

La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione (*)

Luca Monteferrante
Magistrato del T.A.R. Lombardia

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo di riferimento. – 2. L'attività amministrativa di diritto privato. – 3. Delimitazione del possibile ambito di rilevanza della disposizione in esame. – 4. L'autoritatività del provvedimento nella riflessione della dottrina. – 5. L'autoritatività del provvedimento concessorio ed i terzi. – 6. L'autoritatività delle misure datoriali rispetto ai terzi nell'ambito del rapporto di lavoro alla dipendenze delle pubbliche amministrazioni. – 7. L'autoritatività nei provvedimenti autorizzatori. – 8. L'autoritatività nei provvedimenti vincolati. – 9. Conclusioni.

1. Il quadro normativo di riferimento.

Il presente intervento ha ad oggetto “la disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della Pubblica Amministrazione” secondo quanto previsto dall'art. 1 della legge 11 febbraio 2005, n. 15 che, nel novellare l'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha introdotto il comma 1 *bis* a mente del quale “La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente”. Peraltro l'azione amministrativa secondo le norme del diritto privato è, al contempo, interessata dalle previsioni di cui agli articoli 7, 21 *sexies* e 19 della legge di modifica in esame. L'art. 7, in particolare, apporta modifiche all'art. 11 della legge 241 del 1990 in tema di accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento, eliminando il criterio di tassatività in precedenza previsto per la stipula degli accordi sostitutivi ed introducendo, al contempo, una innovativa previsione che impone l'adozione di una determinazione preventiva rispetto alla stipulazione di entrambe le tipologie di accordi procedurali, a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa. L'art. 21 *sexies*, a sua volta, prevede che il recesso dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei soli casi previsti dalla legge o dal contratto, introducendo una previsione che

(*) Testo provvisorio della relazione tenuta al Convegno su “Le nuove norme generali dell'azione amministrativa: la legge 11.2.2005 n. 15 e le successive modifiche” organizzato a Pescara il 21.6.2005 dalla Provincia di Pescara in collaborazione con gli Avvocati Amministrativisti e con l'Osservatorio sugli Enti Locali della Regione Abruzzo.

necessariamente impone uno sforzo interpretativo che vada al di là del senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione, a meno di non voler sostenere che la disposizione in esame debba necessariamente intendersi come meramente riproduttiva del disposto di cui all'art. 1373 del codice civile, in un *corpus* normativo, peraltro, interamente dedicato alla disciplina del provvedimento, dove lo stesso criterio dell'interpretazione sistematica pone non pochi problemi a riferire il predetto precetto in via esclusiva all'istituto civilistico del recesso propriamente inteso. L'art. 19, infine, nel sostituire integralmente l'art. 29 della legge 241 del 1990, da un lato limita la diretta applicabilità delle disposizioni della legge 241 del 1990 ai procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, dall'altro prevede che "Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come stabilite dalla presente legge"; resta in ogni caso ferma l'applicabilità a tutte le amministrazioni delle disposizioni in materia di giustizia amministrativa, trattandosi di materia di esclusiva competenza statale. Si tratta, a tal ultimo riguardo, di indagare se le norme di disciplina dell'azione amministrativa secondo il diritto privato previste dalla legge n. 15, siano suscettibili di introdurre limitazioni all'autonomia normativa di regioni ed enti locali nella disciplina dei procedimenti amministrativi di rispettiva competenza.

2. *L'attività amministrativa di diritto privato.*

Così precisato l'arco normativo di riferimento, occorre quindi procedere a delimitare il tema della presente indagine. La problematica in esame, innanzitutto, non concerne, come noto, la così detta attività privata di diritto privato mediante la quale la pubblica amministrazione, nell'esercizio della generale capacità di diritto privato riconosciuta a tutti gli enti pubblici dall'art. 11 del codice civile, compie atti di gestione del proprio patrimonio o attività meramente strumentali rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali individuate per legge; la previsione in esame non si riferisce neppure alla così detta attività ad evidenza pubblica laddove, almeno secondo l'orientamento prevalente della dottrina e quello unanime della giurisprudenza, non è in discussione la natura contrattuale dell'accordo, nonostante le indubbe peculiarità che connotano sia la fase di scelta del contraente, interamente soggetta al regime amministrativo, che quella di esecuzione del rapporto, caratterizzata dalla previsione in capo alla sola parte pubblica di poteri speciali che la giurisprudenza della Corte di Cassazione con giurisprudenza costante non ascrive al *genus* dei poteri pubblici, come pur sostenuto da una parte della dottrina amministrativistica, bensì a quello dei poteri privati con conseguente devoluzione

delle relative controversie al giudice ordinario. Estranei al tema oggetto d'indagine sono altresì i così detti accordi procedimentali, integrativi o sostitutivi di provvedimento, che per ragioni di carattere strutturale si situano all'interno della funzione, intesa in senso tecnico, e quindi necessariamente presuppongono l'esistenza di un procedimento amministrativo in svolgimento che, per converso, l'agire secondo le norme di diritto privato in questione, mira ad escludere, ponendosi come strumento di azione amministrativa alternativa, per l'appunto, all'esercizio del potere.

In positivo deve dirsi che la previsione in esame generalizza la c.d. attività amministrativa di diritto privato¹ ossia la possibilità di svolgere attività amministrativa in senso proprio, intesa come cura concreta di interessi pubblici, attraverso le norme di diritto privato ossia essenzialmente attraverso negozi giuridici, siano essi unilaterali o bilaterali, secondo il principio di autonomia negoziale: il potere di autonomia privata affianca in tal modo il potere amministrativo come strumento generale di azione amministrativa.

Una tale affermazione peraltro dev'essere precisata alla luce dei principi costituzionali che governano l'azione amministrativa come pure alla luce degli ulteriori principi di rango legislativo che reggono l'attività amministrativa e predicati dall'art. 1, comma 1 della legge 241, in gran parte, a loro volta, di diretta ascendenza costituzionale. Il potere di autonomia privata della pubblica amministrazione deve infatti sempre e comunque esplicitarsi, per quanto qui rileva, nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità e di tutela del terzo. Si tratta pertanto di una autonomia negoziale "limitata"² in quanto i fini dell'agire sono sempre e necessariamente predeterminanti dalla legge, non sono disponibili e devono essere perseguiti secondo canoni di doverosità e di continuità, senza discriminazioni e senza che il ricorso al negozio giuridico possa surrettiziamente limitare il diritto di azione dei terzi a tutela degli interessi legittimi. L'agire secondo le norme del diritto privato implica pertanto una rinuncia alla funzione, nella nota accezione di Benvenuti³, non all'agire funzionale inteso come necessario perseguimento dei fini istituzionali indicati dalla legge anche nelle forme proprie dell'autonomia negoziale e come necessaria conformità del negozio all'interesse pubblico normativamente predeterminato. Nell'attività amministrativa di diritto privato l'interesse pubblico è sempre rilevante ed in

¹ Su cui si veda A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 1 ss.

² Sul concetto di autonomia negoziale limitata possono ancora utilmente consultarsi gli svolgimenti di F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1964 ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 103-110 nonché la diversa opinione di F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, e di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

³ Il riferimento è, naturalmente, a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952 e, dello stesso autore, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.

quanto tale condizionante la validità del negozio sicchè correttamente si è parlato a tal proposito di attività privata di interesse pubblico⁴; è in tale prospettiva pertanto che gli istituti di diritto privato, implicitamente richiamati dal comma 1 *bis*, devono intendersi prescritti dal legislatore come possibili strumenti dell'agire pubblico.

3. *Delimitazione del possibile ambito di rilevanza della disposizione in esame.*

Sempre in via preliminare occorre rilevare che la norma in esame si presta essenzialmente a due possibili livelli di lettura tra di loro concorrenti: secondo una prima interpretazione essa introdurrebbe in via generalizzata la possibilità per l'amministrazione di ricorrere agli strumenti di diritto privato nell'attività di cura concreta di interessi pubblici in via alternativa rispetto allo strumento tradizionale di azione amministrativa rappresentato dal provvedimento. E così sarebbe ora in facoltà dell'amministrazione scegliere tra la concessione di beni pubblici ed il contratto di affitto o di locazione; tra la concessione di servizio pubblico ed il contratto di appalto di servizi, tra la compravendita e l'espropriazione, tra la costituzione coattiva di servitù di uso pubblico e quella per contratto e così via⁵. La norma peraltro nulla dice su come una tale scelta dovrebbe avvenire ed a quali criteri dovrebbe ispirarsi, a differenza di quanto prevede il novellato art. 11 che, come anticipato, ha ora previsto che la scelta del modulo consensuale debba necessariamente essere preceduta da una determinazione preliminare con la quale vengono appunto esternate le ragioni che inducono l'amministrazione a ritenere maggiormente conveniente il ricorso al modulo consensuale.

Secondo una diversa chiave interpretativa laddove una scelta tra provvedimento e contratto non sia tecnicamente possibile, poiché la produzione dell'effetto giuridico rientra nella esclusiva disponibilità dell'amministrazione sicchè difetterebbero le stesse condizioni dello scambio, la norma in esame consentirebbe, al contempo, una rilettura globale degli istituti del diritto amministrativo in chiave privatistica e così la determinazione amministrativa anziché essere qualificata come atto o provvedimento amministrativo dovrebbe essere ricondotta, di volta in volta, alla nozione di atto giuridico in senso stretto o di negozio giuridico con tutte le conseguenze che discendono, secondo i principi,

⁴ Così S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte costituzionale e nodi di Gordio*, in *Cons. Stato*, II, 2004, p. 1647 ss., spec. 1652-1656. Nello stesso senso si veda U. DI BENEDETTO, *Attività non autoritativa della P.A.: quali regole, quali finalità, quali tutele?*, relazione al Convegno di Sperlonga del 21-22 ottobre 2005 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵ Così V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, p. 217 ss.

sul piano del regime giuridico e della tutela giurisdizionale⁶: l'effetto della norma, in tale prospettiva, sarebbe analogo a quello determinato dall'art. 5 del d. lgs. 165 del 2001 in materia di privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni che, come ben noto, ha indotto una rilettura globale della natura giuridica degli atti di gestione del rapporto di lavoro, tradizionalmente intesi come provvedimenti amministrativi (con l'eccezione degli atti paritetici), riconducendoli progressivamente nel novero delle *misure* datoriali, adottate con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro e quindi sostanzialmente espressione del potere di autonomia privata.

Con riferimento alla clausola di riserva che chiude il comma 1 *bis* riconoscendo la possibilità di agire secondo le norme di diritto privato "salvo che la legge disponga diversamente", si assume, in via convenzionale, che la deroga sia operante solo a fronte di un espresso divieto di impiego del diritto privato; ciò al fine di verificare quale sia il concreto spazio applicativo della previsione in esame pur a fronte di una clausola di riserva che, secondo una diversa interpretazione (probabilmente maggiormente plausibile), appare suscettibile di interdire con ampiezza l'operatività del principio di preferenza per il diritto privato espresso dalla locuzione normativa in esame, in tutti i numerosi casi in cui il legislatore abbia previsto (come avviene di regola in applicazione del principio di legalità) una espressa disciplina del potere, anche se destinato a concretizzarsi in atti non autoritativi.

4. *L'autoritatività del provvedimento concessorio nella riflessione della dottrina.*

Tanto premesso sul concetto di autonomia privata della pubblica amministrazione nell'attività di cura concreta di interessi pubblici e quindi sui diversi piani di rilevanza del richiamo alle norme di diritto privato contenuto nella disposizione in esame, occorre ancora osservare che la piena fungibilità tra funzione amministrativa ed agire funzionale secondo le norme del diritto privato è predicata dalla norma in esame con esclusivo riferimento agli "atti di natura non autoritativa"; occorre pertanto indagare il significato di tale locuzione cui peraltro si è pervenuti dopo un travagliato *iter* parlamentare. Sin dagli albori del diritto amministrativo la riflessione dottrinale sul provvedimento amministrativo ne ha colto l'intima essenza di *determinazione autoritativa*⁷ ed è ormai acquisito

⁶ Sul punto di vedano le condivisibili osservazioni di A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, Supplemento n. 6/05 della rivista *Il Foro amministrativo T.A.R.*, p. 17-26.

⁷ M.S. GIANNINI, (*Voce*) *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace, Rimini, 1987, II,

alla tradizione giuspubblicistica nazionale che l'autoritatività rappresenta il carattere che maggiormente qualifica il provvedimento amministrativo, anche se la dottrina non ha mancato, in anni recenti, di sottoporre tale categoria ad una profonda opera di revisione critica⁸. Secondo una stipulazione largamente acquisita nella comunità scientifica, per autoritatività si intende la capacità del provvedimento di incidere nella sfera giuridica altrui, modificandola o estinguendola, pur in mancanza del consenso del titolare della sfera giuridica incisa e quindi anche contro la sua volontà. L'accento viene pertanto posto sull'assenza del *consenso* del titolare della sfera giuridica incisa dal provvedimento. D'altra parte un'autorevole corrente dottrinale sostiene che l'autorità dell'amministrazione pubblica ha modo di manifestarsi soltanto nelle decisioni che comportino una scelta e quindi essenzialmente nell'esercizio dei poteri discrezionali in quanto gli atti vincolati servono a rendere operante l'autorità che promana direttamente dalla statuizione della legge.

Sulla scorta di tali premesse sembra potersi pervenire ad una prima conclusione in ordine alla interpretazione della controversa disposizione: sono atti di natura non autoritativa gli atti amministrativi adottati con il consenso del destinatario degli effetti come pure gli atti vincolati. Esaminiamo partitamente le due distinte ipotesi.

A partire dagli anni '80 il carattere della necessaria autoritatività del provvedimento è stato oggetto in dottrina di vivaci contestazioni. Tale carattere è stato dapprima negato da Falcon nel suo studio sulle convenzioni pubblicistiche a proposito dell'atto di adesione mediante il quale l'amministrazione manifesta la propria adesione al programma negoziale concordato; di poi è stato pubblicato lo studio di Greco sui contratti ad evidenza pubblica dove gli atti del procedimento di aggiudicazione sono qualificati come atti amministrativi negoziali, caratterizzati dall'assenza di autoritarità e dal contenuto negoziale ma pur sempre soggetti al regime amministrativo, sebbene differenziato da quello del provvedimento. Infine viene pubblicato lo studio di Sorace e Marzuoli sulle concessioni amministrative nel quale il carattere della autoritatività del provvedimento concessorio viene recisamente negato.

Una valutazione di sintesi dei predetti studi consente di affermare che il punto di maggiore criticità del carattere della autoritatività si ha in tutti i casi in cui l'effetto giuridico prodotto dal provvedimento è non solo favorevole al privato ma da questo espressamente richiesto: in tutti questi casi l'effetto

777 ss.; ID, *L'attività amministrativa*, in *Atti del XXX° Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna 20-22 settembre 1984, su "Il diritto amministrativo degli anni '80", Milano, 1987; ID, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 ss., ora tutti in *Franco Ledda Scritti Giuridici*, Padova, 2002; GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. publ.*, 1949, 238 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 ss.

⁸ Per un quadro aggiornato del dibattito cfr. B. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.

giuridico si produce in via unilaterale con *l'assenso* del privato, a prescindere poi dal fatto che tale assenso rilevi quale fatto integrativo dell'efficacia, quale atto presupposto o quale mero atto di iniziativa nei procedimenti ad istanza di parte; qualora poi il *consenso* del privato rappresenti altresì elemento costitutivo dell'effetto giuridico, come accade in generale nelle fattispecie consensuali, è evidente che accanto all'autoritatività, in questi casi assente per definizione, viene meno anche il carattere dell'unilateralità nella produzione dell'effetto, tipico del provvedimento. Secondo questa prospettazione, pertanto, *l'assenso* o il *consenso* prestato dal privato, rispettivamente, nel caso di adozione di provvedimenti amministrativi oppure nel caso di conclusione di moduli consensuali, escluderebbe il carattere autoritativo dell'atto ed assumerebbe pertanto rilevanza ai fini dell'operatività della disposizione in esame.

Sulla scorta di tali premesse può pertanto ipotizzarsi, in via di prima approssimazione, che sarebbero atti non autoritativi, ai sensi del comma 1 *bis*, non solo i moduli consensuali conclusi nell'ambito dell'attività amministrativa di diritto privato ma anche i provvedimenti adottati con il consenso del destinatario degli effetti come accade nel caso delle concessioni e delle autorizzazioni e, in generale, in tutti i casi di provvedimenti ampliativi o accrescitivi della sfera giuridica dei privati, categoria, questa, desumibile a contrario dal nuovo articolo 21 *bis* della legge 241 del 1990 che estende il carattere della ricettività a tutti i provvedimenti limitativi e, in quanto tali, di regola autoritativi.

5. *L'autoritatività del provvedimento ed i terzi.*

Una tale conclusione tuttavia necessita di ulteriori precisazioni. Ed infatti la rilevanza del consenso del destinatario degli effetti al fine di escludere il carattere autoritativo dell'atto presuppone una concezione dell'autorità limitata alla dialettica autorità libertà, propria della tradizione del pensiero giuridico liberale, particolarmente sensibile ai temi delle libertà garantite. Ma un'autorevole corrente di pensiero non ha mancato di rilevare che il potere discrezionale, nel cui esercizio si manifesta l'autorità, deve oggi essere inteso essenzialmente come strumento di ripartizione e di allocazione di utilità giuridiche della comunità e svolge pertanto una funzione distributiva di sacrifici e di utilità tra i membri della collettività: ne discende che in presenza di utilità giuridiche pubbliche limitate la loro attribuzione in godimento ad alcuni in via esclusiva presuppone un corrispondente sacrificio in capo a quanti si vedono privati della possibilità di fruizione sicchè i provvedimenti in senso lato accrescitivi o ampliativi dispiegano di regola un effetto autoritativo nei confronti dei terzi che si vedono esclusi dal relativo godimento. Sulla scorta di tali premesse è stato negato che la concessione possa essere qualificata come atto non autoritativo in quanto l'attribuzione in via esclusiva del godimento di una bene pubblico, per fare l'esempio della concessione di beni pubblici, determina

sempre un corrispondente effetto limitativo della sfera giuridica dei membri della collettività esclusi dal godimento medesimo⁹; si è autorevolmente sostenuto in dottrina, a tal proposito, che “l’atto concessorio accresce il concessionario ma toglie alla collettività stessa o ad altri aspiranti”¹⁰. E non si tratta di effetti meramente riflessi, irrilevanti sul piano giuridico, come accade di regola nel diritto privato a fronte dell’esercizio del potere dispositivo del contraente privato poiché nel diritto pubblico i terzi sono sempre titolari di una posizione giuridica di interesse legittimo al corretto esercizio di quel potere che è idoneo a incidere positivamente o negativamente nella loro sfera giuridica. Il carattere *multilaterale* degli effetti prodotti dall’esercizio del potere discrezionale¹¹, pertanto, consente, nel campo dei provvedimenti concessori, di rinvenire sempre una manifestazione di autoritatività nei confronti dei terzi. Tali considerazioni peraltro non valgono solo per le concessioni di beni pubblici o nel caso delle sovvenzioni ma anche per le concessioni di servizio pubblico come pure in tutti i procedimenti di gara in quanto, com’è facilmente intuibile, il provvedimento di aggiudicazione della gara riveste comunque carattere autoritativo nei confronti dei partecipanti non aggiudicatari che si vedono privati della possibilità di accedere ad una utilità pubblica a fruizione limitata, sia essa la gestione del servizio o la realizzazione di un’opera pubblica o una pubblica fornitura con quanto tali operazioni comportano in termini di utile economico.

In conclusione, ove non sia espressamente previsto dalla legge (come nel caso della concessione di opera pubblica espressamente definita come contratto dalla legge 109 del 1994 in materia di appalti di lavori pubblici) non sembra che la formulazione del comma *1bis* introduca un generale potere di avvalersi degli strumenti negoziali di diritto privato in alternativa al provvedimento poiché nei provvedimenti concessori è sempre presente il carattere dell’autoritatività che si manifesta tuttavia non nei confronti del concessionario ma dei terzi esclusi dal godimento o dalla fruizione della utilità giuridica o economica assegnata dall’amministrazione. L’osservazione che precede pare suscettibile di essere generalizzata nei termini che seguono: in tutti i casi in cui il provvedimento discrezionale, sebbene adottato con l’assenso del destinatario sia suscettibile di limitare la sfera giuridica di terzi, deve ritenersi che siamo di fronte ad una statuizione autoritativa che esclude il ricorso alternativo agli strumenti di diritto privato a garanzia della posizione dei terzi controinteressati.

⁹ M.S. GIANNINI, *op. cit.*; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, 1 ss. *Contra* SORACE MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, voce del *Digesto disc. Pubbl.*, Torino, 1988, III, 281 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.

¹⁰ A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*.

¹¹ Così A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, V, 1997, p. 168 ss. che definisce multipolare la relazione che si instaura, in seguito al potere amministrativo, fra più soggetti in posizioni fra loro differenziate e l’amministrazione.

6. *L'autoritatività delle misure datoriali rispetto ai terzi nell'ambito del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.*

Si tratta, come è evidente, di una scelta di carattere politico operata dal legislatore e per nulla obbligata dal punto di vista tecnico giuridico come insegna la coeva esperienza in materia di privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione dove, sebbene le determinazioni assunte dalla pubblica amministrazione nella gestione del rapporto possano spesso incidere sulla posizione di terzi contrinteressati, il legislatore ha fatto una netta scelta di campo riconducendo sotto l'egida del diritto privato sia la fase della costituzione che quella dell'esecuzione come pure quella della cessazione del rapporto, con esclusione delle sole procedure concorsuali indette per l'assunzione. Ogni misura inerente la gestione del rapporto di lavoro, sia essa modificativa o estintiva, della sfera giuridica del destinatario o di terzi è assunta, senza distinzione, con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro: è cioè esercizio del potere di autonomia negoziale; e così, tanto per fare degli esempi, pensiamo all'atto di ripetizione delle somme di denaro indebitamente percepite, oggi assistite, nella riqualificazione privatistica della determinazione, dalla speciale esecutorietà prevista dall'art. 404 della legge generale di contabilità di Stato che configura una vera e propria ipotesi di autotutela privata; pensiamo ancora al provvedimento di conferimento degli incarichi dirigenziali che secondo la recente sentenza della Cassazione 20 marzo 2004, n. 5659 dev'essere qualificato quale atto di gestione del rapporto e non quale manifestazione di esercizio di potere amministrativo in senso proprio. In tutti questi casi la tutela avverso l'esercizio non corretto del potere datoriale è affidata alla ben nota teorica degli interessi legittimi di diritto privato che secondo la Cassazione sono comunque ricompresi nel novero dei diritti di cui all'art. 2907 del codice civile, secondo uno schema che richiama alla memoria le affermazioni di Mortara sul *diritto* alla legittimità del provvedimento. Una certa vischiosità del sistema si avverte peraltro nella posizione assunta dalle Sezioni Unite in materia di concorsi interni per il passaggio di area, ricondotti nell'alveo della giurisdizione amministrativa in base ad una lettura del relativo procedimento in gran parte ispirato alla giurisprudenza costituzionale in materia di concorsi pubblici, in tal modo peraltro apoditticamente negando che gli atti relativi alle progressioni verticali siano atti di gestione del rapporto e soprattutto implicitamente negando, il che è ben più grave, che i principi costituzionali che disciplinano l'azione amministrativa, qual è quello di cui all'art. 97 sul pubblico concorso, possano essere comunque salvaguardati attraverso il ricorso alle norme di diritto privato¹².

¹² Per un'articolata critica all'impostazione seguita in tema dalla Cassazione a partire dalla sentenza SS.UU. 15 ottobre 2003, n. 15403, si veda T.A.R. Lombardia, I, 22 aprile 2004, n. 1470.

Ma se di scelta di politica legislativa si tratta non resta che prenderne atto con la conseguenza che al di fuori dell'esperienza del pubblico impiego privatizzato, in tutti i casi in cui il provvedimento sia destinato a produrre un qualche effetto pregiudizievole nei confronti di terzi o dei diretti destinatari degli effetti dell'atto, la determinazione amministrativa dev'essere qualificata come autoritativa e dovrà pertanto escludersi la possibilità di impiegare in via alternativa gli strumenti di diritto privato in quanto tendenzialmente ispirato al principio della irrilevanza degli effetti del negozio nei confronti dei terzi. Peraltro il necessario adattamento delle regole del processo civile imposto dalla privatizzazione del rapporto di pubblico impiego non risulta sempre agevole: basti pensare all'assenza della figura del controinteressato nel processo civile ed alla difficoltà di impiegare l'istituto del litisconsorzio necessario al fine di individuare le parti necessarie del giudizio e ciò in quanto non appare configurabile alcuna contitolarità di un rapporto giuridico sostanziale tra i titolari "facilmente individuabili" di interessi legittimi di diritto privato; basti pensare ancora alle regole sulla competenza territoriale nel pubblico impiego che facendo perno sulla sede di lavoro del dipendente non consente di accentrare presso un unico ufficio giudiziario vicende del rapporto sostanzialmente unitarie quali le progressioni di carriera che interessano centinaia di dipendenti dislocati presso diverse sedi di servizio, con il concreto rischio di pronunce contrastanti e di una ingovernabilità della successiva fase esecutiva (problema solo in parte risolto con la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie in materia di passaggi di area in quanto destinato a riproporsi per le progressioni orizzontali).

7. *L'autoritatività nei provvedimenti autorizzatori.*

Vi sono dei casi tuttavia in cui l'esercizio del potere su impulso del privato istante non incide necessariamente nella sfera giuridica di terzi. Ad esempio non in tutti i casi di provvedimenti autorizzatori l'esercizio del diritto assentito è potenzialmente suscettibile di determinare una limitazione di concorrenti diritti o interessi di terzi: la verifica di conformità dell'attività assentita all'interesse pubblico presidiato dalla determinazione autorizzatoria, se positiva, non necessariamente incide nella sfera giuridica di terzi: pensiamo, nell'ambito delle autorizzazioni di polizia, al permesso di soggiorno oppure al procedimento di legalizzazione di lavoro irregolare di cittadini extracomunitari e pensiamo ancora alle autorizzazioni in materia ambientale e gli esempi potrebbero moltiplicarsi¹³.

¹³ Per V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 273, il modulo degli atti negoziali unilaterali di esercizio di poteri privati appare idoneo a sostituire tutti gli atti amministrativi che esprimono una posizione di supremazia nell'ambito di un contesto organizzativo, di un'istituzione ed aggiunge che "in una prospettiva...panprivatistica potrebbe prendere il luogo delle ammissioni, delle dispense, in parte delle autorizzazioni, ecc...".

In tutti questi casi peraltro poiché l'effetto giuridico costitutivo è nella piena ed esclusiva disponibilità della pubblica amministrazione non pare possa prospettarsi un giudizio di alternatività tra provvedimento e contratto ma al più tra provvedimento ed atto unilaterale negoziale: si porrà a ben vedere, più che altro, un problema di qualificazione giuridica della determinazione assunta dall'amministrazione al fine di stabilire se l'atto abbia natura provvedimento o negoziale, ad esempio ai fini della tempestività dell'impugnazione¹⁴ ma con evidenti ricadute problematiche anche in relazione al regime della invalidità. Ma il possibile ambito applicativo che si dischiude esaminando sommariamente la categoria dei provvedimenti *lato sensu* autorizzatori si riduce sensibilmente se si considera che nell'ipotesi di provvedimento negativo la determinazione amministrativa torna a rivestirsi di autoritatività in quanto è indubbio che il rifiuto del titolo giuridico legittimante l'esercizio di un determinato diritto, pur non innovando formalmente la sfera giuridica del richiedente, ne frustra l'aspettativa all'esercizio del preesistente diritto: in questo aspetto autorevole dottrina ha colto il carattere autoritativo del rifiuto di autorizzazione¹⁵. Ma se una tale conclusione appare difficilmente revocabile in dubbio, è altrettanto evidente che ricollegare la natura giuridica, negoziale o provvedimento, di una medesima attività di accertamento dei presupposti di fatto e di diritto al mero dato estrinseco che essa si concluda con una verifica, di volta in volta, positiva o negativa per l'interessato, appare una conclusione insostenibile sul piano logico prima ancora che su di un piano giuridico: l'attività di verifica dei presupposti di fatto e normativi resta identica a se stessa sia che si concluda positivamente per l'interessato sia che conduca alla adozione di una statuizione negativa e in quanto tale autoritativa. E tale considerazione è suscettibile di essere generalizzata a tutti i procedimenti ad istanza di parte. Ma i motivi di perplessità non si fermano al rilievo che precede.

Deve, infatti, osservarsi come ammettendo che le autorizzazioni favorevolmente assentite siano, in assenza di terzi controinteressati, atti non autoritativi, ed in quanto tali adottati (o, quanto meno, suscettibili di essere adottati) secondo le norme del diritto privato e quindi, in definitiva, atti sostanzialmente negoziali, occorre domandarsi se una tale opzione interpretativa, almeno apparentemente suggerita dal comma 1 *bis* in esame, risulti conforme al principio costituzionale del buon andamento ed al comma 1 del medesimo articolo 1 della legge 241 nella parte in cui afferma che l'attività amministrativa

¹⁴ Si veda in tal senso la fattispecie esaminata da Cons. Stato, V, 13 marzo 2000, n. 1327 in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 533 e relativa alla natura giuridica dell'atto di disdetta di un rapporto di concessione di servizio pubblico per la distribuzione del gas. In tale ipotesi il Consiglio di Stato, innovando il precedente orientamento, ha qualificato l'atto di disdetta come avente natura privatistica ritenendo, pertanto, il ricorso tempestivo anche se proposto oltre il termine decadenziale di impugnazione.

¹⁵ F.G. SCOCA, *op. cit.*.

persegue i fini indicati dalla legge secondo criteri di *efficacia*, laddove il principio di efficacia viene indicato dalla dottrina più recente¹⁶ come uno dei possibili fondamenti normativi del potere di revoca; ed infatti la rinuncia al potere di autotutela decisoria che deriva dall'impiego del negozio giuridico pone, a parità di condizioni nella produzione dell'effetto rispetto all'agire provvedimentale, dubbi di conformità a costituzione in relazione all'art. 97 laddove esclude ingiustificatamente il potere dell'amministrazione di gestire e fronteggiare le sopravvenienze, come pure il potere di annullamento d'ufficio. L'esclusione del potere di autotutela decisoria in definitiva, in conseguenza del regime negoziale dell'atto, rappresenta pertanto un *vulnus* ai principi di buon andamento e di legalità dell'azione amministrativa che deve far riflettere assai attentamente. Di tale problematica sembra peraltro essersi reso conto in tempi recenti il legislatore che nel ridisciplinare la denuncia di inizio di attività, che tante discussioni ha generato in relazione alla tutela dei terzi, ha pensato bene di introdurre un curioso potere di autotutela in relazione ad una dichiarazione di volontà privata, qual è, senza dubbio alcuno, la denuncia di inizio di attività. La confusione a questo punto è davvero totale ed appare quasi disarmante l'impeto con cui il legislatore sacrifica i sacri principi del sistema sull'altare del diritto privato.

8. *L'autoritatività nei provvedimenti vincolati.*

Il tema delle autorizzazioni peraltro ci introduce ad una diversa prospettiva interpretativa della disposizione in esame suscettibile di individuare, almeno in astratto, un maggior spazio applicativo della stessa: si tratta della distinzione tra atti discrezionali e atti vincolati cui in precedenza si è fatto cenno.

Ed infatti la dottrina che si è occupata degli atti e dei poteri amministrativi ha enucleato, non senza autorevoli voci contrarie¹⁷, un'altra tipologia di atti non autoritativi coincidente con la nozione di atti vincolati. Si sostiene, infatti, che non v'è spendita di autorità laddove l'amministrazione non esercita alcun potere di scelta poiché in questi casi l'autorità che per il tramite del provvedimento si manifesta è riferibile direttamente alla legge, mentre, dal canto suo, la statuizione amministrativa non presenta alcun carattere innovativo rispetto alla decisione sul conflitto di interessi normativamente predeterminata. Il carattere autoritativo viene, secondo tale ricostruzione, ricollegato all'esercizio di un potere sostanziale, inteso per l'appunto come potere effettivo di scelta¹⁸, e non all'esercizio di un potere di mera produzione dell'effetto (c.d. potere costitutivo

¹⁶ M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.

¹⁷ F.G. SCOCA, *op. cit.*.

¹⁸ GUARINO, *op. cit.*; F. LEDDA *Potere, tecnica e sindacato giudiziario...cit.*.

distinto dal potere determinante¹⁹⁾ con l'ulteriore conseguenza, secondo ulteriori svolgimenti della dottrina, della configurabilità di diritti soggettivi nei confronti dei destinatari degli effetti²⁰. In relazione a tale tipologia di atti si pone pertanto l'interrogativo se l'agire per la produzione dell'effetto attraverso atti giuridicamente dovuti, in quanto vincolati, debba necessariamente avvenire secondo la forma ed il regime dell'atto amministrativo oppure se possa impiegarsi la categoria dell'atto giuridico in senso stretto di matrice privatistica. In passato autorevole dottrina aveva già indicato nell'assenza di autoritatività, che caratterizza l'esercizio dell'attività vincolata, il criterio distintivo tra la nozione di atto amministrativo e quella di provvedimento, nel senso che il primo, l'atto, sarebbe la forma tipica dell'agire vincolato mentre il secondo di quello discrezionale, con tutta una serie di conseguenze in ordine al regime giuridico e soprattutto alla tutela giurisdizionale, con particolare riferimento alla configurabilità di diritti soggettivi in capo ai destinatari dell'atto ed alla conseguente devoluzione al giudice ordinario di un sindacato non soggetto alle limitazioni di cui all'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo²¹. La novella in esame pone l'ulteriore problema se gli atti vincolati in quanto atti non autoritativi possano essere qualificati come veri e propri atti giuridici in senso stretto o comunque come atti negoziali a seconda che la fonte dell'effetto sia rinvenuta direttamente nella legge o nel provvedimento. Sembrerebbe che in seguito all'entrata in vigore del comma 1 *bis* l'agire per la sola produzione di effetti giuridici normativamente predeterminati debba (o, quanto meno, possa) avvenire secondo le norme del diritto privato. Una tale conclusione desumibile dal dato normativo, anche alla luce delle suggestioni provenienti dall'autorevole scuola di pensiero richiamata, lascia obiettivamente perplessi in quanto appare concreto il rischio di una diminuzione del livello di tutela per lo stesso soggetto destinatario degli effetti, in ipotesi sfavorevoli, prodotti dall'atto vincolato. Basti pensare ai limiti di rilevanza, soprattutto in punto di legittimazione all'azione, cui è soggetto l'errore nel diritto privato in tutti i casi in cui il destinatario di effetti pregiudizievoli, sostanzialmente predeterminati dalla norma di legge ma generati dall'adozione del provvedimento

¹⁹ Per tale distinzione cfr. A.M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del Consiglio dei ministri*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, I, p. 894 ss. ora in *Scritti giuridici*, III, Napoli 1990, p. 93 ss.. Per una recente riproposizione della distinzione tra l'agire per la decisione e l'agire per la produzione dell'effetto giuridico cfr. A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, p. 116 e ss. con coerenti svolgimenti sul piano delle situazioni giuridiche soggettive configurabili nell'ambito della dinamica procedimentale.

²⁰ Il riferimento è, ovviamente, alla nota tesi di A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*.

²¹ Così A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*. Per recenti svolgimenti di tale autorevole tesi, proprio alla luce del nuovo comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 cfr. L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, relazione tenuta al convegno su "La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento", tenutosi a Caserta il 20.5.2005, pubblicato su www.Giustamm.it

vincolato, lamenti un travisamento o l'inesistenza del presupposto di fatto addotto come esistente dall'amministrazione. Anche tale prospettiva deve far riflettere attentamente sui possibili rischi di una limitazione della tutela del cittadino a fronte della progressiva introduzione delle regole del diritto privato ed i repertori di giurisprudenza già annoverano nella casistica in materia di accordi ex art. 11 della legge 241 del 1990 esempi assai eloquenti circa il differente rilievo che assume l'errore nella prospettiva privatistica²².

8. *Conclusioni.*

Provando a trarre delle conclusioni, necessariamente provvisorie, è evidente che il campo di possibile applicazione della norma in esame dipende dalle tesi dottrinarie sul carattere autoritativo del provvedimento che saranno accolte dalla giurisprudenza del giudice amministrativo. Ma da quanto si è sommariamente esposto la norma non è destinata ad avere vita facile e ciò non solo in quanto accolta da un clima di generale diffidenza e sospetto da parte di dottori e giudici ma soprattutto in quanto il criterio giuridico introdotto dal legislatore per autorizzare il ricorso agli istituti di diritto privato come strumento generale alternativo di azione amministrativa, limita significativamente i concreti spazi applicativi. Si è visto infatti che il vasto settore dei provvedimenti concessori, da sempre maggiormente permeabile alla ricezione di principi e modelli privatistici²³, non sembra fornire alcuna possibilità di concreta applicazione del modello alternativo del contratto in quanto la funzione distributiva propria del potere discrezionale consente, di regola, di rinvenire una manifestazione di autoritatività nei confronti dei terzi esclusi dal godimento dell'*utilitas* oggetto dell'atto attributivo. Analoghe considerazioni valgono per tutti i procedimenti di gara che garantiscono il principio di parità di accesso alle risorse pubbliche.

A sua volta il vasto settore delle autorizzazioni, in assenza di controinteressati, sebbene non ponga un problema di scelta tra strumento pubblicistico e privatistico nella cura concreta dell'interesse pubblico, trattandosi di ipotesi in cui l'effetto giuridico è nella esclusiva disponibilità giuridica dell'amministrazione, consente un limitato spazio di azione all'impiego di negozi giuridici unilaterali ai fini della produzione dell'effetto giuridico abilitante l'esercizio del diritto, il che, come si è visto, pone peraltro gravi problemi di compatibilità con il principio del buon andamento in relazione all'impossibilità dell'esercizio dei poteri di autotutela decisoria ed in particolare del potere di revoca che consente di adeguare l'esercizio del potere ai mutamenti delle

²² Cfr. Cons. Stato, IV, sentenza n. 7180 del 22.6.2004 in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 2324.

²³ Basti pensare al noto studio di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981.

situazioni di fatto e quindi a garantire una cura dell'interesse pubblico secondo criteri di efficacia. V'è poi il problema del rifiuto di autorizzazione con il suo innegabile carattere di autoritatività che esclude ogni possibile ricorso al diritto privato ponendo più ampi problemi di ricostruzione generale della fattispecie, che, secondo la sistematica ipotizzata, ove produca effetti favorevoli dovrebbe ritenersi soggetta al diritto privato ove produca effetti negativi dovrebbe ritenersi soggetta al diritto pubblico.

V'è infine la discussa categoria degli atti vincolati che sebbene caratterizzati dall'assenza di autoritatività e quindi in astratto riconducibili nel novero degli atti negoziali o, in alternativa, degli atti giuridici in senso stretto, si caratterizzano pur sempre per l'essere produttivi di un'efficacia costitutiva dell'effetto finale che, ove pregiudizievole per il diretto destinatario del provvedimento o di terzi, non appare suscettibile di essere adeguatamente rimosso secondo i rimedi tipici dell'invalidità del negozio giuridico in quanto incentrati sulla rilevanza meramente *psichica* della dichiarazione di volontà e non sui processi di conoscenza della realtà fattuale che, per converso, hanno un'incidenza assai rilevante sugli stati viziati dei provvedimenti vincolati.

Un'ultima considerazione può essere fatta in relazione ai moduli consensuali. Si è già osservato che in quanto fattispecie fondate sul consenso essi rappresentano senz'altro atti non autoritativi, anzi rappresentano, per definizione, il modello di azione non autoritativa. Ora si è detto che il tema oggetto d'indagine è estraneo non solo all'attività privata di diritto privato ed a quella dell'evidenza pubblica, dove non è in discussione il carattere negoziale della fattispecie consensuale, ma anche a quella degli accordi procedurali ex art. 11. Tuttavia a tal ultimo riguardo il comma 1 *bis* può essere valorizzato nella prospettiva sopra richiamata di una possibile rilettura in chiave privatistica degli istituti del diritto amministrativo. Se infatti gli accordi ex art. 11 sono indubbiamente, come si è detto, atti non autoritativi, di cura concreta di interessi pubblici, come peraltro ribadisce espressamente lo stesso art. 11, allora può fondatamente affermarsi che essi devono essere conclusi secondo le norme del diritto privato e che quindi gli stessi abbiano natura intrinsecamente privatistica, come peraltro testualmente affermato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza 204 del 2004. Si intende dire, in definitiva, che la dibattutissima questione della natura giuridica degli accordi ex art. 11 deve probabilmente oggi essere rimeditata anche alla luce del nuovo comma 1 *bis* in una prospettiva di interpretazione sistematica dell'istituto²⁴.

²⁴ Sul punto sia consentito rinviare a L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, Supplemento n. 6/05 della rivista *Il Foro amministrativo T.A.R.*, p. 39 ss..