



Le interviste di Giustizia Insieme

Riflessioni sul diritto comune della contemporaneità

Intervista a Gianpiero Paolo Cirillo in occasione dell'uscita della seconda edizione del "Sistema istituzionale di diritto comune".

di [Fabio Francario](#)

17 marzo 2021

Sommario:

Riflessioni sul diritto comune della contemporaneità.

Fabio Francario intervista Gianpiero Paolo Cirillo in occasione dell'uscita della seconda edizione del "Sistema istituzionale di diritto comune".

Gianpiero Paolo Cirillo è un magistrato amministrativo, presidente di sezione del Consiglio di Stato. Ha diretto uffici legislativi di primo piano dell'amministrazione statale ed è stato componente di importanti commissioni di riforme ordinamentali. Docente in diversi corsi universitari, ha conseguito anche l'abilitazione scientifica nazionale a professore di prima fascia in diritto amministrativo ed è autore di numerose pubblicazioni in materia di diritto amministrativo e diritto civile. Nel 2021, per i tipi della Wolters Kluwer - Cedam, ha pubblicato la

seconda edizione del suo “*Sistema istituzionale di diritto comune*”. *GiustiziaInsieme* ha invitato l’Autore a illustrarne i contenuti nell’intervista curata dal Prof Fabio Francario, che viene di seguito pubblicata.

(FF) Il volume cerca di ricomporre la “trama ragionata dell’ordinamento giuridico” alla luce di principi che non possono più ritenersi propri del solo diritto amministrativo o diritto civile, ma che nell’attuale momento storico sono espressione di un diritto comune che tende ad affermarsi come sintesi di entrambi. La perdita di potere degli Stati nazionali nei confronti dei processi mondiali di globalizzazione, la creazione di un sistema di tutela dei diritti fondamentali al quale gli Stati nazionali si trovano assoggettati nell’ordinamento sovranazionale, la moltiplicazione e complicazione del sistema delle fonti e dei centri della sovranità anche nell’ordinamento interno sono tutti fattori che fanno sì che la legge statale non sia più l’unico fondamento e limite del potere amministrativo e che emergano nuove forme e nuovi moduli di azione ed organizzazione amministrativa che si ha difficoltà a ricondurre negli schemi tradizionali esistenti, spesso inadeguati a spiegare i nuovi fenomeni. Direi che il libro fotografa da un’ottima angolazione l’evoluzione in corso sul modo d’intendere il diritto amministrativo, i suoi confini e i suoi contenuti in un momento come quello attuale, caratterizzato da una profonda crisi del concetto di sovranità tradizionalmente inteso come proprio dell’ordinamento statuale, proponendone una ricostruzione sistematica secondo i principi di un nuovo diritto comune.

Il primo interrogativo che suscita pertanto il volume è quello di chiarire in che senso si possa parlare oggi di diritto comune rispetto al diritto comune europeo nato sullo sfondo storico medievale, di matrice romanistica e frutto della preziosa opera degli interpolatori e glossatori del *codex justinianeus*, di cui ci hanno parlato illustri giuristi come Riccobono e Calasso. Qual’è la differenza?

(G P C) Alla domanda potrei dare una risposta semplice ma vera, ossia che il diritto comunitario e quello globale non sono il diritto romano di allora, perfetto sul piano tecnico e che non aveva bisogno di integrarsi con i diritti locali. Non è immaginabile un nostalgico ritorno al passato, nonostante la crisi delle sovranità nazionali e la persistente penetrazione negli ordinamenti locali moderni di norme sovranazionali quasi sempre capaci di sacrificare le prerogative della persona alle regole del mercato.

Nel quinto paragrafo del primo capitolo vengono prese in considerazione quelle dottrine che sembrano avere nostalgia per l’antico diritto comune, che comunque guardo con simpatia, in quanto cercano di dare una risposta di inquadramento generale ai problemi che in concreto si

pongono in un sistema plurilivello.

Diritto comune è un'espressione polisemica. In latino ius commune è utilizzata innanzitutto da Cicerone per indicare un diritto valido per tutti i popoli e poi da Giustiniano che, pur in un'accezione diversa e in un differente contesto, ne ribadisce il significato di diritto con valore universale. L'espressione è peraltro a tutti nota soprattutto per il successo del ius commune in età medioevale, quando il diritto romano, con una vita ben più lunga della comunità che lo ha prodotto, diventò la base della scienza giuridica di quell'epoca e di quelle successive fino alle codificazioni moderne. Si trattava del diritto romano giustinianeo, nella lettura fornite dai giuristi bolognesi e con le integrazioni apportate dal diritto canonico, che coesisteva con i diritti locali in vigore. Tale diritto comune ha costituito poi la base del diritto privato nei diversi paesi europei e il fondamento che ne deve ancora ispirare l'armonizzazione.

Il diritto comune, di cui parlo nel mio manuale con riferimento alle categorie privatistiche e al loro ruolo nel diritto amministrativo, evoca questa accezione di universalità, pur declinandola al di fuori di una trasversalità tra i popoli e le epoche storiche: una koiné culturale, di cui è necessario prendere consapevolezza, tra le due discipline giuridiche.

(FF) Nell'ordinamento contemporaneo la protezione degli interessi generali è sempre più compenetrata con quelle degli interessi individuali e l'enucleazione di questo nuovo diritto comune è la chiave per decifrare il sistema che si viene componendo. Facciamo alcuni esempi. Tradizionalmente, nel ricostruire il fenomeno della soggettività giuridica, diritto privato e diritto pubblico sono fonati sulla contrapposizione o perlomeno sulla diversità dei concetti di autonomia privata e potestà pubblica. Anche concetti come questi vanno riletti in chiave di diritto comune?

(G P C) Gli interessi generali non coincidono con gli interessi pubblici, almeno se si fa riferimento alla nozione teorica. Perché un interesse possa essere qualificato come pubblico è necessario che vi sia una norma che lo qualifichi formalmente tale, attraverso la creazione di un ente pubblico che abbia il compito di curarlo attraverso l'esercizio della potestà pubblica, ma anche attraverso l'esercizio dell'autonomia privata proceduralizzata.

In altri termini, quella che io chiamo icasticamente 'la deriva' civilistica del diritto amministrativo, si fonda proprio sull'art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo, laddove impone non solo alle pubbliche amministrazioni di agire secondo le norme di diritto privato nell'adozione di atti di natura non autoritativa, ma anche che i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurino il rispetto dei criteri e dei

principi previsti per l'attività amministrativa, dovendo assicurare un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni. Anche il legislatore ha finito per assecondare sempre più tale ‘deriva’, da ultimo proprio inserendo un nuovo comma nell’art. 1 della legge 241 del 1990 richiamando i principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini.

Va da sé che la disposizione ricordata avvicina, credo irreversibilmente, l’area della soggettività pubblica e della soggettività privata. E questo diventa il punto di osservazione dell’intero sistema giuridico, che trova la sua ragion d’essere proprio perché a protezione di interessi dei singoli e delle collettività in cui questi sono inseriti. Pertanto la dicotomia diritto pubblico-diritto privato, che ha trovato la sua massima esaltazione con la formazione dello Stato assoluto e che costituisce uno dei capisaldi della forma mentis del giurista, è destinata a scomparire. È destinata a scomparire perché agli Stati assoluti sono storicamente succeduti gli Stati pluriclasse, ossia per effetto della penetrazione del ‘sociale’ tra i compiti fondamentali dello Stato e di tutti gli enti pubblici.

Dalla disposizione ricordata si ricavano due corollari fondamentali: il primo è che la potestà, pubblica e privata, è solamente la posizione giuridica naturale del soggetto. Ricordo che la nozione di potestà è nata nel diritto privato e che essa non è più al servizio dell’interesse pubblico unitariamente inteso, ma di tanti interessi pubblici quanti sono i soggetti che se ne fanno portatori. A ciò va aggiunto che il soggetto pubblico, accanto alla potestà, ha anche la posizione giuridica naturale di autonomia.

Pertanto bisogna cominciare a ragionare, più laicamente, di strumenti giuridici, provenienti dal diritto privato e dal diritto pubblico, che le amministrazioni possono adoperare in base alla convenienza, ossia debbono usare gli uni o gli altri indifferentemente se lo richiede la cura ottimale dell’interesse dato in attribuzione, sempre che sia possibile in relazione allo specifico procedimento amministrato;

Il secondo corollario è che le amministrazioni, nel disegno del legislatore, assecondato dai processi storici cui ho fatto riferimento, sono diventate esse stesse “intermedie” tra lo Stato e le persone fisiche della collettività di riferimento.

È evidente che la soggettività giuridica per come l’abbiamo conosciuta e studiata va interamente ripensata, poiché dire che la pubblica amministrazione è “posta” dalla legge, mentre l’autonomia privata “crea” le associazioni le fondazioni e gli enti di fatto è inservibile sul piano pratico, laddove la legge continuamente assegna a queste ultime funzioni amministrative in senso

tecnico o comunque li attrae nell'area pubblicistica in un processo di ibridazione intermittente, mentre le prime debbono privilegiare le forme dell'amministrazione consensuale.

La neutralità delle forme giuridiche dei soggetti dell'attività giuridica ha comportato la necessità di spostare l'attenzione sugli strumenti in concreto adoperati, e in particolare sulla presenza o meno di un procedimento capace di coinvolgere gli interessi di tutti coloro i quali entrano in contatto, diretto o indiretto, con l'attività in concretamente svolta.

Come ho cercato di dimostrare, analizzando in concreto il funzionamento del sistema giuridico moderno, senza indulgere a teorizzazioni che servono solo a rendere sterile la discussione, anche il contratto privato si è funzionalizzato, basti pensare ai contratti del consumatore e al contratto di società, in particolare alle società pubbliche. È interessante notare come anche studiosi di sicura matrice civilistica (Rovelli) cominciano a ritenere di possibile applicazione le nozioni di eccesso di potere a proposito dell'invalidità delle deliberazioni societarie, come era stato già intuito in passato da Cornelutti.

Nel libro ho inserito un piccolissimo paragrafo, sempre per non indulgere a tentazioni teoriche, dove mi pare che si possano individuare tre chiavi di lettura del sistema di diritto comune (meglio sarebbe stato chiamarlo di diritto unitario o integrato), ossia la tendenziale proceduralizzazione di tutte le attività giuridiche, il depotenziamento dell'attività autoritativa e la dequotazione dell'atto amministrativo come sintesi delle ragioni della collettività, la crisi della categoria e della funzione ordinante del contratto nonché della sua tendenziale funzionalizzazione. In questo quadro il procedimento, in quanto aperto alla tutela di tutti gli interessi potenziali o attuali dei terzi, fornisce una garanzia ulteriore ai cittadini, che non sempre veniva assicurato dalla teorica degli effetti negoziali nei confronti dei terzi.

Quindi altro che 'deriva' del diritto amministrativo. Esso è chiamato a rifondarsi su basi nuove. Può costituire una deriva soltanto per quegli studiosi, ma non ne conosco, che si adagiano nelle accomodanti categorie del passato.

(FF) Un altro esempio. Nella parte dedicata ai beni si trova scritto che l'alternativa pubblico – privato non è più in grado di assorbire tutta la teoria dei beni pubblici e che bisognerebbe iniziare a impiegare il concetto di bene comune. Probabilmente la riclassificazione rimarrebbe priva di concrete conseguenze sul regime giuridico dei beni tradizionalmente noti e, sotto questo profilo, diverrebbe solo elemento di confusione. Diversamente se viene impiegata per qualificare internet e i nuovi beni dell'era digitale. Ritiene esatta questa lettura?

(G P C) Il capitolo dedicato ai beni ai patrimoni e alle proprietà è quello cui sono particolarmente affezionato, poiché mi ha consentito di attrarre nell'area dei beni sia il contratto in sé sia il provvedimento favorevole, fissando gli esatti termini del loro rapporto con il “bene della vita” quando sta fuori di essi e quando è dentro di essi.

Non ho nessun dubbio nell'affermare che la classica tripartizione che distingue demanio necessario e accidentale, patrimonio disponibile o indisponibile sia soltanto descrittiva e che non aiuta a ben collocare i nuovi beni creati dall'economia moderna.

Pertanto, partendo dall'intuizione gianniniana che a proposito dei beni riteneva che fosse necessario sempre rispondere a due interrogativi, ossia a chi ed a cosa servono i beni pubblici, ritengo che il problema delle forme giuridiche di appartenenza sia secondario almeno per il diritto amministrativo. Anche se bisogna dire che anche nel diritto privato si è fatta largo l'idea che distinguere tra proprietà formale e proprietà gestoria sia assolutamente necessario per comprendere fenomeni complicati come il ruolo degli amministratori nelle grandi società pubbliche e private, oltre che della classica figura del trust e della proprietà fiduciaria. Così come ritengo sia sbagliato considerare il bene nella sua totalità, essendo invece più proficuo incentrare l'attenzione sulle utilità che dal bene possono derivare.

Mi è sembrato che la valorizzazione della categoria del bene comune, già in atto da vari anni presso gli studiosi del diritto civile, fosse la più idonea per inquadrare i nuovi beni, quali internet e i nuovi beni dell'era digitale, senza escludere il bilancio pubblico, che è un bene pubblico con la vocazione ad essere considerato bene comune almeno ai fini delle possibili tutele. In realtà il bene comune è stato sempre visto come una eccezione al sistema fondato sulla proprietà come diritto soggettivo assoluto. Ma questo è ancora vero? Forse sì, anche se questo profilo nella sistematica dei beni, pubblici e privati, è destinato a cambiare.

Le pagine dedicate a Internet evidenziano come sia assolutamente necessario mettere a disposizione di tutti i consociati questo strumento che ha cambiato le relazioni umane e quindi anche quelle giuridiche. Lo richiedono gli articoli 2 e 3 della Costituzione. Esso è diventato uno strumento sempre più indispensabile per la realizzazione della personalità umana e ne va insegnato il corretto uso sin dalle scuole primarie, senza con questo voler nascondere i pericoli derivanti dall'utilizzo distorto dello strumento. L'aspetto che più mi ha incuriosito è stato quello di tentare di dare una minima qualificazione giuridica ai social network, che sono diventati oramai la forma più diffusa delle aggregazioni umane. Mi sembra che ci siano tutti gli elementi costitutivi delle formazioni sociali civilistiche, ossia un insieme di soggetti, lo scopo comune di tali aggregazioni e il requisito psicologico interno ai componenti della formazione sociale, ossia la

volontà di ciascuno di farne parte.

Nella seconda edizione però mi è sembrato doveroso avvertire che è necessaria una presa di posizione dell'ordinamento circa il rapporto tra l'individuo e la realtà virtuale, che non è più da considerare come un semplice rapporto tra il soggetto e lo strumento digitale adoperato, ossia una forma di comunicazione moderna. In media non sono più semplici protesi del soggetto, in quanto essi hanno determinato un mutamento antropologico, di cui il diritto non si può disinteressare.

(FF) Nella parte dedicata ai soggetti dell'attività giuridica desta curiosità lo spazio riservato alle figure dei “soggetti giuridici digitali”, da un lato, e dall'altro alla soggettività degli animali e degli umanoidi, dall'altro. Vogliamo spiegarlo meglio al lettore?

(G P C) In effetti l'idea di fare una seconda edizione del libro è nata proprio dallo studio, fatto ad altro fine, dei soggetti giuridici digitali e della questione legata alla possibile soggettività giuridica in capo agli animali e agli umanoidi.

La prima operazione è stata quella di tradurre in affermazione l'interrogativo posto da un grande giurista, Gunther Teubner, che per primo ha affrontato sul piano giuridico il tema dell'algoritmo e degli agenti digitali autonomi, ossia di quelli che possono elaborare e prendere decisioni indipendentemente dal produttore e dall'utilizzatore del programma. Il tema non poteva che essere svolto in chiave civilistica, tanto più che quel che interessa il giurista è il tipo di rapporto che si instaura tra l'uomo e il software utilizzato nonché la distribuzione della responsabilità per i danni cagionati nella sfera giuridica di coloro i quali hanno fatto incolpevole affidamento sulla dichiarazione dell'agente digitale autonomo, soprattutto se si tiene conto della prevalenza nel sistema della teoria oggettiva delle dichiarazioni di volontà.

L'assistente digitale è diventato sempre di meno un semplice nuncius della volontà della persona fisica. E sicuramente non è tale quando è capace di prendere decisioni autonome e in quanto tale può provocare danno a terzi. Le categorie che vengono in rilievo sono chiaramente la rappresentanza e il rapporto associativo uomo-macchina. Forse quest'ultimo è da preferire.

Anche a proposito dei soggetti giuridici digitali vi sono inevitabili interferenze tra diritto pubblico e diritto privato.

Infatti, non ci si può disinteressare del rapporto digitale tra le pubbliche amministrazioni, laddove sembra profilarsi la figura del funzionario pubblico digitale, ivi compresi i giudici (sputasentenze). Questo viene messo in evidenza nel non breve paragrafo dedicato al tema. I soggetti giuridici

digitali, pur essendo stati configurati in chiave civilistica, hanno bisogno di una norma di diritto pubblico che ne stabilisca la nozione i limiti e le responsabilità. Peraltro della natura degli algoritmo quale possibile governatore della discrezionalità amministrativa si è già occupato del Consiglio di Stato. Credo che vi sarà sempre una differenza, ineliminabile, tra intelligenza umana e intelligenza artificiale nel governo del procedimento amministrativo e del processo.

Quanto al tema della personalità degli animali e degli humanoidi, che non può mancare un testo di teoria generale (nei termini indicati) che guarda al futuro partendo dall'esistente, già da tempo si parla dei cosiddetti diritti degli animali e se ad essi si possa associare la personalità giuridica. Nella letteratura ecologistica si avverte la necessità di introdurre la tutela degli animali addirittura nella Costituzione.

Mi pare che le categorie sperimentate per i soggetti giuridici digitali, ossia la rappresentanza e il rapporto associativo, non si adattino al rapporto uomo-animale. L'unico punto di contatto è che entrambi sono esseri viventi e quindi capaci di provare dolore e piacere. Sicché l'ordinamento giuridico, pensato dagli uomini per gli uomini, può solamente porre obblighi in capo alle persone obblighi di rispetto e protezione dell'ambiente naturale, in cui rientrano prepotentemente gli animali.

Quanto agli humanoidi, ritengo che la produzione di siffatte entità costituisca un attentato alla dignità umana e che nelle varie ibridazioni possibili uomo-animale sia da preferire la tutela prevista per l'uomo e non quella prevista per le cose, senza la necessità di costruire un terzo genere.

In conclusione il capitolo della soggettività andava assolutamente allargato.

(FF) E' questa l'unica ragione che ha stimolato la realizzazione di una seconda edizione?

(GPC) Certamente no. Ve ne sono almeno quattro.

La prima: il libro era destinato in primo luogo agli studenti che, dopo aver conseguito la laurea in giurisprudenza, avvertono la necessità di avere un testo orientativo e formativo per affrontare una più approfondita preparazione in vista delle prove richieste per la professione forense che decidono di esercitare. Ecco perché il libro chiede di essere studiato e non solo letto, e conseguentemente aggiornato. Non a caso ho pensato di inserire dei titoletti a margine della pagina per fissare nella mente di chi studia il tema (e i suoi problemi) che di volta in volta viene affrontato.

Ritengo che la vasta area degli studenti laureati, che costituiscono anche la fascia debole del mondo giovanile, abbia bisogno di un testo che, pur disorientandoli all'inizio -laddove si rendono conto della inevitabile insufficienza della preparazione universitaria- li formi e poi li indirizzi su basi

sicure nel complessissimo mondo degli ordinamenti giuridici e delle giurisprudenze nazionali e sovranazionali. Per essere più chiari, gli studenti laureati si trovano nella condizione di dover scegliere di studiare esclusivamente manuali postuniversitari improntati all'approfondimento 'casistico' di argomenti specifici individuati in base alla probabilità che poi 'capitino' ai concorsi. Sembra non inutile fornire uno strumento formativo, più duttile e stimolante, che consenta loro di tenere insieme il tutto e affrontare anche questioni da elaborare senza una preventiva conoscenza, dato che sono diventati desueti i testi su cui si sono formati quelli della mia generazione, si pensi alle 'Dottrine generali del diritto civile' di Santoro Passarelli e ai due volumi sul 'Provvedimento amministrativo' e la 'Giustizia amministrativa' di Pietro Virga, tanto per citarne qualcuno.

La seconda ragione: il libro ha ricevuto un'accoglienza molto calda, se si pensa alle tante persone (studenti magistrati avvocati e professori universitari) che hanno affollato le varie ceremonie di presentazione svoltesi in tutta Italia. Per ciò solo è valsa la pena scriverlo. A ciò va aggiunta la ricca messe di recensioni e articoli, che ne ha favorito la diffusione. Ogni libro deve avere, quantomeno nelle intenzioni, lo scopo di essere al 'servizio permanente' di chi ha interesse a leggerlo e studiarlo, altrimenti è destinato a morire nelle biblioteche o ad esaurirsi in una solipsistica, e anche un po' patetica, soddisfazione personale di chi lo ha scritto.

La terza ragione, forse la più importante sul piano, per così dire, scientifico: la necessità di inserire la trattazione di temi, studiati in un passato lontano o recente, che chiedevano di entrare nel testo, quali i soggetti giuridici digitali, la rivoluzione di Internet e le nuove forme aggregative prodotte dalle piattaforme digitali, le obbligazioni pubbliche, la 'questione' animale, la programmazione, la costituzione e circolazione dei diritti edificatori, il bilancio quale bene pubblico, l'espropriazione del valore dei beni, la cultura la scienza e la tecnica, il processo tributario, il processo contabile e la giustizia sportiva. A ciò va aggiunta la necessità, essendo il libro costruito sul dato normativo, nonostante l'inconfessabile aspirazione a diventare un testo di teoria generale, di distribuire le novità legislative e giurisprudenziali intervenute dal 2018 al 2021. Naturalmente gli argomenti indicati, ma nel libro ve ne sono altri, non vengono buttati dentro alla rinfusa solo per fare volume, bensì emergono prepotentemente dal punto di osservazione prescelto, ossia l'attività amministrativa di diritto privato.

La quarta ragione, molto più personale: impiegare il tempo del primo lockdown, quando ancora non si vedeva la luce per uscirne, consentendomi di trasformare l'inquietudine in opportunità.

(FF) Tema molto delicato e controverso nei tempi recenti è senz'altro quello della responsabilità risarcitoria della PA. L'attribuzione al GA del potere di condannare al risarcimento del danno fa molto discutere sulla possibilità che possa avversi una diversa e distinta nomofilachia in materia a seconda che la tutela sia erogata dal giudice amministrativo o da quello ordinario. Che spazio trova nel sistema di diritto comune la tutela risarcitoria?

(G P C) Di questo tema ho cominciato ad occuparmi sin dagli anni 90 del secolo scorso, dedicandovi la mia seconda monografia a seguito della caduta del cosiddetto dogma della risarcibilità degli interessi legittimi. Parlarne in questa intervista significherebbe rivisitare un largo periodo dei miei studi.

Posso solo dire che la mia preoccupazione maggiore è stata quella di costruire un sistema autonomo della responsabilità per il danno provocato dall'attività illegittima della pubblica amministrazione, che però tenesse conto del dato normativo e dei fondamenti delle varie responsabilità, che sono diversi e quindi diversi sono i regimi giuridici.

Per l'attività amministrativa e per quella svolta dai poteri privati, in punto di responsabilità, non esistono norme specifiche diverse da quelle dettate dal codice civile. Infatti l'art. 30 del codice di procedura amministrativa non è una norma sostanziale ma processuale, che non aiuta molto per operare il distacco dalle responsabilità civilistiche. Pertanto bisogna fare riferimento ai paradigmi del codice civile, disegnati dagli artt. 1218 e 1176 per la responsabilità contrattuale; dall'art. 2043 per quella extracontrattuale; dagli artt. 1337 e 1338 per quella precontrattuale.

Sicché il giudice amministrativo sarebbe stato costretto a scegliere uno di questi tre schemi se non fosse apparsa all'orizzonte un'altra possibilità, che a mio avviso è l'unica per fondare in maniera seria una responsabilità autonoma della pubblica amministrazione, ossia la rivisitazione dell'art. 1173 del codice civile (la norma analoga del codice civile tedesco non a caso è stata riscritta agli inizi del 2000); e in particolare della terza ipotesi prevista quale fonte delle obbligazioni, tra cui anche quella risarcitoria, ossia ogni altro atto o fatto (i quasi contratti e i quasi delitti del codice giustinianeo), diversi dal contratto e dal fatto illecito, idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico.

In quella mia lontana monografia tentai di valorizzare al massimo grado possibile la responsabilità precontrattuale atipica, per provare a capire quale fosse il fatto causativo del danno, che mi sembrò di poter individuare sia nell'inutile coinvolgimento del privato nel procedimento sia nell'incolpevole affidamento riposto nel provvedimento invalido, ma anche in quello valido poi annullato o

revocato.e in q

Con una certa soddisfazione debbo registrare che la Corte di cassazione, dopo quasi vent'anni, è approdata a tre risultati importanti, ossia che tutti i danni ricevuti nelle trattative precontrattuali sono risarcibili a prescindere dall'annullamento del contratto; che la responsabilità precontrattuale è assimilabile a quella derivante dal contratto e non dal fatto illecito; che il danno cagionato nell'esercizio di poteri pubblici va collocato nell'area intermedia tra il torto e il contratto.

Il giudice amministrativo, tranne i timidi tentativi in senso contrario degli inizi, è sembrato attestarsi sulla responsabilità aquiliana, nonostante questo inquadramento sia assolutamente inappagante, vuoi perché il danno deriva dal procedimento e dall'atto amministrativo, e quindi in presenza di un pregresso rapporto giuridico (il contatto giuridico qualificato di cui tanto si parla, anche talvolta senza capirne il senso,) vuoi perché quelle poche sentenze che sembrano orientarsi nel senso della responsabilità contrattuale non tengono conto del fatto che l'assenza di un rapporto obbligatorio in senso tecnico tra l'amministrazione e il privato può portare solamente ad una tutela contrattuale debole, atteso che non si possono invocare le norme sull'adempimento.

In conclusione la valorizzazione della terza ipotesi della norma codicistica sulle fonti delle obbligazioni può effettivamente dare valore sostanziale alla norma processuale di cui all'art. 30 del codice del processo amministrativo, laddove, al comma 3, parla di fatto (il procedimento visto come fatto storico) ovvero di provvedimento se il danno deriva direttamente da questo.

C'è anche un'altra questione molto importante che riguarda la giurisdizione nell'ipotesi in cui il soggetto abbia fatto affidamento su un provvedimento annullato dal giudice o revocato dall'amministrazione. Ma su questo non posso dire nulla, poiché la questione è stata rimessa all'Adunanza plenaria del consiglio di Stato, di cui è per me un onore far parte.

(FF) L'attuale crisi delle categorie giuridiche tradizionali è il punto di partenza della ricostruzione sistematica proposta, imperniata sul superamento della contrapposizione tra istituti di diritto pubblico e di diritto privato. Non è forse un po' troppo ottimistico affermare che in questo nuovo scenario proprio della contemporaneità "il diritto amministrativo non si rassegna a diluirsi nel diritto privato, ma aspira a diventare il nuovo diritto comune dei rapporti giuridici complessi"? Mi spiego meglio. Dal momento che quella stessa globalizzazione cui è in gran parte imputabile la crisi del sistema attuale tende anche ad imporre che i saperi si omogeneizzino quanto più possibile per agevolare la comunicazione e favorire il confronto e riconosce quindi la specialità di una disciplina solo

se questa abbia e conservi una chiara e giustificata ragion d'essere, non c'è il rischio che l'ibridazione delle discipline e degli istituti faccia perdere di vista le ragioni della specialità del diritto amministrativo, che non si risolvono nel mero tecnicismo della disciplina, ma si riassumono nella specificità dei principi informatori? L'ordinamento, gli ordinamenti giuridici, sono in trasformazione, e questo rende senz'altro spesso inadeguati gli istituti tradizionali. Su questo siamo senz'altro d'accordo. Quali che siano le forme che il nuovo ordinamento assumerà al termine della crisi, una volta stabilito il nuovo ordine giuridico globale, ci sarà però sempre qualcuno che dovrà provvedere alla cura degli interessi propri della collettività unitariamente considerata per assicurarne la conservazione o lo sviluppo. L'esercizio del potere dovrà sempre rispondere ad un principio di buon andamento e imparzialità o non vi sarà più bisogno di questo principio fondamentale?

(G P C) *All'ultima domanda non posso che dare la stessa risposta che ho dato nelle prefazioni delle due edizioni del libro. Il diritto amministrativo non deve affatto rassegnarsi ad essere diluito nel diritto civile, anzi l'attuale sistema costituisce un'occasione formidabile per ripensarlo e per esaltarne la funzione unificante dell'intero sistema. Esso ha il vantaggio che deriva dal fatto che è questa disciplina ad aver incluso nel suo ordine istituti quali le società, le fondazioni create direttamente dalla legge, il contratto ad oggetto pubblico, l'appalto, la nullità dell'atto, l'avvalimento come contratto d'impresa e tante altri. E poi vi sarà sempre l'attività amministrativa in senso stretto che non può essere contaminata.*

In altri termini, solo il diritto amministrativo può dare risposta adeguata alla pluralità delle fonti normative e alle nuove tecniche della produzione normativa, alla frammentazione dell'interesse pubblico, alla crisi dello Stato nazionale, all'attività amministrativa di derivazione comunitaria, spesso in collisione con quella domestica, al nuovo modo di partecipazione dei cittadini alla vita politico-amministrativa della comunità di riferimento, al governo dell'economia pubblica e della crisi economica.

Infine, come già detto, il diritto amministrativo ha il compito di favorire l'affermazione dei principi del giusto procedimento e delle invalidità degli atti giuridici presso tutti i rapporti giuridici unilaterali -in primo luogo quelli che si fondono sull'autonomia negoziale collettiva di cui lo stesso potere amministrativo fa un uso sempre più largo. Il nuovo diritto amministrativo deve muoversi per favorire la funzione di garanzia per tutti i cittadini.

Un diritto amministrativo moderno è necessario anche negli studio del diritto in generale, poiché esso consente all'interprete di tenere insieme le fila di costruzioni giuridiche serie, anche quando si fondano sull'uso di categorie civilistiche, e di affidargli il privilegio dello sguardo totale sull'intero ordinamento.
