

MATTEO MICHELETTI

Dottore di ricerca in Istituzioni e Organizzazioni. Cultore di Istituzioni di diritto pubblico nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano e Avvocato del foro di Varese  
*m.micheletti@studiolegale-mm.it*

**OSSERVAZIONI SUL MUTAMENTO DEL SIGNIFICATO  
DELL'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DEL DIRITTO  
PRIVATO ALL'AZIONE AMMINISTRATIVA ALLA LUCE  
DEI RECENTI SVILUPPI DEL DIRITTO PUBBLICO,  
E SULLA SUA PROBLEMATICITÀ**

**NOTES ON INTERPRETATION OF PRIVATE LAW PRINCIPLES AS  
PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE, UNDER PUBLIC  
LAW'S RECENT PROCEEDINGS**

SINTESI

I recenti sviluppi del diritto pubblico impongono una rimeditazione del favore per l'applicazione dei principi del diritto privato all'azione amministrativa. Vi sono infatti aspetti della medesima che rimangono irriducibili ai principi del diritto privato (risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo, quanto meno rispetto ad alcuni dei suoi profili; procedure di affidamento dei contratti pubblici; reclutamento del personale, ecc.). Pare venire meno quella che sembra essere la giustificazione più razionale dell'applicazione dei principi del diritto privato ai procedimenti amministrativi (e quindi all'azione amministrativa): manca un infatti sistema di valori che possa dirsi da tutti condiviso e viene pertanto meno l'individuazione dei principi del diritto privato come espressione necessaria della maniera più razionale di impostare i rapporti giuridici tra soggetti differenti. Il Giudice amministrativo ha una sensibilità diversa da quella del Giudice ordinario e quindi la sua applicazione del principio di diritto privato all'Amministrazione è filtrata attraverso tale sensibilità. Non è tanto l'applicazione dei principi del diritto privato che pare rilevare, quanto piuttosto che la disciplina scelta sia almeno razionale (privatistica o pubblicistica che sia).

ABSTRACT

Recent developments in Public Law requires to discuss general consensus on application of private Law Principles to the action of public bodies. Relevant aspects of public bodies' action reveal themselves as irreducible to the princi-

ples of private law (compensation for injuries to legitimate interest, at least for some profiles; awarding procedures for public procurements; personnel recruitment, etc.). It seems unwinding what appeared as the most rational topic for application of principles of private law to administrative procedures (and therefore to the action of Public bodies): there is no system of values shared by everyone, so it's also unwinding the identification of private law principles as the necessary expression of the most rational way of setting up legal relationships between different subjects. Administrative Courts have different sensitivity compared to Civil Courts' one: therefore, their application of private law principles to Public Bodies is filtered through this sensitivity. It seems not so much relevant the application of private law principles, rather than chosen legal framework is at least rational (private, or public).

PAROLE CHIAVE: diritto pubblico, diritto privato, azione amministrativa, conciliabilità, criticità.  
KEYWORDS: public law, private law, public bodies action, compatibility, critical issues.

INDICE: 1. Introduzione – 2. Recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di risarcimento del danno e loro valenza paradigmatica per il problema che si affronta – 3. L'interesse pubblico quale limite alla vera applicazione del diritto privato e le sue cause: a) la problematica dell'immanenza dell'interesse pubblico all'azione amministrativa; b) il crollo del contenuto reale della Carta costituzionale e l'insussistenza di un sistema di valori unanimemente condiviso; c) segue: il diritto amministrativo attuale come diritto "politico" – 4. Le conseguenze: il limitato significato dell'applicazione contingente dei principi del diritto privato al diritto amministrativo e la loro progressiva riduzione e distorsione ove abbiano ad intersecarsi con il diritto amministrativo "politico" – 5. Conclusioni

## 1. Introduzione

Il presente intervento<sup>1</sup> prende le mosse da alcuni recenti arresti giurisprudenziali in materia di risarcimento del danno.

Pare infatti che questa sia attualmente la materia in cui emergono più significative le criticità tra utilizzazione dei principi del diritto privato e regole che debbono connotare l'azione amministrativa, e che quindi sia un buon punto di partenza per le brevi osservazioni che si vogliono proporre.

La riflessione sulle modalità con cui si sta configurando la disciplina del risarcimento per lesione delle posizioni del soggetto a fronte dell'azione amministrativa illegittima è in grado – ad avviso di chi scrive – di fare emergere in

---

<sup>1</sup> Il presente testo è la trasposizione dell'intervento svolto al Convegno «*Principi del diritto privato e procedimento amministrativo*» organizzato dall'Associazione per lo Studio delle scienze amministrative di Fano, con il patrocinio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Urbino, il 25 e 26 giugno 2009, ed esso è aggiornato nella sostanza a tali date.

via paradigmatica la problematicità (ed in certi casi la criticità) dell'applicazione dei principi del diritto privato all'attività amministrativa.

Essa apre anche le porte all'interprete per estendere la sua visione di insieme su altri casi di criticità dell'applicazione (o trapianto) di cui si tratta, che portano a dubitare che vi sia un'irriducibilità – quantomeno nell'attuale momento storico – dei due sistemi tra loro.

La criticità di cui si tratta, a sua volta, appare dovuta ai recenti sviluppi che hanno conosciuto il diritto pubblico e le sue concezioni: in questo senso si cercherà di mostrare come la scelta dogmatica di applicare i principi di diritto privato all'attività dell'Amministrazione sembri perdere parte rilevante del suo significato.

Si tenterà conseguentemente di fornire uno spunto – compatibilmente con l'estensione di questo breve contributo – per tratteggiare quella che sembra la ragione della tendenziale incompatibilità/incomunicabilità tra diritto amministrativo e diritto privato (o – se si preferisce – dell'occasionalità e temporaneità del matrimonio tra azione amministrativa e principi del diritto privato), e quindi del ridimensionamento del significato evocato dall'applicazione di principi del diritto privato al diritto amministrativo (ed all'azione amministrativa).

## **2. Recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di risarcimento del danno, e loro valenza paradigmatica per il problema che si affronta**

Appare particolarmente significativo prendere le mosse di questo intervento dalla giurisprudenza recente in materia di risarcimento del danno.

Come è noto, la risarcibilità degli interessi legittimi è stata riconosciuta in via generale dalla sentenza delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, 22 luglio 1999, n. 500<sup>2</sup>, ciò che aveva portato a pensare finalmente ad

---

<sup>2</sup> Reperibile, ad es., in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1999, p. 1108, con nota di G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, *ivi*, p. 1126; nonché, senza pretesa di esaustività, F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro It.*, 1999, p. 3212; A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devo essere interessi legittimi?*, *ivi*, p. 3222; R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, *ivi*, p. 3201; SCODITTI E., *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, *ivi*, p. 3226; F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile: Corte Cass., sez.un., 22 luglio 1999 n. 500*, in *Giur., cost.*, 1999, p. 4045; G. AZZARITI, *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi: un commento alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione*, *ivi*, p. 4062; F. SATTA, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, *ivi*, p. 3233; F.G. PIZZETTI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di*

un'equiparazione della posizione soggettiva dell'interesse legittimo, con quella del diritto soggettivo<sup>3</sup>, e quindi ad un'Amministrazione sempre più paritaria<sup>4</sup>.

L'evoluzione è stata molto diversa quella che ci si attendeva, ed anzi il nuovo istituto – salvo qualche entusiasmo iniziale – anziché divenire strumento

---

*Cassazione...*, in *Giur.it.*, 1999, p. 1381 ; F. CAPRIGLIONE, *Danno ingiusto da interesse legittimo e responsabilità delle Amministrazioni di controllo del mercato finanziario*, ne *La nuova giur. civ. commentata*, 1999, p. 396; S. PATTI, *Lesione di interessi legittimi e clausola generale di responsabilità civile*, *ivi*, p. 382; G. VISINTINI, *Obiter dicta e nuove direttive delle sezioni unite in tema di danno ingiusto connesso alla lesione di interessi legittimi*, *ivi*, p. 386; M. BERTOLISSI, *Osservazioni a Cass. civ. Sez. Un. 22/7/1999 n. 500*, *ivi*, p. 370; G. ALPA, *Il révirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, *ivi*, p. 373; L.P. COMOGLIO, *Interessi legittimi risarcibili e pregiudizialità amministrativa*, *ivi*, p. 3226; G. ALPA, M. SANINO, P. STELLA RICHTER, *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 del 1999 delle sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in *Giust. Civ.*, 1999, p. 427; M.R. MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*, *ivi*, p. 2274; B. DELFINO, *La fine del dogma dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombre di una svolta storica: nota a Cass., sez. un., 22 luglio 1999 n. 500*, in *Foro Amm.*, 1999, p. 2007; V. CAIANIELLO, *Postilla in tema di riparto fra le giurisdizioni*, *ivi*, p. 2034; M.V. MORELLI, R. MORELLI PONTONI, *Innovazioni epocali, sostanziali e processuali, in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Nuova Rass.*, 1999, p. 2409; V. GHERGHI, *Prospettive di tutela giurisdizionale: dopo la sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione 22 luglio 1999, n. 500*, *ivi*, p. 1800; L. LAVITOLA, *Le novità introdotte dalla sentenza n. 500/99 della Suprema Corte di Cassazione e cenni sui presupposti giuridico normativi e sui contrasti tra dottrina e giurisprudenza in materia di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Riv. Amm. R.I.*, 1999, p. 741; S. TARULLO, *Le prospettive risarcitorie del danno 'ingiusto' cagionato dalla p.a. tra il d.lgs. n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni Unite n. 500/99*, *ivi*, p. 597; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birman*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 850; A. DI MAJO, V. MARICONDA, *Risarcibili per la Cassazione gli interessi legittimi. Cassazione civile 22 luglio 1999, n. 500/99/S.U.*, in *Corriere giuridico*, p. 1367; M. PROTTO, *Tutela risarcitoria. È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, p. 1067; V. PARISIO, *Primi brevissimi spunti di riflessione in tema di risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi alla luce della sentenza della Cass., sez. un., civ. n. 500 del 1999*, in *Riv. giur. edilizia*, 1999, p. 1239; G. FINUCCI, *Un brutto scivolone delle S.U. civili della Cassazione*, ne *Il Nuovo Diritto*, 1999, p. 691; S. INGRASSIA, *Risarcibilità degli interessi legittimi e principio dell'unicità della giurisdizione*, *ivi*, p. 813; F. BILE, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 897; L.V. MOSCARINI, *La risarcibilità degli interessi legittimi: un problema tuttora aperto (Cassazione civile, sez.un., 22 luglio 1999, n. 500)*, in *Contratti*, 1999, p. 869; M. A. SANDULLI, *Dopo la sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite: appunti sulla tutela risarcitoria nei confronti della P.A. e sui suoi riflessi rispetto all'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, p. 47; A. LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. Pubblico*, 2000, p. 55; G. SORICELLI, *Appunti su una 'svolta epocale' in merito ad un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla pari dignità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: una decisione a futura memoria*, in *Foro Amm.*, 2000, p. 350; C. CARPINELLI, A.A. SALEMME, *Interesse legittimo e risarcimento del danno: questioni di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, *ivi*, p. 2064; T. ALIBRANDI, *La sentenza n. 500 del 1999 delle sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi: continua il dibattito*, in *Giust. Civ.*, 2000, p. 199.

<sup>3</sup> Financo ad ipotizzare, a quel punto, che la stessa figura dell'interesse legittimo avrebbe perduto di senso. V. anche G. BERTI, *La giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Diritto pubblico*, 2000, p. 1.

<sup>4</sup> Si utilizza l'espressione «paritaria» nel senso impiegato ad es. sostanzialmente da G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, par. 8 e nota 125, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

per scardinare la tradizionale concezione dell'interesse legittimo, ha subito piuttosto la vita propria di quest'ultimo.

**2.1.** Così – in maniera sostanzialmente monolitica – si è costruita una particolare causa di giustificazione del comportamento dannoso dell'Amministrazione, consistente nell'errore scusabile determinato dalla difficoltà interpretativa della norma (da poco entrata in vigore) che viene in considerazione, dall'eventuale contrasto giurisprudenziale su di essa, dalla complessità del fatto, dalla dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata<sup>5</sup>.

Non si può non notare la deviazione rispetto ai normali principi ed istituti civilistici, che non paiono conoscere la causa di giustificazione dell'errore scusabile, ma per i quali addirittura si sottolinea che tende a scomparire la rilevanza dell'elemento soggettivo, assorbito nella rilevanza della sola deviazione oggettiva da uno *standard* di comportamento dato individuato dal legislatore<sup>6</sup>.

**2.2.** Ulteriormente, si è poi recentemente giunti ad affermare (in ottica di abbandono della pregiudiziale amministrativa) che il termine di proposizione dell'azione di risarcimento del danno rileva ai fini della determinazione del *quantum debeatur*, sino ad eventualmente azzerarlo, in asserita ottica di applicazione degli artt. 2056, comma 1, e 1227, comma 2, c.c.<sup>7</sup>: Cons. giust. Amm.,

---

<sup>5</sup> V. ad es., ancora recentemente, TAR Veneto, Sez. I, 19 gennaio 2009, n. 87, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Toscana, Sez. II, 31 ottobre 2008, n. 2418, in *Foro Amm. TAR*, 2008, p. 2735; Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5124, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 386, con nota di S. BAIONA, *Attività di smaltimento dei rifiuti e omessa procedura di valutazione di impatto ambientale (VIA): responsabilità della P.A. e rilevanza dell'errore scusabile*, *ivi*, p. 390, nonché di D. CAMICI, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, p. 364; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 5 giugno 2008, n. 1651, in *Foro Amm. TAR*, 2008, p. 1847; Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, p. 697, con nota di M. MASSA, *Sulla responsabilità della Pubblica Amministrazione per danni causati dall'illegittima aggiudicazione di gara d'appalto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 204; TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 13 dicembre 2006, n. 14329, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con nota di M. DIDONNA, *Buoni pasto e diritto comunitario*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, p. 773; TAR Piemonte, Sez. II, 22 maggio 2006, n. 2164, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 13 gennaio 2006, n. 6, in *Foro Amm. TAR*, 2006, p. 344; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 9 febbraio 2005, n. 104, in *Foro Amm. TAR*, 2005, p. 522; Cass. civ., Sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424, in *Dir. & Formazione*, 2004, p. 867, con note di M. PERIN, *L'attività provvedimentale e colpa della Pubblica amministrazione*, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 21, 2004, p. 41, M. SPINOZZI, *Attività amministrativa ed imputabilità della condotta: l'errore scusabile si estende anche alla P.A.?*, in *Foro Amm. CDS*, 2004, p. 3455, B. DI VITO, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione per diffusione di informazioni inesatte*, in *Corriere giuridico*, 2005, p. 253, M. TUOZZO, *La rilevanza dell'elemento soggettivo nella responsabilità civile della P.A.*, in *La responsabilità civile*, 2005, p. 121, L. PRIMICERI, *La colpa nella lesione di un interesse legittimo*, *ivi*, p. 127, M. GRONDONA, *Interpretazione della legge, comunicazione di informazioni inesatte e responsabilità della P.A.*, in *Danno e Resp.*, 2005, p. 63.

<sup>6</sup> V. in argomento, F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'Amministrazione*, in *Dir. Pubblico*, 2008, p. 449.

<sup>7</sup> Tale norma – richiamata dalla prima – dispone che: «Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza».

Sez. giurisd., 23 settembre 2008, n. 780<sup>8</sup>.

Anche qui, pare a chi scrive che non si possa non notare una deviazione dai normali canoni: l'argomento viene infatti normalmente respinto dalla giurisprudenza civilistica, facendosi ricorso al più alla possibilità dell'altra parte di provocare la decisione del Giudice<sup>9</sup>. L'Amministrazione, tuttavia, non ha bisogno nemmeno di questo, potendo agire ordinariamente in via di autotutela<sup>10</sup>.

Le deviazioni di cui si tratta sembrano scontare un dato generale formalmente inespresso, e cioè che i risarcimenti del danno si devono soddisfare sul denaro pubblico: ciò normalmente significa – specie in un periodo di crisi economica aggravata dalla perdita del potere di manovra della moneta<sup>11</sup> – che le somme che vengono risarcite al privato, vengono poi di fatto tolte alla collettività, che si vedrà assicurati tendenzialmente minori servizi e prestazioni<sup>12</sup>.

In questo quadro non può (né deve) stupire che la giurisprudenza utilizzi strumenti per ridurre i risarcimenti, sia pure con un intento pratico, più che dogmatico.

Ed in effetti la giurisprudenza costituzionale sostiene ormai da tempo

---

<sup>8</sup> In *www.lexitalia.it*, 10/2008, con nota di E. FOLLIERI, *La decorrenza degli effetti nella estensione del giudicato a soggetti estranei alla lite*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 349.

<sup>9</sup> Nella materia civilistica, v., ad. Cass. Civ., Sez. lav., 10 dicembre 2007, n. 25743, in *Notiziario Giur. Lav.*, 2008, p. 202 (che fa riferimento anche alla sussistenza di poteri paritetici di limitare il danno: per quanto interessa questa esposizione essi sono ovviamente rappresentati dalla possibilità di agire in via di autotutela); Cass. civ., Sez. lav., 11 maggio 2005, n. 9898, in *Giust. Civ. mass.*, 2005, p. 5; Cass. civ., Sez. lav., 29 maggio 1995, n. 5993, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, p. 1101.

<sup>10</sup> Un dovere dell'Amministrazione di agire in autotutela era stato ad es. ipotizzato da B. BISCHI nell'intervento al Convegno di Urbino del 2007 (l'intervento è stato successivamente pubblicato con il titolo, *La partecipazione al procedimento e la difesa delle posizioni dei soggetti abilitati nel diritto sostanziale*, in *Procedura, Procedimento, Processo. Atti del Convegno, Urbino 14 e 15 giugno 2007*, Padova, 2010, p. 135); v. anche TAR Campania, Salerno, Sez. I, 5 ottobre 2007, n. 2058, in *Foro Amm. TAR*, 2007, p. 3208.

<sup>11</sup> Cfr. in via generale, in argomento, G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, CEDAM, 2003, p. 207.

<sup>12</sup> Sia consentito esprimere qui delle riserve nei confronti dell'operazione effettuata da Cass. SS.UU. 500/1999, cit., che ha condotto al riconoscimento della generale risarcibilità degli interessi legittimi. Chi scrive continua infatti a ritenere più funzionale il vecchio sistema in cui – a fronte della carenza del risarcimento del danno – il Giudice prendeva più seriamente in considerazione le attese dei privati consociati, che godevano (si parla di una decina di anni fa) di una giustizia complessivamente celere, la quale – con l'ampia concessione di misure cautelari – consentiva all'interessato sostanzialmente di accedere (sia pure in via interinale) al bene cui aspirava in un termine assolutamente rispettabile. La risarcibilità ha portato con sé la stretta sulla concessione delle misure cautelari (perlomeno, questa è la esperienza di chi scrive), poiché il pregiudizio non si ritiene più in questo caso tendenzialmente irreparabile, con effetti sostanzialmente devastanti quanto al tempo di conseguimento del bene della vita ove non si sia di fronte ad una controversia soggetta ad un rito speciale accelerato (sulla problematica delle varie tipologie di rito, v. anche A. TRAVI, *I termini del processo amministrativo e i riti speciali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

che le esigenze di tutela della finanza pubblica possono porsi legittimamente quale limite nei confronti dei diritti, anche costituzionalmente garantiti<sup>13</sup>.

Già Cavour, del resto sottolineava che «*gli atti più importanti di governo sono quelli che si riferiscono al pubblico tesoro, e devono, quindi, dare ai contribuenti che sacrificano parte dei loro averi a pro' di uno Stato, l'assunzione che quei denari si riscuotono legalmente e ricevono la loro destinazione*»<sup>14</sup>.

Pare quindi che con ciò si sia individuato un elemento generale – quello delle risorse con cui agisce l'Amministrazione – che tende a tratteggiare come problematica l'applicazione dei principi civilistici alla sua azione (in questo caso con riferimento al profilo della responsabilità per attività illegittima).

### **3. L'interesse pubblico quale limite alla vera applicazione del diritto privato e le sue cause:**

#### **a) la problematica dell'immanenza dell'interesse pubblico all'azione amministrativa**

Si pone quindi l'interrogativo se i principi civilistici siano pienamente compatibili con le esigenze dell'agire amministrativo, oppure vi siano invece reali controindicazioni alla loro compiuta applicazione.

**a.1)** La risposta al quesito sembra dover essere negativa, poiché quando una parte è l'Amministrazione pubblica (od un soggetto ad essa assimilato) c'è sempre un *quid pluris* rispetto agli ordinari rapporti civilistici, dato dalla stretta

---

<sup>13</sup> Cfr., ad es., Corte Cost., 7 luglio 2006, n. 279, con note di L. CASSETTI, *Lo sconto imposto ai produttori sul prezzo dei farmaci tra le misure di contenimento della spesa sanitaria: le incongruenze della 'copertura' dei disavanzi regionali*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2883, M. GONZO, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 279 del 3 luglio 2006 ribadisce la ragionevolezza delle norme volte ad imporre uno sconto obbligatorio ai soli produttori di medicinali*, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, p. 981, M. LANDRESI, *Determinazione del prezzo di medicinali rimborsabili dal Servizio sanitario nazionale*, ne *Il Giudice di pace*, 2007, p. 285; Corte Cost., 26 maggio 2005, n. 200, con nota di M. MIGLIORANZA, *Sanità e principi fondamentali: la programmazione regionale*, in *Foro Amm. CDS*, 2005, p. 2437; Corte Cost., 12 luglio 2002, n. 342; Corte Cost., 20 novembre 2000, n. 509; Corte Cost., 20 novembre 1998, n. 372, con nota di L. DANIELE, *Riduzione del trattamento pensionistico in caso di soppressione dell'ente datore di lavoro*, in *Riv. giur. scuola*, 1999, p. 289; Corte Cost., 23 dicembre 1997, n. 432; Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416, con nota di M. CAMELLI, *La corte costituzionale condona (ma solo per questa volta) i vizi del condono edilizio*, ne *Le Regioni*, 1996, p. 281; Corte Cost., 10 giugno 1994, n. 240, con nota di L. ANGIELLO, *Integrazione al minimo pensionistico: brevi note sulla sentenza Corte cost. n.240/1994*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, p. 1026. Le sentenze sono tutte reperibili in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>14</sup> La citazione viene da A. BAX, *La Corte dei Conti. Le funzioni giurisdizionali e di controllo a seguito delle recenti riforme*, Napoli, Simone, 2000, p. 7.

inerenza a tutta l'azione amministrativa dell'*interesse pubblico*<sup>15</sup>.

Al di là di quello che si voglia poi sostenere, si reputa che chiunque abbia una qualche esperienza del processo amministrativo – specie se abbia rappresentato la parte privata – possa convenire che in esso si consuma sostanzialmente sempre una sorta di *synodus horrenda* (*id est*, c.d. processo del cadavere<sup>16</sup>).

Ed in effetti nonostante la valutazione dell'interesse pubblico dovrebbe essersi conclusa con l'adozione del provvedimento impugnato, ed anche in assenza di censura del ricorrente, la decisione del Giudice rimane sempre ispirata in parte dalla tutela sostanziale dell'interesse pubblico di cui esso tende comunque a farsi naturalmente tutore<sup>17</sup>.

Quindi, ove parte sia l'Amministrazione (ed il processo sia amministrativo), sempre questo fantasma aleggia, impedendo la piena applicazione dei principi civilistici, poiché essi da soli non garantiscono di raggiungere tutti quei risultati che pure si ritiene non debbano comunque venire meno nell'attuale momento storico.

**a.2)** Da altro canto, alcuni dei principi del diritto privato sono di tutt'altro che desiderabile applicazione al procedimento amministrativo<sup>18</sup>: si pensi solo alla formalizzazione della normativa sulla scelta del contraente privato della Pubblica amministrazione contenuta nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ed alle conseguenze di una riduzione delle modalità procedurali di scelta nell'ambito dei principi privatistici.

Ed anzi è semmai l'Amministrazione a domandare al suo consulente se in determinati casi non si possa addivenire all'affidamento diretto mediante

---

<sup>15</sup> Si passi l'espressione impiegata in senso descrittivo e classico, attesi gli scopi che si intendono raggiungere con questa trattazione e che non richiedono approfondimenti sul punto di cui qui si discute. Sembra opinare che vi sia anche un'attività amministrativa non funzionalizzata al perseguimento del pubblico interesse CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, cit., par. 8 e nota 125. Si ritiene qui che tale tesi non possa essere condivisa: si conviene infatti con la dottrina che sottolinea, ad es., che nel nostro sistema (art. 41 Cost.), solo l'iniziativa economica privata gode di protezione costituzionale; non così invece quella pubblica, che gode di un riconoscimento di fatto: DI GASPARÉ, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., p. 87.

<sup>16</sup> Sul c.d. sinodo del cadavere, in ottica divulgativa, v. l'omonima voce in *wikipedia.org*: [http://it.wikipedia.org/wiki/Sinodo\\_del\\_cadavere](http://it.wikipedia.org/wiki/Sinodo_del_cadavere). In particolare, nel 897 il nuovo Papa fece riesumare il cadavere di quello precedente, affinché rispondesse di quelle che venivano asserite come sue malefatte, ed il processo così intentato si concluse con la condanna del predecessore. In seguito i processi contro persone decedute vennero vietati ed il vecchio Pontefice riabilitato.

<sup>17</sup> Lo aveva onestamente riconosciuto al Convegno «*Il procedimento e le responsabilità*», organizzato dall'Università di Urbino, 8 – 9 maggio 2008, anche un Consigliere di TAR.

<sup>18</sup> Dopotutto l'art. 2, comma 3, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, stabilisce che si applicano le norme della l. 7 agosto 1990, n. 241 alle procedure di appalto: con ciò riconoscendo che ci si trova davanti a veri e propri procedimenti amministrativi (cfr. anche V. ITALIA, *Art. 2*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 39).

trattativa privata (principio civilistico di scelta del contraente), oppure a richiedere l'allargamento delle maglie dei regolamenti di acquisizione delle prestazioni in economia per farvi entrare maggiori prestazioni possibili.

Non si reputa che in questi casi ci sia da sperare nella sostituzione della disciplina pubblicistica, e delle sue garanzie, con i principi di libertà ed autonomia del diritto privato.

**a.3)** Si pensi ancora alla eventuale soppressione dei sistemi di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici, con applicazione dei principi civilistici di libertà di individuazione del contraente: sarebbe oggettivamente desiderabile?

**a.4)** L'interesse pubblico che aleggia (e deve aleggiare) continuamente sull'azione amministrativa, fa sì – ad es. – che alcuni concetti vengono mutuati nell'ordinamento dell'impiego pubblico privatizzato da quelli dell'ordinamento pubblicistico, come è dato evincere dalle opinioni correnti sul tipo di discrezionalità che caratterizza la progressione nella carriera dei dipendenti, che si finisce per configurare come la vecchia discrezionalità tecnica<sup>19</sup>.

E tutto questo semplicemente perché non si ritengono praticabili (ed accettabili) soluzioni diverse.

*A contrario*, in dottrina, sempre nel caso del pubblico impiego, è stato ancora ipotizzato che il recente proliferare del fenomeno del *mobbing* possa essere dipendente anche dalla sostituzione del regime del diritto pubblico con quello del diritto privato, poiché in questo modo è venuto meno il sindacato del Giudice amministrativo sull'eccesso di potere nella gestione del rapporto di lavoro, che consentiva di conformare immediatamente l'azione dell'Amministrazione e quindi all'interessato di conseguire il bene della vita cui realmente aspira, e cioè quello di poter svolgere la sua attività lavorativa in un ambiente che sia in grado realmente di consentirne lo sviluppo della personalità<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Le valutazioni della parte datoriale in materia di promozioni che implicino valutazioni discrezionali, alla luce dei principi giurisprudenziali attualmente disponibili, devono infatti ritenersi sindacabili solo se affette da manifesta iniquità o irragionevolezza (come ad es. in caso di assoluta carenza di motivazione): cfr. Cass. civ., Sez. lav., 1 agosto 2001, n. 10514 («...non è consentito al giudice di ingerirsi nella valutazione delle procedure attuative del bando di concorso, nella scelta dei criteri di selezione e nel merito dei giudizi espressi sui singoli candidati»); Cass. civ., Sez. lav., 3 ottobre 2006, n. 21297; Cass. civ., Sez. lav. 15 marzo 1996, n. 2167 (con nota di A. RIGANÒ, *Promozioni a scelta: tutela delle posizioni soggettive del lavoratore e risarcibilità della perdita di chance*, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 792), tutte reperibili nella banca dati *De Jure*, [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it) (ora, [www.insexplorer.it](http://www.insexplorer.it)).

<sup>20</sup> In argomento, v. S. AGRIFOGLIO, *Il mobbing nel pubblico impiego*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 10/2004.

Non sarà forse inutile rammentare che in passato la Corte Costituzionale aveva affermato che non si sarebbe potuto comunque privatizzare il rapporto di lavoro di coloro che

a.5) Appare ancora inutile qui ripercorrere la problematica relativa alle deviazioni della disciplina delle società a partecipazione pubblica da quella civilistica<sup>21</sup>, culminata ancora di recente con l'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (conv. con l. 6 agosto 2008, n. 133), che ha imposto alle società a partecipazione pubblica totalitaria o di controllo di dotarsi di metodi di reclutamento conformi ai principi del pubblico impiego, o comunque dell'evidenza pubblica<sup>22</sup>.

E si potrebbe continuare ancora con ulteriori esempi.

## **b) il crollo del contenuto reale della Carta costituzionale e l'insussistenza di un sistema di valori unanimemente condiviso**

Pare tuttavia che vi siano anche ragioni più profonde per indurre notevoli cautele in merito alla trasposizione dei principi del diritto privato all'azione amministrativa.

Il diritto privato sembra venire in considerazione come desiderabile sostanzialmente per due ragioni:

a) esso sarebbe il diritto delle relazioni paritarie, contrapposto al diritto pubblico come diritto della supremazia<sup>23</sup>;

b) lo stesso sarebbe il diritto «comune» dei soggetti dell'ordinamento<sup>24</sup>,

---

erano chiamati all'esercizio di pubbliche potestà: Corte Cost., 5 maggio 1980, n. 68, in *Giur. Cost.*, 1980, I, p. 647; A. ROMANO, *Un (eterodosso) auspicio di una almeno parziale controriforma*, in AA.VV., *Annuario 2003 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 436.

<sup>21</sup> Da ultimo v. in argomento M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>22</sup> Dispone in particolare la norma citata che «1. A decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. 2. Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità. 3. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati».

In argomento v. anche C. TESSAROLO, *Le assunzioni del personale da parte delle società a partecipazione pubblica*, in [www.pubblitecnica.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=50:costantino-tessarolo-le-assunzioni-del-personale-da-parte-delle-societa-a-partecipazione-pubblica-&catid=89:notizie-home-page](http://www.pubblitecnica.com/index.php?option=com_content&view=article&id=50:costantino-tessarolo-le-assunzioni-del-personale-da-parte-delle-societa-a-partecipazione-pubblica-&catid=89:notizie-home-page). La Corte dei Conti tende inoltre a ritenere che i principi di cui all'art. 7 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, siano linee guida anche per la regolamentazione del conferimento degli incarichi a soggetti esterni da parte delle società di cui si tratta: cfr. ad es. Corte conti, Sez. Reg. Controllo Emilia Romagna, delibera n. 113/2008 del 18 dicembre 2008, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

<sup>23</sup> Sembra che si inserisca ancora recentemente in quest'ottica CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, cit.

<sup>24</sup> Cfr. anche F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, Giuffrè, 2004,

ed espressione di intima razionalità, contrapposto al diritto amministrativo come diritto del privilegio.

Sembra a chi scrive che i più recenti sviluppi del diritto pubblico pongano in discussione entrambi gli ordini di ragioni che dovrebbero giustificare l'ampia sottoposizione dell'azione della Pubblica amministrazione alla normativa (od ai principi) del diritto privato.

L'auspicio per l'applicazione del diritto privato all'azione amministrativa è in fondo espressione di una scelta valoriale, che vede in quest'ultimo una disciplina ragionevole e giusta per l'Amministrazione.

Il punto è tuttavia che – nell'attuale momento storico – sono venuti del tutto meno i parametri per potere definire una determinata scelta ragionevole e giusta.

Da tale punto di vista, appare significativo il discorso che è ormai corrente sulla portata delle disposizioni delle disposizioni costituzionali, e quindi sul diritto pubblico e sulle leggi di cui esso va alla fine a comporsi.

Si può infatti rilevare che sino alla fine degli anni '80 vi era ancora un certo rispetto per il testo della Carta fondamentale e si cercava di leggere i suoi enunciati in un sistema coerente, che desse a ciascuno la sua collocazione, fermi ovviamente gli spazi che – dallo stesso testo – venivano lasciati alle scelte politiche, poiché la politica è una delle forme di partecipazione dei cittadini all'organizzazione del Paese<sup>25</sup>.

A partire dall'inizio degli anni '90<sup>26</sup> trovano tuttavia diffusione su scala massiccia le c.d. tecniche di bilanciamento degli interessi, che tendono a leggere tutte le disposizioni della Costituzione come principi, i quali confliggono, e che andrebbero volta a volta temperati tra loro sulla base di valutazioni di tipo casistico, senza la possibilità di generalizzazioni per via della natura largamente creativa dei giudizi operati<sup>27</sup>.

---

p. 24, nota 42, con ampi richiami di bibliografia.

<sup>25</sup> In argomento, si veda V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, CEDAM, 1995. Per una lettura della Costituzione che cerca di trarre da essa il massimo significato, complessivamente nel rispetto del testo, v. ad es. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*<sup>III</sup>, Padova, CEDAM, 1994.

<sup>26</sup> Peraltro, la tecnica fa la sua comparsa almeno nel corso degli anni Settanta: cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 56.

<sup>27</sup> Senza nessuna pretesa di esaustività si vedano - ad es. - in argomento BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001. Per dare una idea di quello che si intende, si veda la trattazione della materia costituzionale contenuta in R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli,

Successivamente, verosimilmente tra la fine degli anni '90 e gli inizi del nuovo secolo, accanto al pluralismo affermato di diritto si diffonde nella società<sup>28</sup> un pluralismo anche di fatto<sup>29</sup>, portando sostanzialmente ad una attuale frammentazione della società medesima, in cui non esistono più valori condivisi da tutti i membri dell'ordinamento (od almeno dalla più parte di essi)<sup>30</sup>.

Il discorso giuridico si sposta quindi dal riconoscimento di determinati valori nella legislazione, a quello su di una legislazione che è solo un compromesso<sup>(31)</sup> temporaneo tra le forze politiche del momento (a loro volta espres-

---

2000.

<sup>28</sup> Verosimilmente sia per i fenomeni immigratori, che fanno sì che nuovi gruppi portatori di valori diversi da quelli tradizionali si stanziino sul territorio nazionale, sia per i crescenti fenomeni di secolarizzazione, e più in generale per il diffondersi di differenti sistemi assiologici (e quindi del c.d. relativismo): il fenomeno viene qui registrato come dato di fatto e non è compito di questo intervento individuarne compiutamente le ragioni.

<sup>29</sup> In argomento, si vedano ad es. AA.VV., *Pluralismo e libertà fondamentali*, a cura di M. RICCIARDI e C. DEL BÒ, Milano, Giuffrè, 2004, *passim*; A. MASTROPAOLO, *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia* in *Dir. pubbl. Comparato ed europeo*, 2001, p. 1630; F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 22; M. MICHELETTI, *La Corte costituzionale e la riserva alle donne di quote dei componenti delle commissioni di concorso: una questione da riproporre*, in *Foro Amm. CDS*, 2005, p. 1008; R. BOTTA, *Sentimento religioso e appartenenza confessionale*, in AA.VV., *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 52; F. RIMOLI, voce *Pluralismo*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997, p. 1. Peraltro il pluralismo, anche se in misura diversa, è sempre tendenzialmente presente nella società: v. N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1992 (ma 1988), p. 68; si vedano pure in tale ottica, SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), in *IDEM, Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 5, nonché la sostanziale teorizzazione del pluralismo contenuta in *IDEM, L'ordinamento giuridico*<sup>1</sup>, Pisa, Tipografia Editrice Cav. Mariotti, 1917, *passim*.

<sup>30</sup> Anzi, secondo alcune dottrine più recenti – che si ritiene non vadano lontane dal vero per quella che è l'applicazione delle disposizioni costituzionali operata di fatto dalla Consulta (si pensi ad es. alla discussa configurazione del principio di sussidiarietà dato da Corte Cost., 1 ottobre 2003, n. 303, ne *Le Regioni*, 2004, p. 535, oppure alla giurisprudenza inventiva su quello che dovrebbe essere il contenuto dell'autonomia finanziaria costituzionalmente garantito agli enti territoriali, su cui – in ottica più benevola di quella di chi scrive – v. A. BRANCASI, *Osservazioni sull'autonomia finanziaria*, ne *Le Regioni*, 2004, p. 451; *IDEM, Continua l'inarrestabile cammino verso una concezione statalista del coordinamento finanziario*, *ivi*, 2008, p. 1232) – si è giunti ad affermare che la Costituzione non conterrebbe alcun sistema di principi organicamente identificabile, ma solo proposizioni tra loro sostanzialmente contraddittorie che potrebbero essere volta a volta attuate in maniera diversa dalle forze politiche al momento dominanti: v. R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, p. 11.

<sup>31</sup> Non si può menzionare la circostanza che fino a non molti anni fa una tale concezione del compromesso era considerata tutt'altro che rispettabile: v. G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 17 («A partire dagli anni Sessanta, attraverso ogni sorta di compromesso ideale e pratico, a prezzo di ogni cedimento sui principi, il partito dominante prima abbandonando a sé la cooperazione di un partito socialista che, dicendolo e non dicendolo, a pezzo a pezzo veniva abbandonando i dogmi della sua fede originaria (alla fine del tutto obliterata); poi affrontò l'osso più duro del partito comunista, cercando di fagocitare anch'esso. Alla fine degli anni Ottanta, dopo molteplici e contrastanti traversie, almeno a livello di sottogoverno la saldatura consociativa integrale era effettuata»).

sione<sup>32</sup> dei gruppi sociali, o con i quali comunque devono fare i conti); tale compromesso sarebbe da raggiungersi il più possibile attraverso forme dialogiche e consensuali da canonizzare poi negli atti tipici previsti dall'ordinamento<sup>33</sup>.

E vi è addirittura dottrina che ha individuato legami tra il tipo di maggioranze che sono al governo ed il tipo di sindacato che viene di volta in volta posto in essere dalla Corte costituzionale<sup>34</sup>.

### c) Segue: il diritto amministrativo attuale come diritto “politico”

Nel quadro descritto, pare a chi scrive che il diritto che attiene all'Amministrazione e alla sua azione finisca per caratterizzarsi – nell'attuale momento storico – come un diritto precipuamente “politico”, nel senso che anch'esso è l'espressione contingente dei «compromessi» delle forze politiche del momento.

Si riconosce del resto che lo stesso è ormai ben lungi dall'essere quell'espressione della ragione delle concezioni illuministiche, ma è piuttosto espressione delle contingenti forze politiche al potere<sup>35</sup>.

Per quanto possibile per un diritto che è estremamente vasto e frammentato (oltre che soggetto a frequenti mutamenti), penetrano inoltre le letture per principi del medesimo (evidentemente prodromiche poi all'apertura a forme di bilanciamento a discapito del testo normativo)<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Più, o meno, fedele.

<sup>33</sup> Da ultimo, quale espressione di questa tipologia di discorso giuridico si veda – sia pure un settore specifico – S. STAMMATTI, *Riflessioni minime in tema di laicità (della comunità e dello Stato). Un colloquio con alcuni colleghi*, in *Dir. Pubblico*, 2008, p. 341. Cfr. anche M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto*, Milano, Giuffrè, 2004. *Mutatis mutandis* si tratta della generalizzazione di quanto ha fatto la Corte costituzionale nel prefigurare forme di intesa che mutino – per specifiche fattispecie – la normale ripartizione delle competenze tra Enti territoriali, per allocarle ad un livello superiore, in applicazione – a suo avviso – di quella che dovrebbe essere la vera (?) nozione di sussidiarietà.

<sup>34</sup> V. P. PEDERZOLI, *La Corte costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 207 (spec. p. 247).

<sup>35</sup> Cfr. L.R. PERFETTI, *Principi costituzionali, istituti del diritto amministrativo ed interpretazione della norma*, in AA.VV., *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Annuario 2004*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 37. Sia consentito altresì a un richiamo a M. MICHELETTI, *I provvedimenti di amministrazione*, in AA.VV., *Corso di diritto amministrativo*, a cura di L.R. PERFETTI, Padova, CEDAM, 2006, p. 301.

<sup>36</sup> V. in argomento V. DOMENICHELLI, *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, p. 315, in cui si è sostanzialmente rilevato l'avvio della penetrazione delle tecniche di bilanciamento degli interessi anche nel diritto amministrativo, con le loro consuete devastanti conseguenze di annullamento della certezza del diritto e dell'impossibilità della generalizzazione (nonché della ricostruzione del sistema), per via della loro natura – alla fine – non interpretativa (v. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza*, cit., p. 310). Da questo punto di vista, quanto si è detto

Anche la Corte di Cassazione ha espressamente riconosciuto la natura creativa dell'interpretazione spiegata dal Giudice amministrativo (<sup>37</sup>): il punto è che – venuto a mancare quell'insieme di valori condivisi che avrebbero potuto orientare il Giudice nelle operazioni di riformulazione del diritto di cui si tratta – non si comprende più alla luce di quali parametri possa mai essere condotta legittimamente una interpretazione così configurata<sup>38</sup>.

#### **4. Le conseguenze: il limitato significato dell'applicazione contingente dei principi del diritto privato al diritto amministrativo e la loro progressiva riduzione e distorsione ove abbiano ad intersecarsi con il diritto amministrativo “politico”**

Alla luce di quanto sin qui si è illustrato, pare quindi che l'importanza dell'applicazione dei principi del diritto privato (o la sua auspicabilità) debba essere significativamente ridimensionata.

Si è visto sopra che vi sono aspetti dell'azione amministrativa che rimangono irriducibili ai principi del diritto privato (si pensi al risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo, quanto meno rispetto ad alcuni dei suoi profili; alle procedure di affidamento dei contratti pubblici; al reclutamento del personale, ecc.).

---

all'inizio dell'intervento a proposito delle modalità con cui viene intesa la responsabilità dell'Amministrazione pubblica per attività provvedimento illegittima è esemplificativo di quanto si va illustrando (di per sé, anche l'affermazione della generale risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo contenuta in Cass. civ. 500/1999, cit., appare alla fine sostanzialmente apodittica, e priva di una vera motivazione rigorosa dal punto di vista logico).

<sup>37</sup> V., ad es., recentemente Cass. civ., SS.UU. 19 gennaio 2007, n. 1136, in *www.lexitalia.it*, 2/2007 (con note di F. GAVERINI, *Il controllo della corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex art. 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno e esterno della giurisdizione*, in *Foro Amm. CDS*, 2007, p. 82, e F. OLLA, *Il sindacato della Corte di cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e la interpretazione della legge*, in *Giust. Civ.*, 2008, p. 1548), in cui si parla apertamente di «un'attività interpretativa, che, come si riconosce dalle più recenti ed accreditate teorie post illuministiche, non ha una funzione meramente euristica, ma si sostanzia in opera creativa della volontà di legge nel caso concreto».

<sup>38</sup> Con ciò non si vuole nascondere che vi sono oscurità nei testi legislativi e che l'attività interpretativa non è completamente di carattere ricognitivo (v. anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, CEDAM, 1981, p. 25), tuttavia pare che ormai si sia passato il segno: di ogni testo sembra che si cerchi – con operazioni più o meno corrette – di destrutturate il significato complessivo e coerente, nonché l'impianto sistematico degli enunciati normativi, per potere ricorrere il più possibile ad operazioni interpretative di alto grado creativo (ma con una legittimazione che è ormai venuta meno, per il venir meno dell'insieme di valori di fondo unanimemente condivisi), e di fatto – spiace dirlo – ridurre i consociati non a cittadini, ma a sudditi privati di ogni strumento che consenta loro di rendere l'applicazione delle norme prevedibile (e quindi di orientare in maniera cosciente e responsabile la propria esistenza al conseguimento degli obiettivi che prediligono).

Più in generale, ad avviso di chi scrive, pare venire meno quella che sembra essere la giustificazione più razionale dell'applicazione dei principi del diritto privato ai procedimenti amministrativi (e quindi all'azione amministrativa).

Nel quadro che viene a delinearsi, in cui manca un sistema di valori che possa dirsi da tutti condiviso, viene per ciò stesso meno l'individuazione dei principi del diritto privato come espressione necessaria (presunta in certo senso *ex se*) della maniera più razionale di impostare i rapporti giuridici tra soggetti differenti.

La stessa applicazione dei principi di diritto privato all'azione amministrativa appare operazione contingente ed estemporanea, che tiene nella misura in cui non mutino le ragioni «politiche» che – nel compromesso del momento – hanno portato la norma privatistica ad essere ritenuta quella da applicare alla specifica azione o procedimento amministrativi che venivano in considerazione.

Da altro canto, il Giudice amministrativo – come si è anche visto sopra – ha una sensibilità diversa da quella del Giudice ordinario e quindi la sua applicazione del principio di diritto privato all'Amministrazione è sempre filtrata attraverso tale sensibilità<sup>39</sup>.

Per le stesse ragioni, anzi, si deve probabilmente dire che il perfezionamento della fattispecie in via consensuale non dovrebbe ritenersi l'esito naturale del «dialogo» tra privato ed Amministrazione, quanto piuttosto ci si dovrebbe preoccupare comunque che vi sia sempre un mezzo amministrativo (da gestire in via unilaterale) che consenta di raggiungere lo scopo di interesse pubblico anche in caso di mancanza di accordo.

Ed ancora: non è tanto l'applicazione o meno dei principi del diritto privato che pare in questo momento rilevare, quanto piuttosto che la disciplina scelta sia almeno razionale<sup>40</sup> (privatistica o pubblicistica che sia). Anzi, un discorso giuridico casuistico come quello che si va diffondendo, dovrebbe semmai tendere a sfuggire alle generalizzazioni, poiché contrastanti con il tipo di operazioni ermeneutiche con cui opera.

---

<sup>39</sup> Sulle diverse sensibilità dei due Giudici, si ponga – ad es. – mente ai recenti contrasti in merito alla c.d. pregiudiziale amministrativa, su cui v. P. QUINTO, *Giustizia Amministrativa sotto tutela (Dalla «polifonia» dei toni allo scontro tra giurisdizioni)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>40</sup> Con le problematiche che ovviamente si pongono con il tipo di discorso giuridico che sta venendo a prevalere, il quale rischia di ridurre la stessa scienza giuridica – che ha ad oggetto lo studio del diritto vigente – ad una forma di «politica»: se si afferma che gli enunciati costituzionali sono sostanzialmente vuoti (cfr. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, cit.), non si può poi legittimamente tentare di contrastare iniziative politiche che si ritengono sgradite con il richiamo all'unione sul testo della Carta fondamentale (cfr. IDEM, *Balilla al potere?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), poiché in questo modo non si fa altro che una scelta «politica».

## 5. Conclusioni

Riassumendo quanto sin qui si è succintamente tentato di illustrare, si può dire che sarebbe opportuna una nuova riflessione sul significato dell'applicazione dei principi del diritto privato ai procedimenti e – più comprensivamente – all'azione amministrativa.

Il diffondersi del pluralismo di fatto impedisce ormai di leggere senz'altro i principi privatistici come l'espressione più razionale e più paritaria dei rapporti giuridici, e quindi di considerare come sommamente desiderabile l'applicazione di essi anche all'azione dell'Amministrazione.

Viceversa, alla luce della frammentazione che così si determina, sarebbe forse il caso di pensare più ad un diritto che (privato, o pubblico che sia) risponda alle reali esigenze del rapporto (amministrativo) che si intende disciplinare.

Sarebbe forse altresì il caso di affrontare la problematica di una nuova legittimazione del diritto (pubblico) in un ordinamento pluralista, che non si riduca al mero compromesso estemporaneo tra le forze politiche al momento dominanti, ma che sia in grado di proporre soluzioni più convincenti (anche per chi giurista non è, ma vive nell'ordinamento) e di garantire chi non fa parte delle prime, o comunque – per qualunque ragione – non ne sia rappresentato.