

VERSO UN'AMMINISTRAZIONE PARITARIA?*Salvatore Piraino**

Sommario: 1. La pariteticità fra la pubblica Amministrazione ed il cittadino nel segno della privatizzazione. – 2. Disciplina dell'azione e disciplina dell'atto unilaterale o consensuale. – 3. Luci ed ombre nel processo di acquisizione di una logica paritaria da parte del diritto amministrativo.

1. Le contraddizioni che caratterizzano l'esistenza e lo sviluppo del diritto amministrativo, che, nato come strumento del potere pubblico, di un potere investito della cura diretta e concreta dell'interesse pubblico e per ciò stesso ritenuto prevalente nei confronti dei singoli, stenta a dismettere i panni di diritto non paritario, rendono inevitabilmente incompleto lo "Stato di diritto".

Il diritto amministrativo, come involucro del potere pubblico di provvedere ad interessi pubblici specifici, si compone di un sistema complesso e variegato di norme, che disciplinano ogni azione con la quale le pubbliche amministrazioni assolvono i propri compiti e che si riducono ad unità nel segno della funzionalizzazione dell'azione amministrativa, qualunque sia lo strumento giuridico di cui essa si avvale per raggiungere i propri scopi.

Sorto in funzione di un potere al quale l'interesse pubblico offre il fondamento di legittimità, il diritto amministrativo comprende una pluralità di meccanismi consistenti in procedure, cioè in ordinate sequenze di atti che, diretti verso uno scopo, obbediscono alla legge funzionale di ciascun meccanismo, governati come sono da tecniche funzionali che servono a mantenere in vita le pubbliche istituzioni, nel rapporto fra queste e l'interesse pubblico alla cui cura le medesime sono rivolte, mediante un'azione permeata dall'esigenza di soddisfacimento di un interesse che, per

* Docente di istituzioni di diritto pubblico e di diritto amministrativo presso la Facoltà di Economia dell'Università di Palermo.

il solo fatto di essere pubblico, si assume indiscutibilmente preminente, di un interesse la cui configurazione giuridica prescinde dal suo concreto confrontarsi con ogni altro interesse individuale, in un rapporto che pure è sede della rappresentazione e dell'affermazione della rilevanza giuridica di ciascuno degli interessi contrapposti e nel quale l'interesse pubblico, pur mostrandosi per definizione *sub specie* del potere di comandare, andrebbe comunque considerato nel paradigma della dialettica necessità-libertà mediate dal concetto del dovere.

La difficoltà di configurare un rapporto paritario tra la pubblica Amministrazione ed i cittadini si è cercato di superare nel tempo con interventi legislativi che predispongono rimedi volti a consentire un più ampio ricorso al diritto privato: la consensualità dell'azione amministrativa, la cui procedimentalizzazione culmina oltre che nel provvedimento anche nel contratto, nell'accordo ed in attività materiali; la partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo. Si tratta di interventi che non seguono un disegno ben definito, ispirati come sono dall'esteriore intento di correggere le inefficienze e le incongruenze di un'amministrazione deficitaria con terapie che sembrano apparire poco rispondenti ad una peraltro non proprio lineare diagnosi.

Tuttavia la cosiddetta privatizzazione del diritto amministrativo, esaltata da non pochi come la soluzione di tutti i mali e celebrata come il momento introduttivo della logica paritaria nel diritto amministrativo, pone ulteriori problematiche e sembra sviare dall'idea enunciata da autorevole dottrina circa il rapporto paritario come espressione di crescita all'interno del sistema del diritto amministrativo per effetto dell'attuazione di principi costituzionali¹, quando si rileva che a ragione della privatizzazione il diritto amministrativo importerebbe la logica paritaria del diritto privato e pervaderebbe della logica funzionale del diritto pubblico soggetti, beni ed attività sottoposti a regime privatistico².

La soluzione da taluni prospettata di un diritto privato

¹ F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti in onore di Enrico Guicciardi*, Padova 1975, p. 807 ss.

² B.G. Mattarella, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2006, 4, p. 909 ss.

dell'amministrazione pubblica³, nell'intento di utilizzare disposizioni derogatorie alla disciplina del codice civile al fine di rendere idonei e disponibili in via generale gli strumenti privatistici per il perseguimento degli scopi delle pubbliche amministrazioni, sembra atteggiarsi come un discutibile tentativo di superare due logiche, quella del sistema del diritto amministrativo e quella del sistema del diritto privato, le quali si assumono pregiudizialmente inconciliabili, celandosi dietro il carattere funzionale dell'attività amministrativa l'ineluttabilità della supremazia del potere amministrativo, suffragata da norme di legge che riconoscono alla parte pubblica speciali poteri negoziali configurabili come vere e proprie potestà pubbliche.

Non vi sarebbe contrapposizione tra la logica paritaria del diritto privato e la logica funzionale del diritto amministrativo se quest'ultima cessasse di risolversi in una logica non paritaria. Il vincolo finalistico che è insito nell'azione amministrativa si traduce in un regime giuridico della stessa diretto ad assicurare la corrispondenza dell'oggetto di ogni atto dell'Amministrazione alla cura dell'interesse pubblico. E gli atti giuridici sono strumenti dell'azione disciplinati dall'ordinamento perché siano potenzialmente idonei al raggiungimento dei diversi determinati scopi dei soggetti. Il regime giuridico degli atti, siano questi unilaterali o consensuali, non va confuso con il carattere funzionale o no dell'azione che li utilizza, la quale li adotta in ragione della idoneità ed adeguatezza della loro rispettiva struttura agli scopi che essa sia o no vincolata a perseguire.

2. I mezzi dell'azione hanno ciascuno un proprio regime giuridico, ora di diritto pubblico ora di diritto privato. Il rapporto fra disciplina dell'azione e disciplina dell'atto, ove la disciplina della prima non coincida con quella del secondo, non comporta che le regole dettate per l'azione si applichino anche all'atto nel quale culmina il suo esercizio, se ciò possa di quest'ultimo alterarne la struttura tipica, così come non comporta l'assunzione dell'atto come elemento necessario e sufficiente ad influire sul regime dell'azione.

L'azione amministrativa, come qualunque azione giuridica, si risolve nello svolgimento di una situazione giuridica e perciò nell'esercizio di un potere,

³ Sugli orientamenti in tal senso vedi: F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, p. 661 ss.

più precisamente nella necessità di esercitare un potere amministrativo. In altri termini, per mettere capo ad un atto giuridico, l'azione amministrativa deve consistere nello svolgersi della necessità di esercizio di un potere amministrativo, che segna il progressivo mutamento della situazione giuridica iniziale, il quale si conclude nella situazione finale, della quale l'atto giuridico rappresenta l'avverarsi.

L'atto giuridico corrisponde all'esercizio del potere giuridico nel suo vario atteggiarsi, nel senso che la varietà degli atti giuridici è determinata dall'ordinamento in ragione degli interessi da perseguire, consistendo il principio costruttivo nella formazione dei tipi giuridici, i quali corrispondono a fattispecie e tipi di situazioni finali generiche.

In effetti, appare sterile, se non addirittura fuorviante, insistere nella distinzione degli atti giuridici in atti di diritto pubblico ed atti di diritto privato, quanto piuttosto sarebbe più confacente trattare di atti il cui regime giuridico può trovarsi delineato in norme ora di diritto pubblico ora di diritto privato, senza che questo inevitabilmente alimenti una pretesa natura pubblicistica o privatistica degli stessi che, in quanto delineati dall'ordinamento giuridico come strumenti dell'azione, sono essenzialmente utilizzabili in dipendenza delle determinate qualità che ciascuno degli atti possiede affinché certi effetti giuridici si manifestino, ovvero certi risultati si conseguano.

L'idea che il carattere funzionale dell'azione amministrativa possa o no funzionalizzare l'atto giuridico da questa prescelto sembra, in realtà, porre un falso problema, in quanto è la scelta dello strumento giuridico che dipende dalla idoneità di quest'ultimo ad assecondare gli scopi dell'azione amministrativa, senza che la necessità di tale azione collida con la libertà dei soggetti contrapposti alla pubblica Amministrazione in un determinato rapporto, perché il dovere tende a superare la necessità, con la cui struttura il dovere ha la funzione della libertà, nel senso che esso fa da ponte tra la necessità e la libertà, contrassegnando un equilibrato rapporto fra la necessità dell'azione amministrativa e la libertà dei singoli che tale azione coinvolge.

La netta distinzione fra il momento psicologico, o intenzione o scopo dell'azione ed il momento teleologico, o causa o fine tipico dell'atto, se non vale a rendere comprensibile il formarsi dell'errata opinione secondo la

quale il movente dell'atto, più in particolare del negozio, non avrebbe rilevanza giuridica, tuttavia serve ad isolare dal momento psicologico dell'azione il momento teleologico dell'atto, pur nel segno della corrispondenza fra il fine o scopo dell'azione ed il fine tipico dell'atto (in vista del quale all'atto l'effetto giuridico è attribuito), nel senso della idoneità del fine tipico dell'atto a realizzare il fine di chi agisce. E tale corrispondenza, pur non prescindendosi dal fatto che la realizzazione dello scopo dell'atto o del negozio e delle intenzioni di chi agisce sono due fattispecie che possono non essere sottoposte ad un medesimo regime giuridico, appare in particolar modo esaltata dal processo di obiettivazione dello scopo dell'azione amministrativa (movenete), che, per il ruolo assunto nell'ambito delle complessive operazioni negoziali, si inserisce nel negozio, divenendone un fine o interesse che il negozio è diretto a realizzare o elemento condizionante la funzione economico individuale propria del negozio, del quale giunge a qualificare la stessa causa.

Lo scopo dell'azione amministrativa, che per la partecipazione alla medesima delle altre parti coinvolte assurge per ciò stesso a motivo comune, è sempre assorbito dalla causa dell'atto o del negozio e in ciò e per ciò si obiettivizza, integrando la causa stessa, in quanto ragione o funzione pratica del negozio, elemento essenziale nell'economia dell'affare. Il valore teleologico del negozio si orienta nella considerazione della causa come elemento di coesione che collega l'operazione economica oggettiva ai soggetti che ne sono autori, unificando il momento psicologico o scopo dell'azione dei soggetti ed il momento oggettivo del negozio e sancendo la coincidenza tra la causa concreta (obiettivo oggettivamente perseguito dalle parti nello stipulare il negozio) e la causa astratta (fine tipico) del negozio, tal che il problema della idoneità del negozio ad assolvere la funzione voluta dalle parti non assume valenza soggettiva, ma rimane oggettiva: lo scopo dell'azione amministrativa si atteggia come figura causale, come presupposto di realizzazione della causa del negozio. Tale presupposto, pur se non dedotto in apposita clausola negoziale, è comunque esteriorizzato dalle risultanze procedurali dell'azione amministrativa, che vede l'altra parte nel ruolo di partecipante o di consenziente, emergendo la sua rilevazione da una ricostruzione dell'obiettiva portata del regolamento negoziale e dell'assetto degli interessi da questo determinato. La oggettiva rilevanza del

presupposto trasforma il motivo comune in elemento essenziale della regola negoziale, dalla cui esistenza e permanenza dipendono la validità e l'efficacia del negozio.

Alla luce delle considerazioni che precedono andrebbero considerate le varie disposizioni normative cosiddette derogatorie alla disciplina di taluni contratti, le quali riconoscono alla parte pubblica speciali poteri negoziali e che di derogatorio avrebbero piuttosto il fatto di rendere tali poteri configurabili come vere e proprie potestà pubbliche, volte ad intervenire col verificarsi di circostanze impeditive del raggiungimento della finalità concreta che il negozio è destinato dalle parti a realizzare.

Il rapporto fra la necessità di un'azione amministrativa preordinata al raggiungimento di scopi di pubblico interesse e la libertà dei singoli coinvolti da tale azione trova nella funzione mediatrice dei doveri di correttezza, lealtà, imparzialità, buona amministrazione, coerenza, la condizione per un equilibrato assetto degli interessi in gioco, nel quadro di un rapporto fra le parti che i cosiddetti "doveri di protezione" rendono sostanzialmente paritario, in quanto posti a presidio della sfera giuridica di ciascuna delle parti.

3. Non giova, per certo, al già travagliato processo di acquisizione di una logica paritaria da parte del diritto amministrativo il verificarsi di taluni rigurgiti di supremazia dell'Amministrazione, come nel caso delle disposizioni contenute nel comma 1-*bis* e nel comma 1-*ter* dell'art. 21-*quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 (sulle quali converrebbe stendere un velo pietoso, aduso com'è ormai il legislatore ad ogni stranezza), in ordine alla revoca degli atti amministrativi anche ad efficacia istantanea incidenti su rapporti negoziali.

Il tradizionale e consolidato assetto dell'istituto della revoca amministrativa, peraltro consacrato nel comma 1 della norma citata, viene stravolto dalle suddette disposizioni a dispetto del principio di certezza dei rapporti giuridici e del fisiologico limite di applicazione della revoca, che, riguardando vizi successivi al momento dell'emanazione dell'atto amministrativo ed incidendo sugli effetti del medesimo divenuto inopportuno, non può che concernere i soli atti amministrativi ad effetti continuativi e che siano attualmente – cioè al momento dell'adozione del

provvedimento di revoca – ancora produttivi di effetti giuridici.

La revoca disegnata dalle disposizioni normative richiamate appare distruttiva di ogni certezza giuridica, potendo riguardare atti ad efficacia istantanea che, quindi, abbiano esaurito i propri effetti, nei cui confronti la revoca agirebbe pertanto retroattivamente. Ogni atto amministrativo incidente su rapporti negoziali, sia esso ad efficacia durevole o istantanea, sarebbe esposto senza alcun limite di tempo al potere di revoca dell'Amministrazione, all'insegna della precarietà di qualunque posizione giuridica individuale che l'attività amministrativa revocabile possa avere determinato: tutto ciò dona un'inesauribile vitalità agli atti amministrativi (si pensi alla possibilità di riesumazione di atti amministrativi che abbiano esaurito i propri effetti), cui corrisponde però una inquietante vulnerabilità delle situazioni giuridiche da essi prodotte, ancor più se si considera che la normativa in questione nulla dispone circa gli aspetti temporali della revoca, cioè in ordine al momento entro cui tale provvedimento può essere adottato.

Non manca, né mancherà probabilmente l'impegno della dottrina nell'inquadramento sistematico dell'istituto della revoca così modificato⁴, la quale non si risparmierà di esaltare l'indennizzo, per il pregiudizio arrecato, come strumento di amministrazione paritaria, soprattutto nella sua prospettazione come mezzo di tutela dell'affidamento del cittadino sulla stabilità dell'atto amministrativo, anche se ciò ovviamente non serve a dare alcuna risposta al quesito se corrisponda a logica paritaria il fatto che si ammetta la revocabilità, peraltro senza limiti di tempo, di atti amministrativi che abbiano esaurito i propri effetti.

I veloci cambiamenti cui è soggetto il diritto amministrativo, anche per effetto della permeabilità dell'ordinamento nazionale rispetto ad ordini più vasti, come quello europeo, alimentano di tale diritto non pochi aspetti che possono apparire contraddittori⁵, dibattendosi esso tra unitarismo e pluralismo, tra inclinazioni accentratrici e spinte verso un intenso decentramento, tra unilateralismo e contrattualismo, tra il formalismo e le seduzioni dell'informalità, tra nazionalizzazione e privatizzazioni, tra

⁴ S. Fantini, *La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1, p. 1 ss.; G. Manfredi, *Le indennità di autotutela*, in "Dir. amm." 2008, 1, p. 163 ss.

⁵ S. Cassese, *Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 4, p. 879 ss.

regolazione e de-regolazione, tra il rapporto autorità-libertà e il rapporto libertà-dovere.

Le diverse problematiche che con grande frequenza si propongono disorientano non poco la scienza del diritto amministrativo, che tuttavia non può perdere di vista il fatto che il diritto, il quale altro non è che un sistema di mezzi per regolare lo svolgimento dei rapporti tra i soggetti, suppone la conoscenza di tali rapporti e richiede pertanto una integrazione di conoscenze, che gli fornisce la scienza economica, che studia le relazioni sociali per quanto riguarda la produzione e la distribuzione dei beni, e la sociologia, intesa come studio delle relazioni extraeconomiche tra gli individui.

La scienza del diritto, che è scienza della libertà o scienza dell'azione, si avvale dei concetti che ne costituiscono uno strumento, con il quale essa affronta tutta una realtà di comandi, di volontà, di soluzioni, di istituzioni, in istato di particolarità, di frazionamento, espressioni parziali dell'ordine, che è il concetto fondamentale, il principio di ogni legge, in quanto l'ordine giuridico è un'immensa macchina, composta con pezzi logici, ciascuno dei quali deve essere costruito in modo da potersi combinare con gli altri: se la legge è falsa essa non trova nell'ordine il suo posto e, pertanto, proprio il problema della sua integrazione nel sistema, cioè nel "tutto unitario", rappresenta il collaudo della sua verità, non omettendosi di ricordare che, peraltro, le norme non vanno studiate *in vitro*, ma nell'azione che richiedono o nella reazione che ne è determinata.

Ogni "scommessa sul futuro", che i vari interventi innovativi concorrono nel determinare, sarebbe saggio evitare, sembrando più prudente lasciare il minor margine possibile al rischio, alla leggerezza di emulazioni non realisticamente ponderate, al che non può servire se non la previsione, che è proprio il compito della scienza, la quale sulla base dell'esperienza giuridica si propone di valere al di là dalle esperienze sulle quali è fondata.