

Brevi spunti di riflessione sull'attuale valenza del rapporto comunicativo tra diritto pubblico e diritto privato

Stefano Favaro

ABSTRACT

Il rapporto tra la sfera pubblica e la sfera privata dell'esperienza giuridica italiana contemporanea, alla luce della normativa costituzionale e ordinaria, non è riduzione del diritto privato nel diritto pubblico, né, viceversa, riduzione del diritto pubblico a esplicitazione di interessi privati, ma deve concepirsi come insopprimibile e dialogica compresenza dinamica, e come comunicazione dialettica, dei due termini, pena la dissoluzione dell'unità dell'ordinamento.

PAROLE CHIAVE

RAPPORTO PUBBLICO-PRIVATO;
SALVATORE PUGLIATTI;
PRIVATIZZAZIONE DEL PUBBLICO IMPIEGO;
RIFORMA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO;
PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ;
ART. 117 DELLA COSTITUZIONE;
DICHIARAZIONE DI INIZIO ATTIVITÀ;
AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA;

1. PREMESSA: IL PRIMATO DEL DIRITTO PUBBLICO SUL DIRITTO PRIVATO

Alberto Trabucchi, in una della prefazioni alle numerosissime edizioni del proprio manuale didattico istituzionale di diritto privato, ricorda come Cesare Vivante, uno dei padri della dottrina giuridica italiana, di fatto consacrando in una breve ma assai incisiva formula i principi ricostruttivi della configurazione dell'esperienza giuridica propri dell'allora egemone concezione positivista di matrice scientifico-sperimentale, affermasse che «il diritto dipende non solo dalla forza iniziale di chi lo impone, ma anche dalla forza successiva di chi lo attua»¹.

Un simile assunto, che, dal punto di vista filosofico-metodologico, ha ricevuto, anche nell'ambito del successivo dispiegarsi della scienza giuridica italiana, numerose ed ampie giustificazioni e sistemazioni speculative², e che ancora oggi, in un

1 Cfr. A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1996, p. X.

2 Si pensi innanzitutto ai fertili sviluppi scientifici della Scuola di Torino, la quale, annoverando nella figura di

mondo dominato dall'enfatica esaltazione della razionalità scientifica³, riceve ampia Norberto Bobbio il proprio esponente maggiormente rappresentativo, a partire dagli anni Sessanta, inserita nel movimento neopositivistico proprio del Circolo di Vienna, adotta una rappresentazione rigorosamente volontaristica, formale e convenzionale dell'esperienza giuridica, giungendo ad affermare che è diritto solo quanto sia concretamente posto, efficace e applicabile in virtù dell'ordine vincolante impartito da chi detiene il potere: ossia, in altri termini, il mero ed esclusivo diritto positivo quale prodotto normativo cogente, frutto della volontà del potere politico. Si pensi, inoltre, agli ulteriori sviluppi successivi alla Scuola di Torino, che, giungendo sino alla contemporaneità, attraverso l'opera, in particolare, di Uberto Scarpelli, allievo di Bobbio, radicalizzano i convincimenti del positivismo giusfilosofico, approfondendo la componente di forza e potere insita nella dimensione giuridica dell'esperienza sociale attraverso la disamina del versante più marcatamente linguistico-filologico dell'apparato normativo vigente (si vedano, in materia, le seguenti opere di U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, 1997; *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, 1953; *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976; *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano, 1985; *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994).

3 Cfr., al riguardo, quanto afferma, in maniera assai lucida e persuasiva, E. Severino in *Antologia filosofica. Le pagine più significative del pensiero occidentale*, Milano, 1994, p. 482: «Al di là delle forme molteplici della filosofia contemporanea,

accoglienza nel panorama giuridico italiano contemporaneo⁴, evidenza in maniera

la forma suprema di dominio è oggi costituita dalla civiltà della tecnica, il cui agire è sempre più guidato dalla razionalità scientifica: la scienza è per ciò diventata il principio e il punto di riferimento di ogni forma di cultura».

4 In effetti appare opportuno osservare che, nell'attuale perimetro giuridico-culturale italiano, la rappresentazione scientifico-convenzionale dell'esperienza giuridica, che, gravitante attorno al rigoroso normocentrismo cui si è accennato, riduce di fatto il giurista, nelle proprie visioni più radicali, a mero enzima del potere (cfr. F. Gentile, *Ordinamento giuridico. Controllo o/e comunicazione? Tra virtualità e realtà*, in appendice a U. Pagallo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico. Sei studi di teoria generale del diritto*, Padova, 1999, p. 220), sembra conservare integra la propria forza, manifestandosi in grado di resistere agli innumerevoli mutamenti sociali, etici, giuridici e culturali che, negli ultimi decenni, avrebbero invece potuto astrattamente relegarla ai margini della riflessione giusfilosofica contemporanea, e sembra, pertanto, continuare a costituire l'*humus* sia della teoria ampiamente intesa sia della pratica del diritto di oggi. E tutto ciò, si noti, nonostante l'intervenuta irruzione di concezioni "altre" rispetto a quelle che sono state efficacemente ed icasticamente definite "geometrie legali", nonostante, cioè, l'innesto nella cultura giuridica del secondo Novecento di concezioni "nuove", anch'esse peraltro ormai stabilmente radicate nella cornice della cultura giuridica italiana, e caratterizzate dalla maggiore apertura alla valorizzazione della proteiforme componente interpretativa implicita in ogni approccio alla sfera del giuridico, che non sono tuttavia riuscite a scardinare il primato della trascorsa dominante scienza giuridica di natura sperimentale: si pensi, in maniera particolare, all'informatica giuridica, la quale, anche in virtù del carattere necessariamente angusto, pur nell'ampiezza dei temi trattati, del proprio campo di indagine, non è ancora capace di possedere quell'autonomia e quella nitidezza di contorni che possano essere capaci di elevarne il ruolo culturale; ma si pensi, anche e soprattutto, alla filosofia del cosiddetto circolo dell'ermeneutica giuridica (della quale uno dei più alti rappresentanti è senza dubbio Emilio Betti, di cui si indicano, quali principali contributi, le seguenti opere: la monumentale *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990; *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949; *L'ermeneutica come metodologia generale delle scienze dello spirito*, Roma, 1987; *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1994), con riferimento specifico alla cui incapacità, o impossibilità, di sottrarre alle concezioni "geometriche" del diritto lo scettro del potere egemone, si rinvia alle efficaci parole di F. Casa, che, nel volume *Sulla giurisprudenza come scienza: un dibattito attraverso l'esperienza giuridica italiana della prima metà del ventesimo secolo*, Padova, 2005, pp. 1-2, così si esprime: «se» l'ermeneutica giuridica «ha ancor oggi il merito specialissimo di problematizzare sia la struttu-

quantomai nitida il principio secondo cui, nell'ineliminabile conflittualità latente tra la dimensione privatistica e quella pubblicistica del diritto, sia quest'ultimo a dover necessariamente prevalere e assumere rilievo fondativo e dominante.

L'assunto, infatti, secondo cui i fattori condizionanti l'esistenza stessa della giuridicità e la sua efficacia sono da rinvenire nella forza – e dunque nel potere – sia dell'organo pubblico che emana le norme sia dell'organo pubblico deputato al controllo del rispetto delle norme stesse da parte dei consociati e alla loro attuazione per il caso di una loro mancata spontanea esecuzione conforme al comando, implica necessariamente che, nell'ambito della – fisiologica – compresenza, relazionale e comunicativa, sia concreta sia dal punto di vista delle dissertazioni metodologiche, delle dimensioni del diritto pubblico e del diritto privato in ogni sistema giuridico⁵, debbano sempre esse-

ra che il significato dell'autorità giurisdizionale, non è poi riuscita a cogliere il reale significato dell'esperienza giuridica. D'altro canto riterrei davvero difficile sostenere che, nella stesura dei suoi provvedimenti, questi si incidenti sulla vita e sul patrimonio dei cittadini, un magistrato abbia presenti gli affascinanti modelli ermeneutici di un Gadamer o di un Heidegger, così come mi parrebbe assai peregrino affermare che un autentico ausilio offra agli avvocati, nella stesura di un atto giudiziario o nella impostazione di una arringa difensiva, il pur significativo e pensato saggio di retorica di un Perelman e dei suoi più o meno fedeli proseliti, dei quali, seppure abbiano colto la logica e la rilevanza della composizione e ricomposizione degli argomenti giuridici ai fini della persuasione del giudice, non si può certo dire che forniscano strumenti efficaci dal punto di vista operativo».

5 Appare *ictu oculi* evidente, in effetti, come quelle del privato e del pubblico siano due categorie che, in quanto reciprocamente irretite nelle maglie apparentemente inestricabili del consorzio sociale, di qualunque genere siano l'origine, la struttura, le forme e le regole di funzionamento di esso, appaiono entrambe irrimediabilmente imprescindibili, non fosse altro che per l'esame paradossale, dal punto di vista concettuale, dell'eventuale praticabilità dell'eliminazione di una di esse, per la comprensione dell'essenza della dimensione politica della vita dell'uomo. E tutto ciò, si noti, assume rilievo indipendentemente dalla tipologia di rappresentazione dell'esperienza politica che sia di volta in volta assunta: sia essa quella "geometrica" che si sta esaminando, secondo la quale «è naturale che risulti predominante, se non esclusiva, l'accezione soggettiva del termine politica, impiegato ormai correntemente per indicare tut-

re valutate come prevalenti, rispetto ai motivi e alle esigenze squisitamente individualistiche dei privati, le esigenze e le scelte operative che trovino la propria scaturigine nella gestione del bene pubblico comune.

Se dunque tutto ciò è da ritenersi corretto, se, in altri termini, si qualifica come “pubblico” tanto chi pone quanto chi attua il diritto, e se qualsiasi ramo specifico del diritto positivo sembra non possa né venire ad esistenza né tantomeno dispiegarsi, strutturarsi, ed attuarsi, nel mondo sociale, senza il “pubblico” e senza il rispetto delle esigenze di diritto pubblico tramite cui l’intero sistema deve respirare, appare confermato indirettamente anche il principio, di hobbesiana, rousseauiana e kelseniana memoria⁶, secondo cui la

to quanto si riferisce allo stato, inteso come il soggetto altro, per non dire estraneo, rispetto ai singoli privati che lo compongono» (F. Gentile, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell’ordinamento politico*, Milano, 2003, p. 85), sia essa quella maggiormente disancorata dalla struttura operativa e convenzionale del sapere scientifico, secondo la quale è da ritenersi predominante un’accezione oggettiva del termine politica, «con cui viene comunemente designato un modo di affrontare i vari problemi della convivenza umana, caratterizzato da un’ottica non parziale ma globale, non analitica ma sintetica, non partigiana ma integrale» (*Ibidem*, p. 153).

6 Ai fini della presente trattazione, e ai fini di quanto si viene specificamente affermando nelle righe che precedono, è sufficiente ricordare, in primo luogo, che il baricentro fondante il radicale carattere pubblico e autoritario della positività della legge riposa, trovandovi stabili radici teoretiche, sui caratteri di endemica conflittualità e precarietà, nelle relazioni interindividuali, propri dello stato di natura ipotizzato e descritto, nel *Leviathan*, da Hobbes, primo compiuto teorizzatore, per il tramite dell’esaltazione entusiastica delle potenzialità insiste nell’impiego in ambito giuridico del carattere operativo e convenzionale del sapere scientifico, della legittimità dell’assolutezza del potere sovrano. In secondo luogo, è doveroso ricordare anche che l’indicato carattere pubblico e autoritario della giuridicità trova compimento descrittivo nel pensiero di Jean Jacques Rousseau, secondo cui, come efficacemente ricordato da F. Gentile (cfr. *Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista*, in “L’Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello Stato”, 2008, n. 1, p. 10), ponendosi quale «unica fonte dell’ordinamento delle relazioni intersoggettive la legge, in quanto espressione della volontà sovrana, [...] “voce celeste che detta a ciascun cittadino i precetti della ragione pubblica e gli insegna ad agire

giuridicità, antecedentemente rispetto alla manifestazione di volontà – pubblica – del sovrano che detiene il potere, non esiste *tout court*, in quanto essa non è neppure ancora pensata né tantomeno tradotta in volontà voluta dal depositario – incontrovertibilmente, ed arbitrariamente, pubblico – della sua creazione⁷: tutto ciò, si noti, con buona pace, e

secondo le massime del suo giudizio e a non essere in contraddizione con se stesso (*Discours sur l’économie politique*), [...] i diritti soggettivi vengono configurandosi come un potere privato, relativo ma sicuro, come qualcosa che non è propria del soggetto in sé e per sé bensì come concessione munifica e graziosa del potere pubblico. E d’altra parte gli obblighi giuridici si configurano come un onere privato, nel senso che in sé e per sé il soggetto obbligato non è tenuto ad obbedire al precetto ma solo a subire la sanzione che il potere pubblico gli infliggerà in caso di disobbedienza». In terzo luogo, si ricorda che il carattere pubblico e autoritario della giuridicità trova espressa e definitiva consacrazione, nel Novecento, ad opera di Hans Kelsen, la cui dottrina pura del diritto, esposta nell’omonima opera, attraverso la quale, secondo Tarello, si sarebbe realizzata l’operazione politica di «occultare fratture e di individuare coerenze di sistema (unità di ordinamento) ove la percezione immediata presenta contraddizioni e conflitti» (cfr. G. Tarello, *Il diritto come ordinamento*, in *Atti del X Congresso Nazionale delle Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, Milano, 1974, p. 11), si conclude, dal punto di vista speculativo, con l’affermazione lapidaria secondo cui di fronte all’«eterno problema di ciò che sta dietro al diritto positivo [...] chi cerca ancora una risposta troverà non la verità assoluta di una metafisica né la giustizia assoluta di un diritto naturale. Chi alza quel velo senza chiudere gli occhi si vede fissare dallo sguardo sbarrato della testa di Gorgona del potere» (la citazione è tratta da F. Gentile, *Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista*, in “L’Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello Stato”, cit., p. 10).

7 Per un’ulteriore chiarificazione sull’assoluta libertà, di comando e creatrice, che ci si potrebbe azzardare a definire arbitrio, del pubblico rispetto al privato, secondo i contorni della prospettiva che si sta descrivendo, si vedano le parole di F. Gentile, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell’ordinamento politico*, cit., pp. 69-70: secondo il filosofo patavino «si è andata [...] imponendo un’altra concezione del pubblico, separato da ciascuno dei singoli privati, a tutti sovrapposto e perciò in grado di neutralizzarne i conflitti determinati dalle interferenze reciproche delle azioni individuali. Così inteso, il pubblico è andato assumendo la figura del “sovrano”, attributo classicamente riservato alla Divinità, e forse per questo avvalendosi del privilegio alla maiuscola nel nome». Per tale via, continua l’Auto-

radicale negazione, dell'opposto principio, proprio della filosofia giuridica e politica classica e tramandatosi nel corso dei secoli, per il quale, dal momento che «l'uomo è un essere politico, cioè naturalmente destinato alla vita associata»⁸, e «il nostro "esserci" (il *Dasein* dei tedeschi) è già un "con-esserci" (*Mitdasein*)»⁹, accade inevitabilmente che *ubi societas ibi ius*, cioè che il diritto – anche il diritto pubblico – emerga quale naturale germinazione di una innata, e squisitamente privata, tendenza alla socialità, e alla regolarità e dunque al diritto nella socialità, tendenza di cui le norme positive emanate dagli organi pubblici, creature e non creatrici di un diritto *ex nihilo*, non sono che pura esplicitazione e, per così dire, traduzione¹⁰.

re, «l'unicità del privato, la disposizione cioè dell'individuo, l'uomo dello stato di natura, a considerarsi libero da qualsiasi regola, perché soggetto esclusivamente alla propria volontà e solo giudice delle proprie azioni, si manifesta a livello pubblico nell'assolutezza della Sovranità, nell'assenza cioè di limiti di obbligazioni da parte del potere statale».

8 A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 2.

9 *Ibidem*.

10 Si tratta di una tendenza alla socialità che, radicata nella struttura più profonda della persona, deve, o dovrebbe, intridere di sé e guidare la figura e il ruolo del politico, ossia del primo depositario di quella coscienza e di quell'operare pubblici che sono, in una simile prospettiva, "emanazione" e propagazione dal privato. Al riguardo, si veda F. Gentile, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, cit., p. 39: «La consapevolezza della natura strumentale del proprio operare, nel senso letterale del termine, essendo destinata ad innestarsi in un processo che, prima o dopo di esso, si regge e si compie sulla base della capacità personale di disciplinarsi, sulla capacità di ciascuno di essere "padrone di sé", impedisce al politico, che sia veramente tale, d'accontentarsi di un ordinamento virtuale, che il potere dello stato, quand'anche legittimato dalla volontà dei consociati, può solo sovrapporre alla conflittualità interindividuale, assunta come insanabile, affermandosi piuttosto che come superamento di essa come sua canonizzazione. [...] Se, infatti, è incongruente ridurre l'ordinamento politico al controllo statale delle relazioni intersoggettive mediante la costruzione di uno schema astratto preordinato e convenzionale, imposto meccanicamente dall'esterno, altrettanto incongrua è la pretesa di stabilire un qualsiasi controllo statale delle relazioni intersoggettive senza il preliminare riconoscimento della comune misura sulla base della quale mettere ordine e dunque senza prelimi-

2. LE INCRINATURE DEL PRINCIPIO DEL PRIMATO DEL DIRITTO PUBBLICO ALLA LUCE DELLA NUOVA LEGISLAZIONE: SU ALCUNI TRATTI DELLA RIFORMA DEL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE

La delineata radicalità, di matrice scientifica, della sovrana supremazia che, in una simile prospettiva di ordine speculativo e teorico-metodologico, relativamente alla costruzione e alla rappresentazione dell'intera esperienza giuridica e del suo sistema, assume la componente pubblicistica rispetto al diritto privato, sfocia dunque, inevitabilmente, nella presa d'atto del fatto che è assolutamente vano «ogni tentativo di ritagliare la zona del pubblico dalla zona del privato»¹¹.

Ebbene, tale drastico assunto sembra tuttavia subire, negli ultimi anni, una forma peculiare di crisi, o, quantomeno, di parziale indebolimento, a causa di alcuni specifici e relativamente recenti approdi normativi della legislazione italiana, in particolare della legislazione di natura pubblico-amministrativistica, tanto di livello costituzionale quanto di livello ordinario, che si pongono – apparentemente – in contrasto con esso, e che addirittura sembrerebbero far emergere la possibilità dell'innesto, se non addirittura del primato, dei principi e delle esigenze più spiccatamente private sulle esigenze proprie del diritto pubblico, così da far ipotizzare, per l'appunto, proprio la possibilità di ritagliare la zona della sfera del diritto pubblico a partire dalla sfera del diritto privato.

Si fa riferimento, per quanto riguarda la dimensione normativa di carattere costituzionale, alle profondissime innovazioni apportate al Titolo V della Parte II della Costituzione dalla legge cost. 3/2001, che ha ingenerato, come è noto, una svolta di assai rilevante complessità in relazione agli assetti costituzionali degli enti territoriali della Repubblica Italiana.

Senza voler eccessivamente approfondire i dettagli di una tematica che, sia per la propria rilevanza che per la propria ampiezza, il presente contributo non può permettersi di affrontare in maniera esaustiva, appare opportuno ricordare

narmente comunicare».

11 F. Gentile, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, cit., p. 69.

che l'indicata riforma costituzionale, assurgendo a vera e propria rivoluzione copernicana in ordine alla perimetrazione degli equilibri costituzionali tra Stato ed enti territoriali, gravita attorno al nuovo principio dell'equiordinazione tra i differenti livelli di governo territoriale prevista dal nuovo art. 114 della Costituzione¹².

Alla luce, in effetti, dell'ampia operazione di ortopedia normativa posta in essere dalla legge cost. 3/2001, l'assetto costituzionale contemporaneo, così come tracciato dal nuovo principio per cui «la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato»¹³, di fatto scardina il pregresso principio dell'indiscusso centralismo statale nei rapporti tra enti territoriali¹⁴, e prefigura un sistema di profonda equiordinazione tra Stato, Regioni, Province, Città Metropolitane e Comuni, tale per cui tutti tali enti – ciascuno dei quali, espressamente riconosciuto e garantito dalla Repubblica a norma

12 Per un'esaustiva disamina di quanto si viene brevemente accennando in queste pagine, e per l'analisi più specifica del rapporto tra le intervenute modifiche normative in oggetto e la previgente legislazione, si rinvia alla copiosissima produzione scientifica in materia, limitandosi a segnalare, nell'ampio ventaglio della bibliografia di riferimento, i seguenti contributi: V. Paladin, *Diritto Regionale*, Padova, 1995; F. Pizzetti, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, Milano, 1979; U. Allegretti, *Autonomia regionale e unità nazionale*, in "Le regioni", 1995, p. 9; L. Mazzarolli (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 1995; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007; G. Marchetti, *Le autonomie locali fra Stato e Regioni*, Milano, 2002; B. Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V: Stato, regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002; M. Bertolissi (a cura di), *L'ordinamento degli enti locali: commento al testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001*, Bologna, 2002; T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), *La repubblica delle autonomie: regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2003; L. Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2007; S. Staiano (a cura di), *Le funzioni amministrative nel sistema delle autonomie locali*, Napoli, 2003.

13 Cfr. l'art. 114, comma 1, Cost., così come modificato dall'art. 4 della legge cost. 3/2001.

14 Principio che nella vigenza della pregressa formulazione dell'articolo di cui trattasi trovava consacrazione nell'espressione «lo Stato si riparte (non è costituito) in Regioni, Province e Comuni».

dell'art. 5 Cost., costituisce vivente estrinsecazione dell'unità e indivisibilità della Repubblica di cui al medesimo art. 5 Cost. – posseggono, attualmente, pari dignità, in nome del più convinto principio autonomistico che dialetticamente si fonde con il principio, altrettanto indiscusso, della sovranità dello Stato¹⁵.

Ebbene, si tratta di un'equiordinazione che, dal punto di vista della *ratio* che ne ispira i tratti, nel porre quale primo soggetto pubblico, esponenziale rispetto ai cittadini, il Comune, per poi risalire agli enti territoriali di più ampie dimensioni sino a giungere, all'apice terminale della strutturazione istituzionale, allo Stato, lascia chiaramente intendere come il nuovo sistema pubblicistico italiano delinei la propria struttura costituzionale, posta a presidio del bene pubblico comune, a partire dalla primaria e prioritaria considerazione degli interessi dei cittadini, e non a partire dalla considerazione degli interessi dello Stato-persona pubblica.

Il novellato art. 114 Cost., in altri termini, consente di affermare, ad oggi, non solo che lo Stato senz'altro tende, come è sempre accaduto, alla realizzazione degli interessi dei cittadini, ma anche che la costruzione dell'assetto stesso dello Stato, per la definizione della sua

15 Non si possono sottacere, peraltro, le profonde riflessioni critiche cui ha dato adito, se rapportato al principio dell'indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 della Carta Fondamentale, proprio il principio della fisiologica strutturazione della Repubblica italiana in enti territoriali equiordinati. In tale sede è sufficiente rilevare che un simile snodo concettuale può risultare ammorbido, nella propria portata potenzialmente problematica, ove si consideri che, all'interno dello stesso art. 5 Cost. novellato, tali apparentemente opposti principi già convivono, e che, se è la Repubblica, "una e indivisibile", a "riconoscere e garantire", al proprio interno, le autonomie locali, ciò significa solamente che lo Stato, nel momento stesso in cui mantiene integra la propria granitica ed intangibile unitarietà strutturale, prende atto della necessaria ed ineliminabile compresenza, accanto a sé, e solo ad un livello diverso di vicinanza e raccordo con i cittadini, di dimensioni pubbliche, anche a sé preesistenti, territorialmente più circoscritte. Non a caso, con specifico riferimento ai comuni, «di riconoscimento, più che di istituzione, si parla, poiché i comuni, che sono i più importanti fra gli enti locali, preesistono rispetto allo Stato, la cui storia moderna prende le mosse proprio dalle libertà conquistate dalle città della Penisola durante il Medioevo» (F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 701).

architettura pubblico-costituzionale, muove, per così dire “dal basso”, a partire proprio dai cittadini e, pertanto, dai privati¹⁶.

E tutto ciò, si noti, costituisce un approdo teorico-normativo che si pone assai chiaramente in aperto contrasto rispetto al dogma, cui si accennava poco sopra, dell'impossibilità di attingere alla sfera e alle esigenze proprie del diritto privato per la tessitura del diritto pubblico.

D'altro canto, rimanendo entro la cornice dei nuovi principi di carattere costituzionale, costituiscono un inevitabile corollario del generalissimo nuovo assunto ora ricordato, e sue ulteriori articolazioni operative, e, pertanto, un'evidente conferma della descritta avvenuta elevazione della rilevanza della posizione dei privati cittadini da terminale ultimo dell'azione della mano pubblica a presidio iniziale per la strutturazione del sistema giuridico pubblico e costituzionale, oltre all'abolizione del sistema dei controlli tracciato, sino all'anno 2001, dagli artt. 124, 125 comma 1, e 130 Cost., e oltre al nuovo sistema della finanza locale di cui all'art. 119 Cost., anche i principi costituzionali relativi al nuovo riparto della competenza legislativa tra lo Stato e le Regioni di cui all'art. 117 Cost., e quelli relativi al nuovo assetto delle rispettive competenze amministrative di cui all'art. 118 Cost.

In effetti, anche il venire meno dei rigorosi controlli un tempo previsti nei confronti degli enti territoriali “minori” da parte di quelli ad essi sovraordinati, e, conseguentemente, l'incrementarsi dell'autonomia dei primi, maggiormente capaci, per vicinanza, di “respirare” le esigenze dei privati, rispetto ai secondi¹⁷; il

16 Non vi è più, pertanto, uno Stato rigorosamente pubblico quanto a *ratio* strutturale, in cui la dimensione privatistica emerge solo quale fine ultimo di ogni assetto e azione pubblica, ma, invece, vi è uno Stato che, ponendosi al servizio dei privati, finanche già si struttura a partire da essi e attorno ad essi costruendo un sistema concentrico di enti reciprocamente equiordinati e tutti gradatamente posti al servizio del cittadino.

17 Si ricorda che gli artt. 124, 125 comma 1 e 130 Cost., i quali prevedevano differenti forme e organi di controllo, sia da parte dello Stato nei confronti dell'attività amministrativa delle Regioni, sia da parte di queste ultime nei confronti degli atti degli altri enti locali territorialmente più circoscritti, sono stati infatti espressamente abrogati dall'art. 9 della citata legge cost. 3/2001.

rinforzarsi dell'autonomia finanziaria e, entro i limiti prestabiliti dalla Costituzione, della libertà impositiva in capo agli enti locali¹⁸; il capovolgimento del tradizionale assetto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, tale per cui, a norma del comma 2 dell'art. 117 Cost., è ora attribuita alle Regioni, che sono maggiormente vicine ai cittadini, la potestà legislativa generale e residuale rispetto alle materie attribuite alla competenza legislativa esclusiva dello Stato¹⁹; il principio di sussidia-

18 Al riguardo appare opportuno specificare, pur essendo la problematica del cosiddetto “federalismo fiscale” uno snodo problematico tuttora attualissimo ed ancora *in fieri*, e in quanto tale lontano dalla compiuta definizione dei propri contorni normativi e attuativi, che la riforma costituzionale del 2001 ha introdotto nell'architettura strutturale degli enti territoriali il principio dell'autonomia finanziaria, tanto di entrata quanto di spesa, per ognuno di essi: sia per i Comuni che per le Province, che per le Città Metropolitane che per le Regioni. Tale rinnovato principio manifesta la propria dirompente portata rivoluzionaria ove si pensi che, fino all'entrata in vigore della legge cost. 3/2001, l'autonomia finanziaria delle Regioni (e lo stesso valeva per gli altri enti territoriali locali) era essenzialmente intesa come mera autonomia di spesa, ossia come pura capacità di amministrare in modo autonomo le risorse finanziarie messe eventualmente a disposizione con leggi dello Stato. Attualmente, invece, gli enti territoriali, risultando depositari di un vero e proprio potere di autonomia impositiva tale per cui, a norma del secondo comma dell'art. 119 Cost., essi «hanno risorse autonome» e «stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri», e risultando essi, inoltre, attributari di compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibili al loro territorio, così che il gettito fiscale prelevato da ciascun territorio di riferimento dovrà, secondo il principio della territorialità dell'imposta, rimanere nell'ambito della comunità che lo ha prodotto, sono manifestazione vivente dell'avvenuto abbandono del vecchio principio, di impostazione rigorosamente centralistica, con cui era stabilito che alle Regioni fossero solo “attribuiti” tributi propri. Cfr., per un approfondimento, tra i numerosi contributi in materia: F. M. Mendella, *Riforma fiscale e finanza locale: federalismo e fonti di finanziamento delle Regioni*, Milano, 2005; G. Brosio, M. Maggi, S. Piperno, *Governo e finanza locale: un'introduzione alla teoria e alle istituzioni del federalismo fiscale*, Torino, 2003.

19 È stata abbandonata, dunque, l'impostazione tradizionale secondo la quale lo Stato era il titolare della potestà legislativa generale. Ora, di fatto, il nuovo art. 117 Cost. si limita a prevedere la specifica individuazione delle materie in cui lo Stato ha legislazione esclusiva, e, per sottrazione, smista in capo alle Regioni la potestà legislativa generale nelle materie ad esse residuali. La valorizzazione del ruolo delle Regioni per quanto riguarda il nuovo

rietà previsto dal novellato art. 118 Cost., che, superando il previgente principio del parallelismo tra funzione legislativa e funzione amministrativa regionale²⁰, espressamente attribuisce ai Comuni, ossia agli enti che sono diretta propaggine pubblica delle esigenze giuridiche privatistiche dei cittadini componenti la collettività, la generale titolarità delle funzioni amministrative, salvo il loro conferimento agli enti territoriali di più ampie dimensioni in presenza di esigenze di unitarietà del loro esercizio²¹; anche tutti tali elementi,

assetto delle competenze legislative, d'altro canto, è evidenziata ulteriormente dalla formulazione del primo comma dell'art. 117 Cost., il quale, nel disporre, perentoriamente, che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», di fatto equipara e rende equivalente il valore delle due fonti normative, statale e regionale, così che esse si differenziano davvero, oggi, solo per le differenti materie rispettivamente attribuite dai commi successivi ai due enti di riferimento.

20 Si ricorda che, in virtù di tale principio, antecedentemente alla riforma operata dalla legge cost. 3/2001, alle Regioni spettavano le competenze amministrative solo nelle materie che già fossero oggetto di competenza legislativa secondo la formulazione dell'allora vigente art. 117 Cost.

21 Il principio di sussidiarietà, assurgendo a strumento di riparto delle funzioni amministrative sia tra gli organi di governo incaricati della gestione della cosa pubblica sia tra gli enti pubblici ed i privati cittadini, può essere più specificamente considerato in una duplice accezione, in senso verticale e in senso orizzontale: in senso verticale, e ciò maggiormente interessa il presente contributo, esso esprime la necessità di un intervento suppletivo degli organi di governo superiori solo in caso di incapacità o inadeguatezza, da parte dei livelli più bassi di governo, di raggiungere i risultati minimi prefissati ovvero di garantire una minima adeguata tutela a situazioni e interessi giuridicamente rilevanti dei soggetti privati amministrati; in senso verticale, invece, a norma del comma 4 dell'art. 118 Cost., la sussidiarietà, specificandosi quale sviluppo in senso politico e pubblico di un'enunciazione propria della dottrina sociale della Chiesa, si pone per «significare il carattere sussidiario dell'intervento pubblico rispetto all'iniziativa privata, nel senso che il primo si giustifica solo ove i privati e le associazioni libere non siano in grado di soddisfare efficacemente interessi ed esigenze meritevoli di tutela» (cfr. F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 703). Si tratta, più in generale, di un principio di derivazione comunitaria, enunciato in maniera compiuta a partire dal 1992, anno in cui, in vir-

considerati nel loro complesso oltre che nella propria specificità, e raccordati con il princi-

tù del Trattato di Maastricht, il Trattato CE fu arricchito con l'introduzione del paragrafo 2 dell'art. 5, che così dispone: «Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza, la Comunità interviene, secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati e meglio conseguiti a livello comunitario». Solo parzialmente recepito, per la prima volta, nell'ordinamento giuridico italiano, dalla cosiddetta legislazione Bassanini (si veda, in particolare, l'art. 4, comma 3, della legge 59/1997), il principio di sussidiarietà è successivamente stato addirittura elevato a rango di principio di livello costituzionale ad opera della legge cost. 3/2001, e, a tutt'oggi, rappresenta la più nitida forma di possibile ritaglio e "parto" del pubblico dalla dimensione privatistica delle relazioni umane. In effetti, la sussidiarietà, qualificandosi come «un processo di istituzionalizzazione a gradi dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive a partire dall'autonomia personale di ciascuno, rivelandosi ben più d'un meccanismo burocratico o d'un modello politico» (F. Gentile, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, cit., p. 226), evidenzia come non si possa «sostenere la funzione suppletiva ed ausiliaria, sussidiaria appunto, dell'ente pubblico, della sua azione politica come del suo diritto, sancito mediante la legge espressione della volontà sovrana, se non si riconosce preventivamente che l'ordinamento delle relazioni interpersonali comincia prima e indipendentemente dalla legislazione statale. E quindi se non ci si affida per l'ordinamento, sia esso politico o giuridico od economico, prima che allo stato [...] alle naturali forme di comunità e prima ancora all'autonomia personale di ciascuno» (*Ibidem*, p. 224). Per un ulteriore approfondimento relativo al principio di sussidiarietà, anche dal punto di vista teorico e speculativo, si vedano i seguenti contributi: F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2005; P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; D. D'Alessandro, *Sussidiarietà solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; P. Carrozza, E. Rossi (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: atti del convegno svoltosi a Pisa il 27 e 28 settembre 2002*, Torino, 2004; P. Donati, I. Colozzi (a cura di), *La sussidiarietà: che cos'è e come funziona*, Roma, 2005; E. De Marco, *Problemi attuali della sussidiarietà*, Milano, 2005; L. Grimaldi, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Bari, 2006; G. C. De Martin, *Sussidiarietà e democrazia: esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008; L. Franzese (a cura di), *Il principio di sussidiarietà tra politica e amministrazione: Atti del Convegno, Trieste 18 gennaio 2007*, Consiglio Regionale del Friuli Venezia Giulia, 2009; L. Franzese, *Percorsi della sussidiarietà*, Padova, 2010.

pio dell'equiordinazione tra Stato ed enti territoriali, sono fattori che consentono di poter legittimamente affermare che, nell'attuale dimensione costituzionale della Repubblica Italiana, la sfera pubblica, lungi dall'essere una creatura indipendente, impermeabile, nella propria conformazione, alla considerazione dei privati cittadini e delle loro esigenze giuridiche, è al contrario sagomata, in ogni propria articolazione, sia essa *tout court* strutturale, sia essa fiscale, normativa o amministrativa, proprio a partire da tutto ciò che è fisiologicamente, squisitamente, e giuridicamente, privato.

2.1 LE INCRINATURE DEL PRINCIPIO
DEL PRIMATO DEL DIRITTO PUBBLICO
ALLA LUCE DELLA NUOVA LEGISLAZIONE
ORDINARIA: SU ALCUNI RECENTI PRINCIPI
DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

La propagazione della sfera e delle esigenze privatistiche nelle nervature del tessuto pubblicistico dell'ordinamento italiano, d'altro canto, opera, secondo un effetto a cascata che appare necessariamente consequenziale alla costituzionalizzazione dei principi che si sono descritti e che già nel proprio contenuto esplicitano comunque di per sé tale propagazione, anche al livello della legislazione ordinaria statale.

Soffermando l'attenzione, per ragioni di economia espositiva e di coerenza rispetto alla tematica affrontata dal presente contributo, alla sola normativa amministrativistica²², emerge prepotentemente, innanzitutto, la legislazione sul pubblico impiego, ora raccolta nel D. Lgs. 165/2001, rubricato «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche», in virtù del cui articolato legislativo, adottato in sostituzione, e per il riordino, del D. Lgs. 29/1993 e del D. Lgs. 80/1998²³, appare ormai stabilmente cristallizzato il principio della pressoché totale assimilazione del rapporto di pubblico impiego al lavoro privato. Fatta eccezione, infatti, per pochi profili di specifica specialità, dovuti alla natura pubblica del datore di lavoro, il rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti è di fatto, a norma del comma 2 dell'art. 2 del D. Lgs. 165/2001²⁴, per il tramite anche della contrattazione collettiva, sostanzialmente assoggettato allo stesso regime previsto per i lavoratori privati, posto che «le fonti del rapporto nonché i poteri e le capacità del datore di lavoro sono, infatti, gli stessi»²⁵.

22 È innegabile, infatti, che la legislazione afferente, *latu sensu*, il diritto amministrativo, proprio in quanto finalizzata a scolpire la disciplina della struttura e delle forme dell'operare della pubblica amministrazione, ossia di quella parte dell'apparato strutturale dello Stato che maggiormente coinvolge (anche, ad esempio, rispetto al diritto penale o processuale) i molteplici profili di interferenza tra le esigenze pubbliche e quelle private, si manifesta come la più idonea ad essere posta ad oggetto di analisi al fine di rintracciare, nella normazione ordinaria, la puntuale esplicazione degli assunti che si stanno esponendo.

23 Si ricorda, dal punto di vista storico-cronologico, che con il D. Lgs. 29/1993, recante «Norme in materia di razionalizzazione dell'organizzazione dell'amministrazione e revisione della disciplina del pubblico impiego», fu avviato il primo processo di privatizzazione del pubblico impiego, e che con la cosiddetta "seconda privatizzazione", portata dal D. Lgs. 80/1998, il Legislatore ha operato un completamento della riforma iniziata nel 1993, accelerando la devoluzione del contenzioso di riferimento al giudice ordinario e estendendo la privatizzazione del rapporto di impiego in oggetto anche ai dirigenti generali. Il successivo accavallarsi di sempre più frenetiche e frequenti interpolazioni normative di diverso genere sul tessuto legislativo vigente, unitamente alla sempre più diffusa esigenza di certezza e chiarezza in un settore assai sensibile a causa delle profonde interferenze tra le esigenze di diritto privato dei lavoratori e quelle di diritto pubblico sottese all'erogazione dei servizi di competenza dei dipendenti pubblici, ha imposto, infine, di raccogliere nel decreto legislativo oggi vigente la maggior parte delle disposizioni disciplinanti il rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, disposizioni che, allo stato, vanno integrate con la legge 145/2002 in materia di dirigenza pubblica.

24 Tale norma, infatti, al proprio primo periodo così recita: «I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo».

25 F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 608. Attualmente, pertanto, il rapporto di lavoro delle persone fisiche alle dipendenze dello Stato o di un ente pubblico non economico, caratterizzato dai connotati della volontarietà, della bilateralità, della subordinazione gerarchica e della personalità, non si costituisce più tramite un provvedimento amministrativo unilaterale di nomina cui accedeva, quale condizione di efficacia, la

In secondo luogo, sembra opportuno accennare all'intervenuta riforma del procedimento amministrativo operata, in modo particolarmente rilevante per ciò che concerne la presente analisi, dalla legge 15/2005²⁶: tale legge, introducendo all'interno dell'art. 1 della legge 241/1990 il comma 1 bis²⁷, secondo cui «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente», ha espressamente introdotto, nell'ambito della disciplina, tradizionalmente eminentemente pubblicistica, dell'*iter* che conduce all'adozione di un provvedimento amministrativo non autoritativo, il principio dell'eventuale mutazione, nei casi stabiliti, della normativa di origine privatistica. Attualmente, pertanto, l'*agere* della pubblica amministrazione, il quale, in ragione sia della

manifestazione di volontà del soggetto interessato all'accettazione della nomina stessa, bensì tramite la stipula di un contratto individuale di lavoro, disciplinato prevalentemente dalle norme di diritto privato, da cui derivano, per entrambe le parti coinvolte, diritti e obblighi reciproci. Per tale via, in virtù di tale quasi totale equiparazione, risulta così definitivamente superata la forte connotazione pubblicistica che in passato, quando ancora era fondato sull'unilateralità della disciplina, sull'assenza di qualsiasi forma di contrattazione collettiva, e sulla natura autoritativa delle maggior parte degli atti di gestione, caratterizzava il rapporto di pubblico impiego.

26 Per una disamina più generale, e più approfondita, in ordine alle ripercussioni che la legge sul procedimento amministrativo del 1990 ha subito a seguito delle riforme poste in essere dalla legge 15/2005, dalla legge 80/2005 e, recentissimamente, dalla legge 69/2009, si rinvia a: F. Caringella, G. De Carolis, G. De Marzo (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Milano, 2005; C. Biondi, M. Moscara, A. Ricciardi, *La riforma del procedimento amministrativo dopo la legge di modifica 11 febbraio 2005, n. 15*, San'Arcangelo di Romagna, 2005; G. Clemente di San Luca, *La nuova disciplina dell'attività legislativa dopo la riforma della legge sul procedimento: atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005*, Torino, 2005; L. R. Perfetti, *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008; A. Liberati, *Il procedimento amministrativo*, Padova, 2008; R. Garofoli, *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo: commento organico alla legge 18 giugno 2009, n. 69*, Roma, 2009; P. M. Vipiana, *Il procedimento amministrativo nella legge n. 241 del 1990 riformata dalla legge n. 69 del 2009*, Padova, 2010.

27 Si veda l'art. 1., lett. b), della legge 15/2005.

logica ispiratrice che dei correlativi principi generali della legge sul procedimento amministrativo, si snoda comunque sempre secondo le linee di una rigorosa *ratio* garantista nei confronti dei privati che siano i soggetti destinatari o comunque coinvolti dal provvedimento finale²⁸, appare ulteriormente rinforzato, nella propria tendenza a realizzare un sempre più forte avvicinamento tra il percorso pubblico di formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione e la sua incidenza finale sulle posizioni dei privati cittadini da essa interessati, dall'esplicito riferimento alla

28 Si ricorda, al riguardo, che fino all'entrata in vigore della legge 241/1990 il sistema giuridico italiano era privo di una normativa generale sul procedimento amministrativo, e che, a causa anche di tale grave lacuna di disciplina, l'agire della pubblica amministrazione si presentava potenzialmente idoneo a degenerare, in assenza di rigorosi limiti predeterminati, in arbitrio. Solo a partire dal 1990, dunque, è stata introdotta nel nostro paese una disciplina organica di principio, atta a definire i criteri essenziali ai quali la P.A. deve rimanere ancorata nell'esplicazione della propria azione, che, mirando a realizzare un equo temperamento degli interessi sia pubblici che privati coinvolti nell'*agere* amministrativo, si articola in numerosi principi generali, applicabili ad ogni tipologia di procedimento amministrativo, e tutti egualmente indirizzati a tutelare e garantire il ruolo e la posizione anche partecipativa dei privati: emergono, in proposito, i genericissimi criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza cumulativamente elencati al primo comma dell'art. 1 della legge 241/1990, nonché le loro più puntuali articolazioni, consistenti, tra le tante, nel divieto di aggravamento del procedimento amministrativo se non per motivate e straordinarie esigenze di natura istruttoria di cui al comma 1 ter del medesimo articolo; nell'obbligo di conclusione del procedimento amministrativo tramite l'adozione di un provvedimento espresso di cui all'art. 2 della legge in oggetto; nell'obbligo di motivazione di ogni provvedimento finale sancito dall'art. 3; nell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento di cui all'art. 7; nella facoltà di intervento concessa ai privati dall'art. 8; nella comunicazione del cosiddetto preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis; negli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento di cui all'art. 11; negli specifici moduli di semplificazione procedimentale di cui agli artt. 14 e sgg.; nella disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 22 e sgg. Si tratta di strumenti che, tutti tecnicamente volti ad incrementare, con riferimento alle specifiche sequenze procedurali di riferimento, la tutela dei privati, soprattutto nella sua dimensione partecipativa, consentono anche, e forse soprattutto, l'attuazione ed il rispetto dei principi generali di legalità, buon andamento, ragionevolezza e imparzialità (si veda l'art. 97 Cost.) informanti, in senso ampio, l'intera attività amministrativa.

facoltà, per la P.A., di ricorrere, in alternativa rispetto all'adozione di meri atti di imperio, agli strumenti e alla normativa di diritto privato²⁹.

Anche per tale via, dunque, nonché alla luce della disciplina dei numerosi altri istituti, propri degli specifici settori in cui la pubblica amministrazione opera coinvolgendo gli interessi ed i diritti dei privati, che risultano applicativi dei ricordati principi, garantisti verso i privati stessi, portati dalla legge 241/1990, e tra cui è opportuno citare l'ambito della contrattualistica e degli appalti pubblici³⁰, si attenua sensibilmente, ancora una

29 Il comma 1 bis dell'art. 1 della legge 241/1990, in altri termini, consacrato nell'attuale formulazione a seguito di un iter legislativo particolarmente travagliato, scolpisce anche a livello normativo il principio, un tempo di sola fonte pretoria, «dell'accesso della P.A. agli strumenti privatistici come alternativa generale all'esercizio del potere; viene, dunque, riconosciuta alla P.A. la facoltà di curare l'interesse pubblico instaurando rapporti di carattere privatistico con i soggetti interessati in alternativa all'utilizzo dello strumento procedimentale e del provvedimento unilaterale» (F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1271). Peraltro, sottolinea e puntualizza acutamente l'Autore, «la disposizione in esame [...] non sancisce la doverosità o la prevalenza del diritto privato, ma al più esprime una non vincolante preferenza per strumenti meno invasivi della sfera giuridica altrui. La P.A. agisce secondo il diritto privato laddove non creda di ricorrere all'esercizio del potere autoritativo; essa non ha l'obbligo di agire secondo il diritto privato, ma ne ha la facoltà, laddove lo ritenga opportuno» (*Ibidem*). Si veda, sul tema, anche T.A.R. Lazio, Sez. II ter, sent. 1654/2006, che conferma, anche a livello giurisprudenziale, l'assunto secondo cui, ad oggi, la centralità del potere imperativo della P.A. viene superata dal riconoscimento di un'alternativa tra *modus* autoritativo e *modus* paritetico dell'agire amministrativo: «l'atto autoritativo non è più il solo strumento della cura di interessi pubblici, essenziale è il fine pubblico, fungibili sono gli strumenti attraverso cui perseguirlo (il fine pubblico può essere perseguito anche attraverso la diretta negoziazione del contenuto del provvedimento finale). Il diritto privato assunto dalla sfera pubblica si rivela in sé neutro strumento organizzatorio (si pensi al fenomeno delle società miste) o modulo convenzionale o pattizio dell'agire amministrativo utilizzabile, nei casi previsti dalla legge ed entro i limiti di meritevolezza dell'art. 1322 c.c.».

30 Al riguardo si osserva brevemente che il D. Lgs. 163/2006, rubricato «Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture», all'art. 2, comma 4, espressamente prevede, mutuando, in un settore sensibilissimo come quello degli appalti, gli approdi concettuali e di principio della legge 241/1990, che «per quanto non espressamen-

te previsto nel presente codice, l'attività contrattuale» delle pubbliche amministrazioni «si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite nel codice civile». Si pensi, d'altronde, anche al modulo di semplificazione procedimentale che prende il nome di «dichiarazione di inizio attività»: previsto dall'art. 19 della legge 241/1990, esso consiste, in sostanza, nella possibilità, che viene concessa, entro determinati limiti prestabiliti, al privato che intenda esercitare un'attività necessitante di un preliminare atto latamente – e tecnicamente – autorizzatorio della P.A. che lo legittimi, di sostituire al provvedimento amministrativo una dichiarazione, rigorosamente privata in quanto proveniente proprio dal soggetto interessato, successivamente alla quale egli potrà legittimamente iniziare, sempre in assenza del provvedimento amministrativo astrattamente previsto, l'attività medesima. Si tratta, a ben vedere, di una delle più radicali forme possibili di avvicinamento tra il pubblico e il privato, posto che, in presenza di tale istituto giuridico, non avviene solo un contemperamento equiordinato di opposti interessi, bensì una vera e propria sostituzione del privato al pubblico: non più, cioè, un atto amministrativo, ma, in sua radicale alternativa, una mera dichiarazione privata. Si riporta di seguito il testo dei primi due commi dell'art. 19 della citata legge: «1. Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, con la sola esclusione degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, alla amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, alla tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell'ambiente, nonché degli atti imposti dalla normativa comunitaria, è sostituito da una dichiarazione dell'interessato corredata, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste. L'amministrazione competente può richiedere informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità soltanto qualora non siano attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non siano direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni.

2. L'attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente. Contestualmente all'inizio dell'attività, l'interessato ne dà comunicazione all'amministrazione competente. Nel caso in cui la dichiarazione di inizio attività abbia ad oggetto l'esercizio di attività di impianti produttivi di beni

volta, la portata apparentemente assoluta del principio del primato del diritto pubblico da cui il presente contributo ha preso le mosse. Ancora una volta, dunque, si evidenzia, non solo nel tronco costituzionale ma anche nelle nervature normative ordinarie inerenti i caratteri della strutturazione e dell'azione pubbliche, la sussistenza di un costante riferimento trasversale a ciò che, giuridicamente, è privato.

3. IL PARZIALE RITORNO AL PRIMATO DEL DIRITTO PUBBLICO

Il perenne gioco dinamico che sempre ricorda, secondo il binomio regola-eccezione, assecondando il mutevole e caotico fluire del magma delle relazioni sociali, i principi e le norme giuridiche³¹, peraltro, impone di appro-

e di servizi e di prestazione di servizi di cui alla direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, compresi gli atti che dispongono l'iscrizione in albi o ruoli o registri ad efficacia abilitante o comunque a tale fine eventualmente richiesta, l'attività può essere iniziata dalla data della presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente».

31 Tale raccordo dinamico tra principi giuridici e norme giuridiche, si noti, costituisce fisiologica applicazione, in ambito giuridico, di quelli che costituiscono i cardini attorno i quali gravita lo statuto strutturale della prospettiva filosofica della conoscenza. Anche la perenne problematicità dell'esperienza giuridica, infatti, non può non tradursi nella necessità di una sua analisi costantemente critica, da effettuarsi, sia pure nella consapevolezza del fatto che essa si trova affondata nel magma del tecnicismo che la caratterizza, secondo i dettami propri del sapere filosofico classico, che sono perfettamente delineati dalla metafora del fiume ricordata a più riprese da Francesco Gentile: si veda, in proposito, F. Gentile, *Filosofia del diritto. Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, 2006, p. 197: «nella prospettiva filosofica [...] la conoscenza è sempre stata rappresentata dalla metafora del nuotare nella corrente di un fiume, dove il problema è quello di rimettere in ogni momento in discussione la propria posizione e la propria postura al cambio dei flutti e delle correnti, per non andare a fondo. Questa è un'immagine formidabile: all'interno di un fiume si è all'interno del tutto che fluisce, perché il fiume è il tutto, e bisogna stare in un assetto sempre in divenire, per non essere travolti, ed andare invece con il tutto. La filosofia è proprio questo, osservare le cose con una prospettiva filosofica significa proprio questo, significa cioè riuscire a guardare ogni cosa a partire dal tutto, perché ogni cosa ha senso solo nella totalità».

fondire ulteriormente gli approdi concettuali che sino ad ora sono emersi, per consentire di cogliere, dal loro stesso interno, e sempre ponendo quale parametro di riferimento la legislazione da cui essi sono stati estrapolati, altri approdi concettuali, con i primi apparentemente incompatibili, e tali da indurre, ad un tempo, sia a riconsiderare – parzialmente – in positivo la valenza dell'assunto del primato del diritto pubblico sul privato da cui la presente analisi è iniziata, e che i risultati sino ad ora conseguiti sembrerebbero invece avere scalfito, sia a mantenere integra, dialetticamente, la validità delle conclusioni, opposte, sino ad ora tracciate.

È sufficiente, in effetti, approfondire la disamina delle disposizioni che sono state analizzate, per rendersi conto di come esse, nel momento stesso in cui permettono di affermare la possibilità di ritagliare la sfera del pubblico dalla sfera del privato, frappongano a tale possibilità dei controlimiti idonei a riconsiderarne in senso critico la portata e a consentire di potere operare un – parziale – ritorno al concetto del primato del diritto pubblico.

Si pensi, procedendo in senso inverso rispetto a quanto si è compiuto nelle righe che precedono, ossia procedendo dall'analisi della legislazione ordinaria a quella costituzionale, alla complessa normativa che, in materia di appalti e di contratti pubblici, presiede il delicato, ed eminentemente pubblico, momento della scelta del contraente privato; oppure, per quanto riguarda la dichiarazione di inizio attività, al potere di autotutela che il comma 3 dell'art. 19 della legge 241/1990 concede alla pubblica amministrazione. Si tratta, chiaramente, di disposizioni che, pur inserite in un ampio bacino di principi funzionali alla garanzia della posizione dei privati a fronte dell'agere pubblico, nel momento in cui, rispettivamente, lasciano alla P.A. la scelta ultima, latamente discrezionale, del contraente o del sistema per la sua selezione³², e consentono alla P.A. di sovrapporre

32 Tale scelta può avvenire, a norma degli artt. 54 e 55 del D. Lgs. 163/2006, attraverso quattro differenti sistemi: le procedure aperte, quelle ristrette, quelle negoziate, e il dialogo competitivo. Mentre le prime sono strutturate in maniera tale per cui qualsiasi operatore economico interessato ha il diritto di partecipare alla gara presen-

unilateralmente e autoritativamente le proprie scelte alle pregresse e legittime opzioni dei privati, ponendo nel nulla e così vanificando lo scopo e l'operatività della (di origine privata) dichiarazione di inizio attività³³,

tando una propria offerta, le seconde consentono invece la partecipazione alla gara solo degli operatori espressamente invitati dalle stazioni appaltanti. La procedura negoziata, poi, consente alla stazione appaltante di consultare direttamente gli operatori economici dalla stessa scelti per negoziare le relative condizioni contrattuali. Quanto al dialogo competitivo, esso «consente alla stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi e sussistendo i presupposti normativamente previsti, di avviare un dialogo con gli operatori economici al fine di elaborare una o più soluzioni, sulla base delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte» (F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1293). Ora, posto che il principio generale sancito dall'art. 54 del Codice dei contratti pubblici è quello per cui, di regola, si deve ricorrere alle procedure aperte e ristrette, costituendo invece l'impiego delle procedure negoziate e del dialogo competitivo un'eccezione da limitarsi ai casi e alle condizioni legislativamente predeterminate, l'art. 55 del Codice in oggetto, nello stabilire che la scelta tra la procedura aperta o quella ristretta debba risultare nel decreto o nella determina a contrarre, di fatto lascia alla discrezionalità della stazione pubblica appaltante l'opzione tra l'una e l'altra. È pertanto evidente come, alla luce della differenza strutturale delle due procedure, l'una, quella aperta, maggiormente espressiva di una democratizzazione del rapporto pubblico-privato, l'altra, quella ristretta, maggiormente ancorata al paradigma della necessità che le esigenze pubbliche debbano essere tutelate anche a fronte della restrizione delle possibilità, per i privati, di interagire con la P.A., la valutazione di equipollenza operata dal legislatore, e la conseguente libera discrezionalità, per la pubblica amministrazione, di decidere quale opzione procedurale impiegare, si traducano in una compressione, pubblicistica, dello strumento contrattuale, privatistico, che, in maniera apparentemente paradossale, assurge a strumento indispensabile per rendere operativo il principio del riavvicinamento tra la sfera pubblica e la dimensione privata degli interessi che intessono l'esperienza giuridica.

33 Per comprendere quanto si viene affermando appare opportuno riportare il comma 3 dell'art. 19 della legge 241/1990, che così dispone: «L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti, nel termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 2, o, nei casi di cui all'ultimo periodo del medesimo comma 2, nel termine di trenta giorni dalla data della presentazione della dichiarazione, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possi-

di fatto fanno riemergere, vigorosamente, la forza e la priorità delle esigenze di diritto pubblico su quelle di diritto privato dei consociati amministrati.

Si pensi, ancora, alla disciplina del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il quale, per quanto sia, nella propria *ratio* strutturale generale, ispirato ai principi della contrattualizzazione e dell'assimilazione ai rapporti di lavoro di diritto privato, «in guisa da mettere in risalto che di pubblico rimane solo il soggetto datore non più il

bile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni. E fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies. Nei casi in cui la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, il termine per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti sono sospesi, fino all'acquisizione dei pareri, fino a un massimo di trenta giorni, scaduti i quali l'amministrazione può adottare i propri provvedimenti indipendentemente dall'acquisizione del parere. Della sospensione è data comunicazione all'interessato». Il potere di autotutela, riservato alla P.A. dalla norma indicata, in relazione alla dichiarazione di inizio attività formulata dai privati, è da ricondursi al principio generale secondo cui, a fronte di sopravvenute o rivalutate esigenze pubbliche, altre rispetto a quelle private, la pubblica amministrazione può, per l'appunto in via di autotutela, «farsi ragione da sé» (naturalmente secondo diritto), per le vie amministrative» (cfr. F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1180, e il relativo riferimento a F. Benvenuti, voce *Autotutela* (*dir. amm.*), in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 537), sia esercitando il potere di dare esecuzione coattiva ai propri provvedimenti, sia esercitando il potere di riesaminare tanto i propri atti quanto quelli privati afferenti la sfera pubblica degli interessi da amministrare. Si spiega pertanto, in una simile prospettiva e in una simile cornice concettuale, come la dichiarazione di inizio attività, che secondo parte della dottrina e della giurisprudenza non si configurerebbe dunque come un mero atto privato, ma, invece, come un vero e proprio atto amministrativo solo caratterizzato dal proprio peculiare iter formativo, coinvolgente direttamente la manifestazione di volontà e la dichiarazione dei privati, possa essere posta nel nulla, secondo un profondo *revirement* discrezionale di origine prettamente pubblica, per il tramite dell'adozione di un provvedimento amministrativo di revoca ex art. 21 *quinquies* della legge 241/1990, ovvero per il tramite dello strumento, parimenti pubblico e discrezionale, dell'annullamento d'ufficio previsto dall'art. 21 *nonies* della medesima legge.

regime del rapporto di lavoro»³⁴, pur tuttavia non è ancora da considerarsi totalmente equiparato ad essi: la sola considerazione, in effetti, del fatto che per alcune categorie di pubblici dipendenti, a causa del peculiare rilievo attribuito dal legislatore alle funzioni dagli stessi svolte, il rapporto di lavoro rimanga assoggettato alla disciplina dei precedenti rispettivi ordinamenti, mantenendone pertanto tuttora integro l'impianto autoritativo e l'assetto pubblicistico, implica che anche nel campo del rapporto di pubblico impiego sia rintracciabile la presenza – residuale ma costante – di esigenze di diritto pubblico che risultano essere prevalenti su quelle di diritto privato valorizzate dalla riforma operata dal D. Lgs. 165/2001³⁵.

34 F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 608.

35 Si rinvia, per la lettura articolata delle specifiche categorie professionali, tassativamente elencate, il cui rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. rimane ancorato alla pregressa disciplina di matrice pubblicistica, all'art. 3 del D. Lgs. 165/2001, che, rubricato «personale in regime di diritto pubblico», così dispone:

«1. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e le Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, n. 287.

1-bis. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, il rapporto di impiego del personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, esclusi il personale volontario previsto dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 2 novembre 2000, n. 362, e il personale volontario di leva, è disciplinato in regime di diritto pubblico secondo autonome disposizioni ordinamentali.

1-ter. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, il personale della carriera dirigenziale penitenziaria è disciplinato dal rispettivo ordinamento.

2. Il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari resta disciplinato dalle disposizioni rispettivamente vigenti, in attesa della specifica disciplina che la regoli in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria di cui all'articolo 33 della Costituzione ed agli articoli 6 e seguenti della legge 9 maggio 1989, n. 168, e successive modificazioni ed integrazioni, tenuto conto dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421».

Le medesime conclusioni, peraltro, si manifestano evidenti anche nel momento in cui si riconsiderino i principi di natura costituzionale, affrontati nelle pagine precedenti, posti a presidio della strutturazione dello Stato.

Da un lato, infatti, la rilettura critica dell'art. 117 della Costituzione permette di constatare, per quanto riguarda la disciplina del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, che, pur mantenendo la propria attuale forza il nuovo assetto che valorizza la produzione legislativa generale residuale delle Regioni, le tipologie di materie oggi assegnate in via esclusiva alla disciplina normativa statale sono di tale rilevanza ed ampiezza, quanto a numero e ad interesse pubblico nazionale, da non potersi certamente affermare che il riavvicinamento ai cittadini della funzione legislativa, operato per il tramite del rafforzamento, in tale ambito, della Regione, quale ente maggiormente vicino ai privati, sia tale da porre nel nulla la pregnante presenza, tuttora persistente, della sfera pubblica³⁶.

36 In effetti la competenza legislativa statale esclusiva permane per quelle materie, tassative – tra esse spiccano la difesa, la politica estera, la giustizia, la sicurezza interna – ma importantissime, con riferimento alle quali, stante la loro radicata connessione al concetto classico di sovranità, la Costituzione ravvisa la sussistenza di un interesse nazionale necessitante la riconduzione in capo allo Stato unitario della relativa potestà legislativa. La rilevanza di tali materie ancora riservate allo Stato, pertanto, inevitabilmente attutisce la portata riduzionistica della tassatività della relativa elencazione, e visibilmente attenua, per quanto in maniera parziale, la rilevanza del principio della residuale potestà legislativa regionale. Per un elenco dettagliato di tutte le materie affidate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato si veda il testo dell'art. 117 comma 2 Cost., che così recita: « Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; b) immigrazione; c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose; d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi; e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie; f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo; g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali; h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale; i) citta-

Dall'altro lato, inoltre, la clausola di salvezza prevista dal primo periodo dell'art. 118 della Costituzione, secondo cui le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni «salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato», implica che, ad oggi, nel momento stesso in viene sancito, in nome del principio di sussidiarietà, lo spostamento "a partire dal basso" della titolarità delle funzioni amministrative, a partire cioè dalle posizioni e dagli interessi dei privati cittadini, per poi eventualmente risalire, in via residuale, dai cittadini agli enti locali ad essi più vicini sino allo Stato, «se è vero che destinatario di tutte le attribuzioni è principalmente il Comune [...], è però ugualmente ammissibile che le funzioni che richiedono un esercizio unitario a livello sovra comunale, sia esso provinciale, regionale o statale, siano devolute ai livelli di governo superiori»³⁷, palesandosi così l'incontrovertibile possibilità del "rientro", da parte della sfera pubblicistica, a fronte di esigenze di pubblica unitarietà nazionale, in un ambito – la titolarità, per l'appunto, delle funzioni amministrative – che la novella costituzionale del 2001 ha inteso fortemente ravvicinare ai privati cittadini³⁸.

dinanza, stato civile e anagrafi; l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa; m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; n) norme generali sull'istruzione; o) previdenza sociale; p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane; q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale; r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno; s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali».

37 F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 706.

38 Tale assunto è talmente rilevante, nella propria capacità di revocare in dubbio la drasticità innovatrice del recente principio di sussidiarietà, che, con Caringella, si potrebbe essere indotti ad affermare che, in applicazione dei principi di differenziazione e adeguatezza, entrambi previsti proprio dall'art. 118 Cost., destinati a convivere con esso e ad influenzarne la portata, «la regola espressa dal nuovo art. 118» possa addirittura giungere ad «essere ribaltata qualora per la migliore allocazione delle funzioni sia preferibile un livello di governo superiore: in tale evenienza, il Comune vedrà ridursi gli

Per quanto riguarda, infine, giungendo così a completare il percorso a ritroso che si sta brevemente compiendo³⁹, il generalissimo principio costituzionale dell'equiordinazione, a partire dal basso, tra i diversi livelli di governo territoriale, solennemente sancito dall'art. 114 della Carta Fondamentale, è necessario rilevare come la giurisprudenza costituzionale ne abbia fornito una chiave interpretativa che, riducendone gli slanci astrattamente destrutturanti i capisaldi tradizionalmente giupubblicistici del nostro impianto

ambiti di competenza con la devoluzione delle funzioni amministrative ai livelli più alti» (Cfr. F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 708).

39 Altri sintomi, d'altro canto, della riemersione del primato del diritto pubblico dall'interno stesso dei principi normativi che statuiscono la rilevanza della dimensione privatistica nella concezione strutturale ed operativa dello Stato, sarebbero rinvenibili anche altrove rispetto a quanto sino ad ora evidenziato. Si consideri infatti, ad esempio la tematica dei controlli: se è vero, al riguardo, come si è accennato nelle pagine precedenti, che la riforma costituzionale del 2001 ha disposto l'abrogazione del complesso sistema dei controlli previsto dagli artt. 124, 125 comma 1, 127 e 130 Cost., sentenziando la scomparsa sia del controllo statale di legittimità sugli atti amministrativi della Regione, sia del controllo statale preventivo sulle leggi regionali (ora sostituito dal controllo successivo di cui al nuovo art. 127 comma 1 Cost.), sia dei controlli della Regione sugli atti degli enti locali, è altrettanto indubbio, tuttavia, che tale scomparsa, «benché imposta dalla necessità di separare maggiormente quelli che oramai sono diversi e tra loro autonomi livelli di governo, non va intesa come l'eliminazione di ogni forma di dovuta garanzia posta a presidio sia delle esigenze della collettività locali che a tutela dell'unità della Repubblica. In tale ottica, quindi, va letto il rafforzamento dei, pur limitati, poteri di intervento sostitutivo del Governo nei confronti degli altri livelli territoriali, previsto dal rinnovato art. 120, comma 2, Cost.» (F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 721). Il testo del citato art. 120, comma 2, della Costituzione, così come modificato dalla legge cost. 3/2001, è il seguente: «Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione».

costituzionale, e sottolineando l'imprescindibilità della presenza dello Stato quale pilastro fondante, vero e proprio magnetite istituzionale, per la vita stessa della Repubblica, di fatto sancisce il principio per cui, rimanendo inderogabile la presenza del pubblico quale fondamento per la società civile, il possibile ritaglio del pubblico dalla dimensione del privato non può essere, necessariamente, che relativo e parziale.

A fronte, infatti, del pericolo di anarchia istituzionale e di disgregazione del concetto di unitarietà dell'ordinamento insito nel principio di cui al novellato art. 114 Cost., la giurisprudenza costituzionale ha avvertito la necessità di segnalare come si debba, pena lo sfacelo dell'architettura costituzionale italiana, continuare a riconoscere in capo allo Stato il compito, pubblico oltre ogni possibile incrinatura, di garantire il pieno soddisfacimento delle istanze unitarie previste dalla Costituzione. Le parole della Corte Costituzionale, al riguardo, sono chiarissime ed esemplari: «nel nuovo assetto costituzionale scaturito dalla riforma, allo Stato [è] pur sempre riservata, nell'ordinamento generale della Repubblica, una posizione peculiare desumibile non solo dalla proclamazione di principio di cui all'art. 5 della Costituzione, ma anche dalla ripetuta evocazione di un'istanza unitaria, manifestata dal richiamo al rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come limiti di tutte le potestà legislative (art. 117 Cost., comma 1) e dal riconoscimento dell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso (art. 120 Cost., comma 2). E tale istanza postula necessariamente che nel sistema esista un soggetto – lo Stato, appunto – avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento. Lo stesso art. 114 della Costituzione non comporta affatto una totale equiparazione fra gli enti in esso indicati, che dispongono di poteri profondamente diversi tra loro: basti considerare che solo allo Stato spetta il potere di revisione costituzionale e che i Comuni, le Città metropolitane e le Province (diverse da quelle autonome) non hanno potestà legislativa»⁴⁰.

⁴⁰ Cfr. Corte Cost., sentenza 274/2003. Ma si veda anche Corte Cost., sentenza 43/2004, in cui il Giudice delle

Anche simili approdi giurisprudenziali, dunque, nel fornire la descritta chiave di lettura dell'art. 114 Cost. e della complessiva riforma costituzionale del 2001, si rivelano, ove considerati unitariamente rispetto agli altri rilievi appena effettuati, essere chiara espressione del principio per il quale, pur essendo l'interesse pubblico (e il diritto pubblico) funzionale alla salvaguardia delle posizioni e degli interessi (e dei diritti) dei privati, il diritto pubblico stesso, anche se "intriso" di essi e dei loro principi", deve da essi tuttavia sempre parzialmente trascendere, e autonomamente porsi ed imporsi, talvolta anche *sui* e *contro* i privati, pena la disgregazione della società fondata sullo Stato.

4. CONCLUSIONE: LA RELAZIONE DIALETTICA TRA PUBBLICO E PRIVATO COME CHIAVE DI LETTURA PER CERCARE UN EQUILIBRIO CONCETTUALE

All'esito della disamina che si è fin qui effettuata è possibile dunque evincere, da un lato, che ciò che è giuridicamente "pubblico" non può, *ex se*, strutturarsi e "creare" *ex nihilo*, autonomamente, ciò che è giuridicamente pri-

leggi, confermando quanto già sostenuto l'anno precedente, con riferimento specifico al potere sostitutivo del Governo previsto dall'art. 120, comma 2, Cost., sottolinea come tale norma risponda alla «preoccupazione di assicurare comunque, in un sistema di più largo decentramento di funzioni quale quello delineato dalla riforma, la possibilità di tutelare, anche al di là degli specifici ambiti delle materie coinvolte e del riparto costituzionale delle attribuzioni amministrative, taluni interessi essenziali – il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari, la salvaguardia dell'incolumità e della sicurezza pubblica, la tutela in tutto il territorio nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali – che il sistema costituzionale attribuisce alla responsabilità dello Stato (cfr. infatti l'articolo 117, quinto comma, ultimo inciso, della Costituzione, per gli obblighi internazionali e comunitari; l'articolo 117, secondo comma, lettere h e m, rispettivamente per l'ordine e la sicurezza pubblica e per i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali). Quanto all'"unità giuridica" e all'"unità economica", quale che ne sia il significato (che qui non occorre indagare), si tratta all'evidenza del richiamo ad interessi "naturalmente" facenti capo allo Stato, come ultimo responsabile del mantenimento della unità e indivisibilità della Repubblica garantita dall'articolo 5 della Costituzione».

vato, poiché parte di esso è ritagliabile proprio a partire dal “privato”; dall’altro lato, che ciò che è giuridicamente “privato” non può, *tout court*, ritagliare *ex se* ciò che è “pubblico”, poiché quest’ultimo comunque vive e si plasma, in funzione degli interessi privati, in maniera parzialmente e necessariamente indipendente da esso, pur perseguendone gli interessi e i fini.

Appare inevitabile, pertanto, alla luce della presa d’atto di tali continue, reciproche e fisiologiche interferenze, individuate sia a livello costituzionale-strutturale sia a livello più specificamente concreto e operativo, tra diritto pubblico e diritto privato, dover riconsiderare criticamente il principio della possibilità di ritagliare *tout court* il diritto pubblico dal diritto privato, e, non potendo d’altro canto fare drasticamente ritorno al principio, incorporante l’intera giuridicità nel solo diritto pubblico e nella sola dimensione pubblica, da cui il presente contributo ha preso le mosse, doversi interrogare sulle ragioni, e sulle possibilità di fornire una giustificazione teorica, della necessaria, insopprimibile compresenza di “pubblico” e “privato”, cui si è approdati.

Il tentativo di fornire una risposta, per quanto, ovviamente, tutt’altro che risolutiva, alla questione prospettata, ricucendo in maniera obiettiva e costruttiva il rapporto di lacerante condivisione sussistente, come si è visto, tra la sfera pubblicistica e la sfera privatistica dell’esperienza giuridica, può essere compiuto richiamando, con riferimento alla tematica oggetto del presente studio, il pensiero, risalente a qualche decennio fa, ma tuttora attualissimo, di Salvatore Pugliatti, noto giuscivile siciliano⁴¹,

41 Nato a Messina nel 1903 e morto a Ragusa nel 1976, personalità poliedrica, complessa, culturalmente vorace ed insaziabile, capace di spaziare abilmente dal diritto civile alla letteratura in generale, dalla poesia alla critica musicale, Salvatore Pugliatti può legittimamente essere annoverato, per ciò che concerne la letteratura giuridica, tra i massimi esponenti della dottrina giuscivile del suo tempo. Autore di una produzione giuridico-scientifica dalle dimensioni ragguardevoli e dall’altrettanto notevole ampiezza tipologica, il giurista messinese, il cui pensiero si manifesta tuttora attualissimo, nell’ambito della dottrina giuscivile, soprattutto per la lucidità con cui, sempre attento al nuovo respirare della storia, egli ha saputo riformulare, secondo i principi della

fondatore della Scuola di diritto privato di Messina⁴², il quale si è impegnato ripetuta-

modernità post bellica e secondo i principi del codice civile del 1942, prima, e della Costituzione, poi, il concetto di proprietà, si ricorda, in modo particolare, per le seguenti opere: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935; *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1935; *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943; *I fatti giuridici* (in collaborazione con A. Falzea), Milano, 1945; *Diritto civile. Metodo - Teoria - Pratica*, Milano, 1951 (in cui l’Autore ha raccolto numerosi saggi sia di diritto civile puro sia di filosofia del diritto sia di metodo giuridico - fra cui quelli specificamente dedicati alla nota “polemica sui concetti giuridici”, per la quale vedasi N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004 - altrove già pubblicati negli anni precedenti); *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu e F. Messineo), Milano, 1957; *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961; *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965 (si tratta di una raccolta che accorpa i precedenti numerosi scritti pugliattiani in tema di rappresentanza); *Grammatica e diritto*, Milano, 1978 (silloge, postuma, degli scritti maggiormente teorici di Pugliatti, nonché di qualche contributo inedito); *La trascrizione. L’organizzazione e l’attuazione della pubblicità patrimoniale*, in G. Giacobbe e M. E. La Torre (a cura di) *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1989. Per la completa, accurata ed esaustiva rassegna bio-bibliografica di Salvatore Pugliatti, relativa tanto ai suoi contributi di natura giuridica quanto a quelli di natura letteraria e musicale, si veda, inoltre, L. Ferlazzo Natoli, *Letteratura e diritto. Scritti su Salvatore Pugliatti*, Milano, 2002, pp. 125-141.

42 Docente universitario, per l’intero arco della propria lunga carriera, presso l’Ateneo di Messina, e profondamente appassionato alla realizzazione di un’opera di continua valorizzazione, sotto tutti i possibili molteplici punti di vista, della propria terra natale, Pugliatti ha promosso e guidato, in effetti, tra le mura accademiche, ma non solo, una vera e propria scuola di pensiero e di metodo sia giuridico che di più ampio respiro. La comprensione della rilevanza che per la cultura giuridica siciliana e italiana ha rivestito tale scuola deve necessariamente passare attraverso le efficacissime parole di Natalino Irti, che nel volume *Scuole e figura del diritto civile*, Milano, 2002, pp. 383-385, affrontandone la descrizione dei caratteri così scrive: «Scuola, che non è soltanto il dialogo con altre generazioni di discendenti, ma pure la scuola di Messina. [...] Una cerchia di studiosi, la quale dal tronco del diritto civile si era già svolta in altri rami, ed aveva, e più largamente avrà negli anni successivi, una sua filosofia, un metodo di ricerca, una peculiare ed inconfondibile filosofia. Libri di diritto privato e di diritto pubblico rivelano, già al lettore di qualche pagina, lo stile della scuola, la connessione delle indagini, il vicendevole sostegno delle teorie. [...] Questo stile, che segna le opere e ci consente di ricondurle al ceppo unitario, non tanto si rivela in scelte di rigore e di lin-

mente, nel corso della propria lunga opera di ricerca scientifica, proprio nello sforzo di districare anche la robustissima matassa concettuale inerente la dicotomia pubblico-privato nel mondo del diritto⁴³.

Alla luce di un approdo metodologico tendente a valorizzare, nella costruzione del sistema scientifico rappresentativo dell'esperienza giuridica, la componente necessariamente relativistica insita nella mutevolezza dei fatti e degli eventi storici, che sempre costituiscono l'imprescindibile cornice di riferimento per qualsiasi valutazione (e ri-valutazione), anche dottrinale e scientifica, del diritto⁴⁴,

guaggio (pure vi sono, e saltano all'occhio scaltrito del lettore), quanto nell'ariosa circolazione dei problemi, nell'orizzonte insieme aperto e serrato delle idee. [...] La cerchia, diramantesi da Pugliatti, è propriamente scuola in questo senso: ed anche scuola di libertà intellettuale, che non spegne né reprime la singolarità degli allievi, ma la risveglia e promuove. Appunto, come ogni scuola, e di diritto e d'armi e di umane lettere, diversità nella continuità. I libri della scuola messinese ci appaiono iscritti in un comune orizzonte, eppure diversi, e capaci di registrare tonalità ed accenti di ciascun autore».

43 Si segnalano, quali specifici contributi dedicati dal Pugliatti alla problematica affrontata nella presente esposizione: S. Pugliatti, *sub voce Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1998, pp. 696-746; *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in "Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario Italiano", Firenze, 1935, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., pp. 1-52; *Interesse pubblico e interesse privato nel libro delle obbligazioni*, in "Stato e diritto", 1942, pp. 26 e sgg., ora in *Diritto civile. Metodo - Teoria - Pratica*, cit., pp. 167-183; *Codice della navigazione e codice civile*, in "Rivista di diritto della navigazione", 1943-1948, pp. 7 e sgg., ora in *Diritto civile. Metodo - Teoria - Pratica*, cit., pp. 135-165.

44 Si veda, per un'esplicitazione maggiormente articolata di simili convincimenti metodologici, quanto Pugliatti afferma in *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 743: «senza dubbio ogni costruzione scientifica ha bisogno di astrazioni; ma si deve avvertire che i concetti così ricavati possono rappresentare punti di riferimento generici e tendenziali, e l'analisi della realtà deve renderli più duttili, elastici e meglio utilizzabili, evitando rigidità e ipostasi illegittime». Ancora più chiaro appare, inoltre, assumendo finanche i caratteri di una fine scolpitura di un vero e proprio sintetico testamento teorico-metodologico, quanto il giurista messinese esprime in *Studi sulla rappresentanza*, cit., pp. VII-VIII, in cui viene esplicitato il convincimento per il quale la ricerca e il metodo giuridici debbano certamente «mantenere l'indagine a livello scientifico, senza concessioni o rinunce,

Pugliatti sostiene con fermezza che la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, e con essa la sfera delle rispettive reciproche interferenze, pur essendo sollecitata anche da esigenze metodologiche di ordine e di chiarezza sistematica, tali da poter astrattamente prescindere dal fluire dinamico degli eventi⁴⁵, tuttavia «non ha e non può avere [solo] un valore logico-giuridico astratto, ma va collocata nella dimensione storica, con riferimento alla storia giuridica in particolare, e alla storia in generale»⁴⁶.

Una volta accertato, dunque, seguendo tali linee teorico-metodologiche di indagine temporale, che, dal punto di vista storico, «lo Stato italiano è (al presente, come nei secoli del-
valendosi delle analisi più sottili come strumento di rigorose costruzioni sistematiche, tenendo presente però che la scienza giuridica ha per oggetto il diritto positivo e questo, a sua volta, tende alla risoluzione di problemi pratici; e gli stessi concetti, dunque, elementi indispensabili alla intelligenza e più ancora alla costruzione scientifica, sono semplici strumenti, che hanno un valore relativo, anzi valgono in quanto possono adattarsi al diritto positivo e alla prassi. E poiché, nella sua concretezza, il diritto è vita e storia, anche i concetti giuridici, la terminologia tecnica e le sistemazioni della scienza giuridica, sono nel dominio della storia».

45 Cfr., al riguardo S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 698: «Una distinzione nel campo del diritto è di solito sollecitata da necessità pratiche, ma non è da escludere che risponda invece alle esigenze, che possono considerarsi teoriche, di ordine e di chiarezza, alle quali si ispirano le classificazioni e le determinazioni concettuali della scienza giuridica. Le necessità pratiche mutano, e con esse dovrebbero mutare le distinzioni, che però spesso sopravvivono, adattandosi alle mutate esigenze, o addirittura attraendo nel proprio seno esigenze del tutto nuove: si parla, in quest'ultima ipotesi, di eterogenesi dei fini. Le esigenze teoriche hanno un carattere di maggiore stabilità, e di solito il lavoro dell'analisi, che mette in luce differenze sempre più sottili, e quello della sintesi, che costruisce sempre nuovi concetti, produce un progressivo arricchimento del patrimonio teorico».

46 S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 745. Pugliatti è molto attento nel precisare, pertanto (cfr. *Ibidem*, p. 741), come lo studioso di diritto debba «impegnarsi a descrivere, nel suo complesso e nei suoi aspetti salienti, la fisionomia di una data collettività in un determinato momento storico, attribuendo alle distinzioni come quella di cui ci occupiamo la modesta funzione orientativa che possono avere, senza perdere di vista la realtà concreta, con i problemi che pone e le soluzioni che suggerisce e, talvolta, impone».

la storia che ha portato alla sua formazione) sensibile alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato che la scienza giuridica ha coltivato ed elaborato continuamente»⁴⁷, ove per diritto pubblico si intende quanto «comprende in generale tutto ciò che attiene agli interessi pubblici e alla loro attuazione, quali che siano gli interessi esponenziali e i soggetti ai quali è affidata»⁴⁸, e per diritto privato si considera «quello che concerne l'interesse individuale, o l'interesse dei singoli»⁴⁹, Pugliatti propende per la negazione tanto del principio del primato del diritto pubblico quanto per la negazione dell'opposto principio del primato del diritto privato. Il primo, infatti, nel momento in cui afferma che il diritto privato sarebbe una mera specificazione del diritto pubblico, una sua vera e propria diramazione⁵⁰, di fatto vanifica la dicotomia stessa pubblico-privato, dal momento che se «il diritto privato è una specificazione del diritto pubblico, in definitiva esso non è altro che diritto

47 *Ibidem*, p. 737.

48 *Ibidem*, p. 741. Si veda, per una ulteriore specificazione della definizione pugliattiana di diritto pubblico, anche quanto affermato dall'Autore, a pag. 737 del medesimo contributo in analisi, in relazione all'ordinamento politico-giuridico italiano e in genere agli ordinamenti giuridici occidentali: «L'organizzazione stessa e il complesso normativo che la cementa e la anima, insomma quell'insieme di "diritto organizzativo" che immediatamente si rivela, costituisce la sfera fondamentale di diritto pubblico di codesto ordinamento (come dei consimili)».

49 *Ibidem*, p. 739. Pugliatti, peraltro, è assai accorto nel precisare (cfr. p. 738) che «il diritto privato non presenta quella unità organica che è propria del diritto pubblico. Si rinvergono in esso principi fondamentali e concetti correlativi, ma la sua struttura è costituita da un complesso di istituti distinti tra loro, che naturalmente hanno relazioni varie, e insomma presentano tessuti connettivi», così che «si deve, dunque, andare alla ricerca di quel minimo comune denominatore, che consenta di individuare dei singoli istituti e di collocarli nel campo del diritto privato».

50 Si vedano, in merito, i convincimenti di Santi Romano, che, in *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, a proposito della posizione del diritto privato rispetto al diritto pubblico, scrive: «non soltanto esso è sospeso al diritto pubblico, che ne costituisce la radice e il tronco, ed è necessario alla sua tutela, ma è dal diritto pubblico continuamente, per quanto talvolta silenziosamente, dominato».

pubblico»⁵¹, e scompare pertanto totalmente dal panorama giuridico di riferimento. Il secondo, d'altronde, pur operando una radicale inversione dei termini di raffronto, seppure per vie diverse conduce anch'esso al medesimo approdo vanificante il senso della dicotomia pubblico-privato: sostenere, infatti, come Adolfo Ravà, che l'unico diritto sia quello privato, e relegare il diritto pubblico nella sfera etica, ossia all'interno di una dimensione *ab origine* extragiuridica, e solo potenzialmente capace di esplicitarsi in forme giuridicamente compiute e rilevanti⁵², comporta la divaricazione invalicabile tra il piano del diritto privato, intrinsecamente giuridico, e il piano del diritto pubblico, originariamente estraneo alla giuridicità vera e propria, implicando *in nuce* l'impossibilità, e la mancanza di senso e di utilità, della distinzione di due elementi che comunque sono e rimangono ontologicamente differenti ed incomunicanti.

L'impossibilità, d'altro canto, di optare per il primato di una delle due sfere – pubblica o privata – costituenti il tessuto connettivo dell'esperienza giuridica, per Pugliatti è rinvenibile, indipendentemente da ragioni di ordine teorico e metodologico, anche in virtù di ragioni di matrice storico-giuridica dalle quali è necessario evincere la sussistenza – non la predicabilità teorica, si noti, bensì la vera e propria sussistenza – di una ineludibile commistione del diritto privato e del diritto pubblico.

Tale commistione, infatti, osserva il giurista messinese, opera in primo luogo, ad una attenta analisi del *corpus* normativo vigente e dei principi ad essa sottesi, nella direzione secondo cui il diritto privato si innesterebbe, completandolo, sul diritto pubblico: per fare solo un esempio, i diritti di libertà, i diritti della personalità e i diritti relativi alla tutela giurisdizionale, tutti di scaturigine eminentemente privata, sono tali per cui «ad essi corrispondono interessi e valori fondamentali della vita dell'uomo, come individuo e come componente la collettività o società politicamente organizzata, valori e interessi che la

51 S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 719.

52 Cfr. A. Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, in *Diritto e stato nella morale idealistica*, Padova, 1950, pp. 101-102.

stessa organizzazione giuridico-politica deve riconoscere e tutelare. Ricollegare a codesti interessi, nella loro varia specificazione, situazioni soggettive corrispondenti, di carattere pubblicistico, significa attuare quella ragione di equilibrio che cementa il singolo e la collettività, e dà una base legittima alla organizzazione della società»⁵³.

In secondo luogo, inoltre, e in senso inverso, ossia nella direzione secondo cui sarebbe il diritto pubblico ad innestarsi, sovrapponendosi ad esso e completandolo, sul diritto privato, la commistione pubblico-privato non è meno forte ed evidente: dal momento che «la massa degli interessi pubblici varia continuamente, con le strutture dei diversi aggruppamenti sociali e le esigenze che via via emergono e si impongono, [...] in epoca moderna si è assistito ad un aumento notevole della sfera degli interessi pubblici, in relazione all'accrescimento delle funzioni dello Stato, e, per la progressiva restrizione, in genere, della sfera degli interessi privati, si è parlato di una pubblicizzazione del diritto privato»⁵⁴.

53 S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 705. Lungo tale linea teorica si pone, conseguentemente, l'assunto secondo cui, per i medesimi motivi, anche i rapporti di diritto familiare, anch'essi di origine privata, e destinati a regolamentare il – privatissimo – nucleo sociale originario destinato a costituire, ampliandosi di famiglia in famiglia, la compagine sociale complessivamente intesa, «presentano stretta analogia con quelli di diritto pubblico» (*Ibidem*, p. 711).

54 *Ibidem*, p. 741. Esempi chiarissimi di tale pubblicizzazione del diritto civile, espressione della tendenza per la quale «in tutto il diritto privato in generale l'influenza del diritto pubblico si è resa assai sensibile, sì che gli istituti di diritto privato si trovano ad essere disciplinati anche da norme di diritto pubblico» (S. Pugliatti, *Codice della navigazione e codice civile*, cit., p. 159), sono rintracciabili, per Pugliatti, nella parte del diritto civile che inerisce, più specificamente, il diritto delle obbligazioni: quest'ultimo risulta, secondo l'Autore, talmente influenzato dalla sfera pubblicistica del diritto da potersi ritenere che la tutela dell'interesse pubblico abbia addirittura dato all'intero diritto delle obbligazioni una fisionomia radicalmente nuova. In altri termini, e citando espressamente l'Autore, agli albori del quinto decennio del Novecento, a seguito dell'entrata in vigore, nel 1942, del nuovo codice civile, Pugliatti può permettersi di affermare perentoriamente, in tema di diritto delle obbligazioni, l'esistenza di «una importante tendenza programmatica della nuova legislazione: quella di

La presa d'atto, sia metodologica che storico-normativa, dell'impossibilità di dare preminenza ad uno dei due termini di confronto in oggetto, ove tagliata trasversalmente dall'altrettanto radicata constatazione della rilevanza storica della distinzione pubblico-privato, conduce infine Pugliatti, nel tentativo di fornire sia una giustificazione teorica sia una sistemazione dogmatico-legislativa dei propri convincimenti, ad individuare i due pilasti attorno ai quali gravita qualunque costruzione giuridico-ordinamentale: essi sono rivenuti, da un lato, nella posizione pubblica preminente dello Stato, e nella correlativa unità del diritto, che «si riferisce unicamente al predominio che questo ha nell'applicazione delle norme»⁵⁵, e, dall'altro, nella volontà e nella spontaneità creatrice della coscienza giuridica dei privati cittadini, e nella correlativa frammentarietà e molteplicità del diritto e dei rapporti giuridici intersoggettivi, che si riferisce al momento dell'esperienza giuridica in cui «la norma concreta di un concreto atto di volontà crea [...] un "rapporto diritto-obbligo" e quindi un *ordinamento giuridico*»⁵⁶. Per tale via, dunque, dal momento che l'esperienza giuridica intera appoggia le proprie fondamenta strutturali su entrambi tali elementi, la coesistenza delle due dimensioni, quella pubblica e quella privata, pur rimanendo esse inevitabilmente differenti e parzialmente autonome, non può che essere necessaria e ineludibile per la sopravvivenza stessa di ogni compagine sociale organizzata⁵⁷, e non può che svolgersi, storicamente, secondo le linee di un costante

accordare la tutela all'interesse privato solo in quanto sia indissolubilmente legato all'interesse pubblico» (S. Pugliatti, *Interesse pubblico e interesse privato nel libro delle obbligazioni*, cit., pp. 175-176).

55 S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 716.

56 *Ibidem*.

57 «Infatti», osserva assai efficacemente l'Autore, «negata la distinzione, si dissolve il diritto: tutto pubblico, espressione di forza non controllata né limitata di chi detiene il potere; tutto privato, organismo senza la forza di un potere – quello, privo di garanzia, questo, privo di vitalità» (S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 697, in cui il giurista messinese richiama un passo della prefazione del già citato volume *Gli istituti del diritto civile*).

ed incessante rapporto poroso e dialogico fatto di reciproche compenetrazioni e concessioni, senza che si possa mai giungere, peraltro, all'eliminazione radicale di una di esse.

La disamina, ora effettuata, del pensiero di Pugliatti in relazione al rapporto comunicativo tra il diritto pubblico e il diritto privato, pur con le dovute cautele riconducibili alle travolgenti innovazioni che il nostro sistema giuridico ha vissuto nei decenni successivi alla morte del giurista siciliano⁵⁸, consente di abbracciarne le conclusioni, tuttora più che condivisibili e attualissime, e di ricucire gli – apparenti – strappi concettuali che l'analisi effettuata nelle pagine precedenti sembrava aver tracciato.

Nonostante la ricostruzione pugliattiana, infatti, sia calata in un momento della storia giuridica e normativa italiana in cui il graduale rafforzamento della dimensione pubblica dello Stato repubblicano e democratico di giovane formazione implicava la pubblicizzazione del diritto privato, secondo una tendenza, dunque, opposta rispetto all'attuale tendenza alla privatizzazione del diritto pubblico – sebbene essa sia, come visto, tamponata da qualche sintomo di un nuovo parziale riflusso nel diritto pubblico –, appaiono nondimeno senza dubbio condivisibili, e pienamente riferibili anche all'esperienza giuridica contemporanea, le argomentazioni teoriche addotte da Pugliatti per tentare di salvaguardare, nella compresenza del pubblico e del privato, l'unitarietà dell'ordinamento giuridico e politico.

Con Pugliatti, pertanto, si può affermare che, anche oggi, non potendosi sostenere la praticabilità, né dal punto di vista delle modalità strutturali della cosa pubblica, né dal punto di vista legislativo, costituzionale e ordinario, di un ordinamento radicalmente dominato dalla dimensione pubblicistica, e non potendosi d'altronde neppure sostenere la praticabilità di un generalizzato predominio, nella costruzione di ciò che è pubblico, da parte di ciò che è privato, è necessario prendere atto sia della necessità del-

58 È sufficiente, al riguardo, soffermare l'attenzione sull'internazionalizzazione e sull'uropeizzazione della dimensione giuridica nazionale, che si è sviluppata, a velocità pressoché incontrollabile, successivamente alla morte di Pugliatti, avvenuta, si ricorda, nel 1976.

la distinzione pubblico-privato, sia della radicalità della dialogicità insita in tale distinzione, che nel contempo è compresenza e compenetrazione reciproca nella diversità.

L'unico modo che ancora oggi, pertanto, consente di assistere, dal punto di vista teorico e pratico, alla realizzazione, nel sistema giuridico italiano contemporaneo, dell'obiettivo rousseauiano della composizione delle opposte esigenze, pubbliche e private, dell'esperienza giuridica, così da far sì che, pur relegati nelle fittissime maglie dei sempre più capillari vincoli posti dal sistema normativo, gli uomini si sentano e, psicologicamente, tornino «ad essere uomini (liberi) nella costrizione»⁵⁹, consiste nello scolpire a chiare lettere il principio, per l'esplicitazione del quale ancora una volta appare utilissimo ricorrere alle parole di Pugliatti, per cui «la distinzione tra pubblico e privato non compromette la fondamentale unità dell'ordinamento giuridico: anzi, la mette ancor meglio in evidenza»⁶⁰, e per cui l'esigenza di tale distinzione «viene enunciata con riferimento al diritto come ordinamento, e più precisamente come sintesi dinamica necessaria (o come dialettica) di due termini che, nella loro correlazione, costituiscono una unità vivente e vitale: un organismo»⁶¹: un organismo delle cui due parti costitutive, pubblica, l'una, e privata, l'altra, dialetticamente comunicanti⁶²,

59 Si fa riferimento alla lettera a Cristophe Beaumont, l'arcivescovo di Parigi, in cui Rousseau esprime il proprio parere a proposito di alcuni propri scritti di natura politica. Tale lettera è qui riportata secondo la citazione operata nel volume di F. Gentile, *Filosofia del diritto. Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., p. 70.

60 S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 697.

61 *Ibidem*.

62 Si fa riferimento, in tale contesto, alla dialettica intesa nel senso classico del termine. In tale accezione essa, «alla quale nel corso della storia del pensiero è stato attribuito un significato prevalentemente soggettivo, nel senso dell'abilità nel disputare o della tensione nel contendere, ma che alla sua radice ha un valore oggettivo, poiché [...] consiste nel riconoscere quelle combinazioni reali delle specie di cui è costituito il mondo» (Cfr. F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano, 1984, p. 44), può definirsi, per riprendere un'espressione utilizzata da Platone nel *Politico* (cfr. F. Gentile, *Ordinamento giuridico. Controllo o/e comunicazione. Tra virtualità e realtà*, in U. Pagallo, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico. Sei studi di teoria generale del*

ogni uomo è ineludibilmente, nella propria essenza, per propria natura, necessariamente sempre partecipe.

Stefano Favaro, esercita in Padova la professione forense in materia civile, ed è dottorando di ricerca in Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova.

diritto, cit., p. 229), come quella «buona regola secondo la quale, di fronte a cose aventi tra loro alcunché di comune non bisogna smettere di esaminarle prima d'aver distinto, nell'ambito di quella comunità, tutte le differenze che costituiscono le specie, e d'altra parte, di fronte alle differenze di ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi e distogliersene prima d'aver compreso, in una sola somiglianza, tutti i tratti di parentela che esse nascondono e di averli raccolti nell'essenza di un genere». La dialettica, dunque, inscindibilmente legata al rapporto dialogico sussistente tra domanda e risposta, ne chiarisce i caratteri fondamentali dello svolgimento: in quanto continuo passaggio dal "genere" alla "specie" e viceversa, il dialogare dialettico – incardinato sull'ineliminabile compresenza della "quiete" e del "movimento", dell' "identico" e del "diverso", in vista del raggiungimento dell' "essere in sé" – si dipana dinamicamente sulla base del principio per cui non si vuole predicare l'identità di due cose solo perché esse presentano qualche caratteristica comune a entrambe, ma neppure se ne vuole predicare la reciproca estraneità solo perché esse si diversificano in qualche aspetto. In tal modo, attraverso un dialogo così impostato, è possibile sia moltiplicare l'unico "genere" nelle sue articolazioni sottoforma di "specie", sia comprendere più "specie" sotto un solo "genere", sia estendere una "specie" o un "genere" a un'altra "specie" o "genere" ad essi comune, senza peraltro vanificare l'unicità di ognuno di essi, sia, infine, escludere reciprocamente le "specie" o i "generi" che siano tra loro irriducibili ad unità. Si può sostenere, sulla base di queste osservazioni, che il dialogo che si svolge alla luce delle regole della dialettica, impostato com'è secondo criteri aperti, critici e circolari, e illuminato dalla luce di un'intrinseca problematicità, rappresenta la quintessenza del *modus operandi* dell'autentico, genuino filosofo di impostazione classica.