

LUCIO IANNOTTA

## L'ADOZIONE DEGLI ATTI NON AUTORITATIVI SECONDO IL DIRITTO PRIVATO (\*)

**SOMMARIO:** 1. Problematicità e difficoltà di un'interpretazione ancorché ipotetica del comma 1-bis, art. 1, l. n. 241. Scelta di un approccio ermeneutico per così dire applicativo (art. 12, comma 1 delle preleggi) sul presupposto della vigenza ed obbligatorietà della norma (art. 10 delle preleggi). — 2. Il comma 1-bis come norma relativa primariamente ad atti unilaterali: in particolare ad atti adottati dalla pubblica amministrazione nell'esercizio di un potere non autoritativo secondo il diritto privato. — 3. Correlazione dei tradizionali poteri non autoritativi con situazioni soggettive scaturenti da norme che vincolano l'azione amministrativa e tutelano direttamente ed immediatamente la posizione del privato. Estensione dottrinale della categoria ad atti correlati con interessi legittimi con ritenuta compatibilità di atto non autoritativo e azionabilità nel termine di decadenza. — 4. Diritti correlati con poteri non autoritativi dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004. Esclusione da tali diritti dei diritti soggettivi *perfetti*: p.a. solo obbligata; operante con capacità e poteri di diritto privato; senza potere. Il diritto correlabile con poteri non autoritativi è solo quello riconosciuto dalla legge ma la cui conformazione richiede in base alla legge anche l'intervento della pubblica amministrazione definibile come: diritto soggettivo dell'ordinamento amministrativo, buon diritto, diritto soggettivo amministrativo, interesse legittimo finale. — 5. Atti non autoritativi di diritto privato e di diritto pubblico. Possibili fattispecie di atti non autoritativi alla luce delle acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali e della sentenza n. 204. La giurisdizione esclusiva come segno della presenza nella materia di tali diritti. — 6. I. Voluto rinvio delle valutazioni su utilità e opportunità della norma alla individuazione delle norme applicabili e delle loro implicazioni. II. Le norme applicabili. L'art. 1324 c.c.: applicazione agli atti unilaterali delle norme sui contratti; rilevanza delle norme su requisiti dell'oggetto dell'atto, nullità anche parziale per carenza degli stessi, ai fini della tutela del terzo. Applicazione delle norme su adempimento, inadempimento e relative azioni. Possibilità di tutelare tutte le posizioni coinvolte anche col diritto privato. Necessità di cercare nel diritto privato le forme di realizzazione delle insopprimibili esigenze pubblicistiche. Inapplicabilità diretta ad atti di

(\*) Questo lavoro costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al convegno *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, tenutosi a Caserta il 20 maggio 2005 e in corso di pubblicazione nei relativi atti in una versione più ridotta e senza le note.

diritto privato dei principi di imparzialità, legalità ed eguaglianza. Riferimento allo statuto della p.a. come persona giuridica per l'individuazione dell'impossibile giuridico: dare ciò che non spetta: con conseguente nullità degli atti ai sensi del codice civile. Obbligo dell'Amministrazione di dare ciò che spetta e conseguenze. — 7. Confronto tra atto non autoritativo e provvedimento: realizzazione piena nel primo delle esigenze di efficacia ed economicità sottostanti alla normativa della l. n. 15 del 2005 nonché delle esigenze di giustizia sostanziale ed effettiva. Ampliamento dell'interpretazione del comma 1-bis: possibile *conversione* dell'atto non autoritativo in contratto da sottoporre alle stesse norme e limiti dell'atto non autoritativo. Configurabilità secondo l'ordinamento privatistico di obblighi di negoziazione e rinegoziazione in presenza di attività non autoritativa. — 8. Confronto del comma 1-bis con la seconda novella della l. n. 241 (l. n. 80 del 2005). Estensione con la l. n. 80 a tutti gli interessi pretensivi del trattamento processuale ritenuto proprio dei diritti correlati con poteri non autoritativi: azionabilità della pretesa senza diffida; in un termine lungo; senza provvedimento a fronte di inadempimento. Ipotizzata eliminazione dell'autoritarità in tutti i poteri provvedimentali. Ipotizzata persistenza dell'autoritarità — ma limitata dai diritti degli amministrati — negli atti e nei comportamenti espressione dei poteri di indirizzo politico-amministrativo e dei poteri di autotutela. — 9. Possibile inutilità del comma 1-bis in rapporto alla trasformazione del giudizio amministrativo in giudizio di pieno accertamento e soddisfazione dei diritti degli amministrati in conformità alla Costituzione a fronte di atti non autoritativi di diritto privato o di diritto amministrativo con le rispettive tecniche di tutela. Sicura riconduzione dei diritti amministrativi alla giurisdizione amministrativa. Possibile rilevanza potenzialmente negativa del comma 1-bis in caso di arresto di tale processo di trasformazione con possibile recupero di spazio del giudice ordinario (giudice naturale dei diritti soggettivi in chiave risarcitoria e di lunga durata) legittimato dal comma 1-bis, ai danni del giudice amministrativo, giudice naturale dei diritti degli amministrati in termini finali, tempestivi ed efficaci. Prevalenza sociale e ordinamentale della giustizia finale su quella formale e risarcitoria. Capacità naturale del giudice amministrativo di conciliare accertamento di fondatezza della pretesa e autonomia dell'Amministrazione.

1. Oggetto della mia relazione è l'interpretazione del comma 1-bis dell'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241 introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 che così recita testualmente *La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente.*

Un'interpretazione necessariamente ipotetica per la consapevolezza che un'interpretazione compiuta della norma potrà emergere solo a seguito della sua applicazione a vicende concrete e dipenderà (come quella di tutta la l. n. 15 del 2005 e delle successive modifiche alla l. n. 241 contenute nella l. 14 maggio 2005, n.

80) anche *dalle opzioni degli operatori del diritto e dal sostegno che ad esse saprà dare la letteratura scientifica* (1).

Un'interpretazione che in quanto doverosamente finalizzata (2) ad individuare il senso e la portata applicativa del comma 1-bis, si presenta estremamente complessa per l'assenza nella norma di una definizione di atto di natura non autoritativa; per la mancata individuazione delle fattispecie di possibile applicazione; per le evidenti e al tempo stesso non considerate implicazioni processuali della previsione (3).

Complessità confermata dalle divergenti e a volte opposte valutazioni della norma che oscillano tra i due estremi della negazione di una sua qualsiasi effettiva rilevanza (4) da un lato; e dell'attribuzione ad essa di una possibile portata eversiva e disgregatrice del sistema amministrativo fondato sull'interesse pubblico (5) dall'altro; passando attraverso varie posizioni intermedie (esplicitazione di un principio già operante nel sistema (6); innovatività del principio ma con ridotti margini di applicazione (7); penetrazione del diritto privato nel cuore dell'azione amministrativa (8); riduzione dell'area dell'autoritarità ai soli atti restrittivi della sfera giuridica dei privati — art. 21-bis, l. n. 241) (9).

La difficoltà e la complessità dell'operazione interpretativa mi inducono ad assumere l'approccio ermeneutico più semplice qual è quello delineato dall'art. 12 delle preleggi per il quale *nell'ap-*

(1) A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241 del 1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(2) Art. 12 delle Disposizioni della legge in generale: cc.dd. Preleggi.

(3) M.A. SANDULLI, *Introduzione al tema all'incontro di studio Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, in *Foro amm.-Tar*, supp. n. 12/04.

(4) N. LONGOBARDI, *La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990. Una prima valutazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(5) F. SATTA, *La riforma della l. n. 241/1990: dubbi e perplessità*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(6) M.A. SANDULLI, *op. cit.*

(7) V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, *Astrid Rassegna* n. 4/2005.

(8) G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, Ipsa, 5/2005.

(9) B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005.

*applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore.*

Tale approccio presuppone la considerazione del comma 1-*bis* come norma vigente ed obbligatoria (10) e quindi di doverosa applicazione ed implica la rinuncia, almeno in sede di primo esame, a giudizi valutativi ma non ovviamente alla lettura sistematica della disposizione, implicante anzi tra l'altro il necessario confronto con le statuizioni della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 sulla giurisdizione esclusiva e con le altre modifiche apportate alla l. n. 241 sia dalla l. n. 15 sia dalla successiva l. n. 80 del 14 maggio 2005.

2. Le prime interpretazioni del comma 1-*bis*, pur con valutazioni fortemente diversificate, hanno in maggioranza visto nella sua formulazione la consacrazione del modulo contrattuale (11) piuttosto che del modulo degli atti negoziali unilaterali, ritenuto proprio essenzialmente della gestione del rapporto di impiego privatizzato (12): moduli secondo i quali si ritiene che si svolga fondamentalmente l'amministrazione secondo il diritto comune (13).

Aderendo invece all'indirizzo interpretativo allo stato minoritario (14) parto dall'ipotesi che il comma 1-*bis* si riferisca primariamente al modulo di azione degli atti unilaterali. Atti aventi rilevanza esterna, adottati dall'amministrazione come soggetto pubblico, nell'esercizio di un potere amministrativo non autoritativo: e che quindi si tratti — secondo la previsione normativa — di atti amministrativi « secondo il diritto privato » e non direttamente e

(10) Art. 10 delle Preleggi.

(11) V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*; F. FRANCIARIO, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla l. n. 15 del 2005 alla l. n. 241 del 1990)*, in *www.giustam.it*; G. NAPOLITANO, *op. cit.*; F. SATTÀ, *op. cit.*

(12) V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003.

(13) V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*

(14) F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 4/2004; M.A. SANDULLI, *op. cit.*

immediatamente « di diritto privato », anche se implicanti la normale applicazione delle norme civilistiche.

A favore di tale interpretazione vi sono le parole usate dal legislatore (*adozione, atti, agisce*) che esprimono appunto un agire unilaterale manifestantesi in atti egualmente unilaterali; l'aggettivazione dell'amministrazione come pubblica; il mancato riferimento alla capacità di diritto privato (15); la medesima terminologia (*adozione*) adoperata dalla stessa l. n. 15 del 2005 per i provvedimenti e cioè per i tipici atti amministrativi unilaterali aventi rilevanza esterna (16).

Secondo la lettura proposta, il comma 1-*bis* dà veste legislativa, elevandola a categoria generale, alla tipologia di atti emersa nella giurisprudenza amministrativa sul pubblico impiego (17) ed estesa ad altri settori ricompresi (come il pubblico impiego, fino al d.lgs. n. 80 del 1988) nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (18): quella degli atti c.d. paritetici (19) o di adempimento (20) ovvero non autoritativi (21).

Si tratta di atti che (richiamando una non recente ma ancora attuale definizione) (22) pur consistendo, come i provvedimenti, in manifestazioni di volontà inerenti all'esercizio di un potere e dotati di una propria autonomia funzionale che li mette in grado di incidere unilateralmente e direttamente nella sfera giuridica altrui, operano tuttavia in modo non dissimile dalle dichiarazioni e

(15) Richiamata invece espressamente dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001.

(16) V. aggiunta alla lettera e) dell'art. 6 e art. 10-*bis* della l. n. 241.

(17) Cons. Stato, Sez. V, 1° dicembre 1939, n. 795; Ad. plen., 15 marzo 1940, nn. 4, 5 e 6; Ad. plen., 26 ottobre 1979, n. 25.

(18) A. QUARTULLI, *Atti autoritativi e atti paritetici: validità di una distinzione*, in *Studi per il Centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, vol. III; R. IANNOTTA, *La nuova giurisdizione esclusiva sui servizi pubblici*, in *Foro amm.-Tar*, supp. al n. 12/2005.

(19) S. FAGIOLARI, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1943, 2.

(20) M.S. GIANNINI, *Gli atti amministrativi di adempimento*, 1945, in *Scritti (1939-1948)*, Milano, 2002.

(21) L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, Napoli, 1984.

(22) A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1974; e in continuità, L. IANNOTTA, *op. cit.*

dai comportamenti di un soggetto privato ai quali pertanto vengono assimilati sul piano sostanziale (23).

Riferendo l'attributo della non autoritarietà, come quello dell'autoritarietà, al potere e non (solo) all'atto, qualificabile piuttosto come imperativo/non imperativo (24) emerge con maggior evidenza la riconducibilità dell'atto non autoritativo ad un potere amministrativo ed in particolare al potere dell'amministrazione di definire unilateralmente un rapporto, adempiendo ai propri obblighi a favore di un soggetto privato (25) ovvero ponendo in essere un comportamento al quale essa è tassativamente tenuta (26).

In ragione di tali caratteristiche il potere manifestantesi in atti non autoritativi va ricondotto al novero dei poteri esecutivi (27) ovvero di messa in opera di scelte preve e di realizzazione dell'effetto prefigurato (28) e pertanto alla funzione amministrativa di attuazione, distinta da quella di indirizzo politico-amministrativo (29) e alla dimensione di servizio dell'amministrazione, non più sovrana (30).

3. Con gli evidenziati caratteri sostanziali dei tradizionali poteri non autoritativi si correlava la caratterizzazione delle situazioni giuridiche soggettive, che a tali poteri si contrappongono, in termini di diritti soggettivi e cioè di situazioni protette direttamente e immediatamente dalla legge, attraverso l'imposizione in capo all'Amministrazione di un obbligo specifico posto a loro diretta tutela: obbligo meglio evidenziato dalla formula *atti di adempimento* che, con parole di Massimo Severo Giannini sono

(23) Cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 25 del 1979.

(24) F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002.

(25) M.S. GIANNINI, *op. cit.*

(26) A.M. SANDULLI, *op. cit.*

(27) F. MERUSI, *op. cit.*, in riferimento a S. ROMANO.

(28) R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005; F.G. SCOCA, *op. cit.*

(29) D.lgs. n. 165 del 2001.

(30) F.G. SCOCA, *op. cit.*; F. PUGLIESE, *Scritti recenti sull'amministrazione « consensuale »: nuove regole, nuova responsabilità*, Napoli, 1996.

appunto gli atti con cui *l'autorità dà attuazione ad obblighi che le incombono quale che ne sia la fonte e che, se all'obbligo dell'autorità fa riscontro un diritto dell'altro soggetto, sono idonei a dare vita ad un inadempimento* nel caso in cui l'atto sia sbagliato o ingiustamente negativo (31). La diretta tutela da parte dell'ordinamento e il carattere vincolato dell'attività sono considerati dalla giurisprudenza elementi entrambi essenziali per la configurabilità di diritti, non essendo sufficiente a tal fine la sola vincolatività in presenza di un potere comunque amministrativo (32).

All'assimilazione sostanziale (ancorché non alla identificazione) degli atti non autoritativi agli atti di soggetti di diritto privato incidenti nella sfera giuridica altrui corrispondeva, nelle ricostruzioni giurisprudenziali e dottrinali, un trattamento processuale non dissimile da quello riservato agli atti di diritto comune consistente, secondo la giurisprudenza, nella esperibilità dell'azione nel termine di prescrizione a fronte di determinazioni espresse e nella proponibilità del ricorso anche in assenza di atto formale; ma implicante altresì la possibilità/necessità di un compiuto esame della vicenda portata all'esame del giudice amministrativo in tutte le componenti fattuali e giuridiche, con pieno esercizio dei poteri istruttori e cognitori (33) ai fini dell'accertamento della sussistenza o meno dell'inadempimento dell'amministrazione e correlativamente della spettanza o meno al privato del bene rivendicato.

Peraltro, la non autoritarietà dei poteri è stata ritenuta compatibile anche con la loro non totale vincolatività e quindi con la correlazione con interessi legittimi (34) in relazione al riconoscimento della non necessaria autoritatività degli atti amministrativi (35) all'interno di un processo *decostruttivistico* della nozione

(31) M.S. GIANNINI, *op. cit.*

(32) Cons. Stato, Ad. plen. n. 25 del 1979.

(33) L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit.; V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, Padova, 2001.

(34) L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit.

(35) M.S. GIANNINI, *Gli atti amministrativi*, cit.

di imperatività identificata con autoritarità (36), che ha portato parte della dottrina prima a negare la sussistenza dell'autoritarività a fronte di atti emanati su istanza del destinatario, ritenendola invece configurabile solo in rapporto ad atti ablatori (37) in grado, in quanto tali, di modificare o estinguere situazioni giuridiche soggettive; per poi negare completamente la natura di elemento caratterizzante degli atti amministrativi, con riconoscimento della persistenza di un privilegio della pubblica amministrazione solo a fronte di situazioni pretensive (38).

Nello studio del 1984 dedicato agli atti non autoritativi evidenziavo peraltro il carattere normativo della ricostruzione giurisprudenziale degli atti amministrativi quali atti normalmente autoritativi e la necessità di verificare, caso per caso, attraverso un accurato esame della legislazione, se l'autoritarività fosse stata effettivamente superata, pervenendo alla conclusione che si potesse parlare di atti non autoritativi a fronte di interessi legittimi se questi fossero stati presi in considerazione direttamente ed immediatamente dalla legge o in ragione della previsione di una disciplina necessariamente convenzionale dei rapporti (licenze edilizie attuative di convenzioni di lottizzazioni: poteri di gestione del personale disciplinati da fonti contrattuali) ovvero di una sicuramente diretta ed immediata protezione legislativa della quale mi appariva emblematica la possibilità riconosciuta al privato di operare in forza di silenzio-assenso in alternativa al provvedimento.

Non consideravo invece necessario corollario della pariteticità l'azionabilità delle pretese nel termine di prescrizione ritenendo che la preminente esigenza di pienezza di tutela non comportasse necessariamente l'esclusione dell'impugnazione nel termine di decadenza: e ciò anche in ragione della compatibilità di diritti soggettivi e decadenza, come viene riconosciuto anche da qualche significativa decisione (39).

(36) G. CORSO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Torino, 2004.

(37) D. SORACE e C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, 1989.

(38) B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.

(39) In tal senso v. di recente Cons. Stato, Sez. VI, 7 giugno 2005, n. 2954.

La norma del comma 1-bis, nella lettura che se ne è ipotizzata, va a questo punto confrontata con l'assetto normativo preesistente nel quale si è inserita (40) ed in particolare con l'interpretazione che del potere amministrativo e della giurisdizione amministrativa ha dato la Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004.

4. La sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004, com'è noto, ha ritenuto estranee alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie nelle quali sia del tutto assente ogni profilo riconducibile all'Amministrazione come autorità, riferendosi in particolare: a rapporti strettamente contrattuali (41); ad attività e prestazioni anche patrimoniali rese nei pubblici servizi (42); a comportamenti non riconducibili neanche mediamente all'esercizio di un pubblico potere (43).

Si tratta in particolare di vertenze nelle quali, a fronte di diritti soggettivi perfetti, l'Amministrazione si presenta nelle vesti di soggetto totalmente obbligato in base alla legge (44) o al contratto; oppure operante con la capacità di diritto privato; ovvero ancora come autore di comportamenti privi di qualsiasi rilievo (anche indirettamente) pubblico: in sintesi, come soggetto che non esercita alcun potere amministrativo e che non pone in essere né atti né comportamenti amministrativi.

Il comma 1-bis, nella lettura proposta, essendo intervenuto dopo la sentenza della Corte costituzionale, viene a riconfermare l'esistenza di poteri e di atti non autoritativi e tuttavia riconducibili all'Amministrazione come soggetto pubblico, non potendo la norma (alla luce della sentenza n. 204) aver ricompreso nelle sue previsioni attività, quand'anche tradotte in atti, rientranti totalmente, secondo l'interpretazione (normativa) della Corte, nel diritto privato e nella relativa tutela; e al tempo stesso interpreta la

(40) Art. 11 delle Preleggi.

(41) Art. 33, comma 2, lett. b, d.lgs. n. 80 del 1998.

(42) Art. 33, comma 2, lett. e, d.lgs. n. 80 del 1998.

(43) Art. 34, comma 1, d.lgs. n. 80 del 1998.

(44) D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005.

sentenza nel senso di ricondurre all'Autorità anche l'esercizio di poteri amministrativi non autoritativi.

In quest'ottica gli atti di natura non autoritativa di cui al comma 1-bis vanno ricercati in fattispecie nelle quali l'Amministrazione si confronta non già con diritti soggettivi perfetti inconciliabili in quanto tali con l'esercizio del potere amministrativo (45); bensì con diritti di diversa natura che possano coesistere con l'esercizio del potere amministrativo dal quale sono, in qualche modo, condizionati e incisi (46). Un potere che sebbene definito non autoritativo resta amministrativo ed espressione, ancorché finale e esecutiva, di autorità; così come restano amministrativi e rientrano nell'esercizio di un potere amministrativo i comportamenti riconducibili alla funzione amministrativa e che ne accompagnano l'esplicazione (47).

(45) E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e dell'art. 21-octies della l. 7 agosto 1990 n. 241*, in *www.giustamm.it*; A. POLICE, *La giurisdizione sulle controversie in materia di urbanistica ed edilizia torna all'antico*, in *Foro amm.-Tar*, supp. al n. 12/04; F.G. SCOCA, *Giurisdizione amministrativa e risarcimento del danno nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amm.-Tar*, supp. al n. 12/04, interpretano la sentenza della Corte costituzionale come sostanziale soppressione della giurisdizione esclusiva con il ritorno dal giudizio amministrativo al giudizio su interessi legittimi, dotati anche di una loro peculiare tutela risarcitoria diversa da quella accordata dal giudice ordinario agli interessi legittimi: E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, 2 dicembre 2005, Avezzano, L'Aquila. Tutela risarcitoria peculiare che sembra particolarmente adeguata ai diritti amministrativi. Per una diversa lettura della sentenza n. 204 del 2004 v. L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*; v. anche Tar Sicilia-Catania, II, 2 febbraio 2005, n. 175.

(46) C. DELLE DONNE, *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al nodo gordiano diritti-interessi*, in *Giust. civ.*, 2004, parte I. La necessaria inerenza della controversia ad una situazione di potere quale elemento giustificativo della giurisdizione esclusiva è affermata da A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro it.*, I, 2004. Di necessario collegamento delle controversie al farsi del potere e quindi alla lesione di interessi legittimi parla F. FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione « esclusiva » alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, I, 2004.

(47) Cons. Stato, Ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7, sul ritardo nel rilascio

Deve trattarsi peraltro di diritti che, parafrasando la Corte costituzionale, partecipino in un certo qual modo della natura dell'interesse legittimo (con la dignità sostanziale e la pienezza ed effettività di tutela che oggi lo contraddistinguono: come riconosce la Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004) e che implicano non già l'assenza di autorità in capo all'Amministrazione bensì la consumazione di tutta la libertà lasciata all'Amministrazione dalla legge e l'esercizio previo di tutti i poteri che la contraddistinguono con la sua trasformazione in esecuzione.

In altri termini, deve trattarsi di diritti riconosciuti dalla legge ma la cui conformazione finale dipende, in base alla legge, dalla pubblica amministrazione come autorità. Diritti riconducibili a quello che è stato definito diritto soggettivo dell'ordinamento amministrativo (48); buon diritto (49) o anche, riproponendo antiche terminologie, diritto soggettivo amministrativo (50) o interesse legittimo finale: diritto minore se ci si colloca nell'ottica del solo potere, ma vero diritto dal punto di vista dell'amministrato-beneficiario (ed anche del terzo leso e della stessa Autorità rettamente intesa), in quanto relativo a un bene della vita e in questo consistente, scaturente da un potere che si è trasformato in servizio e in dovere: dovere di dare o di non sottrarre ciò che spetta e di non attribuire ciò che non spetta, realizzando contemporaneamente (con l'efficacia richiesta all'Amministrazione in questa fase storico-istituzionale) (51) la giustizia effettiva nell'Amministrazione anche come giustizia dell'Amministrazione.

del permesso di costruire; Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, sui comportamenti antecedenti alla stipula del contratto; Ad. plen., 16 novembre 2005, n. 9, sulle condotte attuative di atti amministrativi pur riconosciuti *ex post* illegittimi; v. anche Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191 che — interpretando la 204 del 2004 — riconduce al diritto amministrativo e alla giurisdizione amministrativa i comportamenti collegati all'esercizio di un potere amministrativo.

(48) A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del 150° anniversario del Consiglio di Stato*, Milano, 1983.

(49) L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998.

(50) A. KLITSCH DE LAGRANGE, ricordato da M. TIBERII, *La nullità e l'illecito contributo di diritto amministrativo*, Napoli, 2003; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (1911), Ristampa, Padova, 1960, p. 306 ss.

(51) L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in questa *Rivista*, 1999.

5. Gli atti amministrativi di natura non autoritativa adottati da una pubblica amministrazione in quanto tale e regolati dal diritto privato ed incidenti su situazioni tutelate dalla norma in funzione della loro soddisfazione, ancorché attraverso il previo esercizio di poteri autoritativi, non costituiscono, alla luce del comma 1-bis, l'unica tipologia di atti non autoritativi.

La norma contiene infatti il riconoscimento della possibile esistenza anche di atti non autoritativi retti dal diritto amministrativo come si ricava dall'ultima parte del comma (... *salvo che la legge disponga diversamente*) dalla cui interpretazione (con la conseguente ricerca dei segni di pubblicità) dipenderà (anche) l'estensione dell'ambito di operatività del diritto privato nell'adozione di atti amministrativi (52).

Gli atti non autoritativi retti dal diritto privato vengono, in tal modo, a collocarsi, per così dire, ai confini tra ambito pubblico e ambito privato, presentandosi come anello di congiunzione e di passaggio tra i due campi.

Alla luce delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente, vanno esclusi dall'ambito di rilevanza del comma 1-bis, in quanto attratti totalmente nel diritto privato e rimessi sicuramente alla cognizione del giudice ordinario, gli atti espressione di poteri privati (quali sono oggi gli atti di gestione del personale nel rapporto di impiego privatizzato) (53) e, come si è già detto, gli atti nei quali l'Amministrazione si presenta come mero obbligato (54) o assuma obbligazioni e acquisti diritti nell'esercizio della capacità di diritto privato (55) ovvero in cui formalizzi comportamenti posti in essere in carenza di qualsiasi potere pubblico: atti tutti estra-

(52) B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit.

(53) Cfr. Cass., Sez. un., ord. 8 novembre 2005, n. 21593, che definisce espressamente non autoritativo il conferimento di un incarico di direzione, v. su un piano generale Cass., Sez. un., 24 febbraio 2000, n. 41, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, p. 805 ss. che riconduce i cc.dd. interessi legittimi di diritto privato all'ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 c.c.

(54) Cfr. Tar Lazio-Roma, Sez. II, 4 giugno 2005, n. 3366, in materia di sovvenzioni previste da legge a presupposti totalmente vincolati.

(55) Pagamento di prestazioni rese dal gestore in base al contratto di servizio: Corte cost. n. 204 del 2004.

nei alla *logica* del comma 1-bis in quanto riferito ad atti amministrativi.

Alla luce delle acquisizioni giurisprudenziali e dottrinali precedenti alle ultime novelle della l. n. 241 e con le limitazioni derivanti dalla sentenza n. 204 della Corte costituzionale e senza soffermarsi sul relativo regime (di diritto privato o di diritto amministrativo), l'attenzione va quindi portata alle fattispecie nelle quali la legge, pur tutelando direttamente ed immediatamente la posizione dell'amministrato in funzione della sua soddisfazione ed individuando un obbligo specifico in capo all'Amministrazione in correlazione con il diritto (in senso ampio) dell'amministrato medesimo, lasci tuttavia spazi più o meno ampi all'Amministrazione come autorità ai fini — per così dire — del completamento della fattispecie descritta dalla norma di legge, collocando l'atto non autoritativo all'esito dell'esercizio di tutti gli altri poteri amministrativi (di indirizzo, normativo, pianificatorio, programmatico, di scelta politico-amministrativa, di opportunità, tecnica riservata) come atto esecutivo non solo rispetto alla legge ma anche rispetto alle precedenti decisioni dell'Amministrazione come autorità.

In questa prospettiva la parola Autorità, dal latino *auctoritas*, emerge nella sua corrispondenza alla radice *augeo* che significa aumentare, aggiungere. Nell'esercizio dei suoi poteri autoritativi l'Amministrazione completa la fattispecie delineata dalla legge, integrandola con gli elementi già individuati dalla stessa legge quali presupposti per il riconoscimento e la soddisfazione del diritto del privato.

Una volta completata la fattispecie (56) l'Amministrazione non ha altro da aggiungere se non il riconoscimento della spettanza (o della non spettanza) del bene che si realizza (o non si realizza) appunto attraverso l'atto non autoritativo. Si potrebbe dire (richiamando un mio recente studio su merito e discrezionalità nell'amministrazione di risultato) (57) che l'atto non autorita-

(56) F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit.

(57) L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.

tivo, considerato comunque manifestazione di volontà dotata di autonomia funzionale, è un provvedimento senza orpelli, ridotto al suo dispositivo e al suo oggetto, costituito dalla *res* (in senso ampio: cose, persone, attività) attribuita, autorizzata, concessa, ecc., ovvero non attribuita, non autorizzata, non concessa, ecc.

Alla luce di tali premesse si possono individuare alcune possibili fattispecie di atti non autoritativi (riconducibili al comma 1-*bis*) espressione di potere amministrativo correlato con diritti amministrativi:

A) Vi rientrano innanzitutto i tradizionali atti di gestione del personale non privatizzato, anche se il carattere spiccatamente pubblico dei rapporti sembra portare, allo stato della giurisprudenza, alla restrizione dell'ambito della non autoritarietà (58).

B) In alcuni casi c'è stato per così dire un riconoscimento legislativo « postumo » del carattere non autoritativo di taluni atti amministrativi:

b1) nel rapporto di impiego privatizzato, il passaggio alla giurisdizione del giudice ordinario delle relative controversie ha confermato la già acquisita non autoritarietà, nel precedente assetto, degli atti di gestione del personale, dei quali molti a carattere non vincolato (promozioni, sanzioni, note di qualifica, ecc.), anche se la privatizzazione totale mostra profili di incongruenza che emergono soprattutto in fase di esecuzione, come sembrano dimostrare vicende nelle quali, nonostante i poteri del giudice ordinario (59) viene richiesta al giudice amministrativo l'esecuzione di sentenze del giudice del lavoro (60);

b2) anche l'art. 19 della l. n. 241 sembra contenere il riconoscimento implicito della già acquisita non autoritarietà degli atti ivi indicati (frutto dell'esercizio di mera potestà accertativa) avendone previsto la sostituzione con un atto negoziale di diritto pri-

(58) Tar Lazio, Sez. I-*quater*, 13 marzo 2005, n. 3746; cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2005, n. 2044.

(59) Art. 68, d.lgs. n. 80 del 1998.

(60) V. Tar Marche, 19 settembre 2003, n. 453; v. pure Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2005, n. 4386, anche se relativo a vicenda non recente sulla rilevanza pubblica del potere organizzatorio.

vato (la Dichiarazione di Inizio Attività), ove ne ricorrano i presupposti.

C) L'art. 19 della l. n. 241, contiene sotto altro profilo la diretta tutela della posizione del privato che assume carattere di situazione soggettiva finale e quindi di diritto soggettivo amministrativo laddove sia conformata dal privato nel rispetto dei requisiti e presupposti stabiliti dalla legge o da atti amministrativi, con diritto comunque alla conservazione di ciò che è conforme alla legge o da questa conformato: con conseguente possibile caratterizzazione non autoritativa dei poteri previsti dalla norma, riconducibili allo schema proprio dei poteri sanzionatori di diritto comune in quanto collegati alla sola insussistenza dei presupposti della DIA. Il riferimento contenuto nell'ultima versione dell'art. 19 all'esercizio dei poteri di autotutela non sembra possa riferirsi alla DIA in sé che non è atto amministrativo (61) bensì ai presupposti sui quali la DIA si fonda.

D) In ragione della possibilità riconosciuta al privato (art. 22 t.u. edilizia) di autoconformare la propria situazione soggettiva con Denuncia di Inizio di Attività in alternativa al permesso di costruire — nelle ipotesi di interventi edilizi anche di nuova costruzione disciplinati da piani attuativi o da strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni planovolumetriche — deve ritenersi non autoritativo il permesso di costruire essendo previsto da una norma che tutela direttamente e immediatamente anche la posizione del privato in funzione della sua realizzazione, in uno schema normativo che individua il « diritto » del privato quale frutto (anche) dei poteri propri dell'autorità amministrativa nel campo urbanistico-edilizio (diritto del privato che presenta un progetto conforme totalmente al piano a realizzarlo con DIA o con permesso di costruire).

E) Al novero degli atti non autoritativi possono essere ricondotti gli atti amministrativi che l'Amministrazione si sia impegnata ad emanare a seguito di un accordo pubblicistico con il privato, stipulato in base all'art. 11 della l. n. 241 compreso l'accordo negoziale avente valore di piano attuativo in campo urbani-

(61) Ma v. in contrario Tar Pescara, 1° settembre 2005, n. 494.

stico, ai quali il citato art. 22 del t.u. estende la possibilità di ricorrere alla DIA (con doppia riduzione dell'autoritatività: per la fonte consensuale e per la possibilità di ricorrere alla DIA).

Anche in questa ipotesi è configurabile un « diritto » non soggettivo perché non scaturente direttamente solo da legge bensì anche dall'esercizio di autorità ed in particolare dall'esercizio della potestà amministrativa confluita nell'accordo che in sé non è ascrivibile al novero degli atti non autoritativi proprio per la libertà che ne è alla base (62). La situazione del privato, interesse legittimo a fronte del potere pianificatorio, diventa diritto a seguito del suo completo esercizio essendo tutelata direttamente ed immediatamente dalla norma di legge in funzione della sua soddisfazione e dall'accordo che concretizza la fattispecie descritta dall'art. 11 della l. n. 241.

F) Diritti soggettivi amministrativi e corrispondenti poteri di natura non autoritativa si hanno nelle fattispecie relative alla liquidazione dell'indennizzo per revoca di provvedimento e recesso dall'accordo; ed anche alla determinazione dell'indennizzo in caso di recesso dall'accordo (cfr. in tal senso già A.M. Sandulli) (63).

G) Al novero degli atti non autoritativi dovrebbero essere ricondotte (sebbene costituiscano atti limitativi della sfera giuridica dei privati: cfr. art. 21-bis, l. n. 241) le sanzioni pecuniarie dell'Autorità antitrust, accomunate alle ipotesi sopra indicate perché al completamento delle fattispecie concorre la stessa Autorità amministrativa che applica la sanzione e al tempo stesso per la operatività dei principi generali (64) in tema di sanzione con sottoposizione delle sanzioni a un sindacato di merito (65).

H) Tutte le ipotesi fin qui esaminate rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che, in questa ottica, si presenta, per espressa previsione legislativa, come giurisdizione relativa non già a diritti soggettivi bensì a diritti amministrativi, a diritti dell'ordinamento amministrativo o, se si vuole, a interessi legittimi finali conformati anche attraverso il completamento della fattispecie legislativa che già li individua come situazioni di diritto di immediata protezione e meritevoli di soddisfazione.

zione esclusiva del giudice amministrativo che, in questa ottica, si presenta, per espressa previsione legislativa, come giurisdizione relativa non già a diritti soggettivi bensì a diritti amministrativi, a diritti dell'ordinamento amministrativo o, se si vuole, a interessi legittimi finali conformati anche attraverso il completamento della fattispecie legislativa che già li individua come situazioni di diritto di immediata protezione e meritevoli di soddisfazione.

La giurisdizione esclusiva si presenta quindi come segno dell'esistenza di un ambito di non autoritatività pur in mancanza di diritti soggettivi perfetti e quindi della possibile coesistenza di poteri non autoritativi e diritti compatibili con l'esercizio dei poteri, come del resto ha riconosciuto la stessa Corte costituzionale ritenendo conformi alla Costituzione, come interpretata nella sentenza n. 204, alcune delle ipotesi sopra indicate (accordi, atti delle autorità amministrative indipendenti, ecc.).

Non sono invece ricomprese espressamente dalla legge nella giurisdizione esclusiva le sovvenzioni pur considerate dalla dottrina non solo di recente (66) alla luce del comma 1-bis, ma anche in passato (67) appartenenti al novero degli atti non autoritativi, in quanto scaturenti da norme che tutelano direttamente anche la posizione dei destinatari.

E alla tipologia degli atti non autoritativi potrebbero essere riportate le sovvenzioni che scaturiscono non solo dalla legge (in questa ipotesi si resterebbe infatti nell'ambito delle obbligazioni *ex lege* e dell'adempimento) (68) ma anche dall'esercizio dei poteri amministrativi di integrazione della fattispecie (69).

In questa prospettiva mi è parsa emblematica una recente decisione (70) che, a fronte di un provvedimento di sovvenzione esecutivo — essendo stata la discrezionalità consumata a monte

(62) Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2005, n. 4735, che afferma il carattere autoritativo della cessione volontaria di un bene in un procedimento espropriativo.

(63) A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit.

(64) M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie anti-trust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.

(65) Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2004, n. 926.

(66) V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto*, cit.

(67) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi Giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati* (Ed. Giannini) Napoli, 1964.

(68) Cfr. Tar Lazio, Sez. II, n. 3366 del 2005, cit.

(69) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 7 giugno 2005, n. 2871; e sulla tematica generale v. A. POLICE, *La predefinizione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1998.

(70) Tar Sicilia, Sez. I, 17 giugno 2005, n. 1032.

— ha ricondotto la questione alla giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ex art. 5 l. Tar, facendo scaturire la giurisdizione esclusiva dal carattere non autoritativo dell'atto pur qualificato provvedimento (forse un possibile atto non autoritativo secondo il diritto amministrativo).

6.I. A questo punto già si potrebbero trarre conclusioni ed esprimere valutazioni sulla opportunità e sulla utilità del comma 1-bis che avrebbe riattualizzato un istituto, quello degli atti non autoritativi, sorto per esigenze primarie di giustizia (71) che sembrerebbero già garantite non solo nella giurisdizione esclusiva (alla quale tali atti quasi totalmente appartengono) ma anche nel giudizio di impugnazione per le profonde trasformazioni verificatesi nel corso degli ultimi decenni, formalizzate ed accentuate dalla l. n. 205 del 2000 (accertamento del fatto, sindacabilità della tecnica, immediatezza della tutela, rimedi risarcitori con tendenziale prevalenza di quelli reintegratori) e che sembrano destinate ad accentuarsi ulteriormente dopo le riforme della l. n. 241 (ed in particolare delle sue nuove norme di rilievo processuale: pronuncia sulla fondatezza della pretesa in caso di silenzio e verifica della non infondatezza previa all'annullamento).

Ed ancora, ci si potrebbe già interrogare sia sull'utilità della norma nella parte in cui ha richiamato, per gli atti non autoritativi, il diritto privato, la cui applicazione, *sub specie* di principi di diritto comune, già era riconosciuta dalla dottrina (72) e dalla giurisprudenza; sia sulla sua opportunità per gli effetti negativi che, da una sua lettura per così dire radicale, potrebbero derivare quanto alla tutela dei terzi e dello stesso destinatario dell'atto (a fronte della libertà privatistica) e, ancor di più, rispetto alla funzionalizzazione dell'attività amministrativa all'interesse pubblico.

Ma ritengo opportuno procedere nella lettura della norma in coerenza con l'impostazione per così dire applicativa prescelta,

(71) M.S. GIANNINI, *Gli atti*, cit.

(72) M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V.

per coglierne le implicazioni soprattutto di ordine processuale quanto alla titolarità della giurisdizione (73) e quanto alla intensità della tutela, nella consapevolezza che l'obiettivo della tutela piena, completa e finale (conseguibile a fronte di atti non autoritativi) non si ritiene ancora conseguito pienamente nel giudizio di impugnazione (74), al quale vengono ricondotti al di là della loro natura l'assoluta maggioranza degli atti amministrativi.

II. Il legislatore, attraverso il comma 1-bis, ha voluto che la pubblica amministrazione nell'adozione degli atti di natura non autoritativa agisca *secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente*.

In tal modo, gli atti di natura non autoritativa sono stati attratti nell'ambito del diritto privato con l'applicazione necessaria e diretta non già dei soli *principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti*, in quanto compatibili com'è previsto dall'art. 11, comma 2 della stessa l. n. 241 per gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti, bensì delle norme di diritto privato in generale e quindi delle norme del codice civile rapportate al carattere unilaterale degli atti non autoritativi.

E il codice civile, all'art. 1324, stabilisce che: *Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano in quanto compatibili per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale*.

L'assenza di riferimenti nel comma 1-bis al contenuto patrimoniale degli atti sembra comportare l'applicazione a tutti gli atti di natura non autoritativa adottati dalla pubblica amministrazione delle norme che regolano i contratti, vale a dire delle norme contenute nel libro quarto, titolo II del codice civile, ove compatibili con la natura degli atti unilaterali.

Tra le norme compatibili di particolare rilievo vanno segna-

(73) M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit.

(74) F.G. SCOCA, *Conclusioni*, al Convegno su *Riforma della l. n. 241 del 1990 e processo amministrativo*, in *Foro amm.-Tar*, supp. 6/2005; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.

late le norme che individuano l'oggetto tra gli elementi del contratto e quindi dell'atto unilaterale (art. 1325 c.c.); la norma che stabilisce che l'oggetto *deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile* (art. 1346 c.c.), con particolare riguardo alla possibilità, intesa in senso sia materiale che giuridico; le norme che sanciscono la nullità del contratto e quindi dell'atto unilaterale non solo per mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c. (tra i quali l'oggetto) ma anche per mancanza, nell'oggetto, dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 c.c., vale a dire possibilità, determinatezza, liceità (art. 1418 c.c.); la norma sulla nullità parziale (art. 1419 c.c.); la norma che conferisce la legittimazione all'azione di nullità del contratto e quindi anche dell'atto unilaterale a chiunque vi abbia interesse (art. 1421 c.c.) e pertanto potenzialmente anche al terzo portatore di un interesse di rilievo giuridico; la norma sulla rilevanza d'ufficio da parte del giudice della nullità dell'atto (art. 1421 c.c.); la norma sull'imprescrittibilità dell'azione di nullità (art. 1422 c.c.).

Sotto altro profilo, la rilevata componente obbligatoria degli atti non autoritativi consente di applicare ad essi e ai relativi comportamenti le norme sull'adempimento delle obbligazioni; sull'inadempimento, sulla coercibilità degli obblighi e sulle relative azioni (artt. 1176 c.c. ss.; art. 1218 c.c. ss.; artt. 2930 c.c. ss. art. 2907 c.c.); oltre ai canoni generali di correttezza e buona fede che informano l'ordinamento privatistico e che la giurisprudenza ha individuato come canoni di comportamento vincolanti per i titolari dei poteri privati paritari o espressione di posizione di supremazia, quali sono quelli dei datori di lavoro privati (75).

Il quadro normativo sommariamente e solo parzialmente delineato lascia intravedere la (almeno astratta) possibilità di assicurare, anche col diritto privato, la tutela di tutte le posizioni coinvolte nell'adozione (o nella mancata adozione intesa quale possibile inadempimento di obblighi) di atti di natura non autoritativa, compresa quella dei terzi che invece si ritiene prevalentemente compromessa dal diritto privato tanto da far ricercare, anche dai

(75) L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit.; Cass., Sez. I, 4 maggio 1994, n. 4323 e 20 aprile 1994, n. 3775.

suoi fautori (76), mitigazioni alla integrale operatività della logica privatistica attraverso l'applicazione di principi pubblicistici.

Ritengo pertanto che si debba concordare con chi afferma: *Quando usa il diritto dei privati, l'amministrazione non accampa poteri né subisce vincoli diversi da quelli dei privati e Che l'applicazione delle regole procedurali che valgono per l'attività amministrativa sia da escludere per l'attività che si svolge nelle forme del diritto privato dovrebbe essere fuor di dubbio* (77). E ritengo che si debba rispondere negativamente al dilemma se gli adattamenti che dovrebbero garantire l'imparzialità e la tutela del terzo siano compatibili con la collocazione nel diritto privato di quell'attività amministrativa o non rappresenterebbero invece la riemersione degli elementi qualificanti del diritto amministrativo (78).

La collocazione dell'attività amministrativa nel diritto privato impone di ricercare all'interno di questo gli spazi per soddisfare le insopprimibili esigenze di perseguimento di fini pubblici e di giustizia.

E pertanto non sembra possibile nel diritto privato parlare di imparzialità (79); né di diretta operatività del principio di legalità (80) ancorché funzionalicamente inteso (81); e neanche di eguaglianza come norma-principio operante anche nei rapporti privatistici (82), come ha confermato la giurisprudenza nel campo del lavoro privato che, dopo qualche apertura, ne ha negato l'operatività, facendo invece leva, per il controllo dei poteri privati,

(76) V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*

(77) F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1-bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.-Cons. St.*, 2005.

(78) A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm.-Tar*, supp. al n. 6/2005.

(79) Lo esclude F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*; ma già V. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*

(80) A favore invece F. MERUSI, *op. cit.*

(81) C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

(82) F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*

sulle norme relative all'interpretazione dei contratti e sui canoni di correttezza e buona fede (83).

Ritengo invece che il comportamento dell'Amministrazione vada sottoposto al diritto privato tenendo conto del Soggetto e del suo Statuto, dello statuto di una persona giuridica pubblica operante nell'ordinamento privatistico, definito dalla Costituzione e dalla legge ordinaria (84) con lo scopo fondamentale (85) che la contraddistingue e che ne evidenzia la funzione ma ne limita l'azione (o meglio rende indefettibile ciò che per altri soggetti sarebbe solo *doveroso*): assicurare alle persone, alle formazioni sociali e alle comunità i beni e servizi dovuti garantendo effettivamente i diritti (art. 2 Cost.), rimuovendo gli ostacoli (art. 3 Cost.) operando con giustizia (art. 100 Cost.) con efficacia ed economicità (valori nei quali si sostanziano nella nuova dimensione ordinamentale l'imparzialità e il buon andamento: art. 97 Cost.), dando a ciascuno ciò che spetta e al tempo stesso non attribuendo ciò che non spetta.

In questa prospettiva appare riconducibile al *giuridicamente impossibile* per l'Amministrazione l'attribuzione di ciò che non spetta o il dare più di quello che spetta non *ab externo*, applicando cioè agli atti di diritto privato norme e principi di diritto pubblico, bensì *ab intra*, alla luce del suo Statuto e quindi guardando a ciò che essa può fare e a ciò che non può fare. Impossibilità suscettibile di tradursi, alla luce del combinato disposto dagli artt. 1346, 1418 o 1419 c.c., per la carenza di uno dei requisiti essenziali dell'atto, in impossibilità giuridica appunto e, di conseguenza, in nullità totale o parziale dell'atto che attribuisce un bene non dovuto o lo attribuisce in quantità maggiore del dovuto.

E l'azione di nullità potrebbe essere proposta dal controinteressato, portatore di un interesse giuridico, sicuramente rientrante

(83) G. GRASSO, *L'atto non autoritativo nel pubblico impiego contrattualizzato (tra mitologia e realtà giuridica)*, in *Foro amm.-Cons. St.*, 2004; S. VENEZIANO, *Dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla giurisdizione (quasi) esclusiva del giudice del lavoro*, in *www.diritto.it*.

(84) F.G. SCOCA, *Autorità*, cit.; ma anche M.R. SPASIANO, *Funzioni amministrative e legalità di risultato*, Torino, 2003.

(85) Cfr. art. 16 c.c.

in quanto tale nel chiunque vi abbia interessi di cui all'art. 1421 c.c.

Si pensi a un permesso di costruire o a una sovvenzione qualora ricompresi nella categoria degli atti non autoritativi, come ipotizzato (86).

La realizzazione di un edificio non consentito dal Piano Regolatore o con un piano in più di quelli ammessi costituirebbe oggetto (totalmente o parzialmente) impossibile del permesso di costruire rendendolo suscettibile di declaratoria di nullità. E così la sovvenzione che attribuisse somme non dovute o superiori al dovuto, alla luce dei criteri stabiliti dalla legge e integrati dall'Amministrazione.

Il diretto interessato, a fronte di poteri non autoritativi, potrebbe naturalmente far valere il suo diritto, nei limiti della spettanza, attraverso azioni di accertamento, di adempimento e di condanna.

La pubblica amministrazione verrebbe al tempo stesso liberata dai vincoli formali (procedimentali, motivazionali, partecipativi) e dal connesso rischio di veder annullati i propri atti anche quando abbia deliberato risultati conformi a legge sul piano sostanziale; e contemporaneamente sottoposta a vincoli sostanziali (dare ciò che spetta, non attribuire ciò che non spetta, ecc.), con il conseguente venir meno di quello che è stato individuato come l'ultimo privilegio derivante dall'autoritatività/imperatività, vale a dire la difficoltà per i privati portatori di pretese fondate di conseguire il bene spettante (87).

7. Le implicazioni sostanziali e processuali relative agli atti non autoritativi derivanti dall'interpretazione del comma 1-*bis* e delle norme del codice civile da esso richiamate nonché dalla interpretazione giurisprudenziale e dottrina antecedente all'entrata in vigore della l. n. 15 del 2005 — compresa quella della giurisdizione esclusiva offerta dalla Corte costituzionale — vanno

(86) V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto*, cit.

(87) B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit.

a questo punto, anche se brevemente, confrontate con le altre norme introdotte dalla stessa l. n. 15.

In particolare la l. n. 15 attraverso la *moltiplicazione* del suo art. 21 ha fatto della l. n. 241 anche una legge sul provvedimento amministrativo (F. Francario) attribuendo a questo talune caratteristiche non dissimili da quelle proprie degli atti negoziali, ad es. sancendo (art. 21-*septies*) la rilevanza dei suoi elementi essenziali (cfr. art. 1325 c.c.) e collegando alla loro mancanza la nullità (cfr. art. 1418 c.c.).

Sotto altro profilo la medesima l. n. 15 ha introdotto il principio almeno tendenziale della irrilevanza dei vizi formali attenuando comunque il rilievo delle formalità (art. 21-*octies*).

Confrontando la disciplina dell'atto non autoritativo emergente dal rinvio alle norme del diritto privato contenuto nel comma 1-*bis* con quella del provvedimento contenuta negli artt. 21-*bis* ss. della l. n. 241, si potrebbe affermare che il primo realizza appieno tutte le esigenze sottostanti alla disciplina del provvedimento. Nell'atto non autoritativo c'è sicura libertà delle forme, non c'è procedimento, non c'è obbligo di motivazione, c'è logica di risultato; la nullità (prevista a proposito del provvedimento per la mancanza degli elementi essenziali) potrebbe operare negli atti non autoritativi in tutta la sua estensione, essendo riferibile, in assenza di limitazioni, anche alla mancanza nell'oggetto dei requisiti della liceità, della determinatezza e della possibilità.

Inoltre il potere non autoritativo, proprio in quanto retto nel suo esercizio dal diritto privato, può agevolmente convertirsi in un contratto senza che lo stesso debba essere accompagnato da alcuna determinazione previa com'è invece previsto dalla nuova disciplina dell'accordo (art. 11, comma 4-*bis*), per corrispondere a dichiarate esigenze di imparzialità e di buon andamento.

Ed in effetti, pur avendo l'interpretazione proposta preso le mosse dal riferimento testuale del comma 1-*bis* agli atti piuttosto che ai contratti, essa ben può portare alla legittimazione del contratto che verrebbe a formalizzare gli effetti bilaterali dell'atto unilaterale o a sostituirsi ad esso con applicazione diretta delle

norme del codice civile sopra richiamate che al contratto direttamente e prioritariamente si riferiscono.

L'atto non autoritativo, oltre che delle esigenze di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, consente altresì la realizzazione delle esigenze di pienezza e completezza della tutela diffusamente avvertire e solo in parte recepite dalla giurisprudenza (88) per la mancanza di una tutela esaustiva e finale (89) delle posizioni di interesse legittimo soprattutto di carattere pretensivo, non sussistendo ostacoli alla proponibilità di azioni di accertamento, di adempimento e di condanna anche in assenza di un provvedimento, come la dottrina ha da tempo segnalato (90).

L'atto non autoritativo di diritto privato, come pure si è visto, potrebbe inoltre non escludere ed anzi potenziare la tutela del terzo: questo, a fronte dell'indebita attribuzione di beni ai beneficiari, sembra avere infatti la possibilità di proporre l'azione di nullità per impossibilità dell'oggetto, con esposizione del beneficiario dell'indebito ad una azione idonea a colpire l'atto nel suo risultato qualora giuridicamente impossibile. E ciò ovviamente varrebbe anche ove l'atto fosse accompagnato o sostituito dal contratto.

Rispetto all'attività non autoritativa, infine, potrebbe prospettarsi la configurabilità di obblighi di negoziazione e di rinegoziazione (anche in riferimento agli artt. 2957 e 2958 c.c.) in conformità con le interpretazioni di recente offerte al fenomeno della dottrina privatistica (91). In particolare, a fronte di poteri non au-

(88) F.G. COCA, *Conclusioni*, cit.

(89) M. CLARICH, *op. cit.*

(90) G. ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. 1, Milano, 1988, e *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1972; V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988; F. PUGLIESE, *Note minime in tema di accertamento e di effetti della decisione amministrativa di accoglimento del ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 1993; L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit.; N. DI MODUGNO, *Tipicità (o atipicità) delle azioni e tipicità dei dispositivi di accoglimento del ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 1992; M. CLARICH, *op. cit.*, A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione*, cit.

(91) F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; F. MACARIO, *Ade-*

toritativi e quindi di obblighi di comportamento, potrebbe configurarsi come doverosa la presa in considerazione di una proposta di accordo (come ha di recente riconosciuto il Consiglio di Stato (92) in relazione a rapporti tra enti pubblici, vale a dire tra soggetti pariorinati).

8. Ma la ipotizzata disciplina sostanziale e processuale degli atti non autoritativi va confrontata altresì con le ulteriori modifiche alla l. n. 241 introdotte dalla l. n. 80 del 14 maggio 2005 a completamento di quelle già realizzate dalla l. n. 15.

In particolare va rilevato che la l. n. 80 ha aggiunto — alla già riconosciuta impugnabilità del silenzio su istanza, senza previa diffida, ben al di là del termine breve di decadenza previsto per i provvedimenti e alla qualificazione del silenzio come inadempimento (l. n. 15 del 2005) — l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di conoscere della fondatezza dell'istanza nei procedimenti a istanza di parte (93).

Orbene, in tal modo il legislatore ha riconosciuto (almeno potenzialmente) a tutti gli interessi pretensivi il trattamento proces-

*guamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; F. GRANDO STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in AA.VV., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. LIPARI, Milano, 1998; in campo pubblicistico sull'obbligo di rinegoziazione L. IANNOTTA, *Gli istituti di partecipazione tra pubblico e privato nell'ordinamento locale (La l. 142 dell'8 giugno 1990 alla luce dei principi della l. n. 241 del 7 agosto 1990)*, in MARRAMA, IANNOTTA PUGLIESE, *Profili dell'autonomia nella riforma degli ordinamenti locali*, Napoli, 1991; A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. proc. amm.*, 1993. V. M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002 sull'instabilità dei rapporti economici.

(92) Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2004, n. 214.

(93) Potere riferito a fattispecie di ridotta discrezionalità da Tar Puglia-Bari, Sez. II, 17 novembre 2005, n. 4905 anche per ragioni di compatibilità col rito di cui all'art. 21-bis l. Tar; cfr. il commento all'art. 2, l. n. 241 di A. DE ROBERTO, *La legge generale sull'azione amministrativa (la legge n. 241 del 1990 dopo le modifiche delle leggi 11 febbraio 2005, n. 15 e 14 maggio 2005, n. 80)*, Torino, 2005. Sulla possibilità-necessità di conoscere della fondatezza dell'istanza già prima della novella della l. n. 241 v. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002; *contra* Cons. Stato, Ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1.

suale che si è visto proprio delle situazioni interferenti con poteri non autoritativi avviando, se non addirittura sancendo, il riconoscimento della non autoritarità di tutti gli atti conseguenti a istanza di parte, almeno di quelli derivanti dall'esplicazione di attività vincolata, rendendo praticabili quelle interpretazioni (fino ad oggi ritenute non compatibili col sistema) che correlavano vincolatività a diritto (94) intendendo per diritto il diritto soggettivo (dell'ordinamento) amministrativo.

Se si tiene conto poi dell'accentuazione della deprovvedimentalizzazione realizzata dalla l. n. 80 del 2005 in ragione dell'estensione del silenzio-assenso (che implica diretta considerazione e tutela ad opera della legge della posizione del privato, realizzabile anche senza provvedimento) e della già sancita estensione della DIA, si dovrà prendere atto della concretizzazione delle condizioni che autorevole dottrina (95) ha da tempo segnalato quale sintomi di un processo teso all'eliminazione dell'autoritatività: condizioni individuate appunto nelle tecniche della dichiarazione di inizio attività, del silenzio-assenso e della deregolazione.

Se infine si considera l'alto grado di tutela accordato dalla giurisprudenza amministrativa, anche sotto la spinta del diritto europeo, alle situazioni soggettive incise sfavorevolmente dal provvedimento amministrativo (96), tanto da far affermare che i poteri che incidono sugli interessi dei privati *non sono diversi da quelli di cui sono titolari altri soggetti pubblici e privati, anzi sono molto più limitati e controllati* (97) si potrebbe arrivare anche a sostenere che — con l'eliminazione dell'ultimo privilegio dell'amministrazione (quello relativo a posizioni pretensive) conseguente alla possibilità riconosciuta al giudice amministrativo di pronunciare sulla fondatezza dell'istanza, a seguito di azione proponibile entro un lungo termine — è definitivamente venuta meno l'autoritatività dei poteri amministrativi e degli atti incidenti an-

(94) V. per tutti A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. proc. civ.*, 1988 ripreso da M. CLARICH, *op. cit.*

(95) F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit.

(96) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2004, n. 950 sulla priorità della reintegrazione sul risarcimento in una fattispecie di annullamento di occupazione.

(97) B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit.

corché unilateralmente su situazioni giuridiche soggettive: situazioni tutte definibili in termini di diritti amministrativi (98).

L'autoritarità contraddistinguerebbe i soli poteri di indirizzo politico-amministrativo: gli atti nei quali essi si manifestano (v. artt. 4 e 14, d.lgs. n. 165 del 2001) e, ancor di più, i comportamenti formali e informali espressi e inespressi in cui si concretizzano, vale a dire atti e comportamenti che, almeno sul piano formale, non incidono direttamente e concretamente sulle situazioni soggettive degli amministrati.

Ma anche su questi poteri e comportamenti non potrebbe non produrre effetti la possibile caratterizzazione in termini di diritti (amministrativi) delle posizioni coinvolte (si pensi alle posizioni c.d. consolidate previe rispetto all'esercizio del potere di pianificazione urbanistica in cui essa si concretizza).

L'altra manifestazione di autoritarità potrebbe essere costituita dagli atti di autotutela: sulla cui disciplina egualmente non potrebbe non ripercuotersi la caratterizzazione delle situazioni interferenti con l'esercizio di poteri non autoritativi ancor più se soddisfatte, in termini di diritti amministrativi quantomeno da indennizzare (nella revoca: art. 21-*quinques*) e da non sacrificare necessariamente *ex tunc* (v. art. 21-*nonies*), con conseguente possibilità di apprezzare la legittimità e l'entità del sacrificio almeno ai fini dell'indennizzo (revoca) o della decorrenza degli effetti negativi (annullamento).

Poteri di autotutela la cui astratta titolarità non potrebbe privare, sotto altro profilo, le situazioni soggettive, nei rapporti con poteri di amministrazione per così dire ordinaria, del loro possibile carattere di diritto (99). E ciò senza considerare i limiti che derivano non solo all'esercizio ma alla stessa titolarità dei poteri di autotutela dalla qualificazione degli atti come di diritto privato e, ancor di più, dalla loro sostituzione con contratti (atti aventi

(98) E perciò risarcibili A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in questa *Rivista*, 1998, ed arbitrabili M. VACCARELLA, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2004.

(99) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 7 giugno 2005, n. 2871, che distingue tra diritto soggettivo al finanziamento e interesse legittimo rispetto al potere di annullamento.

forza di legge tra le parti: art. 1372 c.c.) eliminabili in quanto tali solo a seguito di azioni giudiziarie.

9. Osservando la giurisprudenza formatasi dopo le novelle alla l. n. 241 si avvertono segni abbastanza evidenti di una accentuazione della trasformazione del giudizio amministrativo di legittimità in termini spiccatamente sostanziali e finalistici (100). Trasformazioni già da anni in corso (pieno accertamento del fatto; (101) sindacabilità, almeno potenziale, delle decisioni tecniche; rimedi risarcitori, con prevalenza di quelli reintegratori) (102) e che sta portando la giurisprudenza a qualificare il giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto (103); di accertamento della fondatezza della pretesa (104) e addirittura di merito come si afferma in una recentissima decisione (105) in riferimento al giudizio su silenzio *ex art. 2, l. n. 241* novellata e art. 21-*bis* l. Tar. Inoltre, alle pretese al rilascio di permessi di costruire viene riconosciuta una tutela potenzialmente finale sia in giudizi di merito (106) sia in sede cautelare (con ordinanza che ha disposto il rilascio della concessione edilizia in fase di esecuzione di sospensiva (107) ovvero con ordinanza di sospensione di sentenza di rigetto di ricorso avverso diniego di permesso di costruire) (108) come peraltro riconosciuto fin dall'inizio degli anni '80

(100) Cons. Stato, Sez. IV, 14 giugno 2005, n. 3124 e Sez. V, 7 dicembre 2005, n. 6990.

(101) Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199 e n. 296 del 2004, cit.

(102) Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2004, n. 950 e Sez. V, 15 marzo 2004, n. 1280.

(103) Tar Abruzzo-Pescara, 13 marzo 2005, n. 394; Tar Campania-Salerno, 4 maggio 2005, n. 760.

(104) Tar Lazio, Sez. I-*quater*, 30 agosto 2005, n. 6359, Tar Campania-Napoli, Sez. I 13 giugno 2005, n. 7817; Tar Sicilia-Palermo, Sez. II, 3 giugno 2005, n. 941; Tar Puglia-Lecce, Sez. II, 27 maggio 2005, n. 2913.

(105) C.G.A. 4 novembre 2005, n. 726.

(106) Tar Pescara, 13 dicembre 2005, n. 855.

(107) Cons. Stato, Sez. IV, ord. 29 settembre 2005, n. 4345.

(108) Cons. Stato, Sez. IV, ord. 2 dicembre 2005, n. 8538.

del secolo scorso dalla giurisprudenza sulla sospensibilità degli atti negativi (109).

In questo contesto la norma sugli atti non autoritativi e il diritto privato potrebbe risultare effettivamente inutile (come ha sostenuto Aristide Police) (110): nel senso che i vantaggi della *privatizzazione* potrebbero essere assicurati pienamente dal giudice amministrativo, riportandoli nell'ambito del diritto amministrativo e negli schemi (ampi) del giudizio amministrativo, in ragione della piena tutelabilità dei diritti (ove fondati) e della possibilità di conseguire risultati giusti ed efficaci, per così dire con una saldatura delle esigenze sottostanti all'art. 2 della l. n. 241 (pronuncia sulla fondatezza dell'istanza) con quelle proprie dell'art. 21-*octies* (limiti dell'annullabilità) e quindi dando soddisfazione alle pretese fondate non solo rispetto al silenzio ma anche in presenza di atti; e rigettando quelle infondate non solo in presenza di atti ma anche rispetto al silenzio, senza sancire ambigui obblighi di provvedere: pervenendo quindi — ove possibile — all'accertamento della fondatezza (o dell'infondatezza) delle pretese.

In altri termini, il comma 1-*bis* sarebbe inutile se il giudice amministrativo portasse avanti la trasformazione del giudizio amministrativo per assicurare una tutela piena ed effettiva ai diritti dell'ordinamento amministrativo, già interessi legittimi, in piena conformità con l'esigenza costituzionale di giustizia nell'Amministrazione che implica, anche per gli interessi legittimi — diritti dell'ordinamento amministrativo (111) o se si vuole diritti ammi-

(109) Cons. Stato, Ad. plen., 1° giugno 1983, n. 14 e 8 ottobre 1982, n. 17. In questo contesto anche la norma dell'art. 10-*bis* (aggiunto dalla l. n. 15 alla l. n. 241) della quale la giurisprudenza ha già fatto ampia applicazione (Tar Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, 18 maggio 2005, n. 3921; Tar Sicilia-Palermo, Sez. III, 13 settembre 2005, n. 1528; Tar Veneto, Sez. II, 1° giugno 2005, n. 2358; Tar Lazio, Sez. III-*ter*, 8 settembre 2005, n. 6618, per la DIA Tar Veneto, Sez. II, 13 settembre 2005, n. 3418) e letta come un contraddittorio ritorno al procedimento (F.G. SCOCA, *Conclusioni*, cit.) appare sintomatica dell'esigenza di accertare compiutamente anche sul piano procedimentale la fondatezza-infondatezza della pretesa sostanziale.

(110) A. POLICE, Intervento al convegno *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Seconda Università degli Studi di Napoli, Caserta-Palazzo Reale 20 maggio 2005.

(111) A. ROMANO, *Interessi legittimi*, cit.

nistrativi dell'ordinamento generale (112) — la piena soddisfazione attraverso il conseguimento del bene sperato (art. 2 Cost.), la rimozione degli ostacoli a tale conseguimento (art. 3 Cost.) e l'adempimento dei doveri e degli obblighi che a tali diritti a vario titolo si correlano.

In questa prospettiva, gli atti non autoritativi, secondo il diritto privato, di cui parla il comma 1-*bis* non possono che essere ricompresi nella giurisdizione amministrativa in quanto atti espressione di potere amministrativo ancorché non autoritativo, incidenti su diritti che partecipano della natura di interessi legittimi. Giurisdizione amministrativa piena ma non più esclusiva (113) quanto ai diritti soggettivi a fronte dei quali non vi è alcun potere amministrativo. E giurisdizione piena ed esclusiva rispetto ai diritti amministrativi con applicazione del diritto privato o del diritto amministrativo a seconda delle opzioni (normative) del giudice amministrativo, con la realizzazione in entrambe le ipotesi di una giustizia piena ed effettiva e con la salvaguardia dell'interesse pubblico alla conservazione e alla realizzazione di risultati validi, legittimi e giusti (114) e dell'interesse alla stabilità dei rapporti giuridici.

Se al contrario dovessero prevalere interpretazioni che mirano ad un ridimensionamento della pienezza ed effettività della tutela, non identificata con il conseguimento del bene della vita (115) o al ritorno ad una tutela formale sospettando di incostituzionalità quella finale (116) per la conservazione di un sistema amministrativo non più rispondente ai tratti essenziali tracciati dall'evolu-

(112) L. IANNOTTA, già in *Atti non autoritativi*, cit. e v. *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998.

(113) A. POLICE, *La giurisdizione sulle controversie*, cit.

(114) L. IANNOTTA, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in questa *Rivista*, 2003.

(115) L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in questa *Rivista*, 2005.

(116) D.U. GALETTA, *L'art. 21-*octies* della novellata legge sul procedimento amministrativo: nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla costituzione e al diritto comunitario*, in *Foro amm.-Tar*, supp. 6/2005.

zione ordinamentale, allora la norma del comma 1-*bis* potrebbe acquistare rilevanza in termini anche potenzialmente negativi (117).

Se infatti in presenza di una diffusa domanda di giustizia effettiva e finale e di risultati sociali concreti (corrispondente ad esigenze istituzionali profonde), la risposta, sul fronte del diritto e della giustizia amministrativi, non fosse di pari natura ma si caratterizzasse in termini conformi alla vecchia organizzazione formale del potere nella quale, tra l'altro, l'elemento politico era confuso con quello amministrativo, tale domanda potrebbe finire per rivolgersi al giudice ordinario (118), legittimato dal riferimento al diritto privato del comma 1-*bis*, per cultura meglio attrezzata a soddisfare i diritti in termini prioritariamente risarcitori e a distanza nel tempo. A differenza del giudice amministrativo, che può farlo in termini finali, tempestivamente ed efficacemente perché è il giudice naturale dei diritti amministrativi, già interessi legittimi che (svelando la loro natura di forma di protezione di diritti fondamentali) (119) si presentano come situazioni di necessaria soddisfazione nei termini ad essi propri, cioè come conseguimento effettivo e tempestivo dei beni della vita spettanti, alla cui attribuzione è tenuta l'Amministrazione nella sua dimensione di servizio.

Le esigenze di autonomia dell'amministrazione potranno es-

(117) Il comma 1-*bis* si presenterebbe in questo caso non più come una promessa (di una tutela piena ed effettiva) bensì come una minaccia (di ridimensionamento della giurisdizione amministrativa) utilizzando una espressione cara a F. PUGLIESE, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999.

(118) Cfr. Cass., Sez. un., 24 settembre 2004, n. 19200, v. anche in tal senso Cass., Sez. un., 23 gennaio 2006, n. 1207 peraltro contraddette da Cass., Sez. un., ordinanze 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660. All'ampliamento della giurisdizione ordinaria potrebbe concorrere anche il comma 1-*ter* che prevede, per i privati che svolgono attività amministrativa, l'applicazione dei principi e non delle norme della l. n. 241: con possibile svincolo dall'osservanza del procedimento amministrativo e dei relativi oneri e con possibile riattualizzazione di una lontana giurisprudenza che riportava ad es. il procedimento di scelta del contraente ad opera di un soggetto privato investito di pubbliche funzioni al diritto privato (gara privata) e le relative controversie al giudice ordinario (cfr. Tar Lazio, Sez. III, 7 agosto 1984, n. 400).

(119) A. BARBERA e C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2004.

sere assicurate pertanto non già rinunciando a definire la spettanza del bene, bensì accertandola sempre ove sia possibile (e quasi sempre lo è (120), anche se a volte con difficoltà) e lasciando all'amministrazione, se necessario e opportuno, la facoltà di scelta tra attribuzione e risarcimento, dando priorità alla giustizia effettiva e finale: che ha un valore ordinamentale e sociale sicuramente più alto di quella meramente risarcitoria e monetaria di cui beneficia il singolo individuo che percepisce il risarcimento (peraltro a distanza di tempo e in misura normalmente ridotta, ad es. corrispondente all'utile d'impresa) mentre della giustizia effettiva possono beneficiare tutti i soggetti coinvolti a vario titolo nell'iniziativa originariamente impedita (imprese, lavoratori, ecc.) e la comunità nella quale l'iniziativa si inserisce, per la rilevanza sociale del lavoro e della produzione di beni e servizi.

(120) Cfr. Tar Lombardia, Brescia, 23 novembre 2005, n. 1217 sulla possibilità di accertare la spettanza del bene attraverso la ripetizione virtuale di una gara; v. anche Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.