**“Verso un diritto comune” – Incontro di studio, in occasione della presentazione del libro di Giampiero Paolo Cirillo** (Palazzo Spada, 25 febbraio 2019)

*Premessa* - Diritto privato e diritto pubblico, diritto civile e diritto amministrativo vanno convergendo verso un “nuovo” diritto comune? Il tema che pervade l’incontro di oggi è tra i classici della letteratura giuridica, e non da oggi. Già Gianturco e Barassi, in tempi diversi, si ponevano, nelle loro *Istituzioni*, la centralità della questione, in termini in primo luogo di distinzione concettuale e poi positiva. Le teorie elaborate al riguardo sono state molte e i criteri utilizzati dei più svariati. Ma l’atteggiamento è sempre stato quello di porre una netta demarcazione tra le due branche del diritto. Bisogna però riconoscere che la netta demarcazione iniziale si è andata progressivamente attenuando alla luce, non solo delle moderne elaborazioni della scienza giuridica, sempre più sospettosa rispetto a classificazioni di ispirazione dogmatica che sembravano perdere di vista l’utilità pratica di modelli positivi e concettuali flessibili e disposti a un ibridismo utile al soddisfacimento dell’interesse, di un privato o di un soggetto pubblico o di una collettività di persone, che fosse stato giuridicizzato dal legislatore. Ma esiste una differenza ontologica tra le due branche del diritto? La difficoltà di individuare tale differenza, o la controvertibilità delle soluzioni adottate, hanno indotto un illustre amministrativista, pur attento a una ricorstruzione in termini omogenei degli istituti e delle categorie di diritto amministrativo e diritto privato – Giovanni Miele- ad adottare una nozione meramente formale –e, aggiungerei, storicamente determinata- secondo cui le norme di diritto pubblico attengono a rapporti di cui necessariamente sia parte lo Stato o altro ente pubblico, mentre il diritto privato inerisce a situazioni e rapporti in cui tale partecipazione è solo eventuale.

*1*-L’incontro di oggi ha la particolarità di essere non un convegno in cui si presenta anche un libro, ma un libro che, proponendo un tema di grande attualità -ossia il rapporto tra il diritto amministrativo e il diritto civile alla luce dell’evoluzione legislativa, giurisprudenziale e scientifica- può aspirare a giustificare un seminario, dove sono chiamati a confrontarsi civilisti e amministrativisti, tra i più autorevoli.

L’intitolazione immaginata, “Verso un nuovo diritto comune”, pur evocando l’esperienza giuridica del *ius commune* che si estese tra il XII e il XVI secolo e che è anche conosciuta come l’età della ricezione del diritto romano per distinguerlo dagli altri sistemi giuridici speciali e locali, non vuole certo riproporre un nostalgico ritorno al passato. Tuttavia la crisi delle sovranità nazionali e la persistente penetrazione del diritto europeo e mondiale negli ordinamenti locali moderni pongono taluni dei problemi che si posero allora, ossia come creare sistemi giuridici capaci di regolamentare la vita delle persone, l’economia e i traffici commerciali tra i luoghi più lontani del mondo. Proprio tale esigenza sovranazionale di regolazione di fenomeni che si pongono in via di fatto nella società evidenzia un carattere distintivo di tale diritto comune rispetto a quello medievale: quest’ultimo più marcatamente “politico”, quello attuale fortemente incentrato sui modelli organizzativi e le tecniche di tutela.

2-In realtà il rapporto tra le due branche del diritto costituisce un capitolo classico della letteratura giuridica. Nel diritto amministrativo classico i capisaldi, su cui è costruita la specificità del diritto amministrativo, sono: a) un’amministrazione separata dagli altri poteri; b) una materia disciplinata da norme proprie; c) un sistema giuridico organico ispirato a criteri e principi unitari.

Inoltre i principi, che costituiscono abitualmente il tessuto normativo in cui si muove il diritto amministrativo, che differenzierebbero il diritto amministrativo dal diritto privato sono: la rilevanza dell’attività e delle norme organizzative sulle situazioni giuridiche soggettive incise; la legalità dei fini e dei mezzi; il controllo della discrezionalità; l’effetto invalidante di ogni violazione di legge; il carattere generale della tutela costitutiva; l’ampiezza degli interessi tutelati.

Nel diritto civile, viceversa, la presenza di un codice, ossia la presenza stabile di norme scritte sedimentate nel tempo, ha consentito il formarsi di una tradizione interpretativa fortemente legata alla lettera della legge, cui è seguita un’opera secolare di elaborazione concettuale e la formazione di solide categorie giuridiche.

Attraverso una analisi dettagliata di tali principi, Cirillo enfatizzza giustamente il ruolo di ‘piccolo codice’ della legge generale sul procedimento amministrativo (legge n.241 del 1990), il ruolo degli ordinamenti giuridici sovranazionali e il diritto globale. La legge 241: uno statuto del cittadino sul piano costituzionale dei rapporti con il potere che finalmente positivizza caratteri propri del provvedimento e dell’attività amministrativi.

Il percorso che l’Autore propone, di una progressiva convergenza tra i due rami del diritto, è sviluppato con riferimento a tutte le parti in cui normalmente si scompone lo studio del diritto, ossia l’attività giuridica, la soggettività, i beni e la patrimonialità dei rapporti giuridici, la responsabilità e le forme e le tecniche di tutela.

3-In questa visione, l’attività giuridica, concepita -secondo l’idea tutta vichiana- come “esperienza storica”, assume un ruolo centrale, poiché è essa che determina le forme della soggettività e non viceversa.

L’autore sceglie come punto di osservazione l’attività amministrativa di diritto privato, e non solo perché in essa si condensano sia l’attività negoziale sia l’attività provvedimentale, ma anche perché solo attraverso la sua analisi si possono comprendere appieno il ruolo che possono rispettivamente svolgere oggi il contratto e il provvedimento amministrativo, anche attraverso il loro utilizzo combinato.

Questa lettura è coerente con la scelta del legislatore. Questi stabilisce che la pubblica amministrazione deve amministrare secondo il metodo consensuale (art. 1 l. n. 241 del 1990) e che l’accordo sostitutivo (artt. 11 e 15 l. n. 241 del 1990) del provvedimento ha la capacità di generare obblighi e anche obbligazioni in senso tecnico al pari del contratto di diritto privato, con l’unica differenza che nel primo caso l’oggetto è pubblico e nel secondo invece è privato.

La funzione sistematica dell’accordo sostitutivo del provvedimento e dell’accordo organizzativo costituiscono la categorie generali entro cui l’Autore colloca tutti i contratti pubblici e tutte le nuove formule organizzatorie, contenute nel codice dei contratti pubblici (partenariato pubblico privato, contratto di concessione, baratto amministrativo e così via).

Ma è indubbio che è quello dei servizi pubblici il terreno dove più facilmente si incontrano il diritto privato e il diritto pubblico. Essi non costituiscono più un capitolo della soggettività, bensì dell’attività giuridica in forma privatistica delle amministrazioni pubbliche, attraverso l’utilizzazione di strumenti e schemi giuridici di cui il carattere privatistico oggettivo, inesorabilmente riadattato per finalità pubblicistiche talvolta in misura tale da far dubitare della pertinenza al modello originario, prevale sulla qualificazione pubblicistica soggettiva, il più delle volte meramente formale, di chi svolge l’attività, secondo il modello assai variegato e storicamente “fluttuante” delle cd. società pubbliche.

4-Il libro contiene una unica opzione ideologica di fondo, ossia che la pubblica amministrazione non costituisce più l’espressione del potere autoritativo e non è più antitetica all’autonomia privata, così come accadeva negli anni ’60, quando Pietro Rescigno scriveva le bellissime pagine ‘sulla paura dello Stato e il deserto della solitudine in cui si muove la condizione umana’. Essa è diventata “intermedia”, quasi al pari delle formazioni sociali private.

Infatti l’amministrazione sta diventando il punto di riferimento dei singoli cittadini, anche in relazione a quelle istanze sociali e politiche un tempo affidate ai partiti politici, ai sindacati, alle parrocchie, alla famiglia e così via. A fronte di una crisi della politica, che talvolta sembra esaurirsi nella ricerca del consenso per il consenso, i cittadini vogliono utilità concrete, che possono essere offerte solo dall’amministrazione pubblica.

5-Sul piano più squisitamente giuridico le tre chiavi di lettura del sistema di diritto comune si possono riassumere così: la tendenziale procedimentalizzazione di tutte le attività giuridiche, anche quella negoziale; il depotenziamento dell’attività autoritativa e la dequotazione dell’atto amministrativo come sintesi delle ragioni della collettività, soprattutto nei meccanismi di coinvolgimento degli interessi dei terzi che rimangono quindi toccati dal procedimento, ma non sempre entrano nella valutazione decisoria dell’amministrazione; infine, nella crisi della categoria e della funzione ordinante del contratto nonché nella sua tendenziale funzionalizzazione rispetto a un interesse terzo: frutto, forse, di un più generale processo di conformazione del diritto soggettivo ai valori solidali della Costituzione, che non può peraltro portare a obliterare il carattere originariamente e originalmente individuale di tale figura soggettiva anche in un’ottica non più anacronisticamente “dominicale”.

6- Quanto alla soggettività, il punto più qualificante è dato dallo sviluppo del principio della neutralità delle forme giuridiche soggettive, che consente di avvicinare i soggetti privati e i soggetti pubblici, ora pacificamente dotati di autonomia negoziale. Il punto, al riguardo, è come estendere anche ad essi il sistema delle garanzie procedimentali propri degli enti pubblici in senso formale.

7- Quanto ai beni e alla patrimonialità, diretta e indiretta, di tutti i rapporti giuridici, viene riproposta una sistemazione aggiornata del rapporto tra cose beni e oggetto del diritto. Il contratto e il provvedimento amministrativo favorevole vengono considerati beni in senso giuridico.

Quanto ai beni pubblici, l’Autore ritiene oramai inadeguata la tradizionale ripartizione e si sofferma sulla dibattuta categoria dei cd. beni comuni e sulla Rete, destinati a diventare non solo i nuovi luoghi di svolgimento della personalità umana, ma anche i luoghi dove si realizzeranno nuove forme di società intermedie (*social network*, utilizzo del bene pubblico da parte di cittadini in vario modo organizzati).

8- Nel capitolo finale, dedicato alla responsabilità e alla tutela, sono indagati i fondamenti dei vari tipi di responsabilità, rinvenendosi nel legittimo affidamento e quindi nel contatto sociale qualificato il possibile fondamento di tutte le responsabilità. Si spiega così l’ampio spazio riservato alla responsabilità precontrattuale, che costituisce la base per l’affermazione della responsabilità per l’inutile coinvolgimento di un soggetto, in un procedimento amministrativo da parte dell’amministrazione che non ha agito in buona fede.

9- In conclusione tutti i temi tradizionali dei due rami del diritto sono trattati con un costante riferimento alla legislazione positiva e al cd. diritto giurisprudenziale. Perché il pregio di fondo di questo libro – nonché, a mio avviso, il filo conduttore della riflessione che l’incontro di oggi ci propone - è il seguente: ipotizzare e sviluppare un percorso di ordine teorico e istituzionale di grande attualità e complessità – quello dei tratti comuni tra i due rami tradizionali della scienza giuridica - coniugando la riflessione teorica e sistematica con l’aderenza al dato positivo e a quello giurisprudenziale, senza la quale il giurista corre il rischio di cadere in una dogmatica avulsa dalla realtà che, per fortuna, non appartiene alla tradizione della scuola giuridica italiana.

Non a quella civilistica, in particolare alla scuola giuridica meridionale da Gianturco in poi. Del resto –come osserva Giovanni Cazzetta[[1]](#footnote-1) - dopo l’Unità, “il segno di un diritto veramente italiano” è dato dalla costante ricerca di “un’indispensabile alleanza, di un connubio, tra scienza e pratica, diritto teorico e pratico, giurisprudenza dottrinale e forense”. E nel programma della *Rivista di diritto civile* del 1909 si ritrova l’esigenza di un diritto italiano che rifugga il metodo esegetico francese, ma che sappia sottrarsi anche al metodo dogmatico e astratto della pandettistica tedesca e alla “scienza per la scienza” che, nella scia di quella, veniva propugnata da Gian Pietro Chironi, con il quale Gianturco intraprese una sorta di tenzone.

Ma l’aderenza alla realtà dei fenomeni da regolare appartiene forse ancor più alla scuola amministrativistica, e ai suoi Maestri, per limitarci ai tempi a noi più vicini a Sandulli, Giannini, Benvenuti, Nigro, Cassese: giuristi attenti al valore “pratico” e ordinante del diritto rispetto ai fenomeni sociali da regolare, ma non inclini a un dogmatismo che distacchi il diritto da questi fenomeni; un diritto questo che sarebbe utile, in ultima analisi, forse, ai giuristi ma non anche alla società.

Filippo Patroni Griffi

1. *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano”* in *Quad.fior.*2011 n. 40, 781 ss [↑](#footnote-ref-1)