

GEROLAMO TACCOGNA
Professore aggregato di diritto amministrativo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova
g.taccogna@unige.it

Applicabilità dei principi del diritto privato al procedimento amministrativo?

APPLICABILITY OF THE PRINCIPLES OF PRIVATE LAW TO THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE?

SINTESI

Possono intendersi come principi giuridici, tanto determinati valori, quanto regole di carattere generale. All'apparenza, stando anche alle norme, ciascun settore del diritto, e fra questi sia il diritto amministrativo sia il diritto privato, hanno propri principi. A ben vedere, però, può accadere che questi siano null'altro che aspetti o specificazioni di principi ancor più generali, propri dell'intero ordinamento giuridico. Vi è certamente lo spazio per sostenere che non sia esclusa in linea di principio la possibilità di fare riferimento, per la disciplina del procedimento amministrativo, a principi tratti dal settore del diritto privato. Ma non senza verificare se tali principi siano compatibili o pienamente compatibili con l'ordinamento amministrativo. Il risultato di tali valutazioni sembra essere quello per cui l'eventuale circolazione di un principio, dall'ambito privatistico a quello amministrativo, con gli eventuali opportuni adeguamenti, risulta possibile in special modo, se il principio stesso si lascia in realtà ricondurre ad una dimensione più ampia, tale da poter apparire come un principio generale dell'intero ordinamento giuridico. Peraltro, a fronte della forte modernizzazione cui è stato sottoposto il diritto amministrativo da una serie di riforme, si direbbe che esso abbia ormai in sé le potenzialità per rispondere alle sfide dell'epoca contemporanea, purché sia correttamente applicato nella pratica, senza la necessità di un suo superamento verso la prospettiva privatistica.

ABSTRACT

Legal principles can be as well legally set values as general rules. It seems – also taking into the due consideration the various statutes – that every branch of law, including administrative law and civil law, has its own principles. Looking closer, we can say that in some cases such sectoral principles are actually aspects of more general principles that rule the whole legal system. It can be argued, that also with regard to administrative proceedings some principles of civil law can be referred to, but in any case, it's necessary to verify whether such principles are compatible or fully compatible with administrative law. The

result of such considerations seems to be that the potential flow of a principle from civil law to administrative law should be possible, with adjustments if needed, especially if the examined principle has a wider range such that it can be traced back to a general principle of the whole legal system. However, our administrative law had a great development due to many recent reforms, and it thus seems to have acquired the necessary resources to face the current challenges, provided that it's correctly implemented in everyday practice, without being necessarily overcome towards a civil law perspective.

PAROLE CHIAVE: principi, privato, amministrativo, trasposizione, compatibilità

KEYWORDS. Principles, Private, Administrative, Transposition, Compatibility

INDICE: 1. Principi e settori dell'ordinamento giuridico – 2. Possibilità di utilizzare principi e modelli (apparentemente) privatistici anche a proposito del procedimento amministrativo – 3. Esempi – 4. Limiti – 5. Esempi – 6. Trasposizione dei principi e ruolo del giudice. Opportunità di un atteggiamento prudente – 7. Ragioni per non ritenere imprescindibile un ampio ricorso al diritto privato

«Il diritto privato contiene parecchi ... principi di portata generale, applicabili in ogni ramo del diritto e scritti soltanto nel Codice civile perché questo rappresenta il sistema legislativo più antico e più completo»

G. Zanobini

1. Principi generali e settori dell'ordinamento giuridico

Attorno ai principi del diritto si è sviluppato un ampio e ricco dibattito dal quale emergono posizioni che li identificano in chiave “valoriale” (principi, cioè, intesi come valori, ai quali la legge deve corrispondere) ed altre che li considerano dal punto di vista strutturale (principi come regole dotate di una certa generalità e suscettibili, fra l'altro, di orientare l'interpretazione di altre regole e/o di fornire indicazioni per il superamento di lacune o antinomie)¹.

Nel diritto amministrativo, ed in particolare a proposito del procedimento, si possono scorgere entrambe le prospettive: dai valori dell'imparzialità e del buon andamento, di cui all'art. 97 cost., si passa a regole generali come quelle

¹ In merito si vedano, ad esempio, S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 494 e G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I, p. 475.

indicate nel primo articolo della legge 7 agosto 1990, n. 241 (economicità, efficacia, trasparenza, ecc.) ed in articoli successivi della stessa legge (si pensi all'obbligo di conclusione del procedimento mediante un provvedimento espresso, di cui all'art. 2, co. II, al principio di partecipazione, ricavabile dagli artt. 7 ss.), nonché alle regole affermatesi per via eminentemente giurisprudenziale (proporzionalità, buona fede, leale collaborazione, ecc.).

Si può dunque affermare che il diritto amministrativo ed il procedimento amministrativo abbiano i "loro" propri principi, tanto se intesi nel senso di valori-chiave da realizzare, quanto se considerati nel senso di (conseguenti) regole generali di riferimento.

Tuttavia, è evidente come alcuni dei principi suscettibili di essere considerati propri del diritto amministrativo siano in realtà riconducibili a più generali principi, che stanno alla base dell'intero ordinamento giuridico (democrazia, principio personalistico, uguaglianza, solidarietà).

Lo stesso accade con riguardo ai principi del diritto privato. Qui, però, dato il maggiore sviluppo storico e sistematico della disciplina nel codice civile, l'espressa enunciazione positiva di regole generali e suscettibili di essere qualificate alla stregua di principi, apparentemente settoriali ma a loro volta identificabili, in realtà, come (espressioni di) principi generali dell'ordinamento, è più diffusa.

È dunque vero che la suddivisione del diritto in settori si accompagna al fatto che questi sono dotati di propri principi generali,² ma ciò non significa che non vi siano principi ancor più generali, idonei a manifestarsi trasversalmente rispetto ai consueti confini dei settori, dando sostanza alla prospettiva dell'unitarietà, al fondo, dell'ordinamento giuridico³.

² Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 401.

³ Lo stesso G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., p. 400, pur riconoscendo la sussistenza di principi generali dei singoli settori del diritto, ben si guarda dall'assolutizzare la distinzione tra i settori. La dicotomia tra pubblico e privato viene con ciò inquadrata dall'Autore nell'ambito della tecnica generale di interpretazione del diritto mediante classificazioni dicotomiche, alle quali si ricorre per isolare un campo sentito come "speciale" rispetto ad un altro. Così la distinzione tra i settori solo apparentemente è di campo, ma nella sostanza si risolve in quella tra norma(tiva) speciale e norma(tiva) non speciale o comune, con la conseguenza per cui, quando una materia cessa di essere sentita come speciale (o, può aggiungersi, nei limiti in cui ciò non accade all'interno di una materia), vengono meno le ragioni di distinguerla a proposito dell'interpretazione e cessa il ricorso alla dicotomia. Donde, secondo Tarello, la possibilità di screditare un atteggiamento dottrinale incentrato su di una "grande dicotomia", nella quale le tecniche del diritto pubblico derogherebbero o costituirebbero eccezioni alle regole che valgono nel diritto privato.

2. Possibilità di utilizzare principi e modelli (apparentemente) propri del diritto privato anche a proposito del procedimento amministrativo

In epoca relativamente recentemente si è sviluppato un dibattito in ordine a note proposte di modifica costituzionale e legislativa che, seppure con diverse impostazioni e sfumature, volevano imporre all'amministrazione l'uso generalizzato del diritto privato⁴ (e che, come noto, non sono state approvate)

Una consistente parte della dottrina amministrativistica ha reagito, rimarcando le differenze che intercorrono fra i due ordini e l'inaccettabilità di una siffatta proposta⁵.

Le considerazioni seguenti sono dedicate ad un'idea diversa e più raffinata, che è quella di mantenere il diritto amministrativo come strumentario operativo delle p.a. per il perseguimento del pubblico interesse, nella sua fondamentale manifestazione data dal procedimento, tuttavia con "innesti" privatistici; che peraltro riguarderebbero non solo principi (essendo oltretutto incerti i confini di tale nozione), ma anche, più in generale, modelli e regole.

Lo scenario è diverso rispetto a quello dischiuso dalle predette proposte di riforma perché non comporta uno "snaturamento" o comunque una complessiva trasformazione dell'azione amministrativa, bensì unicamente un'integrazione delle sue regole relative al procedimento, seppure con la particolarità che questa è tratta da un altro settore ordinamentale.

Temi ulteriori (sebbene connessi), e non suscettibili di essere qui trattati, sono quelli del rapporto generale della p.a., per un verso, e degli atti amministrativi, per altro verso, con il diritto privato,⁶ nonché del (crescente) ruolo del

⁴ In merito cfr., ad esempio, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, pp. 405 ss.

⁵ Si vedano, ad esempio, F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 1999, p. 661, e F. MERUSI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica alla luce degli studi di Salvatore Romano*, *ivi*, p.649

⁶ Un importante aspetto del tema riguardante il rapporto tra la disciplina dell'atto amministrativo e quella del diritto privato è dato dall'individuazione, a fronte delle scarse previsioni contenute nell'art. 21-*septies* della l. n. 241/1990, degli esatti contorni dei casi di nullità del provvedimento e, soprattutto, del regime di tale nullità. In merito, e con specifiche riflessioni circa la possibilità di ricorrere al regime privatistico della nullità del contratto e gli eventuali adeguamenti di esso, si può vedere B. GILIBERTI, *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2007, p. 1657; un più deciso inquadramento "privatistico" della nullità si ha, invece, in Cons. stato, ad. pl., 5 marzo 1992, n. 5, in *Foro it.*, 1993, III, p. 29, con nota di S. CASSESE, *Un nuovo orientamento del giudice amministrativo sul pubblico impiego*. D'altra parte, ancora a proposito del provvedimento amministrativo, un altro aspetto della possibile "interferenza" dei principi e modelli privatistici è dato dalla tematica dei cd. elementi accidentali, tra cui in particolare la condizione (codificata nel diritto dei contratti e non in quello amministrativo), che potrebbe essere utilizzata per consentire il rilascio di provvedimenti in carenza

consenso degli amministrati rispetto all'attività amministrativa⁷.

A ben vedere, individuato nei descritti termini, l'oggetto dell'indagine non è completamente nuovo. La dottrina, nel quadro di studi generali sul rapporto fra pubblico e privato nel diritto amministrativo, ha già dato conto – adesivamente – di casi nei quali la giurisprudenza applica regole civilistiche al fine di integrare la disciplina degli istituti pubblicistici, con specifico rilievo anche nell'ambito della tematica del procedimento⁸.

Il diritto amministrativo non è considerato un ordine concettuale autonomo e contrapposto a quello privato; piuttosto si valorizza l'unitarietà dell'ordinamento giuridico, la quale consente di configurare intrecci e sovrapposizioni fra i due ordini⁹.

In ultima analisi una siffatta concezione appare del resto giustificata anche dal generalissimo principio di uguaglianza.

Inoltre il diritto positivo fornisce chiare indicazioni nello stesso senso: così, ad esempio, l'art. 11, co. II, della l. n. 241/1990, secondo cui agli accordi tra p.a. e privati (sul contenuto discrezionale di emanandi provvedimenti o, addirittura, sostitutivi) si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili.

Nella parte il cui richiama i principi civilistici la norma può essere intesa come ricognitiva della suddetta possibile combinazione ed integrazione della disciplina giuridico-amministrativa del procedimento con quella privata¹⁰.

Non sembrano dunque esservi ostacoli di principio al “trapianto” di materiali privatistici nella disciplina del procedimento amministrativo, salvo quan-

delle condizioni di legge, tuttavia senza immediata efficacia e con clausole che consentono l'assunzione di quest'ultima solo al (successivo) completarsi della fattispecie legittimante (in merito all'atto amministrativo condizionato si veda, ad esempio, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 846 ss., con ulteriori riferimenti).

⁷ A tale riguardo possono vedersi, tra i molti contributi, quelli di S. A. FREGO LUPPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 691 ss.; G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'attività amministrati va*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2007, pp. 332 ss.; G. SCIULLO, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. Amm.*, 2007, p. 805.

⁸ Si veda, ad esempio, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p.99; ulteriori riferimenti si rinvengono in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico*, cit., pp. 410 s..

⁹ Così, ancora, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., p. VIII e p. 98.

¹⁰ La lettura dell'art. 11, co. II, della l. n. 241/1990 indicata nel testo presuppone una concezione fondamentalmente pubblicistica degli accordi, come è quella sostenuta ad esempio da G. SCIULLO, *Profili*, cit., ma consente di sfumarne i contorni in modo tale da consentire di cogliere tutte le potenzialità insite nel modello consensualistico in esame. In dottrina si incontra anche la posizione contraria (tesi privatistica), ad esempio con G. MANFREDI, *La nuova disciplina*, cit..

to ci si appresta a dire in ordine ai limiti di tale operazione (rispetto ai quali torna utile l'ultima parte dell'art. 11, co. II, con la clausola di "compatibilità" che vi è contenuta).

Non depone in contrario, rispetto alla tesi che si sta esponendo, l'art. 1, co. I-*bis* della stessa l. n. 241/1990, a tenore del quale la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente. Qui, infatti, si sottrae semplicemente una parte dell'attività amministrativa (intesa in senso lato) alla disciplina del procedimento e del provvedimento, senza nulla togliere in ordine al modo di essere di quest'ultima disciplina e delle sue possibili combinazioni il diritto privato, laddove essa è invece applicabile¹¹.

3. Esempi

Alcuni esempi del richiamato fenomeno di innesto di principi e modelli privatistici nel corpo delle regole pubblicistiche relative al procedimento possono contribuire a chiarire l'analisi.

Si pensi, innanzitutto, all'impiego del modello dell'inadempimento all'obbligo di provvedere, cui si connette l'azione prevista dall'art. 21-bis l. 6 dicembre 1971, n. 1034; oppure ai riferimenti al principio di buona fede emerso a proposito dello stesso obbligo (di provvedere)¹².

Oppure si consideri l'orientamento giurisprudenziale che, sulla base della l. n. 241/1990, riconosce la sussistenza di un rapporto giuridico fra amministrazione e cittadino, in occasione del procedimento, seppure nella forma di un rapporto "senza obbligo primario di prestazione"¹³ ma con obblighi di protezione a carico della p.a. da adempiere secondo correttezza e buona fede.

Tale orientamento si è manifestato principalmente in tema di responsabilità per lesione di interessi legittimi – senza, peraltro, avere completamente con-

¹¹ Tale interpretazione dell'art. 1, co. I-*bis*, anche in rapporto alla disciplina degli accordi contenuta nell'art. 11, è suggerita, ad esempio, da G. SCIULLO, *Profili, cit.*, pp. 815 ss.

¹² Si veda, ad esempio, Cons. St., Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 1514 in *Giorn. dir. Amm.*, 2007, p. 839, con nota di C. LACAVA, *Occorre una disposizione di legge per ricorrere all'in house? Il caso Zetema*.

¹³ In dottrina la concezione e costruzione di un rapporto tra p.a. ed amministrato, che si instaura in occasione dell'esercizio del potere pubblico, è stata recentemente proposta ed ampiamente analizzata da M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano 2008. Peraltro appare interessante l'inquadramento di tale rapporto, ad opera dell'Autore, che lo riconduce alla figura di teoria generale del rapporto giuridico, piuttosto che al modello civilistico del rapporto giuridico obbligatorio.

vinto¹⁴ – ma se ne rinviene traccia anche a proposito degli istituti propriamente procedurali come è la comunicazione di avvio, che è stata ritenuta doverosa pure nell’ambito di un subprocedimento di revisione dell’aggiudicazione provvisoria di un servizio, proprio in base alla teoria del “contatto sociale” ed all’obbligo di buona fede che ne viene fatto scaturire, in questo caso a carico dell’amministrazione-autorità¹⁵.

Ancora, può aversi riguardo alle regole generali, espresse nel codice civile, riguardanti il computo dei termini (artt. 1187 e 2963), che si utilizzano anche con riguardo al procedimento amministrativo.

In aderenza all’idea dell’estrazione di principi e modelli dal diritto privato, ma in realtà entro un più profondo quadro caratterizzato dal ricorso alla figura di teoria generale data dal rapporto giuridico, si colloca anche l’ipotesi dottrinale che, valorizzando l’idea di un cd. rapporto amministrativo (multipolare), il quale viene configurato allorché l’amministrazione esercita un potere, prospetta che possa configurarsi «l’accettazione da parte del privato dei contributi messi in opera nel procedimento dall’amministrazione e dagli altri partecipanti ..., attraverso una sorta di preclusione che deriva dalla mancata contestazione, secondo una logica che richiama lo schema contrattuale dell’incontro tra proposta e accettazione»¹⁶.

Tutti questi esempi fanno peraltro intendere come i principi e modelli privatistici più agevolmente utilizzabili (ed in concreto utilizzati) a proposito del procedimento amministrativo tendano in realtà a non essere strettamente ed esclusivamente privatistici ma, a ben vedere, espressioni di principi generali dell’ordinamento o di modelli di teoria generale.

4. Limiti

Quanto ai limiti da porre all’utilizzo di principi e/o modelli privatistici

¹⁴ Si vedano, ad esempio, Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157 e la relativa annotazione di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentoale dell’amministrazione: la Cassazione effettua un’ulteriore (ultima ?) svolta*, in *Foro It.*, 2003, I, pp. 78 ss.

¹⁵ Cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. II, 30 maggio 2005, n. 953, in motivazione. Più in generale, circa il ruolo del principio di buona fede nel diritto amministrativo, è d’obbligo il richiamo di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – dagli anni «Trenta» all’«alternanza»*, Milano, Giuffrè, 2001.

¹⁶ Così M. PROTTO, *Il rapporto*, cit., p. 180. Nello stesso senso l’Autore ricorda un orientamento giurisprudenziale secondo cui al privato che, notiziato dell’avvio del procedimento di esproprio di alcuni suoi terreni, ometta di segnalare all’ente espropriante l’esistenza di soluzioni alternative che consentirebbero di localizzare altrove l’opera pubblica con minore sacrificio della proprietà privata, resterebbe preclusa la possibilità di far valere il vizio di eccesso di potere sotto il profilo dell’omessa valutazione di soluzioni alternative (op. cit., p. 201, con riferimento a Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 19 febbraio 1998, n. 156).

nell'ambito del procedimento amministrativo, occorre innanzitutto che essi siano stati attendibilmente individuati come tali (val la pena di ricordare, con la Corte di Cassazione, che «il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni»¹⁷).

Inoltre la trasposizione nel campo pubblicistico richiede una sorta di “filtratura” dei materiali privatistici, in modo tale da consentire l'eventuale applicazione, nel procedimento, soltanto di quelli compatibili con l'ambiente amministrativo ed i suoi valori fondamentali. Ancora una volta torna utile l'art. 11, co. II, della l. n. 241/1990 che (dopo avere riconosciuto l'applicabilità dei principi del codice civile in tema di obbligazioni agli accordi procedurali tra p.a. e privati, di cui si è già detto), ha posto la nota clausola di compatibilità, sicché quei principi si applicano soltanto se ed in quanto compatibili.

La precisazione che ne limita l'operare secondo la compatibilità conferma come il riferimento a principi extrasettoriali, sebbene da non escludere in radice, richieda quantomeno un vaglio, sotto il profilo dell'idoneità di quei principi ad adattarsi anche nell'ambiente pubblicistico ed ai suoi valori fondamentali.

Entro questo limite – da valutarsi sia in astratto sia in concreto – può accogliersi la nozione di “polivalenza” delle norme evocata in dottrina¹⁸.

Frequentemente l'esito dell'indicata operazione di “filtratura” è peraltro quello di recepire un principio privatistico, ma con qualche adattamento ritenuto necessario.¹⁹ Anche questo elemento indica come, normalmente, ci si trovi di fronte a principi o modelli non già meramente privatistici, bensì generali dell'ordinamento e/o di teoria generale del diritto, suscettibili di “declinazioni” diverse nel settore privato ed in quello amministrativo (salvo che si abbia, più semplicemente, un principio amministrativistico nato da un paradigma privatistico).

¹⁷ Cass., Sez.Un., 19 dicembre 2007, n. 26725. Già G. ZANOBINI, *Dell'errore di fatto negli atti amministrativi*, ora in *Scritti vari di Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 219 (da cui è tratta anche la citazione di apertura del presente contributo) aveva ammonito al rigore con riguardo all'individuazione dei principi generali del diritto, sottolineando come, affinché una disposizione rientri in questa categoria, è necessario, oltre all'identità sostanziale delle situazioni giuridiche nel diritto civile e negli altri campi, che in questi ultimi tali situazioni non siano disciplinate con norme apposite o particolari.

¹⁸ Cfr. M. PROTTO, *Il rapporto*, cit., p. 22 s.

¹⁹ In ordine a tale fenomeno, con riguardo alla disciplina del provvedimento, e della relativa nullità, si veda B. GILIBERTI, *Profili*, cit., pp. 1670 ss..

5. Esempi

Si pensi, ad esempio, al principio (apparentemente privatistico, ma in realtà più generale) di buona fede ed al principio pretorio di leale collaborazione tra p.a. e privati nel procedimento²⁰. In proposito sono rinvenibili pronunce giurisprudenziali secondo cui, nell'ambito del rapporto non meramente contrattuale-privatistico fra amministrato e p.a., si avrebbe a carico del privato un'amplificazione dell'ordinario dovere di diligenza e correttezza esigibile nei rapporti obbligatori, sicché la (doverosa) leale collaborazione (amministrativistica) si rivelerebbe più intensa della semplice buona fede privatistica²¹.

In altri casi la richiamata "filtratura" conduce invece propriamente ad una valutazione di inadeguatezza della prospettiva di diritto privato, rispetto ad un particolare contesto pubblicistico, sicché la prima (quantunque magari non insuscettibile in astratto di trasposizione) viene concretamente rigettata nel singolo caso; così, ad esempio, è talvolta accaduto per la salvaguardia della pienezza del potere pubblico, indipendentemente da possibili ragioni di affidamento dell'amministrato (quando queste si sono rivelate riconducibili a fatti formalmente irrilevanti nella dinamica procedimentale)²².

Vi sono, ovviamente, anche principi civilistici in assoluto non idonei all'impiego nel diritto amministrativo. Si pensi, ad esempio, a quello per cui (in linea generale) la violazione, nella fase precontrattuale, di norme comportamentali di carattere imperativo, dettate con lo specifico fine di influenzare le determinazioni volontarie dei contraenti in ordine alla conclusione del contratto, non comporta la nullità di esso (casomai l'annullabilità, in presenza dei relativi presupposti), data la distinzione che viene osservata fra le regole di comportamento dei contraenti e quelle di validità dei contratti,²³ quantunque le prime siano dettate anche

²⁰ Sul punto sia consentito rinviare a G. TACCOGNA, *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm – C.d.S.*, 2008, 1313.

²¹ Così, ad esempio, Tar Campania, sez. I, 6 dicembre 2002, n. 7845, in *Giur. Merito*, 2004, p. 614 con nota di F. ANCORA, *La spesa sanitaria tra programmazione preventiva e provvedimenti contingenti*.

²² Cfr. Tar Lombardia, sez. Brescia, 11 agosto 2004, n. 891. Il caso riguardava un privato che aveva presentato un progetto alla soprintendenza per i beni architettonici ed il paesaggio, per ottenere un'autorizzazione paesistica, dopo avere intrattenuto preventivamente colloqui informali con un funzionario ed avere ottenuto dal medesimo osservazioni in ordine al progetto stesso. Recepite tali osservazioni, ed ottenuta l'autorizzazione, l'interessato ha poi visto annullato il titolo dalla soprintendenza. Il Tar, nel decidere la conseguente controversia, ha ritenuto che l'attività del funzionario rappresentasse in tal caso un mero contributo collaborativo informale, non suscettibile di dare vita ad alcun affidamento tutelabile in ordine all'esito del procedimento autorizzativo.

²³ In tema può vedersi la già citata Cass., sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. It.*, 2008, p. 347, con nota G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle sezioni unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*.

con il fine di influire sui contenuti dei secondi. Nel sistema pubblicistico, per contro, la violazione delle norme regolanti il procedimento – sul “farsi” dell’atto amministrativo e quindi preordinate ad influenzarne il contenuto – conduce senz’altro all’illegittimità dell’atto per violazione di legge (ad eccezione del caso in cui sia dimostrato dalla p.a. che l’atto stesso non avrebbe comunque potuto essere diverso). Nei due sistemi, privatistico e pubblicistico, risulta dunque tendenzialmente diverso il rapporto fra le regole inerenti alla condotta delle “parti” nella formazione degli atti e quelle sulla validità degli atti stessi.

6. Trasposizione dei principi e ruolo del giudice. Occorre prudenza

La descritta operazione selettiva e di “filtratura” comporta ciò che è assai noto in tema di principi giuridici, ossia l’assunzione da parte dell’interprete – in particolare del giudice – di un ruolo almeno in parte creativo e non meramente applicativo della legge;²⁴ con i vantaggi e gli svantaggi che vi si connettono.

Questa considerazione è utile anche per ragionare intorno all’ampiezza con cui il fenomeno in esame dovrebbe ammettersi.

L’impostazione dell’analisi risente necessariamente in modo sensibile dell’idea di fondo che si vuole assumere circa il ruolo del giudice nell’interpretazione della legge.

Notoriamente il giudice non può essere mero applicatore di essa ed è chiamato a processi ermeneutici caratterizzati anche da un inevitabile tasso di creatività; tuttavia l’ampiezza che questa componente può legittimamente assumere non è pacifica²⁵.

In generale la “scala” delle possibili applicazioni dei principi va dal semplice richiamo di essi come spiegazione della *ratio* di norme di per sé chiare, ad una più intensa funzione orientativa nell’interpretazione di norme (ad esempio sotto forma di interpretazione anche fortemente estensiva²⁶), fino al superamento di lacune/antinomie e/o alla vera e propria creazione di norme non scritte nella legge (o addirittura *contra legem*).

Per tradizione il giudice amministrativo si riserva un notevole spazio di manovra rispetto alle leggi amministrative, anche per le caratteristiche frequente-

²⁴ In tema si veda G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell’ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 103 e pp. 123 ss.

²⁵ Si veda ancora G. SALA, *Potere, cit.*, p. 150 s.

²⁶ Si pensi al già richiamato esempio dato dalla pronuncia giurisprudenziale che ha estensivamente interpretato l’obbligo di comunicare l’avvio del procedimento, alla luce della teoria del contatto sociale e dell’obbligo di buona fede; si veda la nota 15

mente assunte da queste ultime, di episodicità, non sistematicità, rapida obsolescenza, ecc..

In questo quadro, dato che, invece, le regole sul procedimento sono di diretta derivazione costituzionale, si sono formate, almeno in parte, attraverso una lunga elaborazione giurisprudenziale, che addirittura ha fatto da guida al legislatore, sono codificate sistematicamente e mostrano caratteri di tendenziale stabilità (non smentita dalle recenti modifiche), appare preferibile non riconoscere al giudice un'eccessiva libertà nell'importazione di principi puramente privatistici con riguardo al procedimento amministrativo.

La "filtratura" dei principi privatistici dovrebbe dunque garantirne – come in effetti sembra essere fino ad ora avvenuto, secondo quanto rivelano gli esempi di cui sopra – l'aderenza all'impianto generale della legge n. 241/1990 ed ai principi amministrativistici che in essa sono codificati, nonché l'osservanza delle varie norme della stessa legge.

Il che equivale a ripetere che, in realtà, si prestano particolarmente all'innesto i principi i quali, sebbene codificati nel diritto privato, sono in realtà espressione di valori e/o regole più generali dell'ordinamento considerato nel suo complesso.

7. Ragioni per non ritenere imprescindibile un ampio ricorso al diritto privato per la disciplina del procedimento amministrativo

Questa conclusione potrebbe scontentare i sostenitori della necessità di un maggiore spazio per i modelli privatistici nell'azione dei pubblici poteri. Più in generale, essa suggerisce di riflettere sulle loro ragioni, ossia sulla necessità/opportunità dei "trapianti" di cui si tratta.

In proposito pare utile sottolineare il fatto che i principi e le regole del diritto amministrativo si sono fortemente evoluti negli ultimi anni.

Ragione per cui, se applicati in modo corretto e ragionevole, consentono oggi di corrispondere ad avvertite esigenze per le quali si potrebbe essere tentati di guardare al diritto privato *tout court*. Si pensi, ad esempio, ad esigenze come: il ripudio dell'autoritarismo e del burocratismo; una più decisa caratterizzazione dell'attività amministrativa (tutta quanta) come servizio prestato agli amministrati; un'attenuazione dell'unilateralità dell'agire pubblico; la promozione di flessibilità ed efficienza, con focalizzazione sui risultati.

In altri termini, se questi esiti si direbbero ormai alla portata, anche solo grazie ad una corretta applicazione della moderna disciplina del procedimento

amministrativo, la ricerca di forme di contaminazione di essa con il diritto privato sembra perdere gran parte della propria ragion d'essere.

Senza poi contare che anche nell'impresa privata, operante in "puro" regime di diritto privato, sono ormai d'uso forme di procedimentalizzazione delle attività e dei processi, ad esempio nell'ambito dei sistemi di certificazione della qualità e dei sistemi di *audit* (anche a tacere di quelle imposte pubblicisticamente, seppure non dal diritto amministrativo, come avviene con il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 sulla cd. responsabilità penale delle società).

In sostanza, dopo l'evoluzione degli ultimi anni, lo strumentario giuridico-amministrativo ben si presta, oggi, ad assurgere a garanzia, al tempo stesso, della funzionalizzazione dei pubblici poteri, della qualità degli atti dell'amministrazione e, più in generale, dei risultati della sua attività ed altresì dell'imparzialità e della tutela del cittadino.

Naturalmente dei principi e delle regole del diritto amministrativo – ivi comprese quelle inerenti alla conduzione del procedimento, con gli eventuali innesti di principi e modelli privatistici, nei limiti di cui sopra – occorre saper fare buon governo, affinché le predette esigenze siano soddisfatte, ma ciò rimanda al diverso tema della necessità di innalzare il livello medio di professionalità degli operatori delle pubbliche amministrazioni e di dotarli di adeguate risorse per il loro agire.

Appare difficile fugare l'impressione che ad un evidente processo di perfezionamento e modernizzazione del diritto amministrativo odierno, che lo porta inevitabilmente anche ad una maggiore complessità, da parte di un ristretto novero di studiosi e giudici, non faccia riscontro, in parallelo, un processo altrettanto rapido ed incisivo di aggiornamento degli altri "operatori", in special modo nell'ambito degli apparati amministrativi.

In questa situazione non sembra potersi escludere che i presunti difetti del diritto amministrativo, che secondo alcuni renderebbero preferibile l'utilizzo di quello privato, siano in realtà difetti dell'applicazione pratica di un diritto amministrativo che, fortemente modernizzatosi *in books*, forse non ha ancora raggiunto lo stesso grado di sviluppo *in action*.