

**ATTI AMMINISTRATIVI E ATTI DELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE¹**

REPORT ANNUALE - 2011 - ITALIA

(Febbraio 2011)

Prof. Carlo MARZUOLI

1.

La Pubblica Amministrazione può agire mediante atti amministrativi e mediante atti di diritto privato, unilaterali o plurilaterali.

Peraltro, atti amministrativi possono essere emanati anche da soggetti privati, nell'esercizio di pubbliche funzioni, di pubblici servizi o di altre attività amministrative.

¹ La bibliografia è vastissima. Si indicano solo gli scritti seguenti, dove ulteriori indicazioni: D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali III*, Milano, 2010; M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, e S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. amm.* 2010, n. 1 (il primo) e n. 2 (il secondo).

2.

In riferimento agli atti emessi dalla Pubblica amministrazione la legge stabilisce (la legge n. 241/1990), in generale, il sistema seguente.

La distinzione fondamentale è fra atti autoritativi o imperativi e atti non autoritativi (art.1, c. 1-bis). Gli atti autoritativi sono atti amministrativi. Gli atti non autoritativi sono atti amministrativi nei casi in cui vi siano apposite regolamentazioni; invece, in mancanza di tali regolamentazioni, sono considerati atti di diritto privato.

Si deve infine ricordare che una moltissimi rapporti di lavoro con la P.A. (fanno eccezione i magistrati, il personale militare, altro personale) sono disciplinati dal diritto privato e che in tali ipotesi la PA agisce (in generale) con i poteri del datore di lavoro privato (art. 5, d. lgs. n. 165/2001).

3.

Atti amministrativi.

La distinzione fra atti autoritativi e non autoritativi è molto importante, innanzitutto a fini sistematici. Significa che il carattere essenziale dell'atto amministrativo non è l'autoritatività (o imperatività), che vi può essere o non essere, ma la soggezione a un particolare regime di validità: la legittimità. La legittimità consiste in una disciplina volta ad assicurare che l'atto sia indirizzato a perseguire la finalità di interesse pubblico fissata dalla legge. Lo strumento principale, a tal fine, è il vizio di eccesso di potere.

3.1

L'autoritatività è rilevante in primo luogo dal punto

di vista del principio di legalità.

Al fine di soddisfare le esigenze di garanzia del cittadino, l'atto amministrativo autoritativo, manifestazione di un potere di supremazia, è tipico. La legge deve prevedere espressamente l'atto, il contenuto del potere, il tipo di effetti, gli aspetti fondamentali in relazione alla competenza e alla procedura.

Ad esempio, l'imposizione di una condizione al rilascio di un permesso di costruire è possibile soltanto se si incide su aspetti legati alla realizzazione dell'intervento costruttivo e se ha un fondamento diretto o indiretto in una norma di legge o di regolamento; pertanto la condizione secondo la quale il permesso di costruire è rilasciato soltanto se il richiedente rinunci all'indennizzo delle opere realizzate, in caso di eventuale esproprio dell'area interessata dall'intervento edilizio, è illegittima perché ciò contrasta con il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi (Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, Milano, Sezione IV, 10 settembre 2010, n. 5655)

Vi è tuttavia un atto che è solo in parte tipico. Si tratta delle ordinanze di necessità e di urgenza, che possono derogare a disposizioni legislative (esclusi i principi generali, la Costituzione, il diritto europeo). Le ordinanze, per detto motivo e per il fatto che sono sempre più ampiamente usate non solo in caso di calamità naturali (terremoti, alluvioni, ecc.), ma anche per i "grandi eventi" (cioè per eventi previsti e programmati molti anni prima, come le esposizioni universali o le olimpiadi o le regate o altri eventi), creano gravi problemi di compatibilità con l'ordinamento costituzionale e sono oggetto di costante critica.

Da ricordare, infine, che l'autoritatività è determinante, come accennato, allo scopo di stabilire la natura amministrativa o non dell'atto dell'amministrazione (vedi sopra n. 1).

3.2

La distinzione fra atti amministrativi autoritativi e atti amministrativi non autoritativi riceve sempre maggiore attenzione. Tuttavia, parte la giurisprudenza tende spesso a identificare l'atto amministrativo con l'atto autoritativo

Questo precisato, occorre ora osservare che la nozione di autoritatività è molto discussa.

Secondo la tesi più diffusa, la autoritatività è la incisione su un interesse di un altro soggetto senza il suo consenso (unilateralmente). La nozione è però troppo generica. Ogni atto amministrativo, anche l'atto amministrativo non autoritativo, incide unilateralmente su interessi di altri soggetti. Bisogna perciò aggiungere che l'autoritatività è la incisione su interessi che hanno la natura di diritti soggettivi. In tal modo però il problema si sposta sulla distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi. Senonché anche questo interrogativo è spesso di incerta soluzione e, fra l'altro, oggi è meno importante di ieri, passato, perché oggi anche i danni prodotti a interessi legittimi sono risarcibili.

Un ausilio decisivo viene dall'esperienza. Per ininterrotta tradizione, vi sono molti atti ritenuti (normalmente) autoritativi, come gli atti di pianificazione (ad esempio urbanistica o paesaggistica), le espropriazioni, gli ordini, le requisizioni, le autorizzazioni (in prevalenza anche le concessioni) e dunque essi sono qualificati amministrativi senza particolari problemi.

3.3

Altra distinzione di speciale rilevanza è quella fra atti amministrativi vincolati, in cui l'amministrazione deve fare ciò che è per intero stabilito dalla legge, e atti amministrativi discrezionali, in cui l'amministrazione può valutare e scegliere la soluzione più opportuna per l'interesse pubblico.

La distinzione appartiene alla tradizione ed è importante, innanzitutto, sul piano concettuale. Secondo alcuni l'atto vincolato non sarebbe un autentico atto amministrativo; potrebbe essere assimilato a un atto di adempimento di un'obbligazione legale. In ogni caso nei confronti degli atti vincolati vi sarebbero sempre posizioni di diritto soggettivo e non di interesse legittimo. E' un orientamento, però, ancora minoritario e non seguito dalla giurisprudenza, che utilizza l'equazione atto vincolato=diritto soggettivo solamente in certe materie e in certe ipotesi (ad esempio, in materia di finanziamenti pubblici).

A parte questo problema, il carattere vincolato dell'atto amministrativo ha comunque acquisito ulteriore rilevanza, a vari fini. Si ricordano questi due aspetti.

Il primo è di carattere generale. La disciplina della legittimità dell'atto vincolato è in parte diversa da quella ordinaria. Alcuni vizi, pur se sussistenti, non comportano l'annullamento dell'atto se è palese che non vi era altra soluzione possibile. Questo accade quando il vizio consiste nella violazione di norme sulla procedura o sulla forma dell'atto (legge n. 241/1990, art. 21-*octies*).

Il secondo aspetto è che gli atti di tipo autorizzatorio, quando sono vincolati (salvo eccezioni indicate dalla legge), sono sostituiti (art. 19 legge n. 241/1990) da una segnalazione certificata di inizio di attività (s.c.i.a.). L'interessato dichiara alla Pubblica Amministrazione di voler intraprendere l'attività e di essere in possesso dei requisiti previsti e può iniziare l'esercizio dell'attività a seguito della comunicazione.

Naturalmente, questa particolare funzione della dichiarazione del privato ha fatto sorgere il problema della sua natura: se esso sia un atto privato oppure un atto amministrativo (emesso da un privato) oppure un atto per alcuni aspetti equiparabile ad un atto amministrativo.

4.

L'atto amministrativo, soprattutto secondo la tradizione, è un atto unilaterale.

L'esperienza, però, ha sempre mostrato l'esistenza di ipotesi in cui il consenso del privato è indispensabile per l'operatività della regolamentazione fissata con tali atti. Si pensi alle concessioni amministrative di beni pubblici o di servizi pubblici, oppure alle convenzioni in materia urbanistica per disciplinare l'edificazione in aree da urbanizzare, oppure al rapporto di impiego pubblico. Dunque, da sempre, esiste il problema della rilevanza da attribuire al consenso del privato..

Il consenso infatti può essere considerato semplicemente come una condizione di efficacia nei confronti di un atto amministrativo unilaterale (il decreto di concessione, il decreto di nomina del pubblico impiegato, il piano di lottizzazione), atto unilaterale che costituisce comunque il pilastro dell'intera regolamentazione del rapporto fra Pubblica Amministrazione e privato. Conseguenza: se cade l'atto, ad esempio perché revocato o annullato dalla Pubblica Amministrazione, cade tutto.

Il consenso può invece essere considerato come elemento di un atto bilaterale (o plurilaterale) e dunque di un atto di tipo contrattuale fra Pubblica Amministrazione e privato.

La legge n. 241/1990 ha stabilito (art. 11) che i poteri amministrativi (salvo eccezioni, fra cui in particolare i poteri relativi ad atti amministrativi generali, a piani, a programmi) possono essere esercitati anche con atti consensuali ("accordi") fra Pubblica amministrazione e privato interessato, accordi con cui si può determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale oppure che sostituiscono direttamente il provvedimento. La legge ha espressamente regolato la procedura, ha stabilito che gli accordi debbono essere stipulati nel perseguimento del pubblico interesse, ha rinviato all'applicazione dei "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili", ha attribuito alla Pubblica Amministrazione il potere di recedere (è un potere di revoca) dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse con l'obbligo di indennizzo.

Vi sono dunque elementi sufficienti per numerose differenti qualificazioni di tali accordi: contratti di diritto pubblico o contratti di diritto privato (negli aspetti essenziali non diversi da un contratto di compravendita). della Pubblica Amministrazione.

Pertanto, se consideriamo le vicende giurisprudenziali e la necessità di affrontare in modo specifico le singole questioni che si pongono (l'interpretazione, la validità, la possibilità di utilizzare la risoluzione contrattuale), è sempre più convincente l'utilità di una qualificazione mista, né integralmente privatistica né integralmente pubblicistica.

In ogni caso, in relazione agli aspetti da ritenere disciplinati dal diritto privato, è auspicata una rigorosa applicazione dei principi in materia di obbligazioni e contratti. di diritto privato. Ciò soprattutto al fine di assicurare maggiore stabilità e affidabilità degli impegni derivanti dalla regolamentazione che è stata concordata con l'atto.

Da aggiungere che un'esigenza del genere è sottolineata anche per gli accordi fra pubbliche amministrazioni e in particolare per gli accordi di programma, con cui più enti pubblici concordano modalità, condizioni, finanziamenti e tempi per la realizzazione di opere che coinvolgono in varia misura le stesse amministrazioni.

5.

Dopo aver segnalato alcuni aspetti degli atti di natura "amministrativa", si può riprendere il punto della distinzione fra atti amministrativi e atti di diritto privato della Pubblica amministrazione.

La qualificazione dell'atto è determinante ai fini della procedura, dell'efficacia e dei vizi; e può essere determinante ai fini della rilevanza degli interessi, del giudice avente giurisdizione, dei poteri del giudice nei confronti dell'atto. Molte volte però non è facile sapere se l'atto emesso dalla pubblica amministrazione sia un atto amministrativo o un atto di diritto privato.

Il problema riguarda soprattutto gli atti unilaterali della Pubblica Amministrazione, nelle ipotesi in cui siano atti non autoritativi (se sono autoritari debbono essere considerati amministrativi, n. 2). Ad esempio: l'atto di licenziamento di un dipendente, il recesso da un contratto di diritto privato, la nomina di un rappresentante dell'ente pubblico in un altro ente o in una società o in una fondazione, ecc.

Questi atti generalmente corrispondono a decisioni che anche i privati possono prendere e dunque, in astratto e in generale, possono essere qualificati come atti amministrativi o come atti di diritto privato (dell'amministrazione).

In numerose di queste ipotesi la presenza di norme che dettano una disciplina particolare permette di qualificare gli atti come atti amministrativi. Ciò accade, come accennato, per gli atti delle procedure contrattuali, oggi disciplinate in generale dal d. lgs. n. 163/2006, che, in attuazione delle direttive comunitarie, disciplina i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: ad esempio, la decisione di indire la gara per l'aggiudicazione del contratto, gli atti di svolgimento della gara, l'aggiudicazione, cioè l'atto con cui l'amministrazione individua il soggetto con cui stipulerà il contratto.

Ma vi sono molte ipotesi in cui la qualificazione è incerta.

Ciò accade anche nella materia dei contratti pubblici. Un esempio. La legislazione prevede che a certe condizioni l'appaltatore possa sub-appaltare i lavori a un'altra impresa. A tal fine, però, occorre un atto unilaterale di autorizzazione della Pubblica Amministrazione (art. 118 d. lgs. n. 163/2006). Una parte della giurisprudenza ha ritenuto che tale atto, anche se disciplinato da un'apposita norma del Codice dei contratti pubblici (l'art.118), è di natura identica all'autorizzazione al sub-appalto prevista, nei rapporti fra privati, dal Codice civile (art. 1656). Secondo questa interpretazione la norma che contiene la disciplina speciale non attribuisce all'amministrazione alcuna discrezionalità amministrativa (Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Roma, Sezione III, 23 gennaio 2010, n. 776) . Il Consiglio di Stato invece segue una tesi opposta. L'atto di autorizzazione al sub-appalto disciplinato dall'art. 118 ha natura amministrativa perché è un atto destinato al perseguimento di interessi pubblici ed è atto - per di più - di natura

autoritativa. Il fatto che esso possa essere o non essere discrezionale non ha importanza determinante (Consiglio di Stato, Sezione IV, 24 marzo 2010, n. 1713).

5.1

La questione della qualificazione dell'atto dell'amministrazione è talora affrontata con il ricorso ad una nozione nata alla fine degli anni trenta del secolo scorso in materia di impiego pubblico e poi applicata in generale: la nozione di atto "paritetico" (paritario: fra soggetti in posizione di parità). L'atto, anche se ha la forma di un atto pubblico, è adottato nell'ambito di un rapporto non di supremazia – soggezione, ma di parità e dunque ad esso non si applicano le regole caratteristiche dell'atto amministrativo. Ad esempio: il decreto prefettizio che determina, in applicazione di precise tariffe, l'entità del compenso dovuto per il servizio di custodia di un veicolo giacente in un deposito pubblico (Consiglio di giustizia amministrativa, Sezione giurisdizionale, 16 settembre 2010, n. 1216).