

## **7. I comportamenti**

7.1 Nozione

7.2 L'attività di livello I

7.3 L'attività di livello II

7.4 L'attività intermedia

7.5 L'attività di organizzazione

7.6 I servizi pubblici

## **7. I comportamenti**

Fino a qualche anno fa l'argomento era del tutto marginale nel diritto amministrativo, storicamente governato dai principi della formalizzazione e – più tardi – della procedimentalizzazione dell'azione amministrativa. Essendo il comportamento modalità tipica dell'agire privatistico, in diritto amministrativo esso aveva rilievo nei casi in cui l'amministrazione agisse con le tecniche del diritto comune, altrimenti era relegato all'ambigua categoria delle «operazioni amministrative».

Il vocabolo «operazione» assume un diverso significato nel linguaggio comune e in quello giuridico: nella prima accezione essa indica una sequenza di attività a contenuto prevalentemente pratico o tecnico preordinate ad uno scopo, nella seconda si ricollega al concetto di atto e comportamento giuridicamente rilevante.

Così, in origine, «operazioni amministrative» erano tanto le attività manuali o di elementare impegno intellettuale dei pubblici dipendenti, tenute distinte da quelle che caratterizzano la prestazione lavorativa dei funzionari, quanto le attività inquadrabili all'interno del procedimento amministrativo, attinenti all'istruttoria, all'esternazione o all'esecuzione del provvedimento.

Dato unificante alle diverse opinioni maturate in dottrina era la natura materiale di dette operazioni, cui presto si aggiunse la connessione con le funzioni pubbliche esercitate dall'amministrazione.

Questa nozione insisteva sull'attitudine dell'azione amministrativa a modificare la realtà, o, comunque, finalizzata alla percezione e descrizione di essa, ma non giungeva ad elaborare una nozione autonoma di «comportamento», che restava assorbito dall'atto e dal procedimento, sulla premessa – corollario della concezione classica del potere amministrativo – che è con questi che l'amministrazione assolve ai suoi compiti.

Le ragioni del cambiamento da un punto di vista del diritto positivo sono legate ad alcune disposizioni attributive della giurisdizione esclusiva, ma è sul piano sostanziale che il fenomeno va spiegato, ricercando il perché l'ordinamento, presidiato dal principio di legalità, ha previsto i comportamenti come modalità autonoma di svolgimento della funzione amministrativa, quindi

direttamente riconducibili alla norma attributiva del potere. Al fondo della questione c'è il principio del buon andamento, perché in taluni casi può essere preferibile dal punto di vista dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa agire in modo non formale e, comunque, nell'ottica dell'amministrazione di risultato la fase dell'esecuzione dell'atto non è meno importante di quella della sua formazione. In altri casi, tuttavia, il comportamento ha rappresentato una risposta alla patologia del procedimento.

Preliminarmente occorre fissare il concetto di comportamento nella teoria generale, dove ha avuto sviluppo grazie agli studi civilistici, in Germania.

Originariamente, nella concezione soggettiva, il comportamento nasce per inquadrare nella teoria dell'atto giuridico le condotte che, pur non presentando quel impulso di volontà proprio del negozio giuridico, inteso come atto dispositivo giuridicamente rilevante, sono caratterizzate da un contenuto psichico preminente. Il "comportamento" è quindi inteso come ogni fatto o atteggiamento dell'uomo che abbia un contenuto psichico (per esempio, oltre che un atto di volontà, un fatto di sentimento o di conoscenza).

In Italia il concetto ha avuto un percorso meno nitido, tendendo comunque a contrapporsi agli atti come espressione di volontà giuridicamente rilevante.

In diritto privato ci si rifà al comportamento concludente o al comportamento complessivo in difetto di una volontà chiara ed esplicitamente dichiarata. In diritto penale il comportamento designa l'elemento materiale del reato (azione ed omissione), in contrapposizione all'aspetto psicologico. In diritto amministrativo il comportamento definisce quelle figure piuttosto marginali in cui l'oggettivo operare degli organi amministrativi produce conseguenze giuridiche, mancando provvedimenti o espresse dichiarazioni di volontà.

Anche in questi usi terminologici si osserva una sensibile tendenza ad oltrepassare o, quanto meno, ad allargare la categoria dell'atto in una categoria più generale e comprensiva; ma, in divergenza dalla tendenza soggettivistica originaria della dottrina tedesca, diventa preponderante il momento oggettivo e materiale dell'operare umano. Bisogna però ripetere che si tratta di accezioni oscillanti e spesso accidentali, le quali non riescono a determinare un concetto univoco e costante, valido per tutti i campi del diritto. Allo stato si è ancora ben lontani da una teoria giuridica generale del comportamento.

Per contro, la teoria del comportamento ha un forte sviluppo nelle scienze umane (psicologia e sociologia). In queste concezioni extragiuridiche domina nettamente la considerazione dell'aspetto oggettivo e materiale dei fatti dell'uomo, considerazione che in ogni caso si accentra sul corpo umano e sulle sue manifestazioni di moto o di quiete. L'interesse è rivolto non verso qualunque fatto fisico del corpo, ma verso quei fatti in cui il corpo umano, operando come organismo vivente e

animato, rivela processi caratteristici della vita umana; e, sebbene i fenomeni rivelatori siano necessariamente corporei e materiali, non si esclude che i fenomeni rivelati possano avere carattere non strettamente materiale. Questa, così schematicamente definita, è l'impostazione generale di uno dei più importanti e diffusi indirizzi del pensiero moderno, il comportamentismo di origine americana (*behaviorism*); per il quale, quindi, comportamento (*behavior*) è ogni fatto di vita oggettivamente osservabile in un organismo o in un insieme di organismi dentro determinate situazioni ambientali.

È di grande interesse per il giurista lo sforzo compiuto dal comportamentismo moderno, scientifico e filosofico, per mostrare come fenomeni caratteristicamente umani, per esempio il linguaggio, possano essere isolati (e studiati più esattamente) sullo stretto piano oggettivo, prescindendo dai loro correlati psichici. Certo, il linguaggio non solo esiste soggettivamente, come fenomeno psichico di associazione e di ideazione, ma esiste anche oggettivamente come comportamento significativo e simbolico, capace di rivestire secondo i canoni di una determinata lingua un senso indipendente dalle rappresentazioni degli individui. Avviene spesso che i due modi di esistenza, soggettivo e oggettivo, del linguaggio si trovino in certa misura separati. Dal punto di vista giuridico, l'importanza di questa situazione sta in ciò che, essendo tutte le dichiarazioni giuridicamente rilevanti fatti di linguaggio, per ciascuna di esse è da stabilire se nell'attribuzione del significato simbolico il diritto faccia leva sulle rappresentazioni della coscienza individuale o sui comportamenti socialmente osservabili. In questa luce si prospettano alcuni fondamentali problemi non solo del negozio di diritto privato, ma anche delle dichiarazioni di diritto pubblico (provvedimento amministrativo, sentenza, atto legislativo).

## **7.1 Nozione**

Il concetto di "comportamento" ha assunto una rilevanza sistematica quando è stato utilizzato come criterio di identificazione della giurisdizione esclusiva in materia urbanistica ed espropriativa.

L'art. 34 d.lgs. 80/98 (art. 7, comma 1, lett. b della legge n. 205/00) attribuiva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia urbanistica ed edilizia aventi per oggetto "*gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparate*".

A sua volta l'articolo 53, comma 1 del D.P.R. 327/01 devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie conseguenti alla applicazione delle disposizioni del testo unico sulle espropriazioni aventi per oggetto "*gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati*".

Non avendo il legislatore attribuito un significato tecnico al termine, questo deve essere inteso, ai sensi dell'art. 12 preleggi, nella sua comune accezione.

Il termine *comportamento*, nel senso usuale, significa “modo di comportarsi, contegno, condotta”; *comportarsi*, a sua volta, ha tra i suoi significati quello di “agire, operare in un determinato modo”.

In dottrina manca una definizione univoca e costante di “comportamento”. Tale espressione assume, infatti, un diverso significato a seconda che si versi in ambito privatistico o pubblicistico. In quest'ultimo resta sullo sfondo quella che è la direttiva concettuale della categoria, imperniata sulla distinzione con l'atto, quale modo formalistico dell'agire, la cui applicazione porterebbe a confinare i comportamenti della pubblica amministrazione nell'ambito dell'attività non procedimentalizzata. In ambito pubblicistico, invece, la nozione è strettamente correlata alla veste autoritativa o meno dell'agire.

Nella giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>1</sup> si afferma che un comportamento della pubblica amministrazione in tanto può assumere rilevanza giuridica come espressione di un potere amministrativo, in quanto sia diretto ad un fine pubblico o di pubblico interesse legalmente dichiarato. La suprema Corte, richiamandosi a propri precedenti<sup>2</sup>, estende la previsione di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia urbanistica a tutte le attività della pubblica amministrazione comunque indirizzate alla gestione del territorio ed all'attuazione degli obiettivi programmati con gli strumenti urbanistici, distinguendo tra i comportamenti implicanti l'uso del territorio e quelli che, in difetto di tale collegamento, costituiscano mero comportamento materiale, integrante, ove lesivo di situazioni giuridiche di altri soggetti, un fatto illecito generatore di danno, che esula dalla previsione in esame.

Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>3</sup> il termine comportamento viene letteralmente riferito ai casi in cui non vi è (o non vi è più) esercizio di potere amministrativo, oppure alle manifestazioni tacite di volontà, oppure, ancora, ai comportamenti attuativi o esecutivi, o alle c.d. vie di fatto (la *voie de fait* della dottrina francese), o semplicemente ad attività successive (anche scorrette) a provvedimenti amministrativi; precisandosi che per distinguere i comportamenti da altre categorie (atti e provvedimenti), si potrebbe fare nuovamente riferimento alla vecchia dicotomia tra carenza di potere cattivo uso del potere.

Sembra delinearsi un intreccio nel duplice livello semantico che caratterizza la definizione del concetto, il primo attinente ai limiti interni (distinzione tra nudi comportamenti e comportamenti espressione di potere), il secondo attinente ai limiti esterni (distinzione tra comportamenti ed atti).

---

<sup>1</sup> Cass. sez. un., n. 10978/2004

<sup>2</sup> Sentenza n. 494 del 2000; ordinanze n. 43 del 2000, n. 8506 del 2001, n. 9139 del 2003.

<sup>3</sup> Cons. Stato, sez. IV, n. 99/05.

La sentenza n. 191/06 della Corte Costituzionale perpetua questo intreccio, perché, nel dare continuità alla sentenza 204/04, dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 34 D.lgs. 80/98 nella parte in cui devolve alla giurisdizione amministrativa esclusiva anche i “*comportamenti*”, ravvisa in detta espressione lo strumento utilizzato dal legislatore per operare l'indiscriminata devoluzione della materia che si andava a censurare, sicché l'espunzione di tale locuzione, per la funzione di chiusura assegnatale dal legislatore nell'art. 34, valeva a ribadire che la “*materia edilizia ed urbanistica*” non poteva essere devoluta in blocco alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma solo nella misura in cui fosse rintracciabile l'uso del potere pubblicistico. Con la conseguenza che nella formula “*atti, provvedimenti e comportamenti*” di cui alla menzionata disposizione il termine *comportamenti* andasse inteso nel significato di comportamenti scollegati dalle finalità pubbliche. Per converso – la soluzione è obbligata – quelli espressione del potere urbanistico restavano alla giurisdizione amministrativa esclusiva in quanto riconducibili, in siffatto schema ermeneutico, al termine “*atti*”.

Sulla base di tale impostazione la sentenza 191/06 ha affermato che, nelle ipotesi in cui i “*comportamenti*” (nella specie la realizzazione di un'opera pubblica su un suolo non espropriato) costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità e/o di indifferibilità e urgenza) e sono quindi riconducibili, anche mediamente, all'esercizio del pubblico potere, l'art. 53 T.U. espropriazioni si sottrae alla censura di illegittimità costituzionale, costituendo anche tali “*comportamenti*” esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica. Deve, cioè, ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a “*comportamenti*” (di impossessamento del bene altrui) collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, laddove deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva di “*comportamenti*” posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto.

È evidente come l'assegnazione allo stesso termine – utilizzato in norme che disciplinano la stessa fattispecie (giurisdizione esclusiva in materia urbanistica ed espropriativa) – di significati opposti dipenda proprio dalla penetrazione di una categoria tradizionalmente appartenente all'attività di diritto privato nell'attività di diritto pubblico.

Sta di fatto che la giurisprudenza del Consiglio di Stato formatasi – nella sua più alta espressione – sulla scia di queste pronunce ha costantemente ravvisato la giurisdizione amministrativa esclusiva ex art. 34 d.lgs. 80/98 sui comportamenti adottati nel procedimento espropriativo, che una superata

elaborazione pretoria classificava come ipotesi di occupazione appropriativa o, nei casi di dichiarazione di pubblica utilità inefficace o annullata, occupazione usurpativa impropria<sup>4</sup>.

D'altronde, era stato proprio il Consiglio di Stato ad anticipare, in una nota decisione, la soluzione offerta dalla sentenza n. 191/06 della Corte Costituzionale<sup>5</sup>.

Se ne deve dedurre che, oramai, nella definizione del concetto di comportamento in diritto amministrativo prevale il dato pubblicistico, imperniato sulla connessione con il potere funzionale attribuito dalla legge, in guisa che le condotte materiali della pubblica amministrazione vengono attratte al regime dell'atto amministrativo ove siano espressione del potere di perseguimento dell'interesse pubblico. Tale connessione non viene meno in ipotesi di illegittimità dell'atto, atteso che il potere esiste ed, al momento in cui il comportamento è stato tenuto, l'atto era efficace.

Sulla stessa linea, pur con alcune sfumature, è la Corte di Cassazione, che ha modificato il precedente orientamento, teso ad escludere la qualificazione come comportamento autoritativo

---

<sup>4</sup> Cons. Stato, Ad. Pl., n. 4/05: «Rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto riconducibili all'esplicazione di pubblico potere, tutte le controversie (ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno) suscitate da lesione del diritto di proprietà, provocate, in area urbanistica, dalla esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori, venuti meno o per annullamento o per sopraggiunta inefficacia *ex lege*».

Cons. Stato, Ad. Pl. n. 2/06: «Rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto riconducibili all'esplicazione di pubblico potere, le controversie relative a diritti patrimoniali conseguenziali all'annullamento dell'atto, ivi comprese quelle per il risarcimento del danno al diritto di proprietà, provocato, in area urbanistica, dalla esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori venuti meno per annullamento».

Cons. Stato, Ad. Pl., n. 9/07: «In adesione al consolidato indirizzo (Ad. Plen. n. 4/05, ma anche nn. 9/05 e 2/06) va affermato che, in presenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le fattispecie del decreto di esproprio mancante o tardivo; deve infatti ritenersi sussistente la giurisdizione amministrativa esclusiva in relazione a liti che abbiano ad oggetto diritti soggettivi quando la lesione di questi ultimi tragga origine, sul piano eziologico, da comportamenti riconducibili all'esplicazione del pubblico potere, pur se in un momento nel quale quest'ultimo risulta ormai mutilato della sua forza autoritativa per la sopraggiunta inefficacia disposta dalla legge a cagione della mancata conclusione del procedimento. La fattispecie che presenta evidenti punti di contatto con quella che si determina a seguito dell'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità, in quanto in entrambi i casi gli effetti retroattivi naturalmente conseguenti alla pronuncia demolitoria o quelli derivanti dalla mancata conclusione del procedimento non sembrano poter travolgere a posteriori il nesso funzionale che ha comunque legato l'attività dell'Amministrazione alla realizzazione del fine pubblico individuato all'origine».

Cons. Stato Ad. Pl. n. 12/07: «Rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia relativa all'accertamento di intervenuta accessione invertita e alla conseguente domanda di risarcimento, in presenza di un agire dell'amministrazione causalmente riferibile a una funzione che per legge le appartiene ed è stata in concreto svolta, in quanto, nella materia espropriativa, i comportamenti che esulano dalla giurisdizione amministrativa esclusiva sono solo quelli che, tenuto conto dei riferimenti formali e fattuali di ogni fattispecie, non risultano riconducibili all'esercizio di un pubblico potere».

<sup>5</sup> Cons. Stato, Ad. Pl., n. 9/05: «In materia di procedimenti espropriativi, i "comportamenti" cui fa riferimento l'art. 34 del decreto legislativo 80/98 nella relativa versione originaria, anteriore all'intervento operato dalla Corte costituzionale con la nota pronuncia n. 204/04, devono assumersi riferiti non già ad attività materiali della PA sorrette dall'esplicazione del potere, sia pure manifestatosi attraverso l'adozione di atti illegittimi, di poi caducati, quanto piuttosto a contegni posti in essere dalla parte pubblica (sia pure funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico, ma) collocanti al di fuori dell'esplicazione del potere, come nelle ipotesi della pura attività materiale (non sorretta da provvedimento), delle *voix de fait*, delle manifestazioni abnormi di potestà. Nella sua versione originaria (anteriore al predetto intervento della Corte costituzionale) l'art. 34 del decreto legislativo 80/98 giustappone "gli atti e i provvedimenti" (porzione della norma ritenuta costituzionalmente legittima) ai "comportamenti" (porzione ritenuta costituzionalmente illegittima) mirando ad identificare da un lato le controversie relative alla lesione di diritti soggettivi eziologicamente riconducibili alla funzione pubblica e all'esplicazione (seppure illegittima) del pubblico potere, da assumersi appannaggio giurisdizionale del GA e dall'altro le azioni di diritto comune poste in essere dalla PA al di fuori di qualunque manifestazione potestativa pubblicistica, da assumersi oramai (dopo la sentenza 204/04) appartenenti alla *potestas iudicandi* del GO».

dell'attività di esecuzione di atti illegittimi, in passato considerata – ove intervenuto l'annullamento dell'atto amministrativo a monte – mero fatto illecito spettante alla cognizione del giudice ordinario. Oggi, invece, anche la Suprema Corte attribuisce rilievo al rapporto esistente tra comportamento e potere, riconoscendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo qualora tale rapporto risulti esistere ed essere dedotto nella controversia<sup>6</sup>.

Qualche margine di incertezza permane con riguardo alla distinzione tra comportamenti esecutivi di provvedimenti, che costituiscono diretta manifestazione del potere, e comportamenti collegati solo in via mediata al potere.

La distinzione è abbastanza frequente nella giurisprudenza posteriore alle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006<sup>7</sup>, ma resta poco illuminata nelle pronunce che la impiegano, trattandosi di

---

<sup>6</sup> Cass. sez. un., n. 15660/05: «Sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia urbanistica quando l'attività materiale della pubblica amministrazione sia così strettamente legata all'emanazione di atti e provvedimenti di uso del territorio diretti per finalità di interesse pubblico che, in realtà, oggetto della controversia possano dirsi questi ultimi piuttosto che i comportamenti che ne siano attuazione, come nell'ipotesi di realizzazione di un'opera pubblica. Sulla base di questo principio va riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo rispetto alla domanda di risarcimento del danno proposta dai proprietari di fondi pregiudicati dalla realizzazione di una linea ferroviaria ad alta velocità. I danni causati al fondo dalla modifica del piano di campagna e dal conseguente deflusso delle acque meteoriche e, più in generale, il pregiudizio ed agli interessi patrimoniali e non patrimoniali (ambiente, salute, panorama) sottesi all'assetto del territorio inciso dalla attività materiale posta in essere, infatti, vanno riferiti alla stessa autorizzazione all'esecuzione dell'opera pubblica ed alle decisioni amministrative a monte».

Cass. sez. un., n. 20123/05: «A seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quando il comportamento della pubblica amministrazione risulta spogliato da ogni interferenza con un atto autoritativo, non potendosi reputare neanche mediatamente espressione dell'esercizio del potere autoritativo, o quando l'atto o il provvedimento di cui la condotta dell'amministrazione sia esecuzione non costituisca oggetto del giudizio, facendosi valere unicamente l'illiceità della condotta del soggetto pubblico, ex art. 2043 cod. civ. suscettibile di incidere sui diritti patrimoniali dei terzi. Sulla base di questo principio va riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario rispetto alla domanda di risarcimento del danno proposta da esercenti di un'attività commerciale a causa dell'abnorme dilatazione ascrivibile alla P.A. dei tempi di costruzione di un parcheggio pubblico nella zona in cui si svolgeva la suddetta attività».

Cass. sez. un., n. 27187/07: «Sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia urbanistica allorché la lesione di diritti soggettivi sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della Pa di cui sia denunciata l'illegittimità. In tali ipotesi, infatti, quand'anche l'attività incida su diritti incompressibili, non può qualificarsi come attività materiale o di mero fatto, essendo fondata sull'esercizio di un potere volto alla cura dell'interesse pubblico (nella specie all'ambiente salubre)».

<sup>7</sup> La formula pare dovuta ad un equivoco nell'interpretazione dei principi fissati dalla Corte Costituzionale.

Sentenza n. 204/04: «Analoghi rilievi investono la nuova formulazione dell'art. 34, la quale si pone in contrasto con la Costituzione nella parte in cui, comprendendo nella giurisdizione esclusiva – oltre “gli atti e i provvedimenti” attraverso i quali le pubbliche amministrazioni [...] svolgono le loro funzioni pubblicistiche in materia urbanistica ed edilizia – anche “i comportamenti”, la estende a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno *mediatamente*, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere». L'avverbio *mediatamente* faceva riferimento a quanto in precedenza la Corte aveva precisato in ordine alle forme in cui poteva manifestarsi il potere, cioè attraverso lo strumento consensuale di cui all'art. 11 della legge 241/90.

Sentenza n. 191/06: «L'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria [...] si fonda sull'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica (così Corte di cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500), ma non si giustifica quando la pubblica amministrazione non abbia in concreto esercitato, nemmeno *mediatamente*, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico». Nel dispositivo: «Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, comma 1, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 325 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di espropriazione per pubblica utilità - Testo B), trasfuso nell'art. 53, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità - Testo A), nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a “i comportamenti delle pubbliche

controversie di carattere risarcitorio appartenenti alla giurisdizione amministrativa esclusiva, nelle quali non è decisivo stabilire se il soggetto leso dalla condotta materiale della P.A. sia titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo. Tuttavia la questione è rilevante sul piano teorico e, anche dal punto di vista pratico, può essere necessario qualificare la posizione del privato al fine di ricostruire la disciplina della tutela giurisdizionale e, pertanto, sarà approfondita in sede di trattazione del riparto di giurisdizione.

Lo schema ricostruttivo sin qui esaminato non pare suscettibile di estensione alle ipotesi in cui l'atto amministrativo, di cui il comportamento costituisce esecuzione, sia non già annullabile ma nullo. In tali ipotesi, quale che sia la ragione di nullità, l'attività della pubblica amministrazione andrà qualificata come nudo comportamento e, se causativo di danni, fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c. non diversamente da un illecito posto in essere da privati<sup>8</sup>.

Tutta l'elaborazione sin qui passata in rassegna è stata codificata in sede processuale, dove l'art. 7, comma 1 del d.lgs. n. 104 del 2010 stabilisce che *“Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”*.

La disposizione riconosce nel comportamento una delle modalità di azione amministrativa, insieme ad atti, provvedimenti ed accordi.

Poiché la norma si occupa della giurisdizione amministrativa, è chiaro che il riferimento è ai comportamenti amministrativi, nell'ampia accezione che comprende quelli autoritativi, espressione diretta del potere, e quelli non autoritativi, ma mediatamente collegati al potere, come tali non classificabili tra i nudi comportamenti. A conferma di ciò vi è lo stesso dato letterale, poiché la disposizione menziona i comportamenti riconducibili *anche* mediatamente all'esercizio del potere amministrativo.

---

amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati”, non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno *mediatamente*, all'esercizio di un pubblico potere».

Inserita nell'ambito dei comportamenti la locuzione *mediatamente* ha visto sfumare il suo significato originario, con essa intendendosi non già che il comportamento costituisce esercizio mediato del potere, quanto che esso è riconducibile al potere in via mediata. Non si tratta cioè, come nell'ipotesi di accordi sostitutivi, di forma privatistica della funzione amministrativa, ma di un agire in sé privatistico, connesso da lontano ad un potere. Dopo la sentenza 191/06 l'espressione ha iniziato ad essere utilizzata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato per indicare le condotte materiali che gravitano nell'area dei pubblici poteri, pur senza avere una diretta connessione con provvedimenti amministrativi. A ben guardare è anche il caso dell'occupazione appropriativa, atteso che la realizzazione dell'opera pubblica in assenza del decreto di esproprio non può ritenersi esecuzione della dichiarazione di pubblica utilità o del decreto di occupazione, che non autorizzano l'ente pubblico a edificare un suolo ancora nella proprietà privata.

<sup>8</sup> Non manca chi, tuttavia, ritenendo che l'atto nullo costituisca – eccettuate le ipotesi di difetto assoluto di attribuzioni – esercizio del potere, qualifica i relativi comportamenti attuativi come ad esso riferibili, con conseguente ricomprensione nella giurisdizione amministrativa esclusiva, ove prevista.



I comportamenti non autoritativi, ma mediatamente collegati al potere, sono menzionati all'interno delle ipotesi di giurisdizione esclusiva contenute nell'art. 133, comma 1 del C.p.a., che prevede le controversie aventi ad oggetto:

- *“gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità”* (lett. g);

- *“le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati”* (lett. o).

Originata da un testo legislativo di palese natura emergenziale<sup>9</sup>, la seconda disposizione in esame segna una svolta sul piano sistematico, utilizzando – per la prima volta dopo le sentenze n. 204/04 e 191/06 della Corte Costituzionale – il termine “comportamenti” al fine di individuare l'oggetto della giurisdizione amministrativa esclusiva.

La valenza della norma è nel collegamento che istituisce tra il concetto di comportamento e l'attività amministrativa, stabilendo che *l'azione di gestione dei rifiuti* può anche venire posta in essere *con comportamenti dell'amministrazione pubblica*, con ciò chiarendo in modo esplicito che i “comportamenti” sono una delle forme dell'azione funzionale della pubblica amministrazione, anche nei settori più delicati e dove vengono coinvolti diritti soggettivi fondamentali. L'attrazione allo statuto pubblicistico appare significativo proprio in ragione della sua estensione ai casi di coinvolgimento di diritti costituzionalmente garantiti, che un orientamento storico<sup>10</sup> voleva incompatibili con posizione di autorità in capo alla pubblica amministrazione.

Delineata la nozione di comportamento nel diritto amministrativo è possibile approfondire la tematica, distinguendo le diverse forme dell'azione amministrativa.

## **7.2 L'attività di livello I**

I comportamenti che costituiscono diretta manifestazione del potere si inquadrano nell'attività autoritativa, strutturata secondo lo schema norma-potere-effetto.

Ciò è talmente vero che, nel delineare la giurisdizione amministrativa di legittimità, l'art. 7, comma

---

<sup>9</sup> L'art. 4, comma 1 d.l. n. 90 del 2008 (“Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile”).

<sup>10</sup> Superato da Corte Cost. n. 140 del 2007 e Cass. S.U. n. 27187 del 2007.

4 del d.lgs. n. 104 del 2010 dispone che *“sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma”*, non menzionando i comportamenti come categoria generale, ma solo le omissioni, benché i primi siano previsti accanto ad atti e provvedimenti come attività spettante alla giurisdizione amministrativa dal precedente comma 1.

Posto che la disposizione citata non può valere a limitare la portata della norma generale sulla giurisdizione amministrativa con riferimento all'ipotesi in cui il comportamento sia lesivo di un interesse legittimo, che spetta alla giurisdizione amministrativa ai sensi dell'art. 103 Cost., l'unica interpretazione possibile è che il legislatore abbia ricondotto i comportamenti autoritativi alla nozione di *“atti”*, come operato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004, allorquando, espungendo il termine *“comportamenti”* dall'art. 34 d.lgs. 80/98, intese riferirsi ai nudi comportamenti, lasciando fuori dalla declaratoria di incostituzionalità i comportamenti espressione di potestà amministrativa in materia urbanistica ed edilizia.

A riprova di ciò l'art. 133, comma 1, lett. f) del C.p.a. assegna alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie aventi ad oggetto *“gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio”*, senza menzionare i comportamenti, e ciò sul presupposto che gli stessi, qualora espressione della funzione urbanistica o edilizia, rientrino nel generico termine di *“atti”*.

Tuttavia, anche per detta categoria non mancano aspetti problematici, legati anzitutto all'individuazione delle omissioni, che pure sono la figura di comportamento più intuitiva, poiché, per definizione, l'atto manca.

La prima ipotesi è data dall'inerzia nell'emanazione di un provvedimento, al di fuori, ovviamente, dei casi in cui essa acquisti un valore legale, nel qual caso il comportamento entra nella fattispecie costitutiva di un provvedimento (silenzio-assenso). Nel diritto amministrativo, retto dai principi di legalità, necessità e continuità, l'inerzia acquista un significato preciso in presenza dell'obbligo di provvedere, qualificandosi come silenzio (inadempimento o rifiuto).

La giurisprudenza amministrativa storicamente ebbe a ravvisare nel silenzio un atto di diniego perfezionatosi all'inutile scadere del termine intimato dall'interessato. Le critiche della dottrina (secondo la quale atti giuridici e condotte materiali sono due figure del tutto distinte, che non possono essere identificate, se non ad opera della legge) furono accolte dalla decisione n. 8/60 del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, che respinse la teoria del silenzio come dichiarazione tacita di volontà, definendolo un comportamento cui la legge attribuisce effetti sostanziali e

processuali.

Tuttavia la vecchia tesi è di fatto sopravvissuta nella prassi, almeno fino a quando l'art. 2 della legge 205/00 (che ha introdotto l'art. 21-*bis* nella legge n. 1034/71) ha disegnato il rito del silenzio come un giudizio di accertamento e condanna<sup>11</sup>.

Oggi nessuno più dubita che il silenzio vada qualificato come un comportamento, che resta però di natura pubblicistica<sup>12</sup>, come tale spettante alla giurisdizione amministrativa di legittimità o esclusiva.

La più lucida esposizione della questione è contenuta in una pronuncia del giudice amministrativo di primo grado<sup>13</sup>: «Prima di passare in rassegna i vari argomenti che inducono a diversa soluzione è opportuno sgombrare il campo dall'equivoco che la terminologia adoperata di “attività” o “comportamento” (in contrapposizione al “provvedimento”) della pubblica amministrazione può generare. Nella fattispecie del danno da ritardo non si controverte di un nudo comportamento materiale (ché, altrimenti, sarebbe da escludersi la giurisdizione ex art. 34 Dlgs. 80/98), bensì di un comportamento amministrativo, forma dell'azione pubblica e di esercizio del potere (qui urbanistico) equipollente a quella per atti e, come questa, avvinto dal principio di legalità. La circostanza, poi, che il contegno abbia natura omissiva e non commissiva non sposta il problema in sé, focalizzato sulla legittimità della condotta, sibbene soltanto i suoi parametri di riferimento che quivi sono volti ad accertare la violazione (non di una norma sostanziale ma) di una norma procedimentale, quella che stabilisce l'obbligo di provvedere (entro un dato termine) della Amministrazione. Tale accertamento avviene per il tramite della formazione del silenzio-rifiuto, *fictio* provvedimento su cui innestare l'impugnazione il cui *proprium*, anche nella moderna versione che abilita il giudice a condannare l'Amministrazione ad un *facere*, si radica nella cognizione sulla (il)legittimità dell'azione amministrativa, *id est* sulla esistenza di un obbligo pubblicistico di provvedere. Dinanzi al quale, come detto, non può che esistere una posizione attiva di interesse legittimo. Più precisamente di interesse pretensivo. Dunque, anche nell'ipotesi di danno da ritardo il privato può far evidenziare l'illegittimità dell'azione amministrativa in via pregiudiziale all'azione di risarcimento. Se abbia l'onere di farlo è questione che va risolta in senso affermativo, alla luce delle coordinate generali, da cui non vi è ragione di discostarsi a seconda dello strumento (atto o comportamento) che l'ente adotti nell'esercizio della funzione pubblica autoritativa».

---

<sup>11</sup> Cons. Stato, Ad. Pl., n. 1/02

<sup>12</sup> Un comportamento, cioè, che si realizza secondo lo schema norma-potere-effetto, per ragioni non dissimili da quelle già esaminate con riguardo al silenzio assenso, atteso che – per quanto qui la norma non attribuisca valore di provvedimento al silenzio – il comportamento non rileva come “fatto”, ma come esercizio del potere, rispetto a cui resta indifferente il mezzo giuridico utilizzato, se atto o attività.

<sup>13</sup> T.A.R. Puglia, Bari n. 56/05.

A breve distanza è intervenuto il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria a confermare il principio testé enunciato<sup>14</sup>.

Successivamente la giurisprudenza ha ribadito che la controversia nella quale il danno lamentato deriva dal mancato esercizio di un potere autoritativo nei tempi prefigurati dalla legge rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, indipendentemente dall'esito del procedimento, con ciò accreditando per l'ennesima volta, da un lato, la natura comportamentale del silenzio non significativo e, dall'altro, la sua sussunzione nello schema norma-potere-effetto<sup>15</sup>.

L'elaborazione del silenzio-inadempimento come comportamento autoritativo è stata codificata dal d.lgs. n. 104 del 2010, che disciplina l'azione e il rito sul silenzio (rispettivamente artt. 31 e 117), trasfondendo le disposizioni prima contenute nella legge n. 241/1990 e nella legge TAR, che lo avevano disegnato come un giudizio volto all'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo pubblicistico di provvedere. Inoltre l'art. 117 prescrive che il ricorso vada notificato al controinteressato e che la cognizione del giudice amministrativo si estenda a tutte le questioni inerenti l'adozione del provvedimento.

L'inerzia provvedimentale non esaurisce la categoria delle «omissioni amministrative», come si ricava mettendo a confronto l'art. 7, comma 4 con l'art. 133, comma 1, lett. a3) CPA, il quale ultimo, a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 195 del 2011, attribuisce alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie sul silenzio. Ne consegue che le «*omissioni*» spettanti alla giurisdizione amministrativa di legittimità, di cui all'art. 7, comma 4, non possono che riferirsi ad altre ipotesi.

Per individuare tali ipotesi parte della dottrina ha suggerito di sganciare il concetto di omissione dall'esistenza di un obbligo di agire. Tale ricostruzione, però, oltre a porsi in contrasto con i principi di legalità e necessità, è smentita dalle norme processuali: l'art. 30, comma 2 CPA stabilisce che «*Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo*

---

<sup>14</sup> Cons. Stato, Ad. Pl. n. 7/05: «In via preliminare, l'ordinanza di remissione ha avanzato il dubbio che, in relazione alla presente controversia, non sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo: e ciò in quanto le lamentate inadempienze dell'amministrazione integrerebbero comportamenti omissivi, lesivi di diritti soggettivi conoscibili del giudice ordinario dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale.

Non sembra che, nella specie, abbiano ragione i dubbi prospettati. E' esatto che la Corte Costituzionale ha stralciato dalla previsione dell'art. 34 del decreto legislativo n. 80 del 1998 (nella versione di cui alla legge n. 205 del 2000) il termine «*comportamenti*», devolvendo al giudice ordinario la cognizione delle liti relative a diritti soggettivi provocate da condotte materiali dell'amministrazione (liti riservate, invece, al giudice amministrativo prima della parziale dichiarazione di incostituzionalità).

Nella specie, però, non si è di fronte a «comportamenti della pubblica amministrazione invasivi dei diritti soggettivi del privato in violazione del *neminem laedere* (la fattispecie presa in considerazione dal citato art. 34 nella parte dichiarata incostituzionale dalla Corte), ma in presenza della diversa ipotesi del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo della autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative. Si è, perciò, al cospetto di interessi legittimi pretensivi del privato, che ricadono, per loro intrinseca natura, nella giurisdizione del giudice amministrativo (e, trattandosi della materia urbanistico-edilizia, nella sua giurisdizione esclusiva)».

<sup>15</sup> Cons. Stato, sez. IV n. 248/08.

*esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria*"; più in generale l'art. 7, comma 1 CPA devolve alla giurisdizione amministrativa le controversie *"concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo"*, il quale ultimo è configurabile solo in presenza di un'omissione qualificata. Diversamente opinando si autorizzerebbe l'attrazione alla giurisdizione amministrativa anche della *voie de fait*, così «contraddicendo l'intero impianto argomentativo della giurisprudenza costituzionale e delle magistrature superiori, alla quale, per vincolo di delega, il Codice deve attenersi rigorosamente»<sup>16</sup>. La stessa giurisprudenza amministrativa ha chiarito che «quando l'art. 7 CPA fa riferimento all'esercizio o al mancato esercizio o ai comportamenti o omissioni della pubblica amministrazione non può ritenersi esteso fino a ricomprendere anche l'inerzia nella attività di vigilanza, non stimolata, nei confronti di attività dei privati: in sostanza, se si lamenta la mancata vigilanza o la inerzia, essa deve essere stimolata dalla parte interessata, che può poi azionare rimedi avverso l'inerzia amministrativa o eventuali atti negativi»<sup>17</sup>.

Non resta, allora, che guardare a quelle omissioni che si svolgono al di fuori di un procedimento amministrativo o, pur svolgendosi nell'ambito di un procedimento, non si sostanziano nella mancata adozione di un atto amministrativo, quindi non sono qualificabili come silenzio ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990.

Assai utile, al riguardo, è l'art. 25 T.U. impiegati civili dello Stato:

*"1. L'omissione di atti o di operazioni, al cui compimento l'impiegato sia tenuto per legge o per regolamento, deve essere fatta constare da chi vi ha interesse mediante diffida notificata all'impiegato e all'Amministrazione a mezzo di ufficiale giudiziario.*

*2. Quando si tratti di atti o di operazioni da compiersi ad istanza dell'interessato, la diffida è inefficace se non siano trascorsi sessanta giorni dalla data di presentazione dell'istanza stessa.*

*3. Qualora l'atto o l'operazione faccia parte di un procedimento amministrativo, la diffida è inefficace se non siano trascorsi sessanta giorni dalla data di compimento dell'atto od operazione precedente ovvero, qualora si tratti di atti od operazioni di competenza di più uffici, dalla data in cui l'atto precedente, oppure la relazione o il verbale della precedente operazione, trasmesso dall'ufficio che ha provveduto, sia pervenuto all'ufficio che deve attendere agli ulteriori incombenzi".*

Dal raffronto tra il comma 1 ed il comma 3 della disposizione di evince l'esistenza di omissioni, concernenti attività *"al cui compimento l'impiegato sia tenuto per legge o per regolamento"*, che

---

<sup>16</sup> R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Vol. I, Roma, 2012, p. 91.

<sup>17</sup> Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2011, n. 693.

hanno ad oggetto atti non facenti parte di un procedimento amministrativo oppure operazioni<sup>18</sup>. Si tratta di condotte di natura pubblicistica, consistenti nell'inadempimento di doveri legali, che non integrano silenzio.

A conforto di tale esegesi vi è l'art. 328, comma 1 c.p., che punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che indebitamente omette un atto del suo ufficio, che deve essere compiuto "*per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità*", costantemente interpretato nel senso che l'attività doverosa omessa può avere qualsiasi natura.

Omissione non classificabile come silenzio è, ad esempio, la condotta del sindaco di un Comune il quale – a fronte di una situazione pericolosa per l'igiene e la salute pubblica a causa dell'assenza dei requisiti previsti per la potabilità dell'acqua erogata per il consumo – ometta di adottare i necessari provvedimenti contingibili ed urgenti volti ad eliminare il rischio del superamento dei parametri stabiliti dalla legislazione speciale in materia<sup>19</sup>.

Le omissioni diverse dal silenzio spettano alla giurisdizione amministrativa di legittimità, a meno che il dovere di intervento pubblico sia definito in termini così puntuali da fondare in capo all'interessato un diritto soggettivo oppure abbia ad oggetto attività materiali non collegate a provvedimenti.

Passando ai comportamenti commissivi, essi originano proprio dalla categoria delle «operazioni amministrative», in cui rientrano le attività materiali preparatorie ed esecutive dell'atto amministrativo e quelle poste in essere nell'adempimento di doveri che non richiedano l'adozione di provvedimenti. Tali comportamenti oggi sono riconosciuti come un modello complementare dell'azione amministrativa, espressione del principio di buon andamento.

Non si ravvisano, invece, condotte materiali con efficacia costitutiva, in forza del principio di procedimentalizzazione, salvo le marginali ipotesi di atti amministrativi privi di una forma dichiarativa.

Tale assunto è il corollario della concezione monista del procedimento amministrativo, fondata su due postulati: il comportamento che la p.a. svolge nell'esercizio del potere è integralmente riversabile nella figura dell'atto amministrativo e la qualificazione di questo comportamento (come lecito o illecito) avviene sulla base dei medesimi parametri che, per altro verso, valgono a qualificare l'atto amministrativo, cioè sulla base dei parametri di legittimità, contenuti nelle norme di azione.

---

<sup>18</sup> Obblighi di servizio pubblico o di funzione amministrativa da assolvere tramite attività giuridica istantanea o attività materiale (cd. prestazioni amministrative).

<sup>19</sup> Cfr. Cass. pen., sez. VI, 19 marzo 2009, n. 12147.

Tuttavia, come a suo tempo segnalato<sup>20</sup>, parte della dottrina oggi accredita una concezione dualista, ritenendo di separare atto e comportamento, al primo dei quali soltanto si riferisce propriamente la qualifica di (il)legittimità, ed al secondo dei quali si riferisce invece la qualifica di (il)liceità. Nella serie comportamentale costituita dall'azione autoritativa dell'amministrazione soltanto alcuni momenti valgono ai fini della qualificazione di legittimità, in quanto solo alcuni momenti, e non altri, sono riportabili all'interno dell'atto amministrativo.

Nell'elaborazione più moderna si tratta di un dualismo temperato, posto che il rapporto tra atto e comportamento non è traducibile in termini di stretta opposizione o alternatività, quanto piuttosto in termini di possibile coincidenza materiale e di possibile inerenza a fenomeni diversi. Il comportamento tenuto dalla p.a. nell'esercizio del potere viene, dunque, solo in parte in considerazione come atto giuridico, ma per tale parte esso è oggetto di pluriquificazione, potendo essere nello stesso tempo illegittimo ed illecito.

L'individuazione del comportamento che non si riversa nell'atto muove dall'abbandono della tradizionale concezione strutturale fondata sull'elemento soggettivo, per effetto della procedimentalizzazione e funzionalizzazione dell'azione amministrativa, che ha generato la dimensione oggettiva dell'atto giuridico nel diritto pubblico. In tale prospettiva vi è l'esaltazione del momento decisionale della condotta (*decision making process*) e la collocazione del comportamento nell'area dei momenti privi di rilievo sul contenuto dispositivo del provvedimento.

Tali segmenti del procedimento sono privi di rilevanza sul piano della legittimità (perché non condizionano il valore del provvedimento), ma la acquistano su quello della liceità, sotto il profilo della possibile violazione di norme di condotta (doveri di correttezza o di protezione).

Pur non appartenendo all'attività di I livello, non essendo espressione di posizioni di autorità, i comportamenti mediatamente riconducibili al potere sono assegnati dal legislatore alla giurisdizione amministrativa esclusiva, in virtù del loro collegamento con il potere pubblico. Ciò suggerisce di farne una categoria a parte rispetto a quella trattata nel prossimo paragrafo.

### **7.3 L'attività di livello II**

In questo ambito, modellato sullo schema di produzione giuridica proprio del diritto privato norma-fatto-effetto, l'agire tramite comportamenti è la regola, siano essi classificati dal punto di vista dogmatico come fatti, atti giuridici in senso stretto, o negozi. Si tratta dei cd. nudi comportamenti, espressione dell'attività paritetica della pubblica amministrazione.

---

<sup>20</sup> Cap. XI, § 1.6

Con riferimento all'attività negoziale la dottrina civilistica alla distinzione tra atto e comportamento preferisce quella tra l'agire per simboli e per segnali, cioè tramite strumenti che esprimono direttamente o indirettamente la volontà negoziale. I comportamenti possono ravvisarsi nella seconda categoria, quali comportamenti cd. concludenti.

Questa classificazione, tuttavia, non è immediatamente trasferibile nel diritto amministrativo, dove l'attività contrattuale è retta dal principio dell'evidenza pubblica, che irrigidisce in schemi formali la genesi e la manifestazione del consenso contrattuale. Ciò, peraltro, non esclude che nel procedimento di formazione del contratto siano ravvisabili, a fianco di atti amministrativi, comportamenti di natura privatistica<sup>21</sup>.

Ancora più prossima ai modelli del diritto privato è l'attività extranegoziale della pubblica amministrazione, che si svolge normalmente tramite comportamenti, suscettibili di diretta qualificazione da parte delle norme del codice civile (es. artt. 822, 1173, 1218, 2043). Ovviamente ascrivibile all'area dei comportamenti è, poi, tutta l'attività materiale di esercizio dei diritti, di cui la pubblica amministrazione può essere titolare come qualsiasi persona giuridica.

La formulazione dell'art. 1, comma 1-*bis* l. 241/90 (che fa riferimento all'adozione di “*atti non aventi natura autoritativa*”) può ingenerare il convincimento che la disposizione non si applichi ai comportamenti. I comportamenti non autoritativi sarebbero comunque disciplinati dal diritto privato, in virtù della loro natura giuridica.

L'interpretazione, però, è da respingere già sul piano testuale, poiché il legislatore non ha utilizzato il termine “atto” in contrapposizione a quello di comportamento, ma come termine ampio, sinonimo di attività, apparendo la *ratio* della norma improntata piuttosto sulla dicotomia tra attività autoritativa e non autoritativa. Sul piano sistematico, avendo la disposizione in oggetto valenza generale (come testimoniato dalla sua collocazione e dalla clausola di salvezza delle norme settoriali), è preferibile ritenere che la formula lessicale adoperata sia descrittiva di un fenomeno di portata ampia, in cui tutta l'azione non autoritativa della pubblica amministrazione – si svolga tramite veri e propri atti o comportamenti – viene assoggettata alle norme del diritto privato.

Piuttosto, deve dirsi che i comportamenti rientranti nell'attività considerata dall'art. 1, comma 1-*bis*, possono risultare indirettamente collegati al potere, proprio perché la norma si riferisce a situazioni in cui l'interesse generale gioca un ruolo più forte che nella comune attività di diritto privato della pubblica amministrazione.

Alla categoria dei nudi comportamenti appartengono, infine, le attività materiali non collegate, neppure in via mediata, al potere, come nelle ipotesi di vie di fatto e di esecuzione di provvedimenti

---

<sup>21</sup> Cap. XIX.



adottati in carenza di potere o altrimenti nulli<sup>22</sup>, ovvero già annullati, nonché l'attuazione di obblighi di servizio pubblico, predeterminati dalla legge o da regolamenti.

#### **7.4 L'attività intermedia**

L'individuazione dei comportamenti nell'ambito dell'amministrazione per accordi (art. 11 della legge n. 241/90) deve tener conto della struttura bifasica dell'azione amministrativa in tale settore, dove lo schema autoritativo e quello paritetico si incrociano.

Sino alla stipula dell'accordo l'attività è procedimentalizzata, essendo svolta nell'esercizio di una funzione amministrativa in senso tecnico. Tuttavia, nella fase di «trattativa» la possibilità per l'amministrazione di agire secondo moduli comportamentali appare più ampia di quella normalmente riconosciuta nel procedimento di formazione dei contratti di diritto privato, essendo deformalizzata (art. 11, comma 2).

Dopo la stipula dell'accordo, con la trasformazione del modello di attività, i comportamenti vengono in rilievo analogamente a quanto avviene nell'attività di esecuzione dei contratti. Ovviamente ciò vale assai meno per gli accordi integrativi, che si inseriscono nel corso del procedimento amministrativo ma non lo concludono, essendo destinati a sfociare in un provvedimento.

#### **7.5 Attività di organizzazione**

Nell'ambito dell'organizzazione amministrativa i comportamenti non avevano maggiore spazio che in quella funzionale, perché nel modello burocratico di amministrazione tutta l'attività di organizzazione era formalizzata. A questa regola non si sottraevano i rapporti interni di ufficio e la gestione dei rapporti di servizio, disciplinati da atti amministrativi e da comportamenti esecutivi di atti.

Con il completamento dell'opera di privatizzazione del rapporto di pubblico impiego è stato affermato il principio secondo cui *“le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure*

---

<sup>22</sup> Precisamente, come anticipato alla nota 37, parte della dottrina ritiene che i comportamenti attuativi di provvedimenti nulli, ma esercizio – sia pure gravemente patologico – del potere mantengano la connessione con la funzione amministrativa, e vadano sottratti all'area dei nudi comportamenti. In tal senso si richiama la giurisprudenza del Consiglio di Stato sulle occupazioni illegittime per scadenza della dichiarazione di p.u. o sopravvenuto annullamento della stessa o, ancora, nullità per scadenza dei termini. In verità nessuno di questi esempi è pertinente, non afferendo a figure di nullità previste dall'art. 21-*septies* della legge n. 241/90 ma, a rigore, riguardando sempre ipotesi di inefficacia sopravvenuta del provvedimento presupposto del comportamento. Viceversa, nei casi di inefficacia originaria, il comportamento non è esplicazione del potere, a nulla valendo l'obiezione secondo cui non si può predicare che l'atto nullo non esista come espressione del potere in quanto inefficace. A qualificare la condotta materiale come nudo comportamento non è, infatti, la circostanza che l'atto non sia esercizio di potere, bensì l'interruzione del rapporto di causalità giuridica tra di esso e l'attività materiale.

*inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro” (art. 5 d.lgs. 165/2001).*

Ne consegue che, per quanto attiene all’organizzazione dei singoli uffici ed alla gestione del rapporto di impiego del pubblico dipendente, l’attività amministrativa avviene nelle forme del diritto privato, il che lascia ampio spazio alla configurabilità di comportamenti giuridicamente rilevanti (cd. atti aziendali).

## **7.6 Servizi pubblici**

Nel servizio pubblico possono darsi modalità di gestione che si avvalgono ora del modello pubblicistico procedimentalizzato, ora di quello privatistico. L’identificazione dei comportamenti in tale settore dipenderà, dunque, dal modello prescelto. Tuttavia possono indicarsi criteri di massima, che distinguano tra fase di organizzazione e fase di erogazione.

Normalmente la concreta erogazione all’utenza del servizio si realizza tramite attività materiali e, dunque, comportamenti (consistendo nella prestazione di utilità, in termini di beni o servizi). Il regime giuridico di tali comportamenti è quello del diritto privato, quanto meno ai sensi dell’art. 1, comma 1-*bis* legge 241/90, essendo estranea all’attività di erogazione (ed ai presupposti contratti di utenza) qualsiasi profilo di autoritatività. L’eventuale connessione con atti aventi ad oggetto l’organizzazione del servizio non è idonea ad incidere sul rapporto del gestore con i destinatari del servizio (persino il testo dell’art. 33 d.lgs. 80/98 anteriore a Corte Cost. 204/04 escludeva dalla giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di servizi pubblici i rapporti individuali di utenza). Va ricordato, affinché la soluzione non appaia scontata, che l’erogazione dei servizi non sempre è stata inquadrata nello schema civilistico, perché in passato si adottava il modello della «prestazione amministrativa», per quei servizi che erano gestiti in forma burocratica e non imprenditoriale.

Per quanto attiene all’organizzazione del servizio, l’attività presenta componenti sia materiali che giuridiche. Il regime di tale attività è legato alla natura del soggetto gestore. Trattandosi di gestore privato (o pubblico, ma che opera in veste di impresa), vi è l’applicazione del modello aziendalistico e la sottoposizione al diritto privato. Diversamente l’organizzazione del servizio mantiene alcuni tratti propri della funzione pubblica, sottoposti alla disciplina degli atti autoritativi