino e amministrazione; la ridefinizione del principio di legalità determinato dall'ingresso di nuove fonti e pertanto di un pluralismo normativo; gli effetti prodotti dalla normazione internazionale ed europea; i principi europei frutto dell'elaborazione giurisprudenziale delle corti.

²⁴⁷ Il fenomeno è stato studiato da numerose discipline: in questa sede si rinvia a M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna 2002, p. 56 che, con riferimento alla globalizzazione e al venir meno dei confini e degli ordini giuridici statali, ha parlato di "liquefazione del mondo"; D. Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma - Bari 2004; L. Friedman, *The World is Flat* (trad. it. *Il mondo è piatto*, Milano 2006). Tra gli amministratori visti che più si sono interessati a questa tematica S. Cassese, di cui vedi tra gli altri: *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, p. 602 e ss.; *La crisi dello Stato*, Roma 2002; *Lo spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2003, p. 323 e ss.; Nel labirinto delle globalizzazioni, su www.astridonline, maggio 2007, pag. 20, ove si precisa anche che la globalizzazione "presenta tre difetti. Il primo riguarda l'assenza di un ordine generale e di un governo. Il secondo l'investitura o legittimazione. Il terzo l'efficacia. Lo spazio giuridico globale è pieno di regimi regolatori settoriali, ciascuno con il suo sistema di norme e con un apparato chiamato a farle osservare. Mancano i principi e le regole generali, è assente un organo sopra - ordinato, "all - rounder", di indirizzo e controllo del funzionamento dei sotto - sistemi".

²⁴⁸ S. Cassese, *Il diritto amministrativo presenta caratteristiche originali?*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2003, I, p. 35 e ss.; R. Chieppa, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento amministrativo*, in *Riv. dir. pubb. comunit.*, 2009, VI, p. 1320 che rileva infatti come "la tradizionale impostazione (rigorosamente istituzionale) del diritto amministrativo ha subito l'irrompere del diritto comunitario, che con il suo crescente influsso sugli ordinamenti nazionali ha finito per mettere in crisi il sistema e ha condotto alla creazione di un diritto amministrativo europeo".

²⁴⁹ Si assiste in buona sostanza ad un fenomeno non lontano a quello descritto da S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1962 e da M.S. Giannini, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici (1950)*, ora raccolto in *Scritti*, Milano 2003, p. 417 e ss.

²⁵⁰ F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2006, p. 853 e ss.

²⁵¹ S. Romano, *Corso di diritto amm. cit.*, p. 83, affermava che "I soggetti nel campo del Diritto amministrativo possono essere di diverse specie (...) Ma la distinzione che ci sembra fondamentale e a cui quindi occorre subordinare le altre, è quella tra soggetti attivi e soggetti passivi della potestà amministrativa. Bisogna, così, contrapporre, da un lato i soggetti che amministrano e che, nel loro insieme, costituiscono (...) la pubblica amministrazione, e, dall'altro, gli amministratori"; a sua volta M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amm. cit.*, p. 71, riteneva che:

A livello comunitario, tale rapporto è costruito sulla base di una visione tendenzialmente antropocentrica, in cui l'amministrazione ha un ruolo strumentale nei confronti del singolo cittadino e delle sue pretese: ne deriva che nel momento in cui l'amministrazione eroga un servizio o svolge una funzione, il cittadino è al centro dell'agire amministrativo.²⁵²

Nell'ordinamento europeo, inoltre, è recessivo l'elemento autoritativo dell'esercizio del potere ed è assente la nozione di interesse legittimo, ricercandosi preferibilmente forme di esercizio del potere che ricevano il consenso dei destinatari dell'azione, mediante l'utilizzo di strumenti diversi e flessibili, peraltro oggi in possesso non solo dell'amministrazione comunitaria, ma anche di quella nazionale.²⁵³

Proprio l'area dei rapporti tra cittadini e poteri pubblici è stata il principale oggetto di intervento del diritto comunitario sul diritto amministrativo nazionale, con la conseguenza che i principi generali del diritto amministrativo europeo si sono fusi e integrati reciprocamente con il diritto nazionale.²⁵⁴

“Nelle comunità statali attuali (Stato comunità), da un lato vi sono le autorità pubbliche, che si esprimono nello Stato organizzazione; dall'altro le persone, o soggetti privati, o cittadini (...) le quali possiedono alcuni diritti fondamentali. Vi sono, perciò, nelle comunità statali, due forze, l'autorità e la libertà, le quali hanno dei centri di appoggio e di espressione”. Entrambi gli Autori sono stati ripresi e analizzati da S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, p. 602 e ss., il quale osserva che, secondo questo punto di vista *“lo Stato ed il diritto pubblico sono dominati dal conflitto Stato - cittadino, due poli irriducibili e in contrasto tra di loro. Questo paradigma si è formato lentamente nel passaggio da ordini, come quello europeo medievale o quelli extra - europei, dominati da un potere in cui non c'è differenziazione tra Stato e società civile, a un ordine, quali quelli in cui viviamo, fondati sulla separazione tra Stato e comunità”* questo è dunque *“il paradigma fondamentale del diritto pubblico nel XX secolo: due poli separati, né convergenti, né contrattanti, ma in contrapposizione, a causa della superiorità di uno sull'altro; a compensare tale superiorità, quello più forte è astretto a regole e doveri, mentre il privato agisce secondo il proprio interesse, in modo libero, salvo limiti esterni imposti dalla legge. Intorno a questo paradigma si sono formati e sviluppati i modi dello studio e del sapere giuridico, per cui può dirsi che ogni pur remoto suo angolo è influenzato da questa fondamentale contrapposizione”.*

²⁵² R. Chieppa, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunit.* cit., p. 1320, secondo cui infatti la tradizionale impostazione nazionale del diritto amministrativo ha infatti subito l'irrompere del diritto comunitario, che con un influsso crescente sugli ordinamenti nazionali, ha finito per mettere in crisi il sistema, conducendo alla creazione di un diritto amministrativo europeo.

²⁵³ *Contra* R. Chieppa, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunit.* cit., p. 1319 e ss., ritiene comunque che l'ordinamento comunitario, pur non conoscendo l'interesse legittimo, ben conosce le varie forme di esercizio del potere comunitario.

²⁵⁴ Il diritto amministrativo europeo diventa così espressione di un emergente *“ius commune administrativum”*, che riceve il suo particolare stimolo dallo scambio reciproco tra diritto comunitario e diritti nazionali: A. Weber, *Il diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento della Comunità europea*, in *Riv. it. Dir. pubb. com.*, 1992, p. 394 e ss.. Lo stesso Autore, in *Sviluppi nel diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. Dir. pubb. comunit.*, 1998, p. 589 distingue tra *“diritto amministrativo europeo”*, che indica soltanto la somma di tutte le norme del diritto amministrativo primario e secondario, regolanti direttamente l'organizzazione amministrativa e il procedimento a livello europeo o nazionale, e la cosiddetta *“europeizzazione del diritto amministrativo”*, che individua gli effetti del diritto comunitario europeo sulla normazione nazionale. Diritto amministrativo europeo significa, perciò, norme ed atti giuridici, che derivano dalla fonte del diritto comunitario, mentre la europeizzazione del diritto amministrativo caratterizza soprattutto l'influenza sul diritto amministrativo nazionale, che deriva dal fatto, che il diritto amministrativo è posto in esecuzione principalmente in maniera decentrata, ossia ad opera degli Stati membri. L'Autore ricorda anche che già Ernst Wohlfahrt tracciò nel 1962

Una portata applicativa assolutamente nuova deve attribuirsi ai principi generali dell'ordinamento comunitario recepiti a seguito della modifica introdotta dalla L. 15.2.2005, n. 15 alla L. 7.8.1990, n. 241, e in particolare all'art. 1, in base al quale infatti, l'azione amministrativa è retta "dai principi dell'ordinamento comunitario".²⁵⁵

Tra questi, particolarmente, rilevante per quanto interessa in questa sede, è il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Detto principio appartiene tradizionalmente al nostro ordinamento,²⁵⁶ in quanto corollario del generale principio di ragionevolezza,²⁵⁷ e costituisce una misura del potere amministrativo,

i "contorni di un diritto amministrativo in divenendo" e che Otto Bachhof al convegno dei costituzionalisti del 1971 sottolineò come non ci si poteva aspettare, sul lungo periodo, la coesistenza una a fianco all'altra di una dogmatica del diritto amministrativo tedesca francese, italiana etc. da un lato e di una dogmatica comune europea dall'altro.

²⁵⁵ C. Sgubin, *I principi di diritto comunitario tra procedimento amministrativo, attività di diritto privato della p.a. ed effettività della tutela giurisdizionale della p.a.*, in *Riv. it. Dir. pubb. comunit.*, 2010, I, p. 320 ripercorre l'evoluzione della dottrina e giurisprudenza nazionale nel passaggio dal c.d. orientamento dualistico a quello monistico o dell'integrazione comunitaria, basato sulla distinzione tra principi generali dell'ordinamento giuridico comunitario, principi generali del diritto comunitario, principi di materia e principi applicabili a singoli istituti. Vedi anche G. Ingraò, *Dalle teorie moniste e dualiste all'integrazione dei valori nei rapporti tra diritto interno e comunitario alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, II, p. 231 e ss. In giurisprudenza da ultimo vedi Cons. St., V, 19.6.2009, n. 4035, in *Riv. it. Dir. pubb. comunit.*, 2010, I, p. 316 e ss. che specifica come "sulla base dei principi elaborati dalla Sezione (...), l'amministrazione è tenuta a privilegiare l'applicazione dei principi di derivazione comunitaria e costantemente applicati dalla corte di giustizia europea di concorrenza, di parità di trattamento, di trasparenza, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Tali principi, proprio in virtù dell'art. 1 della legge 241/90 non solo si applicano direttamente nel nostro ordinamento, ma debbono formare il comportamento dell'amministrazione anche quando non è tenuta ad azionare formalmente la procedura di evidenza pubblica", facendo riferimento ad un orientamento ormai consolidato: tra le tante vedi Cons. St., VI, 2.3.2001, n. 1206, in *Foro amm.*, 2001, p. 614 e ss.; Cons. St., VI, 25.1.2005, n. 168, in *Vita not.*, 2005, p. 199; Cons. St., V, 4.3.2008, n. 889, in *Comuni it.*, 2008, V, p. 77. Sui principi di diritto comunitario vedi in particolare L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna 2006.

²⁵⁶ Il principio di proporzionalità era già presente nel pensiero di G.D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato 1835, p. 15 ove si specifica infatti che "la seconda regola pratica direttrice dell'amministrazione pubblica è far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità. E ciò è sinonimo di far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della proprietà privata e libertà. Qui la prevalenza della cosa pubblica alla privata non colpisce il fine o l'effetto ma il semplice mezzo". Un' impostazione non dissimile la si ritrova nell'affermazione del concetto di autolimitazione dello Stato sviluppato dal V.E. Orlando in "Primo Trattato Completo di Diritto amministrativo italiano", Vol. I, Lodi 1897, p. 159 e ss., là dove si afferma che: "non c'è diritto senza limite" e che lo Stato "deve far sentire il suo intervento solo in quei rapporti in cui esso è necessario o almeno più utile, lasciando nel resto che i suoi sudditi si determinino ed agiscano seguendo gli impulsi della propria volontà". All'incirca un secolo dopo C. Vitta, *Diritto amministrativo*, Torino 1937, p.78 afferma che: "in diritto privato suol prevalere presso di noi l'opinione che esclude l'applicazione dell'equità; di fronte a facoltà riconosciute dalla legge all'individuo non si ritiene che possa imporsi limite per via di equità (...), ben diversa è la soluzione nel diritto pubblico". "In questo è pienamente riconosciuto che la a.p. può usare delle proprie facoltà soltanto nell'interesse pubblico e col minimo sacrificio dei singoli, onde tutto ciò che compia senza necessità per essa e con danno dei terzi, merita censura". Vedi anche R. Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano 1958, p. 181.

²⁵⁷ Insieme ai principi di uguaglianza, imparzialità e buon andamento: A.M Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998, il quale peraltro in maniera non

attinendo essenzialmente all'equo rapporto tra mezzo e fine, tra presupposto e conseguenza, e, più in generale, tra interessi pubblici e privati compresenti.²⁵⁸

Nell'accezione comunitaria,²⁵⁹ detto principio, codificato all'art. 5 comma tre del Trattato CE per cui *"l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato"*, si articola in tre distinti profili: a) l'idoneità del mezzo impiegato rispetto all'obiettivo perseguito; b) la necessaria assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo che comporti il minor sacrificio al privato; c) l'adeguatezza dell'esercizio del potere rispetto agli interessi in gioco.²⁶⁰

In applicazione di tale principio, le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, né con atti normativi, né con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, e quindi sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità medesima è tenuta a perseguire.²⁶¹

condivisibile afferma, a pag. 4644, che questa originaria intuizione dovrebbe considerarsi enunciato meramente *"inconsapevole"*. Vedi anche D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano 1988, p. 11 e ss.; A.M. Sandulli, *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano 2006, V, p. 4643 e ss.; G. Della Cananea, *L'amministrazione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, Milano 2000, II, p. 1511 e ss.; G. Della Cananea, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione Europea*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di F. Bignami - S. Cassese, Milano 2004; M.P. Chiti, *Diritto Amministrativo europeo*, Milano 2004; C. Franchini, *Il diritto amministrativo italiano e l'influenza comunitaria: l'organizzazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.*, 2004, p. 103 e ss.; C. Franchini, *I principi applicabili ai procedimenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2004.

²⁵⁸ Come rilevato da F. Caringella, *Manuale di diritto amm.*, cit. p. 854 e ss. il quale rileva altresì evidenti similitudini tra alcuni principi comunitari e i nostri canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento: il principio della buona amministrazione include sia l'obbligo di un impiego efficace ed efficiente delle risorse, sia di rispetto del procedimento previsto per l'esercizio del pubblico potere.

²⁵⁹ Detto principio è tratto dall'ordinamento tedesco, e trova una chiara definizione nella nota formula di F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1912, p. 354 e ss. (trad. francese di C. Eisenmann, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Parigi 1933), secondo cui *"La Polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni (...) I mezzi più duri devono sempre restare l'ultima risorsa. L'intervento di polizia deve essere proporzionato alle circostanze, essa deve essere proporzionata"* dovendo utilizzare metodi proporzionati (*"Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen (...) Das schärfste Mittel muss stets die ultima ratio bleiben. Der polizeiliche Eingriff muss den Verhältnissen angemessen, er muss verhältnismässig sein"*).

²⁶⁰ R. Chieppa, *Le nuove forme di esercizio del potere* cit., p. 1322 e ss.

²⁶¹ La giurisprudenza dei giudici comunitari l'ha, infatti, considerato come essenziale strumento di sindacato giurisdizionale (C.G.E., 26.11.1985, causa n. 182/84, *Miro*, in *Raccolta*, 1985 p. 3731 e ss., punto 14): ne deriva, quindi, una sua sovraordinazione rispetto alle norme di diritto comunitario di rango primario. Sono, pertanto, concretamente soggette all'osservanza del principio di proporzionalità: le misure di carattere normativo e di natura amministrativa adottate da organi comunitari; le misure normative o amministrative adottate dagli Stati membri in esecuzione degli obblighi comunitari; le disposizioni che disciplinano eventuali ipotesi di deroga a favore degli Stati membri, in relazione a libertà fondamentali previste dal Trattato. Nello specifico settore della concorrenza, la Corte di Giustizia ha utilizzato il principio di proporzionalità per sindacare la possibile deroga a favore delle imprese pubbliche rispetto alle regole del libero mercato, ex art. 86 del Trattato: cfr. C.G.E., 30.4.1974, causa n. 155/73, in *Foro It.*, 1974, IV, p. 249 e ss.; C.G.E. 20.3.1985, causa n. 41/83, in *Foro It.*, 1986, IV, p. 4 e ss. Proprio in materia di concorrenza si rinvengono le pronunce del Consiglio di Stato più significative che applicano il canone di

Il principio comunitario di proporzionalità non costituisce solo un criterio interpretativo delle norme del Trattato, ma anche un parametro di legittimità degli atti comunitari: la Corte di Giustizia ha da tempo applicato detto principio per valutare sia l'intervento del legislatore nazionale,²⁶² che l'organizzazione, l'attività amministrativa²⁶³ e gli atti nazionali.²⁶⁴

proporzionalità nell'accezione testé individuata: in tale ambito i Giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che il principio di proporzionalità è un principio generale del diritto comunitario, di cui le Istituzioni degli Stati membri devono tener conto nell'esercizio del loro potere discrezionale. Esso è applicabile non soltanto agli atti normativi, ma anche a quelli amministrativi: in definitiva anche i provvedimenti incidenti sulla libertà di concorrenza dei cittadini devono essere idonei ed essenziali (vedi Cons. St., IV, 14.5.2001, n. 2670, in *Foro amm.*, 2001, p. 1136 e ss.; Cons. St., IV, 18.10.2002, n. 5714, in *Foro amm.*, 2002, p. 2361 e ss.; in *Riv. Corte Conti*, 2002, V, p. 216). Significative applicazioni possono rinvenirsi anche nel settore ambientale: si ricorda Cons. St., V, 16.4.2006, n. 2087, in *Giorn. Dir. amm.*, 2006, X, p. 1106, con nota di D.U. Galletta cit., pag. 120, ove si afferma che la proporzionalità “è principio generale dell'ordinamento ed implica che la pubblica amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti”, e su tale motivazione ha dichiarato illegittima la prescrizione in sede di autorizzazione ambientale relativa al monitoraggio dei reflui di uno stabilimento industriale effettuato attraverso controlli giornalieri, considerati eccessivamente gravosi rispetto al sistema dei controlli già previsti ed in atto e quindi “sproporzionati”.

²⁶² C.G.E., 12.3.1987, causa n. 176/84; C.G.E., 25.2.1988, causa n. 427/85. In ambito nazionale, la giurisprudenza costituzionale ha largamente utilizzato e dilatato il contenuto dei criteri di proporzionalità adeguatezza e ragionevolezza specialmente in tema di materie trasversali. Per un interessante applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza nel settore della tutela della concorrenza vedi Corte Cost., 13.1.2004, n. 14, su www.giurcost.org, nella quale si è invocato il criterio della ragionevolezza e dell'adeguatezza rilevandosi come l'intervento statale in materia di incentivi assuma legittimità sub specie di tutela della concorrenza solo ove assuma una rilevanza macroeconomica e “solo in tale quadro è mantenuta allo Stato la facoltà di adottare sia specifiche misure di rilevante entità, sia regimi di aiuto ammessi dall'ordinamento comunitario (fra i quali gli aiuti de minimis), purché siano in ogni caso idonei, quanto ad accessibilità a tutti gli operatori ed impatto complessivo, ad incidere sull'equilibrio economico generale”, chiarendo che “appartengono, invece, alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale”. In questo caso l'interesse tutelato tra i diversi livelli è omogeneo ed il ricorso al principio della ragionevolezza - inteso in termini di sussidiarietà - si pone come parametro interpretativo estrinseco relativo all'ambito di efficacia dell'intervento normativo dello Stato che non potrebbe avere carattere meramente localistico. Conseguentemente, secondo la Consulta, per cui “Una volta riconosciuto che la nozione di tutela della concorrenza abbraccia nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude interventi promozionali dello Stato, si deve tuttavia precisare che una dilatazione massima di tale competenza, che non presenta i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti, rischierebbe di vanificare lo schema di riparto dell'art. 117 Cost., che vede attribuite alla potestà legislativa residuale e concorrente delle Regioni materie la cui disciplina incide innegabilmente sullo sviluppo economico. Si tratta allora di stabilire fino a qual punto la riserva allo Stato della predetta competenza trasversale sia in sintonia con l'ampliamento delle attribuzioni regionali disposto dalla revisione del Titolo V. È il criterio sistematico che occorre utilizzare al fine di tracciare la linea di confine tra il principio autonomistico e quello della riserva allo Stato della tutela della concorrenza”. Sull'applicazione in tal senso del principio di proporzionalità: S. Bartole, *Principio di collaborazione e proporzionalità degli interventi statali in ambiti regionali*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 261 e ss., che richiama il pensiero del compianto C. Mezzanotte, *Interesse nazionale e scrutinio stretto*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 631 e ss. In particolare, nel primo saggio si afferma che il criterio di proporzionalità si pone come una “componente argomentativa o strumentale dei processi argomentativi esplicitati nelle motivazioni delle sentenze della Corte costituzionale. Esso pare comparabile al criterio di ragionevolezza e, come questo, ha bisogno di strumenti empirici che nascono e sono forgiati dalla prassi e che devono la loro efficienza al continuo lavoro della giurisprudenza intorno a casi concreti”, che per la disomogeneità degli interventi possibili nella generalità delle materie c.d.

trasversali, nonché per l'ampiezza dell'ambito applicativo relativo alle singole materie, non consente di enucleare a priori un criterio alla luce del quale definire esattamente gli ambiti di competenza. Deve precisarsi per completezza che la richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 14/2004 ha suscitato un vivace dibattito in dottrina: G.P. Dolso, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 265 e ss.; C. Buzzacchi, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 277 e ss.; A. Pace, *Gli aiuti di Stato sono forme di «tutela» della concorrenza?*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 259 e ss.; Tra i commenti pubblicati *on line*: R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, su www.forumcostituzionale.it; L. Casseti, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, su www.federalismi.it; F. Pizzetti, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma? Osservazione a Corte cost. sent. n. 14 del 2004*, in www.forumcostituzionale.it; F. Sacco, *Competenze statali trasversali e potestà legislativa regionale: un tentativo di razionalizzazione (a proposito della tutela della concorrenza) della Corte costituzionale*, su www.associazionedeicostituzioanlisti.it 4 febbraio 2004. Secondo L.F. Pace, *Il concetto di tutela della concorrenza, l'art. 117 Cost. e il diritto comunitario: la "costituzionalizzazione" della figura dell'"imprenditore sovvenzionato"*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 4678 e ss. per cui il nuovo art. 117 cost. ha costituzionalizzato la tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano, ma non la disciplina della concorrenza, cioè, l'aver inserito nel secondo comma dell'art. 117 la tutela della concorrenza non è sufficiente a far assumere al mercato un valore costituzionalmente garantito. La voce "tutela della concorrenza" infatti ha un'accezione negativa, nel senso che lo Stato tutela la concorrenza attraverso un'omissione di intervento nel mercato, potendosi leggere in ciò un collegamento con l'art. 41, comma 1, che, lungi dal costituzionalizzare la concorrenza o il mercato, garantisce il diritto di iniziativa economica privata. Così ragionando, rientrerebbe nella "tutela della concorrenza" il "diritto antitrust" inteso come "normativa finalizzata ad evitare che, in ultima istanza, il diritto di iniziativa economica sia esercitato in modo che alla concorrenza sia sostituito il monopolio privato" (pag. 4681). Sul punto cfr. le osservazioni di L. Buffoni, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del titolo V: il fondamento costituzionale e il riparto di competenze legislative*, in *Le istit. del feder.*, 2003, p. 345 e ss. Sul diverso significato da attribuire ai due termini: V. Italia, "Concorrenza" e "tutela della concorrenza". *Collocazione in norme di diverso livello gerarchico ed interpretazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, p. 64 e ss.. Per una ricostruzione del fondamento costituzionale della libertà di concorrenza: M. Giampieretti, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2003, p. 439 e ss.. G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubb.*, 2002, p. 980, fornisce una definizione della tutela della concorrenza tale da poter affermare che l'uniformità dei controlli amministrativi cui le imprese sono soggette per l'esercizio dell'attività rientra in una misura a "tutela della concorrenza" e necessita di una disciplina uniforme, in quanto espressione di interessi economici infrazionabili e collegata a compiti di garanzia del sistema economico. A Simili conclusioni sembra approdare R. Chieppa, *La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.* 2009, p. 257, secondo il quale "per le disposizioni dirette ad aggravare gli adempimenti per le imprese, il parametro della semplificazione potrà essere agganciato alla tutela della concorrenza e alla libertà dell'iniziativa economica ed avrà inoltre l'importante sponda del recepimento della direttiva comunitaria relativa ai servizi nel mercato interno". Tra i commenti alla sopra citata pronuncia della Consulta vedi in particolare A. Police, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato cit.*, il quale conclude che "A torto o a ragione, la Costituzione pare escludere un potere generale di intervento diretto dello Stato a sostegno dell'economia, consentendogli al più trasferimenti finanziari a favore delle autonomie secondo il modello tenuto presente anche dalla prevista istituzione del fondo perequativo di cui al comma 3 dello stesso art. 119. (...) Sembra, pertanto, insoddisfacente e privo di valore euristico un mero rinvio al principio di proporzionalità al fine di ricavare un generale criterio di determinazione delle competenze legislative scisso da un'effettiva analisi dei valori in conflitto, costituendo lo strumento concettuale con cui intervenire su valori che, invero, devono essere previamente definiti e ordinati ed in ogni caso resi comparabili, senza d'altronde trascendere in valutazioni di merito". In quest'ottica, la previsione di controlli unici al posto di innumerevoli autorizzazioni al fine di ottenere la certificazione ambientale/di qualità non attiene ad un profilo concernente le singole materie interessate, ma riguarda profili di concorrenza tra le

Secondo questa impostazione, il principio di proporzionalità deve identificarsi nel concetto di necessità della misura, nel senso che rispetto ad essa non devono presentarsi alternative ugualmente percorribili, capaci di comportare un minor sacrificio alla sfera giuridica del destinatario della misura.²⁶⁵

Nell'ambito del convulso proliferare, in svariati settori, di complessi obblighi certificativi posti a carico del privato, il principio di proporzionalità assume un valore pregnante, vietando l'imposizione, sia con atti normativi che amministrativi, di obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario in misura superiore – e quindi sproporzionata – a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse, per il raggiungimento dello scopo perseguito dall'autorità.

Relativamente all'organizzazione amministrativa, inoltre, il principio di proporzionalità, coniugato alla funzionalizzazione della nozione di pubblica amministrazione,²⁶⁶ consente ad esempio che un soggetto privato, stabilito in un ordinamento di uno Stato membro svolga, sul territorio di altri paesi, funzioni (certificatorie) integranti ampiamente fattispecie proprie dell'amministrazione, anche se non riconducibili all'esercizio di poteri riferibili allo Stato d'origine.²⁶⁷ Si verifica in altre parole un fenomeno orizzontale di osmosi, coerente con i principi comunitari di equivalenza e reciprocità, per cui in taluni casi gli organismi privati di controllo, pur non appartenendo alle pubbliche amministrazioni degli Stati membri, svolgono comunque funzioni di tipo amministrativo e svolgono un'attività amministrativa per conto della stessa Unione Europea.

imprese di uno specifico settore. L'effettiva possibilità per le imprese di essere competitive sul mercato può essere ostacolata dall'esistenza di procedure diverse per il rilascio delle autorizzazioni necessarie all'attività d'impresa o comunque per l'ottenimento di tutte quelle certificazioni che, come la certificazione ambientale o di qualità, consentono alle imprese di ottenere determinati benefici e quindi, una maggiore competitività sul mercato.

²⁶³ C.G.E., 27.10.1993, causa n. 127/92, *Enderby*.

²⁶⁴ Per quanto riguarda gli atti amministrativi, il principio di proporzionalità postula che il provvedimento, per essere valido, deve essere idoneo – e quindi adeguato all'obiettivo da perseguire – e necessario – nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno incidente negativamente, fosse disponibile, e costituisce uno dei parametri essenziali dell'esercizio della discrezionalità amministrativa: ed infatti, la giurisprudenza amministrativa ha ormai da tempo riconosciuto la valenza di tale principio, che investe oggi lo stesso fondamento dei provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche del cittadino e assume nell'ordinamento interno lo stesso significato che ha nell'ordinamento comunitario anche alla luce della clausola di formale recezione *ex art. 1 comma 1, l. n. 241 del 1990*, come novellata dalla l. n. 15 del 2005: cfr. Cons. St., VI, 17.4.2007, n. 1736 cit.; Cons. St., VI, 1.4.2000, n. 1885 cit.

²⁶⁵ C.G.E., 29.11.2007, causa n. 393/05 cit.; vedi anche il relativo commento di D. Bevilacqua, *L'esercizio privato di funzioni amministrative com. cit.*, p. 733, secondo cui il principio di proporzionalità può essere scomposto in tre sottocategorie: appropriatezza, necessità, adeguatezza.

²⁶⁶ D. Bevilacqua, *L'esercizio privato di funzioni amministrative com. cit.*, p. 734 e ss. ribadisce come la nozione di pubblica amministrazione ai fini comunitari non si presenta unitaria: ai fini della determinazione del limite all'operatività al principio di libera circolazione dei lavoratori la Comunità accoglie una nozione ristretta di pubblica amministrazione, legata alla partecipazione diretta od indiretta ai pubblici poteri o alla tutela degli interessi generali dello Stato e degli enti pubblici, in sostanza alla nozione francese di *puissance publique*, mentre ai fini della disciplina degli appalti ed a fini antielusivi la nozione si dilata assumendo gli incerti contorni di quella di "organismo di diritto pubblico".

²⁶⁷ D. Bevilacqua, *L'esercizio privato di funzioni amministrative comunit. cit.*, p. 738 e ss.

Il principio di proporzionalità comporta conseguenze rilevanti e dimostra come la comunitarizzazione di vari settori incida e superi l'integrazione degli apparati amministrativi degli Stati membri, determinando un'armonizzazione in via di fatto anche nelle ipotesi in cui gli Stati membri non abbiano ancora eseguito l'obbligo di conformarsi e uniformarsi (anche per quanto riguarda l'organizzazione interna) alle finalità e all'orientamento propri del diritto comunitario.²⁶⁸

Tra i principi di derivazione comunitaria devono altresì ricordarsi quelli elaborati in via pretoria dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia,²⁶⁹ ed in particolare – per quanto interessa in questa sede – il principio della certezza del diritto, che impone chiarezza e prevedibilità circa gli effetti di ogni condotta, pienamente riconosciuto e applicato dai giudici amministrativi nazionali.²⁷⁰

Un diritto sempre più frammentario e sempre più complesso, infatti, perde incontestabilmente la sua efficacia e proprio per tale motivo il dibattito giuridico più recente è fortemente alimentato dalle nozioni di certezza del diritto e fiducia legittima, che vengono presentate come mezzi efficaci per proteggere i cittadini.

Altro aspetto del principio della certezza del diritto e delle posizioni giuridiche è rappresentato dalla tutela del legittimo affidamento riposto dai privati negli atti delle istituzioni, che ha assunto ormai la portata di principio generale, recepito, sebbene con notevole ritardo, anche dalla giurisprudenza italiana, che ha così raccolto, a distanza di anni, un'intuizione precorritrice dei tempi della migliore dottrina.²⁷¹

²⁶⁸ Si accentua quindi il fenomeno proprio dell'ordinamento europeo della "pluralizzazione dei soggetti a rilevanza amministrativa, sia per la moltiplicazione degli enti pubblici sia per l'emergere di numerosi 'soggetti privati - amministrativi': M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europ. cit.*, p. 285 e ss.

²⁶⁹ La Corte Europea ha più volte affermato che il principio della certezza del diritto costituisce uno degli obiettivi della Convenzione di Bruxelles: da ultimo, C.G.E. 23.4.2009, *Austria*, n. 533/07; meno recentemente: C.G.E., 19.2.2001, *Besix*, causa n. 256/00; 4.3.1982, *Effer*, causa n. 38/81; 17.6.1992, *Handte*, causa n. 26/91; 20.1.1994, *Owens Bank*, causa n. 129/92; 29.6.1994, *Custom Made Commercial*, causa n. 288/92; 28.9.1999, *GIE Groupe Concorde e a.*, causa n. 440/97. Corollario del principio di certezza del diritto è altresì il principio del legittimo affidamento, secondo il quale il ragionevole affidamento suscitato nei terzi da una situazione apparentemente corrispondente a quella reale è meritevole di tutela. Il principio del legittimo affidamento viene definito come "parte dell'ordinamento giuridico comunitario" da alcune pronunce della C.G.E. (3.5.1978, *Töpfer*, causa n. 112/77). In alcune ipotesi il suddetto principio è stato usato come eccezione e deroga al principio di certezza del diritto: ad esempio nel caso dell'efficacia nel tempo degli atti, che non può essere retroattiva in ossequio al principio della certezza, ma che può essere oggetto di una deroga quando "lo esiga lo scopo da conseguire e purché sia fatto salvo il legittimo affidamento degli interessati" (C.G.E., 30.11.1983, *Ferriere San Carlo*, causa n. 352/82).

²⁷⁰ Da ultimo T.A.R. Piemonte, 3.5.2010, n. 2288, su www.giustiziamministrativa.it, secondo cui "In ambito comunitario l'aspetto principale del principio in esame attiene alla trasparenza delle attività dell'amministrazione, che deve rivolgersi ai cittadini comunitari con una normativa chiara, facilmente comprensibile e prevedibile nella sua applicazione. Lo stesso è richiesto alle amministrazioni nazionali, che devono recepire e trasporre la normativa comunitaria nel modo giusto ed appropriato: è stata, infatti, considerata insufficiente la trasposizione di una direttiva nell'ordinamento nazionale attraverso circolari o prassi amministrative (sentenza 21 giugno 1988, *Commissione c. Italia*, in causa 257/86)".

²⁷¹ F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970. E' appena il caso di ricordare come per anni la tutela, anche risarcitoria, dell'affidamento del privato in atti e attività della p.a. è stata preclusa dal monolitico orientamento della Cassazione, contrario a riconoscere la risarcibilità dei

Il difficoltoso e lento adeguamento dei giudici nazionali è risultato evidentemente in ritardo rispetto alla consolidata giurisprudenza comunitaria, che ha sempre tutelato ai sensi dell'art. 288 comma 2 del Trattato C.E., anche il semplice affidamento, qualora lo stesso fosse ragionevole (elemento oggettivo: il vantaggio prospettato deve essere chiaro e univoco) e legittimo (elemento soggettivo: deve sussistere la buona fede e la convinzione di avere titolo al vantaggio deve essere plausibile).

In un contesto così delineato non stupisce che, accanto alle certezze prodotte da pubblici poteri, si sia verificato lo sviluppo e la coesistenza di un'ampia sfera di certezze prodotte da soggetti qualificati privati, che sono e restano tali,²⁷² senza che sia più avvertita come un'antinomia inaccettabile e come incoerenza di sistema l'assenza di un carattere derivato-discendente del potere (pubblico) esercitato dal privato nel contesto di un'attività svolta per finalità proprie.²⁷³

Nella maggior parte dei casi, infatti, i sistemi di certificazione "privata" non traggono la loro prima od esclusiva legittimazione dall'ordinamento statale, ma sono il prodotto di esigenze e dinamiche contingenti di mercato, frutto pertanto

danni causati alle posizioni di interesse legittimo e quando tale dogma è caduto, la giurisprudenza amministrativa ha faticato non poco a dare tutela a tale affidamento. Senza volersi addentrare nell'argomento, basti ricordare che tale tutela, ad esempio, è stata negata da Cons. Stato, V, 18.11.2002 n. 6389, in *Foro amm.*, CDS, 2002, p. 2909 e ss., con cui è stato affermato che "buona fede e correttezza sono parametri propri ed esclusivi della autonomia privata alla cui stregua il giudice ordinario deve risolvere i conflitti intersoggettivi nascenti dal loro mancato rispetto, mentre l'eventuale illiceità della condotta della p.a., idonea a determinare il diritto al risarcimento del danno a favore del privato, presuppone il preventivo accertamento da parte del giudice amministrativo dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa - che può sostanziarsi sia nella emanazione di un atto *contra legem*, sia nella mancata, ingiustificata adozione di un provvedimento conforme alle aspettative giuridicamente tutelate del privato destinatario - e non già della considerazione di "comportamenti" alla stregua dei principi di buona fede e correttezza".

²⁷² A. Benedetti, *Certificazioni "private" e pubblica fiducia*, in *Diritto pubb. econ.*, 2006, estr. 47; secondo diversa impostazione A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche* cit., p. 110 e ss.

²⁷³ G. Napolitano, *Soggetti privati "enti pubblici"*, in *Dir. amm.*, 2003, IV, p. 809, per cui "la qualificazione serve soltanto a determinare i soggetti tenuti ad applicare una certa normativa; non ad individuare una nuova natura giuridica di cui si possa predicare l'attribuzione addirittura con termini di identificazione. (...) Ciò, d'altra parte, corrisponde perfettamente al modo di operare del diritto comunitario. Questo tende a definire gli istituti, dovendo imporli in modo uniforme agli Stati membri. Tali definizioni, tuttavia, hanno valore relativo; non è un caso che le nozioni comunitarie di pubblica amministrazione, proprio perché funzionali, rimandano a realtà molto diverse tra loro"; condivide D. Bevilacqua, *L'esercizio privato di funzioni amministrative comunit. cit.*, p. 736 secondo cui "l'approccio ermeneutico della Corte - C.G.E. n.d.r. - non muta in senso sostanziale la loro natura giuridica, poiché trattasi in ogni caso di figure giuridiche private; né determina o modifica la loro funzione pubblica". Contra A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche* cit., secondo cui (p. 410) "Laddove sia l'ordinamento positivo ad equiparare i soggetti privati ad amministrazioni pubbliche o conferendo loro direttamente la potestà amministrative ovvero in virtù del fatto che la p.a. decida (ovvero sia obbligata a) esternalizzare, gli elementi che possono trarsi dalle fattispecie positive considerate depongono nel senso della non privatizzazione dell'attività, bensì del mantenimento dello statuto proprio della funzione amministrativa", così che "In mancanza quindi di una precisa opzione legislativa a favore della privatizzazione dell'attività amministrativa si deve presumere che il legislatore intenda preservare tutte quelle garanzie che connotano lo statuto tipico della funzione amministrativa, preordinato non soltanto ad assicurare l'ottimale soddisfacimento dell'interesse pubblico, ma anche ad assicurare un'adeguata ed effettiva tutela delle situazioni soggettive dei consociati" (p. 411 e ss.).

del consenso tra i vari soggetti operanti nei singoli settori:²⁷⁴ ne è un esempio il sistema di certificazione di qualità, che non è oggetto di alcuna regolamentazione giuridica, né statale né extra-statale, in quanto disciplinato esclusivamente da norme tecniche prodotte dalle forze del mercato e dalle sue istituzioni, che le stesse concorrono in via contingente a formare.²⁷⁵ In questo caso le previsioni legislative, che per varie finalità prescrivono il possesso di certificazioni “private”, si limitano ad operare un mero rinvio a strumenti ai quali è completamente estraneo l’esercizio di un potere pubblicistico.²⁷⁶

Tra i meccanismi di mercato, in particolare, devono considerarsi anche quelli in cui la scelta del prestatore è rimessa all’utente finale.²⁷⁷ Si osservi, al riguardo, come sono diversi i fattori che contribuiscono oggi a rendere sempre più necessario per le imprese individuare sistemi di competitività alternativi al tradizionale metodo della diminuzione del prezzo finale. Lo sviluppo del mercato globale da un lato, e la sempre maggiore specializzazione tecnologica dall’altro, finiscono inevitabilmente per determinare un progressivo “allontanamento” tra il prodotto e i consumatori, i quali, rispetto al passato, avvertono spesso uno scarso grado di consapevolezza nei confronti di ciò che acquistano: in tale contesto la dimostrazione del possesso di una determinata qualità, ovvero la sostenibilità ambientale del prodotto, assurgono a fattori in grado di incidere notevolmente sul posizionamento competitivo delle imprese.²⁷⁸

Questo è quanto di norma accade quando l’esercizio dell’attività è devoluto a una pluralità di soggetti in concorrenza tra loro, come nel caso delle attività aperte al libero mercato europeo, ma anche alle funzioni di certificazione sottoposte a

²⁷⁴ Sull’importanza del collegamento tra ordinamento comunitario, esercizio del potere e consenso: R. Chieppa, *Le nuove forme di esercizio del potere comunit.* cit., p. 1340 e ss.

²⁷⁵ In Italia il sistema delle certificazioni di qualità organizzativa ha avuto un grande successo, non offuscato nemmeno dal rallentamento da ultimo verificatosi della crescita annuale delle certificazioni ISO 9000: sul punto vedi A. Benedetti, *Le certificazioni di qualità tra regolazione pubblica e autorevolezza privata*, in *Serv. Pubb. e app.*, 2004, p. 669 e ss.; M. Occhiena, *Le certificazioni nei processi decisionali pubblici e privati*, in www.giust.amm.it, 2007.

²⁷⁶ F. Fracchia - M. Occhiena, *I sistemi di certificazione tra qualità e cert.* cit., p. 17 rilevano peraltro che tali certificazioni private sono al di fuori del controllo statale, non ritenendo “sufficiente a configurarsi come controllo pubblico la mera partecipazione delle amministrazioni pubbliche agli enti di formazione o accreditamento dei certificatori, in posizione paritaria con le istanze rappresentative del mondo produttivo”.

²⁷⁷ M. Calabrò, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il made in italy*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 9, p. 2639 e ss. ad esempio rileva come recenti studi abbiano dimostrato che sempre più utenti contemplano, tra i fattori di scelta per orientarsi nel mercato, la sostenibilità ambientale dell’attività di impresa, sia - più in generale - in relazione all’intero ciclo di vita della stessa (valutato attraverso i c.d. Sistemi di Gestione Ambientale), sia in relazione al singolo prodotto, alla sua riciclabilità, alla quantità di energia da esso consumata, al ridotto numero di materie prime utilizzate nel suo ciclo produttivo. Scelte di tipo imprenditoriale che tengano conto di tale fenomeno sociale sono definite politiche di “competitività non di prezzo”, intese quali investimenti volti ad acquisire fette di mercato non tramite la riduzione dei prezzi, bensì attraendo quella fascia di consumatori portati ad attribuire valore alle esigenze sociali ed ambientali della collettività, tanto da essere disposti a pagare di più un prodotto che rispetti tali esigenze e che sia parimenti efficiente: per un’analisi completa delle dinamiche economiche sottese a tale strategia produttiva si rinvia a E. Gerelli, *Reputazione ambientale e competitività non di prezzo*, in *Riv. dir. fin.*, 2002, p. 707 e ss.

²⁷⁸ F. Carlesi *Le certificazioni dei sistemi di gestione per la qualità*, in F. Fracchia - M. Occhiena, *I sistemi di certific.* cit., p. 65 e ss., la quale individua nel fattore qualità un vero e proprio obiettivo strategico delle imprese.

rigorosa vigilanza pubblica anche se espletate da operatori privati in competizione, come nel caso delle società organismi di attestazione.

In quest'ultima ipotesi l'attività di certificazione privata è oggetto di regolamentazione pubblicistica: la disciplina normativa ha quindi dovuto confrontarsi con l'estensione del mercato di riferimento, travalicando i limiti nazionali. Ne è riprova il fatto che la maggior parte dei sistemi di certificazione sono stati introdotti da norme comunitarie, che configurano e presuppongono la concorrenza tra attività di certificatori di varie nazionalità operanti sull'intero territorio comunitario.

Sotto questo profilo, il collegamento con l'organizzazione amministrativa residua quindi nel mantenimento – peraltro solo eventuale – di quei poteri sia di controllo preventivo e successivo, che di vigilanza di antica tradizione, anche se assumono denominazioni, valori e significati nuovi.²⁷⁹

Il fatto che il controllo svolto dall'organizzazione amministrativa possa essere eventuale è altresì motivato dal fatto che, secondo la giurisprudenza comunitaria, nemmeno gli organismi di controllo, ancorché volti alla cura di interessi generali, sono come tali qualificabili *tout court* come figure soggettive facenti parte della pubblica amministrazione di uno Stato membro.²⁸⁰

Particolarmente significativa a tal fine risulta la nozione restrittiva di pubblico potere utilizzata dalla Corte Europea, secondo cui costituiscono “*l'incarnazione della sovranità dello Stato e come tali conferiscono la facoltà di esercitare prerogative che vanno oltre l'ambito del diritto comune, privilegi e poteri coercitivi che obbligano i cittadini*”,²⁸¹ solo ed esclusivamente quei poteri autoritativi e impositivi storicamente attribuiti alle amministrazioni pubbliche, nei quali non possono ricondursi quelle attività di tipo dichiarativo, nei quali tradizionalmente la dottrina italiana meno recente riconduceva anche l'attività certificativa.²⁸²

V.2 La nascita di nuove esigenze: fiducia, affidamento, sicurezza

E' già stato accennato come i sistemi di produzione di certezze giuridiche nascano da esigenze eminentemente pratiche: negli attuali ordinamenti sia i rapporti tra consociati, che quelli tra consociati e pubblici poteri sono caratterizzati da un'accentuata e crescente complessificazione tecnico-giuridica.

Proprio i nuovi meccanismi di istituzionalizzazione della fiducia, intesa come predisposizione del singolo ad assumere un rischio in base a un ragionevole

²⁷⁹ L'importanza fondamentale del permanere dei poteri di poteri regolativi e di controllo in capo alla pubblica amministrazione è evidenziata da G. Napolitano, *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizz.* cit., p. 671; in questi termini anche A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche a priv.* cit., p. 364 e ss.

²⁸⁰ Tra le altre C.G.E., 29.11.2007, causa n. 393/05 ha riconfermato l'orientamento giurisprudenziale in esame, precisando che al fine di identificare l'appartenenza o meno degli organismi di controllo alla pubblica amministrazione si richiede la dimostrazione di un duplice requisito: da un lato, una appartenenza diretta e specifica, e quindi non meramente ausiliare, a un'attività amministrativa; dall'altro, la circostanza che tale attività non sia meramente diretta alla cura di un interesse generale, ma consista anche in un effettivo esercizio di poteri di autorità.

²⁸¹ E' la definizione suggerita dall'Avv. Generale Mayras nelle conclusioni rese nella causa *Reyners*, C.G.E., 21.6.1974, causa n. 2/74.

²⁸² S. Romano, *Principi di diritto amm. cit.* p. 51 e ss.; F. Cammeo, *Corso di diritto amm. cit.*, p. 1232.

affidamento, devono quindi ricercare e manifestare le caratteristiche e qualità della controparte privata, tramite procedimenti rapidi ed efficienti, coerenti con la velocità degli scambi economici.²⁸³

Ciò crea a carico dell'operatore un onere - e talvolta un vero e proprio obbligo - di conoscere determinate realtà che condizionano necessariamente la sua attività: *in primis* l'esistenza di una norma che lo obblighi o lo faculti ad agire in un determinato senso; *in secundis* l'esistenza dei requisiti soggettivi (ad esempio capacità, titoli professionali, legittimazioni) o oggettivi (verificazioni di determinati presupposti, qualità di determinati beni ecc.) prescritti dalla normativa.

In una società così delineata è impossibile per il singolo operatore operare in proprio e con i suoi soli mezzi, per acclarare in tal modo l'effettiva esistenza di tutte queste realtà: a una siffatta esigenza sopperisce in parte l'ordinamento, mediante strumenti amministrativi preordinati ad attestare autoritativamente, in parte gli stessi operatori privati, al fine di colmare i vuoti lasciati dall'azione pubblica.²⁸⁴

Non è allora difficile cogliere come i nuovi sistemi di certificazione privata siano sintomatici di un'autentica esplosione delle esigenze diffuse di verifica, valutazione, controllo, alle quali fa riscontro un'altrettanto diffusa esigenza di conformare l'attività di impresa a *standards* comuni, che consentano, appunto, la loro verificabilità e comunicabilità verso l'esterno: proprio la verificabilità e l'affidabilità di ciò che è certificato diviene interesse fondamentale oggetto di tutela e regolamentazione e l'oggetto della certificazione non consiste più nell'attribuzione di qualità giuridiche, tipizzate dall'ordinamento, quanto piuttosto in qualità "reali", create dal mercato.

E' questa la motivazione di fondo che ha determinato un mutamento del ruolo svolto dai soggetti privati, che non sono più solamente i fruitori degli atti di certezza, ma anche e necessariamente i produttori di quella certezza: alla trasformazione del ruolo dei privati, inoltre, corrisponde imprescindibilmente anche una variazione delle funzioni svolte dai soggetti pubblici, che - come accennato - accanto ai tradizionali poteri di controllo, regolazione e verifica divengono titolari anche di poteri peculiari, come l'accreditamento, l'autorizzazione e l'organizzazione di mercato, oltre che soggetto attivo che esprime domande di certificazione.²⁸⁵

Già da un'analisi preliminare può rilevarsi che il settore in cui si sono verificati i più evidenti mutamenti rispetto al sistema tradizionale di produzione della certezza ha riguardato le forme di certezza relative alle cose:²⁸⁶ soprattutto a partire dal XX secolo, infatti, nuove esigenze di certezza hanno interessato non tanto i beni immobili - la cui circolazione giuridica è stata garantita mediante l'utilizzo di strumenti quali i registri immobiliari e catasti - quanto quelli mobili.

²⁸³ Per una soluzione contraria: I.M. Marino, *Diritto, amministrazione, globalizz.* cit., p. 35 e ss.

²⁸⁴ E. Gerelli, *Reputazione ambientale e competitività* cit., 707 e ss.

²⁸⁵ Come rilevato da F. Fracchia - M. Occhiena, *I sistemi di certificaz.* cit., p. 3 e ss., secondo cui infatti questo nuovo modo di essere dell'amministrazione si affianca i tradizionali strumenti di *command and control*.

²⁸⁶ Secondo la tripartizione operata sotto un profilo contenutistico da A. Fioritto, *La funzione di certezza pubb.* it., in particolare p. 48 e ss.: l'Autore suddivide le forme di certezza a seconda che riguardino il tempo e lo spazio, le persone ovvero le cose ed individua in quest'ultimo settore le evoluzioni più interessanti.

Proprio le problematiche relative alla produzione, circolazione e tutela dei beni mobili ha infatti determinato la nascita e lo sviluppo di numerosi e complessi istituti giuridici finalizzati alla regolamentazione e alla tutela, sotto vari aspetti, sia delle attività imprenditoriali e dei prodotti, che della pubblica fiducia e correlatamente dell'affidamento e dei consumatori.²⁸⁷

Può quindi affermarsi che le certificazioni di qualità e le norme tecniche costituiscono strumenti giuridici nuovi per la tutela di interessi spesso contrapposti, il cui sviluppo, dovuto a normazioni consensuali estranee alla regolamentazione tipica dei pubblici poteri, risponde efficacemente sia alle esigenze proprie del mercato e del mondo della produzione, che agli interessi pubblici di cui sono portatrici le amministrazioni.

Il peculiare procedimento di produzione normativa di tali istituti, del tutto interno al mondo imprenditoriale e coerente alla costante evoluzione tecnologica, commerciale e industriale costituisce il primo fondamentale elemento di rottura rispetto alle certificazioni pubbliche tradizionali; un ulteriore e collegato elemento differenziale è determinato dalla circostanza che il procedimento in esame, in quanto consensuale e non cogente, non pone vincoli e permette agli operatori di discostarsi e non rispettare tale sistema, senza alcun tipo di sanzione.

La diffusione del sistema così delineato è stata – e continua ad essere – enorme e dimostra non solo lo spostamento di gran parte della produzione di certezze dal pubblico al privato, ma – cosa ancor più interessante – un mutamento dello stesso contenuto dell'attività di certezza, sotto un profilo sostanziale.²⁸⁸

Si viene allora a creare un diverso valore della certezza, che non è più connessa all'esigenza di stabilità dei rapporti e traffici giuridici, storicamente riservata all'autorità pubblica ovvero da questa delegata al privato,²⁸⁹ ma alla diversa necessità dell'affidamento sociale, che può essere garantita integralmente ed in via esclusiva anche da strutture private.

L'attenzione non è più rivolta verso l'autorità del soggetto che rilascia la certificazione, ma verso la capacità del certificatore di procedere in modo affidabile alla verifica.²⁹⁰ Conseguentemente, nell'ipotesi in cui il potere certificativo "privato" nato dalla prassi del commercio sia finalizzato a creare affidamento nell'utente finale, favorendo quindi i processi di scambio, non necessita di alcuna legittimazione pubblica: al fine di garantire uniformità e

²⁸⁷ Analoga funzione è svolta dagli istituti del marchio e dei brevetti, disciplinati da fonti nazionali ed internazionali fin dal XIX secolo: M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'econ. cit.*, p. 43 e ss.

²⁸⁸ F. Fracchia - M. Occhiena, *I sistemi di certific. cit.*, p. 19 e ss., secondo i quali forniscono due distinte accezioni del termine certezza: la prima riguarda la nozione tradizionale, intesa come "stabilità sociale di qualificazioni e rapporti giuridici", nell'accezione fornita da A. Falzea, *Accert. cit.*, p. 169 e condivisa dalla dottrina successiva; la seconda riguarda invece l'affidamento sociale relativamente alle qualità intrinseche di persone e/o beni della vita. In questa seconda accezione, proposta da A. Romano - Tassone, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, relazione al convegno *Amministrazione, certezza e ambiente*, Università Bocconi, Milano 26.4.2005 in *Dir. Amm.*, 2005, p. 867 e ss., acquisterebbe minore rilievo la stabilità giuridica della qualificazione, mentre assumerebbe nuova centralità la "veridicità" dell'accertamento.

²⁸⁹ Espressamente M.S. Giannini, *Certezza pubb. cit.*; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'econ. cit.*, p. 21; A. Fioritto, *Certezza pubb. cit.*, p. 853; *La funzione di certezza pubb. cit.*, p. 114. Per approfondimenti sia consentito rinviare al cap. I ed alle note ivi contenute.

²⁹⁰ Questa tendenza era già stata ravvisata nella materia delle autocertificazioni: G. Arena, *Autocertificazioni e amm. cit.*, p. 59 e ss.; M. Bombardelli, *Autocertific. cit.*

certezza saranno sufficienti i meccanismi di accreditamento privati (*amplius infra* cap. VI.1).

Diversamente, nell'ipotesi in cui le certificazioni private siano strumentali alla realizzazione, diretta o indiretta, di interessi pubblici, sarà necessaria una regolamentazione pubblica che fissi i limiti, i poteri e i requisiti dei privati certificatori, sottoponendo poi a controlli e verifiche il loro operato, al fine di evitare abusi o deviazioni dalle finalità perseguite.

V.3 La certezza "privata"

Secondo la dottrina anche nel caso di certezze prodotte da soggetti privati dovrebbe parlarsi comunque di certezze pubbliche, in considerazione della finalità perseguita, consistente nella produzione di un affidamento pubblico tutelato in vari modi dal diritto.²⁹¹

Secondo un'impostazione teleologica, già utilizzata in passato nel caso di privati esercenti pubbliche funzioni al fine di giustificarne la rilevanza pubblicistica, l'elemento accomunante il precedente sistema di produzione di certezza pubblica, a prescindere dal profilo soggettivo,²⁹² dovrebbe individuarsi nella finalità perseguita, e quindi nella destinazione a creare affidamento, sicurezza, chiarezza nei rapporti giuridici e sociali, peraltro esulante dai confini nazionali e collocabile in una dimensione ultra-statale nel quale i privati pongono in essere attività di rilievo pubblicistico, in nome proprio e per conto proprio.²⁹³

Nel caso di privati certificatori, peraltro, la regolazione del corretto funzionamento dei rapporti nasce dall'interno del sistema ed è affidata agli stessi operatori privati che assumono il ruolo di produzione di certezza e fiducia, spesso in concorrenza con lo Stato e con le forme di regolazione statali o ultrastatali ma in possesso di conoscenze tecniche specializzate e competenze professionali che i pubblici poteri non hanno.²⁹⁴

L'esempio più eclatante della situazione sopra descritta riguarda i sistemi di certificazione della qualità, non regolamentati da norme giuridiche: sorte nel

²⁹¹ A. Fioritto, *Certezza pubblica* cit., p. 852 e ss.

²⁹² Che resta comunque una soggettività di diritto privato secondo D. Bevilacqua, *L'esercizio privato di funzioni amministrative comunit.* cit., p. 737 e ss. che ricorda come già un grande Autore aveva correttamente precisato che il privato esercente pubbliche funzioni "non diventa un funzionario, perché esso agisce nomine proprio e non come titolare di un ufficio costituente un organo statale (...), ma nemmeno diventa soggetto di autarchia (...); l'istituto dell'esercizio privato di pubbliche funzioni ha per immancabile caratteristica che tale esercizio non costituisce in nessun modo l'aspetto unico e l'unico fine del subietto che vi procede, non dà luogo ad alcuno suo status, ma a diritti e doveri singoli che riguardano solo dei punti perfettamente determinati della sua attività" (S. Romano, *Il Comune*, in *Trattato di diritto amm.* cit., p. 610 e ss.). Per un approfondimento si rinvia nuovamente a F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amm.* cit., p. 32 e ss.

²⁹³ A. Fioritto, *Certezza pubblica* cit., p. 853 e ss. secondo cui "... non potrebbe parlarsi di certezze pubbliche se non vi fosse, in diretta o indiretta, tale destinazione pubblica"; A. Benedetti, *Certificazioni "private" e pubblica fiducia*, in F. Fracchia - M. Occhiena (a cura di), *I sistemi di certificazione* cit., p. 3

²⁹⁴ A. Benedetti, *Certificazioni "private" e pubblica fiducia* cit., p. 7 per cui proprio in considerazione delle dinamiche suddette "Il ruolo dello Stato nella "garanzia della fiducia" si trasforma e si frammenta, potendo estrinsecarsi nella diretta garanzia della fiducia o, più frequentemente, nella regolazione del corretto funzionamento dei meccanismi di garanzia della fiducia".

settore industriale nell'ambito delle produzioni in serie, necessitante di una rigida standardizzazione di specifiche tecniche, le certificazioni di qualità sono precipuamente finalizzate a garantire il rispetto di norme tecniche, sia nel rapporto tra imprese che in quello tra imprese e consumatori.²⁹⁵ Le certificazioni di qualità divengono quindi strumentali per la promozione di modalità organizzative di tipo aziendalistico più razionali e efficienti e per la comunicazione esterna di tali caratteristiche.²⁹⁶

Un passaggio fondamentale per il raggiungimento di tali *standards* è costituito dalla procedimentalizzazione dei sistemi produttivi e organizzativi degli enti che volontariamente li adottano: e posto che questi enti sono prevalentemente privati,²⁹⁷ è stata sottolineato in dottrina una sorta di “*avvicinamento prospettico*” di tali soggetti alle amministrazioni pubbliche, ormai ampiamente dominate dal c.d. principio del procedimento.²⁹⁸ L'organizzazione privata per mantenere e attuare gli obiettivi di qualità deve adottare schemi generali regolanti i diversi passaggi dei cicli produttivi e dei loro processi decisionali.

A ben vedere, peraltro, l'oggetto delle certificazioni private è diverso da quello oggetto delle certificazioni pubbliche: non si forniscono certezze riguardanti qualificazioni giuridiche o eventi funzionali alla definizione dei rapporti giuridici, ma piuttosto certezze tecniche, collegate a situazioni di fatto che non necessitano di inquadramenti normativi e richiedono una classificazione/valutazione che possa essere manifestata all'esterno.²⁹⁹

I pubblici poteri in questo contesto mutano le proprie funzioni, al fine di rispondere alle numerosissime esigenze di verifica, valutazione e controllo tramite strumenti di regolazione e conformazione a *standards* comuni che permettono comunque un intervento pubblico a tutela di interessi pubblici assolutamente rilevanti.

L'intervento pubblico diretto potrebbe inoltre permanere come *extrema ratio*, e cioè in via suppletiva nei casi in cui le spontanee iniziative dei privati non siano sufficienti a perseguire gli interessi pubblici: anche in questo caso comunque troverebbe applicazione l'ulteriore corollario derivante dal principio di sussidiarietà. A ben vedere, infatti, il fenomeno in esame si presta ad una rilettura

²⁹⁵ F. Ancora, *Normazione tecnica, certificazione di qualità e ordinamento giuridic.* cit., p. 15 che osserva come questa stratificazione dell'utilizzazione delle certificazioni di qualità è imputabile allo sviluppo delle norme tecniche che, muovendo dall'ambito iniziale delle caratteristiche dei prodotti industriali e dei processi produttivi, ha investito in misura massiccia le caratteristiche delle organizzazioni e la misurabilità delle loro prestazioni, ad esempio in materia ambientale.

²⁹⁶ A. Benedetti, *Certificazioni “private” e pubblica fiducia* cit., p. 10 e ss.

²⁹⁷ Sono ancora esigui gli esempi di applicazione della qualità a livello di amministrazioni pubbliche, tanto locali quanto centrali: senza considerare le amministrazioni sanitarie e quelle del settore dell'istruzione, nel 2000 gli enti pubblici certificati ISO 9000 erano 59, nel 2005 683: V. Nuti, *Andamento lento per la “pa”*, in *Il Sole 24 Ore. Rapporti. Certificazione*, 7.11.2005, p. 5.

²⁹⁸ M. Occhiena, *Le certificazioni nei processi decisionali* cit., p.3 e ss. il quale evidenzia come la suddetta procedimentalizzazione finisca per soddisfare proprio quelle esigenze di trasparenza, conoscibilità, partecipazione che il procedimento amministrativo assicura nell'ambito dei processi decisionali pubblici.

²⁹⁹ A. Romano Tassone, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza”: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, relazione al convegno *Amministrazione, certezza e ambiente*, Università Bocconi, Milano 26.4.2005 in *Dir. Amm.*, 2005, p. 867 e ss. il quale distingue: “*certezza nel senso tradizionale, intesa come stabilità sociale di qualificazioni e rapporti giuridici; certezza intesa come affidamento sociale nelle qualità intrinseche di persone e/o beni della vita (che talvolta sono merci, talaltra sono beni di rilevante interesse collettivo).*”

dei rapporti tra privati, singoli o associati, ed autorità pubblica risulta pienamente conforme al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost., che è rimasta a lungo inespresa e potrebbe trovare in questo ambito la propria massima attuazione.³⁰⁰

Ed invero, l'art. 30 della L. 6.8.2008, n. 133, avente ad oggetto "*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*", in materia di semplificazione dei controlli amministrativi a carico delle imprese soggette a certificazione,³⁰¹ dispone che "*per le imprese soggette a certificazione ambientale o di qualità rilasciata da un soggetto certificatore accreditato in conformità a norme tecniche europee ed internazionali, i controlli periodici svolti dagli enti verificatori sostituiscono i controlli amministrativi o le ulteriori attività amministrative di verifica anche ai fini dell'eventuale rinnovo o aggiornamento delle autorizzazioni per l'esercizio dell'attività d'impresa*".³⁰²

La stessa legge qualifica la disposizione ora richiamata "*espressione di un principio generale di sussidiarietà orizzontale e attinente ai livelli essenziali delle prestazioni che debbono essere garantite su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117 comma 2, lett. m) della Costituzione*". E, fa salva "*la potestà delle Regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela*".

L'art. 30 della citata legge dispone quindi la semplificazione degli adempimenti a carico di quelle imprese che si avvalgono di simili dichiarazioni in materia ambientale (*ampius infra* cap. VI.9), nel rispetto dei principi di trasparenza, efficacia, efficienza e semplificazione tipici dell'azione amministrativa,³⁰³ al fine di agevolare il rapporto tra imprese e pubblica amministrazione e facilitare il conseguimento di abilitazioni e autorizzazioni: in

³⁰⁰ A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai priv. cit.*, p. 122 e ss.; P. De Carli, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano 2002, p. 345. Sul principio di sussidiarietà sia consentito rinviare ai riferimenti bibliografici contenuti nella nota 170.

³⁰¹ La suddetta disposizione non comprende solo le certificazioni previste dall'ordinamento comunitario ma si riferisce a qualunque certificazione di prodotto, quale ad esempio l'attestato di qualità del prodotto rilasciato sulla base della normativa ISO 9001 (oggi UNI EN ISO 9001:2000), o certificazione del sistema di gestione per la qualità rilasciate da soggetti certificatori accreditati, a quelle aziende che dimostrano di avere una gestione aziendale effettivamente orientata alla qualità e alla soddisfazione delle esigenze dei clienti.

³⁰² Vale la pena di ricordare che in tema di certificazione ambientale o di qualità non si può prescindere dal considerare l'incidenza del diritto comunitario. In particolare anche la disposizione testé citata risponde ad una normativa comunitaria: l'art. 10, comma 2, del Regolamento CE n. 761/01 prevede(va) che "*Gli Stati membri dovrebbero studiare come tener conto della registrazione EMAS ottenuta conformemente al presente regolamento, nell'attuazione e nell'esecuzione della legislazione ambientale al fine di evitare inutili duplicazioni di attività sia da parte delle organizzazioni che delle autorità competenti in materia di controllo*". Da ultimo il Regolamento CE n. 1221/09, art. 38, comma 2, prevede che gli Stati membri adottino "*provvedimenti per rendere più facile per le organizzazioni registrarsi o rimanere registrate EMAS. Tali provvedimenti possono includere, tra l'altro: a) la semplificazione degli obblighi, in modo tale che l'organizzazione in possesso di una registrazione sia ritenuta conforme a determinati obblighi normativi in materia di ambiente contenuti in altri strumenti individuati dalle autorità competenti; b) una migliore legislazione, in modo da modificare altri strumenti normativi per eliminare, ridurre o semplificare gli oneri delle organizzazioni che aderiscono a EMAS, al fine di incentivare un funzionamento efficiente dei mercati e aumentare il grado di competitività*".

³⁰³ In materia di semplificazione amministrativa sia consentito rinviare al cap. IV.1 ed alle note ivi contenute.

quest'ottica, i controlli amministrativi relativi al rilascio delle certificazioni suddette costituiscono una inutile duplicazione, a svantaggio delle attività economiche, in contrasto con le esigenze di mercato e l'ordinamento comunitario.³⁰⁴

La semplificazione amministrativa non costituisce quindi una competenza enumerata ascrivibile ad un soggetto dell'ordinamento, ma è un modo di disciplina amministrativo che può coinvolgere una serie indefinita di materie.³⁰⁵ In tale contesto, la tutela della concorrenza necessita di una disciplina uniforme, in quanto espressione di interessi economici infrazionabili, mentre la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni persegue il fine di garanzia dell'uguaglianza nel godimento dei fondamentali diritti civili e sociali.³⁰⁶

Si comprende, dunque, come la competenza statale a dettare la disposizione di cui all'art. 30 citato, in quanto collegata a compiti di garanzia del sistema economico, trovi la propria legittimazione proprio nella tutela della concorrenza, che la moltiplicazione dei centri decisionali e degli adempimenti cui cittadini e imprese verrebbero altrimenti sottoposti contribuirebbe a falsare.³⁰⁷

³⁰⁴ Tra la vastissima bibliografia sul tema, S. Ambrosio, *Achille e la tartaruga. Semplificazione amministrativa e competitività del sistema in Italia*, Milano 2006; V. Cerulli Irelli, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 617; G. Vesperini, *Semplificazione amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, VI, p. 5479; G. Vesperini, *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa*, Milano 2006; N. Longobardi, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La «direttiva Bolkestein» modello di semplificazione*, in www.amministrazioneincammino.it e in *Dir. e proc. amm.*, 2009, p. 659 e ss. il quale aggiunge che “Regole e modello istituzionali tendono (...) all'omogeneizzazione dei Paesi evoluti, sotto pena dell'emarginazione dei mercati nazionali dei Paesi riottosi. L'esito è, infatti, largamente obbligato, dal momento che gli ordinamenti giuridici sono ormai in concorrenza tra loro nell'offrire le migliori condizioni per lo svolgimento delle attività economiche. Tra di esse rilievo primario hanno l'affidabilità e la semplicità delle procedure amministrative”. L'ordinamento comunitario ha introdotto numerose disposizioni volte a semplificare le procedure amministrative e ridurre gli ostacoli che le imprese incontrano per l'accesso al mercato e, proprio questo è uno degli obiettivi della direttiva CE/123/2006 sui “*Servizi nel mercato interno*” (c.d. *Direttiva Bolkestein*) che impone l'armonizzazione delle procedure per l'accesso alle attività economiche di interesse generale aperte alla concorrenza anche attraverso la semplificazione amministrativa.

³⁰⁵ Su tale aspetto F. Pizzetti, *L'ordinamento costituzionale italiano, fra riforme da attuare e riforme da completare*, Torino 2003, il quale afferma che: “le caratteristiche multilivello proprie dell'ordinamento italiano e, soprattutto il modo col quale è organizzato e distribuito potere legislativo, impongono di individuare anche l'esistenza implicita di competenze (o materie) consequenziali intese come quelle che possono essere coinvolte in virtù dell'esercizio di competenze di settore proprie dell'uno o dell'altro”. Non vi è dubbio che in seguito alla riforma del titolo V il centro dell'attività di semplificazione e regolazione si è spostato verso le regioni (e gli enti locali), dato che le stesse sono titolari della competenza generale, nonché principali centri di disciplina dell'amministrazione, mentre la legge statale dovrebbe fondare la propria competenza su uno dei titoli previsti in Costituzione, ossia l'art. 117, comma 2 e, nel caso di competenza concorrente (per la semplice definizione dei principi fondamentali) l'art. 117 comma 3, o su altre disposizioni costituzionali dalle quali sia desumibile una riserva di preferenza a favore della legge statale (Corte Cost., 26.6.2002, n. 282, in *Foro amm.*, CDS, 2002, 11, p. 2791 con nota di C.E. Gallo, *La potestà legislativa regionale concorrente, i diritti fondamentali ed i limiti alla discrezionalità del legislatore davanti alla Corte Costituzionale*).

³⁰⁶ T. Lobello, *Semplificazione dei controlli amministrativi tra livelli essenziali e tutela della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2009, 6, p. 4867 e ss.; A. Police e W. Giulietti, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Serv. Pubb. e app.*, 2004, p. 824 e ss.

³⁰⁷ A simili conclusioni sembra approdare R. Chieppa, *La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione dell'azione amm. cit.*, p. 257, secondo il quale “per le disposizioni dirette ad

In altre parole, la previsione di controlli unici al posto di innumerevoli autorizzazioni al fine di ottenere la certificazione ambientale/di qualità non attiene ad un profilo concernente le singole materie interessate, ma riguarda profili di concorrenza tra le imprese di uno specifico settore.

L'effettiva possibilità per le imprese di essere competitive sul mercato può essere ostacolata dall'esistenza di procedure diverse per il rilascio delle autorizzazioni necessarie all'attività d'impresa o comunque per l'ottenimento di tutte quelle certificazioni che, come la certificazione ambientale o di qualità, consentono alle imprese di ottenere determinati benefici e quindi, una maggiore competitività sul mercato.³⁰⁸

La sopra richiamata disposizione è stata sottoposta anche al vaglio della Corte Costituzionale,³⁰⁹ che nel dichiararne non fondata la questione di legittimità costituzionale, ha ricondotto il contenuto della disciplina in esame alla materia determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.³¹⁰

aggravare gli adempimenti per le imprese, il parametro della semplificazione potrà essere agganciato alla tutela della concorrenza e alla libertà dell'iniziativa economica ed avrà inoltre l'importante sponda del recepimento della direttiva comunitaria relativa ai servizi nel mercato interno”.

³⁰⁸ N. Longobardi, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La «direttiva Bolkestein» modello di semplif. cit.*, p. 659 e ss. La semplificazione delle procedure amministrative e ridurre gli ostacoli per l'accesso al mercato sono tra gli obiettivi della direttiva CE n. 123/2006 sui “*Servizi nel mercato interno*” (c.d. *Direttiva Bolkestein*) che impone l'armonizzazione delle procedure per l'accesso alle attività economiche di interesse generale aperte alla concorrenza anche attraverso la semplificazione amministrativa.

³⁰⁹ Corte Cost., 4.12.2009, n. 322, in *Giur. Cost.*, 2009, 6, p. 4857 e ss., per cui “*non è fondata - in riferimento agli art. 114, 117 commi 4 e 6 e 118 commi 1 e 4 cost. - la q.l.c. dell'art. 30 commi 1, 2 e 3 d.l. 25 giugno 2008 n. 112, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dalla legge di conversione 6 agosto 2008 n. 133: la previsione censurata, in forza della quale, per le imprese soggette a certificazione ambientale o di qualità rilasciata da un soggetto certificatore accreditato in conformità di norme tecniche europee ed internazionali, i controlli periodici svolti dagli enti certificatori sostituiscono i controlli amministrativi o le ulteriori attività amministrative di verifica, anche ai fini dell'eventuale rinnovo o aggiornamento delle autorizzazioni per l'esercizio dell'attività, infatti - mirando a realizzare nel contempo la semplificazione degli adempimenti, gravanti sulle imprese, strumentali al conseguimento delle certificazioni nella stessa previste, e la garanzia della verifica della effettiva conformità del prodotto, servizio o sistema di gestione aziendale fornito dalle imprese ai requisiti minimi di qualità fissati da specifiche norme o regole tecniche europee ed internazionali - è da ricondurre alla materia della "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", attribuita dall'art. 117 comma 2 lett. m) cost., alla competenza legislativa esclusiva dello Stato*”. Come ricordato anche in motivazione, fondamentali presupposti della disposizione censurata è l'esistenza di norme comunitarie che riconoscono un regime uniforme a livello europeo in materia di certificazione ambientale: a tale particolare proposito sono richiamati il Regolamento CE 19 marzo 2001 n. 761/2001 e il Regolamento 17 luglio 2000 n. 1980/2000.

³¹⁰ Sui “*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*”, di cui alla lett. m) dell'art. 117, comma 2, Cost., vedi Corte Cost., 12.4.2005, n. 145, in *Giur. cost.*, 2005, 2, p. 1182, con nota redazionale di L. Albino, secondo cui i c.d. “*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*» costituiscono «*non tanto (...) una "materia" in senso stretto, quanto (...) una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle (sent. n. 282 del 2002)*”.

A tal fine, la Consulta ha espressamente riconosciuto che lo scopo perseguito dalla norma, è quello di assicurare alle imprese, *“indipendentemente dalla loro ubicazione territoriale”*, la possibilità di ottenere le certificazioni *“senza dover soggiacere ad inutili e pesanti duplicazioni di controlli con conseguente vantaggio in termini di efficienza, efficacia, credibilità ed economicità”* al fine di *“assicurare la garanzia di una corretta verifica di conformità dei predetti ai requisiti minimi di qualità fissati dalle norme tecniche interne, europee e internazionali di settore, effettuata da organismi terzi ed indipendenti, a ciò appositamente preposti”*.³¹¹

Secondo tale argomentazione, quindi, rappresentando la richiesta della certificazione un onere per l'azienda e non un diritto rispetto al quale fornire una prestazione, comportando una serie di vantaggi che ne migliorano la posizione di mercato - quali il valore dell'azienda, ottimizzazione delle risorse disponibili, facilitazione dell'accesso al credito -, la fissazione di adempimenti differenziati realizzerebbe quindi vistose alterazioni sotto il profilo della concorrenza, in danno di quelle imprese che si trovano ad operare in regioni la cui disciplina amministrativa è più gravosa e costringe ad affrontare maggiori costi.³¹²

In quest'ottica, la tutela della concorrenza costituisce quindi secondo la Suprema Corte *“una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa solo in senso statico ... ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”*.³¹³

³¹¹ Sul punto in dottrina vedi: M. Renna, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, p. 37 e ss.; M. Capuano, *Il marchio ecologico eur. cit.*, p. 574 e ss.

³¹² T. Lobello, *Semplificazione dei controlli amm. cit.*, p. 4870. Sul punto vedi Corte Cost., 27.7.2004, n. 272 in *Serv. Pubb. e app.*, 2004, p. 824 e ss. con nota di A. Police - W. Giulietti, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato cit.*, per cui *“la indicata configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato”*.

³¹³ M. Gorlani, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Milano 2004, p. 486, secondo cui il giudice costituzionale ha cioè equiparato il concetto di concorrenza dinamica al concetto di tutela della concorrenza, legittimando così l'intervento statale nei vari settori economici affidati alla competenza esclusiva e concorrente delle regioni (commercio, industria, turismo, trasporto locale, ordinamento della comunicazione). Si tratta di una competenza costruita finalisticamente, non si identifica cioè in un oggetto, ma nel perseguimento di un fine, rappresentando l'esempio più evidente della trasversalità di alcune materie. Su queste basi è possibile ritenere che la tutela della concorrenza includa anche la determinazione di standard minimi di garanzia e promozione della concorrenza, tra i quali possono essere ricompresi anche i requisiti per il conferimento delle autorizzazioni e delle certificazioni per l'esercizio dell'attività d'impresa. Pertanto, è possibile affermare che le procedure di semplificazione amministrativa, con la conseguente abolizione dei controlli amministrativi in ambito regionale, per il rilascio delle certificazioni ambientali e di qualità, in quanto profilo inerente lo svolgimento delle attività economiche, legittima l'intervento statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost. Interessanti e precise in merito le osservazioni di A. Police, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato cit.*, secondo cui la problematica specifica attiene in primo luogo all'estensione della nozione di tutela della concorrenza, concludendo che *“A torto o a ragione, la Costituzione pare escludere un potere generale di intervento diretto dello Stato a sostegno dell'economia, consentendogli al più trasferimenti finanziari a favore delle autonomie secondo il modello tenuto presente anche dalla prevista istituzione del fondo perequativo di cui al comma 3 dello stesso art. 119”*. Il richiamo all'accezione comunitaria in senso dinamico della concorrenza per ricomprendere nella tutela della concorrenza gli interventi promozionali è stato oggetto di critica da parte della dottrina: R.

Quanto detto acquista altresì maggiore valenza nel momento in cui il rilascio delle certificazioni si impone come requisito necessario e obbligatorio per l'esercizio dell'attività d'impresa. Ciò comporta un'esigenza di uniformità a livello nazionale degli adempimenti richiesti ai cittadini e alle imprese per l'esercizio di una data attività, al fine di garantire in tutto il territorio nazionale l'efficienza del mercato e la concorrenzialità delle imprese.

Un'eccessiva differenziazione delle discipline che hanno un forte impatto sull'attività delle imprese, può creare problemi sotto il profilo della competitività: differenti modalità per il rilascio delle autorizzazioni per l'esercizio dell'attività, o differenti criteri per il rinnovo o aggiornamento delle autorizzazioni stesse nelle diverse regioni, si tradurrebbero in un ostacolo per l'accesso al mercato e quindi, implicitamente, una restrizione della concorrenza, rispetto alla quale, l'art. 117 lett. e) della Costituzione attribuisce alla legislazione statale una funzione di tutela.

Caranta, La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Cost., cit., in cui, sostenendo che "l'opzione interpretativa seguita dalla Corte non è in alcun modo giustificata dal diritto comunitario, peraltro invocato in modo del tutto insufficiente". Riguardo, poi, all'inclusione delle misure promozionali nella tutela della concorrenza, l'Autore ritiene che *"Il ruolo dello Stato a livello macroeconomico è disegnato dall'art. 119, comma 5, Cost., a tenore del quale "Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati, Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni"*; F. Pizzetti, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?* cit., afferma poi che *"Appare chiaro dunque che da un lato la Corte ha utilizzato l'argomento letterale - sistematico connesso alla formulazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e) per legare insieme la tutela della concorrenza con le altre competenze ivi richiamate al fine di individuare questa fantomatica nuova competenza trasversale dello Stato legata agli interventi a carattere macroeconomico e a dimensione nazionale, mentre, da un altro lato, ha utilizzato, con analoga tecnica, l'argomento sistematico - testuale a livello comunitario al fine di estendere la nozione di tutela della concorrenza anche agli aiuti di Stato, leggendo poi tali aiuti come se fondassero una competenza dello Stato che, affermata nella sua asserita dimensione di interventi macroeconomici a rilevanza nazionale e finalizzata a correggere le distorsioni dello sviluppo interno, è invece esplicitamente negata proprio dalle medesime norme comunitarie invocate"*.

VI. Le nuove forme di certificazione e i nuovi soggetti

VI.1 Distinzioni e classificazioni

Generalmente si afferma che le certificazioni di qualità costituiscono dichiarazioni provenienti da organismi autorizzati, volte ad attestare la conformità di un prodotto, di un servizio o di un sistema produttivo aziendale a determinati *standards* tecnici fissati in via normativa, al fine di garantire l'affidamento dei terzi sull'attività del produttore e sui prodotti certificati.

Le norme tecniche, nazionali, comunitarie e internazionali, costituiscono quindi specificazioni di natura tecnica che assurgono al ruolo di parametro, sulla cui base procedere alle operazioni di valutazione e classificazione nelle quali si concreta l'attività di certificazione.³¹⁴ L'osservanza delle norme tecniche è facoltativa, posto che tali norme hanno ad oggetto i soli *standards* adottati spontaneamente dagli operatori economici al fine di conseguire un vantaggio in termini concorrenziali e rendere il proprio prodotto o servizio più competitivo sul mercato (c.d. qualità competitiva).³¹⁵

Diverso è il caso dei parametri e requisiti tecnici che, in quanto volti a garantire esigenze di carattere primario e indefettibile (c.d. qualità cogente), sono imposti da disposizioni di legge a tutela di interessi pubblici collettivi, come ad esempio la sicurezza e la salute sociale, per cui si preferisce parlare di "regole tecniche".³¹⁶

Nel caso di certificazioni di qualità, la norma tecnica, stando alla definizione contemplata nell'art. 1 n. 6) Dir. CE n. 34/1998 è una "*specificazione tecnica approvata da un organismo riconosciuto ad attività normativa, per applicazione ripetuta e continua, la cui osservazione non sia obbligatoria, e che appartenga ad una delle seguenti categorie: norma internazionale (...) norma europea (...); norma nazionale (...)*". La regola tecnica, ai sensi dell'art. 1 n. 11 della suddetta Direttiva, consiste invece in una "*specificazione tecnica o altro requisito, comprese le relative disposizioni amministrative, la cui osservanza sia obbligatoria de jure o de facto per la commercializzazione o l'utilizzazione in uno Stato membro o in una parte rilevante di esso, nonché le disposizioni legislative regolamentari e amministrative degli Stati membri (...) intesa a vietare la fabbricazione, la commercializzazione o l'utilizzazione del prodotto*".

Alla distinzione tra norme tecniche e regole tecniche si ricollegano due ipotesi di certificazioni differenti per natura: da un lato vi sono le certificazioni volontarie, nelle quali la certificazione riguarda la verifica della rispondenza

³¹⁴ Il riferimento più immediato e significativo è rappresentato dalle certificazioni ISO, attestanti la conformità di un prodotto o di un'organizzazione a specifiche norme tecniche formulate, in svariati settori produttivi, da parte dell'organizzazione mondiale ISO e generalmente recepite da gli enti di normazione nazionale e sovranazionale.

³¹⁵ G. Smorto, *Certificazione di qualità e normazione tecnica*, in *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino 2003, p. 205 e ss.; A. Gentili, *La rilevanza giuridica della certificazione volontaria*, in *Eur. Dir. priv.*, 2000, I, p. 59 e ss.

³¹⁶ Tra le previsioni legislative che richiedono certificazioni obbligatorie possono ricordarsi l'obbligo di adozione di un sistema di qualità per accedere a bandi di gara o a benefici relativi (cfr. art. 40 D.lgs. 12.4.2006, n. 163) o per consentire l'immissione del proprio prodotto sul mercato (D.lgs. 27.9.1991, n. 313 relativo alla marcatura CE concernente la sicurezza dei giocattoli). F. Ancora, *Normazione tecnica, certificazione di qualità e ordinamento giurid.* cit., p. 29 e ss.

dell'oggetto a parametri adottati spontaneamente dagli operatori economici; dall'altro vi sono le certificazioni obbligatorie, nelle quali le procedure di verifica ed enunciazione del rispetto di determinate specifiche tecniche sono imposte dalla legge, avendo la normativa tecnica di riferimento natura cogente, come nel caso della c.d. marcatura CE.³¹⁷ Attese le significative analogie tra le due fattispecie, la dottrina ha evidenziato la possibilità di trattarle unitariamente, ma non ha al contempo mancato di sottolineare come tra esse sussistano delle differenze, talora rilevanti, che appaiono per lo più discendere dalla diversità delle loro fonti: l'una di carattere normativo, l'altra legata invece alla prassi dei rapporti tra imprenditori (per approfondimenti in materia di certificazioni di qualità si rinvia al cap. VI.3).³¹⁸

Negli ultimi anni, peraltro, sulla scorta dei più evoluti approcci del legislatore europeo, si è affermato tra le norme tecniche e le regole tecniche un *tertium genus* la cui osservanza rimane comunque volontaria, ma il contenuto è connotato da una più marcata disciplina pubblicistica, di origine comunitaria: ne sono un esempio le certificazioni ambientali, in cui l'interesse pubblico alla salvaguardia ambientale viene perseguito mediante l'incentivo posto alle imprese virtuose di guadagnare quote di mercato grazie a scelte di corretta politica ambientale.³¹⁹

Le certificazioni private non obbligatorie non traggono quindi alcuna legittimazione dagli ordinamenti giuridici nazionali o sovranazionali, e rappresentano forme di istituzionalizzazione della fiducia collettiva.³²⁰ Siamo dinanzi a un'attività di impresa regolamentata dalle norme di diritto privato: il soggetto certificato, in caso di inadempienza o non corretta esecuzione può quindi rivalersi contro l'organismo certificatore secondo i principi della responsabilità contrattuale.

La struttura di tale sistema è costituita da reti internazionali di organismi di diritto privato, legittimati mediante accordi di mutuo riconoscimento: così è sia per gli enti di normazione deputati alla formulazione delle norme tecniche, che per gli enti di accreditamento, creati per abilitare e controllare i soggetti privati certificatori.

E infatti, l'accREDITAMENTO è un atto formale attraverso il quale gli Organismi di AccredITAMENTO riconoscono l'indipendenza, obiettività e la capacità tecnico-organizzativa del Verificatore nel condurre le attività previste, sulla base di una idonea organizzazione e secondo i requisiti specificati dalla normativa di settore.

La funzionalità del sistema si fonda sui meccanismi di mercato di credibilità e autorevolezza dei soggetti privati accreditati deputati alla certificazione e al controllo, e trova il proprio centro nei sistemi di realizzazione tecnica e competenza professionale, che generano affidamento in quanto portatori di un sapere specializzato nei soggetti richiedenti la certificazione.

³¹⁷ F. Fracchia - M. Occhiena, *I sistemi di certificazione* cit., p. 8 e ss.

³¹⁸ G. Smorto, *Certificazione di qualità* cit., p. 206 e ss.

³¹⁹ In quest'ambito, come si avrà modo di approfondire in seguito, talune certificazioni sono emanate direttamente da organismi pubblici, come nel caso del marchio di qualità ecologica ECOLABEL attestante la conformità di talune specie di prodotti o servizi a *standards* particolarmente elevati di conformità ambientale (*amplius infra* cap. VI.9).

³²⁰ F. Ancora, *La formazione tecnica, certificazione di qualità e ordin.* cit., p. 79 e ss.; A. Benedetti, *Le certificazioni di qualità tra regolazione pubblica e autorevolezza privata*, in *Serv. Pubb. e app.*, 2004, p. 669 e ss.

Relativamente al rapporto tra organismi privati certificatori e soggetti certificati, la giurisprudenza è stata chiamata a decidere sulla riconducibilità o meno del contratto atipico e innominato di certificazione,³²¹ all'interno di figure contrattuali tipiche, ai fini dell'applicazione della relativa disciplina.³²²

Tra i tipi negoziali codificati, le maggiori affinità sono state riscontrate con il contratto di appalto, disciplinato dall'art. 1655 c.c., e con il contratto d'opera previsto dall'art. 2222 c.c.³²³

Con entrambe le fattispecie contrattuali richiamate, infatti, il contratto di certificazione ha in comune l'autonomia dell'appaltatore/prestatore, da intendersi come mancanza di direttive da parte del committente. Tuttavia, a quest'ultimo spetta il potere di controllo (art. 1662 c.c.) e di imporre delle condizioni all'esecuzione del contratto (art. 2224 c.c.), il tutto finalizzato all'ottenimento di un risultato l'opera, che deve essere eseguita a regola d'arte. Ciò mal si concilia con il ruolo di indipendenza e terzietà dell'ente certificatore, vincolato al solo rispetto delle regole di qualità internazionalmente riconosciute e al rilascio di un giudizio, che ben può essere negativo, nei confronti del prodotto/servizio del committente.

Sotto altra prospettiva, si è tentato di ricondurre il contratto di certificazione all'interno della figura del contratto di mandato, mediante cui il mandatario si obbliga a compiere determinati atti per conto del mandante (art. 1703 c.c.); l'obbligo di agire per conto del mandante si pone peraltro in conflitto con la necessaria terzietà della società incaricata di accertare il sistema di qualità. L'ente deve sempre fare riferimento alle normative internazionali ed europee, senza poter concordare con il cliente altre modalità di azione o finalità, se non quelle inderogabili e precipue per il raggiungimento di una valutazione obiettiva del prodotto o servizio, mentre il cliente ha la sola possibilità di decidere se sottoporre o meno il proprio prodotto o servizio alla procedura di valutazione per l'accertamento dell'idoneità agli *standards* di qualità previsti.

³²¹ Analogo problema ci si è posti con riferimento alla natura del contratto di revisione contabile (con cui il contratto di certificazione presenta diverse analogie che andremo ad approfondire più oltre, particolarmente in riferimento alla responsabilità del soggetto certificatore nei confronti del committente), giungendo talvolta alla qualificazione come prestazione d'opera intellettuale e, altre volte, come appalto di servizio; non è mancato chi ha ritenuto che la soluzione andasse ricercata caso per caso *"nel senso che se la società di revisione ha come soci esclusivamente professionisti intellettuali che svolgono la loro opera nella società, e presta i propri servizi attraverso l'opera di questi soci (sia pure con l'ausilio di collaboratori), il contratto sarebbe di prestazione d'opera intellettuale; se viceversa la società di revisione ha soci 'capitalisti' che organizzano il lavoro intellettuale altrui, il contratto sarebbe di appalto"*: F. Bonelli, *Responsabilità delle società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 969 e ss.

³²² Trib. Monza, 4.2.2004, n. 431 in *Contr.*, 2004, 8 - 9, p. 809 e ss. con nota di M. Ambrosoli, *Il contratto di certificazione della qualità*; A. Gentili, *La rilevanza giurid. cit.*, p. 65 e ss.; F. Ancora, *La formazione tecnica, certificazione di qualità e ordin. cit.*, p. 79 e ss. Sul punto A.M. Mazzaro, *La certificazione di qualità e la responsabilità dell'ente certificatore*, in *Il Civilista*, 2008, 1, p. 95 e ss.; E. Blinova, *Le certificazioni di qualità: vizi del prodotto e responsabilità dell'ente certificatore*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 1331 e ss.

³²³ Parte della dottrina ha evidenziato che pur non ricollegandosi ad alcuno dei contratti tipici del nostro ordinamento, è chiaro il collegamento dell'attività di certificazione con l'opera di natura intellettuale, e quindi con la fattispecie contrattuale disciplinata dall'art. 2229 cc., *"se per opera intellettuale si intenda la conoscenza di fenomeni e delle relative regole e la conseguente applicazione a casi concreti"*: V. Salafia, commento a Corte App. Milano, 7.7.1998, n. 1184, in *Le società*, 1998, p. 113 e ss.

Più simile alla fattispecie *de qua* è il mandato conferito per conto di un terzo: resta comunque difficile l'individuazione di un soggetto terzo determinato che dovrebbe beneficiare dell'esito dell'attività certificativa, in quanto il "terzo" potrebbe tutt'al più rinvenirsi in un diffuso interesse pubblico.

Analogamente, è stata esclusa la riconducibilità del contenuto della certificazione all'attività di consulenza industriale, considerato che all'ente certificatore può essere richiesto solamente di accertare la sussistenza dei requisiti per il prodotto o servizio oggetto della procedura di certificazione. La non rispondenza all'oggetto della certificazione alle norme di riferimento porterà l'ente a dare delle indicazioni sulle modalità per adeguarsi alla suddetta normativa, senza comunque poter qualificare questa operazione come consulenza, o assistenza, limitandosi a una indicazione delle difformità tra il prodotto o servizio, sottoposto alla procedura di certificazione, dalle caratteristiche di idoneità.

La giurisprudenza in esame³²⁴ ha escluso l'applicabilità degli schemi tipici di disciplina contrattuale, incompatibili con l'autonomia e indipendenza dell'ente certificatore, senza tuttavia ricollegarlo espressamente alla prestazione d'opera intellettuale, ma applicandone tuttavia la disciplina della responsabilità. È stato precisato che *“La causa del contratto innominato stipulato tra le parti è quella di ottenere, dal soggetto che svolge una attività di ispezione e certificazione in assoluta indipendenza e con caratteristiche di terzietà, una prestazione utilizzabile ai fini di una migliore presentazione sul mercato della attività o del prodotto del richiedente. In quanto tale, la prestazione richiesta all'ente (privato) di certificazione ha quale oggetto una obbligazione di mezzi, non potendo il risultato di tale attività ispettiva e di verifica essere pattuito o predeterminato ex ante e non appearing neppure escludibile l'ipotesi del diniego della certificazione all'esito degli accertamenti autonomamente posti in essere dal certificatore. Tanto meno, poi, potrà essere imputata a quest'ultimo l'eventuale discrepanza tra il risultato (qualora positivo) della propria attività di certificazione e la qualità del prodotto finale derivante dalla attività ispezionata. In altri termini, la responsabilità per i difetti del prodotto non può certo essere imputata, neppure pro-parte, dal produttore all'ente che ha certificato la qualità della sua attività e dei mezzi adottati per il suo svolgimento. Al contrario, proprio perché scopo della certificazione di qualità è garantire o quantomeno facilitare l'affidamento dei terzi sulla attività del produttore e sui prodotti certificati, potrebbe tutt'al più ipotizzarsi l'eventuale legittimazione di questi ultimi a dolersi del risultato della attività del certificatore e dei pregiudizi ad essa direttamente riconducibili (pur appearing tale possibilità, de jure condito, difficilmente inquadrabile negli schemi della responsabilità contrattuale.(...) Si è premesso, in linea generale ed astratta, che l'obbligazione assunta dall'ente certificatore è di mezzi (e non di risultato) e che, pertanto, la sua responsabilità contrattuale deve considerarsi limitata all'accertamento della effettiva esecuzione della prestazione richiesta e del diritto al compenso pattuito, con esclusione pertanto di qualsivoglia responsabilità per l'utilizzazione, da parte del richiedente, del risultato della certificazione”*.³²⁵

³²⁴ Trib. Monza, 4.2.2004, n. 431 cit.

³²⁵ La qualificazione della natura dell'obbligazione di mezzi o di risultato è fondamentale al fine di determinare le conseguenze sulla responsabilità dell'ente certificatore e sull'onere della prova gravante sul creditore. Nella dicotomia delle obbligazioni di mezzi e di risultato, si intendono per

All'ente certificatore non potrà quindi essere imputata alcuna responsabilità circa l'insuccesso dell'azienda fin quando i prodotti o processi certificati siano in possesso dei requisiti di qualità e potrà essere esposto a responsabilità qualora non seguisse le regole comuni per la valutazione dell'oggetto della certificazione (ad esempio mancato rispetto della normativa ISO o mancata effettuazione delle visite di mantenimento periodiche finalizzate a verificare la corretta applicazione delle norme tecniche).

VI.2 (Segue) I nuovi soggetti: società private che accreditano e organismi che certificano.

Componenti operative del c.d. sistema delle certezze private sono gli organismi di certificazione, il cui compito è appunto la verifica, la certificazione e il controllo della rispondenza agli *standards* qualitativi di riferimento di un prodotto o sistema di gestione aziendale, garantendo la conformità del prodotto o del servizio ai requisiti stabiliti da regole tecniche internazionalmente riconosciute emanate dall'ISO (*International Organization for Standardization*) nel caso della certificazione obbligatoria, e/o da norme tecniche o da documenti equivalenti, nel caso della certificazione volontaria.

L'ISO è la più importante organizzazione a livello mondiale per la standardizzazione – o unificazione, o normalizzazione – e la definizione di norme tecniche.³²⁶ Membri dell'ISO sono gli organismi nazionali di standardizzazione di 157 Paesi del mondo.

A livello comunitario gli organismi europei di normalizzazione (CEN, CENELEC, ETSI) sono delegati da comitati con funzione consultiva della Commissione Europea: si tratta quindi di un sistema di esercizio di funzioni pubbliche complesso, nel quale comunque il provvedimento autorizzatorio rilasciato alle imprese richiedenti per lo svolgimento di determinate attività viene emesso da soggetti privati.

In particolare il CEN (Comitato Europeo per la Normazione) è un'organizzazione multisetoriale attiva in tutti i campi tranne quelli dell'elettrotecnica e delle comunicazioni, nei quali operano rispettivamente il CENELEC (Comitato Europeo per la Normazione Elettrotecnica) e l'ETSI (Istituto Europeo di Normazione per le Telecomunicazioni).³²⁷

le prime "le obbligazioni in cui il debitore è tenuto a svolgere un'attività a prescindere dal conseguimento di una determinata finalità; obbligazioni di risultato sono invece le obbligazioni in cui il debitore è tenuto a realizzare una determinata finalità a prescindere da una specifica attività strumentale" (C.M. Bianca, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, IV, Milano 1990). La diligenza richiesta al debitore dovrà valutarsi, alternativamente, ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c. o, in caso di obbligazione di risultato, ai sensi della più rigida disposizione prevista dall'art. 1218 c.c. La distinzione non è riferibile a categorie astratte di obbligazioni, ma richiede una definizione sulla base dell'accertamento concreto del contenuto della prestazione. Tra l'altro è sempre più diffusa, a dispetto della regola generale, l'opinione secondo la quale alcune prestazioni professionali siano da considerarsi come obbligazioni di risultato, con particolare riferimento a quelle attività che vengono richieste al professionista per l'ottenimento di un servizio specifico (Cass., II, 14.11.2002, n. 16023, in *Danno e resp.*, 2003, p. 256, e ss. sulla responsabilità professionale dell'avvocato).

³²⁶ Fondata il 23 febbraio 1947, ha il suo quartier generale a Ginevra in Svizzera. Il termine ISO richiama il termine greco *ἴσος*, che significa appunto "uguale".

³²⁷ Per approfondimenti vedi su www.normapme.com

In Italia le norme ISO vengono recepite, armonizzate e diffuse dall'UNI, un'associazione privata senza scopo di lucro che svolge attività normativa in tutti i settori industriali, commerciali e del terziario, ad esclusione di quello elettrotecnico ed elettronico di competenza del CEI.³²⁸ I compiti principali dell'UNI sono: elaborare nuove norme in collaborazione con tutte le parti interessate; rappresentare l'Italia nelle attività di normazione a livello mondiale (ISO) ed europeo (CEN) allo scopo di promuovere l'armonizzazione delle norme; pubblicare e diffondere le norme tecniche ed i prodotti editoriali ad esse correlati.

L'elaborazione e la produzione delle regole tecniche standardizzate – costituente quindi un'attività di tipo regolamentare – è rimessa quindi completamente ad enti privati, di formazione nazionali e internazionali, organizzati in forme di associazioni private partecipate dalle istanze del mondo produttivo e da soggetti pubblici, che non ne assumono il controllo.

Per quanto attiene invece all'applicazione di tale regole, l'attività certificativa è affidata ad operatori privati, operanti in regime di concorrenza, ma che devono essere abilitati da appositi enti di accreditamento.³²⁹

In Italia, gli enti certificatori devono essere accreditati secondo le regole ISO³³⁰ presso il SINCERT (Sistema Nazionale per l'Accreditamento degli Organismi di Certificazione e Ispezione), associazione di diritto privato senza scopo di lucro, legalmente riconosciuta dallo Stato Italiano nel 1995 e legittimata ad accreditare gli organismi di certificazione ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. H, D.P.R. n. 25.1.2000, n. 34.

La validità internazionale delle certificazioni di prodotto era, poi, garantita dalla circostanza che il SINCERT è membro dell'EA (*European Cooperation for Accreditation*) e dell'IAF (*International Accreditation Forum*), nonché firmatario di accordi internazionali di mutuo riconoscimento.

In seguito alla recente fusione con il SINAL (Sistema Nazionale per l'Accreditamento dei Laboratori), il SINCERT prende oggi il nome di ACCREDIA ed è stato riconosciuto con D.M. del 22.12.2009 in attuazione di quanto disposto dal Reg. CE n.765/08, che prevede la designazione di un unico organismo nazionale di accreditamento in ciascuno Stato membro.³³¹

³²⁸ L'UNI fu costituito nel 1921 con la sigla UNIM, a fronte di esigenze di standardizzazione dell'industria meccanica di allora, ma già nel 1928 la Confindustria ne promosse l'estensione a tutti i settori industriali diventando l'attuale UNI.

³²⁹ G. Caia - F.A. Roversi - Monaco, *Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, in P. Andreini - G. Elias - F.A. Roversi Monaco (a cura di), *La normativa tecnica industriale*, Bologna 1995, p. 5 e ss.

³³⁰ Tra cui: ISO 9001 per la certificazione dei Sistemi di Gestione per la Qualità (SGQ); ISO 22000 per la certificazione dei Sistemi di gestione per la Sicurezza Alimentare (FSM); ISO 27001 per la certificazione dei Sistemi di Gestione Ambientale.

³³¹ ACCREDIA è oggi l'ente unico nazionale di accreditamento e come il SINAL e SINCERT è una associazione senza scopo di lucro. Con ACCREDIA l'Italia si è adeguata al Regolamento CE n. 765/ 2008, che dal 1° gennaio 2010 è applicato per l'accREDITamento e la vigilanza del mercato in tutti i Paesi UE. Ogni Paese europeo ha il suo Ente di accREDITamento, responsabile per l'accREDITamento in conformità agli standard internazionali della serie ISO 17000 e alle guide e alla serie armonizzata delle norme europee EN 45000. ACCREDIA valuta la competenza tecnica e l'idoneità professionale degli operatori di valutazione della conformità (Laboratori e Organismi), accertandone la conformità a regole obbligatorie e norme volontarie, per assicurare il valore e la credibilità delle certificazioni. e attività dell'Ente si articolano in quattro Dipartimenti: Certificazione e ispezione; Laboratori di prova; Laboratori di prova per la sicurezza degli alimenti; Laboratori di taratura. L'accREDITamento è un servizio svolto nell'interesse pubblico perché gli

L'accertamento da parte dei privati certificatori della rispondenza tra le caratteristiche dell'oggetto/prodotto/servizio da certificare ai requisiti stabiliti dagli *standards* applicabili all'attività o all'oggetto della certificazione consentono l'attribuzione di un certificato attestante determinati requisiti. Contrariamente, nessuna certificazione potrà essere rilasciata, rimanendo alla società la sola possibilità di adeguarsi agli *standards*, richiedendo successivamente una nuova verifica da parte dell'ente preposto.³³²

L'attività svolta dall'ente di certificazione può estendersi a differenti settori: certificazione dei sistemi di gestione per la qualità, certificazione dei sistemi di gestione ambientale, certificazione dei prodotti.

Costante sarà, nell'esecuzione delle proprie funzioni, il ruolo di assoluta indipendenza per garantire la valutazione obiettiva del bene o servizio oggetto dell'attività di certificazione o dell'attività di ispezione per il mantenimento della stessa.

È indispensabile, pertanto, che l'ente certificatore svolga la propria attività con assoluta indipendenza e terzietà, indicando al soggetto richiedente la certificazione se il suo prodotto (o il suo sistema di qualità) rispetti oppure no i requisiti previsti dalla specifica normativa, ponendo in essere tutte le operazioni necessarie, affinché si possa stabilire la conformità dei prodotti ai requisiti stabiliti da regole tecniche (nel caso di certificazione obbligatoria) e/o norme tecniche o documenti equivalenti (nel caso della certificazione volontaria).

Il sistema così delineato costituisce applicazione dei principi di matrice comunitaria ed ormai recepiti all'interno del nostro ordinamento di sussidiarietà orizzontale e buon andamento, sotto i profili di semplicità, economicità, efficacia ed efficienza. In applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, infatti, ove possibile l'attività di certificazione viene esercitata da soggetti privati e in applicazione del principio di semplicità e economicità si tenta di raggiungere con il minor sacrificio per i soggetti privati e il minor dispendio delle risorse finanziarie ed organizzative pubbliche il massimo livello di certezza pubblica.

Nel prosieguo si procederà a un'analisi di alcune tipologie di certificazione private, obbligatorie e volontarie, con particolare attenzione alle fattispecie più rilevanti.

utenti business e i consumatori finali, ma anche la pubblica amministrazione quando ricorre a fornitori esterni, possano fidarsi, fino all'ultimo anello della catena produttiva e distributiva, della qualità e sicurezza dei beni e dei servizi che circolano su un mercato sempre più globalizzato. La fiducia reciproca tra il produttore e l'acquirente di un bene, tra il fornitore e l'utente di un servizio è una conquista per il funzionamento efficiente del mercato - o meglio dei mercati contemporanei, sul piano sia pubblico che privato, in ambito nazionale come internazionale. L'accreditamento garantisce che i rapporti di prova e di ispezione e le certificazioni (di sistema, prodotto e personale) che riportano il marchio ACCREDIA siano rilasciate nel rispetto dei più stringenti requisiti internazionali in materia di valutazione della conformità, e dietro una costante e rigorosa azione di sorveglianza sul comportamento degli operatori responsabili (Laboratori e Organismi). Per approfondimenti: www.accredia.it

³³² Ad esempio, mediante le c.d. "*visite di mantenimento*", l'ente certificatore verifica periodicamente che la società applichi correttamente lo *standard* qualitativo che le consente di fruire del marchio di qualità.

VI.3 Certificazioni di qualità industriali

In difetto di un esplicito dato normativo,³³³ la nozione di certificazione di qualità può ricavarsi dalle indicazioni fornite dalla giurisprudenza, secondo cui costituisce “*la procedura con la quale un soggetto verificatore esterno all’impresa, terzo e indipendente, che sia a ciò autorizzato (c.d. organismo certificatore) fornisce attestazione scritta che un prodotto, un processo produttivo o un servizio, a seguito di valutazione, è conforme ai requisiti specificati da norme tecniche, garantendone la validità nel tempo attraverso un’adeguata attività di sorveglianza*”.³³⁴

Secondo la dottrina,³³⁵ inoltre, la suddetta certificazione costituisce l’attestazione, proveniente da un organismo terzo e indipendente rispetto all’azienda committente, che dichiara la conformità di un prodotto o di un sistema di gestione aziendale agli *standards* qualitativi previsti, e che nel caso di certificazione obbligatoria costituisce il presupposto per l’immissione del prodotto sul mercato.

Le certificazioni di qualità,³³⁶ il cui oggetto può concernere un prodotto,³³⁷ un servizio,³³⁸ ovvero un sistema di gestione aziendale nella sua interezza,³³⁹ presentano punti di particolare interesse, sia per quanto riguarda la struttura e la funzione, che in merito alla natura degli organismi operanti nel settore.

In particolare, all’interno delle certificazioni di qualità possono rivenirsi sia certificazioni di tipo obbligatorio, espressamente disciplinate dal legislatore,

³³³ Evidenzia la mancanza di un quadro di riferimento generale che ha lasciato spazio a interventi normativi di carattere settoriale concernenti specifiche categorie di prodotti: F. Ancora, *Normazione tecnica, certificazione di qualità e ordinamento giur. cit.*, p. 11 e ss.

³³⁴ TAR Molise, 11.2.2003, n. 187, in *Foro amm.*, 2003, p. 666 e ss. secondo cui la natura e la funzione della certificazione di qualità, “*si concretizza in una attività volta a confermare la rispondenza sulla base di un giudizio in astratto di prodotti o processi produttivi agli standard di qualità richiesti in relazione ad un modello predeterminato*” (cfr. Risol. Min. Econ. e Finanze, 1.2.2007, n. 15/E), ossia l’accertamento da parte di un professionista terzo ed indipendente che, senza vincoli di mandato od obblighi di risultato nei confronti del committente, circa la conformità di un processo o prodotti agli *standard* qualitativi internazionalmente riconosciuti.

³³⁵ Sulla certificazione di qualità vedi in particolare E. Gargale, *Amministrazione pubblica e privati nella certificazione di qualità dei prodotti industriali*, in *Inform. E dir.*, 1993, p. 276 che definisce la certificazione come “*l’attestazione, tramite verifiche di ordine tecnico, economico, organizzativo, che certe capacità, ed i risultati di queste (i prodotti), siano coerenti sia con norme predeterminate, sia con la descrizione del prodotto*”; N. Campriani, *Qualità: obblighi legislativi e certificazione volontaria*, Milano 1999; F. Carlesi, *Le certificazioni dei sistemi di qualità*, in *I sistemi di certifica. cit.*, p. 65 e ss.; A. Benedetti, *Le certificazioni di qualità tra regolazione pubblica e autorevolezza priv. cit.*, p. 669 e ss.

³³⁶ S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo it.*, p. 1291; F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa. cit.*; F. Ancora, *Normazione tecnica, certificazione di qualità ed ordinamento giud. cit.*, p. 50 e ss.

³³⁷ Nella legislazione comunitaria il concetto di “prodotto” costituisce nozione dai confini labili e mutevoli, posto che le direttive di volta in volta qualificano come prodotto le più disparate entità materiali (strumenti, apparati, dispositivi, componenti).

³³⁸ Con la locuzione “servizio” si fa riferimento ad un *facere* preordinato alla realizzazione di un risultato. Al fine del corretto operare della distinzione effettuata si precisa che la differenza tra prodotto e servizio non assume rilievo decisivo, applicandosi i medesimi schemi procedurali.

³³⁹ Nell’ipotesi di certificazioni di sistemi di gestione aziendale le verifiche e i controlli non riguardano ovviamente il prodotto finito ma sono volti ad accertare esclusivamente l’efficacia dei procedimenti produttivi.

soprattutto comunitario, che attraverso le c.d. Direttive di prodotto³⁴⁰ e limitatamente ai beni da esse contemplate ha previsto quale presupposto per l'immissione in commercio l'obbligatoria apposizione del marchio CE,³⁴¹ il cui rilascio è solitamente subordinato alla presenza di una certificazione di qualità che garantisca la rispondenza del prodotto a parametri essenziali normativamente imposti e tendenzialmente riconducibili a esigenze di tutela della sicurezza e della salute degli utenti.

A tal riguardo, può rilevarsi come, prescindendo dalle mutevoli caratteristiche che ciascuna direttiva considera obbligatorie in relazione alla natura e alla specifica funzione del singolo prodotto, il requisito in ogni caso richiesto è quello dell'idoneità dello stesso a garantire la "*sicurezza delle persone, degli animali e dei beni*". La sussistenza di questo requisito è necessaria per l'immissione del prodotto nel mercato e il suo venir meno rappresenta altresì condizione di ritiro dal commercio, al fine, esplicitamente dichiarato dal legislatore, di attuare un'adeguata tutela dei consumatori.

Nell'ottica di una corretta individuazione degli interessi rilevanti nella disciplina sulle certificazioni obbligatorie, quest'ultime non costituiscono solo uno strumento della strategia comunitaria finalizzato alla semplificazione degli scambi tra vari Paesi,³⁴² ma svolgono altresì una funzione di "*tutela preventiva legale*",³⁴³ inquadrabile tra i c.d. *premarket controls*.³⁴⁴

³⁴⁰ Le direttive del c.d. nuovo approccio – ossia quelle che, a partire dalla Dir. CE n. 195/83, adottano il sistema del rinvio alle norme tecniche al fine di garantire il costante adeguamento ad uno "stato dell'arte" in continua evoluzione – concernono diciotto categorie di prodotti esplicitamente previste da altrettante direttive, qui di seguito riportate: Dir. CE n. 23/73 sul materiale elettrico (in GUCE L, 26.3.1973, n. 77); Dir. CE n. 404/87 sui recipienti semplici a pressione (in GUCE L, 8.8.1987, n. 220); Dir. CE n. 378/88 sui giocattoli (in GUCE L, 16.7.1988, n. 187); Dir. CE n. 106/89 sui prodotti da costruzione (in GUCE L, 11.2.1989, n. 40); Dir. CE n. 336/89 sulla compatibilità elettromagnetica (in GUCE L, 23.5.1989, n. 139); Dir. CE n. 392/89 sulle macchine (in GUCE L, 29.6.1989, n. 183); Dir. CE n. 384/90 sui macchinari per pesare a funzionamento non automatico (in GUCE L, 20.7.1990, n. 189); Dir. CE n. 385/90 sui dispositivi medici impiantabili attivi (in GUCE L, 20.7.1990, n. 189); Dir. CE n. 686/89 sui dispositivi di protezione individuale (in GUCE L, 30.12.1989, n. 399); Dir. CE n. 396/90 sugli apparecchi a gas (in GUCE L, 26.7.1990, n. 196); Dir. CE n. 263/91 sulle apparecchiature terminali di telecomunicazione (in GUCE L, 23.5.1991, n. 128); Dir. CE 42/92 sulle caldaie (in GUCE L, 22.6.1992, n. 167); Dir. CE 15/93 sugli esplosivi per uso civile (in GUCE L, 15.5.1993, n. 121); Dir. CE n. 42/93 sui dispositivi medici (in GUCE L, 19.4.1994, n. 100); Dir. CE n. 9/94 sugli apparecchi e sui sistemi di protezione (in GUCE L, 12.7.1994, n. 169); Dir. CE n. 25/94 sulle imbarcazioni da diporto (in GUCE L, 30.6.1994, n. 164); Dir. CE n. 62/94 sugli imballaggi e rifiuti di imballaggi (in GUCE L, 21.12.1994, n. 365); Dir. CE n. 16/95 sugli ascensori (in GUCE L, 7.9.1995, n. 213).

³⁴¹ L'impresa che intenda conseguire la marcatura obbligatoria CE dovrà attenersi a una delle procedure indicate dalla decisione n. 465/93, in base alla quale è necessaria o una dichiarazione di conformità da parte dello stesso fabbricante, salva la successiva verifica ad opera dell'organismo certificatore, ovvero l'attestazione rilasciata direttamente da tale organismo.

³⁴² Sul punto G. Smorto, *Certificazione di qualità e normazione tec. cit.*, p. 209 e ss. ove si sottolinea come la creazione del sistema di certificazione trovi origine "*nell'esigenza di eliminare le barriere di carattere tecnico al commercio*" destinate a cagionare "*effetti discorsivi sulla concorrenza tra beni prodotti all'interno e beni prodotti al di fuori di una singola realtà nazionale*".

³⁴³ In tal senso A. Luminoso, *Certificazione di qualità di prodotti e tutela del consumatore – acquirente*, in *Eur. Dir. priv.*, 2000, p. 42 il quale osserva come le discipline di controllo amministrativo della produzione e commercializzazione dei beni (ad esempio regole di registrazione, regole che impongono marchi obbligatori, regole relative ai requisiti di sicurezza e

In quest'ottica, sembra che gli interessi dei consumatori-acquirenti possano configurarsi come interessi direttamente protetti dalla suddetta disciplina, e ciò, in particolare, muovendo dal presupposto che l'insieme dei controlli, sotteso al rilascio delle certificazioni e volto ad attestare la conformità dei prodotti a requisiti di sicurezza uniformi, risulterebbe idoneo a garantire la tutela dei consumatori-acquirenti non solamente sotto il profilo della trasparenza del mercato, ma soprattutto sotto quello della loro salute e incolumità.³⁴⁵

In una prospettiva ulteriore, ma funzionale alla determinazione degli interessi rilevanti nel sistema delle certificazioni di qualità obbligatorie, deve altresì considerarsi che tale sistema, soprattutto sul piano dei controlli e delle sanzioni, si avvale di tecniche di indole schiettamente amministrativa: a titolo esemplificativo, l'art. 10 del D.P.R. 23.3.1998, n. 126, attuativo della Dir. CE n. 9/94 in materia di apparecchi e sistemi di protezione destinati ad essere utilizzati in atmosfera potenzialmente esplosiva, prevede che ove si sia constatato che tali apparecchi o sistemi rischiano di pregiudicare la sicurezza delle persone, degli animali o dei beni, il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato ne deve ordinare il ritiro temporaneo dal mercato e il divieto di utilizzazione. Ancora, l'art. 15 del D.Lgs. 27.9.1997, n. 311, in attuazione delle Dir. CE n. 404/87 e n. 488/90 in materia di recipienti semplici a pressione, prevede che in caso di indebita marcatura CE, ovvero nel caso di apposizione di marchi idonei a ingenerare confusione con il marchio CE, e salvo che i fatti costituiscano più grave reato, il fabbricante sia punito con l'arresto e con un'ammenda.

Parallelamente, però, l'attuazione concreta di tali previsioni è demandata allo strumento contrattuale, così che, all'interno di tale sistema e accanto alle rilevate esigenze di armonizzazione del mercato europeo e di tutela dei consumatori-acquirenti, vengono altresì presi in considerazione gli interessi tipicamente riferibili alle parti che hanno stipulato il contratto di certificazione: gli imprenditori da un lato e gli organismi certificatori dall'altro..

standards di qualità) realizzino una tutela preventiva del consumatore: tutela che diviene particolarmente efficace quando *“la legge subordina la commercializzazione, la circolazione o l'uso del prodotto (...) all'ottenimento di certificazioni di qualità ad opera di appositi organismi screditati o all'apposizione sul prodotto (o sulla confezione) di particolari marchi che evidenziano il rispetto, nella fabbricazione del prodotto, di apposite discipline giuridiche e norme tecniche”*.

³⁴⁴ A. Cordiano, *La nuova direttiva sulla sicurezza dei prodotti n. 2001/95/CE e lo stato di applicazione nell'ordinamento nazionale*, in *Vita not.*, 2004, I, p. 513 e ss.; A. Cordiano, *Sicurezza dei prodotti e tutela preventiva del consumatore*, Padova 2005, p. 143 e ss., ove i c.d. *premarket controls* – ossia quei controlli precedenti alla vendita dei prodotti o comunque alla loro messa in circolazione intesi ad imporre ai produttori e commercianti un livello accettabile di sicurezza – vengono collocati accanto alle norme emanate dagli organi legislativi nazionali e europei, come ad esempio la disciplina sulla responsabilità del produttore e sulla vendita e garanzia di beni di consumo, poiché tanto i primi quanto le seconde sarebbero accomunati dall'esigenza di protezione del consumatore.

³⁴⁵ In senso contrario si colloca quella dottrina secondo cui solo per gli altri imprenditori, con cui l'operatore certificato ha rapporto, come i committenti, le certificazioni assumerebbero significativa importanza: solo tali soggetti, che sempre più spesso subordinano il perfezionamento o l'efficacia dei contratti di fornitura alla verifica della rispondenza dei prodotti a *standards* predefiniti, annetterebbero all'attività di certificazione una specifica rilevanza esterna, perché nel contratto con il fornitore certificato ne richiamano specificamente la necessità. Al contrario, gli altri terzi e segnatamente i consumatori resterebbero estranei a questo sistema che può incentivare di fatto i rapporti, ma non li informa giuridicamente: A. Gentili, *La rilevanza giurid. cit.*, p. 44

Agli imprenditori, anche a prescindere dalla circostanza che il ricorso alla certificazione di qualità è nel caso in specie indotto da un obbligo di legge, deve sicuramente riconoscersi un autonomo interesse all'ottenimento della certificazione: l'articolato sistema di ispezioni e verifiche, cui il rilascio di quest'ultima è subordinato, non risponde solo alle già segnalate esigenze di carattere generale, ma appare altresì idoneo a soddisfare le esigenze interne dell'azienda, connesse al controllo del ciclo produttivo, nonché all'ottimizzazione del prodotto finale, in un'ottica di qualità competitiva.

La conformità dei prodotti alla normativa tecnica armonizzata, attestata dal rilascio della certificazione di qualità, garantisce inoltre al produttore una presunzione di conformità ai requisiti essenziali fissati dal diritto comunitario, che si traduce nel caso in esame in una presunzione di sicurezza dei prodotti e, correlativamente, un vantaggio per il produttore sul piano probatorio: il soggetto danneggiato, infatti, sul quale notoriamente grava l'onere di provare il difetto del prodotto, sarà tenuto a dimostrare che quest'ultimo, pur conforme alle norme armonizzate, è comunque difettoso, *id est* insicuro.

Passando all'analisi delle certificazioni volontarie - tutt'ora prive di specifica regolamentazione normativa, nonostante la loro crescente diffusione in diversi ambiti economici - occorre innanzitutto ribadire come esse traggano origine dalla prassi dei rapporti tra imprese e dall'esigenza di controllare l'efficienza dei processi produttivi aziendali, assicurandosi al contempo maggiore sicurezza sullo *standard* del prodotto finale.³⁴⁶

Come già precisato, a tali esigenze di carattere interno se ne affianca un'altra, di carattere esterno, connessa all'obiettivo di incentivare i rapporti con i consumatori e con i terzi in generale, offrendo loro maggiori garanzie in ordine alle caratteristiche dei beni certificati. Diversamente dal settore delle certificazioni obbligatorie, queste garanzie concernono non tanto una più elevata sicurezza dei beni, quanto invece il loro maggiore *comfort*, la qualità dei materiali impiegati, la resistenza, ecc.³⁴⁷

Il passaggio delle politiche aziendali da una concezione *selling oriented*, per la quale era il consumatore a doversi adattare all'offerta dell'impresa, a una concezione *marketing oriented*, volta cioè all'individuazione, allo studio e alla soddisfazione dei bisogni e delle esigenze del consumatore, ha determinato la crescente importanza del ruolo dell'utente finale, anche con riferimento alla scelta dell'azienda di sottoporre il prodotto a un controllo di qualità, al punto che la causa del contratto di certificazione è stata talora ravvisata nell'esigenza di "ottenere dal soggetto che svolge una attività di ispezione e certificazione (...)

³⁴⁶ A. Gentili, *La rilevanza giurid.* cit., p. 60 ove si sottolinea come tale esigenza risulti altresì funzionale alla conseguente promozione dell'economicità dell'azienda e della sicurezza del ciclo produttivo.

³⁴⁷ E. Blinova, *Le certificazioni di qualità* cit., p. 1340 precisa che le esigenze che la qualità è chiamata a soddisfare possono suddividersi in primarie, connesse cioè con la tutela della salute e della sicurezza, e accessorie, relative allo sviluppo del sistema economico ed al benessere della società: le prime sono tutelate dalla legislazione dello Stato attraverso regole tecniche obbligatorie, che prescrivono i requisiti essenziali per la protezione di interessi pubblici generali quali la sicurezza e la salute; le seconde si riferiscono alle norme tecniche volontarie che stabiliscono i requisiti costruttivi, prestazionali e funzionali dell'oggetto della normazione in relazione alle più avanzate conoscenze disponibili.

*una prestazione utilizzabile ai fini di una migliore presentazione sul mercato della attività o del prodotto del richiedente”.*³⁴⁸

Proprio quest’ultima notazione permette di evidenziare il ruolo di strumento di persuasione e di sollecitazione all’acquisto nei riguardi del consumatore-acquirente, oggi assolto dalle certificazioni di qualità volontarie.³⁴⁹ Tale ruolo emerge con evidenza soprattutto nelle ipotesi in cui la certificazione assume rilevanza “esterna”, poiché accompagnando il prodotto sul mercato, risulta essenzialmente diretta al consumatore, come si verifica oltre che nei casi di certificazione volontaria, anche in alcuni casi di certificazione obbligatoria.

Può allora condividersi l’affermazione secondo cui le certificazioni di qualità costituiscono un mezzo per distinguere il prodotto tra molteplici beni esistenti sul mercato e per aumentare il gradimento da parte del consumatore, che è indotto a scartare i prodotti privi di certificazione.³⁵⁰

Passando all’oggetto delle certificazioni volontarie, è già stato accennato come le stesse possano concernere un prodotto ovvero un sistema organizzativo aziendale, inteso nella sua interezza: in entrambi i casi gli obiettivi della certificazione risultano sostanzialmente coincidenti e sinteticamente riconducibili all’intento del produttore di garantire maggiore commerciabilità al prodotto finale; ma è pur vero che le modalità con cui si perviene a tale attestazione si appalesano diverse.

Nel caso della certificazione volontaria di prodotti, la procedura certificativa maggiormente diffusa è quella intesa ad accertare non soltanto che il prodotto risulti dotato dei requisiti qualitativi contemplati dalle normative di riferimento, ma anche l’effettiva idoneità dell’organizzazione aziendale, complessivamente considerata, a garantire una produzione di qualità.³⁵¹ A tal fine, lo schema di valutazione generalmente utilizzato si snoda in tre fasi essenziali: inizialmente, a seguito della richiesta del produttore, l’ente certificatore svolge delle verifiche preliminari sul personale e sui macchinari impiegati dall’azienda; nel corso della seconda fase l’ente procede ai controlli del prodotto in laboratorio, in base ai quali rilascia la certificazione ovvero emette giudizio negativo, eventualmente corredato dalla richiesta di azioni correttive o di ripetizione di indagini. L’ultima fase è caratterizzata dalle prove che l’ente esegue a campione, in modo programmato o no, al fine di verificare il mantenimento nel tempo del livello qualitativo iniziale.

³⁴⁸ Trib. Monza, 3.2.2004 cit.

³⁴⁹ N. Campriani, *Qualità: obblighi legislativi e certificazione volontaria* cit., p. 78 precisa che l’esigenza di garantire al prodotto una migliore collocazione nel mercato viene inquadrata tra i vantaggi commerciali generici, ai quali si aggiungerebbero quelli specifici e quelli di tipo gestionale, quale l’esigenza di dotarsi di una forma di autodisciplina, sottoponendo il proprio prodotto alle verifiche sistematiche di un organismo terzo e imparziale.

³⁵⁰ N. Campriani, *Qualità: obblighi legislativi e certificazione volontaria* cit., p. 77 e ss., secondo cui presentare un prodotto privo di certificazione può addirittura costituire una scelta perdente *a priori*.

³⁵¹ E’ opportuno sottolineare come le procedure di valutazione della qualità, soprattutto nelle applicazioni volontarie, possano uniformarsi a migliaia di schemi, la cui opzione dipende non soltanto dagli accordi intercorrenti tra il produttore e l’ente certificatore, ma anche dal tipo di prodotto da certificare. L’ISO ha sintetizzato tali schemi di certificazione classificandoli in otto categorie. Differentemente, nelle certificazioni obbligatorie, il modello da applicare a ciascun tipo di prodotto non deriverà dall’accordo tra l’azienda e l’organismo di certificazione, ma dalla normativa.

In caso di certificazione del sistema produttivo, ferma restando la sostanziale suddivisione in tre momenti fondamentali sommariamente coincidenti con quelli in precedenza descritti, le ispezioni e i controlli condotti dall'organismo certificatore concernono unicamente il sistema aziendale e la sua organizzazione, con particolare riferimento alla fase di progettazione, produzione o installazione dei prodotti. In definitiva, la certificazione volontaria del sistema di qualità aziendale non implica un controllo sul prodotto finito, ma solo l'accertamento della mera conformità delle fasi di produzione alle norme tecniche di riferimento.

Accanto alle certificazioni *strictu sensu* obbligatorie e volontarie sin qui illustrate, vanno poi collocate in posizione intermedia quelle il cui ottenimento non è imposto dalla legge, rappresentando piuttosto il presupposto necessario per il conseguimento di determinate finalità, con la conseguenza che in tali casi si tratta non tanto di un obbligo in senso proprio, quanto di un onere di certificazione. Si intende quindi far riferimento a quegli interventi normativi, che hanno inteso valorizzare le certificazioni di qualità volontarie quali strumenti adeguati a selezionare i soggetti esecutori di lavori pubblici o quelli aggiudicatari di pubbliche forniture.

In primo luogo non si tratta, come in altre fattispecie, di funzioni precedentemente esercitate da soggetti pubblici e ora affidate a organismi privati, in ordine alle quali l'amministrazione è passata da un intervento diretto a un intervento indiretto di indirizzo, controllo e vigilanza.³⁵² In questo caso si è verificato infatti un passaggio inverso, da un'attività di regolazione svolta da imprese private operanti nel settore comunitario, è subentrato un intervento di regolazione comunque privato, svolto da organismi di normalizzazione, subordinato alla supervisione di un potere pubblico, che assolve al compito di funzionalizzare l'attività regolativa dei privati ad interessi pubblici.³⁵³

VI.4 (Segue) Certificazioni per partecipazione alle gare pubbliche

Con riguardo al settore dei lavori pubblici, l'art. 8 comma 1, L. 11.2.1994, n. 109³⁵⁴ ha imposto che gli enti chiamati a eseguire tali lavori siano qualificati e

³⁵² Come rilevato da S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo* cit., p. 1294 e ss.

³⁵³ Ed invero, l'importanza del sistema di certificazione di qualità ha avuto in questi anni un fondamentale riconoscimento del mercato, consentendo alle imprese di ottenere un valore aggiunto nei confronti dei concorrenti, e del legislatore, come ad esempio nell'ambito dei lavori pubblici ove è richiesto ai soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di improntare la loro attività ai principi di qualità e concedendo il beneficio della riduzione del 50% del deposito della cauzione provvisoria per la partecipazione al bando di gara alle imprese alle quali sia stata attestata la certificazione di qualità (art. 40, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

³⁵⁴ Articolo abrogato dall'art. 256 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 e sostituito dall'art. 40 dello stesso Decreto, e successive modifiche, di seguito riportato: "I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati e improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza. Allo stesso fine i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati dai medesimi soggetti sono sottoposti a certificazione, ai sensi della normativa vigente. Con il regolamento previsto dall'articolo 5, viene disciplinato il sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, di importo superiore a 150.000 euro, articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori stessi. Con il regolamento di cui all'articolo 5 possono essere altresì periodicamente revisionate le categorie di qualificazione con la possibilità di prevedere eventuali nuove categorie. Il sistema di qualificazione è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità. L'attività di attestazione è esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di

giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori. Le SOA nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20. In caso di false attestazioni dalle stesse rilasciate si applicano gli articoli 476 e 479 del codice penale. Prima del rilascio delle attestazioni, le SOA verificano tutti i requisiti dell'impresa richiedente. Agli organismi di attestazione è demandato il compito di attestare l'esistenza nei soggetti qualificati di: a) certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000; b) requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione. Tra i requisiti tecnico organizzativi rientrano i certificati rilasciati alle imprese esecutrici dei lavori pubblici da parte delle stazioni appaltanti. Gli organismi di attestazione acquisiscono detti certificati unicamente dall'Osservatorio, cui sono trasmessi, in copia, dalle stazioni appaltanti. Il regolamento definisce in particolare: [a) il numero e le modalità di nomina dei componenti la commissione consultiva di cui al comma 3, che deve essere composta da rappresentanti delle amministrazioni interessate dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, della Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome, delle organizzazioni imprenditoriali firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro di settore e degli organismi di rappresentanza dei lavoratori interessati;] b) le modalità e i criteri di autorizzazione e di eventuale decadenza nei confronti degli organismi di attestazione, nonché i requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici che i predetti organismi devono possedere; c) le modalità di attestazione dell'esistenza nei soggetti qualificati della certificazione del sistema di qualità, di cui al comma 3, lettera a), e dei requisiti di cui al comma 3, lettera b), nonché le modalità per l'eventuale verifica annuale dei predetti requisiti relativamente ai dati di bilancio ; d) i requisiti di ordine generale in conformità all'articolo 38, e i requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari di cui al comma 3, lettera b), con le relative misure in rapporto all'entità e alla tipologia dei lavori. Vanno definiti, tra i suddetti requisiti, anche quelli relativi alla regolarità contributiva e contrattuale, ivi compresi i versamenti alle casse edili. Tra i requisiti di capacità tecnica e professionale il regolamento comprende, nei casi appropriati, le misure di gestione ambientale; e) i criteri per la determinazione delle tariffe applicabili all'attività di qualificazione; f) le modalità di verifica della qualificazione; 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 il periodo di durata della validità delle categorie generali e speciali oggetto della revisione di cui al comma 2; la verifica di mantenimento sarà tariffata proporzionalmente alla tariffa di attestazione in misura non superiore ai tre quinti della stessa; f-bis) le modalità per assicurare, nel quadro delle rispettive competenze, l'azione coordinata in materia di vigilanza sull'attività degli organismi di attestazione avvalendosi delle strutture e delle risorse già a disposizione per tale finalità e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica); g) la previsione di sanzioni pecuniarie e interdittive, fino alla decadenza dell'autorizzazione, per le irregolarità, le illegittimità e le illegalità commesse dalle SOA nel rilascio delle attestazioni nonché in caso di inerzia delle stesse a seguito di richiesta di informazioni ed atti attinenti all'esercizio della funzione di vigilanza da parte dell'Autorità', secondo un criterio di proporzionalità e nel rispetto del principio del contraddittorio; g-bis) la previsione delle sanzioni pecuniarie di cui all'articolo 6, comma 11, e di sanzioni interdittive, fino alla decadenza dell'attestazione di qualificazione, nei confronti degli operatori economici che non rispondono a richieste di informazioni e atti formulate dall'Autorità' nell'esercizio del potere di vigilanza sul sistema di qualificazione, ovvero forniscono informazioni o atti non veritieri; h) la formazione di elenchi, su base regionale, dei soggetti che hanno conseguito la qualificazione di cui al comma 3; tali elenchi sono redatti e conservati presso l'Autorità, che ne assicura la pubblicità per il tramite dell'Osservatorio. È vietata, per l'affidamento di lavori pubblici, l'utilizzazione degli elenchi predisposti dai soggetti di cui all'articolo 32, salvo quanto disposto per la procedura ristretta semplificata e per gli affidamenti in economia. Il regolamento stabilisce gli specifici requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi che devono possedere i candidati ad una concessione di lavori pubblici che non intendano eseguire i lavori con la propria organizzazione di impresa. Le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC

improntino la loro attività ai principi di qualità, professionalità e correttezza, stabilendo altresì che i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati siano sottoposti a certificazione ai sensi della normativa vigente, e segnatamente a una certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee.

A causa dell'inadeguatezza dei sistemi utilizzati in passato dalle amministrazioni aggiudicatrici,³⁵⁵ per garantire l'effettiva idoneità sostanziale delle imprese ad assumere e portare a buon fine i lavori pubblici,³⁵⁶ il legislatore nazionale ha infatti introdotto un nuovo sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori di interventi di importo superiore ad una determinata soglia e articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori stessi, sulla falsariga del diritto comunitario.³⁵⁷

17000, la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, usufruiscono del beneficio che la cauzione e la garanzia fideiussoria, previste rispettivamente dall'articolo 75 e dall'articolo 113, comma 1, sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento. Il regolamento stabilisce quali requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi devono possedere le imprese per essere affidatarie di lavori pubblici di importo fino a 150.000 euro, ferma restando la necessità del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38. 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. Le SOA sono responsabili della conservazione della documentazione e degli atti utilizzati per il rilascio delle attestazioni anche dopo la cessazione dell'attività di attestazione. Le SOA sono altresì tenute a rendere disponibile la documentazione e gli atti ai soggetti indicati nel regolamento, anche in caso di sospensione o decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione; in caso di inadempimento, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'articolo 6, comma 11. In ogni caso le SOA restano tenute alla conservazione della documentazione e degli atti di cui al primo periodo per dieci anni o nel diverso termine indicato con il regolamento di cui all'articolo 5). Le SOA hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità l'avvio del procedimento di accertamento del possesso dei requisiti nei confronti delle imprese nonché il relativo esito. Le SOA hanno l'obbligo di dichiarare la decadenza dell'attestazione di qualificazione qualora accertino che la stessa sia stata rilasciata in carenza dei requisiti prescritti dal regolamento, ovvero che sia venuto meno il possesso dei predetti requisiti; in caso di inadempimento l'Autorità procede a dichiarare la decadenza dell'autorizzazione alla SOA all'esercizio dell'attività di attestazione”.

³⁵⁵ Per tale motivo si è storicamente passati dall'elenco di imprese di fiducia selezionate sulla base della dimostrata capacità di adempimento di precedenti contratti all'istituzione dell'Albo nazionale dei costruttori, disposta con L. 10.2.1962, n. 57, la cui iscrizione costituiva presupposto legale per la partecipazione alle gare di appalto e per la conclusione del contratto. Com'è noto, dopo un'accesa discussione parlamentare, la L. 11.2.1994, n. 109 ha disposto l'abrogazione della legge istitutiva dell'Albo nazionale dei costruttori a decorrere dal 1 gennaio 2000. F. Ancora, *Revisione delle categorie di qualificazione delle imprese realizzatrici di lavori pubblici e regime delle SOA*, in *Giurisd. Amm.*, 2008, III, p. 147 e ss.; S. Cacace, *SOA. Una riforma incompiuta*, su www.giustizia-amministrativa.it

³⁵⁶ Ed anche la progressiva burocratizzazione della gestione del sistema di iscrizione di cui alla L. 10.2.1962, n. 57, soprattutto in merito al pericolo dell'accreditamento delle c.d. scatole vuote, imprese che figuravano sul mercato ma che non esistevano nella realtà, in quanto prive dei mezzi e delle capacità richieste e svolgenti in concreto solo attività di intermediazione, come rilevato da E. D'Arpe, *Requisiti, certificazioni e avvilimento negli appalti pubblici*, in *Giurisdiz. Amm.*, 2007, p. 347.

³⁵⁷ La dottrina sul punto è vastissima: si rinvia comunque a A. Bargone - P. Stella Richter, *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, Milano 2001; A. Cianflone - G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 2003; A. Astazi, *Le società organismi di attestazione (SOA)*, in *Riv. Trim. App.* 2000 p. 718 e ss.; G.P. Cirillo, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emanati nell'esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di*

A seguito all'avvenuta abolizione dell'Albo Nazionale Costruttori, il D.P.R. 25.1.2000, n. 34, Regolamento attuativo recante istituzione del sistema di qualificazione per esecutori di lavori pubblici,³⁵⁸ ha pertanto completato l'istituzione di un nuovo sistema di qualificazione delle imprese di costruzione che vogliono partecipare ad appalti pubblici, delegando tale funzione a soggetti privati: il legislatore ha definito specificamente quali requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici siano necessari per lo svolgimento, in piena indipendenza, dell'attività di qualificazione.

Gli organismi di certificazione sono i soggetti competenti al rilascio non solo del certificato del sistema di qualità conforme alle norme comunitarie, ma anche della dichiarazione della presenza di elementi significativi e correlati al sistema di qualità, autorizzati allo svolgimento di detta attività dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, sentita un'apposita commissione consultiva istituita presso la medesima Autorità.³⁵⁹

La legge, per limitare l'ambito di intervento regolamentare, ha affidato direttamente agli organismi di certificazione il compito di attestare in capo ai soggetti qualificati l'esistenza di determinati requisiti, come ad esempio la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee UNI EN ISO 9000; la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità rilasciata dagli stessi soggetti appena richiamati;³⁶⁰

qualificazione delle imprese, in *Riv. Trim. App.* 2000, p. 743; S. Foà, *Nuovi munera pubblici e principio di imparzialità* cit. p. 30 e ss.; C. Gruccone - D.Galli, *Il nuovo sistema di qualificazione nei lavori pubblici*, Milano 2000; N. Titomanlio, *Qualificazione: dal Consiglio di Stato critiche alle SOA e alla poca qualità*, in *Edil. Terr.* 1999, p. 50.

³⁵⁸ Deve precisarsi che la giurisprudenza ha ritenuto illegittime le disposizioni di cui all'art. 18 comma otto ultimi capoversi, D.P.R. 25.1.2000, n. 345 come modificata dal DPR 10.3.2004, n. 93, secondo cui per l'esecuzione dei lavori della categoria OS12 si richiede, al fine di acquisire o rinnovare la qualificazione per le classifiche III o superiori, che l'impresa sia titolare della certificazione UNI ISO EN 9001:2000, e la determinazione 7.2.2006 n. 2/2006 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in quanto verrebbe escluso arbitrariamente dalle gare un numero elevato di imprese, senza alcuna ragione giustificativa e in pregiudizio della necessaria pariteticità tra le imprese concorrenti. Cfr. TAR Lazio, III, 18.10.2006, n. 10485, in *Foro Amm.*, TAR, 2006, 10, p. 3250 ha ritenuto che *"Il principio di proporzionalità-adequatezza costituisce principio generale dell'ordinamento e implica che l'amministrazione debba adottare la soluzione idonea e adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti, e si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi che con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, vale a dire sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia adeguato all'obiettivo da perseguire e necessario, nel senso che nessuna altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile"*.

³⁵⁹ L'art. 8 della L. 11.2.1994, n. 109, come successivamente modificate ed integrata, ha rimesso ad apposito regolamento – da emanare ai sensi dell'art. 17.2 L. 23.8.1988, n. 400 – l'istituzione di un sistema di qualificazione, specificando che *"tutti gli esecutori (...) devono essere qualificati e improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza"* e che *"i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati dai medesimi soggetti sono sottoposti a certificazione, ai sensi della normativa vigente"*.

³⁶⁰ S tratta di un'attenuazione del rilievo conferito alla certificazione di qualità: per l'arco di un quinquennio la L. 11.2.1994, n. 109, infatti, ha ammesso accanto alla figura della certificazione della presenza nell'impresa richiedente di un sistema integrale di qualità conforme alle norme comunitarie della serie Uni En Iso 9000, anche quella della dichiarazione della presenza di meri elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità, demandando al regolamento

l'esistenza dei requisiti di ordine generale, tecnico-organizzativi ed economico-finanziari, conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione.

Lo svolgimento da parte delle SOA dell'attività di certificazione è subordinato all'autorizzazione che l'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici rilascia a seguito di apposita istanza, corredata dall'atto costitutivo e dallo statuto sociale, dall'elencazione della compagine sociale e dalla dichiarazione circa eventuali situazioni di controllo o di collegamento, dall'organigramma della società e da un documento di attestazione.³⁶¹ L'Autorità quindi, mediante un primo controllo complessivo sulla compagine societaria, verifica l'indipendenza delle SOA.³⁶² I controlli sono funzionali a uno svolgimento imparziale dell'attività certificativa,³⁶³ che potrebbe essere subordinata alle finalità di lucro proprie di una società di diritto privato operante in regime di concorrenza.

Il regolamento in esame detta disposizioni in materia di organizzazione aziendale delle SOA, imponendo loro un minimo di capitale sociale, un minimo di dipendenti in organico e, addirittura, definendo i ruoli e le competenze minime che tale organico deve possedere. Al fine di controllare l'operato delle società di qualificazione, inoltre, il legislatore ha condizionato l'inizio dell'attività imprenditoriale delle SOA a un preventivo e capillare controllo del possesso dei requisiti soggettivi e del rispetto delle linee guida dettate per lo svolgimento delle procedure di attestazione, soggetto comunque a forti poteri ispettivi amministrativi sui rapporti contrattuali instaurati con le imprese da certificare.³⁶⁴

delegato di graduare nel tempo il raggiungimento del regime ordinario incentrato esclusivamente sulla prima tipologia di certificazione: il D.P.R. 25.1.2000, n. 34 prescrive, comunque, l'obbligo per le stazioni appaltanti di richiedere la certificazione della presenza nell'impresa di un sistema integrale di qualità conforme alla normativa europea per tutti i lavori pubblici di importo non inferiore a €500.000,00 a decorrere dall'anno 2006.

³⁶¹ Sulla struttura delle SOA: Cons. St., A.G., n. 203/1999, in *www.giustizia-amministrativa.it*

³⁶² M. Sinisi, *Trasferimento delle partecipazioni azionarie di una SOA e procedimento di revoca dell'autorizzazione a rilasciare attestazioni di qualificazione: quali i poteri dell'Autorità?*, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 12, p. 3909 e ss.

³⁶³ Imparzialità intesa come "manifestazione del potere di ponderazione e contemperamento dei diversi interessi coinvolti nell'azione" secondo la definizione di U. Allegretti, *Imparzialità* cit., p. 60 e ss.

³⁶⁴ Deve infatti distinguersi da una parte il rapporto che intercorre tra l'Autorità e la SOA, ritenuto di stampo pubblicistico, e quello tra la SOA e l'impresa certificata, di natura privatistica: *ex pluribus* Cons. St., V, 13.10.2010, n. 7471, in *red. Amm. CDS*, 2010, 10; TAR Reggio Calabria, 24.2.2010, n. 124, in *Red. Amm. TAR*, 2010, 2; TAR Emilia Romagna, Bologna, I, 13.2.2003, n. 97, in *Ragiusan* 2003, p. 233 e ss.. La fase del contratto di certificazione è regolata dalle norme di diritto privato e i due soggetti, impresa e SOA, sono vincolati da reciproche obbligazioni che vedono da una parte la prestazione della SOA, che consiste nella verifica della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge per il rilascio della certificazione di qualità, la cui controprestazione si sostanzia nel riconoscimento del compenso. Invece, la fase di autorizzazione e di vigilanza da parte dell'Autorità è espressione della potestà amministrativa da cui deriva la posizione giuridica di interesse legittimo della SOA e la competenza del giudice amministrativo. Di contro, il rapporto tra SOA e impresa rientra nella cognizione del giudice ordinario non potendo le SOA essere condizionate "da alcun atto preventivo dell'Autorità, rimanendo del tutto libere nell'esecuzione della propria obbligazione, avendo come unico parametro da rispettare quello derivante dalla normativa antimafia" (TAR Lazio, III, 10.7.2002, n. 6241, in *App. Urb. Edil.*, 2002, p. 123, assumendo, le determinazioni dell'Autorità, la consistenza formale di atti amministrativi generali a contenuto interpretativo assimilabili a delle circolari interpretative, non vincolanti in senso assoluto.

Tutti questi elementi evidenziano la funzione pubblicistica svolta dalle SOA, che pertanto, pur rimanendo soggetti privati, aventi quale obiettivo esclusivo la finalità di lucro, esercitano l'attività professionale seguendo principi di imparzialità, indipendenza di giudizio e naturalmente di semplificazione amministrativa.

La giurisprudenza e la dottrina prevalenti hanno infatti confermato che le SOA sono organismi di diritto privato, e che il rapporto tra queste e le imprese da certificare è configurato come contratto privatistico, che presenta elementi legali predeterminati, come il rispetto delle tariffe, e dall'altro si conclude con un'attestazione che è un atto unilaterale delle SOA con valore di atto pubblico.³⁶⁵

Tale conclusione non è stata peraltro condivisa *in toto* dalla Autorità di Vigilanza dei Lavori Pubblici che, se da una parte ha più volte affermato il "*rilievo pubblicistico che riveste la funzione di attestazione*" ed altresì affermato l'obbligo per le SOA di "*comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nel rispetto dei principi di cui all'art.1 L.109/94*",³⁶⁶ dall'altra ha però affermato che le SOA, pur non essendo obbligate al rispetto della normativa sulla semplificazione possono applicare "*il meccanismo della dichiarazione sostitutiva di notorietà in quanto questo atto può essere usato anche nei rapporti interprivatistici in materia civile e commerciale e si inquadra negli atti di natura non negoziale a carattere certificativo*".³⁶⁷

Delle due l'una: o l'Autorità prende atto del carattere pubblicistico rivestito dalla funzione svolta dalle SOA e concede loro il diritto-dovere di assoggettarsi alla disciplina della semplificazione amministrativa, oppure considera l'attività delle SOA un'attività commerciale a carattere puramente interprivatistico, con la conseguenza inevitabile di limitare la propria ingerenza di vigilanza nelle loro attività professionali.

Alle SOA, infatti, è affidata l'attività preliminare di qualificazione, mirata ad accertare ed attestare il possesso da parte dei privati esecutori di lavori dei requisiti di ordine generale³⁶⁸ e speciale di tipo tecnico-finanziario,³⁶⁹ conformi

³⁶⁵ Tra le altre, Cons. St., VI, 24.1.2005, n. 128, in www.giustiziamministrativa.it, la quale ha confermato il potere dell'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici di annullare le attestazioni e certificazioni di qualità rilasciate dalle SOA, pur riconoscendo a queste ultime natura di organismi di diritto privato; TAR Lombardia, Milano, I, 19.5.2008, n. 1761 in www.giustiziamministrativa.it; in dottrina vedi S. Foà, *Nuovi munera pubblici e principio di imparzialità* cit., p. 3 e ss; M. Sinisi, *Trasferimento delle partecipazioni azionarie* cit., p. 3912.

³⁶⁶ Autorità di Vigilanza dei Lavori Pubblici, Determinazione n. 38 del 27.7.2000, pubblicato in G.U. 8.8.2000 n.184, p. 29 e ss.

³⁶⁷ Autorità di Vigilanza dei Lavori Pubblici, Determinazione n.41 del 27.7.2000, pubblicato in G.U. 8.8.2000 n.184, p. 39 e ss.

³⁶⁸ Elencati nell'art. 17 del D.P.R. 25.1.2000, n. 34 ed attinenti in sintesi allo *status* dell'impresa (ad esempio assenza di dichiarazione di fallimento o pendenza di procedure fallimentari *et similia*, inesistenza di sentenze definitive di condanna incidenti sulla moralità professionale o di procedimenti antimafia), alle obbligazioni di natura pubblicistica dell'impresa stessa (ad esempio inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi di pagamento di contribuzione sociale ovvero irregolarità gravi per il pagamento di imposte e tasse, inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, attinenti all'osservanza di norme poste a tutela della prevenzione e della sicurezza sui posti di lavoro), ovvero ancora alla condotta tenuta dalla predetta nell'ambito specifico dei lavori pubblici in precedenza.

³⁶⁹ I requisiti di ordine speciale sono indicati dall'art. 18 del D.P.R. 25.1.2000, n. 34 e sono: l'adeguata capacità economica e finanziaria; l'adeguata idoneità tecnica e organizzativa; l'adeguata dotazione di attrezzature tecniche; l'adeguato organico medio annuo.

alle disposizioni comunitarie vigenti in materia di qualificazione: tale attività è subordinata alla stipula di un apposito contratto di qualificazione tra le SOA e i soggetti privati richiedenti l'attestazione, disciplinato dal diritto privato.

Mentre l'attività di certificazione può essere affidata solo in ipotesi eccezionali, essendo tipicamente riservata agli organismi di diritto privato di certificazione (per cui si rinvia al cap. VI.2), compete alle SOA anche l'attestazione del possesso da parte degli esecutori della certificazione o della dichiarazione rilasciata dagli organismi di certificazione a ciò accreditati (ad opera prima del SINCERT e ora di ACCREDIA, che è l'ente in Italia a ciò deputato).

Può quindi dirsi che la qualificazione rimessa alla competenza delle SOA riguarda in via diretta l'attestazione della professionalità e correttezza dei privati aspiranti contraenti e, in via indiretta, l'attestazione della presenza in capo ai medesimi soggetti dei requisiti di qualità già accertati sulla base dei parametri dettati dalla disciplina europea dagli organismi di diritto privato di certificazione.

L'attestazione di qualificazione emessa dalle SOA ha efficacia per cinque anni, con obbligo di verifica entro il terzo e costituisce condizione necessaria e sufficiente limitatamente alla dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici.³⁷⁰

La legittimazione delle SOA in esame a svolgere attività di attestazione trova la propria fonte, oltre che nella legge, nei provvedimenti autorizzatori emessi dall'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici,³⁷¹ che sono quindi alla base sia della legittimazione della funzione svolta dalle SOA, che della subordinazione di quest'ultime al potere di controllo dell'Autorità.³⁷²

Al fine di comprendere se effettivamente l'attività delle SOA rientri nel novero delle funzioni amministrative e se pertanto il Legislatore abbia inteso introdurre una nuova ipotesi di esercizio privato di pubbliche funzioni, dovranno analizzarsi l'organizzazione delle SOA, i rapporti giuridici tra le stesse e l'amministrazione e le forme di controllo previste sulla rispondenza agli interessi pubblici dell'attività esercitata.

³⁷⁰ Con parere 6.12.1999, n. 203 il Consiglio di Stato, Sezione Consultiva aveva segnalato il rischio che tale scelta avrebbe potuto comportare il rischio di riprodurre il problema del congelamento dei requisiti ad un dato momento, che già in passato era stato fonte della crisi del sistema previgente in termini di effettività; il regolamento n. 34/2000 avrebbe inoltre fornito un'interpretazione riduttiva rispetto alla portata innovativa della L. 109/1994, confermando in buona sostanza l'impostazione tradizionale della qualificazione come somma dei requisiti soggettivi, senza dare adeguato risalto all'elemento della qualità.

³⁷¹ L'Autorità di vigilanza in questo caso opera come amministrazione in senso proprio e non come Autorità Indipendente in posizione terza e imparziale e deve procedere ad un articolato e tipizzato iter procedimentale. Merita precisare che ai sensi dell'art. 10.2, lett. f) D.P.R. 25.1.2000, n. 34 le SOA devono allegare all'istanza di autorizzazione anche un documento contenente la descrizione delle procedure che saranno utilizzate per l'esercizio dell'attività di attestazione: si tratta di un ulteriore auto – limite all'esercizio delle competenze la cui violazione comporta dirittura la revoca dell'autorizzazione.

³⁷² Tra il soggetto privato e l'amministrazione si verifica quindi un rapporto reputato in dottrina parzialmente analogo a quello esistente in passato tra concedente e concessionario secondo S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo* cit., p. 1293, il quale precisa però che nella fattispecie in esame non si tratta di provvedimento concessorio ma di autorizzazione costitutiva così come sostenuto anche da G.P. Cirillo, *La tutela giurisdizionale* cit., p. 762; *contra* A. Astazi, *Le società di attestazione* cit., p. 723 secondo cui il provvedimento *de quo* ha natura ricognitiva.

Per quanto attiene al profilo organizzativo, le SOA devono rivestire la forma giuridica di società per azione di diritto speciale monoscopo,³⁷³ con partecipazione obbligatoriamente e totalmente privata e con sede sociale necessariamente situata sul territorio nazionale, la cui struttura e disciplina statutaria è peraltro analiticamente disciplinata da regolamenti e determinazioni dell'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici, che le rendono sostanzialmente prive di autonomia organizzativa.³⁷⁴

Allo stesso modo, spetta alla potestà regolamentare statale la definizione dei requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici che le SOA devono possedere,³⁷⁵ ma viene comunque precisato che tali organismi “*devono agire in piena indipendenza rispetto ai soggetti esecutori di lavori pubblici*”.³⁷⁶

Le capillari previsioni legislative sono quindi funzionali allo svolgimento imparziale dell'attività assegnata alle SOA, connotata da un evidente rilievo pubblicistico, tanto che nell'espletamento dell'attività le predette società devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nel rispetto dei principi di cui all'art. 1 L. 11.2.1994, n. 109,³⁷⁷ in attuazione dei principi disciplinanti l'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.,³⁷⁸ con il logico corollario che la predetta attività deve uniformarsi ai criteri di efficienza ed efficacia, secondo procedure improntate a tempestività e trasparenza, nel rispetto della normativa comunitaria e della libera concorrenza.

³⁷³ S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo* cit., p. 1292 e ss.; S. Foà, *Nuovi munera pubblici e principio di imparzialità* cit., p. 4 ritiene che le società in esame possano essere incluse nella categoria di elaborazione dottrinale delle c.d. società legali, ovvero delle società aventi oggetto predeterminato e regole di funzionamento diverse da quelle generali: C. Ibba, *Le società legali*, Torino 1992; R. Wiegmann, *Società per azioni*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1997, p. 343 che con riferimento alle società legali o legificate ascrive al crescente intervento dei pubblici poteri nella vita economica la frequenza delle previsioni legislative che obbligano a costituire o addirittura creano, società per azioni aventi appunto oggetto predeterminato e spesso anche regole di funzionamento diverse da quelle civilistiche.

³⁷⁴ Con determinazione 7.4.2000, n. 23 l'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici ha prontamente dichiarato che la natura speciale delle SOA rispetto al modello societario dettato dal codice civile ed ha chiarito che le previsioni da inserire nell'atto costitutivo e nello statuto assurgono ad elementi tipologici propri dell'organismo di attestazione: lo statuto in particolare deve prevedere come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione secondo le norme del regolamento e di effettuazione dei connessi controlli tecnici sull'organizzazione aziendale e sulla produzione delle imprese, nonché sulla loro capacità operativa ed economico-finanziaria.

³⁷⁵ Basti considerare che è normativamente previsto l'organico minimo che le SOA devono possedere, il numero dei vari componenti ed anche il titolo di studio e l'esperienza professionale che devono possedere.

³⁷⁶ Cfr. art. 8.4, lett. b), L. 11.2.1994, n. 109. I requisiti generali e di indipendenza sono stati precisati dall'art. 7 D.P.R. 25.1.2000, n. 34; l'indipendenza con la quale le SOA devono espletare l'attività di qualificazione pare allora compatibile con la circostanza che tra le società stesse e le imprese richiedenti debba stipularsi un contratto tipicamente civilistico e che l'attività svolta dalle predette società sia comunque posta in essere per scopo di lucro.

³⁷⁷ Determinazione 27.7.2000, n. 38 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

³⁷⁸ Deve comunque precisarsi che l'imparzialità connotante l'attività delle SOA deve essere intesa come manifestazione del potere di ponderazione e contemperamento dei contrapposti interessi coinvolti nell'azione ed è connessa quindi all'esercizio di poteri discrezionali: U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965, p. 65; particolarmente rilevante nella fattispecie in esame pare la soluzione sostenuta dall'Autore in altra sua opera (*Imparzialità e buon andamento*, in *Dig. Disc. Pubb.*, 1991, p. 134) secondo cui il principio di imparzialità attiene all'obbligo di parità di trattamento tra più soggetti privati.

Conseguentemente, le SOA devono operare un contemperamento della indiscussa finalità di profitto con la neutralità e obiettività che deve caratterizzarne la condotta al fine di perseguire l'interesse pubblico relativo al buon fine dei contratti dello Stato.

E' inoltre stato previsto che le SOA, anche nella fase delle c.d. ricerche di mercato, siano tenute a comunicare all'amministrazione le modalità di contatto già avute o che intendono avere con potenziali clienti, al fine della garanzia dell'indipendenza di valutazione dell'atto di attestazione, e a specificare se con questi ultimi siano state attuate forme di impegno a svolgere attività di qualsiasi contenuto che possano condizionare l'indipendenza di valutazione all'atto di qualificazione, al fine di garantire la piena trasparenza delle attività.³⁷⁹ A ciò aggiungasi che anche gli elementi essenziali del contratto di qualificazione – e pertanto anche il corrispettivo spettante alle società di attestazione – da stipularsi tra le SOA e le imprese richiedenti, sono già state predeterminate legislativamente.

Ne deriva che le predette Società devono assumere le proprie decisioni con indipendenza di giudizio, imparzialità e trasparenza,³⁸⁰ e sono sottoposte a un controllo – sia preventivo al momento della richiesta di autorizzazione che successivamente con varie modalità³⁸¹ – da parte dell'Autorità di vigilanza.

E' pertanto evidente che l'esigenza primaria perseguita dal legislatore pare essere quella di evitare che le SOA, in qualità di organismi di diritto privato agenti in regime di concorrenza, possano subordinare l'interesse pubblico affidatogli ad esigenze private prettamente economiche.

Per quanto attiene più specificamente al tipo di attività posta in essere dalle SOA, deve rilevarsi che i vincoli apposti dalla legge, nei termini ora ricordati, permettono di affermare che l'attività posta in essere da tali organismi è connotata da un margine di discrezionalità, riconducibile in particolare alla discrezionalità tecnica.³⁸²

Per tale motivo, l'atto di attestazione rilasciato dalle SOA³⁸³ è qualificato come atto pubblico dalla dottrina,³⁸⁴ che, pur riconoscendo che il rapporto

³⁷⁹ Determinazione Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici 27.7.2000, n. 38, secondo cui infatti le SOA devono garantire imparzialità ed equo trattamento, assicurare e mantenere l'indipendenza richiesta dalla legge e dal regolamento.

³⁸⁰ Come espressamente previsto dalle determinazioni dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici 27.7.2000 nn. 38 e 41.

³⁸¹ Il controllo successivo dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici concerne difatti la verifica dei requisiti previa istanza di un'impresa concorrente; controlli periodici a campione sulle attestazioni rilasciate; controllo sulle condizioni del contratto di qualificazione su istanza dell'impresa richiedente l'attestazione: è evidente che il soggetto pubblico mantiene comunque un potere di controllo incisivo.

³⁸² E' pacifico che il principio di imparzialità trovi applicazione nel campo dell'attività discrezionale e trovi il proprio strumento di controllo nel sindacato sull'eccesso di potere: F. Satta, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, 1989, p. 1; la ricorrenza di tale vizio viene però rivelata da diverse figure sintomatiche nel caso in cui si tratti di discrezionalità tecnica: C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutaz.* cit.

³⁸³ Obbligatoriamente entro novanta giorni e con obbligo di tempestiva comunicazione all'Autorità

³⁸⁴ S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo* cit., p. 1293; G. Carboni, *Società di revisione (reati in materia di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1997, p. 432, ove peraltro si precisa che "la caratura dell'atto, esattamente qualificata come atto pubblico in senso lato, non è comunque sufficiente a far rientrare l'oggetto in esame (...) nel pur ampio spazio che il legislatore penale ha disegnato a

intercorrente tra le società e le imprese richiedenti l'attestazione è di natura contrattuale,³⁸⁵ pone l'accento sulla netta limitazione dell'autonomia privata e della discrezionalità delle predette società in considerazione della disciplina approntata dal legislatore.

L'affermare che l'attività posta in essere dalle SOA è caratterizzata da una discrezionalità tecnica rileva in primo luogo sulla natura degli atti emanati dalle società in questione: in quanto finalizzate a dare contezza di fatti, situazioni e valutazioni tecniche, infatti, tali atti non sono qualificati da parte della dottrina come certificazioni in senso tecnico, ma piuttosto come attestazioni.³⁸⁶

Tale ricostruzione si ricollega a quell'impostazione dottrinale che classifica i procedimenti amministrativi di certificazione a seconda del grado di libertà di apprezzamento rimesso all'amministrazione relativamente al contenuto del provvedimento da emanare e che distingue pertanto gli attestati e le attestazioni, in quanto connotati da un giudizio tecnico discrezionale, dagli altri atti dichiarativi o ricognitivi:³⁸⁷ conseguentemente, anche gli atti denominati certificati di valutazione di determinate qualità dovrebbero in realtà considerarsi attestati.

Per quanto attiene ai poteri di controllo riservati all'amministrazione, deve precisarsi che tali poteri sono finalizzati a garantire che l'attività delle SOA corrisponda realmente agli interessi pubblici cui è preordinata e che tali interessi non siano subordinati a fini di lucro.³⁸⁸

Nell'ambito della competenza generale in materia di controllo sul sistema di qualificazione attribuita dal D.P.R. 25.1.2000 n. 34, spetta infatti all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici verificare che le SOA mantengano un comportamento atto ad eliminare qualsiasi possibilità di conflitti di interesse, rilasciando le attestazioni nel pieno rispetto dei requisiti previsti dal regolamento.³⁸⁹

Particolare rilievo tra i poteri di controllo e vigilanza attribuiti all'Autorità deve assegnarsi alla possibilità prevista dall'art. 16 del D.P.R. 25.1.2000 n. 34, per cui le stesse imprese richiedenti l'attestazione possono chiedere che venga esercitato un controllo sulle determinazioni assunte dalle SOA in merito ai contratti stipulati con le imprese e pertanto nella fase, tipicamente privatistica, della formazione della volontà negoziale e di conclusione del contratto.

carico delle persone cui viene attribuita una funzione strettamente pubblica o l'esercizio di un pubblico servizio".

³⁸⁵ Deve peraltro considerarsi che l'art. 7.4 del D.P.R. 25.1.2000, n. 34 stabilisce che la composizione e la struttura organizzativa di tali società deve assicurare anche in presenza di eventuali situazioni di controllo o collegamento, ai sensi dell'art. 2359 c.c., il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e 'assenza di qualunque interesse commerciale e finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori.

³⁸⁶ E' la soluzione proposta da S. Foà, *Nuovi munera pubblici e principio di imparzialità* cit., p. 5, che peraltro avverte che la distinzione ha valore convenzionale e che in ogni caso sembra prevalere il momento della ricognizione dell'esistenza di fatti e qualità, sebbene condotto sulla base di nozioni tecniche.

³⁸⁷ Secondo la ricostruzione proposta da G. Sala, *Certificati ed attestati* cit., p. 539.

³⁸⁸ Come nel caso del privato esercente pubbliche funzioni: G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni* cit., p. 240 e ss.; *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici* cit., p. 100 e ss.

³⁸⁹ I poteri di vigilanza e controllo possono essere esercitati dall'Autorità anche su motivata e documentata istanza di un'altra impresa che sia portatrice di un interesse concreto ed attuale; sono inoltre previste verifiche periodiche a campione delle attestazioni rilasciate.

Da un sistema totalmente pubblico si è quindi passati a un sistema di qualificazione in cui la certezza pubblica è fornita da attività svolte da soggetti privati, appositamente istituiti e costituiti come enti *no profit*, a ciò autorizzati preventivamente dall'amministrazione, che svolgono quindi funzioni di qualificazione, attestazione e certificazione per scopo di lucro e in regime di concorrenza.

VI.4 Certificazioni ambientali

Le certificazioni ambientali volontarie attualmente presenti in Italia sono: l'ISO 141001, l'EMAS (*Eco-Management and Audit Scheme*) e l'ECOLABEL, tutte introdotte e disciplinate da fonti esterne al nostro ordinamento per valutare e migliorare le prestazioni ambientali di aziende ed enti pubblici,³⁹⁰ e fornire al pubblico e ad altri soggetti interessati informazioni sulla relativa gestione ambientale.³⁹¹

Nel primo caso la regolamentazione consiste in linee guida poste dall'ISO (*International Standards Organisation*) e poi approvare dal CEN (*Comité Européen de Normalisation*), nel secondo nel terzo è stabilita rispettivamente dal Regolamento CE n. 761/2001³⁹² e dal Regolamento CE n. 1980/2000³⁹³.

³⁹⁰ Deve segnalarsi il forte incremento nel numero delle registrazioni e delle certificazioni di enti pubblici in tutta Europa: M. D'Amico - S. Ubaldini, *L'applicazione del regolamento EMAS nella pubblica amministrazione*, in *Regioni e Amb.*, 4, 2008, p. 1 e ss. rilevano che l'adozione di un Sistema di Gestione Ambientale da parte di un ente pubblico comporta i seguenti risultati: il miglioramento dell'efficienza interna; il miglioramento della qualità del territorio di pertinenza e della vita dei cittadini.

³⁹¹ E. Burgin, E. Cancila, E. Franco (a cura di), *Qualità e territorio - La certificazione ambientale negli enti locali*, Milano 2008; A. Benedetti, *Le certificazioni ambientali*, in G. Rossi (a cura di) *Diritto dell'ambiente*, Torino 2008, p. 185 e ss.; N. Lugaresi, *Diritto dell'ambiente*, Padova 2004; F. Fracchia, *Diritto dell'ambiente*, Bari 2002; F. Fracchia - M. Occhiena, *I sistemi di certificaz. cit.*, p. 189 e ss.; E. Gerelli, *Reputazione ambientale e competitività cit.*, p. 707 e ss. secondo cui l'utilizzo delle certificazioni ambientali è la creazione di una "reputazione ambientale".

³⁹² Anche l'ISO 14001 è stata recepita nello stesso regolamento, modificato successivamente dal Regolamento CE n. 196/2006. La terza versione (EMAS III) è stata pubblicata il 22/12/2009 con il Regolamento CE n. 1221/2009 che abroga e sostituisce il precedente regolamento. Le organizzazioni registrate EMAS, come per esempio le piccole e medie imprese, le amministrazioni e le organizzazioni internazionali comprese la Commissione e il Parlamento Europeo, possono utilizzare un apposito logo, secondo le procedure ed i requisiti di utilizzo stabiliti dal regolamento comunitario: P. Molinas, *EMAS III: verso quale soluzione?*, in *Reg. e Amb.*, 2007, 2, p. 27 e ss.

³⁹³ Da ultimo modificato con Regolamento CE n. 66/2010: l'ECOLABEL attesta attraverso la veicolazione di informazioni accurate, non ingannevoli e scientificamente fondate che il prodotto o il servizio ha un ridotto impatto ambientale nel suo intero ciclo di vita, diversificandosi dai prodotti concorrenti presenti sul mercato, mantenendo comunque elevati *standard* prestazionali. Il logo è rappresentato da un fiore (la margherita). Il Regolamento ECOLABEL istituisce un Comitato dell'Unione europea per il marchio di qualità ecologica (CUEME) - composto dagli organismi nazionali competenti per il rilascio della certificazione e da rappresentanti delle diverse parti sociali coinvolte - avente il compito di proporre i criteri ecologici da adottare in relazione a ciascun prodotto, criteri che vengono poi definitivamente approvati dalla Commissione, su parere favorevole del Comitato di regolamentazione. Le modifiche da ultimo apportate non hanno arrecato variazioni sostanziali alla natura o agli obiettivi dello strumento in esame, essendosi piuttosto rese necessarie in ragione della continua evoluzione delle dinamiche di mercato, nonché dei progressi scientifici connessi alla misurazione della qualità ambientale dei prodotti.

Scopo prioritario di tali strumenti comunitari è contribuire alla realizzazione di uno sviluppo economico sostenibile, ponendo in rilievo il ruolo e le responsabilità delle imprese, sulla base dei principi comunitari vigenti in materia.³⁹⁴

Il sistema di gestione relativo alle attività tecniche di registrazione EMAS, accreditamento e sorveglianza dei Verificatori Ambientali e rilascio del marchio ECOLABEL è riservato agli Organismi di Accreditamento, che in Italia sono il Comitato ECOLABEL e ECOAUDIT – Sezione EMAS Italia.³⁹⁵

Nel quadro dell'applicazione dello schema EMAS, i Verificatori Ambientali sono chiamati a valutare da un lato l'adeguatezza del Sistema di gestione ambientale (SGA) implementato dall'organizzazione e finalizzato a concretizzare la politica ambientale, dall'altro la correttezza dell'informazione che sarà divulgata al pubblico tramite la Dichiarazione Ambientale.³⁹⁶

A seguito dell'esito positivo della verifica i Verificatori convalidano la Dichiarazione Ambientale, che ha validità massima triennale, da trasmettersi al Comitato EMAS e quindi all'APAT per il prosieguo dell'*iter* di registrazione. Le organizzazioni che hanno ottenuto la registrazione sono inserite in un apposito

³⁹⁴ Il D.Lgs. 3.4.2006, n. 152, invero, si era limitato a giustapporre le discipline settoriali, senza avere l'ambizione di produrre un vero e proprio codice contenente i principi generali regolativi della materia ambientale: rileva la mancata enunciazione dei principi comuni ai singoli settori legislativi e la carenza dei principi generale e dell'organico coordinamento dei precetti del testo normativo. F. Giampietro, *Né T.U., né Codice dell'ambiente...ma un unico contenitore per discipline differenziate*, in *Ambiente & sviluppo*, 2006, p. 405 e ss.; denuncia la mancanza di una parte generale anche F. Fonderico, *La "codificazione" del diritto dell'ambiente in Italia, modelli e questioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 632 e ss., che definisce il decreto, più che un codice o un testo unico, un "testo unificato"; osserva che "il testo ambientale non riordina la materia ambientale secondo principi fondamentali, ne' coordina la disciplina dei vari settori tra loro, che risultano pertanto solo giustapposti nel medesimo testo"; P. Dell'Anno, *Principi fondamentali della tutela dell'ambiente fra normativa europea e legislazione nazionale*, in *Dir. e giur. agr.*, 2006, p. 281 e ss.; sottolinea l'assenza di una intelaiatura generale e di un quadro di principi comuni pure M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema, complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, p. 238 e ss. L'intervento correttivo del D.Lgs. 16.1.2008, n. 4, sembra aver recepito siffatte critiche ed ha introdotto nella parte iniziale del suddetto testo gli artt. da 3 bis a 3 sexies, con i quali si richiamano nel testo normativo i principi generali di derivazione comunitaria in attuazione dei criteri direttivi della L.D. 15.12.2004, n. 308, nella parte in cui si prevede (art. 1, comma 8, lett. f) "l'affermazione dei principi comunitari di prevenzione, di precauzione, di correzione e di riduzione degli inquinamenti e dei danni ambientali e del principio chi inquina paga": ma l'affermazione di tali principi, più che nella loro declamazione, avrebbe dovuto trovare declinazione in sede di redazione di un'eventuale disciplina generale, nonchè nelle discipline di settore. Per un primo commento al decreto correttivo: D. Ponte, *L'affermazione "chi inquina paga" recepisce un principio comunitario*, in *Guid. Dir.*, 2008, 3, p. 149 e ss.

³⁹⁵ P. Molinas - S. Ubaldini - M. Soraci, *EMAS: 10 anni di applicazione in Italia*, in *Reg. e Amb.*, 2008, 1 - 2, p. 1 e ss. rilevano che sono accreditati ad operare in Italia sedici Verificatori Ambientali, dei quali quattordici sono enti di certificazione che operano anche nell'ambito della qualità ISO e due sono professionisti individuali. Per approfondimenti: www.emas - ecolabel.it e www.apat.gov.it

³⁹⁶ I compiti dei VA possono essere così sintetizzati: 1) accertare l'osservanza di tutte le prescrizioni contenute nel Regolamento EMAS (ad es. Analisi ambientale, SGA, *audit*..) con particolare attenzione alla fattibilità degli obiettivi e validità dei principi generali di azione enunciati nel documento di Politica ambientale; 2) verificare l'attendibilità e l'esattezza dei dati e delle informazioni contenuti nella Dichiarazione ambientale. Per approfondimenti: B. Capra - M. Soraci - V. Parrini, *Il Verificatore Ambientale EMAS: accreditamento e funzioni*, in *Idea Ambiente*, 2007, p. 5 e ss.

elenco nazionale.³⁹⁷ Ai Verificatori spettano poi il compito di sorvegliare nel tempo sull'effettivo mantenimento delle condizioni che hanno determinato la convalida e conseguentemente la registrazione, in particolare verificando l'efficacia del Sistema di gestione ambientale nel conseguire gli obiettivi prefissati, elaborando un programma di controllo, convalidando gli aggiornamenti annuali della Dichiarazione Ambientale e riesaminando in ogni caso l'intero sistema entro e non oltre trentasei mesi.

E' evidente peraltro che in considerazione della particolare rilevanza degli interessi pubblici coinvolti, il sistema così delineato non possa prescindere dalla presenza pubblica, che deve continuare a fissare il contesto normativo nel quale si muovono gli operatori privati.³⁹⁸

Attualmente i modelli di etichettatura ambientale di prodotto sono molteplici, sia a livello nazionale che internazionale. La maggiore o minore efficacia di tali meccanismi è sostanzialmente dettata da tre fattori: il grado di scientificità con cui sono individuati gli standard di valutazione (in termini di rigore dei parametri e di non facile conseguimento del certificato); la terzietà del soggetto cui è demandato il compito di certificare il prodotto (per esigenze di idoneità tecnica, e, soprattutto, di trasparenza dell'assegnazione) e la conseguente credibilità, garantita dall'esercizio dell'attività di certificazione da parte di soggetti neutri ed autorevoli, siano essi di natura pubblica o privata; la diffusione dell'etichetta e la relativa agevole riconoscibilità della stessa, e del suo valore intrinseco, da parte del consumatore medio.³⁹⁹

Come già accennato, una politica d'impresa orientata alla qualità ambientale del prodotto deve in ogni caso risultare compatibile con la natura di un'attività a scopo di lucro:⁴⁰⁰ e infatti, il livello di eco-sostenibilità ottimale del prodotto sarà

³⁹⁷ In Italia, le registrazioni EMAS con accreditamento italiano sono 1036 relative a 1440 siti (al 31.12.2009, secondo statistiche elaborate da ISPRA relative alle organizzazioni registrate: cfr. www.isprambiente.it). La Regione con il maggior numero di Registrazioni è l'Emilia - Romagna (178, sempre al 31.07.2009) mentre seguono, rispettivamente con 129 e 126, Toscana e Lombardia. Il settore col maggior numero di registrazioni è quello delle Pubbliche Amministrazioni (200 al 21.12.2009) che nel corso dell'ultimo anno ha subito l'incremento maggiore, rappresentando così oltre il 20% del totale delle registrazioni. Il numero di registrazioni è ancora relativamente basso, in particolare se confrontato con il numero di certificazioni ISO 14001 accreditate in Italia al 31.12.2009: 13091 certificazioni rilasciate in Italia (fonte ACCREDIA: www.accredia.it).

³⁹⁸ E ciò per il fatto che *"Il mercato è di per se stesso un meccanismo di scelta non teleologicamente orientato; i suoi esiti ed i suoi tempi non sono esattamente predeterminabili, in quanto rimessi a negoziazioni"*: M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema, complesso, adattivo, comune*, Torino 2007, p. 238 e ss.; P. Dell'Anno, *Principi fondamentali della tutela dell'ambiente fra normativa europea e legislazione nazionale*, in *Dir. e giur. agr.*, 2006, p. 281 e ss.

³⁹⁹ In relazione all'ultimo di tali fattori, quello della visibilità del marchio, sono stati poi individuati altri quattro parametri di misurazione, ciascuno legato ad un diverso angolo di visuale: *"1) per i prodotti, il numero di prodotti per i quali le imprese hanno ottenuto il marchio; 2) per gli articoli, il numero di articoli commercializzati con il marchio; 3) per le imprese, il numero di imprese che hanno ottenuto il marchio; 4) per il valore, il valore delle vendite di tali articoli"*, M. Capuano, *Il marchio ecologico europeo (Ecolabel)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internaz.*, 2002, p. 574 e ss..

⁴⁰⁰ È evidente come un approccio di questo tipo si inserisca nel più ampio filone dell'analisi economica del diritto, in merito alla quale sia consentito rinviare a S. Cassese, *Giuristi ed economisti: metodo e metodi nello studio del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 341 e ss.; G. Napolitano, *Analisi economica del diritto*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubb.* cit.

dato dal punto d'incontro tra il costo marginale (incremento di spesa) che l'impresa affronta al fine di rispettare le esigenze ambientali e il beneficio marginale (incremento del profitto) che la medesima impresa ottiene in ragione dell'applicazione di una politica ambientalista.⁴⁰¹

Dei due fattori, il valore del costo marginale dipende da ragioni di ordine tecnico-organizzativo (spese necessarie per migliorare la qualità ambientale del bene), mentre il beneficio marginale è condizionato dall'entità della quota di mercato influenzata da elementi di tipo ambientale, dal numero, cioè, dei soggetti disposti a scegliere sulla base della maggiore o minore qualità ambientale del prodotto. E' evidente, pertanto, che ad una più elevata sensibilità ambientale della collettività, segue un correlato incremento del beneficio marginale, il che permette all'impresa di effettuare ulteriori investimenti volti a potenziare la qualità ambientale dei propri prodotti, con l'ulteriore conseguenza di uno spostamento verso l'alto del punto di eco-compatibilità ottimale (creandosi quindi una situazione comunemente definita *win-win*, di doppio vantaggio, per l'impresa e per l'ambiente).⁴⁰²

Nel modello delineato, una politica tesa a far acquisire una determinata reputazione "verde" necessita innanzitutto, per diventare efficace, di essere conosciuta: riveste un aspetto determinante, quindi, il fatto che il produttore riesca a trasmettere al consumatore le maggiori informazioni possibili in relazione alla sua attenzione alle tematiche ambientali, al fine di orientarne la scelta. Molto spesso, tuttavia, ciò non accade: da un lato, reperire da parte del singolo i dati che gli consentirebbero di effettuare scelte consapevoli comporta costi sostanzialmente inaccessibili alla generalità dei cittadini, dall'altro, sussiste la difficoltà da parte dell'imprenditore di spiegare all'utente le giustificazioni tecniche in grado di dimostrare l'eco-compatibilità di un prodotto.

Proprio a causa di tale asimmetria informativa le potenzialità di una politica fondata sulla reputazione dell'impresa si riducono drasticamente, con conseguente realizzazione di un numero di scambi orientati dalla qualità del prodotto notevolmente inferiore rispetto a quelli che si otterrebbero in caso di trasferimento completo delle informazioni.⁴⁰³

⁴⁰¹ Un'eventuale spesa ulteriore, tale da rendere il costo marginale superiore, anche se di poco, al relativo beneficio marginale, avrebbe innegabili effetti positivi in termini di interesse collettivo (incremento di tutela ambientale) ma si rivelerebbe del tutto irrazionale dal punto di vista economico e, pertanto, estranea al sistema imprenditoriale: Per una più ampia applicazione delle categorie economiche al settore in esame csi veda G. Baccelli, *Analisi economica del diritto dell'ambiente*, in G. Di Plinio e P. Fimiani (a cura di), *Principi di diritto ambientale*, Milano 2008, p. 85 e ss., il quale eleva il modello ora descritto ad un livello generale, utilizzando come parametri di valutazione non gli interessi dell'impresa e del singolo consumatore, bensì i costi e i benefici della collettività. "Il fatto che l'impresa riversi nell'ambiente prodotti di scarto attraverso la sua produzione è un'azione che provoca due effetti simultanei. Da un lato, causa un beneficio alla società poiché mette a disposizione nuovi beni; tale beneficio si computa misurando la disponibilità a pagare da parte della collettività ogni unità aggiuntiva del nuovo bene. Dall'altro lato, la medesima azione provoca un costo alla collettività poiché rende indisponibili determinati beni (le materie prime impiegate) per alcuni usi alternativi; tale costo si computa, perciò, misurando il valore che la collettività assegna alla mancata disponibilità delle risorse ambientali utilizzate per realizzare una unità aggiuntiva del bene prodotto".

⁴⁰² M. Calabrò, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto* cit., p. 2645 e ss.

⁴⁰³ Tanto che "È ragionevole supporre che le imprese siano scarsamente incentivate ad investire in tecnologie ambientalmente virtuose ma costose, la cui adozione prospetti benefici commerciali quantomeno dubbi, data l'assenza di condizioni di credibilità e di visibilità": M. Cafagno, *Principi*

L'esperienza degli ultimi anni individua nelle certificazioni di prodotto uno degli strumenti maggiormente efficaci in termini di “lotta” alle suddette asimmetrie informative: in altre parole, si offre all'impresa che volontariamente accetti di sottoporre a verifica il raggiungimento di alcuni *standards* da parte dei propri prodotti, la possibilità di ottenere un attestato di qualità – il cui valore è riconosciuto all'interno del mercato – spendibile nel rapporto con i consumatori.

Tale certificazione costituisce pertanto un mezzo semplice e attendibile per attestare adeguatamente la reputazione ambientale dell'impresa: semplice perché sostituiva di spiegazioni tecniche di difficile comprensione; attendibile in quanto i sistemi di certificazione attualmente vigenti sono regolati e gestiti da organismi di controllo che godono della fiducia della collettività, in quanto pubblici o, comunque, estranei al mercato.

In questa materia anche nel caso di certificazioni rilasciate da soggetti pubblici, che costituiscono provvedimenti dichiarativi di certezza,⁴⁰⁴ la finalità perseguita è quella di attestare, sulla base di valutazioni di tipo obiettivo e non discrezionale, un determinato fatto, non, però, nell'interesse della p.a., bensì di altri soggetti dell'ordinamento, ovviando, alle inefficienze derivanti dal *deficit* informativo che si crea tra produttore e consumatore. È stato, comunque, acutamente osservato come – nel contesto di cui ci si occupa – la fiducia del cittadino è riposta nella istituzione certificatrice non in quanto pubblica o garantita da un soggetto pubblico, bensì in quanto portatrice di un “*sapere specializzato*”, con la conseguenza che “*il ruolo dello Stato nella garanzia della fiducia si trasforma e si frammenta, potendo estrinsecarsi nella diretta garanzia della fiducia o, più frequentemente, nella regolazione del corretto funzionamento dei meccanismi di garanzia della fiducia*”.⁴⁰⁵

Analizzando, invece, il fenomeno da un angolo di visuale privatistico, parte della dottrina ha ritenuto che le certificazioni di qualità ambientale siano inquadrabili nella categoria dei c.d. marchi collettivi, quei marchi, cioè – non appartenenti ad una singola impresa, bensì ad un organismo cui aderiscono più imprese – destinati a garantire una particolare natura, origine o qualità dei beni prodotti.⁴⁰⁶

Tale ricostruzione si presta peraltro ad alcune obiezioni: mentre, in linea generale, l'utilizzo di un marchio collettivo non è aperto a tutti i soggetti interessati, bensì solo a coloro ai quali l'organismo titolare del marchio intende

e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema cit., p. 403. e ss. A. Benedetti, *Le certificazioni ambientali*, in G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente* cit., p. 185 ss. e ss. Sulle asimmetrie informative si rinvia per tutti a G.A. Akerlof, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, trad. it. A cura di M. Pacifico, *Racconti di un Nobel dell'economia. Asimmetria informativa e vita quotidiana*, Milano 2003.

⁴⁰⁴ Sul tema sia consentito rinviare al cap. II: in questa sede per economica espositiva si ricorderanno solo i seguenti contributi: G. Zanobini, *Corso di diritto amm.* cit.; M.S. Giannini, *Certezza pubb.* cit., p. 769 e ss.; G. Sala, *Certificati e attest.* cit., p. 536 e ss.; A. Fioritto, *La funzione di certezza pubb.* cit.; A. Romano Tassone, *Amministrazione pubblica e produzione di « certezza »: problemi attuali e spunti riflessivi*, in *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, cit., p. 23 e ss..

⁴⁰⁵ A. Benedetti, *Certificazioni “private” e pubblica fiducia*, in *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza* cit., p. 7 e ss.

⁴⁰⁶ M. Ricolfi, *Marchi di servizio, non registrati e collettivi*, in AA.VV., *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino 2005, p. 154 e ss.; L. Quattrini, *Marchi collettivi, di garanzia e di certificazione*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, p. 126 e ss.

concederlo, in caso di certificazione di qualità ambientale tutte le imprese che siano in grado di mettere in commercio beni rispondenti agli *standards* richiesti vantano un diritto soggettivo al rilascio dell'attestato. Una rappresentazione di questo tipo dello strumento delle certificazioni ambientali di prodotto appare altresì riduttiva, in quanto analizzata dal solo punto di vista dell'imprenditore, e degli effetti positivi che l'adesione a tale sistema può comportare per la sua attività.

In realtà, la *ratio* sottesa all'introduzione di documenti in grado di attestare la qualità ambientale di un bene è ben altra, per cui i benefici di cui gode l'imprenditore si rivelano conseguenze secondarie di un più ampio sistema finalizzato a perseguire obiettivi di tutela ambientale attraverso modalità nuove e più efficaci rispetto a quelle tradizionali. Al riguardo, come già accennato, è sorto da alcuni anni un ampio dibattito in dottrina circa il rapporto tra ambiente e mercato, circa la possibilità (e la legittimità) di sfruttare tecniche di mercato in funzione di politiche di salvaguardia ambientale.

Per molto tempo i diversi strumenti di politica ambientale utilizzati erano tutti in qualche modo riconducibili alla impostazione *command and control*, fondata essenzialmente sulla dinamica regolazione/sanzione;⁴⁰⁷ in tale contesto non residua spazio alcuno per singole iniziative private, e ciò in ragione di una visione negativa delle dinamiche di mercato, la cui neutralità – in termini di mancato perseguimento di un fine differente da quello del profitto – le renderebbe le meno adatte alla tutela dell'ambiente, ed anzi una delle principali cause dei danni ad esso arrecati.

Recentemente, peraltro, accanto alla constatazione del fallimento di politiche volte a tutelare l'ambiente attraverso rigide determinazioni e programmazioni, spesso inattuata, si è nel contempo sviluppato un differente approccio, essenzialmente fondato sulla convinzione che un utilizzo “orientato” di alcune tecniche di mercato possa rivelarsi utile alla difesa dell'ambiente, in una dimensione di tutela “attraverso il mercato”.⁴⁰⁸

D'altro canto, data la rilevanza fondamentale dei beni e degli interessi coinvolti, non è nemmeno realisticamente ipotizzabile affidare la conservazione e l'uso efficiente dei beni ambientali ai soli meccanismi di mercato: gli inevitabili margini di incertezza connessi a un sistema incentrato sull'aggregazione delle diverse preferenze individuali, nonché il carattere della scarsità dei beni oggetto di

⁴⁰⁷ Tale approccio si estrinseca nella individuazione di regole puntuali relative alle diverse attività in grado di incidere sul bene ambiente, regole il cui mancato rispetto comporta l'irrogazione di sanzioni più o meno gravi in relazione al danno arrecato: per una completa disamina dei diversi strumenti di *command and control* operanti nel nostro ordinamento si rinvia a M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema* cit., p. 332 e ss.

⁴⁰⁸ Al riguardo, in realtà è stato osservato come il rapporto tra ambiente e mercato si possa essenzialmente declinare in due forme: tutela dell'ambiente *nel* mercato e *attraverso* il mercato: “*nel primo caso è lo stesso mercato che si adatta ad un contesto regolatorio più sensibile alle tematiche ambientali e si dota spontaneamente di strumenti funzionali in qualche modo alla tutela dell'ambiente (...) La tutela dell'ambiente attraverso il mercato consiste invece nella messa in opera di strumenti che fanno leva sulle dinamiche di mercato e sulle modalità di funzionamento del medesimo per promuovere la tutela dell'ambiente*” (F. Fracchia, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 105 e ss.)

scambio (le risorse naturali) non permettono una totale affrancazione dai tradizionali meccanismi pubblici di regolazione e controllo.⁴⁰⁹

Nell'ambito di tale approccio di tutela di tipo ibrido, il grado meno intenso di intervento pubblico (e, pertanto, maggiormente "affidato" alle dinamiche di mercato) è rappresentato proprio dai sistemi di certificazione ambientale (di impresa e di prodotto).⁴¹⁰

Come si è già avuto modo di osservare, infatti, con tali strumenti si dà la facoltà agli imprenditori di posizionarsi sul mercato in maniera maggiormente competitiva, fornendo loro un utile mezzo per attrarre ulteriori consumatori; nel contempo, tuttavia, senza imporre alcun obbligo, il mero e libero agire dell'impresa privata determina conseguenze positive in termini di salvaguardia ambientale, laddove si immettono sul mercato beni il cui ciclo produttivo è caratterizzato dal rispetto di elevati *standards* di tutela ambientale in termini di consumo di materie prime, riciclabilità, riduzione di sprechi, ecc.

Il sistema di certificazione europeo, come del resto gran parte di quelli nazionali e internazionali, non trova comunque applicazione in relazione a qualsiasi prodotto o servizio, bensì unicamente nei confronti di determinate categorie di beni, particolarmente significativi dal punto di vista ambientale. In ogni caso, fino ad oggi e pur tenendo in considerazione i miglioramenti verificatisi negli ultimi anni, la politica comunitaria di etichettatura ecologica non ha ottenuto il successo sperato, né in termini di diffusione, né, di conseguenza, di efficace strumento di tutela ambientale, anche se proprio il nostro Paese è uno di quelli che ha conseguito il maggior numero di certificazioni ECOLABEL, in relazione alle quali è stato rilevato che per oltre il 50% delle imprese italiane che hanno ottenuto tale attestato il fatturato sia sensibilmente aumentato.⁴¹¹

Le ragioni del parziale insuccesso dell'ECOLABEL sono probabilmente da ricercare nella complessità delle procedure e nei costi eccessivi: dal punto di vista

⁴⁰⁹ È questa la posizione di quella corrente di pensiero conosciuta come "economia ecologica", per cui in contrapposizione ad un approccio puramente economico, si evidenzia la necessità di applicare strumenti in grado di integrare esigenze e principi ecologici con le dinamiche di mercato. Sul punto vedi M. Bresso, *Economia ecologica*, Milano 1997; I.M. Marino, *Diritto, amministrazione, globalizzaz.* cit., p. 25 e ss. Per una completa ricostruzione del dibattito tra teorici dell'impostazione economica pura e teorici della economia - ecologica si rinvia a M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema* cit., p. 433 e ss., il quale osserva a p. 439 che "poiché l'economia si ingrandisce trasferendo entropia all'atmosfera, non è sufficiente che le risorse siano allocate all'interno del sistema economico così da massimizzare l'appagamento delle preferenze di consumatori e produttori; occorre la pregiudiziale definizione di un limite esterno alla crescita, limite che il mercato non è in grado di darsi spontaneamente"; A. Lolli, *L'amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna 2008, p. 157 precisa che gli strumenti economico - volontari di amministrazione sono spesso impiegati "per una tutela incrementale dell'interesse pubblico, fermo restando che la tutela di base resta garantita da strumenti di diritto amministrativo tradizionale: di command and control appunto".

⁴¹⁰ M. Frey, *Certificazione ambientale e imprese: certezze, opportunità e implicazioni competitive*, in *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza* cit.

⁴¹¹ P. Molinas - S. Ubaldini - M. Soraci, *EMAS: 10 anni di applicazione in It.* cit., p. 8 e ss. A ben vedere, i risultati positivi in termini di maggiore profitto non sono da attribuire unicamente alla acquisizione di una determinata reputazione ambientale e, di conseguenza, alla conquista di una più elevata competitività, ma anche - dal punto di vista interno all'impresa - all'incremento dell'efficienza economica del processo produttivo, derivante dalla razionalizzazione dello stesso e dalla riduzione dei costi di produzione.

procedimentale il soggetto che intende volontariamente acquisire l'etichetta europea in relazione ad un suo prodotto deve rivolgersi all'ente nazionale di certificazione (Comitato ECOLABEL), il quale inoltra l'istanza all'APAT (Agenzia per la protezione dell'ambiente),⁴¹² che cura l'istruttoria tecnico-amministrativa. La valutazione del prodotto sulla base di criteri ecologici individuati a livello europeo avviene in laboratori accreditati; una volta conclusa l'attività di verifica, l'APAT trasmette una relazione al Comitato ECOLABEL, la cui decisione, ove positiva, viene notificata alla Commissione Europea, che provvede ad aggiornare l'elenco dei produttori titolari del marchio ecologico.

La complessità del procedimento, motivata anche dalla delicatezza delle valutazioni ad esso sottese, scoraggia soprattutto le piccole e medie imprese, il cui atteggiamento di sfiducia nei confronti di tale certificazione è altresì aggravato dalla sua efficacia meramente temporanea: il marchio ECOLABEL, infatti, una volta ottenuto, resta in vigore per un periodo limitato, coincidente con il periodo di validità degli stessi criteri in base ai quali l'etichetta viene rilasciata, i quali sono soggetti ad una continua rivisitazione (ogni 3 o 5 anni).

A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione, di non poco conto, che l'attività di valutazione non è a carico dell'ente certificatore, con conseguente obbligo del pagamento di una somma a copertura delle spese da parte del produttore richiedente, il quale è altresì tenuto a sostenere i costi del diritto annuale di utilizzo dell'attestato, in misura percentuale del fatturato delle vendite nel mercato europeo del prodotto etichettato.⁴¹³

Proprio in ragione dei citati limiti che caratterizzano il sistema di certificazione di qualità ambientale europeo, molte imprese si sono orientate verso altre misure analoghe, sempre di tipo volontario, quali, a livello di normazione internazionale, le norme della serie ISO 14020, ove le etichette ecologiche sono definite strumenti volontari che mirano a sviluppare la domanda di prodotti e servizi con bassi impatti ambientali fornendo informazioni sul ciclo di vita al fine di indirizzare la richiesta dei consumatori.

Rispetto al sistema ECOLABEL, l'etichettatura rifacentesi alle norme ISO, denominata Dichiarazione Ambientale di Prodotto (DAP), ha il duplice vantaggio

⁴¹² Come è noto, l'APAT, che ha sostituito l'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente (ANPA) a seguito del D.lgs. 30.7.1999 n. 300, svolge diverse funzioni di supporto tecnico - scientifico nei confronti del Ministero dell'Ambiente nonché - per il tramite di apposite convenzioni - di altre amministrazioni e enti pubblici. Più nello specifico, l'ausilio fornito dall'APAT, nei confronti del Comitato ECOLABEL consiste - ai sensi dell'art. 5 del D.M. 2.8. 1995, n. 413 - nell'attuazione di: a) istruttoria tecnico amministrativa delle domande di assegnazione del marchio comunitario di qualità ecologica; b) predisposizione dei formulari per la compilazione delle domande; c) istituzione e gestione di appositi e distinti registri delle domande di assegnazione di tale marchio ricevute, accolte e respinte; d) predisposizione di nuovi gruppi di prodotti da sottoporre alla delibera del Comitato; e) informazione del pubblico e delle imprese sul regolamento attraverso appositi strumenti, anche eventualmente tramite collaborazione delle camere di commercio, industria e artigianato, senza l'aggravio di ulteriori oneri; f) promozione di studi e ricerche.

⁴¹³ Interessante, sul punto, quanto evidenziato da A. Lolli, *L'amministrazione attraverso strumenti economici* cit., p. 179, nota 46, circa il legame sussistente tra la soggettività pubblica del Comitato Ecolabel ed il valore delle quote, che "non è correlato al valore della controprestazione resa dal Comitato, ma comprende considerazioni tipicamente pubblicistiche, di tipo quasi impositivo, connesse alla volontà di parametrare il valore della quota anche ai livelli di reddito delle imprese, introducendo elementi di politica industriale".

di rappresentare uno strumento più semplice da ottenere ed utilizzare, riconosciuto a livello mondiale e non solo europeo. Una delle maggiori differenze rispetto al modello di certificazione europeo consiste nella circostanza che è lo stesso produttore a comunicare tutte le informazioni attinenti all'impatto ambientale del prodotto con la DAP, la cui veridicità è certificata da organismi certificatori terzi di natura privata.⁴¹⁴

L'attribuzione ad un soggetto di diritto privato della funzione di certificatore potrebbe, a prima vista, apparire poco felice, in termini di garanzia della affidabilità e veridicità delle informazioni sottese al rilascio dell'etichetta. Al riguardo, invero, è possibile sottolineare una recente tendenza che sembra contraddire quanto a suo tempo ritenuto dalla dottrina prevalente, laddove si individuava nei provvedimenti dichiarativi di certezza uno dei più rilevanti servizi che la pubblica amministrazione offriva ai privati nell'interesse della regolare costituzione e del corretto svolgimento dei loro rapporti.⁴¹⁵

Come già rilevato nella prima parte del presente elaborato, infatti, sono sempre più diffusi i contesti nei quali l'informazione viene fornita o direttamente dall'interessato sotto la propria responsabilità (autocertificazioni) o, come nella fattispecie in esame, da un soggetto terzo, avente natura giuridica privata, nel quale le parti (nel nostro caso, produttori e consumatori) ripongono la propria fiducia.⁴¹⁶

Ciò non significa che nel contesto così delineato vi sia una completa assenza del potere pubblico: la dottrina ha al riguardo precisato, infatti, che la progressiva privatizzazione dell'attività di certificazione rappresenta *“una propaggine di quel processo di 'giuridificazione' della società che negli ordinamenti contemporanei ha agito sulla riorganizzazione della sfera pubblica, oltre che con riferimento alle attività economiche, anche in relazione allo svolgimento di compiti di benessere sociale, estrapolando dall'amministrazione soggettiva servizi e funzioni che tuttavia non hanno perso la loro vocazione 'funzionale' di essere rivolti al soddisfacimento di interessi della collettività”*.⁴¹⁷

In altre parole, piuttosto che di assenza, deve parlarsi di un diverso atteggiarsi del potere pubblico in relazione alle attività di produzione di certezza:⁴¹⁸ il

⁴¹⁴Le norme ISO 14020, invero, riconoscono tre diverse tipologie di dichiarazioni ambientali di prodotto: 1) Tipo I, rilasciata da organismi indipendenti solo nei confronti di prodotti che superano determinati requisiti minimi; 2) Tipo II, limitata ad una autodichiarazione del produttore concernente gli aspetti ambientali del proprio prodotto che ritiene utile valorizzare; 3) Tipo III, prevede la verifica di un organismo indipendente, ma non è richiesto il superamento di una soglia minima di qualità, bensì il rispetto di un formato nella comunicazione dei dati che faciliti il confronto tra prodotti.

⁴¹⁵G. Zanobini, *Sull'amministrazione pubblica di diritto priv.* cit., p. 169 e ss.; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'econ. cit.*, p. 39 e ss.; S. Giacchetti, *Certificazione cit.*, p. 1 e ss.; E. Allorio, *La certezza del diritto dell'econ. cit.*, p. 1198 e ss.

⁴¹⁶G. Napolitano, *Soggetti privati “enti pubb. cit.*, p. 809 e ss. A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai priv. cit.*; A. Benedetti, *Le certificazioni di qualità tra regolazione pubblica e autorevolezza priv. cit.*, p. 669 e ss.; M. Occhiena *Le certificazioni nei processi decisionali pubblici e privati cit.*, p. 7 e ss., ove si parla di tendenza dell'ordinamento ad “appoggiarsi” sui privati, espressione di un più ampio processo di *“generale ripensamento del ruolo della pubblica amministrazione, che si vede sensibilmente ridotti i poteri a carattere meramente dichiarativo”*.

⁴¹⁷R. Lombardi, *La tutela delle posizioni giuridiche meta - individuali nel processo amministrativo*, Torino 2008, p. 177 e ss.

⁴¹⁸Come precisamente rilevato da A. Romano Tassone, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza cit.*, p. 35; vedi anche M.R. Spasiano, *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. cit.*, p.

sistema venutosi a creare “dal mercato”, infatti, si presenta funzionale nella misura in cui la credibilità dei soggetti certificatori – e quindi degli organismi che ne effettuano l'accreditamento - trae la propria legittimazione in un contesto fondato non più sull'autorevolezza di colui che certifica, bensì sulla sua capacità tecnica di verificare il rispetto dei criteri qualitativi prefissati.⁴¹⁹

In conclusione, analizzando il fenomeno dal punto di vista del soggetto imprenditore, la natura non obbligatoria, ma volontaria delle certificazioni di qualità ambientale rende senza dubbio tali istituti fattori di competitività. Non configurando essi, infatti, requisiti minimi per la commercializzazione del prodotto, non rappresentano un'opzione necessaria per qualsiasi operatore economico, bensì una libera scelta presa da colui che intende distinguersi nel mercato in termini di maggiore sensibilità alle problematiche ambientali, al fine di acquisire una determinata reputazione nei confronti di potenziali consumatori, siano essi pubblici o privati.

Nel contesto in esame, dunque, la p.a. non è chiamata ad intervenire attraverso il tradizionale modello autoritativo, dovendosi, piuttosto, porre “al lato” dei veri protagonisti (consumatori e produttori), agevolando loro il dialogo ed il raggiungimento dei rispettivi obiettivi, il tutto, ovviamente, non in termini di attività amministrativa del tutto “neutra” (in quanto tale illegittima, perché non conforme al principio di legalità), bensì indirettamente finalizzata al

1820 e ss. In ogni caso, diversi Paesi europei, tra cui Germania, Francia, Paesi Scandinavi, hanno da tempo introdotto forme di certificazione statali, in molti casi conseguendo successi notevolmente superiori rispetto a quelli relativi al modello europeo. Se è vero che potenzialmente il marchio europeo e quello internazionale godono di peculiarità in grado di renderli particolarmente efficaci, soprattutto in ragione della dimensione sopranazionale del fenomeno, di fatto il medesimo carattere (la sopranazionalità) può rappresentare un fattore di lontananza dal mondo dell'impresa, in particolare dalle piccole e medie imprese. Al contrario, in alcune realtà nazionali, adeguate politiche interne hanno permesso una capillare diffusione della etichettatura propria di quel determinato Stato, con conseguente ampia efficacia della misura, sia in termini di tutela dell'ambiente, sia in termini di acquisizione di una determinata reputazione ambientale da parte delle imprese che vi hanno aderito.

⁴¹⁹ A ben vedere, invero, una politica imprenditoriale attenta alle tematiche ambientali - sia essa certificata a livello nazionale, europeo o internazionale - può portare vantaggi in termini di competitività non solo in ragione dell'acquisizione di una determinata reputazione nei confronti dei consumatori (con conseguenziale incremento delle vendite), bensì anche alla luce della recente evoluzione delle politiche di acquisto proprie delle pubbliche amministrazioni. Si osservi al riguardo come l'Unione Europea stia da alcuni anni promuovendo una politica di “appalti verdi”, invitando gli Stati membri ad introdurre, nella predisposizione dei bandi pubblici, previsioni che attribuiscono un punteggio maggiore a quelle imprese in grado di dimostrare il possesso di un valore aggiunto di tipo ambientale, e ciò sia in termini di Sistema di gestione ambientale, che di etichettatura ecologica di prodotto, nel rispetto delle regole della concorrenza. Si parla, al riguardo, di *Green Public Procurement* (GPP), intesa, per l'appunto, quale possibilità per le amministrazioni di contribuire indirettamente alla tutela dell'ambiente, attraverso il riconoscimento di specifici valori alle prestazioni ambientali di un prodotto: acquistando beni ecocompatibili la pubblica amministrazione non solo si pone in linea con i generali obiettivi di sviluppo sostenibile, ma finisce altresì per influire sulle politiche produttive delle imprese, orientandole ad investire in funzione della minimizzazione dell'impatto ambientale della propria attività. Il nostro Paese si è, poi, recentemente adeguato alla normativa comunitaria ad opera del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, il cui art. 68 prevede, tra l'altro, la possibilità di considerare - quale parametro di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa - le caratteristiche ambientali del prodotto, anche attraverso il rinvio alle eco - etichettature di prodotto, sia europee che non, nel rispetto di determinati presupposti.

soddisfaccimento di un interesse pubblico, quello ambientale, che non fa capo a nessuno degli altri soggetti che pure intendono concorrere alla sua soddisfazione.

VII.6 Certificazioni di bilancio

Le certificazioni di bilancio costituiscono un esempio particolarmente significativo delle certificazioni private, la cui origine risale alla nascita dell'istituto della revisione volontaria dei conti delle società per azioni, con la finalità di tutelare l'investitore finale non professionista che necessita di informazioni qualificate sull'impresa cui vuole partecipare e sui correlati rischi.⁴²⁰

Parallelamente allo sviluppo dei mercati finanziari nasce quindi una specifica esigenza di affidamento,⁴²¹ realizzata mediante l'acquisizione di informazioni qualificate, che vengono rilasciate da enti revisori.⁴²²

In particolare, la certificazione di bilancio costituisce oggi il contenuto di uno specifico obbligo delle società, ai sensi degli artt. 2409*bis* e ss. c.c., introdotti a seguito della riforma del diritto societario attuata dal D.Lgs. 17.1.2003, n. 6.⁴²³

⁴²⁰ E. Barcellona, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino 2003; A. Rossi, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, in *Quad. giur. comm.*, 1985, 74; C. Feriozzi, *Il nuovo controllo legale dei conti nelle S.p.A.*, in *La riforma del diritto societario*, Milano 2003.

⁴²¹ L. Potito - P. Tartaglia Polcini, *I principi contabili internazionali: riflessioni critiche*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2010, 2, p. 255 e ss.; S. Fortunato, *I principi contabili internazionali e le fonti del diritto (pluralismo giuridico, diritto riflessivo e "governance" nel modello europeo (Relazione, ampliata e corredata di note, tenuta al Convegno di Catania del 21/22 settembre 2007 su "Le fonti private del diritto commerciale" e destinata agli Studi in onore di Francesco Capriglione)*, in *Giur. comm.* 2010, 1, p. 5 e ss.

⁴²² Tra i principali riferimenti normativi italiani si ricordano: il D. Lgs. 27.1.1992, n. 88; il D. Lgs. 24.2.1998, n. 58 (Legge Draghi); il D.P.R. 6.3.1998, n. 99; il D. Lgs. 6.2.2004, n. 37 contenente "Modifiche ed integrazioni ai decreti legislativi numeri 5 e 6 del 17 gennaio 2003, recanti la riforma del diritto societario, nonché al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo n. 385 del 1° settembre 1993, e al testo unico dell'intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998". In materia di revisione legale sia consentito rinviare a R. Lugano - M. Nessi, *La nuova disciplina della revisione legale prevista dal d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 39*, in *Riv. dottori comm.*, 2010, 2, p. 325 e ss. Per una prima analisi delle novità introdotte da questo provvedimento si vedano anche la Circolare ASSONIME 3.5.2010 n. 16 e la Circolare n. 19/2010 del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. Il D. Lgs. 27.1.2010, n. 39 è stato emanato in attuazione della Dir. CE 43/2006, che a sua volta, ha modificato le Dir. CE n. 660/78 e n. 349/83 e ha abrogato la Dir. CE n. 253/84 e dettato nuove norme in tema di: abilitazione all'esercizio dell'attività di revisione; esercizio dell'attività di revisione; controllo pubblico sull'esercizio dell'attività di revisione; cooperazione tra stati membri dell'U.E. e con paesi terzi, in materia di esercizio dell'attività di revisione.

⁴²³ L'art. 2409 bis c.c., rubricato "Revisione legale dei conti" recita: "La revisione legale dei conti sulla società è esercitata da un revisore legale dei conti o da una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro. Lo statuto delle società che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato può prevedere che la revisione legale dei conti sia esercitata dal collegio sindacale. In tal caso il collegio sindacale è costituito da revisori legali iscritti nell'apposito registro". Articolo sostituito dall'art. 37, comma 8, del D. Lgs. 27.1.2010, n. 39. La modifica ha effetto dal 7.4.2010. Si riporta il testo dell'art. sostituito: "Art. 2409 Bis, Controllo contabile: Il controllo contabile sulla società è esercitato da un revisore contabile o da una società di revisione iscritti nel registro istituito presso il Ministero della giustizia. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio il controllo contabile è esercitato da una società di revisione iscritta nel registro dei revisori contabili, la quale, limitatamente a tali incarichi, è soggetta alla disciplina dell'attività di revisione prevista per le società con azioni quotate in mercati

Tale riforma, finalizzata ad adeguare la disciplina societaria italiana ai sistemi europei più avanzati, mediante la creazione di un assetto maggiormente flessibile, ha tra l'altro sottoposto a controllo l'attività dei revisori e delle società di revisione, mediante l'introduzione di sistemi di abilitazione e di controllo pubblico.⁴²⁴

Il fine pubblico perseguito da tali meccanismi di verifica deve individuarsi nell'esigenza di affidamento sulle capacità tecnico-professionali e di indipendenza delle società private di revisione.⁴²⁵

In Italia, l'OIC (Organo Italiano di Contabilità) è stato costituito il 27.11.2001 sotto la veste giuridica di fondazione, al fine di costituire uno *standard letter* dotato di ampia rappresentatività, con il fine di esprimere le istanze nazionali in materia contabile. L'OIC predispone i principi contabili sul bilancio d'esercizio e consolidato e svolge altresì assistenza al legislatore nazionale nell'emanazione di norme in materia contabile.

I principi contabili OIC sono soggetti al parere della Banca d'Italia, della Consob, dell'ISVAP, e dei Ministeri competenti. L'eventuale parere negativo delle suddette istituzioni è pubblicato congiuntamente al principio contabile approvato dal Comitato esecutivo.⁴²⁶

La Consob, in particolare, è dotata di poteri ispettivi sia relativamente alle società quotate che agli enti di revisione e tiene l'Albo speciale delle società di revisione incaricate di svolgere la revisione obbligatoria, prescrivendone le modalità di accesso.

Con l'introduzione del D.Lgs. 27.1.1992, n. 88, è stato stabilito che i soggetti incaricati del controllo legale dei conti devono essere abilitati e iscritti nel registro dei revisori contabili, la cui tenuta e il controllo dei requisiti di ammissione sono esercitati dal Ministero della giustizia.

regolamentati ed alla vigilanza della Commissione nazionale per le società e la borsa. Lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato può prevedere che il controllo contabile sia esercitato dal collegio sindacale. In tal caso il collegio sindacale è costituito da revisori contabili iscritti nel registro istituito presso il Ministero della giustizia”.

⁴²⁴ A. Borselli, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a. per violazione dell'onus vigilandi*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2010, 6, p. 1349 e ss.

⁴²⁵ La natura giuridica dell'attività di revisione contabile è stata inquadrata nel campo delle prestazioni d'opera intellettuali. La violazione degli obblighi imposti nell'esecuzione dell'attività di revisione può tuttavia comportare una responsabilità non solo contrattuale nei confronti della società ma anche extracontrattuale, verso i terzi i quali hanno fatto affidamento sulla certificazione della società di revisione: Cass., III, 18.7.2002, n. 10403, in *Mass. Giur. It.* 2002. Ed infatti la società di revisione contabile per sua natura sembra capace di influire nei rapporti del fornitore con i terzi, sicché è realistico considerare che almeno di fatto questi faranno conto, e allora affidamento sulle attestazioni del certificatore: A. Gentili, *La rilevanza giuridica della certificazione volont.* cit., p. 67). Tuttavia, pur non mancando pronunce che riconoscono una responsabilità in capo alla stessa nei confronti dei terzi, per colpa o dolo dell'ente, nel caso di non conforme rappresentazione della realtà a cui i terzi hanno fatto affidamento, non pare agevole riconoscere a questi un'azione risarcitoria “dal momento che, esclusa senz'altro una possibile responsabilità contrattuale (non sussistendo un rapporto obbligatorio diretto tra ente certificatore e consumatore acquirente o subacquirente del prodotto), sembra difficile configurare sia una responsabilità aquiliana non esistendo in capo al medesimo una situazione giuridica tutelata la cui lesione possa connotare di ingiustizia il danno sia una responsabilità per violazione di un obbligo specifico di protezione: A. Luminoso, *Certificazione di qualità di prodotti e tutela* cit., p. 55 e ss.

⁴²⁶ Per approfondimenti: www.oic.org.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 24.2.1998, n. 58, il legislatore ha introdotto alcuni requisiti necessari per l'iscrizione delle società in tale registro, specificando che l'oggetto sociale deve essere esclusivo e limitato alla revisione ed all'organizzazione contabile, e che la sede deve essere in Italia e la maggioranza degli amministratori iscritta al Registro dei Revisori. Solo per le società già iscritte precedentemente presso l'Albo tenuto dalla CONSOB non è richiesta questa iscrizione.

Le innovazioni più rilevanti introdotte dalla c.d. Legge Draghi hanno avuto ad oggetto le funzioni di controllo e compiti attribuiti ai collegi sindacali ed alle società di revisione e, soprattutto, la tipologia dei giudizi sui bilanci nell'ambito della revisione contabile attribuita alle società di revisione.

Non si parla più di *certificazione di bilancio* ma di *espressione di un giudizio* finale sul bilancio; ciò è diretta conseguenza della ridefinizione delle funzioni e dei compiti attribuiti ai collegi sindacali ed alle società di revisione, alle quali spetta anche una funzione di vigilanza contabile nel corso dell'esercizio, verifica della regolare tenuta della contabilità e della corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili (controllo continuativo).

Le società di revisione non sono chiamate a compiere una mera rilevazione di dati fattuali, ma devono verificare che il bilancio di esercizio e il bilancio consolidato corrispondano alle risultanze delle scritture contabili e degli accertamenti eseguiti e che siano conformi alle norme che li disciplinano, compiendo un giudizio finale che potrà essere positivo, negativo, con rilievi o addirittura non emettibile.

In altre parole, il revisore è chiamato a dichiarare l'esistenza di deviazioni dalle norme di legge o dai corretti principi contabili, di errori significativi o deviazioni dagli statuiti principi di Revisione, ponendo in essere una valutazione che si estende fino alla verifica dell'adeguatezza e della ragionevolezza delle azioni poste in essere e dei trattamenti contabili adottati.

Nel caso in cui le azioni poste in essere o previste dagli amministratori per superare la situazione, con i conseguenti trattamenti contabili, si basino su presupposti fortemente opinabili, il revisore è tenuto ad emettere una dichiarazione dell'impossibilità di esprimere un giudizio. Nel caso di incertezza rilevante tanto da porre dubbi sull'attendibilità complessiva del bilancio o sulla stessa continuità aziendale, il revisore esprimerà invece un giudizio negativo.

E' evidente che nel caso di certificazioni gli enti certificatori non solo hanno veste privatistica, ma svolgono attività in precedenza riservate alla pubblica amministrazione e caratterizzate da un contenuto di tipo tecnico-valutativo.

E' quindi evidente che gli atti posti in essere dalle società di revisione non possono tecnicamente qualificarsi come certificazioni, quanto piuttosto come accertamenti, aventi una struttura più complessa sotto il profilo giuridico: all'acquisizione del dato fattuale si aggiunge infatti l'attribuzione di una qualità giuridica che può interessare persone, cose o rapporti giuridici, implicando quindi un giudizio valutativo.⁴²⁷

⁴²⁷ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia* cit., p. 21 e ss. O. Tentolini, *Certificazioni ed attestati*, cit., p. 129 secondo cui tali giudizi valutativi, ove non siano vincolati, devono qualificarsi come atti di valutazione.

VI.7 Certificazioni fiscali

La normativa di riferimento è contenuta negli artt. 32-40 del capo V, intitolato “*Disposizioni in materia di assistenza fiscale*”, del D.lgs. n. 9.7.1997, n. 241 del 9.7.1997, recante “*Norme di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti in sede di dichiarazione dei redditi e dell'imposta sul valore aggiunto, nonché di modernizzazione del sistema di gestione delle dichiarazioni*”, che ha poi trovato attuazione nel regolamento approvato con D.M. 31.5.1999, n. 164, con il quale il legislatore ha demandato al Governo l'emanazione di uno o più decreti legislativi contenenti disposizioni volte a semplificare gli adempimenti dei contribuenti, a modernizzare il sistema di gestione delle dichiarazioni e a riorganizzare il lavoro degli uffici finanziari, in modo da assicurare, ove possibile, la gestione unitaria delle posizioni dei singoli contribuenti.

Una delle novità più rilevanti di tale disciplina consiste nel coinvolgimento di determinati soggetti privati, tra cui i CAF, operanti in una posizione di intermediazione tra amministrazione finanziaria e contribuente, nelle attività di liquidazione e di controllo formale delle dichiarazioni: oltre ai CAF sono indicate alcune categorie di professionisti competenti in materia di consulenza legale, fiscale o contabile, quali i dottori commercialisti, i ragionieri commercialisti, i consulenti del lavoro, ecc.

I CAF, previo il rispetto di alcune condizioni fissate dalla stessa norma e dalle disposizioni ivi richiamate, possono essere costituiti, nella forma di società di capitali, dalle associazioni sindacali di categoria tra imprenditori (ossia i CAF-imprese), dalle associazioni sindacali dei lavoratori dipendenti e pensionati aventi complessivamente almeno cinquantamila iscritti e dalle associazioni di lavoratori promotrici di istituti di patronato, ossia i CAF-dipendenti e i CAF-sostituti. Tutte le categorie vengono sottoposte al medesimo regime di autorizzazione e controlli applicato dal Ministero dell'economia e delle finanze.

Per quanto riguarda la tipologia di attività esercitate dai centri, il quadro normativo di riferimento comprende, oltre agli artt. 34 e 35 del D.lgs. 9.7.1997, n. 241, anche il testo unico delle imposte sui redditi (TUIR) approvato con D.P.R. 22.12.1986, n. 917 e la L. 30.12.1991, n. 413.

Tale legge, cui si deve l'istituzione dei CAF, attribuisce ai lavoratori dipendenti, pensionati e assimilati la facoltà di liquidare l'imposta sui redditi tramite la presentazione del modello 730, in alternativa alle più tradizionali modalità di dichiarazione (modello 740), consentendo loro di ottenere eventuali rimborsi in tempi brevi e direttamente dal datore di lavoro o dall'eventuale diverso soggetto erogatore del reddito.

Nell'ipotesi dei CAF (Centri di Assistenza Fiscale),⁴²⁸ costituiti da associazioni sindacali di categoria tra imprenditori (c.d. CAF imprese) ovvero da organizzazioni sindacali di dipendenti e pensionati o organizzazioni territoriali

⁴²⁸ S. Capolupo, *D.Lgs. n. 490/1998: la nuova disciplina dell'assistenza fiscale*, in *Il fisco* 1999, n. 3760; A. Casotti, *CAF: il quadro delineato dal d.lgs. n. 490/1998*, in *Dir. Prat. Lav.* 1999, p. 284; A. Liburdi, *Assistenza fiscale. Visto pesante e asseverazione tra le novità della riforma dei CAF; Assistenza fiscale. Conseguenze della riforma sui rapporti con l'A.F. in materia di controlli formali; Imposte sui redditi. Dichiarazioni. I compiti attribuiti ai CAF e ai sostituti d'imposta per i modelli 730/99*, in *Corr. Trib.* 1999, pp. 159 - 541 - 990 - 1451.

(c.d. CAF dipendenti), viene invece rilasciato alle imprese assistite un visto di conformità.⁴²⁹

I CAF sono autorizzati dal Dipartimento delle Entrate del Ministero delle Finanze, con oggetto sociale esclusivo consistente nello svolgimento di assistenza fiscale alle imprese e pertanto nella predisposizione delle dichiarazioni tributarie, nella redazione delle scritture contabili di impresa e nella verifica della conformità dei dati contenuti nelle dichiarazioni rispetto alla documentazione presentata e nelle ulteriori attività previste dall'art. 32 del D.Lgs. 9.7.1997, n. 241; i CAF rilasciano un visto di conformità dei dati indicati nelle dichiarazioni in relazione alla documentazione presentata dall'impresa richiedente e un'asseverazione che gli elementi contabili e extracontabili specificati corrispondono a quanto risultante dalle scritture contabili.⁴³⁰

Successivamente al rilascio del visto di conformità o dell'asseverazione, i revisori contabili iscritti in determinati albi possono rilasciare – ai soli fini fiscali – la certificazione tributaria. Anche in questo caso, quindi, ai fini di semplificare gli adempimenti tributari, un'altra funzione in precedenza tipicamente ed esclusivamente pubblica è stata affidata a soggetti privati, quali appunto i CAF. Il visto di conformità e l'asseverazione costituiscono inoltre il presupposto per il rilascio di un ulteriore atto dotato di certezza pubblica ma rilasciato da altri soggetti privati, e cioè i professionisti abilitati al rilascio delle certificazioni tributarie.

I CAF quindi, partecipano, in modo diretto e specifico, a un'attività tipicamente amministrativa: la particolarità, anche in questo caso, è data dal fatto che tale attività non è meramente diretta alla cura di un interesse generale, ma consiste anche in un effettivo esercizio di poteri di autorità.

La CGE, nell'affrontare l'analisi della disciplina italiana prevista dal D.lgs. 9.7.1997, n. 241, che riserva in via esclusiva ai CAF determinate funzioni di liquidazione e di controllo delle dichiarazioni fiscali, fissando i requisiti per la costituzione dei CAF stessi, si è mostrata fortemente critica: in particolare, la CGE è stata chiamata a pronunciarsi in merito al rinvio pregiudiziale proposto, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, dalla Corte d'appello di Milano.⁴³¹

Il caso trae origine dal rifiuto da parte di un notaio di provvedere all'iscrizione nel registro delle imprese di una società a responsabilità limitata, che aveva

⁴²⁹ In materia vedi: D. Gallo, *I centri di assistenza fiscale (CAF) al vaglio della Corte di giustizia della Comunità europea (C.d.g. Ce, 30 marzo 2006, causa C - 451/03)*, in *Dir. comm. internaz.* 2006, 2, p. 455 e ss. B. Mattarella, *I centri di assistenza fiscale e il diritto europeo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2007, III, p. 301, che pur condividendo le conclusioni della Corte, ne critica il ragionamento: “*piuttosto che affermare genericamente che l'attività dei CAF non costituisce partecipazione diretta e specifica, sarebbe stato forse più corretto notare che si tratta di un'attività intermedia tra quello del contribuente e quella dell'amministrazione finanziaria, relativa – per l'amministrazione – più all'assistenza ai contribuenti che all'imposizione dei tributi*”.

⁴³⁰ Per un esame della normativa più risalente sui CAF si vedano G. Azzariti, *Prime osservazioni sulla natura giuridica dell'attività dei centri di assistenza fiscale e sugli eventuali effetti di ordine pubblicistico del visto di conformità*, in *Politica del diritto*, 1992, p. 51 e ss.; F. Marchetti, *Prime considerazioni sui centri di assistenza fiscale, sull'assistenza fiscale da parte del sostituto d'imposta e sul conto fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, p. 8 e ss.

⁴³¹ CGE 30.3.2006, causa n. 451/03, in *Dir. comm. Intern.*, 2006, 2, p. 455 e ss. con nota di D. Gallo, *I centri di assistenza fiscale (CAF) al vaglio della Corte di Giustizia delle Comunità europee*.

deliberato, mediante modifica statutaria, l'estensione del proprio ambito di attività a determinati servizi che la legge italiana attribuisce ai Centri di assistenza fiscale. Tale rifiuto veniva giustificato sulla base dell'incompatibilità del nuovo statuto con le esclusive di legge attribuite a tali centri.⁴³²

E' stato infatti ritenuto, per quanto interessa in questa sede, che le norme sulla libertà di circolazione dei servizi e sul diritto di stabilimento ostino all'affidamento in via esclusiva ai CAF di talune attività di consulenza e di assistenza in materia fiscale. Si censura, dunque, l'esclusiva a favore dei CAF, già superata, del resto, con l'introduzione da parte della L. 2.12.2005, n. 248 della lett. *fbis* nel comma 4 dell'art. 1 D.lgs.28.6.2005, n. 139,⁴³³ con la conseguenza che la condanna della vecchia esclusiva ai CAF ha imposto all'Italia di rendere effettiva al più presto la modifica già posta in essere mentre il procedimento era ancora pendente dinanzi alla Corte di giustizia. Inoltre, la pronuncia avverte che altre prestazioni riservate a un Ordine o categoria professionale, se sfornite di una specifica giustificazione di interesse generale, potrebbero in futuro essere ritenute incompatibili con il diritto comunitario.⁴³⁴

La pronuncia della CGE è stata criticata da quella dottrina nella parte in cui non ha tenuto in considerazione gli eventuali profili pubblicistici delle attività riservate in via esclusiva ai CAF ed inizialmente attribuite in maniera esclusiva all'amministrazione finanziaria.⁴³⁵ I CAF quindi risulterebbero titolari di una

⁴³² Per completezza d'indagine, è bene ricordare che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva già segnalato al Parlamento ed al Governo il 10 novembre 1999 che, a suo avviso, la disciplina regolante la materia dell'assistenza fiscale a lavoratori dipendenti e assimilati, affidata in via esclusiva ai CAF, restringeva la concorrenza ed il libero mercato e che le rilevate distorsioni non trovavano adeguata giustificazione sulla base di esigenze di interesse generale. Alla base del ragionamento svolto dall'Autorità si trovavano le seguenti considerazioni: l'eccessiva limitazione del numero dei soggetti ammessi a svolgere in esclusiva le attività di assistenza; il trasferimento della posizione di privilegio dal mercato delle attività esclusive a quello delle attività non coperte da riserva; la non sufficiente giustificazione dei criteri di individuazione dei soggetti abilitati a svolgere tale tipo di attività.

⁴³³ All'art. 1, comma 4 del D.lgs. n. 139/2005, che riconosce ad una molteplicità di soggetti - iscritti nella Sezione B Esperti contabili dell'Albo - competenza tecnica per l'espletamento di una serie di attività, l'art. 7-*quinquies* della L. 248/2005, Finanziaria 2006, rubricato "*Competenza sull'assistenza fiscale e norme di coordinamento*", aggiunge la seguente attività: "*l'assistenza fiscale nei confronti dei contribuenti non titolari di reddito di lavoro autonomo e di impresa, di cui all'art. 34, comma 4, del d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241*".

⁴³⁴ A titolo esemplificativo, si ricorda che la Commissione europea ha deciso di deferire l'Italia alla Corte di giustizia per la normativa sulle attività di elaborazione e stampa di cedolini paga, in base alla quale solo i consulenti del lavoro o equiparati possono offrire tali servizi in Italia. Del resto, già con la sentenza 17.10.2002, *Payroll*, causa n. 79/01, la Corte di giustizia si era pronunciata nel senso dell'illegittimità della riserva in esclusiva concessa a tali soggetti per questo tipo di attività.

⁴³⁵ R. Cusimano - D. Gallo, *I Centri di assistenza fiscale e l'ordinamento comunitario del mercato e della concorrenza*, in *Il Fisco*, 2005, 5 p. 5 e ss. che a conferma dell'esigenza di inquadrare le funzioni svolte dai CAF in un contesto normativo più ampio e completo, ricordano che la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 307 del 3.7.2002 aveva affermato che con la legge delega "*si puntava ad addossare a soggetti qualificati, estranei all'apparato degli uffici, compiti di collaborazione (...), con affidamento di svariati oneri e adempimenti, che venivano svolti nell'interesse prevalente dell'amministrazione (acquisizione delle dichiarazioni, trasferimento con procedure telematiche, predisposizione per l'informatizzazione, assistenza fiscale e adempimenti vari, con assunzione delle relative responsabilità ecc.). La delega lasciava al Governo spazio di scelta sia tra le varie possibili tipologie di utilizzazione di centri autorizzati di assistenza fiscale, di associazioni di categoria per gli associati e di studi professionali per i clienti, sia tra gli adempimenti (da demandare ai predetti soggetti) e tra le responsabilità da imporre, nell'ambito*

funzione pubblica attribuita loro dalla legge con l'obiettivo di perseguire sia l'interesse dell'amministrazione che quello dei contribuenti, e non titolari di esclusive commerciali di fonte legislativa, e cioè di riserve di attività economiche sottratte, attraverso la normativa nazionale, al libero mercato.

In quest'ottica, l'equiparazione delle attività dei CAF a ordinarie attività economiche, così come ricostruita dalla CGE nella sentenza testé ricordata, appare in verità disancorata dall'impianto normativo pubblicistico costituito sia dalla L.D. 662/1996 e dalle altre disposizioni del D.lgs. 241/1997, sia dal D.P.R. 600/1973, alla luce del quale le riserve attribuite ai CAF non costituiscono mere privative di segmenti di un ipotetico mercato dei modelli 730, ma competenze connesse allo svolgimento delle funzioni amministrative di controllo fiscale, che il legislatore ha voluto riorganizzare con l'ausilio di diverse categorie di operatori privati.

E ciò in quanto, secondo la dottrina, le funzioni di trattamento e di controllo delle dichiarazioni dei redditi sono manifestazione del potere pubblico di accertamento del corretto adempimento degli obblighi fiscali da parte dei contribuenti e che di tali caratteristiche le attività svolte dai CAF mantengono l'oggetto (il trattamento e il controllo formale delle dichiarazioni dei redditi) e le finalità (la prevenzione e il controllo delle forme di inadempienza fiscale più diffuse).⁴³⁶ Al controllo delle dichiarazioni svolto dai CAF, inoltre, segue la regolazione finanziaria, attraverso il sostituto, della relazione tra l'amministrazione finanziaria ed il contribuente: gli eventuali crediti di rimborso derivanti dalla dichiarazione liquidata e confermata dai CAF vengono infatti direttamente soddisfatti dal sostituto d'imposta. Il punto centrale è che l'attività svolta dai centri non si esplica in una mera informativa al sostituto, ma presenta elementi di obbligatorietà per quest'ultimo, ponendo così i primi al di fuori di una qualsiasi attività di assistenza tecnica di natura privatistica: il sostituto è, infatti, obbligato a considerare il risultato contabile delle dichiarazioni dei redditi elaborate dai CAF. Nella fase successiva al controllo svolto dai CAF e agli adempimenti posti in essere dal sostituto d'imposta, l'attività dell'amministrazione finanziaria sulle dichiarazioni trattate dai CAF è sostituita, nella maggior parte dei casi, da quella svolta dai CAF; ciò si evince dal fatto che l'amministrazione, sulle dichiarazioni munite di visto di conformità, procede solo a controlli a campione e non secondo gli ordinari criteri selettivi che comportano una verifica ben più estesa, seppure non generalizzata.

Le attività di vigilanza esercitate dai CAF presentano, quindi, un innegabile carattere di obbligatorietà e definitività, senza che sia necessario alcun provvedimento di "conferma" dell'amministrazione pubblica e, molto spesso, senza neppure un secondo ed ulteriore controllo pubblico.

I CAF non dovrebbero quindi essere considerati quali imprese operanti su un ipotetico mercato dei 730, ma piuttosto quali soggetti privati esercenti funzioni pubbliche, di carattere extra-commerciale, estranee *ab origine* alla sfera di

ampio di "adeguamento al nuovo sistema", sulla base di una metodologia di riorganizzazione dell'attività amministrativa rivolta principalmente a verifica e a riscontro di dati ed elementi raccolti e basati su dichiarazioni e asseverazioni, con assunzione di responsabilità da parte del soggetto dichiarante".

⁴³⁶ R. Cusimano – D. Gallo, *I Centri di assistenza fiscale e l'ordinamento comunitario del mercato e della concorrenza* cit., p. 24 e ss.

applicazione del diritto comunitario e, in particolare, alle norme sulla libera prestazione dei servizi, sul diritto di stabilimento e sulla libera concorrenza.⁴³⁷

VI.8 Certificazioni agroalimentari

Il ricorso a certificatori privati in concorrenza tra loro, ma abilitati e controllati da organismi pubblici, caratterizza i sistemi di qualità e sicurezza agroalimentare introdotti dall'ordinamento comunitario e che devono riguardare tutti gli aspetti della catena di produzione alimentare come unico processo, a partire dalla produzione primaria inclusa, passando per la produzione di mangimi fino alla vendita o erogazione di alimenti al consumatore.⁴³⁸

Anche in questo caso i requisiti certificati sono fissati in atti normativi e riguardano le circostanze più svariate, in qualche modo inerenti con il concetto aperto di "qualità", che devono essere correttamente poste nella conoscenza del consumatore.⁴³⁹

Il settore agroalimentare è da tempo oggetto di attenzione da parte del legislatore, in particolare per i profili di sicurezza alimentare, che vengono garantiti, ai sensi del Regolamento CE n. 178/2002, tramite un'attenta valutazione di tutti gli aspetti della catena di produzione alimentare come unico processo, a partire dalla produzione primaria inclusa, passando per la produzione di mangimi fino alla vendita al consumatore inclusa, in quanto ciascun elemento di essa presenta un potenziale impatto sulla sicurezza alimentare.

A conferma della rilevanza pubblica della materia è stato istituito l'EFSA (*European Food Safety Authority*) con il compito di prestare consulenza scientifica indipendente in materia di sicurezza degli alimenti e mangimi.

In questo scenario, la certificazione si pone come momento di garanzia circa l'effettiva esistenza delle circostanze più disparate: salubrità, rispetto di determinate specifiche tecniche di allevamento, trasformazione, qualità o provenienza.

Proprio nel settore dei prodotti alimentari, le cui caratteristiche intrinseche sono legate alla provenienza geografica e al metodo di produzione, può facilmente constatarsi come il consumatore, utente finale, sia sempre più orientato verso prodotti di cui è garantita la qualità e genuinità: tanto il massiccio diffondersi di sistemi e procedure di certificazione, quanto i semplici dati di mercato confermano questa tendenza.⁴⁴⁰

⁴³⁷ In questo caso potrebbe quindi affermarsi l'applicabilità della teoria formulata da G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni* cit., p. 233 ss.; M.S. Giannini, *Esercizio privato di pubbliche attività* cit., p. 685 ss.; C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione* cit.; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati* cit.; F. De Leonardis, *Esercizio privato di pubbliche funzione e pubblici servizi* cit., p. 2296.

⁴³⁸ A. Maltoni, *Sicurezza alimentare*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, p. 5545 e ss.; SINCERT, *La qualità nel settore agroalimentare. Stato attuale e prospettive di evoluzione*, su www.sincert.it.

⁴³⁹ Non a caso la norma UNI ISO 8402 in termini molto astratti ritiene la qualità come l'insieme delle proprietà e delle caratteristiche di un prodotto o di un servizio che conferiscono ad esso la capacità di soddisfare le esigenze, espresse o implicite, di una potenziale utenza. Sul punto vedi: P. Colombo, *La disciplina pubblicistica dei prodotti a denominazione registrata*, in *Dir. econ.*, 2004, p. 495 e ss.; L. Gili, *La certificazione agroalimentare*, in *I sistemi di certificazione* cit., p. 145 e ss.

⁴⁴⁰ I primi interventi normativi volti a riconoscere e disciplinare i prodotti in esame, nonché a tutelarne la qualità, risalgono agli anni cinquanta, seguiti poi da un numero crescente di

La certificazione agroalimentare spiega i suoi effetti non solo nell'ambito della cerchia dei consumatori, ma anche in quella dei produttori, quando diventa una sorta di valore aggiunto che marca la differenza rispetto al prodotto generico.

Come già anticipato, anche in questo caso le certificazioni possono distinguersi tra obbligatorie, volontarie, intermedie o regolamentate: l'accesso al sistema di certificazione è volontario, ma le regole sono fissate dall'autorità pubblica.⁴⁴¹

L'attività di verifica dei requisiti e quindi della conformità dei prodotti è svolta da organismi privati accreditati liberamente scelti dalle imprese: la funzione pubblica è quella di controllo dei soggetti privati certificatori, tutelando quindi indirettamente l'interesse finale dei consumatori di prodotti.⁴⁴²

Nel caso delle marcature CE di carne bovina, ad esempio, la certificazione è obbligatoria a pena del divieto di commercializzazione del prodotto, e ciò per un rafforzamento dell'interesse pubblico costituito dalla sicurezza dei consumatori.⁴⁴³ Un ulteriore esempio di certificazione obbligatoria è quella relativa alla rintracciabilità di filiera, ai sensi del Regolamento CE n. 178/2002.

All'interno delle certificazioni regolamentate sono ricondotti i marchi DOP, IGP, SGT e biologico.⁴⁴⁴ La particolarità di questa tipologia di certificazioni è che i disciplinari con le specifiche tecniche vengono formulate dai produttori,

disposizioni negli anni successivi: basti ad esempio ricordare la L. 10.4.1954, n. 125 sulle *Denominazioni di origine e tipiche dei formaggi*, cui ha fatto seguito in sede attuativa il D.P.R. 3.8.1955, n. 667 e il D.P.R. 30.10.1955, n. 1269, contenente una prima elencazione di formaggi a denominazione d'origine o a denominazione tipica. Successivamente, le LL. 4.7.1970, nn. 506 e 507, recanti rispettivamente norme relative alla tutela delle denominazioni d'origine del Prosciutto di Parma e del Prosciutto San Daniele, oggi abrogate e sostituite dalle LL. 13.2.1990, n. 26 e 14.2.1990, n. 30. IL D.P.R. 12.7.1963, n. 930 recante *Norme per la tutela delle denominazioni di origine dei mosti e dei vini*, poi modificato dalla L. 10.2.1992, n. 164: si noti a riguardo che i vini sono da sempre oggetto, oltre che di una disciplina autonoma, di norme e principi per vari aspetti differenti e che anche la vigente normativa comunitaria tratta distintamente i vini e le bevande spiritose, che godono di un diverso e più elevato livello di protezione e sono oggetto di classificazioni particolari (DOC; DOCG; IGT, tutte menzioni specifiche utilizzate in Italia per designare quei vini che la normativa comunitaria individua come VQPRD, vale a dire "vini di qualità prodotti in regioni determinate"): sul punto si rinvia a A. Porporato, *La tutela della qualità nelle denominazioni di origine dei vini*, in *I sistemi di certificazione* cit., p. 157 e ss.

⁴⁴¹ SINCERT, *La qualità nel settore agroalimentare*. cit.

⁴⁴² Oltre al diritto costituzionale alla salute, il D.Lgs. 206/2005, all'art. 2 comma 2 lett. c) ha espressamente riconosciuto anche il diritto del consumatore ad essere adeguatamente e correttamente informato circa le caratteristiche degli alimenti e cibi posti in commercio.

⁴⁴³ Il conseguimento della certificazione viene quindi portato alla conoscenza dei terzi mediante l'apposizione di un simbolo: situazione analoga si ha per il rilascio del marchio collettivo (art. 11, D.Lgs. 10.2.2005, n. 30, Codice della Proprietà Industriale) ove il segno attestante la garanzia di origine, natura o qualità di determinati prodotti o servizi viene rilasciato agli imprenditori che rispettino il regolamento concernente l'uso del marchio collettivo.

⁴⁴⁴ Per conseguire una DOP, IGP o SGT, i produttori devono associarsi con un atto pubblico, nel quale ci deve essere la volontà di registrazione del prodotto. L'associazione deve predisporre uno specifico disciplinare di produzione che comprende il nome del prodotto o alimento, il logo, la descrizione (materie prime, caratteristiche chimiche, fisiche, microbiologiche, organolettiche), la delimitazione dell'area geografica, la descrizione del metodo di ottenimento, gli elementi specifici dell'etichettatura. La domanda deve essere presentata al MIPAF, se viene dato parere favorevole si invia la domanda di registrazione correlata da documentazione alla Commissione Europea. La Commissione Europea procede allora ad esaminare la richiesta e, nel caso in cui le conclusioni siano positive, pubblica sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee gli elementi essenziali della domanda.

consorziati e pubblicizzati mediante apposite procedure, mentre nel caso del marchio biologico i requisiti sono invece previsti da direttive comunitarie.⁴⁴⁵ Sono infine ipotesi di certificazioni volontarie quelle prestate alle imprese senza che sia richiesto dal legislatore, per dare valore aggiunto ad un prodotto.

In via generale, la dottrina ha ritenuto di escludere che l'attività svolta dai singoli produttori in sede di autocontrollo o dai consorzi di cui fa parte il controllato, difettando il requisito essenziale dell'indipendenza e terzietà del soggetto certificatore: conseguentemente, non equivale a certificazione neppure il marchio individuale o collettivo che è un contrassegno di alcuni prodotti.⁴⁴⁶

Anche in questo settore, quindi, la certificazione deve essere rilasciata da un organismo privato accreditato, legittimato ad attestare che un determinato prodotto è conforme ad una specifica disciplina di produzione e a definiti *standards* qualitativi.

⁴⁴⁵ CSQA, *Qualità agroalimentare*, su www.csqa.it.

⁴⁴⁶ L. Gili, *La certificazione agroalimentare*, in *I sistemi di certificazione* cit., p. 145 e ss.

VII. Conclusioni

Dall'analisi di alcune delle principali tipologie di certificazioni private e dal raffronto con la struttura, le caratteristiche e le funzioni proprie delle certificazioni pubbliche, possono trarsi significative considerazioni.

E' stato affermato, nella prima parte del presente lavoro, che la certezza pubblica costituisce uno dei poteri fondamentali dello Stato sovrano ed è una qualità giuridica che l'ordinamento attribuisce a determinati fatti, atti, stati, beni, situazioni, con lo scopo di creare situazioni di sicurezza giuridica, mettendo in circolazione strumenti idonei a garantire il regolare svolgimento dei rapporti economici e sociali.⁴⁴⁷ La disciplina così approntata da un pubblico potere attribuiva un determinato livello di certezza in senso oggettivo, che si traduceva nella prevedibilità delle conseguenze, nella stabilità dei rapporti e nella risoluzione dei conflitti, vincolando tutti i soggetti dell'ordinamento a riconoscere la rilevanza attribuita a quel fatto materiale.⁴⁴⁸

La certezza diviene quindi una qualità giuridicamente rilevante prodotta sulla base di una norma da un soggetto a ciò preposto e può dirsi pubblica in quanto preordinata a disciplinare fatti e situazioni che interessano l'intera collettività, sottratte all'autonomia privata e connesse in via esclusiva all'esercizio di una potestà, di una funzione o di un servizio pubblici, al fine di garantirne l'uniformità ed esattezza.⁴⁴⁹

Tale impostazione ha dovuto fare i conti con istanze di semplificazione e deburocraticizzazione di cui l'amministrazione ha dovuto farsi carico e che hanno determinato, anche e soprattutto nell'ambito certificativo, lo sviluppo di fondamentali istituti, tra cui l'autocertificazione,⁴⁵⁰ la semplificazione

⁴⁴⁷ S. Romano, *Principi di diritto amm.* cit., p. 51, per cui tra i primi diritti dello Stato è compreso quello di garantire la verità dei fatti e di qualità delle persone; M.S. Giannini, *Certezza pubb.* cit., p. 782 secondo cui "(...) Tutte queste certezze promanano da pubblici poteri, anzi, per eccellenza, dallo Stato, onde si dicono pubbliche, e costituiscono la più grossa e importante provincia delle certezze giuridiche": questa concezione risulta sostanzialmente confermata in tutte le elaborazioni teoriche della materia: G. Sala, *Certificati e attest.* cit., p. 537; S. Giacchetti, *Certificazione* cit.; A. Stoppani, *Certificazione*, in *Enc. dir.*, Milano 1960; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amm.* cit., p. 192 rileva come la potestà di certificazione costituisca quel *minimum* di potestà pubblica di cui ogni ente pubblico è dotato; P. Stella Richter, *Atti e poteri amm.* cit., p. 393, secondo cui il potere di certificare è essenziale per tessere "l'ordito delle qualificazioni giuridiche della comunità associata".

⁴⁴⁸ E' opportuno a riguardo richiamare la nozione di certezza del diritto in senso soggettivo quale "prevedibilità delle conseguenza che il diritto connette all'agire del soggetto": M. Corsale, *Certezza del diritto* cit., p. 1 e ss.: ciò è proprio quanto si verifica l'utente finale, per il quale la certezza si traduce appunto nella prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni e specificamente dei propri atti. Il rapporto tra certezza e scienza giuridica è stato generalmente analizzato proprio in funzione del potere certificante della scienza: N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica* cit..

⁴⁴⁹ S. Giacchetti, *Certificazione* cit., p. 1 e ss.

⁴⁵⁰ Come già precisato al cap. IV.2, peraltro, le dichiarazioni sostitutive non possono porsi, quanto ai fatti, stati e qualità in esse riportate, su un piano di equivalenza con i certificati rilasciati dagli enti pubblici: esse partecipano soltanto la caratteristica propria dei certificati di essere strumenti idonei ad attestare i dati rappresentati, ma da quelli si differenziano in ragione della diversa e minore efficacia probatoria, in quanto non sono atti pubblici

procedimentale e funzionale,⁴⁵¹ e la nascita di soggetti privati esercenti attività certificativa.

E' evidente che le suddette caratteristiche, tradizionalmente connotanti le certificazioni pubbliche, non appartengono propriamente alle categorie di certificazioni private testé analizzate. Non possono qualificarsi come certificazioni proprie (c.d. di esistenza o obiettive) in quanto pur contenendo, di norma, l'attestazione di operazioni o di fatti, non costituiscono verità legali in senso proprio, non escludendosi la possibilità di ricorrere alla prova contraria.⁴⁵²

Né costituiscono certificazioni improprie (c.d. valutative o soggettive), che pur ammettendo la prova contraria, contengono, secondo la dottrina prevalente, un giudizio conclusivo inerente a una determinata situazione.⁴⁵³

Ciò che invece pare accomunare i due fenomeni è il fatto che anche le certezze pubbliche hanno avuto storicamente una rilevanza fondamentale nello sviluppo dell'economia, perché è in questo settore della società che – da sempre – l'esigenza di "certezza" diviene una vera necessità.⁴⁵⁴

In ogni tempo, infatti, gli scambi e le relazioni economiche presuppongono condizioni di certezza nelle qualificazioni e nei rapporti giuridici fin da tempi antichissimi,⁴⁵⁵ fino a giungere ai giorni nostri, in cui si assiste al proliferare dello strumento certificativo nei settori più disparati.

E' invece mutata la convinzione che la certezza, nell'accezione suesposta, possa provenire esclusivamente da soggetti pubblici. Proprio i nuovi meccanismi di istituzionalizzazione della fiducia, intesa come predisposizione del singolo ad assumere un rischio in base a un ragionevole affidamento, richiedono che siano soddisfatte le caratteristiche e qualità richieste dal mercato, tramite procedimenti rapidi ed efficienti, coerenti con la velocità degli scambi economici e adeguata ai livelli di complessità tecnica attuali.

In una situazione così delineata, a tale esigenza sopperiscono in parte l'ordinamento, mediante strumenti amministrativi preordinati ad attestare autoritativamente, e in parte gli stessi operatori privati, al fine di colmare i vuoti lasciati dall'azione pubblica.⁴⁵⁶

Non è allora difficile comprendere come i nuovi sistemi di certificazione privata siano sintomatici di un'autentica esplosione delle esigenze diffuse di verifica, valutazione, controllo, alle quali fa riscontro un'altrettanto diffusa esigenza di conformare l'attività di impresa a *standards* comuni, che consentano, appunto, la loro verificabilità e comunicabilità verso l'esterno: proprio la verificabilità e l'affidabilità di ciò che è certificato diviene interesse fondamentale

⁴⁵¹ A. Fioritto, *Certezza pubb.* cit., p. 857.

⁴⁵² Sotto il profilo dell'efficacia le certificazioni proprie costituiscono certezze legali incontrovertibili e valide *erga omnes*: fino a quando non sono rimosse tramite gli specifici procedimenti approntati dall'ordinamento, costituiscono quindi l'unica rappresentazione necessaria, precludendo l'esistenza di una rappresentazione difforme. Gli atti di certezza legale incidono dunque profondamente sull'autonomia privata e per questo devono essere rigorosamente e tassativamente disciplinati dalla legge come estrinsecazione di una funzione pubblica

⁴⁵³ S. Giacchetti, *Certificazione* cit., p. 3 e ss.

⁴⁵⁴ E. Allorio, *La certezza del diritto dell'econ.* cit., p. 1198; A. Falzea, *Accertamento*, cit., p. 219..

⁴⁵⁵ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'econ.* cit., p. 39, riconduce all'interno dell'attività ordinativa l'attività meteorologica, i marchi pubblici, i pubblici registri, gli elaboratori elettronici, ed inoltre i segnali e la segnaletica, gli emblemi e la simbolistica, le assegnazioni in uso.

⁴⁵⁶ E. Gerelli, *Reputazione ambientale e competitività* cit., 707 e ss.

oggetto di tutela e regolamentazione, mentre l'oggetto della certificazione non consiste più nell'attribuzione di qualità giuridiche, tipizzate dall'ordinamento, quanto piuttosto in qualità "reali", create dal mercato.

E' stato altresì evidenziato come alla nascita delle certificazioni private abbiano contribuito anche altri fattori, tra cui l'esperienza comunitaria, la globalizzazione delle relazioni economiche, la crescente complessità tecnico-giuridica dei rapporti interprivati e dei rapporti con i pubblici poteri. Ciò ha comportato non solo la traslazione di funzioni in precedenza tipicamente ed esclusivamente pubbliche a soggetti privati, ma anche la costituzione di nuovi moduli organizzativi e funzioni di rilevanza pubblicistica esercitati esclusivamente da soggetti privati, per quanto accreditati (dagli enti privati di accreditamento nel settore volontario; dagli enti pubblici nel settore cogente e regolamentato).⁴⁵⁷

Alla luce delle considerazioni fin qui esposte emerge poi, nell'ambito delle certificazioni private volontarie, nascenti *dal* mercato e finalizzate *al* mercato, il contrasto sussistente tra la prepotente espansione di tali sistemi certificatori, in particolare dei sistemi di qualità organizzativa e ambientale, e il depotenziamento dell'attività certificatoria degli enti pubblici.

La messa in circolazione di fatti, stati o qualità riguardanti soggetti dell'ordinamento avviene sempre più ad opera di atti privati, dai quali dipendono non solo le certezze sulla qualità di un determinato processo organizzativo, volto all'immissione sul mercato di un determinato prodotto o attività, ma anche il rilascio delle documentazioni necessarie per concorrere ai pubblici appalti.⁴⁵⁸

Diventa necessario allora sottoporre a verifica la validità attuale di alcuni concetti tradizionali propri del diritto amministrativo, tra cui *in primis* la nozione tipica di pubblica amministrazione, che nulla ha più a che vedere con le figure e i concetti emersi nella prassi più recente.

In particolare, la nozione di pubblica amministrazione ha dovuto raffrontarsi con forze dirompenti nascenti sia dall'interno che dall'esterno, trasformandosi in un potere policentrico, ad arcipelago,⁴⁵⁹ articolato tra i centri tradizionali ed un numero crescente di soggetti portatori di interessi sociali o diffusi, che vede sempre più ribaltata la logica della piramide del potere, sempre più orientata ad operare non più per caduta, dal vertice verso la base, ma per risalita, dalla base verso il vertice.

In secondo luogo la pubblica amministrazione è passata gradualmente da un ruolo di attore nel mercato a un ruolo di regista, mantenendo prevalentemente

⁴⁵⁷ Come osservato in dottrina, "si è fatta sempre più pressante la duplice esigenza di alleggerire il carico di lavoro dei pubblici uffici e di consentire al privato di potere provare, nei suoi rapporti con l'amministrazione, determinati fatti, stati e qualità a prescindere dall'esibizione dei relativi certificati", E. Casetta, *Manuale di diritto amm.* cit., p. 342; vedi anche M. Occhiena, *Le certificazioni nei processi decision.* cit., p. 10 e ss.

⁴⁵⁸ S. Giacchetti, *Dalla amministrazione di diritto pubblico allo amministrare nel pubblico interesse*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 7-8, p. 2349 e ss.; M. Occhiena, *I sistemi di certificazione* cit., p. 97 e ss.

⁴⁵⁹ Secondo la nota definizione fornita da A. Predieri, *L'arcipelago delle Autorità indipendenti*, relazione introduttiva alla Giornata di Studi del 16.2.1996 su *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Fondazione Cesifin, Firenze; vedi anche A. Predieri, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel quadro della concorrenza comunitaria*, Milano 1992.

funzioni di controllo e regolatorie, e demandando ad altri soggetti la gestione di una vasta area di provvedimenti concessori ed autorizzatori, in prevalenza attinenti ad interessi di ordine economico ma non solo (si pensi all'istituto dell'autocertificazione).

Si assiste in buona sostanza a un generale ripensamento del ruolo della pubblica amministrazione, che sempre più spesso tende ad appoggiarsi sui privati e che vede sensibilmente ridotti i poteri sia a carattere meramente dichiarativo. Esigenze di contenimento della spesa pubblica, di semplificazione e di snellimento, oltre che la crescente complessità e specializzazione delle materie soggette a certificazione, hanno portato ad affidare a privati il potere di svolgere attività e adottare atti rispetto a cui gli enti pubblici sono lasciati sullo sfondo, riservando ad essi lo svolgimento delle attività di controllo.

La nuova situazione strutturale ha innescato un profondo processo di revisione operativa, nel quale sono emerse istanze nuove e dirompenti, tra cui in particolare la ricerca del consenso e di accettazione diffusa da parte di una collettività attivamente e criticamente partecipe della vita collettiva ed economica.

La conseguenza più evidente del cambiamento suddetto si è avuta sulla tradizionale forma della cosiddetta pubblica amministrazione, così definita perché soggettivamente e operativamente pubblica, che si è evoluta in un'amministrazione che per inerzia mentale continua a chiamarsi pubblica, pur essendo - almeno in gran parte - soggettivamente e operativamente privata.

Attività tipicamente riservate alla potestà amministrativa possono quindi essere svolte da soggetti che per tutto il resto sono puramente e semplicemente privati: ad oggi tale circostanza risulta un dato acquisito, tanto che superato il criterio soggettivo ed applicandosi un criterio di tipo funzionale potrà semplicemente parlarsi di *attività* svolta nel perseguimento del pubblico interesse.⁴⁶⁰

Si passa così dalla tradizionale "*amministrazione di diritto pubblico al nuovo modo di amministrare nel pubblico interesse*".⁴⁶¹ L'evoluzione di gran parte delle tradizionali forme pubblicistiche verso figure soggettive innovative e concettualmente ibride, perché in pratica costituite da un'anima pubblicistica e da un corpo privatistico, ha fatto sorgere non pochi problemi di compatibilità con le categorie giuridiche tradizionali, nel momento in cui si è iniziato a privilegiare il profilo sostanziale della finalizzazione - *rectius* funzionalizzazione - dell'attività al perseguimento dell'interesse pubblico.

Ciò è conseguenza immediata e diretta dell'impostazione comunitaria, ispirata ad una logica sostanzialista ed unitaria, di impronta economica ed indifferente alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, che sempre più spesso viene a sovrapporsi alla tradizionale logica formalista dell'ordinamento nazionale.

In questa logica deve leggersi la scelta da parte del legislatore di attribuire a società per azioni ad esclusivo capitale privato (come ad esempio le SOA), la funzione pubblica di rilasciare l'attestazione di qualificazione, che costituisce

⁴⁶⁰ S. Cassese, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.* 2004, 4, p. 901 e ss. per cui "il diritto amministrativo nasce dal riconoscimento della inadeguatezza del diritto privato, dunque come diritto derogatorio" osservando che esso ha attenuato tali caratteristiche ibridandosi con il diritto privato rispetto al quale v'è ormai una "frontiera mobile". S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, p. 602 e ss.

⁴⁶¹ S. Giacchetti, *Dalla amministrazione di diritto pubb. cit.*, p. 2355 e ss.

condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici (art. 8, L. 11.2.1994 n. 109 e n. 1 D.P.R. 25.1.2000, n. 34).

In questo caso, peraltro, gli atti emanati, in quanto finalizzati a dare contezza di fatti, situazioni e valutazioni tecniche, sono qualificabili come attestazioni in senso tecnico piuttosto che come certificazioni.⁴⁶²

Tale ricostruzione si ricollega a quell'impostazione dottrinale che classifica i procedimenti amministrativi di certificazione a seconda del grado di libertà di apprezzamento rimesso all'amministrazione relativamente al contenuto del provvedimento da emanare e che distingue pertanto gli attestati e le attestazioni, in quanto connotati da un giudizio tecnico,⁴⁶³ dagli altri atti dichiarativi o ricognitivi:⁴⁶⁴ conseguentemente, anche gli atti denominati certificati di valutazione di determinate qualità dovrebbe in realtà considerarsi attestati.

Sempre sulla base della medesima impostazione, inoltre, deve considerarsi l'introduzione del comma *1ter* nell'art. 1 della L. 7.8.1990, n. 241, ad opera della L. 11.2.2005, n. 1, che ha riconosciuto, in via generale che l'attività amministrativa può essere svolta anche dai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative, che sono quindi equiparati alle pubbliche amministrazioni tradizionali per quanto attiene all'esercizio del *munus* loro affidato.

Tali soggetti privati, inoltre, pur agendo nelle forme del diritto privato, assicurano il rispetto dei criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza, e cioè il rispetto di un complesso di principi propri del diritto amministrativo, nonché i principi dell'ordinamento comunitario, tra cui in particolare quello di proporzionalità.⁴⁶⁵

Alla luce del fenomeno sopra descritto è evidente e incontestabile il superamento del principio per cui il potere di certificare costituiva la manifestazione tipica del potere pubblico, che dà certezza ai fatti della vita reale.⁴⁶⁶

⁴⁶² E' la soluzione proposta da S. Foà, *Nuovi munera pubblici e principio di imparzialità* cit., p. 5, che peraltro avverte che la distinzione ha valore convenzionale e che in ogni caso sembra prevalere il momento della ricognizione dell'esistenza di fatti e qualità, sebbene condotto sulla base di nozioni tecniche.

⁴⁶³ C. Marzuoli, *Potere amministrativo* cit., p. 186 e ss.; C. Marzuoli, *Una nozione da ricordare: la competenza "esclus. cit.*, p. 909, chiarisce la distinzione tra valutazione tecnica e la esatta (ed unica) nozione di discrezionalità amministrativa come apprezzamento del pubblico interesse.

⁴⁶⁴ Secondo la ricostruzione proposta da G. Sala, *Certificati ed attestati* cit., p. 539.

⁴⁶⁵ Il Consiglio di Stato ha affermato che i principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione "riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione di provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato (...) nell'ambito della progressiva osmosi tra le discipline pubblicistiche e quelle privatistiche" e che "si deve ritenere in definitiva che la forma societaria sia neutra ai fini dell'identificazione dell'organismo di diritto pubblico mentre assume rilievo la verifica della struttura e delle attività da questi esercitate" (Cons. St., A.P., 22.4.1999 n. 4 e Cons. St., VI, 28.10.1998 n. 1478); ed ha precisato che "va sempre finalizzata al perseguimento dell'interesse collettivo ogni attività dell'amministrazione senza alcuna eccezione" (Cons. St., A.P., 30.3.2000 n. 1.).

⁴⁶⁶ G. Sala, *Certificati e attest.* cit., p. 537 osserva che il potere di certificare e generare certezze nel mondo giuridico costituisce "una delle fondamentali manifestazioni del potere sovrano"; M. Hauriou, *Précis de droit administratif* cit., p. 539, sostenitore della teoria del pluralismo o teoria degli ordinamenti giuridici, o teoria ordinamentale o istituzionale, ripresa e perfezionata in Italia da S. Romano, *Principi di diritto amm.* cit., p. 51, ritiene che tra i primi diritti dello Stato è compreso quello di garantire la verità dei fatti e di qualità delle persone; M.S. Giannini, *Certezza*

Relativamente all'efficacia propria delle certificazioni pubbliche deve infine rilevarsi nell'ordinamento la tendenza ad aumentare progressivamente l'utilizzazione delle certificazioni private di qualità all'interno dell'istruttoria procedimentale pubblica:⁴⁶⁷ ciò al duplice fine di agevolare e semplificare l'attività istruttoria volta all'accertamento dei fatti la cui conoscenza è necessaria ai fini dell'emanazione del provvedimento.

Richiamando le osservazioni svolte in materia di efficacia (cap. III.4), può allora condividersi la soluzione dottrinale,⁴⁶⁸ che qualifica le certificazioni private come *atti preclusivi*, limitanti il principio c.d. inquisitorio proprio del procedimento amministrativo, in quanto atti di certezza contenenti attestazioni su fatti in cui l'asserzione del fatto diventa un elemento della fattispecie reale che rappresentano.⁴⁶⁹ E infatti, la funzione delle certificazioni all'interno del procedimento amministrativo diviene quella di fissare incontestabilmente il fatto, fornendo certezza su una porzione di realtà, valutata tramite sistemi di accertamento tecnici e predefiniti, che rappresentano.

La presunzione di veridicità propria degli atti ad efficacia preclusiva impedisce all'amministrazione procedente di svolgere indagini istruttorie per valutare l'affidabilità dell'impresa dal punto di vista della struttura organizzativa o della sua attenzione alla salvaguardia dell'ambiente: questi elementi di affidabilità sono automaticamente considerati in possesso dell'impresa per il solo fatto di essere certificata. Anziché operare una verifica di fatti complessi per la valutazione dell'affidabilità dell'impresa, quindi, l'amministrazione decidente è chiamata solo ad accertare un fatto semplice, la titolarità della certificazione.

Dalle osservazioni svolte in merito alle nuove esigenze di fiducia e affidamento proprie dell'utente finale, può affermarsi altresì che gli effetti propri delle certificazioni private – e le motivazioni per cui le imprese richiedono di

pubb. cit., p. 782 afferma che "(...) Tutte queste certezze promanano da pubblici poteri, anzi, per eccellenza, dallo Stato, onde si dicono pubbliche, e costituiscono la più grossa e importante provincia delle certezze giuridiche": questa concezione risulta sostanzialmente confermata in tutte le elaborazioni teoriche della materia: S. Giacchetti, *Certificazione cit.*; A. Stoppani, *Certificaz. cit.*; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amm. cit.*, p. 192 rileva come la potestà di certificazione costituisca quel *minimum* di potestà pubblica di cui ogni ente pubblico è dotato; P. Stella Richter, *Atti e poteri amm. cit.*, p. 393, secondo cui il potere di certificare è essenziale per tessere "l'ordito delle qualificazioni giuridiche della comunità associata"; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amm. cit.*, p. 470 per cui è pacifico che gli atti dichiarativi siano emessi *jure imperii*.

⁴⁶⁷ Soprattutto nei settori degli appalti pubblici e della tutela dell'ambiente il legislatore o, nei disciplinari di gara, le amministrazioni richiedono sempre più frequentemente alle imprese di dimostrare la titolarità di certificati del sistema di qualità; ciò consente alle aziende di godere di particolari benefici: si pensi alla dimidiazione della cauzione a corredo dell'offerta e della garanzia fideiussoria di esecuzione stabilita dall'art. 40 D. Lgs. 163/2006; alla possibilità di rinnovare mediante autocertificazione le autorizzazioni all'esercizio degli impianti di smaltimento e recupero rifiuti prevista per le imprese in possesso di certificazione ambientale ai sensi dell'art. 209 D. Lgs. 152/2006; alla maggiore durata dell'autorizzazione integrata ambientale in ipotesi di impianto certificato ISO 14001 ai sensi dell'art. 59 D. Lgs. 59/2006. L'art. 42 del D. Lgs. 163/2006, inoltre, dispone che la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita mediante produzione di certificati di qualità organizzativa e ambientale.

⁴⁶⁸ M. Occhiena, *Le certificazioni nei processi decisionali pubb. cit.*, p. 5 e ss.

⁴⁶⁹ E. Capaccioli, *Riserve e collaudo cit.*, p. 237 e ss.; A. Romano Tassone, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *I sistemi di certific.* cit., p. 23 e ss.

essere certificate – non si limitano solo all'efficacia preclusiva esplicita all'interno dei procedimenti amministrativi.

La qualità si certifica e nella competizione sia nazionale che internazionale i sistemi di gestione certificati sono un elemento distintivo per le imprese che intendono ricoprire ruoli di rilievo: le certificazioni private costituiscono quindi strumenti fondamentali per offrire sul mercato un prodotto competitivo.

La credibilità che deriva dal rilascio di certificazioni, nel rispetto di norme comuni e riconosciute in tutti i paesi, è un assetto fondamentale che garantisce di conquistare settori di mercato in misura crescente, con un'espansione inversamente proporzionale alla riduzione progressiva delle asimmetrie informative. La qualità delle singole organizzazioni produttive diviene quindi il vettore fondamentale dello sviluppo e la chiave della competitività, tanto da potersi affermare che in questo sistema è la qualità che *compra* il mercato.

BIBLIOGRAFIA

- G.A. Akerlof, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, trad. it. M. Pacifico, *Racconti di un Nobel dell'economia. Asimmetria informativa e vita quotidiana*, Milano 2003
- A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 73 e ss.
- R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano 1946
- R. Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano 1958
- R. Alessi, *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1978
- U. Allegretti, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubb.*, Torino 1993
- U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965
- E. Allorio, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Dir. Econ.*, 1956, p. 119 e ss.
- S. Ambrosio, *Achille e la tartaruga. Semplificazione amministrativa e competitività del sistema in Italia*, Milano 2006
- M. Ambrosoli, *Il contratto di certificazione della qualità*, in *Contr.*, 2004, 8-9, p. 809 e ss.
- F. Ancora, *Normazione tecnica, certificazione di qualità e ordinamento giuridico*, Torino 2000
- F. Ancora, *Revisione delle categorie di qualificazione delle imprese realizzatrici di lavori pubblici e regime delle SOA*, in *Giur. Amm.* 2008, III, p. 147 e ss.
- G. Arena, *Autocertificazioni e amministrazioni "per interessi"*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano 1988, p. 52 e ss.
- G. Arena, *La semplificazione della documentazione amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, p. 300 e ss.
- M. Arsì, *Certificazione, documentazione e procedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1997, p. 719 e ss.
- G. Azzariti, *Ancora in tema di giurisdizione e concessione di opera pubblica*, in *Foro it.*, 1993, III, p. 401 e ss.
- G. Azzariti, *Prime osservazioni sulla natura giuridica dell'attività dei centri di assistenza fiscale e sugli eventuali effetti di ordine pubblicistico del visto di conformità*, in *Politica del diritto*, 1992, p. 51 e ss.
- F. Bacone, *De digitate et augmentis scientiarum*, VIII, 3, trad. it. in E. De Masi (a cura di), *Opere filosofiche*, II, Bari 1965, p. 482 e ss.
- A. Balotta - A. Boitani, *Un treno chiamato desiderio*, pubblicato su www.lavoce.info, ottobre 2009
- C. Barbati, *In tema di esercizio di attività pubbliche da parte di soggetti estranei all'organizzazione amministrativa*, in *Le Regioni*, 1985, V, p. 906 e ss.
- A. Barbiero, *L'autocertificazione. Regole e strumenti dal Testo unico sulla documentazione amministrativa*, Milano 2002
- E. Barcellona, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino 2003
- A. Bargone - P. Stella Richter, *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, Milano 2001

- S. Bartole, *Principio di collaborazione e proporzionalità degli interventi statali in ambiti regionali*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 261 e ss
- G. Bartoli, *L'autocertificazione. Confronto fra la legge 15/1968 e la legge 241/90*, Rimini 1995
- F. Bassanini - L. Castelli, *Semplificare l'Italia*, Firenze 2008
- F. Bassanini, *L'ammodernamento del sistema amministrativo italiano*, su www.astrid-online.it
- F. Bassanini - G. Macciotta (a cura di), *L'attuazione del federalismo fiscale*, Bologna 2004
- U. Beck, *Risk Society Towards a New Modernity*, London 1992
- M. Bellavista, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova 2001
- D. Bellini - C. Facchini, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica esternalizzazione e regolazione*, Roma 2005
- A. Benedetti, *Le certificazioni ambientali*, in G. Rossi (a cura di) *Diritto dell'ambiente*, Torino 2008, p. 185 e ss.
- A. Benedetti, *Certificazioni "private" e pubblica fiducia*, in *Diritto pubb. econ.*, 2006, estr. 47
- A. Benedetti, *Le certificazioni di qualità tra regole pubblicistiche e autorevolezza privata*, in *Serv. pubb. e app.* 2004, IV, p. 669 e ss.
- A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto*, Torino 1999
- C. Bentivogli - E. Panicara - D. Tidu, *Il project financing nei servizi pubblici locali: poca finanza e poco progetto?*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 25, 2008 e pubblicato su www.bancaditalia.it, settembre 2008
- F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, processo, procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, p. 118 e ss.
- F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova 1959
- F. Benvenuti, *La concessione di opere pubbliche*, in *Acque bonif. Costruz.*, 1958, p. 2 e ss.
- G. Berti, *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna 1993
- G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1983
- E. Betti, *Ricognizione di debito e promesse di pagamento secondo il nuovo codice*, in *Studi in memoria di Segré*, Milano 1943, p. 5 e ss.
- E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1960
- D. Bevilaqua, *L'esercizio privato di funzioni amministrative comunitarie*, in *Giorn. Dir. amm.*, 7, 2008, p. 732 e ss.
- C.M. Bianca, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, IV, Milano 1990
- E. Blinova, *Le certificazioni di qualità: vizi del prodotto e responsabilità dell'ente certificatore*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 1331 e ss.
- N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. Int. Fil. Dir.* 1951, p. 146 e ss.
- L. Bocchi, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: affidamento diretto del servizio e procedure di evidenza pubblica*, in *Foro Amm.*, 1996, p. 41 e ss.
- M. Bombardelli, *Autocertificazione*, in *Enc. Giur.*, V, 1996
- M. Bombardelli, *Le norme in materia di documentazione e certificazione amministrativa*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1998, p. 266 e ss.

- M. Bombardelli, *La semplificazione della documentazione amministrativa: strumenti e tecniche*, in AA. VV., *La documentazione amministrativa*, Rimini 2001
- F. Bonelli, *Responsabilità delle società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 969 e ss.
- A. Borselli, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a. per violazione dell'onus vigilandi*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2010, 6, p. 1349 e ss.
- M. Bresso, *Economia ecologica*, Milano 1997
- L. Buffoni, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del titolo V: il fondamento costituzionale e il riparto di competenze legislative*, in *Le istit. del feder.*, 2003, p. 345 e ss.
- E. Burgin - E. Cancila - E. Franco (a cura di), *Qualità e territorio - La certificazione ambientale negli enti locali*, Milano 2008
- C. Buzzacchi, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 277 e ss.
- S. Cacace, *SOA: una riforma incompiuta*, in www.giust.amm.it 2008
- R. Cadamuro, *La legge 4 gennaio, n. 15: una legge ambigua o non ancora corrisposta nelle sue ambizioni?*, in *Stato civ. it.*, 1989, p. 485
- M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema, complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007
- G. Caia - F.A. Roversi Monaco, *Amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali*, in P. Andreini, G. Elias e F.A. Roversi Monaco (a cura di), *La normativa tecnica industriale*, Bologna 1995
- V. Caianiello, *Enti pubblici tra nuova norma giuridica e realtà sociale*, in *Scritti in onore di Franco Piga*, Milano 1992
- M. Calabrò, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il made in italy*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 9, p. 2639 e ss.
- P. Calzia, *La posizione soggettiva del concessionario di opera pubblica*, in *Nuova Rass. Legisl.*, 1989, f. 3
- M. Cammelli, *Amministrazione periferica o amministrazione territoriale dello Stato?*, in *Dir. pubb.*, 1999, p. 765 e ss.
- M. Cammelli, *La pubblica amministrazione*, Bologna 2004
- F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914
- F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano 1904
- N. Campriani, *Qualità: obblighi legislativi e certificazione volontaria*, Milano 1999
- E. Cannada Bartoli, *Gli atti del concessionario privato di opera pubblica*, in *Giur. It.*, 1996, I, p. 493
- E. Capaccioli, *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Milano 1960
- E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova 1983
- B. Capra - M. Soraci - V. Parrini, *Il Verificatore Ambientale EMAS: accreditamento e funzioni*, in *Idea Ambiente*, 2007, p. 5 e ss.
- S. Capolupo, *D.Lgs. n. 490/1998: la nuova disciplina dell'assistenza fiscale*, in *Il fisco* 1999, p. 3760 e ss.
- M. Capuano, *Il marchio ecologico europeo (Ecolabel)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internaz.*, 2002, p. 574 e ss..
- V. Caputi Jamberghi, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 28 e ss.

- R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it
- G. Carboni, *Società di revisione (reati in materia di)*, in *Dig. Disc. Pen.* 1997, p. 432 e ss.
- F. Carnelutti, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1940, I, p. 3 e ss.
- F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951
- F. Carnelutti, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 1940, p. 3 e ss.
- F. Carresi, *La transazione*, in AA. VV., *Trattato Vassalli*, Torino 1966
- F. Carresi, *Accertamento e interpretazione nel contratto*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano 1991, p. 143 e ss.
- S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna 1983
- S. Cassese, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1995, p. 1134 e ss.
- S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. Dir. comm.*, 1996, p. 588 e ss.
- S. Cassese, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.* 2004, 4, p. 901 e ss.
- S. Cassese, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici e autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, p. 389 e ss.
- S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, p. 602 e ss.
- S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma 2002
- S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 2003, p. 323 e ss.
- S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2003
- S. Cassese, *Il diritto amministrativo presenta caratteristiche originali?*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2003, I, p. 35 e ss.
- S. Cassese, *Nel labirinto delle globalizzazioni*, su www.astridonline, maggio 2007
- L. Casseti, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, su www.federalismi.it
- E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2001
- A. Casotti, *CAF: il quadro delineato dal d.lgs. n. 490/1998*, in *Dir. Prat. Lav.* 1999, p. 284 e ss.
- A. Catricalà, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. Giur.*, Roma 1988, p. 1 e ss.
- B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova 1993
- R. Cavallo - Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino 1993
- D. Cepiku, *L'esternalizzazione nelle amministrazioni pubbliche. Teorie, politiche ed esperienze a livello internazionale*, Roma 2006
- D. Cepiku, *Esternalizzazione e cooperazione interistituzionale nei piccoli comuni: teoria ed esperienze a supporto di una convivenza possibile*, in *Guida gest. ass. enti locali*, Roma 2004
- V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.* 1984, p. 470 e ss.
- V. Cerulli Irelli, *La semplificazione del sistema delle istituzioni territoriali*, su www.astrid-online.it, 24.6.2006

- V. Cerulli Irelli, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 617 e ss.
- V. Cerulli Irelli - C. Pinelli (a cura di), *Verso il federalismo*, Bologna 2003
- V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino 2003
- R. Chieppa, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubb. com.*, 2009, 6, p. 1319 e ss.
- R. Chieppa, *La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.* 2009, p. 257 e ss.
- G. Chiovenda, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1933, p. 1 e ss.
- E. Chiti, *La normalizzazione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2003, p. 4003 e ss.
- E. Chiti, *La nozione di ente pubblico tra disciplina comunitaria e nazionale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1996, p. 735
- E. Chiti, *La nozione di amministrazione aggiudicatrice*, in *Giorn. Dir. pubb.*, 2001, p. 422 e ss.
- M.P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna 2000
- M.P. Chiti, *Diritto Amministrativo europeo*, Milano 2004
- M.P. Chiti - G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 2003
- A. Cianflone - G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 2003
- G.P. Cirillo, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emanati nell'esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese*, in *Riv. Trim. App.* 2000, p. 743 e ss.
- M. Clarich, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, relazione al Convegno organizzato da ASSONIME e Università LUISS Guido Carli su *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, Roma, 13.3.2009
- M. Clarich, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'organizzazione amministrativa italiana*, in *Dir. Amm.* 1995, p. 519 e ss.
- P. Colombo, *La disciplina pubblicistica dei prodotti a denominazione registrata*, in *Dir. econ.*, 2004, p. 495 e ss.
- L.P. Comoglio, *Le prove di tipo documentale*, in *Trattato Rescigno*, Torino 1985
- A. Cordiano, *La nuova direttiva sulla sicurezza dei prodotti n. 2001/95/CE e lo stato di applicazione nell'ordinamento nazionale*, in *Vita not.*, 2004, I, p. 513 e ss.
- A. Cordiano, *Sicurezza dei prodotti e tutela preventiva del consumatore*, Padova 2005
- R. Corrado, *Negoziato di accertamento*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino 1965
- R. Corrado, *Il negozio di accertamento*, Torino 1942
- M. Corsale, *Certezza del diritto – profili teorici*, in *Enc. Dir.*, p. 1 e ss.
- G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano 1969
- G. Corso, *La gestione dei servizi pubblici e le nuove forme di amministrazione*, Milano 2000
- G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino 1999
- G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubb.*, 2002, p. 980 e ss.

- P. Crea, *Ancora una sentenza sulla natura giuridica delle società a partecipazione degli enti locali*, in *Riv. Amm.*, 1995, p. 1061 e ss.
- R. Cusimano – D. Gallo, *I Centri di assistenza fiscale e l'ordinamento comunitario del mercato e della concorrenza*, in *Il Fisco*, 2005, 5 p. 5 e ss.
- L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, Milano 1996
- M. D'Alberti, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, relazione presentata alla giornata di studi in ricordo di Donatello Serrani, in *Riv. trim. dir. pubb. comm.*, 2000, p. 398
- R. D'Amico, *L'analisi della Pubblica Amministrazione. Teorie, concetti, metodi*, Milano 2006
- M. D'Amico - S. Ubaldini, *L'applicazione del regolamento EMAS nella pubblica amministrazione*, in *Regioni e Amb.*, 4, 2008, p. 1 e ss.
- E. D'Alterio, *L'esternalizzazione delle funzioni di ordine: il caso delle carceri*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2008, p. 4
- E. D'Arpe, *Requisiti, certificazioni e avvilitamento negli appalti pubblici*, in *Giurisd. Amm.* 2007, X, p. 347 e ss.
- A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 14 e ss.
- P. De Carli, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano 2002
- B. Delfino, *Soggetti privati, amministrazioni aggiudicatrici e problemi di giurisdizione*, in *Cons. St.*, 2000, p. 1083
- G. Della Cananea, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 2003, p. 1 e ss.
- G. Della Cananea, *L'amministrazione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo-Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, Milano 2000, II
- G. Della Cananea, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione Europea*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di F. Bignami-S. Cassese, Milano 2004
- P. Dell'Anno, *Principi fondamentali della tutela dell'ambiente fra normativa europea e legislazione nazionale*, in *Dir. e giur. agr.*, 2006, p. 281 e ss.
- P. Della Vigna (a cura di), *Michel Foucault: poteri e strategie*, Milano 1994
- V. De Gioia - B. Mamei, *Le Sezioni Unite cambiano rotta sugli appalti comunitari indetti dalle s.p.a. miste*, in *Urb. e app.*, 1999, p. 616 e ss.
- F. De Leonardis, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione di funzioni pubbliche*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 347 e ss.
- F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa. Crisi dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova 2000
- R. De Lise, *Le normative degli appalti di opere pubbliche*, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1986, p. 1651 e ss.
- R. De Stefano, *Il problema del diritto non naturale*, Milano 1955
- G. Di Gaspare, *Esternalizzazione (tramite contratti e figure soggettive delle attività amministrative) societarizzazioni e privatizzazioni; un approccio teorico*, in *Guida agli enti locali*, 2005, n. 25 e pubblicato su www.amministrazioneincammino.luiss.it
- G. Di Gaspare, *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubb.* 1995, X, p. 513 e ss.

- G. Di Gaspare, *Le trasformazioni degli enti pubblici e la dismissione delle partecipazioni statali verso un nuovo ibrido: le s.p.a. di diritto pubblico*, in *Nomos*, 1992, p. 1 e ss.
- G. Di Gaspare, *Tra stato e mercato, l'insostenibile leggerezza della concessione amministrativa*, in *Politica del diritto*, 1998, III, p. 503 e ss.
- F. Di Lascio, *Dall'esercizio privato delle funzioni pubbliche all'esternalizzazione*, Ancona 2004
- F. Di Lascio, *Quale esternalizzazione delle funzioni amministrative?*, in *Queste istit.*, 2004, p. 165 e ss.
- F. Di Lascio, *Corte costituzionale, outsourcing delle funzioni strumentali e processi di acquisto*, pubblicato su www.astrid-online.it
- M. Di Tillio, *Ricognizione di debito e negozio di accertamento*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, VIII, p. 793 e ss.
- G.P. Dolso, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 265 e ss.
- G. Falcon, *L'autonomia amministrativa e regolamentare*, in *Le Regioni*, 2004, p. 396 e ss.
- G. Falcon, *Semplificazione, garanzie, certezza: modelli di composizione degli interessi*, in A.M. Sandulli (a cura di), *Il procedimento amministrativo in Europa*, Milano 2009
- G. Falcon, *Le concessioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano 1984
- A. Falzea, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro It.* 1952, p. 169.
- A. Falzea, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, 1960, p. 220 e ss.
- A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Giur.*, 1958, p. 219 e ss.
- A. Fera, *Concessione di esecuzione di opere pubbliche statali e gestione dei relativi servizi*, in *Nuova rass. Legisl.*, 1978, f. 7/8, p. 755 e ss.
- C. Feriozzi, *Il nuovo controllo legale dei conti nelle S.p.A.*, in *La riforma del diritto societario*, Milano 2003
- M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione - diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000
- M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna 2002
- M.V. Ferroni, *La giurisdizione esclusiva come giurisdizione "ordinaria" del giudice amministrativo*, in *Il corriere giur.*, 1999, p. 433 e ss.
- L. Fiorentino - B.G. Mattarella (a cura di), *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle pubbliche amministrazioni*, Santarcangelo di Romagna 2007
- L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni*, Bologna 2007
- A. Fioritto, *La funzione di certezza pubblica*, Padova 2003
- A. Fioritto, *Certezza pubblica*, in *Il Diritto – Enc. Giur.*, Bergamo 2007, p. 853 e ss.
- G. Fischione, *L'organismo di diritto pubblico tra mito e realtà*, in *Arch. Giur.*, 1996, p. 967 e ss.
- F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1912, trad. francese *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Parigi 1933
- S. Fortunato, *I principi contabili internazionali e le fonti del diritto (pluralismo giuridico, diritto riflessivo e "governance" nel modello europeo (Relazione,*

ampliata e corredata di note, tenuta al Convegno di Catania del 21/22 settembre 2007 su "Le fonti private del diritto commerciale" e destinata agli Studi in onore di Francesco Capriglione), in Giur. comm. 2010, 1, p. 5 e ss.

F. Fracchia, *Diritto dell'ambiente*, Bari 2002

F. Fracchia, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 105 e ss.

F. Fracchia, *Appalti pubblici al di sopra della soglia comunitaria: giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e art. 33 del d. lgs. 80/1998*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 2275 e ss.

F. Fracchia – M. Occhiena, *I sistemi di qualificazione tra qualità e certezza*, Milano 2006

C. Franchini, *Il diritto amministrativo italiano e l'influenza comunitaria: l'organizzazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.*, 2004, p. 103 e ss.

C. Franchini, *I principi applicabili ai procedimenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 1 e ss.

L. Friedman, *The World is Flat* (trad. it. *Il mondo è piatto*, Milano 2006).

S. Foà, *Nuovi munera pubblici e principio di imparzialità. Il caso delle società organismi di attestazione in materia di lavori pubblici*, su www.giust.it.

F. Fonderico, *La "codificazione" del diritto dell'ambiente in Italia, modelli e questioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 632 e ss.

S. Fortunato, *I principi contabili internazionali e le fonti del diritto (pluralismo giuridico, diritto riflessivo e "governance" nel modello europeo (Relazione, ampliata e corredata di note, tenuta al Convegno di Catania del 21/22 settembre 2007 su "Le fonti private del diritto commerciale" e destinata agli Studi in onore di Francesco Capriglione), in Giur. comm. 2010, 1, p. 5 e ss.*

C. Furno, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano 1993

L. Galateria-M. Stipo, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 1993

D.U. Galetta, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 459 e ss.

D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano 1988

F. Galgano, *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 357 e ss.

D. Gallo, *I centri di assistenza fiscale (CAF) al vaglio della Corte di Giustizia della Comunità europea*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2006, 2, p. 455 e ss.

C. Gandini, *Gli atti di gara del concessionario privato di opera pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 860 e ss.

E. Gargale, *Amministrazione pubblica e privati nella certificazione di qualità dei prodotti industriali*, in *Inform. E dir.*, 1993, p. 276 e ss.

R. Garofoli, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti del giudice comunitario e del giudice nazionale a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, p. 133 e ss.

R. Garofoli, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.lgs. 80/1998)*, in *Foro it.*, 1999, 3, p. 178 e ss.

R. Garofoli, *Organismi di diritto pubblico: criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urb. app.*, 1999, p. 960 e ss.

- G. Garzia, *Appalti delle società a partecipazione pubblica e tutela giurisdizionale dei partecipanti*, in *Rass. Giur. En. El.*, 1996, p. 141 e ss.
- A. Gentili, *La rilevanza giuridica della certificazione volontaria*, in *Eur. Dir. priv.*, 2000, I, p. 59 e ss.
- E. Gerelli, *Reputazione ambientale e competitività non di prezzo*, in *Riv. dir. fin.*, 2002, p. 707 e ss.
- S. Giacchetti, *Certificazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur.* 1988, p. 1 e ss.
- L. Giampaolino, *Le SOA e le loro responsabilità, i controlli dello stato e degli altri enti pubblici*, in F. Saitta (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Vicenza 2001, p. 111 e ss.
- M. Giampieretti, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2003, p. 439 e ss.
- F. Giampietro, *Né T.U., né Codice dell'ambiente...ma un unico contenitore per discipline differenziate*, in *Ambiente & sviluppo*, 2006, p. 405 e ss.
- M. S. Giannini, *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.* 1960, p. 1960 e ss.
- M. S. Giannini, *Accertamento*, in *Enc. Dir.*, p. 222 e ss.
- M. S. Giannini, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.* 1960, p. 80 e ss.
- M. S. Giannini, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro It.* 1952, p. 169 e ss.
- M. S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.* 1959, p. 172 e ss.
- M. S. Giannini, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.* 1966, p. 686 e ss.
- M. S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981
- M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1970
- M. S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna 1968
- M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1985
- M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo, I, L'amministrazione pubblica e la sua attività*, Milano 1950
- M. S. Giannini, *Organi di mera erogazione ed organizzazione impropria*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, Padova 1961, p. 395 e ss.
- M. S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo. Dispense anno accademico 1964-65, I. Premesse sociologiche e storiche e profili costituzionali, II. Teoria dell'organizzazione*, Milano 1965
- M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, p. 124 e ss.
- M. S. Giannini, *Premesse sociologiche e storiche e profili costituzionali*, Milano 1965
- M.S. Giannini, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici (1950)*, ora raccolto in *Scritti*, Milano 2003
- M. Giorgianni, *Accertamento negozio di*, in *Enc. Dir.*, Milano 1958, p. 227 e ss.
- M. Giorgianni, *Il negozio giuridico di accertamento*, Milano 1939
- F. Ghiglione - C. Rossello, *Quando e come utilizzare l'autocertificazione*, Milano 1922
- M. Gorlani, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Milano 2004
- P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiarativi*, Milano 1996
- G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano 1986

- G. Greco, *Appalti di lavori affidati da s.p.a. in mano pubblica: un revirement non privo di qualche paradosso*, in *Riv. it. Dir. pubb. comunit.*, 1995, p. 1063 e ss.
- P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 1997
- C. Gruccione – D. Galli, *Il nuovo sistema di qualificazione nei lavori pubblici*, Milano 2000
- G. Guarino, *Dizionario amministrativo*, Milano 1960
- F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova 1965
- G. Guzzo, *La controriforma dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e il problema irrisolto dell'operatività delle società miste*, pubblicato su www.dirittodeiservizipubblici.it, 13 ottobre 2009
- G. Guzzo, *Le nuove regole dei spl alla luce della disciplina attuativa introdotta dal d.p.r. n. 168/2010*, pubblicato su www.dirittodeiservizipubblici.it, 22.10.2010;
- M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Parigi 1906
- L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm.*, 1997, p. 57 e ss.
- C. Ibba, *Le società legali*, Torino 1992
- M. Immordino - A. Police, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, Torino 2004
- G. Ingrao, *Dalle teorie moniste e dualiste all'integrazione dei valori nei rapporti tra diritto interno e comunitario alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, II, p. 231 e ss.
- I.R.P.A., *Secondo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Santarcangelo di Romagna 2009
- V. Italia, *"Concorrenza" e "tutela della concorrenza". Collocazione in norme di diverso livello gerarchico ed interpretazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, p. 64 e ss.
- H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1943, trad. it. Milano 1952
- H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino 1952
- C. Lacava, *L'outsourcing nella pubblica amministrazione: il caso inglese*, in *I quaderni dell'innov.*, n. 5, 2002
- L. Lanzillotta, *La svolta privata delle fondazioni per liberare i servizi pubblici locali*, in *Il Sole 24 Ore*, 5.10.2009
- L. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin Göttingen-Heidelberg, 1960, trad. it. parziale *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano 1966
- G. Laurini, *I vent'anni della legge 4 gennaio 1968 n. 15*, in *Riv. not.*, 1989, p. 101 e ss.
- A. Lener, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Milano, 1970
- G. Leone, *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Padova 1990
- M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, pubblicato su www.federalismi.it, aprile 2010
- S. Licciardello, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino 2000
- A. Liburdi, *Assistenza fiscale. Visto pesante e asseverazione tra le novità della riforma dei CAF*, in *Corr. Trib.* 1999, p. 159 e ss.
- A. Liburdi, *Assistenza fiscale. Conseguenze della riforma sui rapporti con l'A.F. in materia di controlli formali*, in *Corr. Trib.* 1999, p. 541 e ss.

- A. Liburdi, *Imposte sui redditi. Dichiarazioni. I compiti attribuiti ai CAF e ai sostituti d'imposta per i modelli 730/99*, in *Corr. Trib.* 1999, p.1451 e ss.
- A. Liverani, *Certificazione I) diritto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, postilla di aggiornamento 2006
- T. Lobello, *Semplificazione dei controlli amministrativi tra livelli essenziali e tutela della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2009, 6, p. 4867 e ss.
- G.C. Lo Bianco, *Applicazione della legge 4 gennaio 1968, n. 15 sulla documentazione amministrativa e sulla legittimazione ed autenticazione delle firme*, in *Funz. Pubbl.*, 1989,
- G.C. Lo Bianco, *Autocertificazione e organizzazione amministrativa*, Milano 1997
- G.C. Lo Bianco, *Applicazione della legge 4 gennaio 1968, n. 15 sulla documentazione amministrativa e sulla legalizzazione ed autenticazione delle firme*, in *Funz. Pubbl.*, 1989, 2, p. 11 e ss.
- A. Lolli, *L'amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna 2008
- N. Longobardi, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La "direttiva Bolkestein" modello di semplificazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, p. 659 e ss. e su www.amministrazioneincammino.it
- M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici*, Torino 1978
- R. Lugano - M. Nessi, *La nuova disciplina della revisione legale prevista dal d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 39*, in *Riv. dottori comm.*, 2010, 2, p. 325 e ss.
- N. Lugaresi, *Diritto dell'ambiente*, Padova 2004
- N. Luhmann, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stuttgart 2002, trad. it. *La fiducia*, Bologna 2002
- A. Luminoso, *Certificazione di qualità di prodotti e tutela del consumatore – acquirente*, in *Eur. Dir. priv.*, 2000, p. 27 e ss.
- A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino 2005
- A. Maltoni, *Brevi considerazioni in tema di esternalizzazione di attività strumentali e funzioni amministrative*, Torino 2005
- A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, in *Riv. Corte Conti*, 2004, p. 276 e ss.
- A. Maltoni, *Sicurezza alimentare*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, p. 5545 e ss.
- C. Manganelli, *Innovazione nella p.a.: un percorso da accelerare*, pubblicato su www.forumpa.it, 15.3.2010
- F. Marchetti, *Prime considerazioni sui centri di assistenza fiscale, sull'assistenza fiscale da parte del sostituto d'imposta e sul conto fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, p. 8 e ss.
- I.M. Marino, *Diritto, amministrazione, globalizzazione*, in *Dir. Pubbl. Econ.* 2005, p. 25 e ss.
- I.M. Marino, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano 1987
- C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato dell'amministrazione*, Milano 1982
- C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985
- C. Marzuoli, *Una nozione da ricordare: la competenza esclusiva*, in *Dir. amm.*, 2009, 4, p. 909 e ss.

- A. Mascolini, *Sull'esclusione degli enti fieristici dalla normativa in tema di appalti: l'approccio sostanziale del Consiglio di Stato alla mozione di "organismo di diritto pubblico"*, in *Riv. amm. app.*, 1999, p. 123 e ss.
- A. Massari, *Esternalizzare le attività amministrative della p.a.*, in *Comuni d'It.*, II, 2002
- B. Mattarella, *I centri di assistenza fiscale e il diritto europeo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2007, III, p. 301 e ss.
- A.M. Mazzaro, *La certificazione di qualità e la responsabilità dell'ente certificatore*, in *Il Civilista*, 2008, 1, p. 95 e ss.
- L. Mazzarolli - G. Pericu - A. Romano - G. Napolitano, *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizzazione*, in *Dir. Econ.* 2006
- E. Mele, *L'autocertificazione amministrativa*, in *Nuova rass.*, 1994, p. 1193 e ss.
- F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970
- S. Mezzacapo, *La giurisdizione ordinaria non trova applicazione anche se il appaltatore è una s.p.a.*, in *Guida al dir.*, 1999, VI, p. 62 e ss.
- S. Mezzacapo, *La promozione di servizi svolta dall'ente esclude la natura di diritto pubblico*, in *Guid. Dir.*, 1998, 48, p. 87 e ss.
- C. Mezzanotte, *Interesse nazionale e scrutinio stretto*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 631 e ss.
- G. Miele, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1933 e in *Scritti giuridici*, I, Milano 1987, p. 135 e ss.
- G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931.
- G. Miele, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.* 1942
- G. Miele *Ente pubblico e concessione di servizi pubblici*, nota a Cons. St., V, 16 giugno 1942, n. 404, in *Foro amm.* 1942
- G. Miele, *Attualità e aspetti della distinzione tra persone giuridiche pubbliche e private*, in *L'organizzazione amministrativa*, Atti del IV Convegno di Studi di scienza dell'Amministrazione, Varenna, 1958, Milano 1959
- G. Miele, *Funzione pubblica*, in *Noviss. Dig.* 1961, VII, p. 686 e ss.
- G. Miele, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1933 e in *Scritti giuridici*, I, Milano 1987, p. 135 e ss.
- A. Mingardi, *La legge annuale sulla concorrenza crea un'opportunità interessante per riaprire il dibattito sulle liberalizzazioni nel nostro Paese*, in *Sole 24 Ore*, 23.2.2010
- G. Napolitano, *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizzazione*, in *Dir. Econ.* 2006, p. 663 e ss.
- P. Molinas, *EMAS III: verso quale soluzione?*, in *Reg. e Amb.*, 2007, 2, p. 27 e ss.
- P. Molinas-S. Ubaldini-M. Soraci, *EMAS: 10 anni di applicazione in Italia*, in *Reg. e Amb.*, 2008, 1-2, p. 1 e ss.
- G. Montedoro, *Società in house e responsabilità*, in *www.astridonline*
- G. Montedoro, *Assenza di provvedimento e tutela degli interessi (ovvero indagine intorno agli indizi di morte del provvedimento amministrativo)*, su *www.impiegopubblico.it* 2009
- M. Nigro, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1979, p. 1367 e ss.
- M. Nigro, *Scritti giuridici*, Milano 1996
- M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1983

- M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, Napoli 1953
- V. Nuti, *Andamento lento per la "pa"*, in *Il Sole 24 Ore. Rapporti. Certificazione*, 7.11.2005, p. 5.
- M. Occhiena, *Le certificazioni nei processi decisionali pubblici e privati*, in www.giust.amm.it 2007
- M. Orlandi, *Note sugli atti ricognitivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, II., p. 433 e ss.
- L.F. Pace, *Il concetto di tutela della concorrenza, l'art. 117 Cost. e il diritto comunitario: la «costituzionalizzazione» della figura dell'«imprenditore sovvenzionato»*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 4678 e ss.
- T. Padoa-Schioppa, *Europa, forza gentile*, Bologna 2001
- A. Pace, *Gli aiuti di Stato sono forme di «tutela» della concorrenza?*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 259 e ss.
- G. Palliggiano, *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla Legge Giolitti al Testo unico degli enti locali*, pubblicato su www.giustizia-amministrativa.it, settembre 2009
- N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova 2001
- E. Paolini, *Il contratto di accertamento*, Padova 1997
- G. Pasquini, *Un revirement sull'organismo di diritto pubblico: il caso Ente Fiera di Milano*. in *Giorn. Dir. amm.*, 1999, p. 17 e ss.
- A. Perini, *Osservazioni sull'accertamento costitutivo nel diritto amministrativo*, Padova 1953.
- A. Perini, *L'affidamento di pubblici servizi locali a società miste e procedure di evidenza pubblica (alcune riflessioni in margine di una sentenza regolatrice di giurisdizione)*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 90 e ss.
- G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Milano 1967
- A. Perrone, *Certificato*, in *Dig. It.*, p. 752 e ss.
- E. Picozza, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova 2003
- H. Pirenne, *Via e commercio nelle città del nord*, in AA. VV., *Storia del mondo medievale. La riforma della chiesa e la lotta fra papi e imperatori*, Milano 1978
- E. Piscione, *Ordini e collegi professionali*, Milano 1959
- F. Pizzetti, *L'ordinamento costituzionale italiano, fra riforme da attuare e riforme da completare*, Torino 2003
- F. Pizzetti, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma? Osservazione a Corte cost. sent. n. 14 del 2004*, in www.forumcostituzionale.it
- A. Police, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di "diritto speciale": problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 147 e ss.
- A. Police - W. Giulietti, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Serv. Pubb. e app.*, 2004, p. 824 e ss.
- P. Polimanti, *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma*, pubblicato su www.amministrazionincammino.luiss.it, gennaio 2010
- L. Potito - P. Tartaglia Polcini, *I principi contabili internazionali: riflessioni critiche*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2010, 2, p. 255 e ss.
- A. Predieri, *Lo stato come riduttore di asimmetrie informative nella regolazione dei mercati finanziari*, in AA. VV., *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano 1993, p. 63 e ss.

- A. Predieri, *L'arcipelago delle Autorità indipendenti*, relazione introduttiva alla Giornata di Studi del 16.2.1996 su *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Fondazione Cesifin, Firenze
- A. Predieri, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel quadro della concorrenza comunitaria*, Milano 1992
- E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Roma, 1917
- L. Puccini, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano 1958
- S. Pugliatti, *Della transazione*, in D'Amelio-Finzi, *Commentario*, Firenze 1949
- L. Raggi, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, I, p. 109 e ss.
- L. Raggi, *Gli atti amministrativi delle autorità non amministrative e la competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.* 1918, II, p. 232 e ss.
- L. Raggi, *Diritto amministrativo. IV. Soggetti – Organi – Organizzazione dell'amministrazione diretta. Lezioni svolte nell'Anno Accademico 1931 – 32 raccolte dallo studente Jean Balbi, II ed.*, Padova 1935
- L. Raggi, *Sull'atto amministrativo (concetto, classificazione, validità)*, in *Riv. dir. pubbl.* 1917, p. 168 e ss.
- O. Ranalletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni*, in *Riv. it. sc. giur.* 1896, XXI, fasc. III, p. 12 e ss.
- O. Ranalletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.* 1894, p. 7 e ss.
- O. Ranalletti, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.* 1905, XXXIX, p. 337 e ss.
- O. Ranalletti, *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi individuali e collettivi*, in *Studi in onore di Carlo Fadda per XXV anno del suo insegnamento*, vol. II, Napoli 1906, p. 249 e ss.
- O. Ranalletti, *Diritto pubblico e privato nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. dir. pubbl.* 1941, XXXIII, 1, p. 26 e ss.
- M. Renna, *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152 del 2006)*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 5, p. 649 e ss.
- M. Ricolfi, *Marchi di servizio, non registrati e collettivi*, in AA.VV., *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino 2005, p. 154 e ss.
- E. Rizzi, *In tema di qualificazione degli atti posti in essere da S.p.a. a capitale parzialmente pubblico, costituite ai sensi dell'art. 22, terzo comma, lettera e) della legge n. 142/1990 e giurisdizione sulle controversie in materia di appalti indetti dalle società medesime*, in *I contratti Stato e enti pubbl.*, 1995, p. 331 e ss.
- G.D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato 1835
- A. Romano, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, 1994, p. 508 e ss.
- A. Romano-Tassone, *Amministrazione pubblica e produzione di "certezza": problemi attuali e spunti ricostruttivi*, relazione al convegno *Amministrazione, certezza e ambiente*, Università Bocconi, Milano 26.4.2005, in *Dir. Amm.*, 2005, p. 867 e ss.
- S. Romano, *Il Diritto pubblico italiano*, Milano 1988
- S. Romano, *Corso di diritto amministrativo, Principi generali*, Padova 1937

- S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947
- S. Romano, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano 1912
- S. Romano, *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, in *Scritti Minori, Diritto amministrativo*, II, Milano 1950, p. 425 e ss.
- S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1962
- L. Rovelli., Nota a Cass., I, 27 maggio 1971, n. 1572, in *Foro it.*, 1971, I, p. 2237 e ss.
- F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Bologna 1993
- F.A. Roversi Monaco, *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini 1988
- A. Ruffini, *Certificazione e sicurezza, Genesi e sviluppo di un modello culturale*, Milano 2006
- F. Sacco, *Competenze statali trasversali e potestà legislativa regionale: un tentativo di razionalizzazione (a proposito della tutela della concorrenza) della Corte costituzionale*, su www.associazionedeicostituzioanlisti.it 4 febbraio 2004
- G. Sala, *Certificati e attestati*, in *Noviss. Dig. it.*, p. 537 e ss.
- A. Salfi, *Multiutility in Emilia Romagna tra territorio e concorrenza*, pubblicato in www.astrid-online.it, luglio 2009
- A. M. Sandulli, *Diritto amministrativo*, Napoli 1982
- A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984
- A.M. Sandulli, *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano 2006, V
- A.M. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998
- A.M. Sandulli, *La concordia discors ed il processo di integrazione europea*, in G. Falcon (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Padova 2005
- F. Santoro Passarelli, *Nozione della transazione*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli 1961
- F. Satta, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. Giur.* 1989, p. 78 e ss.
- F. Satta, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.* 1989, p. 1 e ss.
- F. Satta, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 328 e ss.
- A. Schiavone, *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Bari 1996
- G. Sciuillo (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, Bologna 2008
- F. G. Sebastoni, *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in *Foro Amm. CDS*, 2007, I, p. 344 e ss.
- C. Sgubin, *I principi di diritto comunitario tra procedimento amministrativo, attività di diritto privato della p.a. ed effettività della tutela giurisdizionale della p.a.*, in *Riv. it. Dir. pub. comunit.*, 2010, I, p. 320 e ss.
- M. Sinisi, *Trasferimento delle partecipazioni azionarie di una Soa e procedimento di revoca dell'autorizzazione a rilasciare attestazioni di qualificazione: quali i poteri dell'Autorità?*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 12, p. 3909 e ss.
- G. Smorto, *Certificazione di qualità e normazione tecnica*, in *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino 2003, p. 205 e ss.
- M.R. Spasiano, *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme*, in *Foro Amm. TAR*, 2005, V, p. 1820 e ss.

- C. Stagnaro, *Lo Stato esternalizzatore. Fenomenologia delle leggi che impongono alle aziende di sostituirsi allo Stato e di trasformarsi in polizia*, in *Il Foglio*, 3.3.2010
- P. Stein, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, trad. it *I fondamenti del diritto europeo*, Milano 1995
- P. Stella Richter, *Atti e poteri amministrativi*, in A. Guarino (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano 1983, p. 39 e ss.
- G. Stolfi, *Natura giuridica dell'accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, p. 136;
- A. Stoppani, *Certeza amministrativa*, in *Enc. Dir.* 1960
- O. Tentolini, *Certificazioni e attestati*, in *Noviss. dig.*, p. 129 e ss.
- C. Tessarolo, *Il regime transitorio nel nuovo sistema dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, gennaio 2010
- N. Titomanlio, *Qualificazione: dal Consiglio di Stato critiche alle SOA e alla poca qualità*, in *Edil. Terr.* 1999, p. 50 e ss.
- B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova 2001
- L. Torchia - F. Bassanini (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze 2005
- L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna 2006
- G. Vesperini, *Semplificazione amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, VI, p. 5479 e ss.
- G. Vesperini, *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa*, Milano 2006
- G. Vetrutto, *I pro e i contro delle esternalizzazioni di funzioni e servizi nella amministrazione pubblica*, in *Queste istit.*, 2004, p. 151
- A. Vigneri, *Commento a sentenza TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, 16 giugno 2010, n. 561*, in *Astrid-Rassegna*, 10/2010
- G. Vignocchi, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milano 1950
- P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano 1968
- L. Vitale, *Outsourcing: negli USA si registra un'inversione di tendenza*, in *Il sole 24 ore*, 4.3.2009
- C. Vitta, *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative*, in *Giur. It.* 1924, p. 97 e ss.
- C. Vitta, *Nozione degli atti amministrativi e loro classificazione*, in *Giur. It.* 1904, p. 183 e ss.
- C. Vitta, *Diritto amministrativo*, Torino 1933
- M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, (trad. it. *Economia e società*, Milano 1968)
- R. Wiegmannn, *Società per azioni*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1997, p. 343 e ss.
- K.A. Wittfogel, *Il dispotismo orientale*, Firenze 1968
- G. Zanobini, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.* 1918, p. 169;
- G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. II, Parte III, Milano 1920
- G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1958
- G. Zanobini, *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, p. 96 e ss. e in *Riv. trim. dir. pubb.* 1918, p. 169 e ss.

D. Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari 2004

M. Zotta, *Gli accertamenti costitutivi nel quadro degli atti amministrativi*, in *Riv. Dir. pubb.* 1940, I, p. 135

A. Weber, *Il diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento della Comunità europea*, in *Riv. it. Dir. pubb. com.*, 1992, p. 394 e ss.

A. Weber, *Sviluppi nel diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. Dir. pubb. comunit.*, 1998, p. 589 e ss.