



Incontro di Studio
**L'azione amministrativa nel progetto di revisione
della legge n. 241/1990**

Pescara 30 maggio 2003

INTERVENTO

ALESSANDRA PIOGGIA

**AMMINISTRAZIONE E DIRITTO PRIVATO NELLA
PROSPETTIVA DELLA GIURISPRUDENZA**

relazione all'incontro di studio su

“L'azione amministrativa nel disegno di legge di revisione della L. 241/90”, Pescara, 30.5.2003

Prima di entrare nel merito dell'esposizione appare necessario un chiarimento sul titolo dell'intervento e, in particolare, sulla prospettiva che si è dichiarato di voler seguire: quella “della giurisprudenza”.

Diciamo subito ciò che questo non vuol dire. L'ottica nella quale si intende presentare il problema dell'impiego del diritto privato da parte dell'amministrazione non conduce a, né presuppone una presa di posizione in ordine alla giurisdizione.

La questione è nota nei suoi termini e non se ne vuole assolutamente negare la rilevanza. Del resto, gli studiosi che si sono cimentati con questo problema lo hanno fatto al fine di mettere in discussione l'equazione, che il modello tradizionale tenderebbe a dare per scontata, fra diritto privato, situazione soggettiva e giurisdizione. Il risultato, nella maggior parte dei casi, è andato nel senso dell'affermazione della necessità/opportunità dell'espansione della giurisdizione amministrativa esclusiva in ragione della natura funzionale di tutta l'attività dell'amministrazione anche quando agisce nel diritto privato. La sensazione è che, per certi versi, tutto ciò possa rivelarsi non del tutto convincente nell'affrontare la questione della privatizzazione.

La soluzione per cui la verifica della conformità a legge dell'azione privata della pubblica amministrazione deve essere rimessa al giudice del potere pubblico (da rileggere quindi come giudice della funzione) suona a volte come risposta un po' affrettata alla serie di questioni che sorgono quando l'amministrazione pubblica usa il diritto privato. Il pericolo è quello di non prendere sul serio la privatizzazione o comunque di non trarre da essa tutte le conseguenze che coerentemente dovrebbero o potrebbero discenderne.

Del resto non può non convenirsi sul fatto che la necessità di non lasciare ombre sugli effetti dell'impiego del diritto privato in luogo della disciplina pubblicistica da parte dell'amministrazione sembra sempre più urgente anche alla luce del disegno di legge in commento. La previsione che dispone in merito è quanto mai generale: “salvo che la legge disponga diversamente, le

amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto privato”. Viene meno, rispetto alle formulazioni precedenti, la parte in cui si escludeva la privatizzazione dell’azione amministrativa laddove ciò si ponesse in contrasto con i principi costituzionali e con le norme legislative sull’amministrazione pubblica. L’esigenza di tenere comunque conto di questo quadro ovviamente non muta. Di qui l’invito ad una verifica che suggerisca punti di vista ulteriori e vagli percorsi non ancora del tutto battuti.

La diversa “prospettiva della giurisprudenza” nella quale ci si intende porre vorrebbe rappresentare un tentativo di guardare alla privatizzazione attraverso un nuovo prisma, quello del rapporto fra azione privata e legge, per far emergere profili differenti da quelli normalmente considerati e con l’intento di costruire un quadro il più completo possibile delle conseguenze.

L’idea, in sostanza, è quella di chiedersi cosa vuol dire privatizzare, muovendo anche dalle ricadute del passaggio dal pubblico al privato sui modi di verifica della conformità dell’attività privata alle norme. A questo fine l’analisi di come il giudice tratti l’attività pubblica e quella privata quando deve saggiarne la coerenza con la legge sembra il modo più efficace per provare a rispondere. La questione di fondo, infatti, è cosa e quanto cambia quando l’ottica non è più quella del controllo del potere pubblico a tutela dell’interesse legittimo nel quadro della legittimità perché diventa quella della verifica di un’azione privata a garanzia del diritto secondo il modello della liceità.

Il fatto che per rispondere a questa domanda nel nostro sistema occorra confrontare l’atteggiamento di due giudici diversi e quindi della giurisprudenza amministrativa e ordinaria è, come noto, il riflesso di scelte istituzionali e di comportamenti storici.

Dichiarata la prospettiva dalla quale si intende tentare un approccio di analisi, occorre dare conto del motivo per il quale si è scelta questa chiave di lettura del fenomeno della privatizzazione.

La ragione sta nell’assenza di una distinzione fra norme pubbliche e norme private nel nostro sistema e, quindi, nell’impossibilità di separare il pubblico dal privato a partire dalla fonte di disciplina. Una delle conseguenze di tutto ciò è che gli stessi principi di azione possono riguardare entrambi i tipi di attività. Il disegno di legge in esame del resto introduce norme che dichiarano di voler regolare l’attività amministrativa indipendentemente dalla forma giuridica nella quale essa si esprime.

Il modo per comprendere le differenze fra l’energia giuridica pubblica e quella privata (differenze che giustificano una privatizzazione altrimenti inutile) passa allora per l’approfondimento del rapporto fra l’azione, che è diversa, e la norma, che potrebbe rimanere la stessa. Di qui la centralità del sindacato giurisdizionale inteso come momento in cui quel rapporto emerge e prende forma come liceità/illiceità o legittimità/illegittimità dell’azione.

Giustificata la scelta di questa prospettiva fra quelle possibili, resta da delimitare il campo di indagine, distinguendo perlomeno due modi della privatizzazione dell’azione dell’amministrazione pubblica, anzi, come più correttamente recita il disegno di legge delle “amministrazioni pubbliche”. Il primo è il più noto e frequente: quello dell’impiego di “strumenti-atti” privati. Questo modo è diffuso in quei casi in cui la produzione degli effetti richieda o consenta il concorso della volontà pubblica e di quella privata. In queste ipotesi l’uso di modelli consensuali privatistici appare decisamente il più consono.

Ciò vale, ovviamente, per i contratti, ma potrebbe applicarsi anche ad una serie di rapporti precedentemente improntati alla unilateralità della decisione regolatoria.

Le maniere in cui questo fenomeno viene descritto possono ricondursi (con uno schematismo reso, si spera, perdonabile dal tono di queste brevi note) a due tipi di ricostruzioni concettuali.

Uno è quello tradizionalmente noto come dell’evidenza pubblica nel quale l’impiego dello strumentario privato appare doppiato da un percorso pubblico con una serie di intersezioni.

L’altro potrebbe essere definito come della funzione o funzionale, dal momento che pone l’accento su questo aspetto del potere pubblico piuttosto che sull’aspetto dell’autorità e afferma la possibilità che quest’ultimo possa esprimersi attraverso atti che producono i loro effetti una volta combinati con atti privati e, quindi, inseriti in un modulo privatistico consensuale. Il merito di questa seconda versione ricostruttiva della vicenda dell’utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni di

strumenti privati è quello di fornire una spiegazione idonea a ricomprendere sia le fattispecie tradizionalmente ricostruite come contrattuali-strumentali (ad es. acquisto di beni e servizi per il funzionamento di un apparato), sia quelle convenzionali-finali, in cui, cioè, la contrattazione riguarda direttamente il contenuto dell'azione pubblica, risolvendo, fra l'altro, anche la questione mai del tutto sopita del contratto di diritto pubblico.

In entrambe le ricostruzioni accennate all'uso dello strumentario privatistico si accompagna l'impiego di potere pubblico, se pure con diverse combinazioni/intersezioni fra i due momenti.

Nella particolare prospettiva accolta quel che interessa, tuttavia, è come da ciò discenda la conseguenza per cui la verifica della conformità dell'azione (complessivamente intesa) alla legge passi attraverso un duplice piano: il controllo del potere pubblico e la verifica dell'atto privato. Il sindacato tipico del giudice amministrativo sulla parte pubblica del fenomeno soddisfa le esigenze di riscontro giurisdizionale sulla funzione nella sua dimensione pubblicistica. La giurisdizione sul contratto e sulla sua esecuzione completa sotto l'altro profilo, quello privato, lo spettro delle garanzie complessivamente offerte nei confronti dell'azione della pubblica amministrazione. Che i due momenti siano concentrati in un unico giudice esclusivo o restino attribuiti ciascuno ad una giurisdizione non è di primario rilievo ai fini della nostra analisi, ciò che conta è il concorso delle due tecniche per assicurare la tutela complessiva.

Accanto a questo tipo di privatizzazione dell'azione se ne colloca un altro, meno impiegato finora, ma ai nostri fini estremamente significativo. E' il caso in cui ad essere privato non è soltanto l'atto finale di un percorso inquadrabile come esercizio di attività pubblica ma l'intero processo o, meglio ancora, la fonte stessa dell'energia giuridica che l'amministrazione spende nell'azione.

L'esempio più noto di questo modello di privatizzazione riguarda la gestione del rapporto di lavoro e l'organizzazione degli uffici da parte degli organi deputati alla gestione che, come è noto, operano in questi campi con "poteri" e "capacità" privati.

La differenza rispetto al primo tipo di privatizzazione è rappresentata dall'impossibilità di enucleare un momento pubblico che affianchi quello privato nella medesima azione. Non è, per intenderci, che gli organi di gestione nell'uso di "poteri privati" non debbano tenere conto del quadro pubblicistico nel quale si muovono, ma è la configurazione di esso che è diversa: non si tratta di precetti fissati con poteri pubblici ai quali dare attuazione/esecuzione con strumenti privati, ma, similmente a quanto accade nel rapporto fra norma e autonomia, di regole che delimitano lo spazio nell'ambito del quale può legittimamente muoversi l'energia giuridica qualificata come privata.

Non è un caso che, a questo proposito, la legge tratti di "poteri" e non di semplici "atti" privati. Ed è altrettanto significativo che disciplinando gli atti pubblici che li precedono imponga a questi ultimi di lasciare al potere privato datoriale "adeguati margini" quasi a prefigurare metaforicamente uno spazio delimitato, ma non inciso dal pubblico. A conferma di ciò sul piano organizzativo sta anche la diversità degli organi che stabiliscono i precetti pubblici rispetto a quelli che usano del potere privato nonché la distinzione fra le diverse competenze e i differenti tipi di responsabilità di cui ciascuno risponde.

La verifica giurisdizionale di conformità alla legge riguarda, quindi, un'azione completamente privata, rispetto alla quale il controllo sul potere pubblico che la precede non assicura parte della garanzia. Questo non perché non sia possibile attivarlo anche ad opera degli stessi soggetti che aspirano alla tutela nei confronti dell'azione privata, ma perché riguarda l'esercizio di un potere diverso che incide su oggetti che, se pure collegati, restano distinti.

Per comprendere la differenza basterà pensare al diverso caso della verifica della delibera a contrarre tipico del primo modello di privatizzazione. Attraverso il sindacato sull'atto pubblico in quest'ultima ipotesi è possibile controllare anche parte del contenuto dell'atto privato, stante la parziale coincidenza di quanto stabilito nel provvedimento e nel contratto. In questo modo aspetti come l'oggetto o le clausole fondamentali sono sottoposti a verifica anche secondo le logiche di controllo dell'agire pubblico funzionalizzato: coerenza con il fine, rilevanza nei confronti dei terzi, rapporto con l'organizzazione, ecc...

Questo non avviene per l'esercizio dei poteri privati datoriali: l'atto pubblico di organizzazione che li precede in questo caso ha un contenuto fisiologicamente diverso dalle decisioni private che si inseriscono proprio negli spazi non disciplinati da esso.

Questo secondo tipo di privatizzazione è particolarmente significativo ai fini dell'analisi in corso: ci troviamo infatti di fronte ad un'azione dell'amministrazione integralmente da verificarsi con la tecnica del controllo giurisdizionale sull'attività privata.

Le domande alle quali sarebbe interessante cercare di dare una risposta a questo proposito sono molte. Sullo sfondo resta comunque centrale la questione relativa a se e come quegli aspetti che nel primo tipo di privatizzazione emergono attraverso la verifica sul potere pubblico funzionalizzato (che accompagna sempre l'utilizzo di atti privati) rilevino nel momento in cui non è più possibile distinguere nel quadro della stessa attività complessivamente intesa fra un'azione pubblica e uno strumentario privato, dal momento che è tutto il "potere" giuridico che l'amministrazione spende nell'azione ad essere privatizzato.

Ciò che possiamo cercare di fare nel breve spazio di queste note è commentare alcuni primi dati che emergono da una ricognizione della giurisprudenza ordinaria di verifica della conformità a legge del potere privato datoriale delle amministrazioni pubbliche.

Un primo aspetto, sul quale tuttavia non vale la pena soffermarsi troppo, è l'inevitabile iniziale disorientamento del giudice ordinario nel momento in cui si trova di fronte non a controversie sull'esecuzione di un atto privato, ma all'esigenza di sindacare l'intero dispiegarsi dell'azione dell'amministrazione. Ne sono il frutto, oltre al richiamo alla ormai nota figura dell'interesse legittimo di diritto privato (Trib. Bologna 23/4/2001), che "funziona" però come un diritto soggettivo (Cass. ss.uu. sent. 41/2000), alcuni ibridi come il riferimento ad una non meglio precisata qualità negoziale-discrezionale degli atti (Trib. Pordenone 20/3/2000) o ad un eccesso di potere per violazione della funzione contrattuale (Pret. Genova 22/3/1999).

Al di là delle perplessità che simili soluzioni non mancano di suscitare, non v'è dubbio che esse siano espressione dell'incidenza di questo tipo di privatizzazione proprio sul profilo della verifica giurisdizionale della conformità dell'azione della pubblica amministrazione alla legge. Non è un caso, del resto, che riguardino principalmente gli aspetti sui quali tradizionalmente si fonda il riscontro sul corretto esercizio della funzione: discrezionalità ed eccesso di potere.

Più recentemente, tuttavia, il giudice ordinario tende ad assestarsi su linee consolidate di verifica delle prerogative datoriali rispetto alla legge. Comprensibilmente la giurisprudenza diffida di soluzioni di compromesso e tende a riprodurre le logiche e le tecniche ampiamente utilizzate nel sindacato sull'impiego dei poteri del datore di lavoro privato.

Rispetto a questo secondo tipo di pronunce è possibile evidenziare, se pur schematicamente, le principali differenze rispetto alle modalità di verifica tipicamente impiegate nel controllo del potere pubblico funzionalizzato.

Il momento attuale offre un'occasione irripetibile per un'operazione del genere. La privatizzazione e il conseguente passaggio di giurisdizione si inscrivono, infatti, in un quadro temporale ancora pienamente dominabile nel quale è possibile cogliere con un unico sguardo la doppia qualificazione della medesima vicenda come espressione di pubblico potere e come esercizio di prerogative private: questioni analoghe sono oggetto insieme delle ultime pronunce del giudice amministrativo e delle nuove del giudice ordinario.

Per procedere con ordine ad una prima indagine sulle tecniche che quest'ultimo impiega nella verifica della conformità alla legge dell'azione dell'amministrazione sembra fruttuoso distinguere fra un'area in cui l'attività appare regolata da prescrizioni "precise" e un'area regolata da principi.

Questo dovrebbe consentirci di evidenziare più agevolmente alcune differenze rispetto al controllo sul potere pubblico, che siamo abituati a percepire insieme come sindacato "rigido" di mera legalità sul rispetto di adempimenti e come sindacato "elastico" sull'impiego della discrezionalità.

Sotto il primo profilo (sindacato rispetto a meri adempimenti) la questione iniziale riguarda l'individuazione delle regole che disciplinano l'esercizio delle prerogative privato-datoriali della pubblica amministrazione. Rispetto ad un *corpus* di norme procedurali che si applicano a tutti i

casi di impiego del potere pubblico funzionalizzato, di fronte al potere privato il giudice si interroga su quali disposizioni dettino adempimenti obbligatori. Normalmente, infatti, il giudice ricostruisce il quadro giuridico a partire non dalle prescrizioni che riguardano direttamente il modo di esercizio dell'azione, ma da quelle che conformano il diritto, ricostruendo a partire da questi obblighi anche di comportamento.

Da ciò discendono quanto meno due ordini di conseguenze: la prima è che non sempre le norme dettate per l'esercizio dell'azione pubblica sono ritenute tutte applicabili a quella privata (Pret. Napoli, 11.12.1998); la seconda è che le regole dettate per l'esercizio del potere, che alcuni giudici ritengono applicabili anche all'esercizio delle prerogative datoriali, sono impiegate però in maniera diversa.

La differente prospettiva è evidente nelle ipotesi in cui il giudice ordinario riconosce l'obbligatorietà della motivazione anche della decisione datoriale privata dell'amministrazione: quello che nel caso del potere pubblico, è un requisito del suo corretto esercizio, nel caso del potere privato è un adempimento necessario di cui la parte soggetta all'esercizio unilaterale delle facoltà dell'altra ha diritto (Cass. sez. lav, 10.01.1994, n. 15). Tutto questo si riflette non solo sulla diversa qualificazione della situazione giuridica del soggetto che fronteggia l'amministrazione, che ovviamente non si configura più come interesse legittimo ma come diritto soggettivo, ma anche sul trattamento riservato al contenuto della motivazione. Con riferimento alla decisione datoriale di redistribuzione degli incarichi dirigenziali, ad esempio, il giudice amministrativo riteneva idonea la motivazione che si limitasse a richiamare l'esigenza di avvicendamento sancita dalla previsione legislativa del criterio della rotazione degli incarichi in relazione al fine pubblico del buon andamento (Cons. Stato, IV, 31.01.2001, n. 550); il giudice ordinario, diversamente, ritiene insufficiente il mero richiamo alle scelte organizzative effettuate nell'obiettivo del buon andamento, considerando necessaria una giustificazione delle decisioni che faccia diretto riferimento alle singole posizioni lavorative coinvolte (Trib. lav. S. Angelo dei Lombardi, 10.05.2001, n. 342).

Nella medesima direzione va anche il diverso atteggiamento nei confronti del rispetto delle regole del procedimento. Di nuovo, i passaggi procedurali tradizionalmente ritenuti requisiti di validità alla luce dell'esigenza di un necessario bilanciamento, proprio in sede procedimentale, degli interessi pubblici e privati, sono riletti in termini di diritto del lavoratore alla "prestazione" procedurale (Cass. sez. lav. 12.01.93, n. 226), considerando il mancato rispetto dei necessari passaggi non come un modo scorretto di esercitare un potere funzionalizzato, ma come una lesione diretta del singolo (Trib. Paola, ord. 09.05.2000), da cui potrebbe non derivare neanche l'annullabilità del relativo atto, ma soltanto un obbligo di risarcimento del diritto violato (Cass. civ., 01.10.1993, n. 9804).

Complessivamente questi pur brevi accenni ci danno una prima sensazione delle conseguenze che possono discendere dalla diversa chiave di verifica della corrispondenza a legge dell'attività privata rispetto a quella pubblica anche con riferimento alle medesime norme.

In parte, come visto nel caso della motivazione, può derivarne la percezione di un contenuto diverso del medesimo adempimento, in parte, come per la violazione delle regole procedurali, possono risultare diversi anche gli effetti del medesimo inadempimento.

Più complessa è la verifica delle tecniche di controllo dell'azione privata dell'amministrazione rispetto a regole che contengono principi. In questo campo il giudice ordinario ha minore esperienza e manca di modelli consolidati, fatta eccezione per l'uso delle clausole generali, che però, come si vedrà, hanno una funzione ben diversa.

Una prima posizione che vale la pena prendere in considerazione è quella per cui il privato non potrebbe invocare la violazione di norme poste a tutela degli interessi generali in quanto regole che proteggono interessi diversi dal proprio (Trib. Catanzaro, 08.05.2001). Un'impostazione del genere, come è facile comprendere, tende ad emarginare dal quadro delle norme parametro della conformità dell'azione a legge proprio quelle disposizioni che dettano principi, in quanto spesso poste proprio a garanzia dell'interesse pubblico complessivamente inteso. Si pensi, anche solo per fare un esempio, al buon andamento o all'imparzialità e al fatto che le conseguenze operative che ne discendono, come la valutazione degli interessi in gioco, non costituiscono più "criteri idonei e congrui per la

valutazione della illegittimità dell'atto (privato) in quanto la loro violazione non comporta la lesione di un diritto soggettivo" (Pret. Venezia, ord., 21.04.1999).

Anche qui ci troviamo di fronte alle conseguenze di una lettura capovolta delle stesse norme. Il giudice ordinario, diversamente dal giudice amministrativo, non procede dal lato del potere con l'obiettivo di verificarne il corretto esercizio alla luce delle norme che ne disciplinano l'impiego sottoponendolo al rispetto anche di principi generali, ma muove dal diritto e verifica l'ingiustizia della eventuale lesione che ha subito a partire dalla ricostruzione della sua dimensione e dei suoi confini. In questo percorso argomentativo rischiano di rimanere emarginate proprio le regole che non impongono esatti adempimenti all'amministrazione titolare del potere datoriale e che per questo con più difficoltà possono essere rilette in termini di pretesa garantita dell'altra parte.

Una prospettiva di recupero dei principi intesi come parametro dell'azione anche privata dell'amministrazione è rappresentata dalla tradizione giudiziaria dell'impiego delle clausole della buona fede e della correttezza nel sindacato sui poteri datoriali privati.

Non mancano nella giurisprudenza aperture in questa direzione. La violazione di principi propri dell'azione pubblicistica viene impiegata da alcuni giudici nella verifica del rispetto da parte dell'amministrazione che esercita poteri privati datoriali dei canoni generali di correttezza e buona fede (Trib. Belluno ord. 22.05.2002.).

Anche qui, tuttavia, le differenze rispetto al modello del sindacato sull'impiego del potere pubblico non sono di poco conto. Il giudice ordinario, infatti, attraverso l'applicazione del principio di buona fede, individua una serie di obblighi ulteriori in capo a chi esercita il potere, obblighi che si traducono in altrettanti diritti di chi lo fronteggia. La prospettiva rimane, quindi, quella sopra considerata per cui è dalla ricostruzione della dimensione del diritto che discendono i limiti del potere. Quanta parte dei principi fissati per l'azione dell'amministrazione possa essere recuperata per questa via è ancora tutto da verificare.

Per ora si tratta essenzialmente del buon andamento o della buona amministrazione applicati al funzionamento degli uffici, che nell'argomentare del giudice sostituiscono o integrano il fattore della "normalità organizzativa" preso tradizionalmente in considerazione per la verifica della buona fede *in executivis*. A questo proposito non si può non considerare, se pure per ora soltanto in termini di provocazione all'approfondimento, come il giudice ordinario, una volta introdotti nel giudizio aspetti come quello del buon andamento ai fini di verifica della buona fede, ne conosca pienamente non ammettendo alcuna "riserva di giudizio" all'amministrazione datore di lavoro.

Non è un caso, del resto, che autorevoli ricostruzioni abbiano qualificato le clausole generali come forme di attribuzione al giudice di un potere discrezionale di valutazione comparativa di interessi alla luce di principi generali.

Una chiave di lettura del genere rende più che mai evidente il cambio di prospettiva nel passaggio dal pubblico al privato. Gli spazi decisionali che nell'esercizio di un potere pubblico disciplinato per principi, e quindi non interamente vincolato, consideriamo margini di discrezionalità riservati all'amministrazione, nell'esercizio di prerogative private si ridefiniscono in una nuova logica: quelli che sono traducibili in obblighi di comportamento a garanzia di diritti oppure recuperabili in termini di parametro per valutare la correttezza e buona fede divengono oggetto di sindacato pieno del giudice; quelli che non rientrano nelle due categorie appena citate rimangono esterni alla verifica giurisdizionale.

A questo punto, è necessario cercare di tirare un po' le fila di quanto finora considerato.

La chiave di lettura sviluppata è quella del diverso rapporto fra l'azione pubblica, l'azione privata e le regole che le disciplinano, regole che, come abbiamo visto, possono in parte anche coincidere.

Rispetto a quella pubblica, l'attività privata dell'amministrazione non viene verificata in rapporto all'attuazione-esecuzione della norma che la disciplina, ma in relazione al diritto che la fronteggia e conseguentemente alle regole che definiscono la consistenza di quest'ultimo. Questo consente di ritenere ad essa applicabili, oltre alle norme dei rapporti interprivati, tutte le regole dell'azione amministrativa suscettibili di essere "rilette" in termini di diritto dell'altra parte.

Se si procede ragionando in questo modo si verifica quanto si “perde” e quanto si “guadagna” nel passaggio dal pubblico al privato.

Oltre ai dati più noti come quelli relativi alla tutela dei terzi e alla configurazione delle situazioni soggettive di chi si rapporta con l'amministrazione, sul piatto della bilancia in questo modo si possono mettere altri aspetti: la ridefinizione delle regole decisionali e procedurali applicabili all'azione; la mancanza di una riserva della pubblica amministrazione nell'applicazione delle regole di principio, compensata da una diminuzione delle norme di principio sul rispetto delle quali è possibile effettuare un sindacato giurisdizionale; o ancora quella che per certi versi è una ridelimitazione della sfera decisionale, anche qui compensata però da un diverso ruolo della volontà in questa stessa sfera (non più volontà sostanzialmente procedimentale, ma una vera e propria volontà decisionale) e così via.

L'idea è quella per cui un'analisi come quella avviata potrebbe risultare utile a fornire indicazioni su quale parte dell'azione dell'amministrazione possa essere privatizzata nel secondo dei modi evidenziati, trasformando, cioè, tutta l'energia giuridica che viene spesa nell'attività e non solo l'atto finale dal quale si ricavano gli effetti.

L'obiettivo, come premesso, dovrebbe essere anche quello di verificarne i margini di praticabilità in quell'ottica che ammette il ricorso al diritto privato nei limiti in cui questo risulti coerente con i principi in materia di amministrazione pubblica.

Il risultato evidentemente è ancora tutto da costruire.