

1. L'INTRODUZIONE DEL COMMA 1 BIS TRA PRIVATIZZAZIONE E CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO.

La legge n. 15 del 2005¹ ha, come noto, introdotto alcune novità di rilievo nell'ambito della legge n. 241 del 1990².

¹ Detta legge, che reca "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241 concernenti norme generali sull'azione amministrativa", è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 21 febbraio 2005.

² Sulla riforma della legge n. 241 del 1990, in generale, si v. AA. VV. (a cura di N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005; AA. VV. (a cura di V. CERULLI IRELLI), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006; AA. VV. (a cura di F. CARINGELLA – D. DE CAROLIS – G. DE MARZO), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Tomi I-II, Milano, 2005; V. ITALIA, *Legge 11 febbraio 2005, n. 15, «modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa»*, in AA. VV., *L'azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241, modificata dalla l. 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, Milano, 2005; pp. 3 ss.; AA. VV. (a cura di R. TOMEI), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa. Commento alla legge n. 241 del 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, Padova, 2005; F. SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, reperibile su internet, in www.giustamm.it/Satta.pdf; AA. VV., *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Catania, 2006; F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, reperibile su internet, in www.giustamm.it.

Sul comma 1 bis, e più ampiamente, sull'attività negoziale della pubblica amministrazione a seguito della riforma si v. G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in AA. VV. (a cura di V. CERULLI IRELLI), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., pp. 69 ss.; M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni dopo la legge 15/2005: che cosa cambia*, in *Corr. mer.*, n. 11 del 2005, pp. 1203 ss.; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5 del 2005, pp. 481 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.-CdS*, 2005, pp. 947 ss.; F. MASTRAGOSTINO, *La riforma del procedimento amministrativo e i contratti della P.A. (Considerazioni sull'art. 1, comma 1 bis della legge n. 241/1990 e ss. mm.)*, su internet, www.lexitalia.it/articoli/mastragostino_riforma.htm; D. MEMMO, *L'attività contrattuale della p.a. e principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. n. 15 del 2005*, in *Contr. e impr.*, n. 4-5 del 2006, pp. 1175 ss.; L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, n. 2 del 2006, pp. 353 ss.; N. PAOLANTONIO, in AA. VV. (a cura di N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO), *La pubblica amministrazione e la sua azione* cit., pp. 77 ss.; V. ITALIA, *Commento al comma 1 bis*, in AA. VV., *L'azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., pp. 75 ss.; G. DE MARZO – P. GRAUSO – G. FABBRIZZI, *L'attività amministrativa alla ricerca del consenso*, in AA. VV. a cura di F. CARINGELLA – D. DE CAROLIS – G. DE MARZO), *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, cit., pp. 95 ss.; G. PERICU, *L'Attività consensuale della Pubblica amministrazione*, in AA. VV., *Diritto Amministrativo*, t. II, sez. I, *Le ipotesi ricostruttive. I modelli giuridici dell'attività consensuale*, Bologna 2005, pp. 283 ss.; M. GOLA, *L'Attività consensuale della Pubblica amministrazione*, *ivi*, sez. II, *I contratti dello Stato e degli enti territoriali tra principi di contabilità pubblica ed esigenze di armonizzazione comunitaria*, pp. 328 ss.; F. ALBO, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in AA. VV. (a cura di R. TOMEI), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, cit., pp. 41 ss.; L. MONTEFERRANTE, *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione*, su internet, www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Monferrante_Disciplina_privatistica_e_atti_non_autoritativi.htm; A. ROMANO, *Relazione*, in AA. VV., *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Catania, 2006, pp. 11 ss.; C.M. BIANCA, *Relazione di sintesi*, *ivi*, pp. 217 ss.

Sull'attività negoziale della pubblica amministrazione prima della riforma si v., nell'ambito della sterminata letteratura esistente, V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, n. 2 del 2003, pp. 217 ss.; *Id.*, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol. I., Padova, 1998, pp. 553 ss.; *Id.*, *Verso la contrazione dell'area del pubblico: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune*, in V. CERULLI IRELLI, *Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Torino, 2002, pp. 431-432; AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, n. 4 del 2004, pp. 661 ss.; *Id.*, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, pp. 35 ss.; *Id.*, *Questioni in tema di contratti di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, IV, Modena, 1996, pp. 1675 ss.; F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, n. 4 del 2004, pp. 649 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; S.A. ROMANO, voce *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, pp. 531 ss.; *Id.*, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979; *Id.*, *Contratti di diritto privato degli enti pubblici*, in *Diz. dir. priv.* (a cura di N. IRTI), I. *Diritto civile*, Milano, 1980, pp. 225 ss.; O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, in *Scritti giuridici scelti. III. Gli atti amministrativi*, Napoli, 1992, pp. 657 ss. (già pubblicato in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, vol. I, Milano, 1905, pp. 703-736. Le citazioni nel testo sono prese dalla prima opera); A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Scritti giuridici (1931-1939)*, vol. I, Milano, 1999, pp. 271 ss. (già pubblicato su *Arch. dir. pubbl.*, 1938, pp. 455 ss. Le citazioni nel testo sono prese dalla prima opera); M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo: contributo ad uno studio dei c. d. contratti di diritto pubblico*, Milano, 1965; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984; *Id.*, voce *Convenzioni e accordi amministrativi. 1) Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IX, Roma, 1988; L. V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali: il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988; A. CROSETTI, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione: aspetti evolutivi*, Torino, 1984; G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; *Id.*, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, n. 2 del 2003, pp. 405 ss.; C. AMIRANTE, *La contrattualizzazione dall'azione amministrativa*, Torino, 1993; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005; A. ALBANESE, *Il contratto di diritto pubblico nelle concessioni amministrative*, Firenze, 1942; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; A. BARETTONI ARLERI, *Dalla procedimentalizzazione del contratto alla contrattualizzazione del procedimento*, in AA. VV. (a cura di G. MARONGIU – G.C. DE MARTIN), *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, 1992, pp. 197 ss.; S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, in AA. VV., *Trattato di Diritto Amministrativo* (diretto da G. SANTANIELLO), vol. VII, Padova, 1994; A. MASSERA, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. CASSESE), *Diritto amministrativo generale*, Tomo II, Milano, 2003, pp. 1547 ss.; A. POZZI, *Diritto privato e pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. RESCIGNO), vol. 21, Torino, 1987, pp. 135 ss.; AA. VV. (a cura di G. BERTI), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, 1993; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999; G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986; G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, pp. 661 ss.; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; M.S. GIANNINI, *Codice civile e diritto pubblico*, in *Il codice civile. Convegno del Cinquantenario dedicato a Francesco Santoro Passarelli, Roma, 15-16 dicembre 1992, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1994*, ora in *Scritti*, vol. IX, Milano, 2006, pp. 349 ss.; AA. VV. (a cura di G. BARBAGALLO – E. FOLLIERI – G. VETTORI), *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; C. CAMMEO, *I contratti della pubblica*

Il legislatore è intervenuto in senso largamente riformistico, e la legge del 2005, come è stato osservato³, “non può che confermare [...] lo svolgimento [...] di un percorso di *profonda trasformazione del diritto amministrativo italiano*”⁴.

La novella del 2005 costituisce espressione di almeno due macro-fenomeni, l'uno attuale, l'altro potenziale ma, a nostro avviso, inesorabile. Il primo fenomeno è abbondantemente studiato in dottrina, soprattutto in questi ultimi lustri: alludiamo alla c.d. privatizzazione del diritto amministrativo, della quale è espressione la novella *de qua*⁵. Il secondo fenomeno, invece, sebbene il periodo sia, per così dire, favorevole⁶, non è sufficientemente studiato e

amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare, Firenze, 1954 (rsit. ed 1937); A.M. SANDULLI, *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato della pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 1953, I, pp. 1585 ss. (nota a Cass., sez II, civ., 18 luglio 1953, n. 2390); G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Annali Università di Genova*, 1965; M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985; F. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, f. 1, pp. 35 ss.; A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni: atti amministrativi e negozio di diritto privato*, Milano, 1974; F. DI RENZO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 1978; G. ROEHRSEN, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, 1959; P. VIRGA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Palermo, 1960; O. SEPE, voce *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. del dir.*, vol. IX, Milano, 1961, pp. 986 ss.

³ L. CARBONE – F. CARINGELLA, *Considerazioni introduttive*, in AA. VV. (a cura di F. CARINGELLA – D. DE CAROLIS – G. DE MARZO), *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, cit., p. 2.

⁴ M. LIPARI (*Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1203) osserva come la legge n. 15 del 2005 abbia un “contenuto complesso ed eterogeneo”, giacché da un lato, rappresenta una “celebrazione del diritto amministrativo”, dall'altro lato, “contiene disposizioni ispirate proprio all'idea opposta che ridimensiona il ruolo del diritto amministrativo, favorendo l'ampia utilizzazione del modulo consensuale, insieme alle regole proprie del diritto comune”.

⁵ Cfr. G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., p. 481; M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1203, secondo il quale la riforma si “collegerebbe saldamente” anche ad altre idee, quali “l'externalizzazione e la liberalizzazione delle attività, il principio di sussidiarietà orizzontale; L. CARBONE - F. CARINGELLA, *Considerazioni introduttive*, cit., p. 5; G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 69; F. MASTRAGOSTINO, op. cit. doc. pdf; C.M. BIANCA, *Relazione di sintesi*, cit., p. 217 (che richiama anche il fenomeno della liberalizzazione dei mercati, fenomeno coevo e, per certi aspetti, connesso a quello della privatizzazione).

⁶ Il riferimento non può che correre alle molteplici opere codificatorie di questi ultimi anni. Tra il 2004 e il 2006, infatti, sono stati emanati, ad esempio, il *Codice delle assicurazioni* (D.lgs. n. 209 del 2005, recante “Codice delle assicurazioni private”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 239 del 13 ottobre 2005 - Supplemento Ordinario n. 163); il *Codice del consumo* (D.lgs. n. 206 del 2005, recante “Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 235 del 8 ottobre 2005 - Supplemento Ordinario n. 162); il *Codice dell'ambiente* (D.lgs., n. 152 del 2006, recante “Norme in materia ambientale”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 88 del 14 aprile 2006 - Supplemento Ordinario n. 96); il *Codice dei contratti pubblici* (D.lgs. n. 163 del 2006, recante “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 100 del 2 maggio 2006 - Supplemento Ordinario n. 107); il *Codice dei beni culturali e del paesaggio* (D.lgs. n. 42 del 2004, recante “Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004 - Supplemento Ordinario n. 28); *Codice della proprietà industriale* (D.lgs. n. 30 del 2005, recante “Codice della proprietà industriale a norma dell'art. 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 52 del 4 marzo 2005 - Supplemento Ordinario n. 28).

approfondito: intendiamo riferirci alla c.d. codificazione del diritto amministrativo⁷. Questo atteggiamento della dottrina (e del legislatore) collima con la nostra tradizione giuridica (a differenza dell'esperienza francese⁸ ove, al contrario che da noi, non si assiste affatto ad una de-codificazione⁹ ma ad una ri-codificazione¹⁰, e non solo in ambiti privatistici¹¹), sebbene in passato diverse proposte di codificazione siano state redatte soprattutto dalla dottrina¹², in un momento storico in cui il diritto amministrativo era ancora (quasi) un'ipotesi di laboratorio, e si discuteva della sua autonomia scientifica da quello che era ritenuto il diritto comune dei pubblici e privati soggetti, cioè il diritto privato¹³.

⁷ Sul processo di codificazione del diritto positivo in Italia si è recentemente pronunciata l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato (Parere 25 ottobre 2004, n. 10548, pubblicato su *Giorn. dir. amm.*, n. 1 del 2005, pp. 73 ss., con commento di B.G. MATTARELLA, *ivi*, pp. 78 ss.), in occasione dello Schema di Codice dei diritti di proprietà industriale.

⁸ Su “*le code de l’administration*” in Francia si cfr. il recente contributo di P. GONOD, *La codification de la procédure administrative*, in *AJDA*, n. 9 del 2006, pp. 489 ss.

⁹ Cfr., su tutti, N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1999.

¹⁰ Cfr. S. CASSESE, *Codici e codificazioni: Italia e Francia a confronto*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1 del 2005, pp. 95 ss. L’Autore osserva che nell’ordinamento francese e in quello italiano “i codici e la codificazione sono intesi diversamente”, in quanto nel primo “la codificazione ha carattere generale e permanente”, mentre nel secondo “essa ha natura episodica e riguarda una parte limitata della legislazione” (*ivi*, p. 95). In termini B.G. MATTARELLA (*op. ult. cit.*, p. 79), il quale afferma che “La codificazione italiana non ha caratteri precisi”, nonostante “la buona tradizione e alcune buone prassi per determinate materie e per determinate autorità” vantate dal metodo della codificazione nel nostro Paese. La codificazione “è un rimedio all’inflazione normativa, alla crescente dimensione e complessità dell’ordinamento normativo”. Su questi ultimi rilievi ci sia permesso di rinviare al nostro *Rapporti tra diritto, economia e politica. La funzione del giudice tra concorrenza di ordinamenti giuridici, ipertrofia normativa e mercato delle regole*, in *Quaderni Rassegna forense*, XXIV, Milano, 2007, pp. 89 ss.

¹¹ Come dimostra l’emanazione recente del *Code du patrimoine*, approvato con l’*ordonnance* n. 2004-178 del 20 febbraio 2004. Per un’analisi comparata dei coevi codici dei beni culturali emanati in Italia e in Francia, anche relativamente alle diverse tecniche di codificazione cui i due legislatori hanno fatto ricorso, si v. L. CASINI, *La codificazione del diritto dei beni culturali in Italia e in Francia*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1 del 2005, pp. 98 ss.

¹² Per un quadro di tali proposte si rinvia a C. MOZZARELLI – S. NESPOR, *La codificazione del diritto amministrativo. Giuristi e istituzioni nello Stato liberale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 1087 ss.

¹³ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Le prime trattazioni del diritto amministrativo italiano e il «Corso» di Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini*, XXII, Milano, 1993, pp. 329 ss.; S.M. RETORTILLO, *Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo e dei suoi istituti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 699 e *passim*. La dottrina rileva che “era idea assolutamente diffusa” quella secondo la quale il diritto privato costituiva “il diritto comune di tutti i rapporti giuridici, e anche di quelli tra cittadini e amministrazione, nella parte in cui questi fossero ascrivibili a rapporti giuridici in senso proprio (V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, p. 331). Quella “idea” di cui parla il Cerulli Irelli si è, in realtà, “reificata” in una vera e propria scuola di pensiero, che parte della dottrina (G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I. Dall’Unità alla fine dell’Ottocento. Autonomie locali. Amministrazione e costituzione*, Milano, 1998, pp. 202 ss.) definisce “*Scuola civilistica del diritto amministrativo italiano*”. Tale Scuola di pensiero prevalse per almeno un ventennio, che va dall’Unità d’Italia all’inizio degli anni Ottanta, fino, cioè, alla vigilia della «grande pubblicizzazione» del diritto amministrativo italiano (G. CIANFEROTTI, *op. ult. cit.*, p. 203, nota n. 3). Di tale indirizzo fanno parte molteplici autorevoli Autori. Qui basti ricordare G. MACRÌ, *Corso di diritto amministrativo. Parte generale*, Messina, 1878; G.E. GARELLI DELLA MOREA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 1861; G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, 3 volumi, Firenze, 1877-1881; G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde*

Eppure la recente legge n. 15 del 2005 contiene diversi elementi che potrebbero costituire il fondamento per una proposta di codificazione del diritto amministrativo: basti pensare alla disciplina contenuta nel nuovo Capo IV bis, legge n. 241 del 1990 (recante “*Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso*”), ove, per la prima volta nella storia di questa branca del diritto, il legislatore positivizza la materia dell’efficacia e, soprattutto, dell’invalidità del provvedimento¹⁴. Queste ultime considerazioni potrebbero far propendere per una qualificazione della riforma in termini di “codificazione” (peraltro senza codice) piuttosto che di “consolidazione”¹⁵.

tesserne le istituzioni, Prato, 1835; L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1879; V. TANGO, *Della organizzazione amministrativa ed in specie di quella dello Stato*, in *Arch. giur.*, 1871, pp. 193 ss.

La scuola di pensiero in rassegna muove dalla dottrina kantiana della “coesistenza delle libertà”, e configura il diritto amministrativo come una “parte del diritto civile retamente e largamente inteso” (così L. MEUCCI, *Istituzioni*, cit., p. 17; cfr., altresì, G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, II, 2, Firenze, 1881, pp. 726 ss., in particolare p. 738). G.D. ROMAGNOSI (*Principj fondamentali*, cit., p. 15) afferma che “il principio fondamentale della ragione amministrativa è ottenere la maggiore prosperità e sicurezza pubblica interna ed esterna, salvo l’inviolato esercizio della privata proprietà e libertà [...] e far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità”, vale a dire “col minimo possibile sacrificio della privata libertà e proprietà”. Sulla scuola civilistica del diritto amministrativo e per un’analisi degli Autori e delle opere di tale indirizzo dogmatico si rinvia a G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., pp. 202 ss.; cfr., altresì, V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, pp. 340 ss.

¹⁴ La dottrina (G. NAPOLITANO, *L’attività amministrativa e il diritto privato*, cit., p. 485) a proposito dell’introduzione, mediante la riforma del 2005, di una puntuale disciplina del provvedimento amministrativo, afferma che “Sebbene lontana dall’efficacia evocativa della consolidazione di un codice, anche la disciplina di diritto pubblico [...] assume tendenzialmente carattere organico, mirando a regolare tutte le vicende dell’atto amministrativo”. Altra dottrina (A. ROMANO, *Relazione*, cit., p. 22) definisce le innovazioni legislative contenute nel Capo IV bis in questione mettendone in rilievo la loro “antistoticità”. F. SATTA (*La riforma della legge 241/90*, cit., doc. pdf) qualifica le norme di cui al Capo IV bis in esame come “singolari ed in qualche punto inquietanti”, affermando che “siamo in presenza di una specie di sillabario del diritto amministrativo, redatto in forma di legge”.

¹⁵ Il binomio “consolidazioni-codificazioni” è attribuibile a Mario Viora e risale agli anni Trenta del secolo scorso (cfr. M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi. Leggi e costituzioni di s. m. il Re di Sardegna: 1723, 1729, 1770*, Torino, 1928; *Id.*, *Consolidazioni e codificazioni: contributo alla storia della codificazione*, Torino, 1967). Nello schema del Viora, le consolidazioni (intese come “categoria logica” e come “concetto”: sul punto cfr. U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002, pp. 92 ss., in particolare p. 93) precedono necessariamente le codificazioni, sia sotto il profilo logico che storico. Atteso che la legge n. 241 del 1990 non costituisce un codice (e con la riforma non si può parlare di codificazione se non in senso improprio [sulle diverse accezioni del termine in questione si v. B.G. MATTARELLA, voce *Codificazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. II, Milano, 2006, pp. 933-934], ossia come sinonimo di positivizzazione, giacché il codice “non raduna e ordina antiche leggi, ma è esso stesso, per sua propria natura e destinazione, una *legge nuova*, un «sistema di diritto nuovo»”: cfr. N. IRTI, *Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, t. I, *Diritto civile*, Milano, 1995, pp. 557 ss., in particolare p. 558; U. PETRONIO, *op.*, *ult. cit.*, pp. 94-95), e considerato che la categoria della consolidazione “raccolge e semplifica un materiale *dato*”, nel senso che “il disegno di essa non è autonomo e creativo, ma si piega e modella sulle vecchie leggi”: N. IRTI, *op. loc. ult. cit.*), la riforma non può che essere inquadrata nella categoria della c.d. tecnica della novella “la quale, pur non rientrando nelle categorie delle consolidazioni o delle codificazioni, esprime, anch’essa, una scelta di ordine e di durata” (N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 560), sebbene non si sia al cospetto di un codice. Sul binomio consolidazioni-codificazioni si v., altresì, U.

La mancata codificazione del diritto amministrativo, cioè la creazione di un codice amministrativo alla stregua degli altri codici (penale, civile e relative procedure) fu determinata, secondo le riflessioni della dottrina, per un verso, dall'allora "recente origine della materia", e quindi dall'assenza di una "antica e compiuta elaborazione dottrinale", e, per altro verso, dalla "stessa funzione che fu affidata al diritto amministrativo nell'organizzazione dello Stato ottocentesco"¹⁶.

Tuttavia, anche quando il pensiero giuridico raggiunse una più compiuta maturità sul piano scientifico, le elucubrazioni dottrinarie in *subiecta materia* non portarono ad esiti dissimili dai precedenti. Intorno alla metà del Secolo XX si individuano, infatti, altre cause impeditive di una codificazione del diritto amministrativo (ma le medesime cause si riscontrano ancora oggi): da un lato, l'impossibilità, di fatto, di procedere alla raccolta di un numero di leggi, regolamenti (oggi anche di carattere comunitario), atteso il numero sempre

PETRONIO, *op. ult. cit.*, pp. 92 ss.; T. ASCARELLI, *L'idea di codice di diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in T. ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 41 ss.

Sulla codificazione la letteratura è molto ampia e, quindi, in questa sede, atteso il limitato ambito delle nostre riflessioni, non riproducibile. Ci limitiamo, pertanto, a segnalare, oltre alle citazioni fatte nel testo, alcune tra le opere più significative in materia: G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1998; *Id.*, voce *Codice. I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia: 1865-1942*, Roma, 2006; A. GAMBARO, voce *Codice civile*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1988, pp. 442 ss.; A. AZARA, voce *Codice*, in *Nss. dig. it.*, vol. III, Torino, 1959, pp. 384 ss.; R. NICOLÓ, voce *Diritto civile*, in *Enc. del dir.*, vol. XII, Milano, 1964, pp. 904 ss.; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1992.

¹⁶ Così C. MOZZARELLI – S. NESPOR, *La codificazione del diritto amministrativo*, cit., p. 1088. Gli Autori rilevano che lo Stato ottocentesco "legato strettamente nel suo sorgere e nella sua evoluzione allo Stato borghese uscito dalla Rivoluzione Francese, costituì il principale strumento di articolazione e di manovra di un sistema che doveva di continuo mediare tra la rigidità e l'astrattezza dei principi costituzionali e le concrete necessità del dominio di classe, oscillando tra i due possibili poli, intorno ai quali lo Stato di diritto poteva organizzarsi, quello liberale-garantista e quello autoritario. Ciò fu possibile – osservano ancora gli Autori –, proprio in quanto la domanda di codificazione amministrativa non fu mai accolta [...]" (*op. loc. ult. cit.*).

crescente di tali fonti¹⁷; dall'altro lato, la continua evoluzione e modificazione della legislazione amministrativa¹⁸.

¹⁷ Si noti che l'opera più significativa e dettagliata in materia di proposte di codificazione del diritto amministrativo consta di 4072 articoli e risale al 1848, quando il Solon (*Code de droit administratif*, Paris, 1848) si propone "come meta un codice non ideale, ma positivo, desunto cioè dalle leggi e dalla giurisprudenza": così C. MOZZARELLI – S. NESPOR, *La codificazione del diritto amministrativo*, cit., p. 1092). Dopo un secolo, U. FRAGOLA (*Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1949, p. 28) osserva come "dal 1848 a tutt'oggi il numero delle leggi e dei decreti ascende ad oltre centomila", sicché codificare significherebbe emanare "un codice mastodontico con oltre un milione di articoli". Dopo quasi sessant'anni dal rilievo del Fragola, la situazione non è certo mutata, *in melius*, giacché "il numero delle leggi varate dal nostro Parlamento è superiore alla somma delle leggi prodotte da tutti gli altri paesi della Comunità europea (anche di quella recentemente allargata) qualunque sia il criterio di calcolo che si voglia adottare (annuale, *ab initio*, perdurante vigenza e combinazioni varie)" (M. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007, pp. 19-20).

¹⁸ Cfr. U. FRAGOLA, *op. loc. ult. cit.* Significativa è la posizione assunta dall'Autore che, in ordine al tema della "codificabilità del diritto amministrativo", afferma "noi non abbiamo un Codice amministrativo, che contenga cioè tutte le leggi amministrative dello Stato italiano. La "formazione di un Codice del genere" non sarebbe possibile, sia perché il numero delle fonti cresce continuamente, "sia perché la legislazione amministrativa è in continua evoluzione e modificazione", e quindi "sarebbe un codice, continuamente da rivedere e aggiornare". Anche G. DE GIOANNIS GIANQUINTO (*Corso di diritto pubblico amministrativo*, I, Firenze, 1877, pp. 177-178) osserva come "[...] la legislazione amministrativa, per la sua essenza medesima, mal si presti ad una vera codificazione, almeno nel senso di un codice fisso e molto duraturo". L'Autore aggiunge che [...] è nella natura stessa della legislazione amministrativa di essere in gran parte mobile come gli aggiunti del tempo e della società, a cui ella si acconcia: dessa segue, più che altra branca di diritto, i progressi indefiniti dell'incivilimento, della economia, dell'industria, e della libertà: ella subisce, passo passo, la influenza inesorabile delle politiche vicende". Altra dottrina (G.L. BROCCOLI, *La codificazione del diritto amministrativo: giustificazione teorica e delineazione concreta*, Napoli, 1933, pp. 3 ss.) individua tra i "motivi che ostano al codice amministrativo sotto il profilo della sua possibilità", oltre alla "abbondanza di materia" e alla "instabilità e contingenza delle norme", anche il "difetto d'ordine" (motivo, quest'ultimo, connesso e consequenziale al secondo). Triplice sarebbe l'ordine delle ragioni atte a fondare la codificazione del diritto amministrativo. La codificazione, infatti – ad avviso dell'Autore –, sarebbe non solo possibile ed opportuna (e quindi utile), ma anche necessaria. La necessità di un codice amministrativo trae fondamento dai caratteri della legiferazione, "che si forma in maniera farraginoso attraverso un certo decorso di tempo, e si ammassa in centinaia di formulazioni normative, si impone allo studio ed alla conoscenza di pochissimi", giacché "il popolo, che dovrebbe essere il primo fattore della innovazione giuridica, non può rendersi sciente e cosciente di un groviglio immane di leggi, ne rimane quindi ignaro e lontano, e ne sente solo incidentalmente e difficilmente le imperfezioni" (*ivi*, p. 13). Questa necessità di codificare si impone, dunque, anche per soddisfare quella che oggi viene denominata "certezza del diritto". "Plurimae leges – afferma il Merusi (*Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 20) – provocano confusione ed incertezza sul diritto vigente". L'assenza di intelligibilità e di accessibilità della legge, come ha di recente rilevato il *Conseil constitutionnel* francese (decisioni 1999-421 e 2003-473), "produce una limitazione dell'esercizio dei diritti: la conoscenza della legge è necessaria per l'esercizio dei diritti e delle libertà" (così S. CASSESE, *Codici e codificazioni*, cit., p. 95, ove si richiamano anche le pronunce della nostra Corte costituzionale – la n. 364 del 1988 e la n. 61 del 1995 –, mediante le quali si accoglie il principio secondo cui "L'ignoranza della legge non scusa, tranne che si tratti di ignoranza inevitabile" [*Ibidem*]). In ogni sistema giuridico c'è "una eterna lotta" per il raggiungimento della certezza, stabilità e credibilità (così F. PRINGSHEIM, *Cause, fonti ed effetti della codificazione*, in *Jus*, 1957, pp. 546 ss., in particolare p. 548). La conoscenza (e la certezza) del diritto può essere garantita quando "la vasta e multipla legiferazione viene vagliata e sistematicamente organizzata ed inquadrata nel codice", giacché solo così tale legiferazione "si pone a contatto immediato con la scienza e la conoscenza del popolo", in guisa da permetterne a quest'ultimo l'analisi, l'elaborazione ed, eventualmente, l'eliminazione delle imperfezioni (G.L. BROCCOLI, *op. ult. ult. cit.*).

Senza dilungarci ulteriormente su questi aspetti, l'approfondimento dei quali (forse oggi più che mai necessario) ci porterebbe troppo lontano dall'oggetto della presente indagine, è opportuno in questa sede notare come il comma 1 bis, introdotto nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, abbia avuto una lunga gestazione, caratterizzata da una continua riformulazione, in sede parlamentare¹⁹, del principio poi definitivamente codificato nel disposto in rassegna. Il difficile iter parlamentare dimostra "che vi sono state ampie oscillazioni di opinioni nelle sedi dove si è discusso questo problema"²⁰ e la "contrapposizione fra le diverse formule proposte [...] evidenzia come, sullo sfondo della disposizione, si sia combattuta una dura battaglia dottrinarica tra antitetiche concezioni teoriche dell'attività svolta dai soggetti pubblici"²¹.

Sulla certezza del diritto la letteratura è notevole. Tra le opere di carattere generale si v.: F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *RIFD*, 1951, pp. 146 ss.; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, pp. 341 ss.; M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970; *Id.*, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979; *Id.*, *La certezza del diritto fra razionalismo e positivismo: Flavio Lopez de Onate*, in *RIFD*, 1967, pp. 279 ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore: saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999; AA. VV., *La certezza del diritto: un valore da ritrovare*, Milano, 1993; S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Catanzaro, 2002; C.A. MASCHI, *Considerazioni sulla certezza del diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Mario Cavalieri*, Padova, 1960, pp. 149 ss.; B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, in *Jus*, 1959, pp. 432 ss.

Per quanto riguarda le voci enciclopediche si v.: M. CORSALE, *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988; A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto. II) Profili applicativi*, *ivi*, 1988; A. RUGGERI – C. SALAZAR, *Certezza del diritto*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. II, Milano, 2006, pp. 845 ss.; M. LONGO, voce *Certezza del diritto*, in *Nss. dig. it.*, vol. III, Torino, 1959, pp. 124 ss.

Per i profili storici si v.: AA.VV. (a cura di M. SARGENTI – G. LURASCHI), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno, Pavia, 26-27 aprile 1985*, Padova, 1987; S. PUGLIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustiniana*, Milano, 1999; A. BURDESE, *La certezza del diritto nell'esperienza di Roma antica: discorso tenuto nell'adunanza solenne del 14 giugno 1992 nella sala della cancelleria in Palazzo Ducale*, in *Atti dell'istituto veneto di scienze lettere ed arti*, t. 150 (1992-92), *cl. di scienze morali lettere ed arti*, Venezia, 1992, pp. 316 ss.; P.L. FALASCHI, *Il problema della certezza del diritto nel trattato "Dei difetti della giurisprudenza" di L. A. Muratori*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università degli studi di Camerino* (vol. 28., anno 1962), Milano, 1963, pp. 341 ss.; C.A. MASCHI, *Certezza del diritto nel diritto romano e nel pensiero contemporaneo*, in *Jus*, f. 1, 1959, pp. 32 ss.

¹⁹ Sul complesso iter parlamentare del comma 1 bis si rinvia all'accurata ricostruzione di N. PAOLANTONIO, op. cit., pp. 77 ss.; notevoli indicazioni, sebbene anteriori alla riforma, si possono rinvenire anche in V. CERULLI IRELLI, *Note critiche*, cit., pp. 222 ss.; cfr., altresì, G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., p. 481.

²⁰ Così V. ITALIA, *Commento*, cit., p. 79.

²¹ Così M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1204. L'Autore puntualizza che "Lo scontro non si è tradotto in termini strettamente politici, ma presenta importanti risvolti culturali, se non ideali, o ideologici, come è inevitabile per tutte le disposizioni che aspirano a fissare regole di principio" (*ibidem*).

2. LE DIVERSE POSIZIONI ASSUNTE DALLA DOTTRINA NELL'INTERPRETAZIONE DEL PRINCIPIO DI CUI AL COMMA 1 BIS. PREMESSA METODOLOGICA.

Sebbene nel nostro ordinamento giuridico si sia, per antica tradizione, “attribuita allo Stato – e, quindi, alle Pubbliche Amministrazioni – una piena capacità giuridica nel diritto privato, derivante dal riconoscimento dello Stato come persona giuridica”, [...] i rapporti tra lo Stato ed il diritto civile sono sempre stati piuttosto complessi e dibattuti”²².

Ad accentuare tali dibattiti ha notevolmente contribuito, in questi ultimi anni, l'introduzione del comma 1 bis tra i principi generali dell'azione amministrativa. Come anticipato sopra, infatti, la versione definitiva del comma 1 bis è il risultato di uno scontro non solo politico, tra concezioni dogmatiche completamente diverse, ma anche culturale e ideologico.

Si registrano, così, gli entusiasmi della dottrina civilistica²³, la quale attribuisce alla norma in esame una portata altamente innovativa; altri²⁴ nega, all'estremo opposto, qualsiasi effettiva rilevanza della norma in rassegna; taluno²⁵ invita a non esaltare oltre certi limiti la visione attuale dell'amministrazione “secondo la quale questa dovrebbe tendere a spogliarsi della sua veste di autorità e dei suoi poteri unilaterali”, altrimenti si corre il rischio che essa, detta visione, diventi “alquanto utopistica”.

La maggior parte della dottrina che si è occupata del tema si mantiene su posizioni equilibrate²⁶, sebbene, come vedremo, non coerenti con il sistema. Anche chi (Cerulli Irelli)

²² S.A. ROMANO, voce *Attività*, cit., p. 532.

²³ D. MEMMO (op. cit., p. 1175 e *passim*) afferma che il legislatore della riforma, introducendo il comma 1 bis tra i principi generali dell'attività amministrativa, “codifica [...] la nota qualificazione del diritto privato in termini di «diritto comune» a pubblici e privati operatori”; C.M. BIANCA, *Relazione di sintesi*, cit., pp. 217 ss.) afferma come l'inserimento del comma 1 bis rappresenti “l'enunciazione in termini generali della sottoposizione dell'Amministrazione alle norme di diritto privato” (*ivi*, p. 219).

²⁴ N. LONGOBARDI, *La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990. Una prima valutazione*, su internet, http://www.giustamm.it/new_2005/ART_2157.pdf.

²⁵ A. ROMANO, *Relazione*, cit., p. 15.

²⁶ Taluni (L. CARBONE - F. CARINGELLA, *Considerazioni introduttive*, cit., p. 5) ritengono che la norma di cui al comma 1 bis si sia limitata ad “esternare un principio ormai consolidato da circa un ventennio, ossia quello della generale capacità negoziale della pubblica amministrazione e della soggezione dell'attività paritetica alle normali regole del diritto comune”. In termini G. GRECO (*L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 81), il quale ritiene, inoltre, che “il merito del comma 1-bis è [...] quello di aver sancito un principio (quasi) opposto [...]” a quello secondo cui l'attività della pubblica amministrazione si presume retta dal diritto pubblico; il merito, cioè, di aver introdotto “non già [il principio secondo cui] l'attività della pubblica amministrazione si presume – salvo norma di legge contraria – di diritto pubblico, sebbene quello (meno radicale) che l'attività non autoritativa si presume di diritto privato (e salva sempre diversa disposizione di legge”. Anche M.A. SANDULLI (*Introduzione*, in AA. VV., *L'azione*

è stato ritenuto il Giurista al quale si deve la norma in commento²⁷, non assume, come vedremo, una posizione molto dissimile dalle altre²⁸.

Tutti i contributi della dottrina, infatti, muovono dalle medesime premesse teoriche, le quali, a nostro avviso, invece, dovrebbero essere riviste criticamente, ad onta di un principio nuovo, nel senso che non ha precedenti, a livello di diritto positivo, nel diritto amministrativo italiano²⁹.

amministrativa. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241, cit., p. IX), osserva come “Nonostante l’apparenza di novità [...] il legislatore abbia semplicemente tradotto in forma scritta principi già insiti nel sistema”. La disposizione di cui al comma 1 bis deve essere intesa, dunque, come “una mera norma di apertura di una legge generale sull’attività amministrativa, alla quale non può essere riconosciuto alcun contenuto innovatore” (*ivi*, p. X). In termini F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento*, cit. doc. pdf. Talaltro (L. MONTEFERRANTE, *La disciplina privatistica*, cit., § 2, doc. pdf) afferma che il comma 1 bis “generalizza la c.d. attività amministrativa di diritto privato”. In termini F. TRIMARCHI BANFI, *L’art. 1 comma 1 bis*, cit., p. 947. F. ALBO (*Principi generali dell’attività amministrativa*, cit., pp. 66 ss.) ritiene che i commi 1 bis e 1 ter rappresentino “il tentativo, non privo di limiti ed ambiguità, operato dal legislatore della novella di fornire una sistemazione generale al controverso tema del rapporto tra diritto amministrativo e diritto privato nella disciplina dell’attività amministrativa”. Ad avviso di G. NAPOLITANO (*L’attività amministrativa e il diritto privato*, cit., p. 481), con l’introduzione del comma 1 bis “il riferimento alle norme del diritto privato penetra addirittura nel cuore della disciplina dell’azione amministrativa”. L’Autore poi propende per una “più piana interpretazione”, laddove afferma che il comma 1 bis si limiterebbe a sancire per un verso, che “il ricorso agli atti autoritativi, necessariamente sottoposti a regime amministrativo, è possibile soltanto in presenza di una previsione legislativa che conferisce all’amministrazione il relativo potere, per altro verso, che “non è necessaria, al contrario, alcuna specifica legittimazione normativa all’utilizzo degli strumenti del diritto privato, che si estenderebbe a tutta l’area dell’amministrazione non autoritativa” (*ivi*, p. 482). Nessuna novità, dunque, sarebbe da attribuire alla norma in esame, giacché il primo punto sarebbe espressione del principio di legalità, il secondo “si limiterebbe a ripetere l’antico riconoscimento della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione” (*ibidem*). L. IANNOTTA (op. cit., pp. 356-357) ritiene che la disposizione in argomento (comma 1 bis) non afferisca all’attività di diritto privato (in particolare ai contratti di diritto privato), ma primariamente al modulo di azione degli atti amministrativi unilaterali. F. MASTRAGOSTINO (op. cit., doc. pdf), attribuisce alla norma (comma 1 bis) una portata non circoscritta, affermando che la stessa sia “utile ad una ridefinizione, a fini generali, del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato”. V. ITALIA (*Commento*, cit., p. 76) ritiene che il comma 1 bis “costituisce una disposizione di principio della legge [n. 241 del 1990], perché stabilisce le regole basilari dell’attività della pubblica amministrazione, modificando da un lato alcune linee innovatrici e confermando, dall’altro lato, taluni principi che si erano solidificati da decenni”.

²⁷ V., su tutti, N. PAOLANTONIO, op. cit., p. 87; F. CANGELLI, in AA. VV. (a cura di N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO), *La pubblica amministrazione e la sua azione* cit., pp. 265 ss., in particolare p. 272.

²⁸ L’introduzione del principio di cui al comma 1 bis viene salutata prima come una “[...] normativa che apre, almeno in prospettiva nuovi e più ampi spazi all’azione amministrativa secondo il diritto privato, e modifica il rapporto tra diritto amministrativo e diritto privato nell’azione amministrativa, come una sorta di ritorno alle origini” (V. CERULLI IRELLI, voce *Diritto amministrativo*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. III, Milano, 2006, p. 1922, p. 1924), poi, invece, finisce con il ritenere che “[...] in via di principio, l’amministrazione, *in tutto il suo agire*, con qualunque tipo di strumentazione essa agisca, è sempre intesa alla realizzazione di interessi collettivi, è sempre in qualche misura finalizzata” (*ivi*, p. 1925) (corsivo aggiunto).

²⁹ Tra tali premesse vi è, certamente, la tripartizione proposta dall’Amorth (su cui *infra*) che Massimo Severo Giannini (voce *Attività amministrativa*, in *Enc. del dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 994) definisce “ormai accettata dalla dottrina”; la sistematica dell’Amorth, come vedremo meglio più avanti, non si fonda su uno specifico principio di diritto positivo, bensì su “alcune proprietà generali” che, tuttavia, “non sono tanto regole di una teoria, quanto constatazioni: esse non sono tali da fondare addirittura una teoria generale

Il problema fondamentale, che ci induce a svolgere le seguenti considerazioni, consiste nel verificare se dopo la novella del 2005, e l'introduzione del principio di cui al comma 1 bis secondo il quale "le pubbliche amministrazioni, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agiscono secondo le norme di diritto privato", si possa continuare a parlare di un'attività amministrativa funzionalizzata a prescindere dalla titolarità di poteri autoritativi³⁰.

La dottrina prevalente, oltre ai lavori parlamentari (dai quali, in realtà, emergono solo contraddizioni che, dunque, lungi dal chiarire, contribuiscono a rendere ancor più nebulosa una materia già complessa), analizza il nuovo comma 1 bis muovendo dalla tradizionale (nel senso di tralascia, come vedremo) tripartizione dell'attività amministrativa che fu elaborata dall'Amorth alla fine degli anni Trenta del secolo scorso³¹.

Riteniamo che alla luce dell'introduzione del principio di cui al comma 1 bis questa impostazione debba essere rivisitata in senso critico. Cercheremo di dimostrare, cioè, come il legislatore abbia voluto abbandonare la menzionata tripartizione (e con essa la teoria della funzionalizzazione) per abbracciare una (nuova) distinzione, (ma) dalle radici secolari: quella che contrappone gli atti d'impero agli atti di gestione.

Un'indagine di tal fatta, peraltro, meriterebbe approfondimenti tali che l'oggetto precipuo della presente ricerca non consente di svolgere se non relativamente a taluni circoscritti aspetti.

Non è possibile, quindi, esporre brevemente la densa materia; è, invece, necessario il riferimento, sotto il profilo metodologico, ad un fenomeno certamente non specifico dell'Italia, ma che in un rapidissimo esame dello sviluppo storico di quello Stato si manifesta con assoluta chiarezza; detto riferimento è al collegamento costante tra la filosofia, la storia e il diritto positivo³².

dell'attività amministrativa di diritto privato" (cfr. ancora M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 996). Altro "concetto ormai acquisito" è la funzionalizzazione dell'attività contrattuale dell'amministrazione (così G. ROSSI, *Diritto pubblico*, cit., p. 668; cfr., altresì, G. PERICU, *L'Attività consensuale*, cit., p. 285). In argomento fondamentali sono le opere del Benvenuti: si v., in particolare, F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, pp. 156 ss.).

³⁰ Per una prima impostazione del problema si rinvia a N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, p. 97.

³¹ Il riferimento è al notissimo e citatissimo, e ancor oggi fondamentale, saggio dal titolo *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit.

³² D. MANTOVANI-ORSETTI (*Appunti di diritto amministrativo, anno scolastico 1889-90*, Bologna, 1890, p. 4) insegna, infatti, che la "perfetta scienza del diritto" è il risultato di tutti e tre i punti di vista: il «razionale» o filosofico, lo «storico» e il «positivo». Fondamentali sono, sul punto, le riflessioni svolte dal De Gioannis Gianquinto, secondo il quale il Diritto amministrativo doveva essere assieme «filosofico-

L'adozione di un "metodo misto" si spiega in quanto la materia del diritto amministrativo, come quella del diritto in generale, è complessa, e "porta per conseguenza che non possa applicarsi un metodo o esclusivamente filosofico o esclusivamente storico o esclusivamente positivo, ma appunto un metodo misto, in cui entri e l'elemento filosofico o razionale e l'elemento storico-positivo"³³.

3. LA TRIPARTIZIONE (DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA) DELL'AMORTH E LA BIPARTIZIONE (DEGLI ATTI) DEL RANELLETTI. CENNI RICOSTRUTTIVI.

Lo studio della disciplina generale dell'attività amministrativa di diritto pubblico non viene affrontato in maniera approfondita e consapevole dalla dottrina di fine secolo XIX, né nella produzione dottrina preorlandiana³⁴, né in Orlando³⁵. Una teoria generale degli atti amministrativi si registra, prima nei *Principii* di Santi Romano, poi, in maniera più completa, nel *Corso* del Cammeo³⁶.

Come noto, si deve, invece, ad Antonio Amorth la tripartizione dell'attività della pubblica amministrazione³⁷ in *attività pubblica (o attività amministrativa di diritto pubblico)*, *attività amministrativa di diritto privato* e *attività privata di diritto privato della pubblica amministrazione*³⁸. Queste tre tipologie di attività esauriscono, dunque, la totalità dell'agire delle pubbliche amministrazioni.

storico-positivo o dommatico»: per una ricostruzione della posizione assunta da questo Autore e sulle ragioni che lo indussero a propugnarla si v. in G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativa italiana*, cit., pp. 251-253.

³³ D. MANTOVANI-ORSETTI, *Appunti*, cit., p. 8.

³⁴ Parte della dottrina (G. ROSSI, *Diritto pubblico*, cit., p. 670) rileva che la dottrina pre-orlandiana "aveva fornito una prima sistematizzazione del diritto amministrativo in Italia utilizzando ampiamente le nozioni e le categorie del diritto privato rispetto alle quali le connotazioni pubblicistiche restavano marginali e tassative (proprio come ora si vorrebbero rendere)".

³⁵ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Le prime trattazioni*, cit., pp. 349-350.

³⁶ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, p. 350.

³⁷ In realtà, la dottrina (V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, p. 340) osserva come "le problematiche dell'agire amministrativo attraverso moduli di diritto comune", così come "una parte della problematica giuridica che siamo soliti ascrivere alla scienza del diritto amministrativo quale delineatasi dopo Orlando", siano già presenti, sebbene "in piccola parte", anche nelle opere anteriori alla svolta orlandiana.

³⁸ A. AMORTH, *Osservazioni*, cit., pp. 280-281. L'Autore definisce l'attività pubblica "quella che le pubbliche amministrazioni pongono in essere per raggiungere e realizzare la loro destinazione fondamentale, [...] retta da norme di diritto pubblico-amministrativo, norme cioè specifiche, esclusive, potremmo dire, agli enti pubblici". Questo tipo di attività è formalmente e sostanzialmente amministrativa, cioè tipica delle pubbliche amministrazioni (*ivi*, p. 280). Accanto alla prima, sebbene formalmente distinta, "perché anch'essa

La necessità di integrare la tradizionale distinzione tra attività pubblica e privata (*recte*: tra atti d'impero e atti di gestione) risale, come rammenta lo stesso Amorth, all'Hauriou, sebbene tra la tesi del primo e quella del secondo vi siano delle distinzioni non irrilevanti³⁹.

L'introduzione dell'attività amministrativa di diritto privato, come categoria intermedia rispetto alla vecchia contrapposizione or ora richiamata, si pone in antitesi rispetto alla bipartizione atti di impero-atti di gestione elaborata dal Ranelletti⁴⁰.

sostanzialmente amministrativa” sta l'attività che l'Autore chiama attività amministrativa di diritto privato. Con tale locuzione l'Amorth intende riferirsi a quell'attività “che sebbene venga esplicata dalle pubbliche amministrazioni per realizzare la loro destinazione fondamentale e sia quindi attività amministrativa in senso proprio al pari dell'altra, non è però retta da norme esclusive agli enti pubblici, bensì da norme che valgono pure, anzi soprattutto valgono per i comuni soggetti giuridici: persone fisiche ed enti privati”. Qui viene celebrata la funzionalizzazione, cioè l'applicazione di istituti privatistici all'agire della pubblica amministrazione. Si ha, pertanto, l'applicazione della disciplina privatistica, senza che fosse intervenuta alcuna normativa atta a fondare l' “allargamento”, per così dire, delle modalità di azione delle pubbliche amministrazioni. Ma su ciò torneremo *infra*. Alla terza tipologia di attività l'Amorth riserva l'appellativo di attività privata delle pubbliche amministrazioni, con la quale si indica “quell'attività che è puramente *accessoria* rispetto al raggiungimento delle finalità costitutive delle pubbliche amministrazioni e si concreta soprattutto nella buona amministrazione del loro patrimonio, del complesso dei beni che esse posseggono a titolo privato” (*ivi*, p. 281). M.S. GIANNINI (voce *Attività amministrativa*, cit., p. 994) definisce l'attività privata (che più propriamente dovrebbe essere denominata «strumentale») come quell'attività “che i pubblici poteri pongono in essere per quegli scopi che sarebbero propri di un privato qualsiasi; essa consiste dunque, principalmente, nell'attività di amministrazione ordinaria dei patrimoni, di manutenzione ordinaria dei beni, di approvvigionamento dei beni di consumo corrente per lo svolgimento del lavoro degli uffici e dei servizi”. L'Attività amministrativa di diritto privato “è invece alquanto più complessa, per la varietà di aspetti che riveste”. L'Autore ne individua due specie: “l'attività amministrativa di diritto privato con carattere istituzionale, e quella con carattere alternativo” (detta anche “sostitutiva” o “equivalente” (*ivi*, p. 995). La prima riguarda le amministrazioni che “agiscono *esclusivamente* in regime di diritto privato” (*op. loc. ult. cit.*), mentre la seconda “è propria delle amministrazioni le quali, normalmente, agiscono usando di norme e di istituti amministrativistici, prime fra tutte lo Stato e gli enti territoriali” (*op. loc. ult. cit.*). Sulla distinzione tra attività privata della pubblica amministrazione e attività amministrativa di diritto privato si v., altresì, S.A. ROMANO, voce *Attività*, cit., pp. 535-536 (il quale, peraltro, avverte che “L'esistenza [...] di una legislazione uniforme che tende [...] ad inglobare l'attività negoziale della Pubblica Amministrazione in procedure di tipo pubblicistico, senza attribuire alcuna significativa rilevanza discriminante al carattere di attività meramente privata o di attività amministrativa di diritto privato dell'azione svolta, riduce la rilevanza pratica della distinzione” (*ivi*, p. 535).

³⁹ Su questi aspetti si rinvia ad A. AMORTH, *Osservazioni*, cit., pp. 282-283.

⁴⁰ O. RANELLETTI, *Per la distinzione*, cit., pp. 657-658. L'Autore definisce gli *atti di gestione* come “quelli di economia patrimoniale, quelli che l'amministrazione compie come una vera persona privata nei rapporti del patrimonio e dei servizi ad essa affidati, ponendosi da pari a pari, sul piede dell'eguaglianza, nelle relazioni con i cittadini”, mentre gli *atti di impero* sono “quelli che essa compie come autorità moderatrice ed ordinatrice del consorzio sociale e per lo scopo diretto del bene pubblico, quindi come potere pubblico, nell'esercizio della potestà coercitiva, nei rapporti di soggezione con gli individui”. È chiaramente espresso il riferimento al potere pubblico, come elemento, necessario e sufficiente, che giustifica, sotto il profilo teleologico (del perseguimento del bene pubblico), l'agire *iure imperii* della pubblica amministrazione.

La distinzione si rinviene già in un'opera dei primi anni del secolo XIX, quella di G.D. ROMAGNOSI (*Principj fondamentali*, cit., p. 146). Romagnosi distingue gli atti di gestione dagli atti di autorità, e afferma che “Non ogni atto di amministrazione è atto di autorità amministrativa avente a oggetto di fondare una competenza amministrativa”. Cfr., sul punto, V. ITALIA, *L'opera di Gian Domenico Romagnosi: “I principi fondamentali di Diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni”*, in *Amm. it.*, n. 1 del 2007, p. 34.

L'insigne Autore professa la tesi secondo la quale lo Stato esplica una duplice attività: l'una pubblica, l'altra privata⁴¹. Accanto all'attività pubblica – intendendosi per tale non solo quella attività nella quale la volontà dello Stato “si manifesta come potestà di imperio”, ma anche quella attività mediante cui “lo Stato [...] opera col fine immediato di attuare le proprie finalità”⁴² –, “lo Stato esplica un'altra attività che ha natura profondamente diversa [...] e che malamente si ricondurrebbe a quella di *amministrazione*”⁴³. È un'attività ampia “che si esplica nel campo dei rapporti patrimoniali, in cui lo Stato acquista, produce, fornisce beni e servizi a chi ne ha bisogno, entra in genere in rapporti economici con altre persone come un privato qualunque, guidato dal criterio del proprio tornaconto, per trarre da quegli atti e rapporti il maggior vantaggio possibile per sé, come *economia individuale*”⁴⁴. A dominare, in quest'attività, non è più il principio sociale, “ma quello individuale in cui il movente dell'azione è l'interesse personale, lo scopo di lucro”⁴⁵.

Sulla distinzione si v., altresì, G. MANTELLINI, *Lo stato e il codice civile*, vol. I, Firenze, 1880, pp. 33 ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposti con la scorta della dottrina e della giurisprudenza. Vol. V. Fonti delle obbligazioni*, Firenze, 1882, p. 234; G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, I, Firenze, 1877, pp. 165 ss., in particolare pp. 168-169; O. RANELLETTI – A. AMORTH, voce *Atti amministrativi*, in *Nss. dig. it.*, vol. I, t. 2, Torino, 1958, pp. 1486 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, (rist. a cura di G. Miele), Padova, 1960, pp. 52 ss.; sebbene sia stato uno dei massimi esponenti della Scuola civilistica, il Meucci (*Instituzioni*, cit., pp. 95-97, e pp. 281 ss.) rifiuta la distinzione tra atti di gestione e atti di governo; distinzione che viene tacciata di determinare la irresponsabilità dell'amministrazione quando questa agisce come autorità pubblica (cioè con atti di governo). L'amministrazione pubblica, osserva l'Autore, “operante anch'essa per legge e nella legge, è arbitra nella sfera della sua libertà, ma a patto di non trascendere; quando essa, uscendo da questa sfera, invade quella della libertà privata e lede un diritto, qualunque esso sia [...], è responsabile delle conseguenze ed è tenuta alla riparazione”.

Ulteriori riferimenti sulla distinzione in argomento nella Scuola civilistica si possono rinvenire in G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., pp. 202 ss.

⁴¹ Appare opportuno osservare come il problema che il Ranelletti si pose già un secolo fa, e cioè il problema di individuare un criterio che distinguesse l'attività pubblica da quella privata, si ripropone anche per il vigente comma 1 bis in esame, se si accetterà di muovere non dalla tripartizione, bensì dalla bipartizione.

Come noto, il Ranelletti ricorse al criterio della causa dell'atto giuridico. Egli afferma che “La causa distingue atto da atto, negozio da negozio, perché fa assumere ad essi un aspetto proprio conformemente allo scopo, che coi medesimi l'agente si prefigge di raggiungere”, e precisa che questo (della causa) “è criterio sicuro, perché la causa è elemento essenziale, costante, indispensabile dell'atto o negozio giuridico” (O. RANELLETTI, *Per la distinzione*, cit., p. 679).

⁴² O. RANELLETTI, *Guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 44.

⁴³ O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 45. “Lo Stato – osserva l'Autore – ha una quantità rilevante di beni con uno scopo economico privato, cioè per trarne, secondo i principi dell'economia privata, il massimo reddito possibile: terreni, coltivati e boschivi, fabbricati, canali, miniere, stabilimenti industriali, mobili, ecc., che esso amministra, utilizza e mette in commercio coi criteri e cogli scopi di qualunque altro proprietario. Con questi stessi criteri e scopi economico-privati, lo Stato contrae con altre persone, oltre che per amministrare, utilizzare, vendere quei suoi beni privati, anche per provvedere a bisogni della propria vita e attività e alla stessa attuazione dei compiti, che esso assume nella funzione sociale [...]” (*ibidem*).

⁴⁴ O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 46.

⁴⁵ O. RANELLETTI, *op. loc. ult. cit.*

L'Autore, nel propugnare alacramente questa tesi, respinge recisamente le critiche di quella dottrina che poi diverrà maggioritaria⁴⁶. Egli, infatti, rappresentata l'opinione di quella "corrente fortissima, non pel numero, ma per l'autorità dei sostenitori, decisamente contraria a tale distinzione" (alla distinzione, cioè, tra atti d'impero e atti di gestione)⁴⁷, afferma che "Malgrado [...] l'autorità delle persone, che l'hanno sostenuta, [...] non sembra possibile seguire questa opinione, perché essa è contraria al nostro diritto positivo, sia nello svolgimento storico della sua formazione, sia nel suo contenuto attuale"⁴⁸.

La distinzione tra atti d'impero e atti di gestione, come accennato, fu criticata⁴⁹, in quanto la si definì "un anacronismo, cosicché il farvi ricorso è un'involuzione regressiva, e nel fondamento e nel contenuto erronea, inadeguata alle esigenze della pratica e non resiste ad una discussione teoretica"⁵⁰.

Ai nostri fini interessa notare che, secondo questa scuola di pensiero, "ogni atto dev'essere considerato per sé secondo la propria natura"⁵¹ e che la distinzione tra atti di impero e atti di gestione "non è né erronea, né empirica, ma anzi vera e necessaria, perché sostanziale e fondata sulla natura dell'atto"⁵². Gli atti di gestione sono regolati dalle norme del diritto privato, mentre gli atti d'impero sono regolati dalle norme di diritto pubblico, e soltanto questi ultimi "si intendono compresi nell'espressione «atto amministrativo»"⁵³.

In ordine alla distinzione in rassegna è, peraltro, necessaria una precisazione. Come osserva la dottrina⁵⁴, nell'esame delle "varietà strutturali dei provvedimenti e degli atti

⁴⁶ Il riferimento va al Mortara, al Cammeo, all'Orlando, al (Santi) Romano, al Luchini, al Chironi, al Vitta. Cfr., su questi ed altri aspetti, G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., pp. 679 ss. e *passim*; V. CERULLI IRELLI, *Le prime trattazioni*, cit., pp. 336 ss.; sulla fase di "pubblicizzazione" del diritto amministrativo italiano si v., inoltre, G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana: 1861-1993*, Bologna, 1996, pp. 181 ss.

⁴⁷ O. RANELLETTI, *Per la distinzione*, cit., pp. 659 ss.

⁴⁸ O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, cit., p. 663. L'Autore precisa che "la distinzione combattuta, per quanto difficile nell'applicazione, e più che difficile male intesa e peggio applicata, è sostanzialmente vera e non può sparire dalla dottrina e dalla pratica giuridica", e aggiunge "Non bisogna far colpa alla distinzione, se essa fu male intesa e male applicata, né bisogna confondere il problema della distinzione con l'altro della sua applicabilità ed influenza in date materia" (*ibidem*).

⁴⁹ Per un esame di queste critiche si rinvia a O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, pp. 659 ss. e A. AMORTH, *Osservazioni*, cit., pp. 283 ss. e *passim*.

⁵⁰ Così O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 660.

⁵¹ O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 688.

⁵² O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 689.

⁵³ O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 658. Il criterio dello scopo (o della finalità immediata dell'attività) è avversato dalla dottrina, in quanto ritenuto incerto e, di conseguenza, "irrilevante": cfr., sul punto, A. AMORTH, *Osservazioni*, cit., pp. 290 ss., in particolare p. 294.

⁵⁴ M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. del dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 157 ss., in particolare, p. 167.

amministrativi, provenienti dalla loro qualità di atti di diritto pubblico”, non bisogna confondere la distinzione introdotta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato tra atti autoritativi o d’impero, e atti non autoritativi, o paritetici⁵⁵, da quella che circolava sino agli inizi del secolo scorso (quella da noi ripresa, tra atti d’impero e atti di gestione) con la quale “non ha nulla a che fare”, giacché questa nacque per giustificare una tesi, allora corrente, secondo cui lo Stato, esercitando poteri sovrani, sarebbe andato esente da responsabilità patrimoniali verso i cittadini⁵⁶.

Le due distinzioni sono nettamente distinte anche sul piano strutturale, giacché la distinzione introdotta dal Consiglio di Stato muove dalla tripartizione dell’attività della pubblica amministrazione, in quanto è sempre il pubblico potere che agisce, e lo può fare, sia in posizione preminente, sia in posizione paritetica rispetto all’altro⁵⁷. Vi è quindi sempre, nella categoria degli atti paritetici, il riferimento al perseguimento dell’interesse pubblico, vale a dire, in definitiva, la funzionalizzazione dell’attività amministrativa.

La distinzione tra atti d’impero e atti di gestione è stata, come noto, superata dalla tripartizione dell’Amorth, poi largamente seguita fino ai nostri giorni⁵⁸.

Come rileva la dottrina⁵⁹, in una estrema, ma efficace, sintesi, “Il fenomeno cui si assiste da oltre un ventennio, e che condiziona fortemente la qualificazione giuridica del potere (amministrativo), consiste nell’ipostatizzare uno “statuto” giuridico dell’amministrazione, impermeabile al regime degli atti in cui l’attività si esplica, connotato dal vincolo di scopo, o di cura di interessi pubblici, in guisa da rendere tutta l’attività amministrativa finalisticamente vincolata⁶⁰”.

⁵⁵ Il Consiglio di Stato introduce, invece, una nuova distinzione, assumendo che “vi sono degli atti amministrativi nei quali il pubblico potere agisce come soggetto in posizione preminente, e degli altri nei quali agisce come soggetto che si è posto sulla medesima situazione dell’altro” (cfr., sul punto, M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, cit., p. 168).

⁵⁶ La distinzione “fece versare fiumi d’inchiostro allo scopo di dimostrare due distinte cose: che essa corrispondeva alla differenza tra atti di diritto pubblico e atti di diritto privato dell’amministrazione, e che anche agendo nell’esercizio della sua attività di diritto pubblico, l’amministrazione può essere civilmente responsabile”: così M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, cit., pp. 167-168.

⁵⁷ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, I, p. 632.

⁵⁸ Cfr. M.S. GIANNINI (voce *Attività amministrativa*, cit., p. 994), il quale osserva come la sistematica proposta dall’Amorth sia “ormai accettata dalla dottrina”. In termini, F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. VI, Milano, 2002, pp. 75 ss., in particolare, p. 93, nota n. 82; G. GRECO, *L’azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 82.

⁵⁹ N. PAOLANTONIO, op. cit., p. 100.

⁶⁰ Fondamentali, in ordine a tali aspetti, sono le opere di F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., pp. 93 ss.; *Id.*, *Autorità e consenso*, pp. 21 ss., in AA.VV., *Autorità e consenso nell’attività amministrativa*, cit., pp. 21 ss. L’Autore osserva come l’attività posta in essere dall’amministrazione per la cura di interessi pubblici (ossia tutta l’attività che essa può porre in essere) è comunque attività amministrativa in senso

4. LA TRIPARTIZIONE DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA TRA "SPIEGAZIONI TEORICHE" E "GIUSTIFICAZIONI TEORICHE".

Affermare il superamento della teoria della tripartizione presupporrebbe un'indagine molto ampia e complessa; qui si vuole solo individuare qualche elemento utile a rivisitare in senso critico la tripartizione *de qua*, con l'avvertenza che il limite di ogni costruzione dogmatica è nella coerenza sistematica⁶¹.

Alla luce di ciò, a noi sembra opportuno distinguere tra spiegazioni teoriche e giustificazioni teoriche⁶².

La dottrina che finora si è occupata dell'analisi dell'attività della pubblica amministrazione, sotto un profilo classificatorio, ha spiegato un fenomeno (l'agire secondo moduli privatistici della pubblica amministrazione) sulla base di una ricostruzione non espressa in alcuna norma di diritto positivo. L'Autore della tripartizione, infatti, avverte la necessità di giustificare la creazione della categoria intermedia (l'attività amministrativa di diritto

proprio, soggetta a tutti ed esclusivamente i principi che reggono l'attività amministrativa; e ciò tanto se gli atti che alla fine vengono adottati siano retti dal diritto pubblico (provvedimenti) tanto se siano retti dal diritto privato (contratti, accordi)". Si configura, quindi, uno statuto giuridico unitario dell'attività amministrativa, cioè non più suddiviso in statuto pubblicistico e statuto privatistico; la pubblica amministrazione "agisce sempre secondo valutazioni discrezionali anziché libere, ed è tenuta sempre a dare applicazione ai principi, costituzionali e non, che risultano effettivamente vigenti". L'amministrazione deve in ogni caso adeguarsi ad una duplice necessità: perseguire l'interesse pubblico e rispettare (o tenere conto delle) situazioni soggettive del privato" (voce *Attività amministrativa*, cit., pp. 95-96).

Si v. altresì, F. BENVENUTI, *Appunti*, cit., pp. 155 ss., il quale, muovendo dalla premessa che nel diritto amministrativo gli scopi dell'agire dell'amministrazione sono sempre rilevanti, afferma che l'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica "non è attività libera se non in senso formale, non è cioè manifestazione di intrinseca libertà di soddisfacimento dei propri interessi (autonomia privata [...]), ma è in realtà soltanto attività di attuazione di un provvedimento, attività che si assoggetta alla disciplina formale del diritto privato" (*ivi*, p. 157). Molto importante, in tema, è anche la monografia di C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., p. 142. L'Autore rileva che "L'interesse pubblico nel senso di generale [...] prima ancora che come *ratio* di certi poteri è indice di rilevanza della struttura dell'agente, cioè del fatto che l'interesse portato dall'agente è il prodotto di un assetto giuridico che non si esaurisce nell'agente ma che ricomprende anche il rapporto giuridicamente organizzato fra amministrazione e popolo"; sicché "l'attività dell'amministrazione è attività funzionale solo perché rivolta al perseguimento di un interesse (non dell'amministrazione ma) del pubblico ed a prescindere dall'esistenza, in ordine all'attività, di qualsiasi profilo di autorità".

⁶¹ I dati giuridici positivi, come osserva la dottrina (A. TOZZI, *I principi generali del diritto e il positivismo giuridico*, in *RIFD*, 1957, pp. 761-762), "possono [...] avere un contenuto contraddittorio e comprendere materiali giuridicamente irrilevanti"; spetta, in primis, alla dottrina il precipuo compito di espletare quell'attività (in senso lato interpretativa e scientificamente rilevante) volta a "ridurre ad unità coerente il sistema del diritto sopprimendone le contraddizioni e sceverando fra il materiale positivo ciò che ha e ciò che non ha valore giuridico". In altri termini, "ogni singolo atto interpretativo esprime e costituisce intorno a sé l'unità dell'intero sistema e ne svolge l'intima virtualità normativa, così come lo scopo ultimo e più elevato della scienza del diritto è stato sempre considerato la elevazione a sistema della materia giuridica" (*ivi*, p. 762).

⁶² Su cui J.L. COLEMAN, *La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto*, Bologna, 2006, pp. 33 ss.

privato)⁶³, e, consapevolmente, muove, nella elaborazione della teorica medesima, dall'operato del legislatore dell'epoca, cioè dall'allora ordinamento giuridico vigente⁶⁴. Egli, infatti, afferma che, “se la subordinazione della pubblica amministrazione al diritto privato fosse determinata effettivamente dalla materia, se di essa esistesse un limite *sostanziale* di applicazione, sembrerebbe che mai la pubblica amministrazione potesse assoggettarsi a questo regime per il compimento di negozi immediatamente collegati con il raggiungimento delle sue finalità, giacché è il diritto pubblico amministrativo che per questi sembrerebbe tornare solamente adatto, come quello che concede all'amministrazione di far prevalere quei particolari interessi collettivi, della cui tutela essa è investita”⁶⁵.

È da questa lacuna legislativa, e cioè dalla mancanza di un limite sostanziale di applicazione onde determinare la subordinazione della pubblica amministrazione al diritto privato, che l'Amorth ipotizza⁶⁶ che “il diritto pubblico amministrativo sia il diritto normale degli enti pubblici”⁶⁷.

In definitiva, a fondamento della distinzione non v'è alcuna norma di diritto positivo, ma solo ragioni di ordine logico e sistematico, come espressamente riconosce l'Amorth medesimo⁶⁸.

⁶³ A. AMORTH, *Osservazioni*, cit., p. 279. L'Autore, infatti, nel definire l'attività amministrativa di diritto privato afferma “L'introduzione di un termine nuovo deve essere giustificata [...], tanto più perché “la distinzione consueta e seguita dalla quasi concorde dottrina è, nell'attività delle pubbliche amministrazioni, quella fra attività pubblica e privata [...]” (*ibidem*).

⁶⁴ A. AMORTH, *Osservazioni*, cit., p. 296.

⁶⁵ A. AMORTH, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁶ Che si tratti di un'ipotesi esegetico-ricostruttiva è dimostrato dalle stesse parole usate dall'Autore: “Ora concediamo senz'altro [...]” (A. AMORTH, *op. loc. ult. cit.*). La dottrina (G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 80) parla di “presunzione” quando si riferisce all’“indirizzo interpretativo” definito come “panpubblicistico” (sviluppatosi nella prima metà del secolo scorso), in virtù del quale il diritto pubblico veniva configurato come il “diritto «naturale» della pubblica amministrazione”. oggi siffatta presunzione, aggiunge l'Autore, non può più essere sostenuta.

⁶⁷ A. AMORTH, *op. loc. ult. cit.*. Cfr., altresì, F. CAMMEO, *Corso*, cit., pp. 51-52. Ad avviso dell'Autore, il diritto pubblico deve essere inteso come “diritto comune, ordinario, per i rapporti tra individuo e Stato, come quello che risponde alla natura dei subietti e dei rapporti”, mentre il diritto privato “non può apparire come regolatore di quei rapporti se non in via eccezionale, il che può formularsi così: i rapporti tra individuo e Stato debbono presumersi regolati dal diritto pubblico, se non v'è espressa o chiara ragione in contrario”. Cfr., inoltre, SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, p. 13 (ove si rileva come “[...] il diritto amministrativo sia il diritto fondamentale e normale delle pubbliche amministrazioni”).

⁶⁸ A. AMORTH, *op. loc. ult. cit.*. L'Autore afferma che si debba procedere, all'elaborazione della teoria della tripartizione, “piuttosto affermando che dimostrando” (*op. ult. cit.*, p. 297). Ancora venti anni più tardi (rispetto all'Opera dell'Amorth), M.S. GIANNINI nell'elaborare la voce “Attività amministrativa” (in *Enc. del dir.*, cit.), riporta la tripartizione proposta dall'Amorth come “ormai accettata dalla dottrina” (*ivi*, p. 994), ma avverte che le regole che operano in materia di attività amministrativa di diritto privato, nonostante l'individuazione di “alcune proprietà generali”, “non sono tanto regole di una teoria, quanto constatazioni: esse non sono tali da fondare addirittura una teoria generale dell'attività amministrativa di diritto privato” (*ivi*, p. 996).

La creazione della categoria intermedia nasce, quindi, dallo “sdoppiamento” dell’agire autoritativo, nel senso che, “una volta che la sottomissione dello Stato al diritto ha potuto stabilirsi, respingere l’applicazione del diritto privato nel solo ambito di quella attività non collegata immediatamente con il raggiungimento delle sue finalità, sarebbe tuttavia una restrizione che questo principio logicamente non postula”⁶⁹ (il principio è, appunto, quello che il diritto pubblico sia il diritto normale degli enti pubblici).

Nasce così l’idea della funzionalizzazione, cioè l’utilizzo di strumenti privatistici per perseguire interessi pubblici e la conseguente applicazione della disciplina privatistica all’agire delle pubbliche amministrazioni⁷⁰.

Dopo l’introduzione del comma 1 bis quel limite sostanziale, di cui l’Amorth denunciava la mancanza, è stato finalmente introdotto, per cui oggi continuare a parlare di attività amministrativa di diritto privato e invocare la teoria della funzionalizzazione dell’attività amministrativa di diritto privato sembra essere possibile solo a condizione che si qualifichi la norma in esame come “virtuale”⁷¹, o irragionevole⁷², ovvero la si interpreti solo ipoteticamente⁷³ o si invochi una categoria di atti inesistente⁷⁴. Il che, evidentemente, rileva solo su un piano meta-giuridico, e ci sembra che la posizione così assunta si presti ad essere additata come una “esagerazione antistorica”, nel senso che l’osservatore finisce con il sopraffare l’oggetto osservato⁷⁵. Neppure si può aderire alla tesi, sebbene finora piuttosto diffusa⁷⁶, secondo la quale il comma 1 bis detterebbe solo un parametro interpretativo, nel senso che nel dubbio, “quando non si è sicuri sulla natura di determinate norme, e quindi

⁶⁹ A. AMORTH, *Osservazioni*, cit., p. 296.

⁷⁰ Per funzionalizzazione s’intende, quindi, la sostituibilità, o fungibilità, degli strumenti di diritto pubblico con negozi, o strumenti, di diritto privato; l’utilizzabilità, cioè, di questi ultimi strumenti in luogo di quelli di diritto pubblico “e nei limiti in cui può essere raggiunto lo stesso risultato pratico”: cfr. G. GRECO, *L’azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 82.

⁷¹ Così G. NAPOLITANO, *L’attività amministrativa e il diritto privato*, cit., p. 482. L’Autore, inoltre, configura la norma di cui al comma 1 bis come avente una “possibile dimensione prescrittiva” (*ibidem*).

⁷² F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento*, cit., doc. pdf.

⁷³ Così L. IANNOTTA, op. cit., p. 354.

⁷⁴ Il riferimento è a F. MASTRAGOSTINO, op. cit., doc. pdf, che invoca la categoria degli “atti amministrativi non autoritativi”, anziché più correttamente riferirsi agli “atti di natura non autoritativa”, come stabilisce il comma 1 bis.

⁷⁵ Come insegna E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica moderna*, in *Arch. giur.*, 1928, pp. 26 ss., in particolare p. 30.

⁷⁶ M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1206; V. CERULLI IRELLI, in *Atti parlamentari Camera dei Deputati*, XIII Legislatura, n. A.C. 6844, resoconto stenografico della seduta del 24 luglio 2000, pp. 49 ss., in particolare pp. 50 ss. (reperibile anche su internet, <http://www.camera.it/dati/leg13/lavori/stenografici/sed768/pdfs000.pdf>); N. PAOLANTONIO, op. cit., p. 116 (ma come vedremo *infra* l’Autore individua un ulteriore vincolo [per l’amministrazione], tale da rendere sensibilmente diversa la sua posizione).

sulla loro qualificazione in termini pubblicistici e amministrativi, oppure in chiave di diritto privato, il legislatore dovrebbe favorire un inquadramento concettuale nell'ambito del diritto civile", fermo restando che tutto l'agire delle pubbliche amministrazioni è funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico⁷⁷.

V'è un'esigenza di metodo che, come ci ricorda Emilio Betti, ha "una portata generale, e vale per ogni forma di conoscenza che operi mediante concetti classificatori", e "può formularsi dicendo che l'attrezzatura logica dell'osservatore non deve sopraffare l'oggetto osservato: non deve prevenirlo e quasi soffocarlo, ma deve – per quanto è possibile – andargli incontro e lasciarlo parlare da sé"⁷⁸.

Continuare a riferirsi all'attività amministrativa di diritto privato e alla teoria della funzionalizzazione significa utilizzare categorie dogmatiche espunte dal diritto positivo e consegnate alla storia del diritto, utili solo per spiegare, ma certo non per giustificare (nel senso strettamente filosofico delle accezioni), certe costruzioni dogmatiche, se non, appunto, storicizzandole.

Si aggiunga che il "concepire la conoscenza come un processo meramente recettivo, si presta egregiamente a diventare un'arma del quieto vivere scientifico"⁷⁹.

Ora, se si ritengono corrette e condivisibili le premesse di cui sopra, la teoria della funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato della pubblica amministrazione deve ritenersi superata da una specifica previsione normativa: il comma 1 bis della legge 241. Ci sembra di poter affermare che, con l'introduzione del principio di cui al comma *de qua*, a determinare il regime, pubblico o privato, da applicare all'agire delle amministrazioni pubbliche non sia più il tipo di attività (amministrativa di diritto pubblico, amministrativa di diritto privato, di diritto privato *tout court*), bensì la natura dell'atto (autoritativo o non autoritativo).

5. CRISI DELLA TRIPARTIZIONE E DE-FUNZIONALIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA DI DIRITTO PRIVATO.

⁷⁷ Cfr. V. CERULLI IRELLI, voce *Diritto amministrativo*, cit., p. 1925.

⁷⁸ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁹ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*

5.1 *Il comma 1 bis e la teoria del “non-atomismo semantico”. Ambito di applicazione soggettivo. Segue.*

Che si è passati dal tipo di attività alla natura dell'atto posto in essere dalla pubblica amministrazione lo conferma il diritto positivo, il cui esame, quindi, è necessario affinché i nostri assunti non siano meramente affermati, ma siano anche dimostrati.

L'esegesi del comma 1 bis, unitamente e alla luce del “metodo misto” da noi adottato, non può che muovere dal riferimento all'art. 12, comma 1, Preleggi⁸⁰. Si tratta di operare, come “una tradizione oramai consolidata di pensiero insegna”, su due momenti, “peculiarmente distinti e definiti”: da un lato, sull'attività interpretativa, “diretta a chiarire il contenuto della norma in tutte le sue implicanze logico-sintattiche”; dall'altro lato, su “quella che si dirige a elaborare i concetti della dottrina e della teoria generale, sul presupposto della imprescindibilità per il giurista della costruzione del sistema”⁸¹.

Per correttamente spiegare la portata del comma 1 bis potrebbe essere utile (e interessante) riferirsi anche alla teoria del *non-atomismo semantico*⁸², secondo la quale le condizioni di

⁸⁰ Detta disposizione reca “Interpretazione della legge”, e recita “Nell'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”. Si v., in giurisprudenza, sul disposto di cui all'art. 12 *de quo*, Cass. civ., Sez. lavoro, 24 luglio 1990, n. 7494, secondo cui “L'art. 12 delle preleggi contiene tutti i criteri ermeneutici della legge, ed in particolare sia il criterio dell'interpretazione estensiva, che consente l'utilizzazione di norme regolanti casi simili (e non già identici), sia quello dell'interpretazione analogica (analogia legis), che permette l'utilizzazione di norme che disciplinano materie analoghe, ossia istituti diversi aventi solo qualche punto in comune con il caso da decidere, mentre l'art. 14 delle stesse preleggi - come reso evidente dai lavori preparatori - non detta alcun criterio di esegesi legislativa, limitandosi a stabilire che le leggi penali e quelle che fanno eccezione ad altre leggi non si applicano (in via d'interpretazione analogica) oltre i casi ed i tempi in esse considerati”.

Sull'interpretazione della legge la letteratura è notevolissima. Si v., tra le innumerevoli opere, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu - F. Messineo), I, t. 2, Milano, 1980; M. ROTONDI, voce *Legge (interpretazione della)*, in *Nuovo dig. it.*, vol. VII, Torino, 1938, pp. 736 ss.; E. PARESCHE, voce *Interpretazione. I) Filosofia del diritto e teoria generale*, in *Enc. del dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, pp. 152 ss.; R. GUASTINI, voce *Interpretazione. I) Interpretazione dei documenti normativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989; M. DOGLIANI, voce *Interpretazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, Milano, 2006, pp. 3179 ss.

⁸¹ D. CORRADINI, *Il problema del controllo dei valori nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *RIFD*, 1966, p. 264.

⁸² Sulla quale v. J.L. COLEMAN, *La pratica dei principi*, cit., p. 39. Il *non-atomismo semantico*, afferma l'Autore, “comprende un insieme di tesi sul significato dei concetti e delle parole che li esprimono; sul significato delle proposizioni e degli enunciati che le esprimono; e sul contenuto delle credenze e di altri stati mentali che possiamo caratterizzare come atteggiamenti preposizionali”. Il *non-atomismo semantico*, aggiunge l'Autore, nega che un qualsiasi elemento semantico abbia un significato determinato indipendentemente da almeno alcuni degli altri elementi appartenenti al sistema semantico (vale a dire, il linguaggio, lo schema concettuale o l'insieme di credenze di cui l'elemento è una parte)” (*ibidem*).

applicazione di un concetto (o del termine che lo esprime) – e il valore di verità di una credenza nella quale figura tale concetto (o della proposizione che esprime tale credenza) – dipendono quanto meno da alcune delle relazioni esistenti fra tale concetto o termine e altri concetti o termini”⁸³.

Ai fini della nostra indagine è necessario, quindi, definire esattamente il significato di due locuzioni contenute nel comma 1 bis: da un lato, “atti di natura non autoritativa”, dall’altro lato, “salvo che la legge disponga diversamente”, giacché “il significato di un concetto in una qualsiasi pratica influenza il suo esatto significato in tutte le altre”⁸⁴.

Sulla portata della locuzione “atti di natura non autoritativa” la dottrina non sembra aver assunto posizioni univoche, mentre qualche utile spunto può essere tratto dai lavori preparatori, dai quali sembra emergere la ragione della scelta di questo termine⁸⁵.

Innanzitutto, e preliminarmente, è da notare come, per quanto concerne l’ambito di applicazione soggettivo del comma 1 bis in esame, la dottrina non sia unanime. Vi è chi⁸⁶ ritiene, infatti, che l’aver fatto ricorso all’espressione “*La pubblica amministrazione*” vada inteso nel senso che “la regola è destinata ad applicarsi, *indistintamente*, a tutte le amministrazioni, salve esplicite regole legislative di segno contrario, senza alcuna possibilità di adeguamento o modulazione in funzione del tipo di soggetto o di amministrazione”. Altra dottrina⁸⁷, al contrario, ritiene che l’impiego dell’espressione in argomento, al singolare, non comporti alcuna diversità di significato rispetto alle precedenti versioni del comma 1 bis, nelle quali la locuzione veniva espressa al plurale. In ogni caso, la norma sembra fare esclusivo riferimento alle persone giuridiche pubbliche, titolari di poteri autoritativi; più precisamente, appare chiara la riconducibilità delle “*pubbliche amministrazioni*” di cui al comma 1 bis alla nozione di amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2, d. lgs. n. 165/2001⁸⁸.

⁸³ J.L. COLEMAN, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁴ J.L. COLEMAN, *op. ult. cit.*, p. 41

⁸⁵ *Contra* V. ITALIA, *Commento*, cit., p. 83.

⁸⁶ M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 1205-1206. L’Autore afferma che l’utilizzo della locuzione in parola, al singolare, costituisca “una forma non ricorrente nello stesso contesto della legge 241, forse per un difetto di coordinamento formale”.

⁸⁷ V. ITALIA, *op. ult. cit.*, pp. 79-80.

⁸⁸ Cfr. N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, pp. 89-90; V. ITALIA, *op. ult. cit.*, p. 80.

5.2 Aspetti definitori. Atti di natura non autoritativa e atti autoritativi, ovvero l'eterno ritorno dell'eguale. La natura dell'atto come (nuovo) criterio (legale) discretivo dell'agire delle Amministrazioni Pubbliche.

Il comma 1 bis non detta una definizione di atto non autoritativo, ma contiene un elemento, nella sua formulazione lessicale, che non può essere sottovalutato: il legislatore fa espresso riferimento alla “natura” dell’atto (non autoritativo).

La mancanza di una definizione di “atti non autoritativi” può essere colmata, a nostro avviso, ricorrendo alla distinzione tra atti di impero e atti di gestione; detta distinzione, come già sopra abbiamo rammentato, si fonda proprio sulla natura dell’atto⁸⁹.

Richiamare modelli, tipi, schematizzazioni di esperienze del passato ai fini di una nuova concettualizzazione nel presente⁹⁰, non vuol dire “trapiantare” nel nostro sistema giuridico una concezione dogmatica che già l’avvento dello Stato di diritto aveva determinato a superare⁹¹.

⁸⁹ O. RANELLETTI, *Per la distinzione*, cit., p. 689. La dottrina (V. ITALIA, *op. ult. cit.*, p. 83) osserva che la scelta del termine «autoritativo» come quella di «autoritario» derivano dallo “stesso étimo (*auctoritas*, autorità, comando) ed appare corrispondente alla terminologia usata in passato e basata sulla concezione della doppia personalità dello Stato, di *atti di imperio*, contrapposti agli *atti di gestione*”.

⁹⁰ Sulla differenza tra «nozioni-oggetto» e «nozioni-strumento», nonché su altri aspetti fondamentali in materia connessi si rinvia alle limpide ed illuminanti pagine di R. ORESTANO («*Realtà*» «*parole*» «*valori*» *nella scienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, p. 470 ss.).

⁹¹ Come noto, la distinzione ha trovato una sua prima sistemazione dottrinale, secondo il tradizionale insegnamento, nello Stato assoluto e nello Stato di polizia. Il principio fondamentale a cui si faceva allora riferimento era quello della incompatibilità fra Stato e diritto. Siffatto rapporto negativo dello Stato con il diritto rischiava di essere superato quando si ammise che anche lo Stato poteva essere assoggettato al diritto, quando “anziché agire per via di comando, per *publica potestas*, concludeva accordi con gli amministrati, o veniva a mettersi comunque sullo stesso piede di uguaglianza con questi, svolgendo un’attività, che per essere come quella dei privati, si poteva denominare appunto privata” (cfr. A. AMORTH, *Osservazioni*, cit., p. 285; v., altresì, O. RANELLETTI, *Per la distinzione*, cit., p. 660). Atteso che l’attività privata era identica per contenuto a quella dei privati, si ritenne che l’amministrazione, nello svolgimento di questa attività, dovesse essere assoggettata al diritto. Per salvare il principio della incompatibilità fra Stato e diritto, tuttavia, si elaborò la teoria del *Fisco*. L’assoggettamento al diritto, pertanto, non avrebbe più riguardato lo Stato, ma un’altra e diversa persona che stava accanto ad Esso e al quale venivano riferiti gli obblighi e i diritti nascenti dall’attività privata dell’amministrazione. In tal modo, “come due erano le specie di attività, così due erano i soggetti: l’uno, lo Stato, sottratto al diritto; l’altro, il Fisco, al diritto soggetto”, sicché in caso di inadempimento di obbligazioni Esso poteva essere convenuto davanti all’Autorità giudiziaria (cfr. A. AMORTH, *op. ult. cit.*, p. 286). In altri termini, “Fuori dei rapporti patrimoniali [...] del diritto civile, le leggi [...] non erano obbligatorie pel governo nei rapporti con i sudditi, non costituivano per questi alcuna garanzia, non erano fonte di diritto obiettivo. Il diritto pubblico perciò non esisteva come diritto” (così O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 671). Ma con l’avvento dello Stato di diritto, l’individuo da oggetto del comando diviene “soggetto di diritto di fronte allo Stato, si riconosce reciprocamente la personalità giuridica dello Stato, e si eleva a giuridico il rapporto fra Stato e individuo” (O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 672). È importante sottolineare come questo “allargamento della personalità dello Stato” non determina la configurazione di due persone giuridiche distinte (l’una pubblica e l’altra privata) in capo allo Stato. Questo

L'adesione alla distinzione, in particolare, non significa un ritorno allo Stato liberale, cioè ad una pubblica amministrazione mera esecutrice dei comandi normativi⁹². Non si vuole, come taluno paventa⁹³, “rinunciare completamente al paradigma funzionale, per tornare all'antica concezione dell'amministrazione come persona «privata» del sovrano”⁹⁴. Oggi si registra una riduzione dell'agire autoritativo della pubblica amministrazione⁹⁵, che non scompare ma diviene residuale (e tassativamente individuato [principio di legalità]) ad onta di un ritorno al diritto civile come diritto comune⁹⁶.

concetto (risalente allo Stato assoluto e allo Stato di polizia) “sarebbe oggi concetto erroneo” (O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, pp. 673-674). Si precisa che lo Stato è un'unica persona giuridica ma avente doppia personalità: per l'analisi di tali aspetti si rinvia a O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, pp. 673 ss. Cfr., altresì, G. MANTELLINI, *Lo stato e il codice civile*, cit., pp. 33. ss.

Il nostro è un sistema c.d. a diritto amministrativo, e l'adesione alla bipartizione tra atti d'impero e atti di gestione *de quibus*, non significa ripudiare tale principio, giacché rimangono integre le peculiarità che sicuramente lo caratterizza: da un lato, “la presenza di un diritto differenziato, anche nei principi, rispetto al diritto comune” (V. CERULLI IRELLI, *Le prime trattazioni*, cit., p. 333); dall'altro lato, “[...] la presenza di una giurisdizione amministrativa separata da quella comune” (così V. CERULLI IRELLI, voce *Diritto amministrativo*, cit., p. 1918). Sul tipo strutturale Stato a diritto amministrativo si cfr. di M.S. GIANNINI, voce *Diritto amministrativo*, in *Enc. del dir.*, vol. XII, Milano, 1964, pp. 855 ss., in particolare pp. 864 ss. Sulla dottrina del *Fisco* si v., oltre alle opere richiamate e alla bibliografia in quest'ultima opera riportata, F. VASSALLI, *Concetto e natura del fisco*, Torino, 1908.

⁹² La pubblica amministrazione “non è altro se non l'azione dello Stato per raggiungere gli scopi di pubblica felicità, o, più semplicemente, la cura degl'interessi pubblici” (così L. MEUCCI, *Istituzioni*, cit., p. 8).

⁹³ F. MERUSI, *Il diritto privato*, cit., p. 654; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., p. 484.

⁹⁴ Così G. NAPOLITANO, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁵ G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 69.

⁹⁶ Affermare che il diritto privato torni ad essere il diritto comune non implica, ovviamente, incidere sul tipo strutturale proprio del nostro ordinamento generale; non implica la configurazione di un “ordinamento a diritto comune”, o più esattamente “ordinamento a normazione unitaria”, caratterizzato dal fatto che “il corpo di norme costituenti la normazione forma un «sistema» unico per tutti i soggetti giuridici” (così M.S. GIANNINI, voce *Diritto amministrativo*, cit., p. 859). Il nostro sistema generale, invece, si articola in più sistemi materialmente individuabili, tra i quali vi sono, ad esempio, il diritto civile, il diritto commerciale, il diritto tributario, e anche il diritto amministrativo. Il tipo strutturale di Stato a diritto amministrativo implica, quindi, che il diritto amministrativo forma una branca della normazione positiva (diritto in senso oggettivo), e ciò “non può significare altro se non che vi è un complesso notevolmente vasto di norme ordinate in principi e dominate da principi generali abbastanza precisi, le quali si connettono le une alle altre, secondo relazioni interne al complesso medesimo (ossia, come si dice con termini assai accettati, anche se non sempre chiari, «formano sistema»)” (così M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 864). A ciò si aggiunga che è la presenza di una giurisdizione separata da quella comune, come ricordato sopra, che qualifica il nostro come un sistema c.d. a diritto amministrativo. Si può parlare quindi, di un ritorno alle origini, cioè al diritto privato come diritto comune, alle suddette condizioni e precisazioni (anche lessicali).

Altra dottrina (G. ROSSI, *Diritto amministrativo. Principi*, vol. I, Milano, 2005, p. 21) avverte come l'espressione “diritto comune” sia oggetto di sistematici equivoci, giacché con il ricorso ad essa (espressione) si vuole indicare il “diritto privato che disciplina uniformemente i rapporti fra privati e fra questi e il pubblico potere”. In realtà, con la locuzione “diritto comune” si dovrebbe più propriamente indicare solo quel diritto “che si affermò in Inghilterra alla fine del Medio Evo”, e che fu inteso come “diritto comune a tutta la nazione”, vale a dire un diritto che “prende il posto dei «diritti singolari» di città, di ceti, religiosi e nobili” (*ibidem*).

Rifarsi a quella distinzione presuppone, invece, la consapevolezza che sono possibili pericoli di contaminazioni fra nozioni astratte appartenenti ad esperienze diverse. Ma presuppone, altresì, la consapevolezza di muovere da una classificazione storicizzata⁹⁷, in quanto ogni sistema giuridico è storicamente condizionato, sicché “è vano pretendere da esso una razionalità astratta e una coerenza assoluta”⁹⁸.

Ciò che rileva, ai nostri fini, è ricorrere a costruzioni dogmatiche adeguate “in ragione della loro reale capacità di rappresentare l’oggetto”⁹⁹. V’è, in definitiva, l’esigenza per il giurista di ricorrere, nello studio storico e comparativo, all’uso di comuni denominatori costituenti come una specie di alfabeto giuridico”¹⁰⁰. A questo “alfabeto giuridico” o “patrimonio concettuale”¹⁰¹ attingiamo per definire gli atti autoritativi e gli atti non autoritativi, di cui al comma 1 bis.

Premesso ciò, è possibile definire gli *atti non autoritativi* (*id est: atti di gestione*) come “quelli di economia patrimoniale, quelli che l’amministrazione compie come una vera persona privata nei rapporti del patrimonio e dei servizi ad essa affidati, ponendosi da pari a pari, sul piede dell’eguaglianza, nelle relazioni con i cittadini”, mentre gli *atti autoritativi* (*id est: atti di impero*) sono “quelli che essa compie come autorità moderatrice ed ordinatrice del consorzio sociale e per lo scopo diretto del bene pubblico, quindi come potere pubblico, nell’esercizio della potestà coercitiva, nei rapporti di soggezione con gli individui”¹⁰².

Come anticipato, il comma 1 bis contiene il riferimento alla “natura” dell’atto. La “natura”, intesa come “natura giuridica”, dell’atto, implica il riferimento ad una classificazione non meramente formale, ma che riguarda “il contenuto, l’«interno» di questi atti”, vale a dire l’essenza dell’atto o del fatto¹⁰³, o, ancora, il loro carattere ontologico¹⁰⁴.

⁹⁷ La distinzione tra atti d’impero e atti di gestione si fonda su nozioni astratte, le quali altro non sono che “«rappresentazioni» della realtà e per ciò sempre più lontane da questa man mano che abbiano portata più generale” (così R. ORESTANO («Realtà» «parole» «valori» nella scienza del diritto, cit., p. 475). La portata generale delle suddette nozioni astratte rendono, dunque, possibile concettualizzare nel presente nozioni correlate ad esperienze del passato.

⁹⁸ E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica moderna*, cit., p. 27.

⁹⁹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 30-31.

¹⁰⁰ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 31.

¹⁰¹ L’espressione è di R. ORESTANO, «Realtà» «parole» «valori» nella scienza del diritto, cit., p. 478.

¹⁰² O. RANELLETTI, *Per la distinzione*, cit., pp. 657-658.

¹⁰³ V. ITALIA, *Commento*, cit., p. 81.

¹⁰⁴ Cfr. G. GRECO, *L’azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., pp. 70-71.

È proprio la natura dell'atto, e non più il tipo di attività, il criterio in base al quale – noi riteniamo si possa – distinguere l'agire delle pubbliche amministrazioni¹⁰⁵.

Il riferimento alla natura dell'atto è impiegato dallo stesso Ranalletti nell'ambito della distinzione in rassegna; Egli afferma che “Non può l'atto mutar natura *solo* perché è messo in essere dallo Stato”¹⁰⁶, e riporta l'esempio dell'art. 7 del Codice di Commercio del 1882, che così recitava “Lo Stato, le province ed i comuni non possono acquistare la qualità di commercianti, ma possono fare atti di commercio, e per questi rimangono soggetti alle leggi e agli usi commerciali”¹⁰⁷. L'emerito studioso faceva, in particolare, riferimento allo scopo che lo Stato mira a raggiungere per distinguere le due tipologie di atti¹⁰⁸. Anche oggi, a nostro avviso, questo riferimento allo scopo, inteso come fine ultimo, come ragione dell'agire, può essere utilmente impiegato per distinguere l'atto autoritativo da quello di natura non autoritativa.

Si determina, così, una classificazione degli atti, uno schema che la dottrina definisce “griglia concettuale”, nella cui ideale grata “collocare un determinato atto, fatto, concetto o istituto”¹⁰⁹.

Da ciò consegue che, quando la pubblica amministrazione persegue l'interesse generale¹¹⁰, essa è tenuta dalla legge ad esercitare il potere pubblico¹¹¹, vale a dire ad agire in posizione preminente¹¹² e a porre in essere atti necessariamente pubblicistici¹¹³. Questo è lo scopo

¹⁰⁵ Alla natura dell'atto che si intende produrre come criterio volto a “delimitare l'estensione della disciplina pubblicistica, speciale, e della sua prevalenza su quella privatistica, indicata come generale” fa riferimento anche G. PERICU, *L'Attività consensuale*, cit., p. 348.

¹⁰⁶ O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 680.

¹⁰⁷ Sugli atti di commercio si v. G. AULETTA, voce *Atto di commercio*, in *Enc. del dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 196 ss.; M. CASANOVA, voce *Atti di commercio*, in *Nss. dig. it.*, vol. I, t. 2, Torino, 1958, pp. 1495 ss. (e bibliografia in tali opere richiamata). Si v., altresì, L. BOLAFFIO, *Degli atti di commercio, dei commercianti, dei libri di commercio, dei mediatori e delle obbligazioni commerciali: commento*, in *Il codice di commercio italiano: commentato coi lavori preparatori, con la dottrina e con la giurisprudenza*, Verona, 1883; A.V. NAPODANO, *Del commercio e dei suoi atti in generale*, Napoli, 1906.

¹⁰⁸ O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 677-678. Come anticipato, il criterio dello scopo (o della finalità immediata dell'attività) è avversato dalla dottrina, in quanto ritenuto incerto e, di conseguenza, “irrilevante”: cfr., sul punto, A. AMORTH, *Osservazioni*, cit., pp. 290 ss., in particolare p. 294.

¹⁰⁹ V. ITALIA, *Commento*, cit., p. 81.

¹¹⁰ Sulla nozione dell'interesse pubblico si v. E. CANNADA-BARTOLI, voce *Interesse. I) Interesse (Diritto amministrativo)*, *Sez. I – L'interesse pubblico nel diritto amministrativo*, in *Enc. del dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, pp. 1 ss.

¹¹¹ Sul potere pubblico si v. G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992; SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 177 ss.; V. FROSINI, voce *Potere (teoria generale)*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, pp. 440 ss.; A. CERRI, voce *Potere e potestà*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990.

¹¹² Come rileva la dottrina (V. CERULLI IRELLI, voce *Diritto amministrativo*, cit., p. 1922) “[...] l'esercizio dell'amministrazione in forme pubblicistiche avviene secondo un modulo tipico di azione

giuridica che è quello dell'esercizio del potere". Atti autoritativi sarebbero, ad esempio, gli atti di certezza pubblica. Si prenda ad esempio l'attività dell'Agenzia del Territorio che, come noto, svolge importanti funzioni di rilievo pubblicistico (in materia, ad esempio, di dati catastali ed ipotecari), aventi ad oggetto l'attribuzione di certezza legale a determinati rapporti giuridici in relazione a determinati beni. Tali compiti vengono svolti dall'Agenzia sulla base di una legittimazione esclusiva, che trae fondamento direttamente dalla legge (tale esclusività determina, altresì, una posizione di monopolio, ancorché circoscritta alla suddetta funzione di certazione).

Le funzioni cui si allude rappresentano la funzione di certezza pubblica, alla cui salvaguardia è preposta l'Agenzia *de qua* (ex art. 1 del proprio Statuto, ove si stabilisce che "L'agenzia svolge tutte le funzioni ed i compiti statali ad essa attribuiti dalla legge in materia di catasto, di servizi geotopocartografici e di conservazione dei registri immobiliari [...]"); certezza pubblica che si esplica mediante l'emanazione di atti, che proprio in virtù del fatto che promanano direttamente (o indirettamente) dallo Stato, assumono una particolare autorevolezza, la quale garantisce a tutti i soggetti dell'ordinamento, nelle loro relazioni giuridiche, la sicurezza e la speditezza del traffico giuridico.

Tale funzione è preordinata alla tutela, da un lato, della fede pubblica, che è un vero e proprio bene (*rectius*: interesse giuridico), di cui titolare è la società stessa, vale a dire la collettività vivente nello Stato, e, dall'altro lato, dell'affidamento in senso ampio.

Sulla funzione di certezza pubblica si v. A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003; *Id.*, voce *Certezza pubblica*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. II, Milano, 2006, pp. 850 ss.; L. CASINI, *Il catasto e i registri immobiliari*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. CASSESE), *Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Milano, 2003, pp. 3 ss.; M.S. GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. del dir.*, VI, Milano, 1960, p. 769 ss.

Sulla *Funzione pubblica* si v. SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, cit., pp. 177 ss.; F. BENVENUTI, voce *Funzione. 1) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989; G. ZANOBINI, voce *Amministrazione pubblica. b) Nozioni e caratteri generali*, in *Enc. del dir.*, vol. II, Milano, 1958, pp. 233 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, pp. 75 ss.; F. MODUGNO, *Funzione*, Milano, 1968; *Id.*, voce *Funzione*, in *Enc. del dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, pp. 301 ss.; F. SEVERO SEVERI, voce *Funzione pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, pp. 69 ss.; G. MARONGIU, voce *Funzione. II) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1990; G. MIELE, voce *Funzione pubblica*, in *Nss. dig. it.*, vol. VII, Torino, 1961, pp. 686 ss.; G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in AA. VV., *Diritto Amministrativo*, t. II, Bologna 2005, pp. 1 ss.; A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, cit., pp. 381 ss. e *passim*. Si cfr., inoltre, S. CASSESE, *Le basi del Diritto amministrativo*, Milano, 2000, pp. 121 ss.; G. NAPOLITANO, voce *Funzioni amministrative*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. III, Milano, 2006, pp. 2631 ss.; F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., pp. 75 ss.; L. MIGLIORINI, *La funzione amministrativa ed il procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Modena, 1996, pp. 1177 ss.; F. BASSI, *Contributo alla studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, vol. I, Padova, 1969 e vol. II, Padova, 1974.

Sul Catasto la letteratura giuridica è molto vasta. Per un'analisi dell'istituto giuridico nell'antichità, si v. S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, vol. XIV, t. I, Milano, 1957, pp. 34 ss.; M. TALAMANCA, voce *Catasto. a) Diritti antichi*, in *Enc. del dir.*, vol. VI, Milano, 1960, pp. 479 ss.; E. CORTESE, voce *Catasto. b) Età medievale e moderna*, *ivi*, pp. 486 ss. Riguardo all'uso dei dati catastali nella storia del diritto, si v. P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà*, a cura di E. CORTESE, Milano, 1988, pp. 205 ss.; L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, pp. 71 e 182. In generale sul catasto si v. A. GRANDI, voce *Catasto*, in *Nuovo dig. it.*, vol. II, Torino, 1937, pp. 1121 ss.; T. RUMBOLDT, voce *Catasto*, in *Nss. dig. it.*, vol. III, Torino, 1959, pp. 3 ss.; *Id.*, voce *Catasto, c) Diritto attuale*, in *Enc. del dir.*, vol. VI, Milano, 1960, pp. 495 ss.; F. PETRUCCI, voce *Catasto*, in *App. Nss. dig. it.*, vol. I, Torino, 1980, pp. 1080 ss.; *Id.*, voce *Catasto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., vol. III, Torino, 1988, pp. 31 ss.; F. MOLteni – G. SACCONe, voce *Catasto*, in *Enc. del dir.*, Agg., vol. III, Milano, 1999, pp. 241 ss.; A. CIRALLI, *L'istituto del catasto: sua origine e funzione. Evoluzione normativa fino alle odierne disposizioni*, in *N. rass. ldg.*, 1994, pp. 1016 ss.

finale (o immediato) di tutta l'attività amministrativa dello Stato¹¹⁴, nell'ambito del quale si giustifica, e al tempo stesso si esaurisce, il suo agire autoritativo¹¹⁵. Tutto ciò che non è riconducibile all'esercizio del potere non si esprime in atti autoritativi, bensì in atti di natura non autoritativa. Gli atti possono essere, pertanto, di duplice natura: autoritativi¹¹⁶ e di natura non autoritativa¹¹⁷, *tertium non datur*¹¹⁸.

¹¹³ G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 70, il quale osserva che il comma 1 bis – in ordine alla individuazione degli atti di natura non autoritativa, – “sembra riferirsi ad un connotato ontologico: se l'atto ha natura autoritativa [...], esso è necessariamente pubblicistico”.

¹¹⁴ Cfr. O. RANELLETTI, *Per la distinzione*, cit., p. 678. Il principio fondamentale che regge l'attività amministrativa è il principio di legalità, il quale si articola in due principi: quello della determinazione normativa del potere e quello del vincolo del fine. Per un'analisi di questo e degli altri principi che reggono l'attività amministrativa cfr., V. CERULLI IRELLI, voce *Diritto amministrativo*, cit., pp. 1922 ss.

¹¹⁵ Già nelle prime opere di diritto amministrativo italiano si mette in risalto il carattere necessario dell'agire pubblico, cioè dell'esercizio del potere, dell'uso della forza per soddisfare interessi pubblici. G.D. ROMAGNOSI (*Principj fondamentali*, cit., p. 15), infatti, afferma che “il principio fondamentale della ragione amministrativa è ottenere la maggiore prosperità e sicurezza pubblica interna ed esterna, salvo l'inviolato esercizio della privata proprietà e libertà [...] e far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità”, vale a dire “col minimo possibile sacrificio della privata libertà e proprietà”. Questa concezione oggi viene denominata “principio di proporzionalità”. Il che significa che, “se l'amministrazione deve autorizzare non può contrattare, se deve espropriare non può acquistare, se deve concedere non può locare, e così via” (così N. PAOLANTONIO, op. cit., p. 115).

¹¹⁶ Così, per restare all'esempio dell'attività dell'Agenzia del Territorio, saranno atti autoritativi quelli che saranno annoverabili nell'ambito della sua funzione di certezza pubblica; saranno, viceversa, riconducibili al suo agire non autoritativo quegli atti la cui natura non sia espressione di potere pubblico, perché non preordinato al perseguimento dei suoi fini istituzionali.

Una volta stabilito che la natura degli atti è esclusivamente pubblica (*recte*: autoritativa), l'Agenzia non potrà agire “secondo le norme di diritto privato”. Ne consegue che non si può ipotizzare un mercato (né attuale, né potenziale) dei beni e/o servizi espressione del suo potere pubblico, e si deve escludere, di riflesso, la stessa possibilità di configurare i soggetti che vi operano (o potrebbero operarvi) in forma di impresa. Non si potrebbe applicare, ad esempio, la normativa *antitrust*, né interna né comunitaria, in ordine alle attività manifestazione di potere pubblico, giacché l'Ente in questione non può essere configurato come un'impresa (neppure comunitaria).

A corroborare ulteriormente quanto sostenuto sembrerebbe contribuire il rilievo secondo cui i servizi resi dall'AdT – nell'esercizio dei poteri di cui risulta attributaria *ex lege* – sono pubblici, in quanto resi nell'esercizio di una funzione pubblica, e la prestazione di tali servizi non costituisce attività suscettibile di valutazione economica, giacché l'AdT, a fronte dell'erogazione dei servizi *de quibus*, non percepisce un corrispettivo, ma un tributo. Se, viceversa, prendesse a riutilizzare i dati pubblici ad essa affidati *ex lege*, l'Agenzia agirebbe con atti di natura non autoritativa, e sarebbe dunque sottoposta a tutta la disciplina privatistica in materia, atteso che in tali circostanze l'Agenzia opera sul mercato di riferimento alla stregua di qualsiasi privato operatore.

¹¹⁷ Atti non autoritativi sarebbero non solo quelli *stricto sensu* intesi, come i negozi giuridici, unilaterali e bilaterali, ma anche quelli di “natura” non autoritativa, come gli accordi sostitutivi e tutti quelli che non implicano esercizio di potere pubblico.

¹¹⁸ A tale netta contrapposizione sembra fare riferimento M. LIPARI (*Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1205) quando, nel definire gli atti non autoritativi, afferma che “si tratta [di] atti contrapposti ai *provvedimenti* di cui al Capo IV bis della legge n. 241/1990”.

Non condivisibile è la posizione assunta da taluno (L. IANNOTTA, op. cit., p. 371) che ritiene che per atti non autoritativi debbano intendersi i soli atti unilaterali (*ivi*, in particolare pp. 356 ss. e 371). Ma sul punto ci soffermeremo nel prossimo §.

Un importante argomento, in tal senso, si ricava da un attento esame delle espressioni utilizzate dal legislatore nel novellato art. 1 della legge 241, per distinguere gli atti autoritativi da quelli che autoritativi non sono.

Ad un esame complessivo dell'art. 1, infatti, l'interprete si accorge che la locuzione "attività amministrativa" è impiegata solo nel comma 1 e nel comma 1 ter (sebbene, in tale ultima ipotesi, il legislatore si riferisca ad essa [locuzione] operando un rinvio espresso), laddove, invece, nel comma 1 bis non si fa affatto riferimento alla locuzione in parola¹¹⁹.

La mancata indicazione dell'espressione in esame nel comma 1 bis va valutata in base alla seguente duplice considerazione: da un lato, il legislatore utilizza sempre un linguaggio tecnico¹²⁰, e, dall'altro lato, tecnicamente l'espressione "attività amministrativa", sebbene sia "una locuzione di per sé non pertinente alla scienza giuridica ed etimologicamente significante una continuità di azione rivolta alla cura di affari o di interessi pubblici e privati", "[...] sottintende un riferimento alle persone giuridiche pubbliche [...]"¹²¹. L'attività amministrativa, dunque, qualifica l'agire dei soli pubblici poteri¹²².

Nel comma 1 bis, come più volte ribadito, il legislatore individua un criterio diverso che permette di distinguere l'agire delle amministrazioni pubbliche, vale a dire il criterio della

¹¹⁹ Cfr. G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 83.

¹²⁰ Cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 79-80.

¹²¹ Così E. CASETTA, voce *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, p. 521.

¹²² V. ITALIA, *Legge 11 febbraio 2005, n. 15*, cit., p. 20. Analogamente G. GRECO (*L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit. p. 83), il quale osserva come il primo comma dell'art. 1 in esame "si riferisca esclusivamente all'attività di diritto pubblico". In realtà, l'Autore, dopo essersi liberato dell'interpretazione letterale e sistematica della norma, del dato obiettivo (*id est*: del dato positivo), precisa: "Per carità, ciò non significa [...] che l'amministrazione non possa perseguire i fini determinati dalla legge anche con strumenti di diritto privato", e aggiunge che "se ciò può (e deve) ben avvenire, siamo comunque al di fuori della «attività amministrativa», di cui al primo comma, perché in tal caso il perseguimento di fini non si realizza «secondo le modalità previste» dalla medesima L. n. 241/1990, ma secondo canoni di altro tipo [...]". Cfr., altresì, sul punto, B.G. MATTARELLA, voce *Attività amministrativa*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. I, Milano, 2006, pp. 520 ss. L'Autore definisce la "attività amministrativa" come lo "svolgimento di funzioni amministrative". Sulla definizione si cfr., inoltre, F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., pp. 76-77. L'Autore afferma: "Come ogni fatto giuridicamente rilevante, l'attività amministrativa ha una sua configurazione materiale o, forse meglio, pregiuridica; e tale configurazione è bene espressa dalla stessa locuzione: il sostantivo «attività» inteso come «insieme di operazioni, comportamenti e decisioni», ovvero, in una forma giuridicamente più corretta, come «insieme di atti, ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica (anche) nel loro complesso»; l'aggettivo «amministrativa», assunto nel senso di (attività diretta alla) cura di interessi (propri o) alieni, nel caso che ci occupa, di interessi pubblici". M.S. GIANNINI (voce *Attività amministrativa*, cit., p. 988) afferma che l'espressione "attività amministrativa" abbia molteplici accezioni, ma soltanto un significato "può dirsi autentico della locuzione". Si osserva, infatti, che "Con «attività amministrativa» si indica innanzi tutto una categoria dell'agire di un operatore giuridico, che si qualifica per il solo fatto di avere per contenuto l'amministrare", e si rileva che "[...] per ciò che concerne l'amministrazione pubblica, essa si suole identificare con la nozione di «amministrazione in senso oggettivo», ossia con una delle funzioni fondamentali dei pubblici poteri in generale, dello Stato in specie" (*ibidem*).

“natura” degli atti che si pongono in essere. Né varrebbe obiettare che anche nel comma 1 bis il legislatore voleva riferirsi all’attività amministrativa (di diritto privato), e che la lacuna può essere colmata in via interpretativa, giacché *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Una diversa interpretazione sarebbe, dunque, priva di fondamenti dogmatici e contraria alla esplicita volontà del legislatore, quale desumibile dalla positiva disciplina alla luce del suddetto canone ermeneutico. Tanto più che a distanza di un comma (l’1 ter) il legislatore ha operato espressamente il rinvio al primo comma (e in tal modo il legislatore ha finito per “assorbire” il comma 1 ter nell’ambito di un unico principio, quello del primo comma), il che non è accaduto in ordine al comma 1 bis, laddove, quindi, non si può parlare di attività amministrativa (né di diritto pubblico, né di diritto privato), proprio perché l’attività, a cui il legislatore si riferisce in tale disposizione, non è amministrativa¹²³. In altri termini, ricorrendo alle parole del Ranelletti, accanto all’attività pubblica, intesa come immediatamente collegata con il perseguimento di fini istituzionali (fini per i quali lo Stato e gli enti pubblici hanno esistenza), le pubbliche amministrazioni “esplica(no) un’altra attività che ha natura profondamente diversa [...] e che malamente si ridurrebbe a quella di amministrazione”¹²⁴.

5.3 Il regime giuridico derivante dalla bipartizione degli atti tra procedimento amministrativo e autonomia privata della Pubblica Amministrazione.

Dopo questo chiarimento sulla locuzione “attività amministrativa” ci sembra evidente che il legislatore della riforma abbia voluto incidere sulla fattispecie e non sulla disciplina¹²⁵. La teoria della tripartizione, come notato, muoveva da premesse di carattere logico, fu concepita per ragioni di natura sistematica, ma non era fondata su norme di diritto positivo. Con il comma 1 bis, invece, il legislatore codifica un principio generale, quello secondo il quale le amministrazioni pubbliche agiscono secondo le norme di diritto privato, ad

¹²³ Così sembrerebbe anche G. GRECO, *L’azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 84.

¹²⁴ O. RANELLETTI, *Guarentigie della giustizia*, cit., p. 45.

¹²⁵ Sembra aver colto tale fondamentale aspetto parte della dottrina (M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1205), laddove afferma che, in ordine all’interpretazione della locuzione “nell’adozione di atti di natura non autoritativa”, di cui al comma 1 bis, “Non ci si sta riferendo solo al rapporto che scaturisce dall’attività amministrativa, cioè agli *effetti giuridici*, ma si prende in considerazione proprio il *momento genetico* dell’atto di diritto privato: la formazione della volontà dell’amministrazione”.

eccezione dei casi in cui la legge disponga diversamente, e al di fuori del suo agire autoritativo che, tuttavia, è ricondotto, *expressis verbis*, sotto l'ambito operativo di un altro principio generale (quello di cui al comma 1, al quale rinvia anche il comma 1 ter).

Non è più data all'interprete, dunque, la facoltà di “ricostruire”¹²⁶ e di applicare una disciplina privatistica ad un'attività che è invece amministrativa (continuando ad alimentare la sopravvivenza della categoria intermedia dell'attività amministrativa di diritto privato), giacché questa attività è disciplinata solo ed esclusivamente dalle norme di diritto pubblico. L'amministrazione pubblica agisce o con atti d'impero (o autoritativi) o con atti di gestione (o non autoritativi). Sarà poi il criterio dello scopo a stabilire il regime, di diritto privato o di diritto pubblico, applicabile all'agire delle amministrazioni pubbliche. Vale a dire, se l'amministrazione agirà per il perseguimento dei propri fini istituzionali, sarà applicabile solo e sempre il regime pubblicistico (le norme di diritto pubblico); se, viceversa, agirà per perseguire altri fini suoi propri, che non siano quelli istituzionali, sarà assoggettata, alla stregua di qualsiasi altra persona (fisica o giuridica) privata, alle norme di diritto privato¹²⁷.

¹²⁶ Cfr. U. SCARPELLI, voce *Semantica giuridica*, in *Nss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, pp. 978 ss. L'Autore, nell'ambito della distinzione tra “ricognizione”, “costruzione” e “ricostruzione del linguaggio”, rileva come “Una delle attività di maggiore impegno per i giuristi, nella coltivazione delle scienze giuridiche, consiste [...] nella ricostruzione di concetti, verso un tessuto di concetti in vario grado sistematico”. Quest'attività viene tradizionalmente definita come “costruzione giuridica”, sebbene – prosegue l'Autore – “più che di costruzione, sembra appropriato parlare di ricostruzione, poiché il giurista che lavora attivamente sui concetti muove dal linguaggio naturale, o dal linguaggio naturale modificato da precedenti ricostruzioni, e rimane in genere nelle aree di significanza già costituite in quel linguaggio; e, quand'anche innovi profondamente sotto il profilo semantico, inserisce i nuovi concetti nella preesistente trama di relazioni sintattiche” (*ivi*, pp. 995-996).

¹²⁷ Dalla ricostruzione qui proposta, sembrerebbe che si possa oggi riproporre la tesi della doppia personalità dello Stato. Fermo restando il principio che lo Stato è persona giuridica unitaria, in Esso può coesistere una duplice personalità, intesa come “possibilità di compiere atti con efficacia giuridica, quindi di valersi delle norme giuridiche nel proprio interesse, e mettere in moto gli organi statuali, a ciò deputati, per ottenerne la protezione dello svolgimento della propria attività” (così O. RANELLETTI, *Per la distinzione*, cit., p. 674). Questa doppia personalità vale per ogni altra persona giuridica pubblica, e finanche per l'individuo (cfr. O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 675).

La tesi della doppia personalità delle amministrazioni pubbliche sembrerebbe oggi potersi configurare sulla base dell'esame del diritto positivo, e con l'avvertenza metodologica che le esigenze che oggi ci inducono a configurare una tal concettualizzazione sono affatto dissimili da quelle che oltre un secolo fa ne rendevano necessaria un'elaborazione (si allude alla teoria del *Fisco*. V., su tutti, G. MANTELLINI, *Lo stato e il codice civile*, cit., pp. 33. ss. Si v., altresì, quanto argomentato sopra nella nota n. 91). Si prenda come esempio l'attività delle agenzie fiscali. Dall'esame della normativa che regola l'attività di tali enti sembra possibile configurare in capo ad esse una doppia qualificazione giuridica, giacché tali Agenzie da un lato, ed in prevalenza, agiscono nel perseguimento dei propri fini pubblici, dall'altro lato, *possono* offrire direttamente sul mercato determinati servizi. Per quanto concerne, ad esempio, le attività inerenti alla funzione istituzionale dell'Agenzia del Territorio, esse sono assoggettate agli artt. 57, 61, 64 e 66 ss. d.lgs. n. 300 del 1999, e alle norme contenute nello Statuto (in particolare, artt. 1 e 4). Riguardo ai fini istituzionali l'Agenzia svolge, tra gli altri compiti, tutte le *funzioni* ed i *compiti statali ad essa attribuiti dalla legge* in materia di catasto, di servizi geotopografici e di conservazione dei registri immobiliari. Ora, mentre il

Nel primo caso la pubblica amministrazione agirà con atti autoritativi, e con il rispetto dei

procedimento di formazione e di archiviazione dei dati è un procedimento di accertamento, in ordine al quale l’Agenzia è titolare di una funzione pubblica, il riutilizzo dei dati nel mercato a valle costituisce attività economica e, come tale, rientra nel regime di diritto privato in tutto e per tutto, ivi compresa la normativa *antitrust*, sia interna che comunitaria. Significativo è, ancora una volta, il pensiero del Ranelletti, il quale osserva, che quando lo Stato (*id est*: la pubblica amministrazione) opera nel campo dei rapporti patrimoniali, “si comporterà (e non può essere diversamente) come economia *individuale*, quindi secondo i principi ordinari del sistema economico-privato, epperò della *libera concorrenza*” (O. RANELLETTI, *Per la distinzione*, cit., p. 680. Corsivo aggiunto. In termini cfr., *Id.*, *Guarentigie della giustizia*, cit., p. 45. Qui l’Autore afferma che, oltre all’attività pubblica, lo Stato esplica un’altra attività che ha natura profondamente diversa, di carattere non amministrativo, giacché si realizza nel campo dei rapporti patrimoniali, nei quali a dominare “non è più il principio sociale, ma quello individuale in cui il movente dell’azione è l’interesse personale, lo scopo del lucro”. Nell’esplicare siffatte attività, dunque, “Lo Stato [...] opera come un’impresa qualunque, epperò sul piede d’uguaglianza con le altre persone e in regime di libertà, senza privilegio per sé, né limite alcuno per le altre economie”). D’altronde, già in una delle prime opere dedicate al diritto amministrativo italiano, G.D. ROMAGNOSI (*Principj fondamentali*, cit., p. 83) afferma che “Non bisogna impedire la libera concorrenza delle arti e mestieri. Ma, poste in non cale le gelose querele dei pochi speculatori, (bisogna) proteggere la concorrenza suddetta”.

È evidente che i problemi che a questo punto sorgono sono molteplici e molto complessi, la cui analisi non è, in questa sede, possibile svolgere, considerato il limitato oggetto della nostra ricerca. Qui si vuole solo rimarcare come il sostenere la tesi della doppia personalità delle amministrazioni pubbliche non sia del tutto sganciato dal diritto positivo.

A conferma di tali assunti può essere richiamata la dottrina che si è occupata di esaminare la natura giuridica delle agenzie *de quibus*. S.M. MESSINA (*Considerazioni sulla natura giuridica delle agenzie fiscali*, in AA. VV. (a cura di P. CAVALIERI – G. DALLE VEDOVE – P. DURET) *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Padova 2003, p. 583) parla di natura “poliforma” delle Agenzie fiscali, rilevando come la natura giuridica delle (e la relativa disciplina applicabile alle) Agenzie in parola sia diversa “a seconda del tipo di attività esercitata [...]”. L’Autore richiamato sottolinea, inoltre, che accanto alle funzioni pubbliche di indole tecnico-operativa “[...] sono stati conferiti alle Agenzie nuovi poteri che esulano dalla gestione in forma autoritativa dei rapporti ed in generale dall’esercizio delle funzioni amministrative” (come la fornitura di attività di consulenza a soggetti pubblici e privati). Altra autorevole dottrina (G. TABET, *Spunti critici sulla natura delle Agenzie fiscali e sulla loro equiparazione alle Amministrazioni dello Stato*, in *Rass. trib.*, n. 3 del 2002, pp. 817 ss., in particolare, pp. 821 ss.) riconosce alle Agenzie fiscali *de quibus* natura “bivalente”. L’Autore afferma, infatti, che “il tentativo di etichettare in blocco la natura delle Agenzie fiscali” si è rivelato del tutto sterile, giacché siffatte Agenzie sono titolari di funzioni del tutto eterogenee, non suscettibili di “rigida categorizzazione”. La “bivalenza” consisterebbe proprio nell’attribuire alle Agenzie fiscali una doppia qualificazione giuridica, simile “agli enti strumentali, quando svolgono funzioni tecniche ed agli enti organici quando svolgono funzioni d’ordine”. Seguendo tale impostazione si giunge a ritenere che le Agenzie fiscali siano collegate con lo Stato e, “[...] a seconda della natura dell’attività esercitata, assumano la veste più idonea a realizzare il tipo di collegamento con lo Stato [medesimo], organico o funzionale, previsto dalla legge istitutiva”. Il legislatore, secondo tale teoria, avrebbe attribuito funzioni eterogenee ad una stessa unità operativa, la quale assumerà la veste, da un lato, di amministrazione dello Stato relativamente all’esercizio delle pubbliche funzioni (d’ordine) ad essa attribuite in via esclusiva, e, dall’altro lato, di un soggetto che svolge attività materiali o tecniche in regime di diritto privato, il quale, pur avvicinandosi, non si identifica con la figura dell’ente pubblico strumentale tradizionalmente inteso. *Contra* V. NUCERA (*Agenzie fiscali e processo tributario*, in *Rass. Trib.*, n. 5 del 2003, p. 1560), la quale rileva che siffatta impostazione “non convince pienamente, in quanto muove dall’aprioristica sovrapposizione fra il piano della natura dell’ente e quello del tipo di collegamento (organico o funzionale) con lo Stato, in base alle funzioni svolte dalle Agenzie”. Si v., in termini, U. PERRUCCI (*Il «riutilizzo» dei dati ipotecari e catastali*, in *Boll. trib.*, n. 14 del 2005, p. 1116), il quale sostiene che l’AdT non svolge attività dalle quali ricava compensi (salvo la marginale attività legata all’Osservatorio del Mercato Immobiliare), e rileva che l’Agenzia “è un ente pubblico dichiaratamente non economico, che ha ereditato funzioni in precedenza esercitate dal Ministero delle finanze, e che versa quotidianamente all’erario, in base alle norme di contabilità generale, tutte indistintamente le tasse percepite per tale sua funzione”.

principi (compresi quelli comunitari) di cui al comma 1, dell'art. 1; nel secondo, invece, agirà adottando atti di natura non autoritativa, quindi al di fuori dell'osservanza dei principi dettati al comma 1, ma con il rispetto dei limiti propri dell'agire di ogni privato soggetto (*id est*: la liceità degli atti posti in essere). È fuor di dubbio, infatti, che l'applicazione delle regole procedurali che valgono per l'attività amministrativa sia da escludere per l'attività che si svolge secondo le norme di diritto privato¹²⁸. Il rispetto delle garanzie procedurali ha un senso se si è al cospetto dell'esercizio di un potere amministrativo discrezionale¹²⁹. Le posizioni giuridiche procedimentali, infatti, “valgono per il privato come mezzi per controbilanciare il potere amministrativo [...]”¹³⁰.

La norma stabilisce, secondo la nostra ricostruzione, riguardo al principio di cui al comma 1 bis, l'assoggettamento ad un diritto privato “puro”, non “assistito” da un procedimento amministrativo ad evidenza pubblica. Con la conseguenza che, nell'adozione di atti di natura non autoritativa (salvo che la legge disponga diversamente), la normativa cui la pubblica amministrazione deve fare riferimento è esclusivamente quella privatistica.

Così se, ad esempio, deve stipulare un contratto per la prestazione di una determinata opera intellettuale (o altro contratto tipico o atipico che sia¹³¹), la P.A. deve rivolgersi al mercato, e inizierà, dunque, una fase di trattativa, giungerà ad un accordo e alla stipulazione di un contratto (che dovrà rivestire la forma scritta *ad substantiam* solo se ciò sia prescritto dalla legge [artt. 1325, n. 4 e 1350 c.c.], atteso che nel nostro ordinamento vige il principio delle libertà delle forme), assumerà la qualità di parte contraente (alla stregua di qualsiasi privato soggetto), sarà tenuta ad adempiere esattamente e se non lo farà si applicherà tutta la disciplina prevista in materia di inadempimento (artt. 1218 ss. c.c.), di risoluzione (artt. 1453 ss. c.c.), ecc. Non si seguirà, quindi, il procedimento di evidenza pubblica (e i principi vigenti in materia), ma lo schema classico proposta-accettazione, e quindi primariamente la

¹²⁸ Così F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1 bis*, cit., p. 957. In realtà, l'Autrice parla di attività “che si svolge nelle forme del diritto privato”, giacché muove dalla teoria della tripartizione. Ma il rilievo può essere utile anche ai nostri fini, giacché ciò che rileva è l'esercizio o meno del potere pubblico e le situazioni giuridiche che ne discendono.

¹²⁹ M.S. GIANNINI (voce *Attività amministrativa*, cit., p. 996) parla, a tal proposito, di “limiti-garanzia dell'azione dei soggetti che agiscono in quanto autorità”, la cui applicabilità non ricorre “allorché l'amministrazione agisce come soggetto privato dell'ordinamento generale”.

¹³⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *op. loc. ult. cit.* Il rispetto delle garanzie procedurali deriva dalla disparità tra le parti, determinata non già dalla “qualità degli strumenti giuridici dei quali esse dispongono, ma [dalla] diversa misura della rispettiva forza” (*ivi*, p. 958).

¹³¹ Cfr., sul punto, R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006 e bibliografia *ivi* richiamata. V., in particolare, M.S. GIANNINI, *op. loc. ult., cit.*

normativa di cui agli artt. 1326 ss. c.c.¹³². In altri termini, quando la P.A. deve agire con atti di natura non autoritativa (e salvo diverse previsioni di legge) sarà libera nel fine, sarà cioè svincolata dal perseguire l'interesse pubblico¹³³ e agirà alla stregua di un privato qualsiasi nell'esercizio della propria autonomia privata¹³⁴. Agirà, dunque, secondo la normativa privatistica¹³⁵ circa la scelta del contraente, il procedimento di formazione del contratto, ecc.

¹³² Iniziative di tal fatta devono rapportarsi al generale criterio della liceità degli atti che si pongono in essere; di tal che, vi sarebbe attività illecita tutte quelle volte in cui le pubbliche amministrazioni pongano in essere atti per eludere un qualche divieto positivamente codificato dal legislatore nelle norme sull'attribuzione dell'amministrazione in parola. Così, per restare all'esempio delle Agenzie fiscali, atteso che la legge istitutiva (art. 70, comma 3, d. lgs.n. 300 del 1999) vieta espressamente, a dette Agenzie, l'accensione di mutui e il ricorso ad altre forme di indebitamento, la violazione di siffatti divieti renderebbe i relativi negozi nulli, non già perché contrari allo scopo degli enti in parola, ma perché in frode alla legge istitutiva (decreto n. 300) (in virtù dell'insegnamento di autorevole dottrina: M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 787).

¹³³ F. SATTA, *La riforma della legge 241/90*, cit., doc. pdf.

¹³⁴ Sull'autonomia privata, oltre alla manualistica dedicata al diritto privato, in particolare al diritto civile, si v., in particolare, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002 (rist., IX ed.), p. 126; S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. del dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 366 ss.; E. BETTI, voce *Autonomia privata*, in *Nss. dig. it.*, vol. I, 2, Torino, 1958, pp. 1559 ss.; G. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957; M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1967. Tra le opere più recenti si v., in particolare, A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale: la formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002; R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003.

¹³⁵ Altro problema è, poi, quello di stabilire quali siano le norme di diritto privato cui rinvia il comma 1 bis. Certamente non sono solo quelle di cui al Codice civile, ma sono anche quelle contenute in leggi speciali. Il rinvio alle *norme di diritto privato* è, in altri termini, “[...] globale e non limitato a particolari sue categorie o settori”, in un quadro di “privatizzazione «sostanziale»” (così G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 70). Arbitraria appare, invece, la tesi di chi (L. IANNOTTA, op. cit., p. 371) intende il rinvio di cui al comma 1 bis alle “norme di diritto privato in generale e quindi [alle] norme del codice civile rapportate al carattere unilaterale degli atti non autoritativi”. Si richiama, quindi, l'art. 1324 c.c., giacché si muove dalla premessa (che a noi pare infondata, in quanto non suffragata dal dato letterale del comma 1 bis) che per atti non autoritativi debbano intendersi i soli atti unilaterali (*ivi*, in particolare pp. 356 ss. e 371). Tali assunti non possono essere condivisi. In primis, le norme di diritto privato, com'è noto, non coincidono con le norme del Codice civile, avendo le prime un ambito concettuale ed operativo notevolmente più ampio (cfr., sul punto, il nostro *Dalla “Grande Dicotomia” al Partenariato Pubblico Privato*, in corso di pubblicazione sulla *Riv. amm. rep. it.*). In secondo luogo, e conseguentemente, il richiamo e l'applicazione del solo art. 1324 c.c. ridurrebbe in modo del tutto irragionevole il rinvio alle “norme di diritto privato” (comma 1 bis), in quanto agli atti unilaterali di cui all'art. 1324 *de quo* sono applicabili, per espressa previsione normativa, le sole norme che regolano i contratti (in quanto compatibili). Sembra, quindi, una forzatura ritenere che il comma 1 bis si riferisca ai soli atti unilaterali e che, pertanto, si applichino le sole norme contenute nel Libro IV, Titolo II, Codice civile (L. IANNOITTA, *op. loc. ult. cit.*), anche perché quando il legislatore ha inteso limitare il richiamo alla normativa privatistica, lo ha fatto espressamente, come accade, ad esempio, in ordine agli accordi ex art. 11, legge 241 del 1990 (il cui secondo comma, secondo periodo, recita: “Ad essi [cioè agli accordi di cui al presente articolo] si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili”). In materia di atti giuridici si v. le fondamentali voci di F. SANTORO PASSARELLI, *Atto giuridico*, a) *Diritto privato*, in *Enc. del dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 203 ss. (*ivi* ulteriori indicazioni bibliografiche) e di E. BETTI, *Atti giuridici*, in *Nss. dig. it.*, vol. I, t. 2, Torino, 1958, pp. 1504 ss.

Se si accede alla tesi¹³⁶ secondo cui “le persone giuridiche private nel nostro diritto positivo hanno soggettività piena e legittimazione illimitata, per le persone giuridiche pubbliche valgono le stesse regole, non sussistendo norme che ad esse, per dette persone, derogano”, non si può che ritenere che “Deroghe sussistono per singoli enti pubblici o per singoli tipi di enti pubblici, se e in quanto previste da norme espresse”. Laddove siffatte limitazioni siano esistenti, “esse peraltro non vanno spiegate in termini di limitazioni di capacità o di capacità speciali, ma, come in diritto privato, in termini di legittimazioni negoziali limitate”¹³⁷ (dalla legge istitutiva e dagli statuti)¹³⁸. Questi sono i casi nei quali opera la clausola di salvaguardia di cui al comma 1 bis¹³⁹. Alla suddetta clausola vanno riportate anche le specifiche norme in materia di contabilità di Stato, giacché esse si pongono come ipotesi nelle quali la *legge dispone diversamente*. Tali norme, come rileva il Ranelletti, sono

¹³⁶ M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 786, pp. 496 ss. e *passim*.

¹³⁷ M. S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 786; G. PERICU, *L'Attività consensuale*, cit., p. 293.

¹³⁸ Si intende fare riferimento, in ordine agli assunti di cui nel testo, al c.d. principio negativo. Del tutto diversa è, invece, la posizione di quella dottrina che ritiene operante il c.d. principio positivo, in virtù del quale la legittimazione della pubblica amministrazione si fonda sulle norme che espressamente la prevedono. L'amministrazione non ha una capacità piena ed illimitata, giacché può agire tutte le volte in cui la legge positivamente lo stabilisce: cfr. R. DIPACE, *op. cit.*, pp. 225 ss., in particolare, pp. 231-233; S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 24. Per una ricostruzione del dibattito tra le tesi che avallano la capacità generale e quelle che, invece, caldeggiavano per la capacità speciale, in base alla quale l'amministrazione potrebbe compiere solo ed esclusivamente gli atti che sono espressamente permessi dall'ordinamento, si rinvia a G. MONTEDORO, *Leasing pubblico e capacità generale di diritto privato della p.a.*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Per un'impostazione più risalente della tesi riportata in nota si v. F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. (ma 1910), p. 74. L'Autore afferma che la pubblica amministrazione agisce sempre mediante “clausole autorizzatrici”; la necessità di dette clausole, precisa l'Autore, si giustifica in quanto “nello Stato costituzionale in difetto di una precisa disposizione di legge emanata dal Parlamento si presume la libertà di azione dei cittadini”. Cfr., sul punto, B. SORDI, *Le pandette e il diritto amministrativo. Privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini*, XXII, Milano, 1993, pp. 205 ss., in particolare p. 216.

¹³⁹ Su detta clausola ci soffermeremo più ampiamente *infra*, § 5.7. Si faccia ancora l'esempio dell'attività delle Agenzie fiscali, e si prenda, a titolo esemplificativo, il disposto di cui all'art. 70, comma 3, d. lgs. n. 300 del 1999, che recita “Le agenzie [...] non hanno facoltà di accendere mutui né di adire ad alcuna forma di indebitamento”. È evidente che con tali divieti il legislatore introduce, *ex lege*, una limitazione alla legittimazione negoziale delle agenzie fiscali, le quali agiscono “secondo le norme di diritto privato”, salvo accendere mutui e adire ad una qualunque forma di indebitamento (*id est*: “salvo che la legge disponga diversamente”).

Siffatti divieti positivamente stabiliti dalla legge istitutiva (d. lgs. n. 300 cit.), pur limitando l'attività delle agenzie fiscali, non fanno altro che confermare la legittimazione piena ed illimitata delle stesse, in quanto, in relazione a tali divieti, il legislatore è espressamente intervenuto al fine di proibire un comportamento che altrimenti sarebbe stato consentito (Così G. PERICU, *L'Attività consensuale*, cit., p. 293).

speciali, “e devono esse medesime considerarsi come norme di diritto privato, per quanto eccezionale”¹⁴⁰.

È chiaro, poi, che, alla stregua di tutte le persone giuridiche, pubbliche o private che siano, anche le pubbliche amministrazioni sono tenute a conformarsi ad alcune limitazioni negoziali, le quali possono essere naturali o giuridiche¹⁴¹.

Questa sembra che sia la valutazione che l’ordinamento esprime, in questo momento storico, in ordine al regime giuridico applicabile all’agire delle pubbliche amministrazioni¹⁴². La formula normativa risponde, in definitiva, “a precise ed evidenti esigenze dell’ordinamento, nel suo atteggiarsi rispetto alla realtà sociale”¹⁴³. Ciò non significa che il legislatore non possa di nuovo intervenire in *subiecta materia* operando nuove scelte¹⁴⁴. Ma per il momento la formula normativa di cui al comma 1 (e in particolare del comma 1 bis) risponde a precise ed evidenti esigenze dell’ordinamento.

5.4 Il comma 1 bis come principio generale dell’ordinamento.

Altro problema è se il principio generale di cui comma 1 bis sia o meno una norma giuridica. La questione se i principi generali siano o meno norme giuridiche è risolta in sede di teoria generale, sicché prevalente è oggi la dottrina secondo cui i principi generali sono norme giuridiche¹⁴⁵.

¹⁴⁰ O. RANELLETTI, *Per la distinzione*, cit., p. 681. Le norme in argomento, atteso il loro carattere eccezionale, sono di stretta interpretazione, giusto il disposto di cui all’art. 14 delle Preleggi. Su ciò cfr., inoltre, quanto rileveremo *infra* (§ 5.7).

¹⁴¹ Rientrano nella prima categoria i negozi che presuppongono la persona fisica come i contratti di assicurazione sulla vita, i contratti di costituzione di una rendita vitalizia, i contratti di costituzione di diritti reali (che presuppongono una persona fisica), ed altri negozi della stessa matrice.

Nella seconda categoria rientrano le limitazioni previste *ex lege* (ad esempio, per restare in tema di Agenzie fiscali, i limiti negoziali di cui agli artt. 70, comma 3, 59, comma 5, d. lgs. n. 300).

Su tali aspetti e sulla classificazione di tali limitazioni, ancorché si muova su basi teoretiche ormai superate (come, su tutte, l’operatività del c.d. principio positivo), si v., in particolare, S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 33 ss.; C. LAVAGNA, voce *Capacità di diritto pubblico*, in *Enc. del dir.* vol. VI, Milano, 1960, pp. 96 ss. Si cfr., inoltre, M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., pp. 780 ss., in part., pp. 785 ss.

¹⁴² Cfr. A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. del dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, pp. 926 ss., in particolare pp. 932 ss.

¹⁴³ Così A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, cit., p. 933.

¹⁴⁴ A. ROMANO, *Relazione*, cit., p. 15.

¹⁴⁵ Così N. BOBBIO, voce *Principi generali di diritto*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 890. In termini V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in AA.VV.,

Il comma 1 bis, dunque, non ha natura programmatica, ma precettiva¹⁴⁶. Il principio in argomento ha, poi, carattere generale – sebbene sia contenuto in un comma, di una legge (la n. 241) di una branca del diritto (il diritto amministrativo) –, giacché la “diffusività delle indicazioni da ess[o] desumibil[e] è tale da pervadere l’ordinamento nel suo complesso”¹⁴⁷. Non sembra riconoscere il carattere di norma giuridica al principio generale di cui al comma 1 bis quella dottrina, la cui posizione abbiamo già definito come “esagerazione antistorica”¹⁴⁸, che qualifica la norma come “virtuale”¹⁴⁹, irragionevole¹⁵⁰ ovvero interpretabile solo ipoteticamente¹⁵¹. Non sembra tener conto della teoria generale neppure quella dottrina, già richiamata, che vede nel comma 1 bis un parametro interpretativo¹⁵², così finendo con il negare ai principi generali la qualità di norme giuridiche.

Studi sui principi generali dell’ordinamento giuridico fascista, Pisa, 1943, p. 228 (anche in *RIFD*, 1941, pp. 41 ss.); *Id.*, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, pp. 191 ss.

La tesi contraria è stata autorevolmente sostenuta da E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 305 ss., in particolare, pp. 310 ss. Sul punto cfr. S. BARTOLE, voce *Principi generali del diritto. a) Diritto costituzionale*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 494 ss. F. CARNELUTTI (*Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, pp. 145 ss.) afferma che i principi generali del diritto non soltanto non sono norme, ma non sono neppure giuridici, essendo essi privi della caratteristica essenziale – nel sistema concettuale dell’Autore – della giuridicità, vale a dire il comando.

La letteratura sui principi generali è notevolissima. Qui ci limitiamo a richiamare solo alcune tra le opere più note, oltre a quelle già citate. Si v. G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, pp. 33 ss.; AA.VV., *I principi generali del diritto*, in *Atti dei convegni lincei*, n. 96, Roma, 1992; M.S. GIANNINI, *Genesi e sostanza dei principi generali del diritto*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, t. II, Milano, 1996, pp. 901 ss.; S. PANUNZIO, *I principi generali del diritto fascista: contributo alla loro determinazione*, Pisa, 1940; G. PERTICONE, *Ancora sui principi generali dell’ordinamento giuridico*, in *Arch. giur.*, 1940, pp. 54 ss.; P. RESCIGNO, *Sui principi generali del diritto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, t. III, *Teoria generale e miscellanea*, Milano, 1995, pp. 2099 ss.

Fondamentale è la già citata opera dal titolo *Studi sui principi generali dell’ordinamento giuridico fascista*, pubblicata a Pisa nel 1943. Quest’opera, oltre al già citato saggio del Crisafulli, raccoglie contributi di molti autorevoli Autori, quali il Panunzio, il Cesarini Sforza, il Mortati, il Ferrara, il Betti, il Santoro Passarelli, l’Allara, il Pugliatti, il Grosso, ed altri ancora.

¹⁴⁶ V. ITALIA, *Commento*, cit., p. 108.

¹⁴⁷ Cfr. S. BARTOLE, voce *Principi generali*, cit., p. 519. L’Autore osserva, inoltre, che “È [...] evidente che un principio può essere definito principio dell’ordinamento anche se la sua matrice è strettamente circoscritta all’ambito di un istituto, di una materia, di una branca del diritto, purché il principio medesimo (ovvero la fattispecie cui esso ha riguardo) abbia (o abbiano) una rilevanza tale da qualificare, direttamente o indirettamente, il modo di essere dell’ordinamento intero, ovvero di importanti sue parti componenti. Esso, cioè, apparirà – prosegue l’Autore – come principio fondamentale della materia o della disciplina dei rapporti cui ha riguardo, e però la sua generalità implica qualche cosa di più, appunto la rilevanza generale delle indicazioni fornite” (*ivi*, p. 520).

¹⁴⁸ V. sopra, § 4.

¹⁴⁹ G. NAPOLITANO, *L’attività amministrativa e il diritto privato*, cit., p. 482.

¹⁵⁰ F. FRANCARIO, *Dalla legge sul procedimento*, cit., doc. pdf.

¹⁵¹ L. IANNOTTA, op. cit., p. 354.

¹⁵² Cfr. nota n. 76 del presente lavoro.

Questi assunti, in realtà, non potrebbero, a rigore, essere ricondotti neppure alla tesi che non riconosce ai principi generali il carattere di norme giuridiche. Questo orientamento, infatti, molto diffuso in passato, muoveva dalla premessa che “«principio» designa qualcosa che si contrappone concettualmente a compimento, a conseguenza che ne discende, e così alla norma compiuta e formulata: è il pensiero, l’idea germinale, il criterio di valutazione, di cui la norma costituisce la messa in opera, calata in una specifica formulazione”¹⁵³. Secondo questa scuola di pensiero, i principi generali costituirebbero “orientamenti e ideali di politica legislativa”, ai quali riconoscere la funzione di “criteri direttivi per l’interpretazione e di criteri programmatici per il progresso della legislazione”¹⁵⁴.

È evidente che la teorica in esame può essere invocata solo allorché i principi generali non siano stati tradotti (e ridotti) dal legislatore in termini precettivi¹⁵⁵. Nel nostro caso, atteso che il legislatore ha tradotto in termini precettivi i principi generali (dell’azione amministrativa), la teorica da ultimo riportata non è invocabile, e detti principi non possono che essere ricondotti alla tesi (oggi prevalente) che li configura come norme giuridiche. Ne consegue che gli orientamenti dottrinari che configurano il comma 1 bis come parametro interpretativo, non essendo riconducibili, per le regioni addotte, né all’una, né all’altra scuola di pensiero, finiscono con il creare una figura artificiosa di un principio generale con valore di criteri direttivi per l’interpretazione, ma espresso in una norma giuridica. A noi sembra che questa semplicistica soluzione, sia sul piano del diritto positivo, sia su quello della teoria generale, si presti ad essere additata come una vera e propria disapplicazione della norma giuridica in commento.

¹⁵³ Così E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 312.

¹⁵⁴ Così E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 313. Di questa teorica potrebbe essere espressione il principio di ragionevolezza che il legislatore non ha codificato (qui il problema sarebbe, semmai, non quello della natura o della funzione dei principi generali, quanto quello relativo al procedimento di formazione dei medesimi. Su tali aspetti cfr., su tutti, N. BOBBIO, voce *Principi generali di diritto*, cit., pp. 887 ss.). Nessuno si sognerebbe mai di dire che, per il fatto che non sia stato codificato, tale principio non viga. La codificazione del principio di cui al comma 1 bis, invece, si pone come segno di discontinuità con il passato, non come consolidazione di un principio già operante, perché se vige, alla stregua del principio di ragionevolezza, non c’era alcuna necessità di codificarlo. Come osserva A. ARCANGELI (*Verso la nuova codificazione*, in *Riv. dir. comm.*, vol. XXIV, 1926, p. 34) “Solo una grande necessità, una ragione storica [...] può giustificare una nuova codificazione”.

¹⁵⁵ Cfr. E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 312.

Più rispondente al dato letterale e alla teoria generale riteniamo che sia la tesi che configura il principio generale in rassegna, sia come criterio ermeneutico, sia come obbligo specifico a carico della P.A.¹⁵⁶.

5.5 Le posizioni della dottrina sulla tripartizione dell'attività amministrativa e sulla funzionalizzazione. Rilievi critici.

Parte della dottrina¹⁵⁷ sembra avallare la tesi della contrapposizione tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato, e quindi sembrerebbe propendere per il rifiuto della tripartizione e della funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato. Si afferma, infatti, che “un atto è (o non è) di natura autoritativa allorché costituisca (o non costituisca) espressione di autorità”¹⁵⁸, precisando, poi, che “gli atti di natura autoritativa sono quelli (e solo quelli) che costituiscono il risultato dell'esercizio di un potere conferito dalla legge” (e non anche dai regolamenti, come si prevedeva nel d.d.l. n. A.S. 4860)¹⁵⁹. L'Autore richiamato, quindi, giustamente si sofferma sul concetto di potere e rileva come “se elemento essenziale del potere è la forza autoritativa” è giocoforza “escludere che possano venire in rilievo poteri (amministrativi) privi di codesto connotato”¹⁶⁰. Gli atti di natura non autoritativa sarebbero, secondo la dottrina in commento, quelli in cui la pubblica amministrazione non opera alcuna valutazione discrezionale (cioè un potere di scelta positivamente limitato), ma quelli che, nella tripartizione di Amorth, sarebbero stati ricondotti all'attività di diritto privato della pubblica amministrazione¹⁶¹.

Il rifiuto della tripartizione sembra, sebbene con alcune riserve, essere avallato anche da chi¹⁶² nell'esame complessivo del novellato art. 1, legge 241, afferma che tale disposto fissa due norme-base: da un lato, quella di cui al primo comma che “parlando di «attività amministrativa» [...] si riferisce [...] alla sola attività di diritto pubblico dell'amministrazione”; dall'altro lato, quella di cui al comma 1 bis che “rappresenta [...] la

¹⁵⁶ N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, p. 116.

¹⁵⁷ N. PAOLANTONIO, *op. ult. cit.*, pp. 89 ss.; F. SATTA, *La riforma della legge 241/90*, *cit.*, doc. pdf.

¹⁵⁸ N. PAOLANTONIO, *op. ult. cit.*, p. 91.

¹⁵⁹ N. PAOLANTONIO, *op. ult. cit.*, p. 92.

¹⁶⁰ N. PAOLANTONIO, *op. ult. cit.*, p. 99.

¹⁶¹ N. PAOLANTONIO, *op. ult. cit.*, pp. 101. V. anche p. 105.

¹⁶² G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, *cit.*, pp. 83-84.

norma base dell'attività di diritto privato dell'amministrazione". L'Autore sembra, dunque, fare riferimento ad una duplice modalità di azione, ad una duplice attività, ad una duplice norma-base e, dunque, ad un duplice regime giuridico che regola l'agire della pubblica amministrazione¹⁶³: l'attività amministrativa (esclusivamente) di diritto pubblico, per un verso, e l'attività di diritto privato, per altro verso; la prima sottoposta (esclusivamente) alle norme di diritto pubblico¹⁶⁴, la seconda a quelle di diritto privato¹⁶⁵.

Taluno¹⁶⁶ ritiene che "l'espressione «*atti non autoritativi*» corrisponde all'espressione «*atti non autoritari*» e ricomprende tutti gli atti che erano chiamati di *gestione e paritetici*"¹⁶⁷. Quest'Autore sembra discostarsi dalle tesi tradizionali quando afferma che il *nomen juris* che qualifica gli atti in rassegna "(atti *paritetici*, di *gestione*, *negoziali*, *non imperativi*, *non autoritari*, *non autoritativi*)" indica un aspetto sostanziale, cioè la "natura" dell'atto, per cui l'atto "non è vincolato ad una finalità che è [...] pubblica". In realtà, l'Autore, poi, finisce con l'assumere una posizione esattamente opposta¹⁶⁸.

¹⁶³ Ciò sembra evidente dalla lettura dei passaggi conclusivi dello scritto in esame. L'Autore afferma, infatti, che "[...] il diritto pubblico e il diritto privato hanno pari dignità di ruolo, ciascuno nel proprio campo di applicazione: e seppur sussistono zone di confine, in cui entrambe le discipline sono chiamate ad operare [...], occorrerà stabilire di volta in volta i segmenti che ricadono sotto la disciplina dell'uno o dell'altro". Quest'ultima "o" è da intendere come esclusiva, nel senso che il regime giuridico applicabile è, o quello pubblico, o quello privato, *tertium non datur* (G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 86).

¹⁶⁴ Art. 1 comma 1: nell'ambito dell'attività amministrativa, propriamente intesa, la P.A. agisce "secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario".

¹⁶⁵ Art. 1, comma 1 bis: la P.A. "agisce [...] secondo le norme di diritto privato".

¹⁶⁶ V. ITALIA, *Commento*, cit., p. 85.

¹⁶⁷ Con l'espressione in esame il legislatore ha voluto indicare, ad avviso dell'Autore (V. ITALIA, *op. loc. ult. cit.*), una precisa caratteristica di tali atti, vale a dire la mancanza sostanziale, in essi, dell'imperatività, dell'imposizione, della coercizione, della volontà unilaterale e della finalità rigorosamente pubblica. Gli atti "depurati da questi aspetti «*autoritativi*» o «*autoritari*» pongono la pubblica amministrazione sullo stesso piano del soggetto destinatario".

¹⁶⁸ V. ITALIA, *op. ult. cit.*, cit., pp. 104 ss. L'Autore ritiene che il comma 1 bis debba necessariamente essere letto in combinato disposto con l'art. 11 c.c. (i due articoli formano un unico disposto; è "come se vi fosse un articolo unico, che contenga, nel primo comma, il testo dell'art. 11 del Codice civile; e nel secondo comma, il testo del comma 1-bis" (*ivi*, p. 106). L'Autore ritiene che l'art. 11 c.c. preveda la (statica) *capacità giuridica* della P.A., mentre il comma 1 bis riguardi la (dinamica, giacché si parla di "azione" amministrativa) *capacità d'agire* della P.A. (*ivi* p. 106). Si opta, quindi, per una tesi del tutto peculiare, in quanto il comma 1 bis rappresenterebbe, ad avviso della dottrina in commento, una *regola eccezionale* in virtù della quale la P.A. deve agire secondo il diritto privato. Si configura, infine, un nuovo "atto negoziale amministrativo" che non sarebbe, né un negozio, né un contratto, né "l'immagine simmetrica di un negozio di diritto privato" (*ivi* p. 108).

La dottrina prevalente, invece, muove apertamente e chiaramente dalla teoria della tripartizione e della funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato¹⁶⁹.

Vi è chi¹⁷⁰ ritiene che l'aggettivo autoritativo "non designa la qualità dei soli provvedimenti che incidono i diritti altrui". Ma se ciò aveva un senso prima dell'introduzione del comma 1 bis, oggi appare anacronistico, poiché il legislatore stabilisce che duplice è la natura degli atti che la pubblica amministrazione può porre in essere: autoritativi e non autoritativi. Quindi, quelli che la dottrina definisce provvedimenti non autoritativi¹⁷¹ oggi sono riconducibili all'ambito, dogmatico ed operativo, del comma 1 bis, cioè si configurano come atti la cui natura non implica l'esercizio del potere, e quindi, come tali, sono sottoposti

¹⁶⁹ V. CERULLI IRELLI (voce *Diritto amministrativo*, cit., p. 1924), pur mettendo in risalto l'importanza della previsione normativa (comma 1 bis), volta, da un lato, a ribaltare la prospettiva che voleva il diritto pubblico come diritto comune, e, dall'altro lato, ad aprire "[...] nuovi e più ampi spazi all'azione amministrativa secondo il diritto privato, modifica[ndo] il rapporto tra diritto amministrativo e diritto privato nell'azione amministrativa, come una sorta di ritorno alle origini" (ivi, p. 1924), avverte che "[...] in via di principio, l'amministrazione, *in tutto il suo agire*, con qualunque tipo di strumentazione essa agisca, è sempre intesa alla realizzazione di interessi collettivi, è sempre in qualche misura finalizzata" (ivi, p. 1925) (corsivo aggiunto); G. PERICU (*L'Attività consensuale*, cit., p. 283 ss.) ritiene che l'amministrazione pubblica, ai fini del raggiungimento dei propri obiettivi, pubblici o privati, "può avvalersi del diritto civile, ponendo in essere negozi giuridici, in particolare contratti, tipici e atipici". È evenienza conosciuta sin dal formarsi dello Stato moderno [...]" (ivi pp. 283-284); F. ALBO (*Principi generali dell'attività amministrativa*, cit., pp. 66 ss.) parla di "permanente funzionalizzazione" dell'attività amministrativa; L. IANNOTTA (op. cit., pp. 356-357), aderendo alla tesi che il comma 1 bis abbia consacrato il modulo contrattuale, ritiene che tale comma "si riferisca primariamente al modulo di azione degli atti unilaterali", aventi rilevanza esterna e "adottati dall'amministrazione come soggetto pubblico, nell'esercizio di un potere amministrativo non autoritativo". Si tratterebbe, quindi, di "atti amministrativi «secondo il diritto privato» e non direttamente e immediatamente «di diritto privato», anche se implicanti la normale applicazione delle norme civilistiche"; G. NAPOLITANO (*L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., p. 482) osserva come "il diritto privato [...] possa diventare effettivamente il principio ordinatore dell'azione amministrativa soltanto laddove si riescano a contemperare le esigenze di flessibilità e di parità con i caratteri essenziali del *necessario regime funzionale dell'amministrazione*" (il corsivo è aggiunto). Alla tripartizione e alla funzionalizzazione sembra rifarsi anche chi (G. DE MARZO – P. GRAUSO – G. FABBRIZZI, *L'attività amministrativa alla ricerca del consenso*, cit., pp. 95-96) afferma che il principio di cui al comma in esame "non si occupa affatto della scelta di carattere generale tra autonomia negoziale ed esercizio del potere amministrativo, ma, più limitatamente, nell'ambito degli atti di natura non autoritativa, della *possibilità*, riconosciuta alle amministrazioni, di ricorrere, in difetto di contrarie previsioni normative, agli strumenti del diritto privato". Tale dottrina osserva, inoltre, che la "alternatività fra strumenti del diritto comune e istituti espressione del potere autoritativo si coglie nella soppressione della riserva di legge di cui all'art. 11 della l. 241/1990" (ivi, p. 96). Non riusciamo a comprendere quale sia la differenza, per gli Autori in commento, tra le due norme, atteso che anche il riferimento agli "strumenti di diritto privato" postulano una astratta scelta, e quindi una alternatività fra strumenti pubblicistici e privatistici. Dalle medesime premesse della dottrina citata in nota muovono, altresì, G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 69 e *passim*; F. MASTRAGOSTINO, op. cit., doc. pdf; F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1 bis*, cit., p. 947 (sostanzialmente identica è la posizione di quest'ultima Autrice già prima della riforma: cfr. *Id.*, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., pp. 661 ss.).

¹⁷⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1 bis*, cit., p. 947.

¹⁷¹ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 1 ss., in particolare pp. 44 ss. Si v., altresì, quanto riportato *infra*, nota n. 200.

alle norme di diritto privato. Discorso a parte meritano gli accordi ex art. 11 (che analizzeremo *infra*).

Taluno¹⁷², dopo aver affermato che il comma 1 bis “generalizza la c.d. attività amministrativa di diritto privato, 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”, richiama il “principio di autonomia negoziale”, precisando che “il potere di autonomia privata affianca in tal modo [cioè, con la codificazione del comma 1 bis] il potere amministrativo come strumento generale di azione amministrativa”¹⁷³. L’Autore, inoltre, afferma che il potere di autonomia privata della pubblica amministrazione deve essere comunque funzionalizzato al perseguimento dell’interesse pubblico, con il che si finisce per confondere due piani: quello dell’autonomia privata, intesa come “potere del soggetto di decidere della propria sfera giuridica, personale o patrimoniale”¹⁷⁴, nel quale la pubblica amministrazione agisce alla stregua di un qualsiasi privato (vigente comma 1 bis), e quello della funzione, del potere pubblico, nel quale, invece, la pubblica amministrazione agisce solo ed esclusivamente per fini di interesse pubblico, mediante l’emanazione di atti autoritativi e secondo le norme di diritto pubblico (comma 1). Parlare di autonomia privata nel perseguimento di interessi pubblici a noi sembra essere un non-senso, già sotto il profilo logico, semantico linguistico, ancor prima che giuridico, giacché mediante la funzione “si indica quel tipo di potestà esercitata non per un interesse proprio, ma per un interesse altrui o oggettivo”¹⁷⁵.

Parte della dottrina¹⁷⁶, dopo aver evidenziato la collocazione sistematica del comma 1 bis tra i principi generali dell’attività amministrativa, propone due diverse (e contrapposte) letture del comma in esame. Così, da un lato, si prospetta la tesi della tripartizione dell’attività dell’amministrazione, affermando che la pubblica amministrazione “tanto se agisca *jure privatorum*, quanto se agisca *jure imperii*, l’azione rimane sempre “amministrativa”, finalizzata cioè alla cura dell’interesse pubblico”, mentre, dall’altro lato, si osserva che “Diversamente si dovrebbe ritenere che la norma avrebbe contrapposto attività

¹⁷² L. MONTEFERRANTE, *La disciplina privatistica*, cit., § 2, doc. pdf.

¹⁷³ L. MONTEFERRANTE, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷⁴ C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 8. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 126, definisce l’autonomia privata come “volontà produttiva degli effetti rispetto all’ordinamento”.

¹⁷⁵ SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, cit., p. 180.

¹⁷⁶ F. FRANCARIO, *Dalla legge sul procedimento*, cit., doc. pdf.

amministrativa e negoziale non come diverse forme dell'attività amministrativa, ma come intrinseca contrapposizione di quest'ultima all'attività di diritto privato”.

Questa è, a nostro avviso, la ricostruzione più lucida della dottrina in ordine alle opzioni interpretative che la norma pone di fronte all'interprete.

Se questo è il merito che ci sentiamo di tributare alla tesi in esame, l'aver l'Autore richiamato, alla fine, optato per la prima ricostruzione (che si fonda sulla tripartizione e, quindi, sulla funzionalizzazione) perché “appare senz'altro quella più ragionevole”, non può andare esente da critiche. L'Autore, in sostanza, ritiene più ragionevole la prima tesi perché la seconda non richiama espressamente i principi (costituzionali) di imparzialità e buon andamento. Ma, come già notato sopra, è proprio il mancato espresso richiamo a tali principi che fa del comma 1 bis un principio contrapposto a quello di cui al comma 1 (e comma 1 ter). È il legislatore che configura questa contrapposizione, sicché l'interprete non può omettere di considerare, nell'operazione ermeneutica, il dato positivo, cioè la stessa formulazione letterale della disposizione. La ragionevolezza esprime, dunque, in tale circostanza, una valutazione di buon senso, e, quindi, meta-giuridica.

5.6 L'attività amministrativa nel corso dei lavori preparatori. Carattere imperativo del ricorso al diritto privato nell'adozione di atti di natura non autoritativa.

La teoria della tripartizione sembrava dovesse conservarsi integra anche sulla base delle diverse formulazioni che il comma 1 bis ha subito nel corso del lungo e complesso iter parlamentare. Durante i lavori preparatori¹⁷⁷, infatti, si sono registrate disposizioni

¹⁷⁷ I lavori preparatori, come noto, non sono vincolanti per l'interprete. Cfr. C.M. BIANCA – G. PATTI – S. PATTI, voce *Lavori preparatori*, in *Lessico di diritto civile*, Milano, 1995, p. 444, ove si rileva che “Il richiamo ai lavori preparatori è del tutto irrilevante al fine di mutare il significato risultante da una corretta interpretazione funzionale [...] della legge”. I lavori preparatori possono soltanto “chiarire le occasioni e il contesto dal quale la legge ebbe a scaturire e possono offrire un argomento di conferma nella ricerca della ragione della norma”. V. la sentenza *ivi* richiamata: Cass., 13 marzo 1975, n. 937: “ai lavori preparatori può riconoscersi valore unicamente sussidiario nell'interpretazione di una legge, giacché – se da essi possono trarsi elementi giovevoli ai fini dell'individuazione del significato precettivo di singole disposizioni normative e della *ratio* che le giustifica – l'utile ricorso ai lavori preparatori trova tuttavia un limite nel caso in cui la volontà da essi risultante non può sovrapporsi alla volontà obiettiva della legge, quale emerge dal significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore intesa come volontà oggettiva della norma (*voluntas legis*), da tenersi distinta dalla volontà dei singoli partecipanti al procedimento formativo di essa (*voluntas legislatoris*)”. In termini, Cass. civ., Sez. I, 27 febbraio 1995, n. 2230, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 532, secondo cui “La volontà emergente dai lavori preparatori non può

inequivocabili nel senso di cui sopra. Si prenda, ad esempio, il d.d.l. n. A.S. 4860¹⁷⁸, recante “*Norme generali sull’attività amministrativa*”. Già la rubrica dell’art. 2 è significativa: “*Attività amministrativa di diritto privato*”. È cristallina l’intenzione del legislatore di codificare la tripartizione e, di conseguenza, di conservare la funzionalizzazione dell’attività amministrativa di diritto privato. Ma ancora più significativo è il suo contenuto. Detto disposto così stabilisce: “*salvi i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi o regolamenti, le amministrazioni agiscono secondo le norme di diritto privato*”.

Siccome la formulazione testé riportata avrebbe potuto dare adito a qualche dubbio, nonostante la rubrica della disposizione fosse inequivocabile, si decise, in sede di Commissione referente, di aggiungere la proposizione secondo la quale “*in ogni caso le amministrazioni pubbliche agiscono per la realizzazione dei pubblici interessi*”¹⁷⁹. È del tutto evidente come il legislatore abbia aggiunto, con l’ultimo inciso indicato, un riferimento ancora più esplicito alla funzionalizzazione.

Proseguendo l’esame dei diversi disegni di legge non approvati, e come ricorda la dottrina¹⁸⁰, il d.d.l. n. 1281 del 2003 riprendeva la formula di cui all’art. 106 dell’A.C. 3931-A della Commissione bicamerale, nel quale ultimo si prevedeva: “*Salvo che la legge disponga diversamente, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto privato*”. Detto disposto è stato successivamente modificato e poi ripreso, come anticipato, dal d.d.l. n. 1281, il cui art. 1 stabiliva: “*Per la realizzazione dei propri fini istituzionali le amministrazioni pubbliche agiscono utilizzando strumenti del diritto pubblico o privato. Le leggi e i regolamenti disciplinano, in entrambi i casi, i procedimenti per l’esercizio dei poteri amministrativi*”. Anche in tal caso, com’è evidente dal tenore letterale della disposizione, era tenuta ferma la funzionalizzazione degli strumenti, di diritto pubblico o privato, nel perseguimento dei fini istituzionali delle amministrazioni pubbliche. Vi è

sovrapporsi a quella obiettivamente espressa dalla legge, quale emerge dal suo dato letterale e logico. Peraltro agli stessi lavori preparatori può riconoscersi valore sussidiario ai fini ermeneutici, quando essi, unitamente ad altri canoni interpretativi ed elementi di valutazione emergenti dalla norma stessa, siano idonei a chiarire la portata di una disposizione legislativa di cui appaia ambigua la formulazione”. Più di recente, v. T.A.R. Puglia Lecce, 15 marzo 2004, n. 1880, secondo cui i “lavori preparatori [...] non sono vincolanti ai fini dell’interpretazione, in quanto sono diretti ad apportare una visione storica della ragione della norma, sulla quale può essere considerata prevalente la lettera di essa ed il sistema giuridico all’interno del quale si colloca”.

¹⁷⁸ Stampato Camera dei Deputati n. C-6844.

¹⁷⁹ Cfr., su tali aspetti, N. PAOLANTONIO, op. cit., p. 77.

¹⁸⁰ N. PAOLANTONIO, op. ult. cit., p. 79; V. ITALIA, *Commento*, cit., p. 78.

sempre, cioè, il riferimento alla fungibilità, alla astratta utilizzabilità di due strumenti, eterogenei, ma funzionalmente idonei, in quanto neutri, alla soddisfazione dei fini istituzionali delle amministrazioni medesime. Questo elemento teleologico risulta, invece, espunto dal testo del comma 1 bis a seguito della modifica operata dalla I Commissione permanente Affari Costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, Ordinamento generale dello Stato e della P.A.¹⁸¹. Il comma 1 bis, pertanto, stabiliva: “*salvo che la legge disponga diversamente in modo espresso, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto privato, a meno che non ne risultino violati i principi costituzionali e le norme legislative sull'amministrazione pubblica*”.

Le ultime due formulazioni, in ordine cronologico, che ci accingiamo ad analizzare sono assai significative. Prima della definitiva approvazione, il comma 1 bis, nel testo approvato dal Senato il 21 luglio 2004 (n. 1281-B), risulta così formulato: “*la P.A., nell'adozione di atti di natura non autoritativa, può agire secondo le norme di diritto privato, con i criteri e le condizioni stabiliti dalla legge e salvo che la legge disponga diversamente*”. La versione definitiva del comma 1 bis recita, invece, “*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”.

È evidente la diversa portata dei due disposti, dai quali emergono soluzioni contrapposte. Nel primo, infatti, v'è il chiaro riferimento alla funzionalizzazione, cioè alla astratta opzione che la legge rimette alla pubblica amministrazione in ordine ai modi mediante i quali la stessa è legittimata a perseguire i suoi fini istituzionali. L'espressione “*può agire*”, infatti, attribuisce all'amministrazione la scelta del come curare gli interessi pubblici. È chiaro il riferimento all'attività amministrativa di diritto privato, cioè la possibilità di optare per un modulo negoziale nel perseguimento dell'interesse pubblico.

Questa astratta fungibilità, questa funzionalizzazione, sembra inequivocabilmente abbandonata nella versione definitiva della norma in esame, giacché il legislatore sceglie di utilizzare l'espressione verbale all'indicativo l'amministrazione “*agisce*”, anziché quella “*può agire*”¹⁸². È evidente che, se l'amministrazione “*agisce*”, non significa che “*può agire*”; la norma ha, cioè, carattere imperativo e non è una mera facoltà¹⁸³.

¹⁸¹ Cfr. N. PAOLANTONIO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸² Parte della dottrina (S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La funzione amministrativa e il diritto privato*, in *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, Bologna, 2004, p. 35), afferma che la locuzione

Il carattere imperativo della norma risulta anche dalle discussioni parlamentari. Infatti, il sen. Acquarone, in sede di dichiarazione di voto, definì senza mezzi termini un “errore” l’inserimento di una norma imperativa (“*agisce*”). Egli notava come la soluzione migliore sarebbe stata quella che consentisse all’amministrazione l’uso degli strumenti privatistici solo quando ciò fosse stato possibile¹⁸⁴.

È chiaro che il consentire all’amministrazione di ricorrere all’uso di strumenti privatistici implica una scelta che la pubblica amministrazione può (in astratto) operare. Era chiaro, dunque, il riferimento all’attività amministrativa di diritto privato, e quindi alla funzionalizzazione, cioè la destinazione di strumenti privatistici a scopi di pubblico interesse. Del tutto consapevole è stata, quindi, la scelta di inserire una norma imperativa.

Del tutto immotivatamente parte della dottrina¹⁸⁵, con interpretazione contraria al dato letterale della norma, afferma che “la doverosità o la prevalenza del diritto privato”, che emerge dal “dato semantico” dell’espressione verbale in argomento (secondo cui l’amministrazione “*agisce*”), configura una mera “facoltà”. Probabilmente, l’Autore confonde due piani, muovendo ancora dalla teoria della tripartizione. Sembra che tale Autore voglia affermare che, quando l’amministrazione adotta atti autoritativi (comma 1), abbia una mera facoltà di scegliere il diritto privato. Sennonché tale facoltà di scelta, come si è notato, non sembra trovare alcun fondamento, né sul piano del diritto positivo, né sul piano dogmatico, anche alla luce dei lavori parlamentari. Se la pubblica amministrazione adotta atti d’impero (o autoritativi, ex comma 1) agirà (*recte*: dovrà agire) sempre secondo le norme del diritto pubblico; se, viceversa, adotta atti di gestione (o atti non autoritativi, ex comma 1 bis) agirà (*recte*: dovrà agire) secondo le norme di diritto privato. *Tertium non datum*. Non v’è nessuna facoltà di scelta per l’amministrazione, e quindi non v’è alcuna funzionalizzazione dell’attività amministrativa di diritto privato.

Abbiamo utilizzato spesso il termine “strumento di diritto privato” e “strumento di diritto pubblico”. In realtà, espressioni di tal genere sono state utilizzate anche durante i lavori

“agire” si riferisce anche all’attività amministrativa, perché vi sarebbe una defunzionalizzazione dell’attività di diritto privato, e un regime unitario dell’attività amministrativa (richiamato da V. ITALIA, *Commento*, cit., p. 85).

¹⁸³ Così V. ITALIA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸⁴ Questo intervento del Sen. Acquarone è riportato da N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, p. 82, a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti sul punto.

¹⁸⁵ M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1206.

preparatori, e, come osserva giustamente la dottrina¹⁸⁶, la scelta di utilizzare il termine “norme”¹⁸⁷, nella versione poi definitivamente approvata, appare certamente più precisa¹⁸⁸.

Il più puntuale linguaggio tecnico può essere visto come un chiaro segno del legislatore: l’abbandono della tripartizione dell’attività amministrativa, tradizionalmente intesa ed accettata, per abbracciare la bipartizione fondata sulla natura dell’atto. L’utilizzo del termine “strumento”, inteso come “mezzo rivolto ad un fine”¹⁸⁹ si prestava perfettamente, atteso il suo carattere estremamente generico, a caldeggiare la teoria della tripartizione (e della funzionalizzazione, e cioè la destinazione ad un fine, comunque pubblico, dello strumento, pubblico o privato, utilizzato). Lo “strumento”, cioè, sul piano strettamente semantico, indica un attrezzo, un arnese, un dispositivo “necessario per compiere una determinata operazione o svolgere una attività”¹⁹⁰. Qualificare il diritto pubblico e il diritto privato come “strumenti” ai quali la pubblica amministrazione può ricorrere per la realizzazione dei propri fini istituzionali¹⁹¹, significa rendere inequivoco, operando una precisa scelta sul piano tecnico-lessicale, il carattere della fungibilità di detti strumenti, comunque finalizzati (*recte*: funzionalizzati) alla soddisfazione dell’interesse pubblico¹⁹².

Di questo avviso è autorevole dottrina¹⁹³, quando afferma che “Dire [...] che l’amministrazione *utilizza* gli strumenti del diritto privato ha un senso preciso: persegue fini pubblici, ma gode di elasticità nelle forme [...], ma disporre in una legge che l’amministrazione, nell’adozione di natura di atti di natura non autoritativa, *agisce secondo* le norme del diritto privato ha un significato completamente diverso: significa che essa è

¹⁸⁶ V. ITALIA, *Commento*, cit., p. 87.

¹⁸⁷ Il comma 1 bis, nella versione definitiva, fa riferimento alle “norme di diritto privato”.

¹⁸⁸ La dottrina (V. ITALIA, *op. loc. ult. cit.*) osserva che il termine *strumento* “appare derivato dal linguaggio musicale e poi dall’urbanistica”. Il più preciso tecnicismo del legislatore nell’impiego del termine “norme” anziché “strumenti” di diritto privato è sottolineato anche da M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1205.

¹⁸⁹ Così V. ITALIA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹⁰ Questa è la definizione della parola in esame che comunemente si rinviene nei comuni dizionari della lingua italiana, come il *Vocabolario della lingua italiana* (a cura di A. DURO), edito dall’Ist. della Enc. italiana Treccani, vol. IV, Roma, 1994, p. 641. È importante notare come il termine strumento “In unione con un attributo o con una specificazione [...] indica l’uso cui è destinato o la persona che se ne serve nello svolgere la propria attività o professione”: così *Grande dizionario della lingua italiana* (a cura di S. BATTAGLIA), vol. XX, Torino, 2000, p. 408.

¹⁹¹ Cfr., ad esempio, l’art. 1 del d.d.l. 1281 sopra richiamato, secondo il quale “*Per la realizzazione dei propri fini istituzionali le amministrazioni pubbliche agiscono utilizzando strumenti del diritto pubblico o privato[...]*”.

¹⁹² La dottrina (M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1205) rileva, infatti, come “costituire il diritto privato come *strumento* potrebbe accentuare l’idea della funzionalizzazione”.

¹⁹³ F. SATTA, *La riforma della legge 241/90*, cit., doc. pdf.

svincolata dalla regola dell'interesse pubblico e che persegue viceversa interessi propri, alla stregua di qualsiasi privato". È evidente, quindi, il significato che assume l'aver abbandonato il riferimento agli *strumenti* di diritto pubblico e di diritto privato: è il chiaro segno di un "mutamento di concezione"¹⁹⁴.

Ciò conferma che, con la riforma, il legislatore è intervenuto sulla fattispecie e non sulla disciplina; non ha previsto, come sarebbe stato se il d.d.l. n. 1281, ad esempio, fosse stato approvato, l'applicazione della disciplina privatistica ad un'attività che è amministrativa (volta cioè al perseguimento dell'interesse pubblico), ma ha operato esso (legislatore), a differenza che in passato, una precisa valutazione circa il regime giuridico applicabile all'agire delle pubbliche amministrazioni, sulla base della natura degli atti. In altri termini, come abbiamo già notato sopra, la riforma ha inciso sulla fattispecie, e non sulla disciplina. La funzione è legata solo ed esclusivamente all'esercizio del potere; se di funzionalizzazione si può parlare, dunque, questa può avere ad oggetto solo norme e istituti di diritto pubblico, e non norme e istituti di diritto privato. Si formano quindi due coppie dicotomiche: da un lato, potere-autorità, dall'altro lato, consenso-libertà; vincolo di scopo, nel primo caso, autonomia privata, nel secondo.

5.7 Il rapporto intercorrente tra il novellato art. 11 (legge n. 241 del 1990) e il comma 1 bis e la teoria della "concordanza riduzionista".

Il fenomeno della riduzione dell'agire autoritativo, cui oggi si assiste, è, a nostro avviso, evidente laddove s'interpreti il comma 1 bis in combinato con l'art. 11 legge 241 (anch'esso novellato)¹⁹⁵; una lettura combinata che, secondo taluno¹⁹⁶, addirittura s'impone all'interprete. In effetti, questa lettura sistematica è, a nostro avviso, fondamentale per comprendere come il legislatore della riforma sia intervenuto sulla fattispecie e come oggi la tripartizione abbia lasciato spazio alla bipartizione, fondata sulla natura dell'atto.

¹⁹⁴ M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1205.

¹⁹⁵ Per un esame sul nuovo art. 11 si rinvia ai notevoli contributi della dottrina. In particolare, si v. G. GRECO, in AA. VV., *L'azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., pp. 421 ss.; M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 1207-1208; F. CANGELLI, op. cit., pp. 291 ss.; F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento*, cit., doc. pdf.

¹⁹⁶ Così F. FRANCIOSI, op. ult. cit., doc. pdf.

Muovendo da questa nostra ricostruzione, per capire quale sia il regime, pubblico o privato, da applicare all'agire delle pubbliche amministrazioni, è necessario muovere dalla natura dell'atto. Ci troveremo, quindi, di fronte ad un atto autoritativo quando la pubblica amministrazione esercita un potere, ponendo in essere atti ontologicamente pubblici¹⁹⁷; in tal caso, è noto, l'azione è procedimentalizzata, e le scelte che la pubblica amministrazione può compiere sono positivamente limitate¹⁹⁸. Il regime applicabile, in tale circostanza (non c'è dubbio) è quello di diritto pubblico, quindi esclusivamente le norme di diritto pubblico. Rientra in tale caso l'accordo integrativo, giacché esso, essendo espressione di potere¹⁹⁹, non può che configurare un atto autoritativo.

Ci troveremo, viceversa, di fronte ad un atto di natura non autoritativa quando, come visto sopra, la pubblica amministrazione non esercita un potere. Qui è essenziale riferirsi alla "natura" dell'atto, intesa come categoria onnicomprensiva, tale da includere, nel suo ambito concettuale ed operativo, non solo gli atti non autoritativi *tout court* (negozio giuridico), ma anche quelli che, pur non essendo intrinsecamente tali, lo diventano in quanto non espressione di "forza", cioè di potere. Tali sarebbero, a nostro avviso, gli accordi sostitutivi, ai quali l'amministrazione perviene in seguito ad un accordo che, appunto, sostituisce, il provvedimento²⁰⁰. Tali accordi, attesa la natura di atti non autoritativi, sono riconducibili all'ambito operativo di cui al comma 1 bis²⁰¹.

¹⁹⁷ A proposito dell'espressione "autorità", la dottrina (C. VITTA, voce *Autorità*, in *Nss. dig. it.*, vol. I, 2, Torino, 1958, pp. 1563 ss., in particolare pp. 1563-1564) osserva come, già nel linguaggio comune, essa faccia riferimento ad una persona, ad un attributo personale o ad una manifestazione di pensiero, "che per qualche suo intrinseco requisito ha il vantaggio di aver preminenza su altre persone e sopra altre manifestazioni di volontà".

¹⁹⁸ Cfr. N. PAOLANTONIO, op. cit., p. 101.

¹⁹⁹ G. GRECO, in AA. VV., *L'azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., p. 426, il quale precisa che negli accordi integrativi non v'è alcun profilo di autonomia privata.

²⁰⁰ *Contra*, per tutti, G. GRECO, in AA. VV., *L'azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., p. 426, il quale evidenzia l'identità di regime e di natura dei due accordi contemplati nella norma. In realtà, l'affermazione secondo cui tra i due tipi di accordi vi sarebbe identità di natura (sulla asserita identità di disciplina ci soffermeremo *infra*) non sembra essere condivisibile, proprio in ragione del fatto che, salvo quanto diremo tra breve, il criterio in base al quale il legislatore distingue gli atti è quello della loro "natura"; sicché, una volta stabilito *ex lege* (art. 11) che nell'accordo sostitutivo il consenso tiene luogo del provvedimento, l'atto non può che avere natura non autoritativa, e quindi essere annoverato nell'ambito operativo (e concettuale) del comma 1 bis. V., altresì, *Id.*, G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 77.

Per le posizioni assunte dalla dottrina prima della riforma del 2005 si v., tra le opere più significative, F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., pp. 44 ss. L'Autore afferma come, in relazione a tali accordi (sostitutivi), la P.A. "sia titolare di un potere unilaterale, che può esercitare mediante un provvedimento o, in presenza della disponibilità degli altri «interessati», mediante un accordo, ossia mediante una fattispecie a struttura consensuale ma funzionalmente legata alla cura dell'interesse pubblico" (*ivi*, pp. 47-48).

Seguendo siffatta impostazione, attribuendo, cioè, alla P.A. la facoltà di curare l'interesse pubblico con un accordo – quindi su una base consensuale –, si finisce, a nostro avviso, con il postulare la disponibilità dell'interesse pubblico sotteso (all'accordo stesso) in capo all'amministrazione procedente (questa è la tesi del Falcon [G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, p. 260], secondo il quale l'atto di adesione alla convenzione si configura come atto amministrativo, “come un vero e proprio provvedimento”; e, “in quanto atto di disposizione degli interessi pubblici coinvolti, esso è bene in grado di ledere i connessi interessi privati”). Nel senso che, se la P.A. all'esito del procedimento, fa una proposta al privato e questi l'accetta, implicitamente la P.A. rinuncia all'esercizio del potere (di cui pure sarebbe titolare, secondo la scuola di pensiero in commento). Si configurerebbe, a nostro modo di vedere, una rinuncia ad effetto estintivo del potere. E ancora. Se la P.A. decide di fare una proposta all'interessato/contraente, spogliandosi, quindi, dei suoi poteri autoritativi, non sarebbe chiaro come, a questo punto, il potere autoritativo torni ad essere nella titolarità dell'amministrazione (cfr., sul punto, G. ROSSI, *Diritto pubblico*, cit., p. 669, il quale rileva come nel momento in cui “l'amministrazione ricorre allo strumento contrattuale non v'è alcuna ragione che giustifichi il ritornare sugli strumenti pubblicistici per alterare l'equilibrio contrattuale liberamente determinato”). Sembra quasi che l'esercizio del potere, “risuscitato” a seguito della mancata accettazione dell'accordo da parte dell'interessato/contraente, si configuri come una sanzione a carico del privato “non accomodante”, ovvero come un onere a contrarre, pena l'esercizio del potere e quindi la produzione di effetti certamente meno favorevoli per il privato medesimo. Non convince pienamente, dunque, la tesi, sebbene elaborata da autorevole dottrina (G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit. p. 260), in virtù della quale l'atto di adesione non produce alcun affetto dispositivo o vincolante sin quando non si sia incontrato con il consenso della controparte.

La dottrina (F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., pp. 49 ss.), delineando con nettezza autorità (o autoritatività) e imperatività, sostiene che l'autoritatività sarebbe un attributo del potere, mentre l'imperatività del provvedimento. Da ciò la possibilità di configurare provvedimenti non autoritativi, provvedimenti, cioè, atti a modificare unilateralmente la sfera giuridica altrui senza che l'amministrazione eserciti alcun potere. “Se il consenso esclude l'autoritarità dell'atto – afferma l'Autore –, nel caso dell'accordo [sostitutivo] si ha un atto non autoritativo che costituisce esercizio di un potere autoritativo” (ivi, p. 49). L'insigne studioso, “Tenendo conto della distinzione tra il potere autoritativo e l'atto imperativo”, configura l'accordo sostitutivo come “atto non imperativo di esercizio di un potere autoritativo” (ivi, p. 51). Cfr. sul punto, E. CASSETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 11, il quale ritiene che i connotati pubblicistici e autoritativi siano propri dell'accordo sostitutivo.

Sugli accordi sostitutivi si è pronunciata, sebbene incidentalmente, anche la Corte costituzionale (sent. n. 204 del 2004), la quale ha affermato (Punto 3.4.2 della Motivazione), che la P.A., nell'avvalersi della facoltà, riconosciutale dalla legge (oggi non più, come vedremo subito nel testo), di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, esercita un potere; detta facoltà, infatti, presuppone, ad avviso della Consulta, l'esistenza del potere autoritativo. L'esercizio del potere pubblico da parte dell'amministrazione sarebbe, dunque, presente anche in quegli atti la cui natura è consensuale (sulla sentenza n. 204 cit. ci soffermeremo più ampiamente *infra* [§ 6], ove si rileveranno taluni aspetti contraddittori in cui sembrerebbe essere caduta la Consulta).

A noi sembra, invero, che nell'accordo sostitutivo non sia ravvisabile alcun elemento autoritativo, in quanto la P.A. non esercita alcun potere. La vera (se non l'unica) peculiarità degli accordi in argomento, rispetto ad un contratto di diritto privato, intrinsecamente tale, è che essi traggono origine da un procedimento amministrativo; sicché, l'accordo si distingue dal contratto in quanto è la fase delle trattative che è sottoposta a vincoli di natura legale. In altri termini, è la legge che vincola le parti nel procedimento di formazione dell'accordo, inserendo dei limiti legali nel procedimento medesimo. Questo *modus operandi* si registra, a ben vedere, bensì nel diritto amministrativo, ma anche nel diritto privato. Per quanto riguarda il primo, esso (*modus operandi*) è strettamente legato alla stessa nozione di autonomia privata della pubblica amministrazione, intesa come “potere di autonormazione per la regolazione dei propri interessi, condizionato alle norme imperative dell'ordinamento” (così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 498).

Ma questo fenomeno è tipico anche del diritto privato. La conclusione di molteplici contratti passa, infatti, attraverso schemi legali tipici proceduralizzati; la legge, cioè, inserisce, nel procedimento di formazione del contratto, vincoli di natura legale, che “guidano” le parti nella fase delle trattative (ad esempio, nella scelta del contraente, nella determinazione di taluni elementi del contratto, ecc.). Si fa riferimento, in primis, ai negozi proceduralizzati, tra i quali va inclusa la prelazione (specialmente quella legale, per i fini

Che questa sia la soluzione adottata dal legislatore è dimostrato dal fatto che il rinvio ai “*casi previsti dalla legge*”, contenuto nella parte finale del comma 1 dell’art. 11, è stato espunto dal testo della norma, proprio perché è il comma 1 bis che afferma il principio generale che il diritto privato è il diritto comune, e quindi la pubblica amministrazione può sempre fare ad esso ricorso (si rammenti il dato letterale: “La P.A. [...] *agisce*” e non già “*può agire*”) anche senza una previa determinazione legislativa.

A questo punto molteplici potrebbero essere le obiezioni sollevabili. Si potrebbe, cioè, osservare che l’art. 11 prevede già la disciplina da applicare a tali accordi, e quindi che la sua riconduzione nell’ambito operativo di cui al comma 1 bis non produce alcun effetto utile²⁰². Anzi, si potrebbe dire che, proprio perché v’è una disciplina diversa e specifica, compreso il diritto di recesso *ex lege* (espressione, secondo taluno²⁰³, della autoritatività della P.A.), questi atti rappresentano tipicamente l’attività amministrativa di diritto privato, e quindi riemergerebbe la funzionalizzazione, e, con essa, la tripartizione. Si potrebbe anche affermare che, sebbene sia stato generalizzato (o “liberalizzato”, secondo una terminologia

comparativi che qui interessano). Cfr., per la dottrina più recente, A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale: la formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, cit., pp. 247 ss., 261. E si pensi ancora ai procedimenti di volontaria giurisdizione, quelli che lo Zanobini definiva *l’amministrazione pubblica nel diritto privato* (cfr. G. ZANOBINI, *Sull’amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, I, pp. 169 ss.; *Id.*, *Corso di diritto amministrativo*, vol. V, *Le principali manifestazioni dell’azione amministrativa*, Milano, pp. 173 ss.). Illuminanti sono ancora le parole del Giannini (*op. ult. cit.*, pp. 496-497): “se le normazioni positive attribuiscono alle persone giuridiche private posizioni di autonomia privata sostanzialmente limitate, altrettanto sarà per le persone giuridiche pubbliche o operanti nel settore pubblico [...]. Se invece i diritti positivi equiparano sostanzialmente le persone giuridiche alle persone fisiche, altrettanto potrà essere per le persone giuridiche pubbliche”.

²⁰¹ Questa soluzione evita anche gli sforzi della dottrina (F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., p. 46) volti alla configurazione di una “nuova figura di Atto dell’Amministrazione, equidistante dal contratto e dal provvedimento”, ai fini di dipanare la natura giuridica e, quindi, la collocazione sistematica dell’accordo sostitutivo. Ed evita, altresì, la non indiscussa riconduzione degli accordi *de quibus* alla categoria, di matrice tedesca, dei contratti di diritto pubblico: cfr., per tutti, G. GRECO, in AA. VV., *L’azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., p. 425.

Parte della dottrina (L. IANNOTTA, *op. cit.*, p. 367) ritiene che possano essere ricondotti al novero degli atti non autoritativi (comma 1 bis) tutti “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 [...]”. Come si può notare, non si opera alcuna distinzione in base alla “natura” dell’atto, come espressamente dispone il comma 1 bis. Sarebbe, invece, opportuno distinguere gli atti a seconda della loro natura, nel senso indicato nel testo.

La bibliografia sui contratti di diritto pubblico e, più in generale, sul principio contrattuale nell’attività amministrativa, è molto vasta. Si rinvia ai notevoli riferimenti bibliografici riportati da F. CANGELLI, *op. cit.*, pp. 265 ss., in particolare p. 267, nota n. 3, p. 273, nota n. 13. V., altresì, la nota n. 2 del presente lavoro.

²⁰² Così F. CANGELLI, *op. cit.*, pp. 280-281, la quale caldeggia il rapporto di separazione tra le due norme in esame. Cfr., altresì, G. GRECO, in AA. VV., *L’azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., p. 426, il quale fa riferimento all’identità di natura e di regime tra le due tipologie di accordi previste nella norma in esame. *Id.*, *L’azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 73, ove l’Autore afferma che l’art. 11 fornisce, di per sé, una disciplina scarna, ma sufficientemente significativa.

²⁰³ E. CASSETTA, *Profili*, cit. p. 11.

attualmente in voga) il riferimento ai casi espressamente previsti dalla legge, eliminando la riserva di legge di cui al comma 1 dell'art. 11, il legislatore ha introdotto un comma 4 bis che tornerebbe a limitare la libertà di azione della P.A.²⁰⁴. Altro rilievo possibile è che l'art. 11, a differenza del comma 1 bis, contiene l'espressione "può scegliere", e ciò dimostrerebbe, come è stato sostenuto²⁰⁵, l'astratta fungibilità di strumenti a disposizione dell'amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico, quindi in sostanza si mette in evidenza l'aspetto funzionale dell'attività dell'amministrazione.

Anche queste, e simili, critiche sarebbero del tutto prive di fondamento. È vero che l'art. 11 prevede l'applicazione agli accordi di una specifica disciplina, segnatamente quella di cui al Libro IV del c.c. Ma è altrettanto vero che il comma 1 bis prevede una clausola di salvaguardia ("[...] salvo che la legge disponga diversamente")²⁰⁶ che non può essere, né

²⁰⁴ Per un'analisi della "Determinazione" di cui al comma 4 bis si rinvia ai numerosi contributi dottrinari in materia, tra i quali ci limitiamo a segnalare: L. IANNOTTA, op. cit., pp. 376-377; G. DE MARZO – P. GRAUSO – G. FABBRIZZI, *L'attività amministrativa alla ricerca del consenso*, cit., pp. 105 ss.; M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1207; F. CANGELLI, op. cit., pp. 291 ss.; G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., pp. 77-78, il quale rileva che "La previa determinazione viene a fornire [...] la medesima funzione che nei contrats administratifs francesi presentano i c.d. «actes détachables» e nei contratti pubblici spagnoli i c.d. «actos jurídicos separables»". L'accordo amministrativo, osserva ancora l'Autore, "è – da parte dell'amministrazione – esercizio del potere funzionalizzato e assoggettato come tale alla disciplina e al regime dell'atto amministrativo"; sicché eventuali patologie della determinazione preliminare "si ripercuotono sull'accordo secondo le regole proprie del procedimento amministrativo, perché, a differenza dei contratti ad evidenza pubblica, in questo caso l'esercizio del potere entra nell'accordo in quanto tale, come manifestazione della volontà contrattuale dell'amministrazione [...]" (*ivi*, pp. 79-80).

Il problema di fondo consiste, a nostro avviso, nello stabilire la natura giuridica, pubblica o privata della "Determinazione" *de qua*. Ai nostri fini ciò rileva solo in parte, in quanto qualificare come pubblica la natura dell'atto, significa ricondurla alla clausola di salvaguardia di cui al comma 1 bis. Se, viceversa, come siamo più propensi a ritenere, si riconoscesse natura privatistica all'atto in esame, questo potrebbe essere equiparato alle deliberazioni assembleari delle persone giuridiche private, ricostruendo la disciplina applicabile in via analogica (si prenda, ad esempio, la disciplina sulla invalidità delle deliberazioni delle società per azioni, ex artt. 2377 ss. c.c.). È chiaro, infatti, che le persone giuridiche pubbliche, alla stregua di quelle private, non possono perseguire fini contrari al loro statuto e alla legge istitutiva. Ma questo è un limite comune a tutte le persone giuridiche, a prescindere dalla loro natura (pubblica o privata).

²⁰⁵ M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1207.

²⁰⁶ La clausola fa salve le sole ipotesi previste dalla "legge". Se non sembra potersi dubitare che in tale espressione vadano annoverate anche le leggi regionali (e provinciali, limitatamente alle province di Trento e Bolzano), gli statuti regionali, speciali o ordinari (così V. ITALIA, *Commento*, cit., pp. 90-91), qualche perplessità manifestiamo in ordine ai regolamenti, per i quali, se non si propende per una radicale loro esclusione dall'espressione *de qua*, sembra necessaria, per lo meno, una distinzione.

Per la tesi negativa (esclusione dei regolamenti dall'espressione "legge") milita la circostanza che in precedenti versioni della norma si facesse espresso riferimento anche ai regolamenti, quando, invece, come è evidente dalla lettura del dato testuale, nella versione definitivamente approvata l'indicazione di tale fonte (regolamento) non risulta più presente. Sembrerebbe chiaro, dunque, che il legislatore abbia inteso limitare l'operatività della deroga in questione alle sole fonti primarie.

In dottrina si registrano diverse posizioni. Taluno (G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., p. 486) ritiene che il mancato riferimento ai regolamenti, nella versione definitiva della norma,

obliterata, né ridimensionata, né strumentalizzata; e ciò, si badi, tanto sul profilo dogmatico-sistematico, quanto su quello operativo. Ecco, quindi, che l'art. 11, dettando una diversa disciplina, viene a costituire una deroga al principio secondo cui la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato²⁰⁷. Una deroga, nel senso che si applica, bensì la disciplina di diritto privato, ma solo nei limiti stabiliti dalla legge (Libro IV c.c.).

Da un attento esame della norma, anche sul piano sistematico, non emerge che gli atti di natura non autoritativa, per i quali la legge “disponga diversamente”, debbano essere

vada inteso come “operazione meramente tecnica, volta ad eliminare un elemento pleonastico della norma”. La debolezza dell'argomento addotto è dimostrata dal rilievo che si presume che il legislatore utilizzi sempre un linguaggio tecnico, per effetto del quale l'adozione di un termine rinvia automaticamente ad un certo istituto e alla sua normativa. Quindi, l'adozione della parola “legge” non può voler dire anche “regolamento”, perché sono due fonti del diritto affatto diverse (cfr. art. 1 preleggi).

È curioso notare come tali ultimi rilievi siano stati fatti dall'Autore citato in un precedente Suo scritto (alludiamo a *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 79-80) e siano stati ripudiati due anni dopo, in nome di una “operazione meramente tecnica”. In realtà, è chiaro che il legislatore non possa che ricorrere all'uso di un linguaggio tecnico-giuridico, ed è chiaro che l'interprete non possa che essere vincolato al dato letterale delle disposizioni, non potendo (l'interprete) ricorrere a presunte volontà del legislatore non esternate (né, nel nostro caso, ricavabili in via sistematica, come pure sarebbe possibile ex art. 12 Preleggi).

Più equilibrata appare, allora, la tesi di chi (V. ITALIA, *op. ult. cit.*, p. 91) distingue i regolamenti di cui all'art. 17, lett. b), della legge n. 400/1988, da altri regolamenti (ad es. quelli degli enti locali, sui quali v. M. ALÌ, *Regolamenti degli enti territoriali*, in *Enc del dir.*, vol. VI Agg., Milano, 2002, pp. 931 ss., in particolare pp. 949 ss.), affermando che solo i primi sono riconducibili al termine “legge” di cui al comma 1 bis. Oltre alla legge *stricto sensu*, dunque, il legislatore si sarebbe riferito pure agli atti governativi ad essa equiparabili.

Sulla legge e sul regolamento, e in generale, sulle fonti del diritto, la letteratura è, naturalmente, sterminata. Ci limitiamo, qui, a richiamare solo talune opere: F. MODUGNO, voce *Legge. III. Diritto costituzionale. a) Legge in generale*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, pp. 872 ss.; G. FASSÒ, voce *Legge. I. Teoria generale, ivi*, pp. 783 ss.; F. CUOCOLO, voce *Legge*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990; A.M. SANDULLI, voce *Legge (Diritto costituzionale)*, in *Nss. dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, pp. 630 ss.; C. ESPOSITO, *Legge*, in *Nuovo dig. it.*, vol. VII, Torino, 1938, pp. 719 ss.; G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2001; M.S. GIANNINI, voce *Regolamento. I. Regolamento a) problematica generale*, in *Enc del dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pp. 601 ss.; L. CARLASSARE, voce *Regolamento. I. Regolamento b) Diritto costituzionale, ivi*, pp. 605 ss.; C.M. BIANCA – G. PATTI – S. PATTI, voce *Regolamento*, in *Lessico di diritto civile*, cit., p. 654; *Id.*, voce *Legge ordinaria, ivi*, pp. 457-458; N. ZANON, voce *Legge statale*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, Milano, 2006, pp. 3451 ss.

Sulle fonti del diritto si v. E. PARESCHE, voce *Fonti del diritto. a) Filosofia del diritto*, in *Enc. del dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, pp. 892 ss.; V. CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto. b) Diritto costituzionale, Ivi*, pp. 925 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova, 1997, pp. 135 ss.; *Id.*, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da G. Santaniello), vol. XXXV, Padova, 2004; *Id.*, voce *Fonti (Dir. cost.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. III, Milano, 2006, pp. 2537 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996; F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. del dir.*, Agg., vol. I, Milano, 1997, pp. 561 ss.; A.M. SANDULLI, voce *Fonti del diritto*, in *Nss. dig. it.*, vol. VII, Torino, 1961, pp. 524 ss.; R. FRANCESCHELLI, voce *Fonti del diritto*, in *Nuovo dig. it.*, vol. VI, Torino, 1938, pp. 59 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1993; G. ZANOBINI, *Gerarchia e parità tra le fonti*, in *Studi in onore di S. Romano*, vol. I, Padova, 1939, pp. 589 ss.

²⁰⁷ *Contra* (ma muovendo dalla prospettiva della tripartizione): F. MASTRAGOSTINO, *op. cit.*, doc. pdf; F. CANGELLI, *op. cit.*, p. 275.

assoggettati ad una disciplina pubblicistica²⁰⁸. L'espressa scelta del legislatore, nei termini espressi dalla dottrina ora richiamata, in realtà non sembra rinvenirsi, giacché il legislatore ha soltanto voluto stabilire che, nell'ambito del principio generale di cui al comma 1 bis, le "norme di diritto privato" potrebbero trovare un'applicazione non integrale in determinati casi espressamente indicati dalla legge (si pensi proprio all'art. 11, che rinvia al solo Libro IV c.c.). Il disporre diversamente, infatti, non implica, a nostro avviso, il richiamo ad una disciplina pubblicistica; la diversità non riguarda una diversa materia (il diritto pubblico), ma attiene alla misura del rinvio. Per tale ragione riteniamo che la clausola di salvaguardia possa essere configurata come una deroga al principio generale secondo cui la P.A. *agisce sempre* con le norme (tutte) di diritto privato.

Più difficile sarebbe respingere l'obiezione da ultimo indicata, quella cioè che l'art. 11 recherebbe in sé qualche elemento di funzionalizzazione²⁰⁹. Riteniamo che il rilievo non sia infondato, ma sia determinato da un refuso, nella parte in cui l'art. 11 stabilisce "può scegliere". In sostanza, il legislatore sarebbe incorso in un difetto di coordinamento tra il comma 1 bis e l'art. 11 (nella parte indicata), nel senso che, bene si sarebbe fatto a distinguere le ipotesi degli accordi integrativi da quelle degli accordi sostitutivi, per evidenziare la diversità di fattispecie, e quindi di disciplina. Il non averlo fatto genera certamente dei problemi ermeneutici che l'interprete dovrà risolvere leggendo la norma in combinato con il comma 1 bis, dove il legislatore detta un principio generale, codificando non una mera facoltà ma, come abbiamo avuto modo di vedere sopra, un obbligo di agire secondo le norme di diritto privato. La pubblica amministrazione, dunque, deve agire secondo le norme di diritto privato tutte le volte in cui la legge non le imponga di agire secondo le norme di diritto pubblico. Atteso che il riferimento ai "casi previsti dalla legge" è stato eliminato dal comma 1 dell'art. 11, l'amministrazione ha un obbligo di agire con atti non autoritativi, e sempre salvo che la legge disponga diversamente (comma 1 bis).

Nessuna tripartizione e nessuna funzionalizzazione. La distinzione che determina l'applicazione del diritto pubblico o del diritto privato passa per la natura dell'atto.

²⁰⁸ Così invece G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 70, il quale osserva che "gli atti autoritativi sarebbero pubblicistici per natura, mentre altri atti sarebbero (in tutto o in parte) equiparati ai primi per specifica scelta legislativa, operata di volta in volta per singole fattispecie".

²⁰⁹ F. CANGELLI, op. cit., p. 281.

La teoria secondo cui l'art. 1, comma 1 bis e l'art. 11 siano espressione di un unico principio può essere agevolmente ricondotto alla teoria della "concordanza riduzionista"²¹⁰. In base a tale teorica, infatti, è possibile ricondurre "una varietà di fenomeni ad un unico schema esplicativo"²¹¹. Qui si assume che il negozio giuridico (in particolare il contratto) e gli accordi sostitutivi (e, in generale, tutti gli atti che non siano espressione di un potere pubblico) siano atti riconducibili ad un unico fondamentale fenomeno (*recte*: principio), quello secondo cui la pubblica amministrazione "agisce" secondo le norme di diritto privato nell'adozione di atti di natura non autoritativa (comma 1 bis).

Ciò che rileva è, dunque, la natura dell'atto; la riconduzione degli accordi sostitutivi nell'ambito della macro-categoria degli atti non autoritativi determina la unificazione di due fenomeni che in passato erano oggetto di una diversa teoria: quella della tripartizione.

La clausola di cui al comma 1 bis fa salvi i casi in cui la legge dispone diversamente. Ciò non fa altro che rafforzare il principio secondo cui le amministrazioni agiscono (*recte*: devono agire) secondo le norme di diritto privato, giacché si prevede che sia la legge ad individuare tassativamente le ipotesi in cui il diritto privato non sia applicabile integralmente ovvero sia applicabile solo in parte (come accade in ordine all'art. 11, sopra esaminato). Nel primo caso, la legge stabilirà radicali divieti di utilizzo del diritto privato²¹², nel secondo, solo una sua limitata applicazione.

È evidente, quindi, come la clausola di salvaguardia costituisca una deroga al principio di cui al comma 1 bis. La necessaria predeterminazione normativa delle ipotesi riconducibili alla clausola di salvaguardia *de qua* implica, inoltre, ulteriori conseguenze, la più importante delle quali riguarda il divieto di applicazione analogica di queste deroghe *ex lege*, giusto il disposto di cui all'art. 14 delle Preleggi²¹³. Infatti, una volta che il legislatore abbia stabilito

²¹⁰ Per un esame della quale si rinvia a J.L. COLEMAN, *La pratica dei principi*, cit., pp. 95 ss.

²¹¹ J.L. COLEMAN, *op. ult. cit.*, p. 95. L'Autore riporta come esempio classico di questa "virtù teoretica" la teoria della gravitazione di Newton, la quale "fornisce un'unica spiegazione sia per il moto dei corpi in caduta, sia per le orbite dei pianeti", fenomeni che, come si sottolinea "in precedenza erano stati oggetto di teorie diverse" (*ibidem*).

²¹² Cfr. M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1206. Si prenda ancora come esempio l'art. 70, comma 3, d. lgs.n. 300 del 1999, che vieta espressamente alle Agenzie fiscali l'accensione di mutui e il ricorso ad altre forme di indebitamento.

²¹³ L'art. 14 delle Disposizioni della legge in generale rubrica "Applicazioni delle leggi penali ed eccezionali", e recita "Le leggi penali a quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati".

In materia di analogia, la letteratura giuridica è molto vasta. Si v., in particolare, M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, Milano, 1942; N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938; *Id.*, *Intorno al fondamento del procedimento per analogia*, Torino, 1951; *Id.*, voce *Analogia*, in *Nss. dig. it.*, vol.

che il principio generale dell'azione delle pubbliche amministrazioni è quello in base al quale esse agiscono secondo il diritto privato, una deroga deve essere espressamente dettata, e non opera al di là dei limiti in essa contenuti²¹⁴.

6. PROFILI DI TUTELA GIURISDIZIONALE ALLA LUCE DELLA NATURA DEGLI ATTI.

Molto importante per chiarire ancor di più il senso e la portata della riforma del 2005 è la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale²¹⁵.

I, Torino, 1957, pp. 601 ss.; *Id.*, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino 1960; M. BOSCARELLI, *L'analogia giuridica*, Milano, 1954; L. CAIANI, voce *Analogia*, b) *Teoria generale*, in *Enc. del dir.*, vol II, Milano, 1958, pp. 348 ss.; G. CARCATERRA, voce *Analogia*, I) *Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. II, Roma, 1988; A. GIULIANI, *Le preleggi: gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino, 1999, pp. 52 ss.; R. GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle «preleggi»*, Torino, 1989, pp. 99 ss.; M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003; F. ROMEO, *Analogia per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Padova, 1990; G. D'ALESSANDRO, voce *Analogia*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. I, Milano, 2006, pp. 312 ss.

²¹⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. lavoro, 24 luglio 1990, n. 7494, secondo cui "L'art. 12 delle preleggi contiene tutti i criteri ermeneutici della legge, ed in particolare sia il criterio dell'interpretazione estensiva, che consente l'utilizzazione di norme regolanti casi simili (e non già identici), sia quello dell'interpretazione analogica (analogia legis), che permette l'utilizzazione di norme che disciplinano materie analoghe, ossia istituti diversi aventi solo qualche punto in comune con il caso da decidere, mentre l'art. 14 delle stesse preleggi - come reso evidente dai lavori preparatori - non detta alcun criterio di esegesi legislativa, limitandosi a stabilire che le leggi penali e quelle che fanno eccezione ad altre leggi non si applicano (in via d'interpretazione analogica) oltre i casi ed i tempi in esse considerati". Si cfr., altresì, T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 28 febbraio 2006, n. 1459, ove si rileva che le norme che fanno eccezione ad un principio generale non sono suscettibili né di interpretazione estensiva, né analogica. V., altresì, Cass. civ., Sez. lavoro, 09 febbraio 2006, n. 2853; Cass., 9 novembre 2004, n. 21317; 27 agosto 2004, n. 17162; 23 luglio 2004, n. 13810.

Ciò premesso, davvero non riusciamo a concepire come si possa assumere che il diritto privato costituisca una disciplina residuale degli atti non autoritativi, né, tanto meno, riusciamo a comprendere come una deroga ad un principio possa essere interpretata estensivamente (così, invece, G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., p. 484).

²¹⁵ Reperibile su internet, www.giurcost.org. Per un commento sulla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale si v., tra le altre opere, G. GRECO, *Tutela risarcitoria e distribuzione della giurisdizione alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Cons. Stato*, n. 11 del 2004, pp. 2293 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a prima lettura)*, in *Giust. amm.*, n. 4 del 2004, pp. 729 ss.; F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, *ibidem*, pp. 734 ss.; G. M. DI LIETO, *Limiti della giurisdizione esclusiva amministrativa*, *ibidem*, pp. 743 ss.; R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, *ibidem*, pp. 747 ss.; B. SASSANI, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, *ibidem*, pp. 766 ss.; G. STANCANELLI, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 (riflessioni "a caldo")*, *ibidem*, pp. 770 ss.; M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in www.giustizia-amministrativa.it; O. FORLENZA, *Confermata per T.A.R. e Consiglio di Stato la giurisdizione in tema di risarcimento*, in *Guida*

Non è un caso, infatti, che la riforma, sebbene abbia avuto una lunga gestazione, sia intervenuta appena dopo sette mesi dalla pronuncia della Consulta. Non è casuale, inoltre, che dopo un lungo iter parlamentare in cui non era mai stata seriamente posta in dubbio la tripartizione dell'attività della pubblica amministrazione, e con essa la funzionalizzazione (come sopra si è rimarcato), il legislatore abbia introdotto una disposizione come quella di cui al comma 1 bis, nella quale (e questo è il profilo che qui va evidenziato) si tiene conto della natura delle situazioni coinvolte nell'agire delle pubbliche amministrazioni. Sembra che la Corte costituzionale, seppure nella individuazione delle particolari materie che possono essere attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, abbia contribuito a dettare le basi per l'introduzione di un criterio che si fondi non più sul tipo di attività, ma sulla natura degli atti posti in essere.

Autorevole dottrina²¹⁶ sottolinea come la Corte costituzionale sia partita dalla premessa che “le norme costituzionali hanno conservato sostanzialmente integro il principio di unità della giurisdizione”²¹⁷, in forza del quale “al giudice ordinario è affidata la cognizione delle situazioni giuridiche soggettive che sono tutelate nei confronti di tutti, indistintamente, i soggetti dell'ordinamento, comprese le Pubbliche amministrazioni, perché hanno la

al dir., n. 29 del 2004, p. 88; F. LORENZONI, *Commento a prima lettura alla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004*, in www.federalismi.it; A. PAJNO, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9 del 2004, pp. 974 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, in www.astrid-online.it; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9 del 2004, pp. 983 ss.; B. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9 del 2004, pp. 974 ss.; G.P. ROSSI, *Il “vecchio” interesse legittimo ringrazia la Corte costituzionale*, in *Servizi pubblici e appalti*, n. 3 del 2004; F. SAITTA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in www.lexitalia.it, n. 7/8 del 2004; G. VIRGA, *La giustizia nella (e non della) amministrazione (sui nuovi confini della giurisdizione esclusiva tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004)*, in www.lexitalia.it, n. 7 del 2004; L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso in materia di servizi pubblici dopo la sentenza della Corte costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204*, Milano, 2004; M. SANINO, *Il nuovo riparto delle giurisdizioni voluto dalla Corte costituzionale*, Roma, 2005. Si v., altresì, da ultimo, il contributo di A. POLICE, in AA. VV. (a cura di F. G. SCOCA), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, pp. 103 ss.

²¹⁶ G. GRECO, *Tutela risarcitoria*, cit., p. 2298.

²¹⁷ Inteso dalla Consulta (Punto 3 della Motivazione in diritto) nei termini seguenti: “In nessun caso il legislatore ordinario può far sì che la pubblica amministrazione sia, in quanto tale, assoggettata ad una particolare giurisdizione, ovvero sottratta alla giurisdizione alla quale soggiace «qualsiasi litigante privato»: la specialità di un giudice può fondarsi esclusivamente sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare la giustizia “nell'amministrazione”, e non mai sul mero fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione”. Cfr., sul punto, G. GRECO, *Tutela risarcitoria*, cit., p. 2299.

*consistenza del diritto soggettivo*²¹⁸. Le situazioni giuridiche soggettive diverse (interesse legittimo), che non abbiano, cioè, siffatta consistenza (*id est*: natura), sono devolute alla giurisdizione del Giudice Amministrativo²¹⁹.

Ciò, nella visione della Consulta, sarebbe stato necessario per rispettare il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni²²⁰.

La Corte costituzionale, quindi, secondo questo precipuo angolo visuale, distingue i casi in cui la pubblica amministrazione agisce come autorità²²¹, e dunque nell'esercizio del potere pubblico ad essa attribuito dalla legge²²², da quelli in cui l'amministrazione non esercita tale potere²²³.

²¹⁸ Il corsivo è nostro.

²¹⁹ La tutela dell'interesse legittimo rappresenta "un ampliamento delle garanzie dei cittadini nei confronti dei poteri pubblici, cosicché la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo nulla ha sottratto (e sottrae) alle attribuzioni del giudice ordinario, non derogando, perciò, al principio di unità della giurisdizione": così G. GRECO, *Tutela risarcitoria*, cit., p. 2298.

²²⁰ Cfr., sul punto, G. GRECO, *Tutela risarcitoria*, cit., p. 2299; F. TRIMARCHI BANFI (*L'art. 1 comma 1 bis*, cit., p. 948).

²²¹ Dire che la pubblica amministrazione agisce come autorità significa concepire il diritto amministrativo "come il diritto dell'autorità pubblica, il diritto «dello Stato che agisce come autorità»". Ciò è chiaro nella descrizione del diritto amministrativo dell'Hauriou, così come in quelle quasi contemporaneamente date da altri studiosi (come Cammeo e Jellinek): cfr., sul punto, M.S. GIANNINI, voce *Diritto amministrativo*, cit., p. 865.

²²² G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 71.

²²³ Questa posizione è chiara nelle limpide argomentazioni dei giudici della Consulta. Siffatta chiarezza non si rinviene, a nostro avviso, in un solo Punto della motivazione (il 3.4.2), a proposito della "materia" dei pubblici servizi. I giudici di Palazzo della Consulta, infatti, dopo aver affermato (Punto 3.2, motivazione) che: a) il legislatore ordinario, nell'individuare le "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi, ha un potere, non assoluto, né incondizionato; b) nell'esercizio di siffatto potere, il legislatore "deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie"; c) tale necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive corrisponde al parametro adottato dal Costituente, ex art. 103 Cost., "come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa"; d) le materie assoggettabili alla giurisdizione esclusiva sono "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità (devono, cioè, "partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità"); e) "è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo", assumono una posizione, in materia di pubblici servizi, che sembra contraddire siffatte premesse. La Corte (Punto 3.4.2 cit.), infatti, afferma che "La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990)". La sostituzione del potere autoritativo con strumenti negoziali non può presupporre l'esistenza del potere (sostituito), giacché ciò non è logicamente, né giuridicamente, possibile. Se il potere è "sostituito" significa che la P.A. non "agisce come autorità", sicché il privato vanterà nei confronti della medesima P.A. diritti soggettivi, con la conseguenza che (giusto il principio ex art. 103 Cost.) la giurisdizione in questi casi non può che spettare al G.O., proprio perché è la natura delle situazioni coinvolte che il Costituente ha voluto adottare come ordinario discrimine tra le due giurisdizioni. A ciò si aggiunga che la stessa Corte costituzionale ha precisato che il generico coinvolgimento

Queste considerazioni ci richiamano alla memoria le osservazioni svolte dal Ranalletti nel 1905. Egli scriveva “[...] se si vuol comprendere il diritto amministrativo italiano nella materia della difesa giurisdizionale dell’individuo contro lo Stato, vuoi nella sua formazione storica, vuoi nelle sue disposizioni vigenti, si è obbligati a fare la distinzione fra atti di impero e atti di gestione”²²⁴. Depurata dai condizionamenti storici relativi al sistema giuridico allora vigente, questa asserzione torna ad essere attuale.

Come afferma la dottrina²²⁵, poi, “l’assoggettamento alla giurisdizione del Giudice amministrativo [costituisce] un canone interpretativo del carattere pubblico e non privato della fattispecie”.

In ordine alla tutela giurisdizionale, dunque, ogni volta che la pubblica amministrazione pone in essere atti d’impero (*id est*: atti autoritativi), la giurisdizione non potrà che spettare al giudice amministrativo, venendo in questione interessi legittimi²²⁶. Quando, viceversa, la pubblica amministrazione pone in essere atti di gestione (*id est*: atti di natura non autoritativa) la giurisdizione non può che spettare al giudice ordinario²²⁷. La dottrina osserva, infatti, che la Corte costituzionale “individua l’agire autoritativo collegandolo all’interesse legittimo, posizione giuridica che si correla all’attività dell’amministrazione che emana provvedimenti, *senza qualificazioni aggiuntive*”²²⁸.

di un pubblico interesse non è sufficiente a configurare l’esistenza di un potere pubblico, e quindi un agire in situazione di supremazia, cioè autoritativamente, nei confronti del cittadino. L’individuazione di un potere non generico, necessaria affinché la controversia sia devoluta alla cognizione del giudice amministrativo, è altresì necessaria perché, come osserva la dottrina (G. GRECO, *Tutela risarcitoria*, cit., p. 2299), altrimenti, non si giustificerebbe “l’esclusione del controllo della Corte suprema di cassazione sull’osservanza dei principi e delle regole di diritto, esclusione sancita dall’art. 111 Cost. per le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. La natura non autoritativa degli atti posti in essere è sufficiente, dunque, a ritenere sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

²²⁴ O. RANELLETTI, *Per la distinzione*, cit., p. 668.

²²⁵ G. GRECO, *L’azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 75.

²²⁶ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L’art. 1 comma 1 bis*, cit., p. 948.

²²⁷ Sono, in ogni caso salvi i casi in cui la legge dispone diversamente (comma 1 bis), cioè, per il profilo qui in esame (la tutela giurisdizionale), i casi riguardanti la giurisdizione esclusiva del G.A. Anche qui a costituire il criterio cui il legislatore deve ispirarsi nel disciplinare le materie riconducibili alla giurisdizione esclusiva si ritiene sia quello relativo alla distinzione tra atti di impero e atti di gestione. Il G.A. ha giurisdizione solo se l’atto che si appresta a sindacare esprime l’esercizio di un potere, un’autorità, una forza diseguale. Quando la P.A. agisce con atti di natura non autoritativa, cioè senza esercizio del potere pubblico (che la legge le attribuisce ai fini del perseguimento di interessi pubblici), la giurisdizione appartiene al G.O., e non può essere attribuita dal legislatore alla cognizione del G.A. neppure nella forma della giurisdizione esclusiva. In altri termini, sono “estraneie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie nelle quali sia del tutto assente ogni profilo riconducibile all’Amministrazione come autorità” (così L. IANNOTTA, op. cit., p. 361). Una norma che non tenesse conto di tali limiti sarebbe costituzionalmente illegittima.

²²⁸ Così F. TRIMARCHI BANFI, *L’art. 1 comma 1 bis*, cit., p. 948. Il corsivo è aggiunto.

Il quadro si completa con l'analisi del regime di invalidità degli atti. In ordine al tipico atto autoritativo, il provvedimento, il regime d'invalidità è quello introdotto con la legge n. 15 del 2005 (Capo IV bis, artt. 21 bis ss.). Per tutti gli atti di natura non autoritativa il legislatore non ha previsto alcunché, dal momento che ad operare è il principio generale di cui al comma 1 bis, il quale rinvia alle norme (tutte) di diritto privato, compresa quella di cui all'art. 2932 c.c., (salvo che la legge disponga diversamente). Per esemplificare: quando la P.A. agisce secondo le norme di diritto privato non v'è alcun procedimento amministrativo, sicché, ad esempio, non vi sarà alcun terzo inteso come controinteressato sostanziale²²⁹.

7. CONCLUSIONI.

L'introduzione, ad opera della legge n. 15 del 2005, del principio secondo cui “la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato [...]”, di cui all'art. 1, comma 1 bis, legge 241 del 1990 ha già suscitato notevoli interessi sotto il profilo scientifico; ciò è dimostrato, soprattutto, dalla notevolissima letteratura giuridica che, a distanza di poco più di un biennio, si è formata su detto principio.

Tra i molteplici punti di interesse che l'introduzione del comma 1 bis offre, ci siamo soffermati, in questa sede, soprattutto su taluni di essi, il cui esame abbiamo ritenuto decisivo in ordine ad una corretta impostazione e risoluzione del problema circa l'inquadramento sistematico del principio *de quo* nell'ordinamento giuridico vigente. Abbiamo evidenziato, sul piano della teoria generale, come il principio in rassegna costituisca una norma giuridica vigente e non una norma “virtuale”, o irragionevole, o da interpretare ipoteticamente. Neppure è possibile, a noi sembra, seguire quella dottrina che qualifica la norma in esame come parametro interpretativo. Riteniamo che queste siano valutazioni meta-giuridiche, in quanto l'ordinamento giuridico, nell'attuale momento storico, sembra operare delle valutazioni secondo cui il comma 1 bis rappresenta un

²²⁹ Cfr. N. PAOLANTONIO, op. cit., p. 113.

principio fondamentale nell'azione della pubblica amministrazione²³⁰; un principio che attribuisce al diritto privato la sua vocazione naturale, vale a dire il rappresentare il diritto comune dei privati e pubblici operatori²³¹. Più rispondente al dato letterale e alla teoria generale crediamo che sia, dunque, la tesi che configura il principio generale in rassegna, sia come criterio ermeneutico, sia come obbligo specifico a carico della P.A.²³².

Si è notato come, nell'interpretazione della norma, il legislatore non abbia dettato alcuna definizione di "atto non autoritativo" (né di quello autoritativo). Da qui la necessità, per l'interprete, di colmare la lacuna, formulando una definizione. Una definizione che, peraltro, sia coerente con il sistema in cui va ad operare.

Abbiamo attinto a quelli che la dottrina definisce "comuni denominatori" o, anche, "alfabeto giuridico"²³³ o "patrimonio concettuale"²³⁴, donde si sono ricalcate, mediante un "procedimento di generalizzazione"²³⁵, le nozioni astratte di atti d'impero e atti di gestione.

²³⁰ È significativo porre in rilievo, l'importanza della collocazione sistematica del principio, inserito tra i principi generali dell'azione amministrativa. Parte della dottrina (si v., in particolare, LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1204; FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento*, cit., doc. pdf.) non trascura affatto tale profilo sistematico.

²³¹ L'ente pubblico, infatti, "è prima di tutto un ente (inteso come soggetto agente secondo il diritto comune), poi è pubblico" (così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 498. Si cfr., altresì, R. NICOLÓ, voce *Diritto civile*, cit., p. 915, il quale afferma che "la proprietà pubblica è [...] proprietà, la impresa pubblica è [...] impresa, il contratto di diritto pubblico è [...] contratto", sicché "la qualificazione pubblica [degli istituti menzionati] non è che il riflesso della qualità del soggetto e della natura superindividuale dell'interesse protetto, ma non l'indice di una essenziale diversità di struttura". Per la dottrina meno recente si v., su tutti, L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1909, p. 331. L'Autore afferma che "La proprietà, varia nella forma e nell'estensione, è una nel suo concetto e consiste in un rapporto o vincolo della persona colla cosa e in potere diretto della prima sulla sostanza della seconda". La proprietà pubblica è "vera e propria proprietà della medesima natura ed efficacia giuridica che la proprietà privata (*ivi*, p. 343). Demanio e patrimonio si distinguono – precisa l'Autore – solo "per la diversa destinazione o il diverso modo di uso de' beni" da parte del popolo, unico soggetto delle proprietà demaniali e delle patrimoniali", unico "soggetto del diritto di proprietà e dell'uso delle medesime" (*ivi*, p. 339). Anche riguardo all'espropriazione pubblica s'individua questo "paradigma civilistico", atteso che il Meucci configura detta espropriazione come "una vendita in cui il consenso del venditore è supplito dalla legge, sia nella cosa, sia nel prezzo, per ragioni di utilità pubblica" (*ivi*, p. 549). Medesimo paradigma emerge sia dall'esame dei diritti di credito (o d'obbligazione), vale a dire il debito pubblico (o credito pubblico; *ivi*, pp. 519 ss.), sia dall'analisi del rapporto d'impiego (*ivi*, p. 198).

È evidente il riferimento, da parte della dottrina in commento, alla categoria logica dell'*Oberbegriff*, elaborata e molto approfondita dalla dogmatica giuridica tedesca, ma di origine incerta, giacché, secondo parte della dottrina (Behrens), già nel diritto romano si incontrano chiarissimi tentativi di questa "costante metodologica" (ad esempio in Ulpiano): cfr. S.M. RETORTILLO, *Il diritto civile*, cit., pp. 724 ss. L'*Oberbegriff* – superconcetto – è una tecnica che ha le sue radici nella scienza logica, non è una formulazione fittizia e "rappresenta un concetto superiore che nel medesimo tempo [...] è direttamente comprensivo di quegli altri su cui si stabilisce" (S.M. RETORTILLO, *op. ult. cit.*, pp. 727-728).

²³² N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, p. 116.

²³³ E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica moderna*, cit., p. 31.

²³⁴ L'espressione è di R. ORESTANO, «Realtà» «parole» «valori» nella scienza del diritto, cit., p. 478.

²³⁵ Su tale "procedimento" si v. R. ORESTANO, *op. ult. cit.*, pp. 476-477.

Si tratta di “categorie universali”, generali, al punto da non essere esclusivamente correlate con l’esperienza che le ha generate. Si realizza, in altri termini, un rinvio recettizio a concetti (e categorie di atti) presupposti; nel senso che, il legislatore, nella formulazione della norma, deve aver mosso presupponendo le due categorie di atti (autoritativi e non autoritativi); categorie che qui si è cercato di ricostruire, con i contenuti e i limiti, teoretici e pratici, propri di ogni sistema giuridico.

La distinzione, come si è visto, nasce nello Stato liberale, in un momento storico in cui la pubblica amministrazione non era che un’ipotesi di laboratorio, non aveva, cioè, quella autonomia scientifica che si è avuta solo successivamente alla scuola civilistica del diritto amministrativo²³⁶, cioè con la “scelta Pandettistica”. È soltanto dalla fine del secolo XIX, dopo circa un ventennio di dominio del diritto civile, che inizia una fase di “pubblicizzazione” del diritto amministrativo, e compaiono, tra le altre, le Opere di Lodovico Mortara, di Vittorio Emanuele Orlando, di Federico Cammeo, poi ancora di Santi Romano.

Richiamare la bipartizione non vuol dire trapiantare una concezione dogmatica che già l’avvento dello Stato di diritto, come si è sottolineato, aveva determinato a superare.

Ogni sistema, infatti, è storicamente condizionato, sicché richiamare la distinzione *de qua* significa consapevolezza di muovere da una classificazione storicizzata. Ciò che rileva, ai nostri fini, è ricorrere a costruzioni dogmatiche adeguate “in ragione della loro reale capacità di rappresentare l’oggetto”²³⁷.

Così impostati i termini del problema, abbiamo, nel corso del lavoro, cercato di dimostrare come il ritorno al diritto privato come diritto comune dei pubblici e privati soggetti, nel senso di cui nel testo²³⁸, sia dimostrato anche da altri elementi, come i lavori preparatori (relativi al comma 1 bis in particolare), la valutazione complessiva dell’art. 1, novellato, l’interpretazione combinata del comma 1 bis con l’art. 11, legge 241 del 1990, anch’esso novellato, la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale.

Si è cercato, quindi, di dimostrare come la tripartizione dell’attività amministrativa, elaborata da Antonio Amorth sul finire degli anni Trenta, abbia perso uno dei suoi elementi, vale a dire la categoria intermedia dell’«attività amministrativa di diritto privato». E ciò, si

²³⁶ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Le prime trattazioni*, cit., pp. 332-333.

²³⁷ E. BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 30-31.

²³⁸ Vale a dire, non come “ordinamento a diritto comune”.

badi bene, non per opzione interpretativa, né per ragioni di carattere logico, sistematico, ma per precisa scelta legislativa. Quella stessa scelta che costituisce il limite di ogni costruzione dogmatica, vincolo, teoretico e pratico, che la dottrina che si è occupata dell'esame del principio di cui al comma 1 bis non ha sempre tenuto nella dovuta considerazione.

Dalla tripartizione dell'attività si è giunti alla bipartizione fondata sulla natura degli atti. Qui vale la pena richiamare ancora il pensiero del Ranelletti. Egli afferma che "Non può l'atto mutar natura *solo* perché è messo in essere dallo Stato"²³⁹, e precisa che "ogni atto dev'essere considerato per sé secondo la propria natura"²⁴⁰ e che la distinzione tra atti di impero e atti di gestione "non è né erronea, né empirica, ma anzi vera e necessaria, perché sostanziale e fondata sulla natura dell'atto"²⁴¹.

Se si assumono corrette queste premesse, la teoria della funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato non ha più ragion d'essere, nel senso che la pubblica amministrazione non ha più la facoltà, come pure taluno²⁴² sostiene, di optare per il diritto privato quando non deve agire con atti autoritativi, ma ha un vero e proprio obbligo; nel senso che la P.A. *agisce (recte: deve agire) sempre* secondo le norme di diritto privato (nell'adozione di atti di natura non autoritativa, salvo che la legge non disponga diversamente), purché l'atto che compie non sia dovuto e, cioè, rientri nel comma 1 dello stesso disposto. In tale ultimo caso l'atto sarà autoritativo e il regime applicabile sarà esclusivamente quello di diritto pubblico.

La crisi della funzionalizzazione riguarda, forse è pleonastico osservare, la sola attività non amministrativa, cioè quella di cui al comma 1 bis, e non certo quella di cui al comma 1. Quest'ultimo comma, infatti, attiene alla funzione amministrativa, sulla quale la riforma non ha inciso, e non già alla funzionalizzazione, intesa come scelta del modulo negoziale (di per sé neutro, come si afferma soventemente) ai fini del perseguimento di interessi pubblici. Questa scelta, legata alla categoria dell'attività amministrativa di diritto privato, non sembra più configurabile allo stato, giacché due sono le strade transitabili: o la pubblica amministrazione agisce con atti autoritativi, e quindi nel rispetto dei principi elencati nel comma 1; o la pubblica amministrazione agisce (non già: "*può agire*") con atti di natura non autoritativa, e allora si è al di fuori della funzionalizzazione e del rispetto dei principi di cui

²³⁹ O. RANELLETTI, *Per la distinzione*, cit., p. 680.

²⁴⁰ O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 688.

²⁴¹ O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 689.

²⁴² M. LIPARI, *Il diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 1206.

al comma 1; l'attività, quindi, non è amministrativa, non è teleologicamente orientata al perseguimento dei fini pubblici: qui, infatti, non opera il principio di legalità, e la P.A. può perseguire qualsiasi fine (*recte*: interesse), purché, come per qualsiasi privato, gli atti che pone in essere siano meritevoli di protezione alla stregua dell'ordinamento giuridico, siano cioè atti leciti²⁴³.

Molto importante è, poi, la clausola di salvaguardia di cui al comma 1 bis. In base ad essa si possono fornire notevoli spiegazioni, sul piano sistematico, di altre norme della legge n. 241, come ad esempio, l'art. 11, nella parte relativa agli accordi sostitutivi. Alla medesima clausola vanno, inoltre, ricondotte le specifiche norme in materia di contabilità di Stato, giacché esse si pongono come ipotesi nelle quali la *legge dispone diversamente*. Tali norme, come rileva il Ranelletti, sono speciali, “e devono esse medesime considerarsi come norme di diritto privato, per quanto eccezionale”²⁴⁴.

Se il comma 1 ter (dell'art. 1, legge n. 241 del 1990) rappresenta un riconoscimento – con ritardo di quasi un secolo – della categoria dell'esercizio privato di pubbliche funzioni costruita ed elaborata da Zanobini, il comma 1 bis può rappresentare, invece, il riconoscimento della distinzione tra atti d'impero e atti di gestione elaborata da Ranelletti. E anche in questo caso con notevole ritardo: esattamente un secolo (1905-2005)²⁴⁵.

Concludiamo affermando che abbiamo mosso dalla bipartizione (del Ranelletti) per ritornare alla bipartizione (del comma 1 bis della legge n. 15 del 2005) degli atti. Ma, in fondo, “Nella vita di un popolo il presente è strettamente legato al passato e l'avvenire al presente; la natura non consente tagli netti tra le diverse epoche e le diverse generazioni e in definitiva un popolo, entro certi limiti, non cessa mai di rassomigliare a sé stesso”²⁴⁶.

²⁴³ Cfr., sul punto, N. PAOLANTONIO, op. cit., p. 101.

²⁴⁴ O. RANELLETTI, *Per la distinzione*, cit., p. 681.

²⁴⁵ Risale, infatti al 1905 l'Opera dal titolo *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, pubblicata in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*.

²⁴⁶ G. FERRI, *Del codice civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, in *Foro it.*, 1946, IV, p. 39.