



## *Incontro di Studio*

### L'azione amministrativa nel progetto di revisione della legge n. 241/1990

Pescara 30 maggio 2003

#### I principi dell'azione amministrativa nel ddl Senato XIV - 1281

di Erminio Ferrari  
Università di Pavia

**SOMMARIO: 1. Dal procedimento all'azione amministrativa. – 2. Attribuzione di compiti e regole dell'azione della pubblica amministrazione. - 3. La necessaria giustificazione della disciplina di compiti ed attività della pubblica amministrazione.**

#### *1. Dal procedimento all'azione amministrativa.*

Il disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica il 10 aprile del corrente anno introduce una serie di profonde innovazioni sul testo della l. 7 agosto 1990, n. 241. Ma parlare di innovazioni è probabilmente insufficiente: in realtà si tratta di una vera e propria trasformazione del testo normativo approvato tredici anni fa'.

Questo aspetto risulta già dal titolo stesso della legge: infatti mentre il testo del 1990 era dedicato a "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo", il nuovo disegno di legge si intitola "Modifiche ed integrazioni ..., concernenti norme generali dell'azione amministrativa". Oggetto di disciplina non è più dunque (solo) il procedimento amministrativo, ma tutta l'azione amministrativa.

Una veloce scorsa del contenuto del testo normativo in corso di approvazione conferma questo aspetto: non solo vengono nuovamente disciplinate figure ed istituti già propri della l. 1990 n. 241, ma sono previste norme completamente nuove: in particolare l'art. 10 introduce un nuovo Capitolo IV-bis, dedicato ad "Efficacia ed invalidità del procedimento amministrativo".

Questa vera e propria trasformazione del contenuto del testo normativo proposto rispetto a quello che esso modifica non poteva non avere conseguenze anche per i principi che lo stesso testo afferma propri della materia. Conseguentemente il primo articolo del disegno di legge riscrive il

primo comma dell'art. 1 della l. 1990 n. 241, e vi aggiunge tre nuovi commi, dei quali però solo uno (il nuovo comma 1-bis) contiene principi. E' dunque sul testo proposto per i primi due nuovi commi che si sofferma l'attenzione di questo intervento.

Anche se le proposizioni in questione sono brevi rispetto al testo complessivo del progettato intervento legislativo sulla materia, non vi è dubbio che ad essi si sia inteso attribuire un significato particolare. Colpisce tra l'altro il fatto che, a ben guardare, se nel 1990 il termine "principi" ricorreva solo nella rubrica del Capo I, mentre poi l'art. 1 parlava di "criteri", ora il testo dell'art. 1, comma 1, si riferisce esplicitamente a "principi".

Di questi principi balza subito all'occhio il forte ampliamento; più precisamente essi raddoppiano: ai quattro principi (o appunto "criteri") del 1990 (legalità, economicità, efficacia e pubblicità) se ne aggiungono altri quattro (imparzialità, proporzionalità, legittimo affidamento, efficienza). E vi è di più: agli otto principi enunciati è comunque affiancato il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario.

Però l'ampliamento della lista dei principi sembra corrispondere solo in parte all'ampliamento del contenuto della legge cui si è fatto cenno. Infatti in primo luogo non si capisce sempre bene come alcuni di questi principi possano riferirsi a forme di attività amministrativa diverse dal procedimento amministrativo: per esempio non si saprebbe che significato dare alla proporzionalità in relazione ai servizi. In secondo luogo l'elencazione stessa richiama alcuni principi introdotti nel nostro ordinamento per effetto del diritto comunitario, cosicché non si sa bene che conseguenze ricollegare al fatto che alcuni di questi vengano citati appunto esplicitamente, mentre gli altri vengono taciuti e sono fatti oggetto di un rinvio generico ed onnicomprensivo. Probabilmente non si può parlare di principi di rango diverso e la differente tecnica adottata dal legislatore (elencazione e rinvio) dovrebbe essere priva di risvolti pratici o ricostruttivi. L'elencazione dei principi sembra quindi essere una lista abbastanza arruffata ed imprecisa, frutto del desiderio di aggiornare a tutti i costi il testo del 1990, più che dell'analisi di quali principi fossero adeguati a governare tutte le (forme di) attività amministrative. Il proposito dell'identificazione dei principi generali delle norme sull'azione amministrativa si è tradotto nell'allungamento dell'elenco del 1990.

In realtà, proprio perché riferiti a tutta l'azione amministrativa, i "principi" di cui all'art. 1 giocano (o dovrebbero giocare) un ruolo completamente differente da quello già proprio dei "criteri" del 1990: là si trattava di stabilire i fondamenti ai quali i soggetti di pubblica amministrazione devono attenersi nella gestione dei procedimenti amministrativi; qui invece il problema è individuare i punti focali propri di qualunque forma di attività amministrativa. Tanto interessante è la prospettiva nella quale si muove il nuovo testo normativo, quanto modesti sono però i passi che vengono effettivamente fatti in quella direzione.

Si potrebbe così osservare che anche per i servizi, un tempo così scarnamente disciplinati dall'ordinamento, esistono ormai una serie di istituti e figure legislativamente previsti, che presentano un carattere per così dire orizzontale (carte dei servizi, obblighi di servizio pubblico, contratti di servizio, servizio universale, ecc.), tali quindi da offrire più di uno spunto ad una disciplina comune ed a principi generali. Analogamente si potrebbe osservare che per altre aree di attività si sono venuti ormai da tempo delineando caratteri peculiari e diversi tanto dalla "forma" procedimento, quanto dall'attività di servizio: per esempio in tema di attività strumentali (soprattutto in tema di approvvigionamento di beni, forniture e servizi). Ed su un altro versante ancora si potrebbe ricordare che tutta una serie di procedimenti amministrativi – per esempio quelli delle autorità amministrative indipendenti – hanno ormai chiaramente messo in luce caratteri, e quindi anche principi, propri e caratteristici.

Contro queste osservazioni non vale opporre che non vi sarebbe ragione per cui servizi o contratti o procedimenti amministrativi speciali debbano essere oggetto del presente disegno di legge: se il presente testo segna davvero il passaggio a "norme generali sull'azione amministrativa", non si può non pensare anche ad essi. Non da oggi l'azione amministrativa non consta soltanto di procedimenti.

E che questo sia il piano sul quale si pongono i principi “dell’azione amministrativa” contenuti nel progetto di legge ci è confermato dal successivo nuovo comma 1-bis, secondo il quale “salvo che la legge disponga diversamente, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto privato”. Qui è evidente che siamo al di fuori dell’area dei procedimenti amministrativi; l’intestazione della nuova legge all’azione amministrativa nel suo complesso trova dunque la sua piena giustificazione; viene così ad evidenza l’obiettivo del nuovo testo normativo: al di là della farraginoso elencazione contenuta nel comma 1, il principio generale dell’azione amministrativa che si vuole affermare è la sua sottoposizione preferenziale al diritto privato secondo quanto scritto al comma 1bis.

La vicenda che ha suggerito al legislatore questa affermazione è ormai lunga e nota: essa parte dalle riflessioni dottrinali sul diritto amministrativo paritario e sulla dialettica tra autorità e libertà, passa attraverso i tentativi di riforma costituzionale dell’ultimo decennio del secolo scorso, arriva agli sforzi recenti e numerosi di un’efficace riforma amministrativa. Eppure questo principio, a parere di chi scrive – tanto per la formulazione che ha ricevuto quanto per il suo contenuto – dà adito a grosse perplessità.

La prima serie di difficoltà è ben nota, cosicché per esse ci si può limitare ad un veloce richiamo: si tratta dell’identificazione del corpo normativo cui viene fatto rinvio: il “diritto privato”. Quali e perché siano le norme di “diritto privato” è questione che non è mai stata di agevole soluzione e che la progressiva, costante diversificazione e frammentazione del complesso normativo un tempo racchiuso nel codice civile rende sempre più difficile. Del resto, vale la pena sottolineare che qui – a differenza che in altre “privatizzazioni” come per esempio quella del rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni - il legislatore non identifica un gruppo preciso di norme di diritto privato, ma lascia completamente all’interprete il difficile compito di individuare quale norma di “diritto privato” applicare e perché.

E proprio se ci si mette a riflettere su oggetto e ragioni del recupero di questa o quella norma di diritto privato, vengono in luce una seconda e più grave serie di difficoltà, tali che il principio in questione risulta essere sprovvisto di un reale contenuto normativo. In particolare si vuole qui osservare che siccome l’attività amministrativa, come del resto ribadisce lo stesso comma 1 dell’art. 1, non può esistere se non sulla base di una previsione di legge e per i fini previsti dalla legge, questi fini non possono non comportare anche una disciplina specifica, che in quanto tale esclude l’applicabilità del diritto privato.

Ma tutto ciò va fatto oggetto di una più attenta riflessione.

## **2. Attribuzione di compiti e regole dell’azione della pubblica amministrazione.**

L’ammissibilità del ricorso alle forme del diritto privato da parte della pubblica amministrazione è riconosciuta dai diritti amministrativi degli Stati dell’Europa continentale da ormai quasi due secoli. Il tema è ampiamente noto, è stato approfonditamente esaminato e non occorre approfondirlo qui. Preme invece sottolineare un aspetto meno frequentemente considerato, e cioè come tale ammissibilità si atteggi in maniera profondamente diversa nello Stato di diritto liberale e nello Stato costituzionale.

Nella prima situazione il ricorso all’attività di diritto privato corrisponde soprattutto all’attività del sovrano di amministrazione patrimoniale ed alla sua capacità di assumersi autonomamente iniziative ed attività. Indipendentemente e prima di una legittimazione per legge, il sovrano, e per esso l’amministrazione pubblica, gode di una propria capacità di agire, che viene ammessa in linea di principio nella misura in cui non interferisce sulle libertà dei privati, e si svolge quindi nelle forme “paritarie” del diritto privato.

Nello Stato costituzionale muta invece radicalmente innanzitutto la posizione stessa dell’amministrazione pubblica nel sistema. Non esiste una zona “franca” nella quale l’amministrazione può scegliere di agire e, se decide di agire, può altresì decidere di farlo

scegliendo le forme del diritto privato, che – in quanto strumento di esercizio di posizioni giuridiche tra “uguali” – non porrebbero un problema di limitazione delle libertà. Nello Stato costituzionale la posizione dell’amministrazione non è caratterizzata più soltanto dal semplice rispetto delle libertà, ma innanzitutto dal compito positivo di realizzare determinati risultati di rilievo di tutta la collettività generale (art. 3, secondo comma, Cost.).

Questo fatto è ben noto, ed abitualmente viene espresso con il concetto della “funzionalizzazione” dell’attività dell’amministrazione, in qualunque forma essa si esprima. Il testo in esame non disconosce questa situazione, ma non sembra ricavarne tutte le implicazioni necessarie. In effetti il comma 1 dell’art. 1 del nuovo testo (in assonanza del resto con quello del 1990) dice che “l’attività amministrativa persegue fini determinati dalla legge”. Il nuovo comma 1bis dell’art. 1 aggiunge poi il rinvio al diritto privato “salvo che la legge disponga diversamente”. Ma se una determinata attività amministrativa deve perseguire i fini determinati dalla legge, già questa determinazione introduce un elemento necessariamente diverso dalla disciplina di diritto privato ovvero, forse meglio, dalla disciplina delle attività dei privati che sono per definizione libere nei fini.

In effetti, ciò che viene meno spesso osservato è che la funzionalizzazione non è un’esigenza astratta, né una mera idea ricostruttiva, né un semplice principio, ma si traduce in una serie di regole sulla costituzionalità o meno di una determinata disciplina di una certa attività amministrativa. E queste regole riguardano non solo l’esistenza di un’attività amministrativa (l’attribuzione di un determinato compito di interesse della collettività generale alla cura di un determinato soggetto), ma si ripercuotono anche – in maniera più o meno estesa e completa – sulla disciplina dell’attività che è necessario dispiegare per adempiere a quel compito (quindi sulle regole dell’azione amministrativa). In altri termini: un’attività amministrativa ha sempre un carattere più o meno intenso di “specialità” non solo per la sua esistenza/attribuzione, ma anche per la corrispondente attività/realizzazione.

Tutto ciò può sembrare insolito e forse è qui espresso in termini meno consueti, eppure non è difficile verificare come queste affermazioni corrispondano a principi di diritto costituzionale e comunitario ben noti ed affermati. Giocano in particolare due serie di principi.

In primo luogo un ordinamento che si ispira al primato della persona umana (art. 2 Cost.) e delle sue libertà, non può non subordinare la previsione di interventi della pubblica amministrazione al perseguimento di valori e per la garanzia di diritti pure di rango costituzionale. Questa impostazione è evidentemente alla base della nostra Costituzione, aveva trovato in essa un riconoscimento esplicito a proposito delle attività culturali (art. 33), sociali (art. 38) ed economiche (art. 41) ed ha ricevuto recentemente un fondamento forse più ampio e più saldo con l’introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118).

Un secondo gruppo di norme si impernia sul principio di uguaglianza (art. 3) e trova sviluppo nelle numerose applicazioni dello stesso, in particolare in campo economico attraverso il principio di concorrenza, e cioè il principio di uguaglianza tra imprenditori economici. Il divieto di discriminazioni impone al legislatore di introdurre discipline “speciali” solo se esse possano essere giustificate da altri principi costituzionali.

E’ interessante osservare come questo schema di fondo trovi una conferma ed anzi una felice specificazione anche nel diritto comunitario, che ormai impone i propri principi al legislatore nazionale e regionale con forza pari al testo costituzionale. Come è noto, esattamente in tema di concorrenza, l’art. 86 (ex 90), paragr. 1, del Trattato Ce estende le regole della concorrenza alle imprese pubbliche ed alle imprese cui i singoli Stati membri riconoscono diritti speciali e esclusivi. Già in questa norma risulta meritevole di nota il fatto che il diritto comunitario, come sempre alieno al ricorso a concetti astratti, non parli tanto di diritto pubblico o privato quanto di imprese (ed a noi fini potremmo generalizzare e parlare genericamente di soggetti) titolari di “diritti speciali o esclusivi”. Il punto nodale non è evidentemente a quale settore o materia o gruppo sia ascrivibile un determinato diritto, ma il fatto che è “speciale” ovvero “esclusivo”, e cioè – in breve – diverso da quello che spetta agli altri soggetti che si trovano nella stessa situazione. Altrettanto importante è

poi l'eccezione che il paragr. 2 introduce: il divieto di diritti speciali ed esclusivi, insomma rispetto alle regole della concorrenza opera "nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione" assegnata ai soggetti in questione. Il linguaggio, ed in particolare l'uso del termine "missione", è di chiara origine francese, ma il principio si inserisce perfettamente in quanto fin qui detto: la regola speciale ha ragione di esistere se necessaria per esigenze di interesse generale costituzionalmente garantite.

E vi è di più. Sulla base dell'art. 10 (ex 5) del Trattato Ce, e dell'interpretazione che ne ha elaborato la Corte di giustizia, "gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato". Ne deriva che l'obbligo stabilito dall'art. 86 (ex 90) in materia di concorrenza viene ad avere una portata di carattere generale, ed offre una griglia di lettura, e di sindacato, dell'insieme delle attività nazionali di "regolazione", ovverosia di larga parte delle attività nazionali di individuazione e disciplina delle attività amministrative (sul punto da ultimo v. Corte giust., 19 febbraio 2002, in causa C-35/99, in Foro it., 2002, IV, 188, con nota di S. Bastianon, soprattutto al punto n. 37 della motivazione).

### **3. La necessaria giustificazione della disciplina di compiti ed attività della pubblica amministrazione.**

Le riflessioni fin qui svolte mettono in chiara luce il fatto che nello Stato di diritto costituzionale la previsione di un'attività amministrativa e la disciplina del suo svolgimento richiedono necessariamente una giustificazione sulla base dei valori e dei diritti costituzionalmente garantiti.

La previsione di una generale legittimazione ad agire della pubblica amministrazione, risulta essere quindi incostituzionale nella misura sia "in bianco", in quanto cioè non risulti direttamente collegata al raggiungimento di specifici fini di interesse generale. D'altra parte la predeterminazione di fini di interesse generale non può comportare in maniera più o meno intensa una disciplina particolare delle conseguenti attività. I nuovi commi 1 e 1bis previsti dall'art. 1 ddl 1281 si trovano inevitabilmente stretti tra questi due poli.

Il fatto è che la positiva vigenza dei principi e delle corrispondenti regole applicative di rango superprimario – capaci cioè di imporsi al legislatore ordinario e di conseguenza di condizionare la validità delle scelte emanate con legge – ha spostato il problema della "natura" delle regole delle attività amministrative più profondamente di quanto si osserva abitualmente.

Con l'affermazione, e soprattutto con la lenta ma progressiva e costante applicazione delle regole costituzionali e comunitarie, il punto decisivo è sempre meno lo stabilire se l'attività amministrativa sia (o debba essere) disciplinata dal corpo di norme raccolto a suo tempo nel codice civile e tradizionalmente assegnato al diritto privato piuttosto che alle regole frammentarie, ricavate da teorie o principi generali ed enunciate da un giudice speciale, che designiamo con il nome di diritto amministrativo. Il punto cruciale è invece sempre più chiaramente verificare se una determinata regola scritta o di origine giurisprudenziale o di diritto vivente, corrisponda ovvero contrasti con i principi costituzionale e comunitari sovraordinati.

Questa impostazione logico-giuridica non è evidentemente nuova e non occorre quindi soffermarsi a lungo. Ciò che preme qui sottolineare è invece che essa si sovrappone e finisce per eliminare completamente la funzione sistematico-ricostruttiva della distinzione diritto pubblico/diritto privato.

Ma a chiarire tutto ciò è probabilmente più utile e produttivo ricorrere ad alcuni esempi. Tra i tanti possibili ne richiamiamo qui tre.

In primo luogo si può ricordare l'ormai lunga serie di decisioni con le quali la Corte costituzionale ha verificato l'ammissibilità delle diverse limitazioni di responsabilità che il codice postale prevedeva a favore appunto del servizio postale (tra le tante v. Corte cost., 17 marzo 1988 n. 303, in Cons. St. 1988, II, 455; in Foro it. 1989, I, 56 con nota di richiami di G. Marziale; Id., 20

dicembre 1988 n. 1104, in Giur. cost. 1988, I, 5358; Id., 28 febbraio 1992 n. 74, in Giur. cost. 1992, 398; Id., 30 dicembre 1997 n. 463, in Foro it. 1998, I, 682; Id., 21 gennaio 1999 n. 4, in Foro it. 1999, I, 402; Id., 20 giugno 2002 n. 254, in Foro it. 2002, I, 2209 ed ivi 2571 nota di G. Bellantuono).

In queste occasioni il ragionamento seguito dal giudice della costituzionalità delle leggi non ha mai ripercorso i binari della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, ma ha cercato di volta in volta di verificare se e perché la regola “speciale” denunciata nelle diverse occasioni potesse trovare o meno una giustificazione alla luce dei principi e dei valori costituzionali. E non vale opporre che questa impostazione non può essere generalizzata ed estesa a tutte le attività amministrative, perché in quelle occasioni si faceva questione di un’attività particolare, di un servizio pubblico, per di più oggi in parte privatizzato. Vero è infatti che lo stesso schema logico-giuridico di fondo dello scrutinio di costituzionalità si ritrova nelle sentenze che hanno esaminato regole specifiche dell’attività amministrativa in senso stretto, come per esempio quelle relative all’esecutorietà degli atti amministrativi (Corte cost., 7 luglio 1962 n. 87, in Giur. cost. 1962, 933 con nota di F.G. Scoca; Corte cost., 4 febbraio 1970 n. 13, in Giur. cost. 1970, 119 con osservazione di G. Falsitta) ovvero in tema del potere di autotutela della pubblica amministrazione (Corte cost., 22 marzo 2000 n. 75, in Giur. cost. 2000, 810 con osservazione di F. G. Scoca).

Osservazioni altrettanto interessanti possono ricavarsi dalla giurisprudenza comunitaria. Assai utili ai nostri fini appaiono per esempio le sentenze con le quali sono stati esaminati presupposti e condizioni dei ricorsi a tutela delle situazioni giuridiche soggettive in tema di attività contrattuale nei paesi di lingua tedesca. L’interesse deriva dal fatto che in Germania ed in Austria l’attività contrattuale della pubblica amministrazione è tuttora considerata – in perfetta continuità con la tradizione ottocentesca della *fiskalische Verwaltung* – attività di diritto privato. Corollario di questa impostazione è che la decisione di aggiudicare, non aggiudicare, a chi e come aggiudicare un contratto viene ritenuta un atto di diritto privato, o più precisamente un atto interno; l’atto esterno giuridicamente rilevante è soltanto la conclusione del contratto. Ciò comporta però una sensibile diminuzione delle possibilità di tutela dei concorrenti del contraente prescelto dall’amministrazione. Anche a prescindere dalle difficoltà del come e perché questi possano impugnare un contratto “di diritto privato”, il punto è che spesso l’impugnazione del contratto già concluso rischia di essere inutile anche se vittoriosa. La questione è stata portata alla Corte di giustizia che ha affermato che l’esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva richiede la possibilità di uno scrutinio giudiziale dell’atto di assegnazione del contratto (Corte giust., 28 ottobre 1999, in causa C-81/98, Alcatel Austria, in Riv. it. dir. pubbl. com. 2000, 479 con nota di C. Leone) ovvero della sua revoca (Corte giust., 18 giugno 2002, in causa C-92/00, in Racc. 2002, I, 5553).

Anche qui è sintomatico il percorso seguito dal giudice: la Corte non si impegna nella ricostruzione teorica o se si vuole dogmatica degli atti in questione, ne lascia completamente impregiudicata la “natura giuridica”, non si interessa del tipo di giudice che deve essere qui coinvolto, ma afferma che è comunque che sia concretamente ammessa la possibilità di un loro serio scrutinio giudiziale. Si potrebbe osservare che questo è un tipo di scrutinio che il diritto privato non conosce, ma così impostata la questione rischierebbe una volta di più di essere semplicemente terminologica: il punto è che deve positivamente esistere uno scrutinio specificamente inteso a controllare l’osservanza delle regole “speciali”, proprie dei contratti della pubblica amministrazione.

Ma per mostrare quanto sia profondo questo allontanamento dalla distinzione diritto pubblico/diritto privato è utile richiamare un terzo tipo di controversie, quelle nelle quali l’identificazione di uno specifico interesse della collettività nazionale è posto alla base di una disciplina nel suo complesso. Viene qui in rilievo in particolare l’obbligo degli Stati membri (art. 10, ex 5, del Trattato CE) di realizzare una situazione normativa che consenta uno svolgimento non discriminatorio delle attività economiche (art. 86, ex 90). E’ noto come la passata legislazione italiana in tema di commercio al dettaglio prevedesse che tale attività potesse essere esercitata solo sulla base di una licenza rilasciata dal Sindaco sulla scorta tra l’altro di un parere emanato da una

commissione composta dai rappresentati appunto delle varie categorie commerciali. E' chiaro che una simile disciplina apriva la porta al sospetto che tali categorie potessero fare un uso "protezionistico" di quel potere consultivo, ed in effetti quella legislazione rappresentava un determinato punto di sviluppo di un ordinamento all'origine sicuramente corporativo. Questi problemi furono portati all'attenzione della Corte del Lussemburgo da un'ordinanza del Pretore di Bassano del Grappa. La Corte di giustizia non sancì l'incompatibilità della disciplina che poi lo stesso legislatore italiano avrebbe abbandonato, ma ne condizionò la validità ad un'interpretazione per così dire "conforme" al Trattato di Roma: la legge italiana non contrastava con il Trattato Ce perché i poteri in essa previsti non potevano essere esercitati se non per ragioni di interesse generale (Corte giust., 17 ottobre 1995, in causa C-140/94, Soc. Dip contro Comune di Bassano del Grappa, in Cons. St. 1996, II, 115). In quel modo la Corte di giustizia identificava l'interesse pubblico in questione e nello stesso tempo segnava le condizioni ed i limiti di esercizio dei relativi poteri: essi non avrebbero potuto essere correttamente esercitati se non nella misura in cui fossero orientati alla tutela di un interesse non di categoria, ma generale (per ipotesi analoghe v. poi Corte giust., 18 giugno 1998, in causa C-35/96, in Giur. it. 1999, 555 con nota di A. Bertolotti; Id., Corte giust., 1 ottobre 1998, in Raccolta 1998, I, 5955).

In conclusione si può dire che la qualificazione di una norma come di diritto pubblico o di diritto privato corrisponde oggi a ragioni di carattere storico più che di contenuto o di significato. Essa rimane importante e spesso preziosa per numerosi aspetti, ma risulta essere raramente operativa per la soluzione di problemi concreti. A questo punto – in effetti – interessa meno stabilire se ad una norma vada applicata l'etichetta, per altro di difficile identificazione e di incerta portata, di diritto pubblico piuttosto che di diritto privato. Interessa invece ben di più stabilire se una norma speciale, perché diversa da quella che si applica alla generalità delle situazioni simili, sia o meno giustificata dall'esigenza di dare soddisfazione ad un diritto o di tutelare un valore costituzionalmente riconosciuto.

In questo contesto se il rinvio al diritto privato rimane nei binari di casi particolari in buona sostanza già noti, non pare recare grandi novità; se invece la sua generalizzazione vale a superare regole specifiche, e costituzionalmente fondate, esso risulta avere un valore assai incerto, soprattutto per un possibile contrasto appunto con i principi costituzionali che stanno alla base di tali specialità e che, in definitiva, costituiscono i veri "principi dell'azione amministrativa".