

A dark blue vertical bar on the left side of the page. A blue arrow points to the right from the bar, containing the date.

23 giugno 2016

Le fattispecie miste pubblico-private: chiavi di lettura e questioni di metodo

Giampaolo Rossi

A series of thin, curved lines in shades of blue and grey, resembling stylized grass or reeds, extending from the bottom left towards the center of the page.

Contributo pubblicato nel blog *ridiam.it*

LE FATTISPECIE MISTE PUBBLICO-PRIVATE: CHIAVI DI LETTURA E QUESTIONI DI METODO

di
Giampaolo Rossi

Abstract

La frammentazione delle categorie giuridiche si manifesta in modo evidente nell'analisi delle fattispecie miste pubblico-private. Le risposte alle questioni che si pongono non si possono trovare con tesi semplificate come quella dell'avvento di un diritto globale o quella della fine del diritto pubblico. Applicando un corretto metodo scientifico si deve procedere all'analisi delle fattispecie, scomponendole nei diversi profili che le compongono, individuandone così gli elementi essenziali e le diverse gradazioni fra gli stessi. Si propone un "metodo essenziale e gradualista" e se ne segnalano varie applicazioni pratiche.

Sommario: 1. Frammentazione delle fattispecie e crisi delle categorie giuridiche – 2. Crisi della sovranità e sua ininfluenza immediata nelle categorie giuridiche – 3. Alterazione della distinzione fra "pubblico e privato" e conseguente difficile lettura di una pluralità di fattispecie – 4. Il metodo scientifico applicato al diritto – 5. Applicazioni del metodo essenziale e gradualista nell'esame delle "pozzanghere giuridiche".

1. Frammentazione delle fattispecie e crisi delle categorie giuridiche

Ormai da qualche decennio la scienza giuridica sta discutendo sulla crisi e comunque sulla profonda evoluzione del diritto. Il diritto amministrativo, connesso più di altri settori al rapporto fra individui, gruppi sociali e Stato, è investito in modo particolare da questo dibattito.

Sono ormai acquisite le considerazioni che in tutti i paesi sono state fatte sulla fuga dal diritto amministrativo, sul progressivo incremento dell'uso del diritto privato da parte delle pubbliche amministrazioni, sulla crisi della sovranità dello Stato.

Il contesto è favorevole alla creazione di stereotipi. Qualche studioso arriva a teorizzare l'esistenza di un diritto amministrativo senza Stato, di un Governo globale, della fine della distinzione fra il pubblico e privato, di un "nuovo diritto" del quale si capisce bene cosa non è (quello precedente) piuttosto che quello che è.

Nel frattempo i giudici, gli avvocati, gli amministratori continuano la gran parte del loro lavoro senza grandi cambiamenti, se non nell'uso degli strumenti

informatici e con una maggiore difficoltà nel reperire le fonti, che si sono moltiplicate e sovrapposte. Si sono però registrate, anche nell'applicazione pratica, frequenti incertezze.

La domanda che si pone è, allora, la seguente: si deve ritenere che la profonda evoluzione, che si dà per scontata nei convegni e negli scritti di carattere generale, sia effettiva o che, invece, sia ancora in una zona pregiudiziale, nel contesto istituzionale, economico e sociale, ma non rifluisca ancora negli istituti positivi? Una scienza come quella giuridica che ha in sé l'inevitabile necessità di una verifica d'effettività, non può desumere dalle condizioni di crisi la fine del fenomeno preso in considerazione e la nascita di nuovi sistemi o categorie giuridiche.

La risposta alla domanda non è semplice e non è necessariamente univoca. Piuttosto che cercare risposte semplificate si deve procedere applicando un corretto metodo scientifico volto a ridurre l'ambito dell'incertezza con l'esame analitico delle caratteristiche dei fenomeni.

2. Crisi della sovranità e sua ininfluenza immediata nelle categorie giuridiche

Fra le risposte che vengono fornite si è diffusa la tesi che la globalizzazione dell'economia ha determinato la formazione di un diritto globale e la crisi della sovranità e delle categorie ad essa connesse. Che vi sia una crisi della sovranità è scontato, perché gli Stati hanno perso quel requisito di autosufficienza che fin da Aristotele li caratterizzava. Gli strumenti di comunicazione e di scambio non sono più circoscrivibili territorialmente. L'economia e la finanza non sono controllabili dallo Stato, se non in misura parziale. I presupposti istituzionali sui quali, nella metà del '800, si è formata la scuola tedesca e poi quelle nazionali di diritto pubblico sono in crisi evidente: tutte le nozioni base del diritto pubblico sono state costituite sul presupposto di un sistema statale autosufficiente e chiuso, o comunque in condizione di decidere il grado della propria apertura.

Se la crisi è evidente, meno evidenti sono però le conseguenze che ne derivano sul piano giuridico.

È chiaramente sbagliato ritenere che ad ogni problema corrisponda inevitabilmente una soluzione. La soluzione può mancare o ritardare per lunghi periodi.

In realtà l'economia non è globalizzata ma "semiglobalizzata" (P. Ghemawat). Lo "Stato sovrano" è più debole (e non più forte, come sostiene T. Piketty) perché non può restare completamente chiuso e perché le funzioni a cui dovrebbe assolvere sono in aumento con la moltiplicazione dei diritti, di derivazione interna e sovranazionale.

Questa debolezza non è affatto compensata da un corrispondente aumento di funzioni esercitate da organismi internazionali o anche solo europei. Il “governo mondiale”, anche se da molti auspicato, non esiste; al contrario, gli organismi sovranazionali registrano in questo periodo il loro evidente indebolimento anche del livello di forza che avevano raggiunto. Anche se in un contesto di accentuate delocalizzazioni, l’ente territoriale resta l’unico dato istituzionale in grado di gestire non solo le nuove funzioni del welfare ma anche quelle tradizionali di garanzia della libertà e della sicurezza.

Non vi è quindi una connessione diretta fra l’indebolimento della sovranità e la necessità di prospettare nuove categorie giuridiche e di adeguare il metodo utilizzato.

3. Alterazione della distinzione fra “pubblico” e “privato” e conseguente difficile lettura di una pluralità di fattispecie

Molto meno lontani dall’applicazione effettiva nella vita concreta del diritto sono i profili che derivano dal progressivo aumento della frammentazione delle categorie e della complessità che caratterizza un numero crescente di fattispecie. Non c’è dubbio che la netta distinzione fra “pubblico” e “privato” è stata messa in crisi da una pluralità di fattori. Fra questi, certamente, la diffusione delle ideologie neo-liberiste che ha ampliato la sfera del mercato e delle categorie giuridiche privatistiche, tendendo a generalizzarle o comunque a restringere il “pubblico” fino a renderlo residuale. In un contesto nel quale, però, le funzioni doverose degli enti territoriali a tutela degli interessi assunti come “diritti” anziché diminuire sono aumentate ciò ha comportato un’applicazione di categorie civilistiche a vicende che non possono ricevere dalle stesse una spiegazione esauriente.

Anche qui si sono effettuate “fughe in avanti”. Dal lato pubblicistico la più evidente è quella che teorizza la fine del diritto pubblico e il rifluire di tutti gli istituti nelle categorie civilistiche. Dal lato civilistico, la crescente oggettivazione degli istituti giuridici, trasferiti dal diritto commerciale al civile, ha portato qualcuno a sostenere la morte del contratto (G. Gilmore) o quanto meno di una nozione unitaria dell’istituto. Altra impropria tendenza alla generalizzazione è stata quella di configurare come diritto soggettivo ogni fattispecie di situazione giuridica tutelata.

Si tratta di errori teorici e pratici. Sul piano teorico, la tesi della fine del diritto pubblico è stata non a caso prospettata da giuristi nel periodo staliniano e in quello nazista, perché supponeva il dominio della politica e l’assorbimento dell’individuo nello Stato (S. Pugliatti). La tesi della morte del contratto è suggestiva e paradossale ed estremizza il fenomeno reale che vede la crisi della generalizzata applicazione degli elementi essenziali del contratto e il diffondersi di fattispecie nelle quali la disciplina codicistica ha solo valore residuale (G.

Gorla, F. Galgano). Sul piano pratico i due poli, pubblico e privato, sopravvivono certamente, con logiche, istituti, sedi giudiziarie diverse, ma sono frequenti vicende giuridiche che non sono tranquillamente spiegabili con l'applicazione delle teorie tradizionali e che inducono quindi a ricercare qualche nuova o rinnovata chiave di lettura.

4. II metodo scientifico applicato al diritto

Da questa rapida ricognizione emerge con chiarezza l'impossibilità di risposte semplificate ai problemi e quindi la necessità di una riflessione sul metodo che occorre utilizzare nello studio e nell'applicazione del diritto.

Il dibattito è sempre stato acceso nella dottrina giuridica di tutti i paesi, ma ha sempre registrato livelli di particolare vivacità nei momenti di crisi seguiti da periodi di disattenzione. Il più delle volte, comunque, è rimasto chiuso in se stesso, senza che se ne traessero argomenti utilizzabili nella vita concreta del diritto.

Senza entrare ora nel merito, mi sembra che si possa sostenere con sufficiente sicurezza che esiste comunque un metodo giuridico che ha una sua specificità ma non ha caratteri essenziali diversi da quelli degli altri settori delle scienze perché parte dal porsi domande, analizza le fattispecie scomponendole nei loro dati più elementari, prospetta risposte coerenti con le domande e con i risultati dell'analisi, individuando i profili comuni e quelli differenziati che le compongono (Cartesio).

Questo approccio non implica la necessità di una scelta a priori fra una impostazione normativistica - deduttiva e una fenomenologica - induttiva perché comunque il dato normativo (anche se non lo si considera esaustivo) è ineliminabile dallo studio delle fattispecie. Tuttavia è innegabile che mentre nei contesti ordinati e stabili il metodo deduttivo trova più agevole applicazione, in quelli di crisi, caratterizzati da elevata dinamicità e mutevolezza occorre procedere anzitutto all'analisi, alla verifica dei profili differenziati e, se ci sono, di quelli comuni alle diverse fattispecie e la risposta quindi non si trova dilatando i concetti per renderli comprensivi di fattispecie diverse perché così li si rendono evanescenti e poco significativi.

La tendenza alla dilatazione dei "megaconcetti" è ancora la più diffusa in gran parte della scienza giuridica di tutti i paesi, e la induce ad esempio a comprendere tutte le vicende della relazione fra individuo e Stato nella categoria del "rapporto", o a descrivere i modi di agire dell'amministrazione e dei privati in termini di "procedimento", o a qualificare in termini contrattuali fattispecie nelle quali sono assenti tutti gli elementi essenziali del contratto.

Queste impostazioni semplificano realtà che sono invece articolate, riportandole in modo artificioso a una impropria unità concettuale.

5. Applicazioni del metodo essenziale e gradualista nell'esame delle "pozzanghere giuridiche"

Le generalizzazioni sono sbagliate, come le semplificazioni. Le categorie, con un corretto metodo scientifico, non si trovano nei megaconcetti ma nei concetti elementari che sempre sussistono anche nelle fattispecie complesse nelle quali gli elementi essenziali si compongono in vario modo (come avevano già rilevato all'inizio e all'inizio dell' '800 G.D. Romagnosi e O. von Gierke).

Come si può spiegare, ad esempio, una pozzanghera, l'acqua torbida, mischiata alla terra, senza avere da un lato la nozione dell'acqua e dall'altro quella della terra? Individuate le nozioni essenziali, queste si compongono tra loro secondo le varie gradazioni nelle quali l'una o l'altra è prevalente.

Questo metodo trova applicazioni concrete nelle definizioni delle fattispecie miste che sono ora diventate sempre più numerose e consente alla giurisprudenza di fornire spiegazioni esaurienti a fenomeni nuovi.

In gran parte delle fattispecie elementi pubblicistici e civilistici sono variamente composti e si deve utilizzare il criterio della prevalenza: la disciplina generale (pubblicistica o civilistica) che va applicata è quella del profilo prevalente; gli altri hanno carattere tassativo e residuale.

Così ad esempio, in presenza della trasformazione di enti pubblici in società per azioni la risposta, non schematica e arbitraria, è stata trovata sulla base degli elementi essenziali che caratterizzano l'ente pubblico: il non poter disporre della propria esistenza connessa alla doverosità della funzione, con la conseguenza del carattere pubblico di società per azioni create con atto normativo per perseguire finalità doverose: la disciplina civilistica delle società per azioni si applica quindi nel limite della compatibilità con quella della natura pubblica.

Ancora: esistono e sono numerosissime le fattispecie riconducibili totalmente e semplicemente alle categorie del provvedimento amministrativo (atto unilaterale che produce effetti nella sfera giuridica di terzi senza il concorso della loro volontà) o del contratto (atto libero nella scelta dei soggetti, dei modi, dei tempi, dell'oggetto). Ma gran parte delle fattispecie sono caratterizzate da un minor tasso di unilateralità (es. provvedimento a domanda o con procedimento) o di libertà (contratti tipici, di adesione, con vincoli procedurali, ecc.). Anche qui, quanto è più marcato il carattere misto della fattispecie (tanto che le si descrivono con nomi nuovi, come "accordi" o "convenzioni") tanto più la soluzione ai problemi pratici si individua secondo il criterio di prevalenza degli ingredienti - base.

Lo stesso criterio conduce a utili risultati quando si cerchi di definire le figure miste pubblico-private (come gli enti pubblici economici o i c.d. enti privati di interesse pubblico) o di comprendere la natura di atti per i quali la semplice riconduzione alla categoria del provvedimento o a quella del contratto appare del tutto forzata (ad esempio carattere di prezzo o tassa della controprestazione degli utenti di pubblici servizi).

È così anche per le situazioni giuridiche soggettive: la tutela degli interessi protetti registra una gradazione che deriva dal carattere relazionale che hanno tutte le situazioni giuridiche soggettive, comprese quelle che venivano definite come "assolute": un "diritto" convive con obblighi, doveri e poteri di altri soggetti e anche con altri diritti; è in questa convivenza che si determina, in modo variato, la tutela effettiva che viene ad esso accordata (v: i miei Principi di diritto amministrativo).

Può apparire singolare che, nel cercare chiavi di lettura di nuove fattispecie miste, derivanti dall'evoluzione dell'economia e del suo rapporto con il pubblico potere, le si individui nelle elaborazioni scientifiche della dottrina risalente nel tempo, come in Italia Gian Domenico Romagnosi e in Germania Otto von Gierke. In entrambi il criterio della gradazione era chiaramente enunciato e applicato con proprietà.

La spiegazione sta nel fatto che, collocati all'inizio della fase di sviluppo e di giuridicizzazione dei pubblici poteri e dei servizi pubblici ne coglievano più facilmente i profili essenziali, e che, non aderendo alle tesi hegeliane sulle quali si è fondata la dogmatica stato-centrica, e quindi partendo dal "basso" (la persona, i gruppi sociali) anziché dall'alto (lo Stato, la norma), usavano strumenti più adatti a comprendere i fenomeni articolati e dinamici come sono quelli che l'attuale scienza del diritto amministrativo deve indagare e capire.