

Legge e contratto oggi*

Sommario: 1. Il contratto nell'epoca della globalizzazione: anacronismo o sussidiarietà della legge? – 2. Artificialità della legge e realtà della natura umana. – 3. Autonomia negoziale e legge tra alternatività e complementarità. – 4. Il contratto tra indirizzo politico e gestione amministrativa. –5. Contratto e spoils system.

1. Nell'odierna crisi della statualità del diritto, rivelata dai processi di globalizzazione dell'economia, Francesco Galgano rivendica al giurista un ruolo preminente nell'identificazione del fenomeno giuridico, ma esclude dal novero dei legittimati coloro che osservano il diritto dal punto di vista storico, filosofico e sociologico, in quanto non attrezzati per riconoscerne le nuove prospettive in esso emergenti [1]. Scrive, infatti, il civilista: "Comprendo il disagio degli intellettuali puri (filosofi, sociologi, storici del diritto), che hanno con la realtà un contatto solo indiretto, mediato dall'osservazione altrui, che può essere a sua volta anch'essa mediata; sicché la percezione della realtà arriva loro, quando pure arriva, filtrata da lenti deformate da pregiudizi, ideologismi, approssimazioni (i fondi dei quotidiani!), fraintendimenti, luoghi comuni. Viviamo – ma quanti intellettuali puri se ne sono accorti? – nell'epoca di una grandiosa trasformazione del diritto, indotta dalla globalizzazione dei mercati. Non solo al diritto degli Stati si sovrappone un diritto globalizzato, ossia la *lex mercatoria*; non solo i vari ordinamenti statuali manifestano la sempre più pronunciata attitudine, in passato neppure pensabile, a proporsi fuori dei confini nazionali quali modelli per uno shopping del diritto; lo stesso diritto statale si trasforma al suo interno per adeguarsi alla globalizzazione della odierna società, ed il contratto, che ha valenza universale, è chiamato a prendere il posto prima occupato dalla legge, la cui autorità si arresta ai confini dello Stato, perdendo l'antica capacità regolatrice della società" [2].

A prescindere dal problema teoretico, se sia possibile una conoscenza immediata ovvero occorra il tramite di una rappresentazione che, a sua volta, pone la questione del suo rapporto con la cosa di cui essa è rappresentazione, la netta presa di posizione del giurista felsineo reclama una riflessione sul contributo del sapere filosofico all'adeguata comprensione della nostra esperienza giuridica. Questo non per una rivendicazione corporativa in quanto, come è stato argutamente evidenziato trattando de Il posto della Filosofia del diritto nel corso degli studi di Giurisprudenza [3], da quando Ulpiano nel Digesto 1,1,1 ha definito i giuristi come "*veram, nisi fallor, philosophiam non simulatam affectantes*", ogni tentativo di divaricare giurisprudenza e filosofia appare fuori luogo. Bensì per accertare se una conoscenza strutturalmente disponibile a farsi carico della problematicità della convivenza umana, qual è quella filosofica [4], sia necessaria di fronte alla globalizzazione economica al fine di coglierne il profilo giuridico. Si tratta, in altri termini, di verificare se la prospettiva di un diritto avulso dall'opera delle istituzioni politiche corrisponda al modo in cui, nella comune esperienza, si realizza l'ordinamento delle relazioni intersoggettive.

L'aver individuato nel contratto "il principale strumento di innovazione giuridica" [5] del nostro tempo ha condotto Galgano ad affermare che "la società civile si studia di fare da sé, tende ad autoorganizzarsi", nel senso che "l'iniziativa associata dei privati, operanti nelle forme del diritto privato, si assegna compiti un tempo pensabili solo in capo a pubbliche istituzioni" come, ad esempio, la materia urbanistica e la tutela dei consumatori [6].

A ben vedere, nel momento in cui si segnala che il contratto ricopre una posizione centrale nella vita associata, in quanto con esso si disciplinano questioni di rilevanza comune per i consociati, se ne smentisce clamorosamente la visione individualistica, volta a porlo al servizio del singolo per il soddisfacimento del suo particolare. Ancora di recente, infatti, era stato ribadito che il contratto è espressione della "logica dell'individuo sovrano", in quanto tale indifferente a tutto ciò che è altro da sé, e che le relazioni con esso instaurate sarebbero di tipo meramente "atomistico-individuale" [7]; sicché l'avvento dell'economia globalizzata, con la diffusione internazionale di contratti uniformi, avrebbe segnato "la piena realizzazione del progetto moderno, del suo destino e della sua vocazione" [8], con la conseguenza che il "solo modo di far valere delle istanze sociali" sarebbe quello di sottrarle alla disponibilità degli agenti contrattuali, per "affidarle al finanziamento pubblico tramite il prelievo fiscale" [9].

Dove la posizione del Galgano sembra vulnerabile è, invece, a proposito della separazione del diritto dalle istituzioni politiche, che sarebbero messe in fuori gioco dall'affermarsi di un mercato planetario, svolgentesi al di sopra degli Stati nazionali [10]. Evidentemente, l'unità economica dei mercati impone di rivisitare la concezione dello Stato e del diritto elaborata dalla teoria politico-giuridico moderna, quindi l'idea del soggetto pubblico che domina il territorio in cui è sovrano, titolare cioè di un potere assoluto, ma non sembra appropriato escludere qualsiasi connessione dello Stato con il fenomeno giuridico [11]. Richiamando l'attenzione sul contratto come fonte del diritto [12], si è demistificata la pretesa stalinistica di ridurre l'ordinamento giuridico alla volontà pubblica: ora si tratta di riportare alla luce la funzione effettivamente esercitata dall'organizzazione politico-giuridica nei confronti dell'autodisciplina individuale. Altrimenti, il compito meritorio di aver posto al centro della riflessione il fenomeno contrattuale, con tutto quanto vi è connesso in termini di autonomia soggettiva, e quindi di capacità del singolo di porre da sé le regole della propria azione e di rispettarle, rimane per così dire nel guado. Non viene infatti in rilievo l'altra faccia della medaglia: la sussidiarietà delle istituzioni, la funzione cioè di sostegno, direzione e controllo da esse esercitata nei confronti delle autodeterminazioni

individuali [13] . Questo perché i precetti autonomamente assunti vanno ad inserirsi nel contesto dell'ordinamento giuridico, cioè del processo mediante il quale si ordinano le relazioni della comunità alla luce di quello che è il suo bene, il principio cioè diretto a permettere ai consociati di stare insieme senza pregiudicare ma, anzi, sviluppando le proprie capacità [14] . Di qui la complementarietà delle istituzioni nei confronti dell'operato della persona umana, che si avvale dell'apporto della legge la quale ne integra i regolamenti, qualora risultassero insufficienti ad ordinare i rapporti intersoggettivi. Diversamente, quindi, da quanto accade in epoca di dirigismo statale, dove le norme sono "dirette a predeterminare il contenuto del contratto, a stabilire obblighi legali di contrarre, a sostituire autoritativamente il contenuto fissato dall'autonomia delle parti" [15] .

L'epocale passaggio da un'economia di tipo pubblico, dove è il potere a decidere come si allocano le risorse disponibili, ad una di mercato in cui il singolo operatore, in corrispondenza al ritrarsi dello Stato dall'arena e dall'ufficio di conformatore dell'agire economico, si riappropria della responsabilità delle scelte imprenditoriali che gli era stata espropriata dall'interventismo statale, è riduttivamente chiosato dal Galgano, secondo cui "c'è anche, e forse c'è soprattutto, un più generale mutamento delle condizioni e degli spazi entro i quali si svolge la competizione economica, che non sono più, nell'odierna economia globalizzata, le condizioni di una competizione suscettibile di decisivi correttivi politici, né sono più gli spazi di una competizione a carattere prevalentemente nazionale" [16] .

E' chiaro che se per politica s'intende l'esercizio del potere sulla vita economica, al fine di imprimerle un orientamento estraneo agli intendimenti nutriti dagli agenti negoziali, la dislocazione internazionale delle imprese rende vano qualsiasi intervento potestativo dello Stato. Ciò dovrebbe indurre non a teorizzare che il diritto del mondo globalizzato renda anacronistici gli interventi istituzionali, ma a ripensarli in termini di ausilio e di controllo dell'autoregolamentazione, tali cioè da impedire le prevaricazioni di una parte nei confronti dell'altra suscettibili di verificarsi in un mondo economico il quale, liberato dalla tutela del dirigismo statale, deve fare i conti con le possibili degenerazioni dell'autonomia soggettiva [17] . Del resto Galgano non ha mancato di evidenziare l'opera di Unidroit, volta a depurare le prassi negoziali del commercio internazionale dagli aspetti di asimmetria tra le parti che impediscono una regolazione autenticamente autonoma degli interessi in gioco [18] .

La prospettiva che, per l'affermarsi della globalizzazione economica, teorizza l'avvenuta esautorazione della politica, presta il fianco a chi vede all'opera nel mondo contemporaneo un progetto globalista, manifestazione estrema del vecchio individualismo, e reputa il diritto di fonte negoziale del tutto sprovvisto nei confronti di "quegli intenti di massimizzazione del profitto che guidano l'internazionalizzazione dell'economia, abiurando la funzione del diritto di porre equilibrio e costruire mediazione e sintesi tra più interessi" [19] . Così come quando essa afferma, a proposito dei contratti uniformi internazionali di cui si materia la *lex mercatoria*, che "a crearli (...) sono gli uffici legali delle grandi multinazionali, sono i consulenti delle associazioni internazionali delle diverse categorie imprenditoriali" [20] , fa sorgere il sospetto che in essi si veda non tanto il frutto della capacità degli operatori economici di mettere ordine nei propri affari, quanto l'espressione di una nuova volontà sovrana, di origine privata in quanto quella pubblica non è più in grado di assicurare il controllo sociale dei mercati dopo che le imprese, al fine di sfruttare le possibilità offerte dalla mondializzazione dell'economia, si sono dislocate al di fuori dei confini dei singoli Stati nazionali.

Indubbiamente sono le *law firm* i soggetti attrezzati per redigere gli schemi negoziali meglio rispondenti alle esigenze del commercio internazionale, in modo da consentire una circolazione celere e al tempo stesso sicura di beni e servizi oltre le frontiere statali. Tuttavia essi esplicano, fondamentalmente, un'attività di traduzione tecnico-giuridica di quelle pratiche commerciali che sul mercato, grazie al contributo della generalità dei suoi avventori, si affermano per la loro efficacia operativa [21] . La rappresentazione del Galgano sembra invece fondare la contrattualità sul carattere potestativo del commercio internazionale, sull'imposizione esercitata dai grandi operatori economici, disconoscendo così il ruolo che, ai fini della rinascita della *lex mercatoria*, è svolto dai singoli imprenditori allorché essi provvedono a fissare le regole delle loro relazioni commerciali – anche riferendosi ai prospetti contrattuali predisposti dagli imprenditori leader nei singoli settori di mercato – e poi alle stesse si conformano nell'esecuzione dello scambio negoziale [22] .

Quando poi il Galgano propugna la validità dei contratti atipici sulla base della loro diffusione internazionale, in quanto il giudice chiamato a sindacarne la meritevolezza degli interessi perseguiti sarebbe "consapevole dell'isolamento economico nel quale altrimenti collocherebbe il proprio paese nel contesto dei mercati internazionali" [23] , suscita la fondata reazione di Pietro Perlingieri, il quale bolla la ricostruzione quale effetto di un "criticabile atteggiamento culturale che pone sullo stesso piano la diffusione all'estero di un nuovo tipo contrattuale con il giudizio di meritevolezza" [24] . Non tenendosi presente, osserva il teorico del diritto civile nella legalità costituzionale, che il mercato "oggi è non un insieme di sole regole economiche e per di più predisposte dai soli mercanti, ma uno statuto normativo complesso destinato a garantire il suo regolare funzionamento mediante una adeguata tutela tanto del produttore quanto del consumatore e nell'assoluto rispetto delle primarie, indifferibili esigenze dell'uomo" [25] .

2. Ciò non significa, si badi bene, giustificare l'intervento di una "artificialità normativa" come invece fa Natalino Irti, che nella disciplina convenzionalmente determinata vede "l'unico ed efficace strumento di che la politica e i singoli Stati possono servirsi per rispondere ai fenomeni globali" [26]. In tale prospettiva la regola giuridica viene in rilievo come una costruzione, priva di qualsiasi radicamento nelle cose su cui va ad incidere, imposta dalla volontà del soggetto pubblico [27]. Manifestazione insomma della sovranità e, quindi, del potere statale di sovrapporsi ai consociati, incapaci di perseguire l'ordinata convivenza. Invero osserva l'Irti, in un moto d'impazienza nei confronti di quanti si attardano ad evocare l'autonomia soggettiva, "il tramonto della sovranità statale farebbe – si passi l'ineleganza della parola – saltare il coperchio: esploderebbero tutte le passioni dei luoghi, e le potenze terrestri si troverebbero, l'una contro l'altra, in hobbesiana naturalità" [28].

Ecco emergere l'equivoco di fondo, che sembra inficiare la posizione di chi vede nel diritto una entità meramente artificiale, espressione della volontà sovrana: l'identificazione dello stato di natura, ipotizzato da Hobbes e dagli altri geometri legali, con la natura umana. Con il primo termine ci si riferisce alla condizione in cui l'uomo è incapace di mettere ordine nei propri affari e, in particolare, di stipulare un contratto, un atto cioè cogente ed inderogabile per le parti contraenti, in quanto ciascuna di esse agisce secondo i propri impulsi ed istinti e non avverte l'impegnatività della parola data [29]. Quello dello stato di natura, tuttavia, è una mera ipotesi, una convenzione posta dal pensiero giuridico moderno in funzione di una concezione statalistica del diritto, per la quale non c'è ordine al di fuori dell'imposizione sovrana, di colui che riesce a sovrastare i consociati predeterminando in astratto le modalità del loro relazionarsi [30].

Quando invece si fa questione di natura umana, e veniamo così al secondo elemento della indebita identificazione operata dall'Irti e, più in generale, dalla scienza giuridica e politica moderna, rileva l'essenza dell'uomo, il suo modo di essere che lo conduce ad autodisciplinarsi e a rispettare gli impegni in tal modo assunti. Con tale attitudine alla regolarità deve fare i conti il nomoteta, nel momento in cui interviene nel processo di ordinamento delle relazioni intersoggettive che si origina dall'autonomia dei soggetti medesimi. Si tratta infatti di far leva sulla capacità di autoregolazione individuale, al fine di orientarla verso il bene comune, inteso come il riconoscimento in comune del *suum cuique*, che si attua mediante il confronto dialettico tra le diverse istanze individuali.

Eppure si afferma, da parte dell'Irti, che la "risposta alla globalità rimane nell'inter-statalità: non già nella rinuncia, ma nell'esercizio della sovranità" [31], di un potere cioè che si esercita mediante la sovrapposizione alle determinazioni individuali. Si esprime il convincimento che il diritto intrattiene rapporti strutturali con la forza, risolvendosi in un 'far fare' nei confronti dei destinatari dei suoi comandi. Dunque, la categoria giuridica è intesa in modo da rendere essenziale, per la sua definizione, la sopraffazione delle singole individualità, assunte come inidonee a relazionarsi senza la minaccia di una sanzione da parte di colui che è in grado di farla valere. "L'accordo delle parti, che non sia un fatto solitario, affidato all'arbitrio del volere e disvolere individuale postula, e non può non postulare, una norma, dalla quale ripete la propria stabilità e la propria tutelabilità nel giudizio del terzo" [32]. Altro che corrispondenza ad indifferibili esigenze poste dall'umanità! Per il fautore del positivismo normativistico l'uomo deve essere trasceso mediante l'eteronomia regolamentazione dei suoi rapporti, in modo da neutralizzare quel "solipsismo" [33] che, determinando a tanti centri di potere quanti sono gli agenti negoziali, giustifica l'istituzione di un potere capace di imporsi a tutti.

È da ricordare, peraltro, che qualche anno fa Natalino Irti aveva suscitato tante attese nella comunità scientifica con la pubblicazione de *L'età della decodificazione* [34], dove è posto l'accento sulla centralità delle leggi speciali nell'esperienza giuridica. "La fuga dal codice civile – scriveva testualmente – riguarda fondamentali istituti ed interi complessi di apparati (così, la disciplina del divorzio e lo statuto dei lavoratori); e si intensifica e si allarga a mano a mano che gruppi sociali o cerchie di soggetti strappano, dopo aspri e tormentati negoziati con i poteri pubblici, leggi particolari e tavole di privilegi" [35]. Quando però si è accorto che la sua teorizzazione poteva ingenerare l'idea della comparsa sulla scena giuridica di leggi, le quali rampollano dalla convivenza umana, giacché alla loro definizione partecipano quanti dovranno poi rispettarle, il giurista abruzzese ha operato una virata. Ha restituito la "responsabilità dell'unità" al codice civile [36] - tempio sacro della sovranità statale nei rapporti privati [37] - che sarebbe messo in discussione da leggi che intendono rispondere "alle domande incalzanti della realtà" [38] e che si caratterizzano "per una aggiunta o uno svolgimento corrispondenti all'individualità del fatto" [39]. Ciò verrebbe ad urtare con la virtualità giuridica costruita dalle moderne geometrie legali, secondo cui una legge è tale, non perché consustanziale ai rapporti di cui rappresenta il profilo normativo, ma in quanto proveniente dal soggetto legittimato a produrla ed essendone, quindi, la manifestazione di volontà.

A riguardo della regolazione dei fenomeni sopranazionali, nonostante la capacità ordinamentale palesata dalla nuova *lex mercatoria* prodotta dagli stessi ambienti economici [40], l'Irti sostiene la necessità di pervenire ad accordi tra gli Stati, quali manifestazioni della loro potestà normativa [41]. "Il valore costruttivo dell'artificialità – afferma egli infatti - risalta proprio nel confronto con la latitudine planetaria dei problemi (economici, biotecnici, ecologici, ecc.): mentre le leggi della terra si crucciano in amara impotenza, il diritto artificiale è capace di seguirli stringerli regolarli" [42]. Tale ottica, osserva in particolare il giusprivatista, consente di rivelare che il diritto europeo è soltanto una "formula riassuntiva ed ellittica, che scambia per unità la crescente omogeneità dei diritti statali" [43], che pattiziamente concordano delle regole per gli assetti negoziali non controllabili dal singolo Stato.

Sulla stessa lunghezza d'onda si situano quanti prefigurano un "edificio giuridico" quale risultato della "volontà di addivenire, in via convenzionale, ad un terreno comune a tutti", in particolare mediante la promulgazione di un codice europeo dei contratti, che presuppone l'idea del contratto come mera veste giuridica dell'operazione economica [44] .

Per quanto concerne le riserve circa l'esistenza di un autentico diritto europeo, un diritto cioè comune ai vari popoli europei [45] , si può obiettare quanto Sabino Cassese ha evidenziato a proposito delle relazioni interstatali instaurate nell'ambito degli organismi sovranazionali; secondo il giuspubblicista, infatti, "c'è una differenza tra la fase genetica e quella dello sviluppo: quegli stessi rapporti che si stabiliscono in virtù di autolimitazione degli Stati, si sviluppano, poi, per forza propria e finiscono per imporsi agli Stati" [46] . Tant'è che, sin dal suo esordio, la Corte di giustizia di Lussemburgo ha dichiarato essere l'ordinamento europeo un ordinamento di nuovo genere, un ordinamento post sovrano, non rimesso cioè al potere dispositivo dei Padroni dei Trattati che, nel firmare le Carte europee, avrebbero rinunciato alla loro sovranità, al punto che esse prevalgono sulla legislazione difforme prodotta dagli Stati membri [47] . Per contro, prospettare un codice europeo dei contratti espressione della sovranità di un costruendo Stato Europa, significherebbe rinnovare quell'ostracismo nei confronti dell'autonomia soggettiva, testimoniato dalla vicenda delle codificazioni nazionali, in cui si è incarnata la discrasia tra potestà normativa e realtà sociale [48] .

3. L'opposizione all'appiattimento del diritto sul potere ha condotto a teorizzare l'esistenza di una dimensione giuridica aliena da quella costituita dalle prescrizioni statali. Sulla scia dell'idea del diritto dei privati, un diritto cioè che "non emana dallo Stato né immediatamente né mediatamente" [49] , ma differenziandosi da essa [50] , Giovanni Battista Ferri giustappone l'agire negoziale dei privati alle norme ed ai principi dettati dal soggetto pubblico [51] . Tale ambito individuale, avente "una sua originaria idoneità e capacità a dar vita a vincoli impegnativi", troverebbe oggi nella *lex mercatoria*, nella creazione cioè di contratti atipici e uniformi a livello internazionale da parte degli stessi agenti economici, un "esempio particolarmente significativo" [52] .

Per quanto concerne il rapporto tra la sfera giuridica statale e quella negoziale, che sarebbe appannaggio degli individui, il giusprivatista si chiede, in un primo momento, se quest'ultima "ne ricalchi, come dire?, l'essenza, costituisca, per la prima, ciò che il *sosia* rappresenta per il modello originale" [53] ; lasciando così intendere che l'ambito negoziale sia speculare a quello della normativa statale, ripetendone la medesima conformazione. E' quindi passato a rimarcare la diversità, in quanto "ordinamento statale e negozio marcano, per così dire, per linee parallele; diversa è la logica che li muove, diversi sono i valori che esprimono e tendono a realizzare" [54] : per cui si tratterebbe di sistemi esclusivi, ciascuno chiuso nella propria autoreferenzialità [55] .

Di fronte a siffatte rappresentazioni che, per superare l'identificazione del giuridico con l'intervento eteronomo dello Stato, propongono un sistema fondato sulla volontà dei privati [56] , sembra di poter muovere le seguenti obiezioni.

In primo luogo va richiamata l'attenzione sulle conseguenze di un ordinamento negoziale concepito come duplicato – Ferri dice che è il doppio – di quello statale, cioè del sistema normativo imposto dal detentore del potere. In tale ottica è necessario che le disposizioni adottate dai singoli siano generalmente osservate. Invero come nella prospettiva stalistica – Kelsen docet – il requisito dell'effettività dell'ordinamento è *conditio sine qua non* della validità della singola norma [57] , lo stesso dovrebbe predicarsi dell'ordinamento negoziale ove lo si configuri come *sosia*, cioè mera riproduzione di quello statale. L'insieme dei precetti posti dagli agenti negoziali dovrebbe essere per lo più rispettato: solo in tal caso, infatti, la singola manifestazione di volontà potrà essere qualificata come valida. Così, però, si fa dipendere la rilevanza giuridica del negozio dall'effettività del potere, dall'esistenza cioè di una volontà capace di ricondurre a sé ogni manifestazione negoziale. Ciò significa che l'individuo ricopre la stessa posizione, occupata nel sistema statale dal soggetto pubblico [58] , e, quindi, si consegna il diritto negoziale nelle mani di un sovrano che, a differenza di quello statale, sarebbe di natura privata [59] .

La teoria in esame, quando pone l'accento sul parallelismo tra ordinamento negoziale e quello statale, sul fatto cioè che mediante il primo i singoli perseguono valori loro propri, diversi da quelli di cui è portatore il soggetto pubblico, finisce per configurare la convergenza fra i due ambiti come impossibile ovvero meramente estrinseca [60] . Con la conseguenza che l'adeguamento alla legge si riduce ad esito del calcolo di convenienza compiuto dalle parti, le quali, per sfruttare l'apparato statale nel caso in cui ritengono insufficiente la sanzione privata, conformano le proprie negoziazioni alle fattispecie legali.

Ma cosa accade se uno dei soggetti negoziali non mantiene la parola data, non esegue, ad esempio, il lodo dell'arbitro cui egli stesso aveva deferito la risoluzione di una sua lite? Verosimilmente, in tale evenienza la parte che pretende l'adempimento si appellerà allo Stato, il quale, riscontrata la regolarità della decisione arbitrale, la porterà ad effetto nei confronti del soggetto riottoso.

Tale funzione di sostegno dell'attività individuale si palesa particolarmente rilevante nell'epoca della globalizzazione economica, in quanto si tratta di garantire degli scambi al di là delle frontiere nazionali. Lo Stato è vindice della parola data dai singoli, costringendoli a rimanervi fedeli, anche quando gli accordi non siano riconducibili alle sue espresse previsioni. Sicché, se per un verso, non è sostenibile che la legge sia la fonte della giuridicità, necessitando l'attitudine del singolo ad ordinare le proprie azioni, per l'altro, è "fuori della realtà, che l'una o l'altra corporazione intenda e riesca ad ergersi come ordinamento a sé stante, a petto di quello statale" [61]. Non è infatti configurabile una concezione assolutizzante dell'autonomia soggettiva, tale cioè da escludere la rilevanza delle istituzioni, le quali sono chiamate a sopperire alle insufficienze dei regolamenti autonomamente predisposti, al fine di far comunicare quei soggetti che hanno inteso, sia pur in malo modo, relazionarsi a mezzo di un accordo economico.

Diverso è sostenere, come fa Piero Schlesinger, che l'autonomia soggettiva "non ha alcun bisogno di preve concessioni da parte dell'ordinamento, ma si sviluppa certamente in modo originario per proprio conto", trovando nella legge l'"elemento integrante e determinante della sua rilevanza, un enforcement, una <giustiziabilità>, che riassume significativamente la portata della trasformazione da atto meramente interpretato o amicale ad atto dotato di effetti giuridici, addirittura con valore di legge inter partes" [62]. In questo modo si evidenzia la disposizione degli agenti negoziali a disciplinare le proprie interazioni e si coglie la complementarità dell'intervento istituzionale che, innestandosi sulla propensione soggettiva alla relazione, vero tessuto connettivo della vita associata, fa della parola data dai contraenti un impegno irrettabile, munito della forza coercitiva della legge. In altre parole, si prende atto che l'autonomia sussiste prima della legge, la quale, "eccitando il senso di responsabilità o il rispetto dell'affidamento" [63], ne propizia l'inveramento nelle relazioni interpersonali.

Risulta chiaro che l'attività sanzionatoria da parte delle istituzioni, nei confronti degli impegni assunti dagli stipulanti, presuppone l'accertamento della bontà delle intese raggiunte; queste, cioè, dovranno risultare improntate al riconoscimento del proprio di ciascuna delle parti contrattuali: in caso contrario, bisognerà porvi rimedio mediante l'eliminazione delle clausole difformi, ovvero inserendo quelle che, per contro, sono funzionali all'equo contemperamento degli interessi dei soggetti, giacché consentono di far valere le reciproche attese senza che l'una diventi prevaricante dell'altra [64]. Questo perché l'ordinamento giuridico, per dirla con il Betti, "non può prestare il suo appoggio all'autonomia privata per l'appagamento di ogni interesse che essa persegua, ma, prima di riconoscerne i vari atteggiamenti con la propria sanzione, li sottopone a un processo di tipizzazione e valuta la funzione pratica che ne caratterizza ciascun tipo in accordo con la socialità del suo compito d'ordine, che di fronte a quell'autonomia è anche un compito educativo e preventivo, sanzionatorio e direttivo della condotta" [65].

In definitiva, le istituzioni sono chiamate ad agire sussidiariamente nei confronti dell'autonoma regolazione dei soggetti, esercitando un compito di orientamento verso quanto risulti opportuno, conveniente, indispensabile per il benessere della vita comunitaria, e controllando che i suoi partecipanti non pongano in essere azioni lesive del principio intorno al quale tale benessere si realizza [66]. Di qui il pieno dispiegarsi del processo di ordinamento giuridico in cui l'ordine economico si perfeziona in ius, che si impone alle singole pattuizioni in quanto integrativo delle stesse e non perché espressione di un potere capace di farsi valere.

4. Nondimeno vi è chi, in ordine alla vicenda della contrattualizzazione dell'attività amministrativa, sostiene la necessità di funzionalizzare il contratto all'interesse pubblico, quale interesse del soggetto pubblico altro rispetto a quello del privato. È il caso di Franco Gaetano Scoca che, riflettendo sui concetti di "autorità" – attuantesi nell'eteroregolamentazione degli interessi – e di "consenso", afferma l'assoggettabilità del contratto al regime speciale dell'attività amministrativa, per cui il modulo consensuale sarebbe solo "un'apparente alternativa" all'agire autoritativo della pubblica amministrazione [67]. Al fine di tranquillizzare poi gli animi, inquieti per la parificazione tra atto unilaterale e contratto, il giuspubblicista precisa che lo "statuto [amministrativo] non si limita ad imprimere al potere precettivo il c.d. vincolo di scopo (finalizzandolo cioè alla soddisfazione dell'interesse pubblico), ma lo sottopone ad una serie di regole, formali e sostanziali: le quali possono essere riassunte, rispettivamente, nel principio del procedimento e nel principio (che si può convenire di denominare) del rispetto degli amministratori" [68].

A tale prospettazione sembra difettare la consapevolezza del significato profondo del ricorso al contratto nei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione. Il principio della contrattualità amministrativa segna per il singolo, infatti, il passaggio dalla condizione di amministrato, che è soggetto al potere altrui, a quella di coamministrante, di partecipe cioè alla gestione degli affari pubblici. Con lo strumento negoziale, infatti, l'amministrazione provvede alla cura degli interessi affidati, in accordo con quanti sono coinvolti dalle misure organizzative che essa va ad adottare.

Tale ordinamento non consente la subordinazione del contratto alla volontà del contraente pubblico, in quanto fa leva sulle energie individuali che, in unione con quelle dell'organo amministrativo, si fanno carico delle esigenze gestionali poste dalla vita della comunità civile. L'effettivo confronto dialettico tra la pubblica amministrazione e il cittadino

contraente, in ordine alle modalità di raggiungimento degli obiettivi propri dell'associazione societaria, richiede la simmetria delle loro posizioni [69].

La figura contrattuale, come strumento di definizione del rapporto amministrativo, impone di rivisitare le categorie elaborate dalla scienza giuridica moderna, rivelandone il carattere preconcepito e, dunque, l'inidoneità a rendere conto della nostra esperienza giuridica. Dubbio è il fondamento della dicotomia tra privato e pubblico, in particolare, di cui la pretesa di funzionalizzare il contratto costituisce il logico corollario nell'ambito amministrativo.

Postulando il privato come atomo sociale, inetto ad intrattenere rapporti che non siano nell'arbitraria disponibilità del soggetto agente, come fa la geometria legale, si perviene fatalmente a ravvisare nel soggetto pubblico una forza ordinatrice eteronoma ed artificiale [70]. Lo Stato moderno, lo Stato cioè concepito dalla scienza giuridica moderna, infatti, esercita il controllo sociale sovrapponendo la propria volontà a quella degli individui, intesi come refrattari ad ogni regola che non sia loro coattivamente imposta dal soggetto pubblico sorto dal contratto sociale; in forza del quale il singolo si identifica nella volontà dell'uomo o assemblea di uomini che assume la sovranità, la posizione cioè di chi è al di sopra di tutti gli altri [71].

In tale ottica, si rivela essenziale l'azione della pubblica amministrazione, per la sua spiccata invasività della sfera individuale. Facendo leva sulla nozione di interesse pubblico, quale manifestazione della volontà sovrana, la pubblica amministrazione agisce infatti a mezzo di atti che, per definizione, sono unilaterali, autoritativi ed esecutori [72]. Ma anche l'atto contrattuale risulta omogeneo al disegno geometrico del pensiero giuridico moderno, qualora venga ridotto a mero simulacro mercè l'attribuzione di prerogative all'amministrazione [73], in tal modo oggettivandone il potere, irrinunciabile ed inesauribile secondo l'icastica definizione di Mario Nigro [74]. Tant'è che, come è stato coerentemente osservato, "se si ha potere pubblico non può aversi vero accordo nel senso del diritto, e se vi è accordo non può aversi potere irrinunciabile ed inesauribile" [75].

L'autentico accoglimento della contrattualità nella vita amministrativa mette in moto un meccanismo per il quale, come è stato evidenziato, "si consumano o si vanificano allo stesso tempo sia la vecchia autorità del potere politico sia l'altrettanto vecchio arbitrio del soggetto privato" [76]. Invero il contratto, per la sua strutturale bilateralità ed impegnatività, richiede negli stipulanti l'attitudine ad accordarsi per il raggiungimento di fini comuni, e la capacità di rispettare gli impegni assunti, anche in caso di mutamento della propria volontà. Ciò comporta, in ultima analisi, la problematizzazione dell'incapacità del singolo ad autoregolarsi e, specularmente, della necessità del carattere potestativo dell'azione pubblica [77] che, come si è detto, costituiscono i due poli, rispettivamente di partenza e di arrivo, del ragionamento ipotetico-deduttivo e con finalità operativa sviluppato dalla geometria legale.

Con l'apparire del contratto sulla scena amministrativa, le istituzioni della comunità politica sono state chiamate, come testimonia il coevo accoglimento nel nostro Paese del principio di sussidiarietà, a favorire l'incontro negoziale tra cittadini e pubblica amministrazione e a controllare che lo scambio di prestazioni, da essi prefigurato, non sia pregiudizievole per la vita associata [78]. Ciò non significa, si badi bene, subordinare il contenuto dell'intesa negoziale o la sua stessa esistenza alla potestà del soggetto pubblico che, in quanto parte di un impegno paritario e reciproco, non può unilateralmente incidere sull'assetto concordato né, tantomeno, svincolarsi dallo stesso, invocando il mutamento dell'interesse pubblico. L'approccio negoziato alla gestione amministrativa, con la previsione di reciproche attribuzioni patrimoniali tra pubblica amministrazione procedente e cittadini interessati in vista dell'organizzazione e disciplina di una attività loro comune, esclude la configurabilità di poteri unilaterali delle parti, le quali potranno far valere soltanto i rimedi previsti per i vizi genetici e funzionali del sinallagma [79].

Il fondamento del ricorso al contratto da parte della pubblica amministrazione e, quindi, la simmetria di quest'ultima nei confronti del cittadino coamministrante sembrano rinvenibili in uno dei principi cardine delle riforme dei nostri anni: la distinzione tra attività politica o di indirizzo e attività amministrativa o di gestione [80]. La prima attiene all'opera di orientamento della comunità verso quei fini che consentono ai suoi appartenenti di sviluppare la propria personalità: la funzione politica concerne, infatti, il riconoscimento di quanto è necessario per la res publica e, quindi, per la vita integralmente realizzata dei consociati. La funzione amministrativa, invece, riguarda l'attività di attuazione delle direttive impartite dalla politica, la predisposizione cioè degli strumenti a ciò necessari. Per la sua implementazione, infatti, l'indirizzo politico deve essere confidato alla gestione amministrativa, sussistendo tra le due funzioni il rapporto tra fine a mezzo.

La distinzione concettuale appena richiamata esclude l'uso del contratto nel campo politico, a differenza di quello amministrativo dove l'atto negoziale, con cui si concorda il regolamento degli interessi in gioco, si palesa perfettamente compatibile con il carattere strumentale dell'attività.

Il problema dell'agire politico è quello di formalizzare la ragione dello stare insieme nell'associazione societaria. Si tratta cioè di individuare il principio aggregante la comunità e di rappresentarlo ai consociati che, qualora si riconoscano in esso, ne richiedono ai proponenti l'incarnazione nell'orientamento della vita comunitaria [81]. Non vi è spazio per la

logica contrattuale, postulante la ricerca delle reciproche convenienze dei contraenti che, in vista di ciò, si scambiano prestazioni e si impegnano a condotte future. L'attività politica si esplica dunque in un atto di mero accertamento, in quanto tale insuscettibile di essere negoziato, ma soltanto di essere articolato in un programma con riguardo ai singoli aspetti dello stare insieme nell'associazione societaria.

Quando si tratta di attuare il progetto politico, traducendo gli obiettivi predeterminati in concrete scelte operative, e veniamo così al compito dell'attività amministrativa, ben può ricorrersi alla figura contrattuale, cui va riconosciuto il pregio di coinvolgere i singoli nella soluzione delle questioni organizzative di loro interesse, mediante l'assunzione di obblighi nei confronti della pubblica amministrazione che a sua volta si impegna a determinate prestazioni nei loro riguardi. Per tal modo la persona partecipa attivamente e responsabilmente all'attività esecutiva dei fini ultimi, in quanto aggreganti la comunità, predisponendo gli strumenti atti a realizzarli nella questione che lo riguarda direttamente. Ciò significa che il singolo è posto in grado di esercitare la sua capacità di autoregolazione nella sfera civica, valutando l'impatto del proprio operato sulla vita del gruppo cui egli appartiene. La pubblica amministrazione, dal canto suo, si confronta con gli interessati, rimanendo indissolubilmente vincolata alla parola data, in quanto la sua prestazione è sinallagmatica a quella del coamministrante.

In definitiva, la contrattualità amministrativa non sembra giustificare alcuna specialità di regime a favore della pubblica amministrazione, la quale deve ritenersi assoggettata al diritto dei contratti, un diritto cioè comune a quanti si accordano per costituire modificare o estinguere un loro rapporto giuridico patrimoniale [82]. Non sembra consentita, in particolare, alcuna discrezionalità del contraente pubblico in ordine alla possibilità di recedere dall'impegno assunto. Tant'è che l'aver dotato di una posizione asimmetrica la pubblica amministrazione, la quale può unilateralmente sciogliersi per sopravvenuti motivi d'interesse pubblico, ha votato all'insuccesso la figura pattizia prevista della legge sul procedimento amministrativo [83]. Al cittadino non risulta, infatti, conveniente impegnarsi in trattative con la pubblica amministrazione e raggiungere un accordo, sapendo in partenza che essa potrà porlo nel nulla in nome dell'ineffabile interesse pubblico.

E' alle istituzioni politiche che spetta di valutare la rispondenza dell'agire amministrativo, e quindi del contratto a tal proposito stipulato tra cittadino e pubblica amministrazione, agli obiettivi da esse predeterminati. Tanto è vero che il cambiamento dell'input politico pone in discussione il contratto stipulato per finalità non più ritenute proprie della polis. In questo caso, infatti, non è l'amministrazione a poter mutare volontà, bensì sono le esigenze della vita comunitaria a privare il contratto della sua stabilità, appunto perché essendo questo una modalità esplicativa dell'amministrare, di un'attività cioè strumentale nei confronti del bene comune, non è dotato di alcuna autoreferenzialità.

E' chiaro che ci riferiamo alla fisiologia della relazione tra politica e amministrazione, ad un'azione cioè che è politica non in quanto si svolga all'insegna del potere ma perché è diretta a soddisfare le esigenze di benessere della vita associata, affidando all'amministrazione il compito di scegliere i mezzi efficaci e più efficienti tra quelli di cui la comunità dispone. Viceversa nel caso patologico di amministrativizzazione della politica, di riduzione cioè dell'indirizzo a mera gestione, si determinerebbe l'asservimento del contratto al potere sovrano: parità e stabilità contrattuale verrebbero infatti ad essere sacrificate alla volontà della parte pubblica, mentre quando l'amministrazione contratta viene in rilievo quel diritto comune la cui funzione peculiare è garantire agli stipulanti le stesse chance. Come al singolo non è consentito di sciogliersi, al cambiamento degli obiettivi che lo hanno determinato all'azione, così la pubblica amministrazione non può recedere o risolvere al mutamento del proprio volere, il quale sarebbe espressione di ragioni di Stato e non d'intelligenza politica, secondo l'insegnamento di Francesco Gentile.

5. A cavallo tra il XX e il XXI secolo, abbiamo assistito ad un caso di contrattualizzazione dell'attività amministrativa particolarmente rilevante: il contratto si è affermato quale fonte del rapporto e della disciplina nel lavoro con la pubblica amministrazione [84]. Per rimediare alla giungla normativa e retributiva esistente in materia, ci si è affidati all'autodisciplina di datori e prestatori di lavoro, in quanto diretti interessati. Si è pertanto sostituito l'atto di autonomia alla legge e ai provvedimenti amministrativi, implicanti una disciplina eteronoma, e così si è posto fine alla pratica e alla teoria del pubblico impiego, che per circa un secolo aveva dominato il rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione configurandolo come un ordinamento speciale [85].

La novità, a ben vedere un ritorno all'antico [86], si è talmente radicata nell'organizzazione amministrativa da reputarsi che lo spirito contrattuale sia antinomico con la persistenza della fonte legale nella disciplina della materia, rivendicandola alla competenza esclusiva degli agenti contrattuali. "Così come nel lavoro privato, in cui vi è una legislazione meramente promozionale, - afferma Sabino Cassese - anche nel lavoro pubblico deve essere l'autonomia collettiva a fondare la propria legittimazione ad intervenire per regolare le condizioni di lavoro" [87]. E quando il legislatore è intervenuto per stabilire che l'avvicendamento del Governo determina il sostanziale azzeramento della dirigenza pubblica, che muta per il mutamento delle forze politiche di maggioranza, l'amministrativista della Sapienza si è chiesto se "questa invasione legislativa nella sfera contrattuale sia legittima, oppure non rappresenti un intervento del

Parlamento in un ambito riservato ormai all'autonomia privata, e, quindi, da regolare con contratto" [88] . A suo dire l'introduzione dello spoils system, sorto nel XIX secolo negli Stati Uniti d'America e adottato dal nostro Paese nelle forme da ultimo stabilite dalla legge n. 145 del 2002, contenente "Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato", è estraneo alle esigenze della gestione amministrativa e risponde ad un disegno di dominio della politica sull'alta funzione pubblica.

Al fine di poter affrontare il problema del rapporto tra contratto di lavoro e legge sullo spoils system, la quale, pur intervenendo sul provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale, finisce per riverberarsi sul vincolo contrattuale, occorre far riferimento alla figura del dirigente pubblico così come essa si è delineata per effetto di una serie di disposizioni normative, che parte dal decreto legislativo n. 93 del 1993 e arriva alla citata legge del 2002, passando per il decreto legislativo n. 80 del 1998 [89] . Questi atti hanno avuto il merito di distinguere, con sempre maggiore coerenza, la fisionomia del dirigente da quella dell'organo politico. Al funzionario pubblico, infatti, è riconosciuta l'esclusiva della gestione in attuazione delle direttive elaborate dai politici, ai quali competono la predeterminazione degli obiettivi e il controllo e la valutazione dell'azione dirigenziale, esercitata in vista del loro perseguimento [90] .

Alla luce del carattere strumentale dell'attività amministrativa, a chi scrive era apparso incongruo che la dirigenza non fosse stata unitariamente considerata ai fini della contrattualizzazione del suo rapporto di lavoro e, ancor più, che non fosse stata disposta la nomina fiduciaria di quanti sono responsabili dell'attuazione dell'indirizzo politico [91] . La prima anomalia è stata superata dal già citato decreto legislativo n. 80 del 1998, che ha esteso ai dirigenti generali la previsione del contratto come strumento di disciplina del loro rapporto di lavoro; alla seconda sembra oggi offra soluzione lo spoils system e in particolare la c.d. legge Frattini, che riconosce la rilevanza dell' *intuitu personae* nel rapporto tra organi politici e dirigenti pubblici [92] .

Il provvedimento legislativo disciplina le modalità di assegnazione degli incarichi dirigenziali e la durata degli stessi. Stabilendo che ai fini del "conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, valutate anche in considerazione dei risultati conseguiti con riferimento agli obiettivi fissati nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del ministro" [93] , si è posto l'accento sull'affidamento nutrito dall'organo politico nei confronti delle abilità professionali dell'amministratore cui viene conferito l'ufficio dirigenziale. Tant'è che può essere sanzionato il mancato raggiungimento degli obiettivi fissati ovvero la violazione delle direttive impartite non rinnovando il dirigente o revocandolo, fino a potergli risolvere il contratto di lavoro [94] .

Per quanto concerne la durata degli incarichi, la legge detta due serie di disposizioni: la prima avente carattere transitorio, la seconda permanente. Con la disciplina transitoria si è disposta la cessazione di tutti gli incarichi vigenti, prevedendo per i dirigenti non generali una conferma tacita qualora ad essi non sia stato assegnato un nuovo incarico nei novanta giorni dall'entrata in vigore della legge. A regime si prevede che gli incarichi apicali cessano dopo novanta giorni dall'insediamento del nuovo Governo, mentre tutti gli altri hanno durata predeterminata, che può andare fino a tre anni per i dirigenti di prima fascia e fino a cinque per quelli di seconda. Il conferimento avviene per atto unilaterale, cui accede un contratto con il quale le parti regolano gli aspetti economici dell'incarico. La posizione del dirigente è quindi individuata dal contratto di lavoro, in virtù del quale si instaura il rapporto di servizio con l'amministrazione, dall'atto di assegnazione dell'incarico dirigenziale e, infine, dal contratto che fissa il trattamento economico dell'ufficio attribuito.

Critico nei confronti del dirigente pubblico dello spoils system è, come si è anticipato, il Cassese, che nel nuovo regime individua la causa di effetti nefasti sulla vita del Paese. "Introdotto il metodo maggioritario, che si è innestato su un sistema parlamentare, si è rafforzato il continuum maggioranza elettorale-maggioranza parlamentare-governo. Con le nuove disposizioni sulla dirigenza, – osserva l'Autore – il continuum si estende alla pubblica amministrazione, rafforzando quella <tirannide della maggioranza> nei confronti della quale un'alta funzione pubblica neutrale avrebbe potuto funzionare da contrappeso" [95] .

Richiamerei l'attenzione sul termine neutrale, con cui viene designata l'auspicabile posizione della dirigenza verso i titolari della funzione di governo, laddove lo spoils system, nella versione adottata dalla legge italiana, consentirebbe la colonizzazione dell'alta funzione pubblica, impedendole di bilanciare il potere esercitato dalle forze governative.

Concepire la dirigenza come contrappeso all'indirizzo adottato dagli organi politici contrasta con l'ordine delle cose, il quale esclude che a livello amministrativo, ossia sul piano dell'organizzazione dei mezzi, ci si possa opporre a quanto deciso a livello di governo, di predeterminazione cioè degli obiettivi volti ad orientare la comunità verso il bene comune. Una dirigenza che neutralizza l'indirizzo espresso dal Governo, non provvedendo alla sua traduzione nelle necessarie scelte gestionali, mette in moto una reazione perversa, nel senso che l'organo politico cerca di bypassare le difficoltà frapposte dagli amministratori. E per far ciò o assume egli stesso i provvedimenti e, quindi, si ingerisce nell'attività gestionale, oppure crea un'amministrazione per così dire parallela, composta di nuovi uffici, di commissari straordinari per dare attuazione alle sue direttive, con l'effetto di far aumentare la spesa pubblica e, soprattutto, di esautorare l'amministrazione ordinaria.

A ben vedere, con il superamento della neutralità della dirigenza che, a differenza del passato, viene legata con il filo doppio al Governo, si è posto rimedio, per un verso, alla deriva di una funzione amministrativa acefala e irresponsabile, in quanto essa risponde al politico dei risultati raggiunti nella gestione del programma governativo, e per l'altro si fa sì che la funzione politica sia responsabile davanti all'elettorato dell'indirizzo impresso alla vita della comunità, così come della concreta attuazione avendo i poteri per nominare quanti reputi idonei ad esercitarla.

Per il Cassese la nuova configurazione della dirigenza arrecherebbe un vulnus alla Costituzione dove "la posizione complessiva del dipendente pubblico è regolata per sottrarla ai condizionamenti dei partiti (e dei governi). Precarizzare la dirigenza e rendere completamente discrezionale la scelta dei dirigenti comporta l'introduzione del criterio della fiducia nel rapporto ministro-dirigente, criterio che è estraneo, anzi contrario al disegno costituzionale" [96]. In realtà assumere come pietra di paragone uno soltanto dei modelli amministrativi presenti in Costituzione [97], la quale sul punto è schizofrenica disciplinando l'amministrazione nell'ambito del governo e poi tentando in tutti i modi di sottrarla alla sua guida [98], sembra essere una operazione discutibile. Del resto la Consulta ha salvato, fino a questo momento, la nuova dirigenza pubblica dalle diverse censure di incostituzionalità che sono state sollevate [99].

La cessazione temporalmente predeterminata dell'ufficio di dirigente non sembra consentire una surrettizia riappropriazione della funzione gestionale da parte dell'organo politico, che in questo modo persevererebbe nell'amministrativizzazione della politica, riducendosi a gestire mezzi invece di elaborare prospettive di sviluppo per la comunità che lo ha chiamato a tale funzione. In particolare, la fissazione della durata degli incarichi, e quindi del rapporto tra ministro e funzionario, costituisce una modalità dell'impulso politico all'azione amministrativa, nel senso che nel momento in cui si predeterminano gli obiettivi cui essa è diretta si assegna anche il termine entro cui la realizzazione deve compiersi. Non a caso la legge stabilisce, come si è visto, che durata oggetto e obiettivi dell'incarico dirigenziale siano unilateralmente fissati in sede politica.

In questa prospettiva il rapporto che lega l'amministratore al politico è funzionale al raggiungimento degli obiettivi da questi indicati, in essi rinviene la sua causa. Non è concepibile, pertanto, un contratto dirigenziale che sopravviva alle direttive in forza delle quali era stato adottato. Si consideri infatti che nell'orientamento politico, con cui si individua il senso di marcia dell'intera comunità, ogni singolo, e quindi anche il dirigente pubblico sfiduciato, lungi dall'essere mortificato nella sua autonomia, trova la sua piena realizzazione personale, il suo *proprium*, non attingibile autenticamente se non in relazione con la polis di cui egli è parte indefettibile e sostanziale. Ne consegue che i titolari della funzione di governo dovranno rispondere elettoralmente dell'indirizzo esercitato, qualora esso si dimostri incapace di alimentare il benessere del consorzio politico.

* Il saggio costituisce un capitolo del volume *Ordine economico e ordinamento giuridico – La sussidiarietà delle istituzioni in corso di stampa per i tipi della Cedam*

[1] F. GALGANO, *Può esistere oggi la linea culturale di una rivista?*, in *"Contratto e impresa"*, 2002.

[2] *Op. cit.*, p. 453.

[3] F. GENTILE, *Il posto della Filosofia del diritto nel corso degli studi di Giurisprudenza*, 1992, IV, col 427.

[4] Per tale statuto della riflessione filosofica si rinvia alla tematizzazione di M. GENTILE, *Trattato di filosofia*, Napoli 1987. La funzione di coscienza critica del giurista di diritto positivo da parte dello storico del diritto è sostenuta da P. GROSSI, *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, in *"Rivista di storia del diritto italiano"*, 1997.

[5] F. GALGANO, *Le fonti del diritto nella società post-industriale*, in *"Sociologia del diritto"*, 1990, p. 158.

[6] F. GALGANO, *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, in *"Contratto e impresa"*, 1985, pp. 357 – 358.

[7] P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., rispettivamente p. 374 e p. 375.

[8] P. BARCELLONA, *Il contratto e l'economia globale*, in AA. VV., *Contratto e lavoro subordinato – Il diritto privato alle soglie del 2000*, cit., p. 33.

[9] P. BARCELLONA, *Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo/ mondiale*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, cit., p. 72.

[10] F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in "Contratto e impresa", 2000; Id., *Le istituzioni della società globalizzata*, in F. GALGANO – S. CASSESE – G. TREMONTI – T. TREU, *Nazioni senza ricchezza ricchezze senza nazione*, cit.

[11] Già C. PINELLI, *Le fonti del diritto nell'epoca dell'internalizzazione*, in "Diritto pubblico", 1995, p. 367, aveva obiettato che sia l'orientamento attributivo allo Stato del monopolio delle fonti del diritto, sia quello che vede nel mercato l'unico fattore di innovazione giuridica del nostro tempo, sono prospettive "totalizzanti, nel senso che tendono a riportare i mutamenti nel paesaggio delle fonti indotti dall'internalizzazione a un unico esito (crisi dell'esclusività) o a un'unica causa (sviluppo dei mercati) e, così facendo, li riducono a ciò che il loro specularmente opposto totalitarismo consente di vedere".

[12] "Le concezioni classiche del diritto – osserva il civilista – non collocano il contratto e la sentenza fra le fonti normative; ma se continuassimo a concepire il contratto e la sentenza come mere applicazioni del diritto, e non come fonti del diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo": F. GALGANO, *Le fonti del diritto*, cit., p. 158. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto, e le fonti del diritto*, in "Politica del diritto", 2001; dal punto di vista sociologico, M. LUBERTO, *Il negozio giuridico come fonte del diritto: alcune osservazioni sulla crisi della legge*, in "Sociologia del diritto", 2000.

[13] Cfr. U. RUFFOLO, *Principio di sussidiarietà e autonomia privata*, cit., 1999.

[14] Cfr. F. GENTILE, *Ordinamento giuridico – Tra virtualità e realtà*, cit.

[15] P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., p. 85.

[16] F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, cit., p. 195.

[17] Per una comprensione del fenomeno in chiave storica, si tenga presente che lo Stato nazionale nacque, fra gli altri scopi, per assicurare l'omogeneità giuridica ed economica alla comunità territoriale su cui esercitava il proprio impero, e che strumento funzionale a questo obiettivo fosse una pubblica amministrazione in grado di estendere il proprio braccio in tutti i settori della vita sociale, esercitando gli attributi della sovranità. Le politiche di sviluppo keynesiane e socialiste, in realtà, si iscrivevano entrambe alla logica del dirigismo, cioè di una teoria e pratica dell'intervento pubblico, volto a sottoporre l'economia ad imperativi ad essa estranei ed elaborati in altre sedi. Il meccanismo, per il proprio corretto funzionamento, richiedeva che la pubblica amministrazione godesse di uno statuto privilegiato e fosse capace di orientare la creazione e la redistribuzione della ricchezza, e che l'economia fosse riducibile sotto la signoria della politica. L'esaurimento delle risorse fiscali ed il conseguente indebitamento delle amministrazioni da un lato, e l'emancipazione dell'economia dai lacci del controllo statale dall'altro, hanno drammaticamente eroso le fondamenta non solo dei concetti tradizionali di intervento pubblico, ma anche delle istituzioni che su quei concetti avevano costruito la loro fortuna. Cfr. A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti - Un romanzo quasi giallo*, cit.

[18] F. GALGANO, *Diritto ed economia*, cit., p. 205.

[19] U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina 2002, p. 143.

[20] F. GALGANO, *Lex mercatoria – Storia del diritto commerciale*, III ed., Bologna 1993, p. 215.

[21] P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in "Quaderni fiorentini", 29 (2000), p. 557, sottolinea come la globalizzazione tenda ad "incarnarsi in regole e soprattutto in principi, inventati dalla prassi, definiti dalle transnational law firms e dalla scienza giuridica".

[22] Cfr. M. J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, cit.

[23] F. GALGANO, *Le fonti del diritto*, cit., p. 159.

[24] P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in "Rivista critica del diritto privato", 2001, p. 234.

[25] Op. cit., p. 235.

[26] N. IRTI, *Norma e luoghi – Problemi di geo-diritto*, Bari 2001, p. 93.

[27] "Poiché il diritto non registra una giuridicità interna alle azioni, ma a queste attribuisce un artificiale significato, la decisione politica è appunto costitutiva di predicati e qualifiche, che soltanto dalle norme possono discendere. Artificialità e politicità della decisione si tengono insieme": N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, cit., p. 16 dell'estratto. Del resto Irti aveva già avuto modo di affermare: "L'arbitrio del legislatore, nel costruire i concetti dell'antecedens e del consequens, è assoluto e illimitato. La norma non rispecchia fenomeni esterni, e si sottrae, pertanto, alla alternativa di verità ed errore. Essa trova in sé la propria verità, nel suo porsi come legame unitivo di due concetti" (N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in "Novissimo digesto italiano", XV, Torino 1968, p. 1102).

[28] N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., p. 96.

[29] "Parole ed emissione di fiato", atti cioè privi di qualsiasi forza "per obbligare, costringere o proteggere qualcuno", sono definiti da Hobbes i contratti, la cui cogenza dipenderebbe soltanto dalla "pubblica spada, cioè dalle mani non legate di quell'uomo o assemblea di uomini che ha la sovranità" (T. HOBBS, *Leviathan*, XVIII). Sembra fargli eco Irti allorché afferma che il "singolo accordo, immaginato in un luogo privo di norme, non può generare una norma, che lo vincoli a se stesso; che, ponendosi all'esterno della volontà delle parti, a queste prescriva di osservarlo ed eseguirlo. L'accordo rimane affidato all'esclusiva volontà degli autori, i quali come lo strinsero così possono romperlo e trasgredirlo" (N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, cit., p. 9).

[30] E' Rousseau a sottolineare che lo stato di natura rappresenta "uno stato che non esiste più, che forse non è esistito affatto, che probabilmente non esisterà mai e di cui è tuttavia necessario avere nozioni giuste per giudicare bene il nostro stato presente (J. J. ROUSSEAU, *Discorso sull'origine della disuguaglianza fra gli uomini*, pref.).

[31] N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit. p. 77.

[32] N. IRTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 14.

[33] N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in "Rivista di diritto civile", 2002, I, p. 630.

[34] N. IRTI, *L'età della decodificazione* (1979), IV ed., Milano 1999.

[35] *Op. cit.*, p. 45.

[36] N. IRTI, *Codice civile e plusvalore politico*, in *Codice civile e società politica*, Roma – Bari 1995, p. 7, dove si osserva che "mentre la Costituzione è messa in gioco ed i fondamenti storici della Repubblica discussi e controversi, il Codice civile torna garante della continuità e regolarità dei rapporti" (*Op. cit.*, p. 8). Secondo P. CAPPELLINI, *One way system?* in "Quaderni fiorentini", 1996, p. 520, si tratterebbe "più di una continuità che di una palinodia, o, piuttosto, di una riformulazione che opera come sintesi; decodificazione e recupero di centralità possono succedersi temporaneamente senza contraddirsi o negarsi, quasi in un nesso di sistole e diastole".

[37] "Qui è il supremo potere di stabilire ciò che è diritto, e così di accertare o selezionare il lascito del passato, di introdurre nuove regole, e di ordinare l'intero patrimonio normativo di un Paese. Il sovrano non trova, dinanzi e prima di sé, un intangibile e perenne diritto dei rapporti civili (della civitas, in cui la condizione naturale viene superata e trascesa): egli è fonte del diritto e il diritto si esprime nella forma della legge": N. IRTI, *Idea del Codice civile*, in *Codice civile e società politica*, cit., pp. 21 – 22.

[38] N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 27.

[39] *Op. cit.*, p. 38.

[40] La rilevanza della *lex mercatoria* nell'ordinamento italiano è dichiarata da Cassazione 8 febbraio 1982, n. 722: "Nella misura in cui si constata che gli operatori (prescindendo dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato e/o dalla ubicazione delle loro attività in uno Stato) consentono su valori basilari inerenti al loro traffico, e, quindi, mostrano di nutrire (anche per una affectio dettata da motivi pratici) l'opinione necessitata, deve ritenersi che esista una *lex mercatoria* (regole di condotta con contenuti mutevoli, ma, pro tempore, determinati)". *Indice normativo della rilevanza*, per il nostro ordinamento, della *lex mercatoria*, è la Legge 5 gennaio 1994, n. 25, recante le "Nuove disposizioni in materia di arbitrato e di disciplina dell'arbitrato internazionale".

[41] In effetti un diritto uniforme oltre i confini nazionali è stato ricercato, nel passato, per via convenzionale, cioè mediante la predisposizione di trattati internazionali da parte degli Stati interessati e poi dagli stessi e da altri ratificati. In

punto di procedura, "la ricerca della soluzione di compromesso, del minimo denominatore comune assurgeva a metodo predominante" (M. J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in AA. VV., *Diritto privato comparato – Istituti e problemi*, Roma-Bari 1999, p. 26); così come in punto di merito, "contava la sua accettazione da parte del maggior numero possibile di Stati, mentre assai meno importava che la rispettiva normativa dal punto di vista contenutistico, anziché frutto di un organico disegno innovatore, risultava poco più di un collage di principi e regole tratte dai più diversi sistemi positivi nazionali" (Ibidem). Basti pensare che la Convenzione sui contratti di vendita internazionale di merci, approvata a Vienna nel 1980, ha rinunciato a fissare il momento in cui avviene il trasferimento di proprietà. Nell'opposizione tra il sistema consensuale e quello reale, sostenuti dai diversi Stati sovrani, non si è stabilito quando la compravendita si perfezioni!

[42] N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., p. 94. Sulla necessità del "rafforzamento dell'azione pubblica", mediante la "ricomposizione delle normative e degli apparati a livello sopranazionale", stante la condizione di anarchia in cui verserebbe la società attuale per l'affermarsi della globalizzazione economica, cfr. F. SALVIA, *L'organizzazione giuridico – feudale e l'organizzazione mafiosa. I problemi della globalità e il nuovo "medioevo" conseguente alla crisi della sovranità*, in "Diritto e società", 2000, p. 59.

[43] N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., p. 94.

[44] G. ALPA, *Lineamenti di diritto contrattuale*, in AA. VV., *Diritto privato comparato*, cit., p. 151. Per l'idea che l'operazione economica abbia una "proprietà normativa", nel senso che "regolamentazione giuridica ed equilibrio economico, contratto ed operazione costituiscono un'unità, gli uni e gli altri non hanno esistenza autonoma, non sono singolarmente pensabili né in termini giuridici, né in termini economici", cfr. A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino 1992, p. 60.

[45] La prospettiva di un diritto comune europeo, evidenzia A. PADOA SCHIOPPA, *Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello*, in "Foro italiano", 1996, V, col. 17, "è cosa concettualmente ben diversa sia dal diritto unico europeo prescritto dai trattati e introdotto dai regolamenti comunitari, sia dal diritto uniforme indotto dalle direttive". Secondo lo storico del diritto, infatti, esso presuppone "un diverso rapporto fra le tre fonti di produzione del diritto, legge, consuetudine e dottrina, tale da superare il modello introdotto alla fine del Settecento, che identifica nello Stato la fonte esclusiva della legge, e nella legge la fonte privilegiata del diritto" (Op. cit., col. 21). Spunti in M. D'ALBERTI, *Intervento*, in *Il grande abisso fra diritto pubblico e diritto privato – La comparazione giuridica e la contrazione dello Stato*, Seminario di studio sul diritto comparato, Roma, 11 aprile 2000, in "Nomos", 2000, p. 72, dove si evidenzia che il diritto comune europeo "trascende il diritto comunitario anche perché riposa su una formazione meta-europea ed è il diritto frutto di una circolazione spontanea di istituti, di problemi e di soluzioni di problemi tra i vari sistemi. Questo è quindi un diritto che forma il corpo giuridico europeo in modo orizzontale e non verticale, con una circolazione spontanea di istituti e concetti da un sistema ad un altro". Cfr. L. MOCCIA, *Dal «mercato» alla «cittadinanza»: ovvero, dei possibili itinerari di diritto privato europeo*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2003.

[46] S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in "Foro italiano", 1996, V, col. 13.

[47] "La Comunità economica europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, seppure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini". Così la Corte di giustizia europea nel caso *Van Gend en Loos* (cfr. "Raccolta della giurisprudenza della Corte c. 26/62, 1963, p. 23). Sull'importanza della sentenza per il formarsi del diritto europeo e per il mutamento di registro rispetto al diritto internazionale espressione dei rapporti di forza degli Stati sovrani: F. Gentile, *Su sovranità e sussidiarietà nell'esperienza giuridica comunitaria*, in *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 67 e ss; U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, III ed., Padova 2001, p. 97 e ss; A. ANDRONICO, *Un nuovo genere di ordinamento. Riflessioni sul rapporto tra diritto comunitario e diritto interno*, in "Jus", 2001.

[48] L'invito ad abbandonare "l'illuministica sfiducia verso il sociale" viene da P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, p. 123. "Solo in tal modo – osserva lo storico del diritto – tra mutamento sociale e sistema di regole giuridiche si potrà colmare quel fossato che oggi constatiamo con amarezza. Un progetto di codificazione europea dei contratti è quello elaborato dall'Académie des privatistes européens, *Code européen des contrats*, (coordinateur) G. GANDOLFI, II ed., Padova 2003. Tale opzione per l'azione europea in ordine al diritto dei contratti si distingue dall'elaborazione di un Restatement sui Principles of European Contract Law da parte della Commissione guidata da Ole Lando (su cui C. CASTRONOVO, *I principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, in "Europa e diritto privato", 2000, p. 249 e ss.) i quali operano una sintesi tra i principi generali dei diversi ordinamenti europei; così come è diversa da quella praticata dal Progetto del gruppo di Trento, che mira alla ricostruzione delle matrici comuni del diritto europeo: cfr. M. BUSSANI – U. MATTEI, *Making European Law – Essays on the 'Common Core' Project*, Trento 2000.

[49] W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, (1929), rist., Milano 1963, p. 4.

[50] Per il filosofo idealista (su cui vedi G. MARINI, *W. Cesarini Sforza - Tra idealismo e positivismo*, Padova 1981) i "prodotti dell'autonomia contrattuale" si collocano al di fuori del diritto dei privati (W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., p. 27).

[51] G. B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, IV ed., Rimini 1992. Per l'idea che l'agire negoziale dei privati sia invece sottoposto "alla presa modellatrice e strutturante del sistema" statale, cfr. ora V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal B.G.B.*, in "Rivista di diritto civile", 1998, I, p. 551.

[52] G. B. FERRI, *La volontà privata e la teoria del negozio giuridico*, in AA. VV., *Contratto e lavoro subordinato*, cit., p. 80. L'A. sottolinea che la nuova *lex mercatoria*, "superando le ipoteche del positivismo statualistico, si afferma come diritto astatale e transnazionale", in quanto "ispirata o creata dai vari soggetti operanti nella realtà socioeconomica, a misura delle proprie esigenze" (ibidem).

[53] G. B. FERRI, *Il diritto statale e il suo doppio*, in M. Costanza (a cura di), *Oltre il diritto*, Padova 1994, p. 8.

[54] Op. cit., p. 24.

[55] In tale ottica, l'A. sostiene che il sistema dei Principi dei contratti commerciali internazionali, elaborati da Unidroit sulla base della ricognizione delle prassi commerciali internazionali, "finirà in tempi più o meno lunghi, per palesarsi nel ruolo che fatalmente è destinato a svolgere: e cioè nel ruolo di affidabile e realistica alternativa, se non di vero e proprio antagonista", all'opera del legislatore nazionale: G. B. FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei Principi dell'Unidroit*, in "Contratto e impresa Europa", 1996, p. 840.

[56] Cfr. G. TEDESCHI, *Volontà privata autonoma*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1929.

[57] Per l'efficacia come "condizione della validità", H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1960), V, 34, g. Secondo N. IRTI, *Società civile - Elementi per un'analisi di diritto privato*, Milano 1992, p. 87, "l'intreccio tra validità ed efficacia" nella teoria kelseniana sarebbe dovuto al "discostarsi dal puro principio della norma fondamentale"

[58] Cfr. A. PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico - Saggio di filosofia del diritto*, Torino 1934, p. 68.

[59] Una rivisitazione del tema della effettività, in una prospettiva di diaconalità del diritto nei confronti della persona umana, mediante la problematizzazione della categoria della sovranità, sia essa riferibile al soggetto pubblico o a quello privato, è quella effettuata da D. COCCOPALMERIO, *Il diritto come diakonia - Studi sulla filosofia del diritto pubblico*, cit.

[60] Al punto che se le parti negoziali "sono concordi nel rispettare la regola che si sono dettata, questa ancorché invalida, è destinata, in concreto, a prevalere anche sui principi e le norme inderogabili dell'ordinamento" (G. B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., p. 219).

[61] E. FAZZALARI, *Mondializzazione, politica e diritto*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2000, p. 689.

[62] P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, (1999), ora in AA. VV., *Contratto e lavoro subordinato*, cit., rispettiv. p. 88 e p. 92.

[63] P. RESCIGNO, *Contratto* (I, in generale), in "Enciclopedia giuridica", cit., p. 14.

[64] La Corte costituzionale tedesca, nella sentenza 9 ottobre 1993 (vedila in "Nuova giurisprudenza civile e commerciale", 1995, I, p. 197 e ss. con nota di A. Barenghi), premesso che l'autonomia consiste nell'autodeterminazione del singolo nella sfera giuridica, ha statuito che tra i principali compiti del diritto civile vi è il "riequilibrio delle alterazioni della parità fra i contraenti".

[65] E. BETTI, *Autonomia privata*, in "Novissimo digesto italiano", I, 2, Torino 1957, p. 1561.

[66] Così la Legge n. 287 del 1990, di tutela del mercato e della concorrenza, opera la "funzionalizzazione del contratto al corretto svolgimento dei meccanismi del mercato, e in tale prospettiva divengono ammissibili (e necessari) limitazioni all'uso dello strumento contrattuale dettate da considerazioni di sapore oggettivo e per questo estranee al diritto dei privati non imprenditori": R. ALESSI, *Contratto e mercato*, in *Scintillae iuris - Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano 1994, p. 2340.

[67] F. G. SCOCA, Autorità e consenso, in "Diritto amministrativo", 2002, sopr. pp. 451 – 457; Id., Attività amministrativa, in "Enciclopedia del diritto", Aggiornamento VI, Milano 2002, pp. 93-98, con ampia rassegna di opinioni a riguardo, cui deve aggiungersi V. CERULLI IRELLI, Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli consensuali, in "Diritto amministrativo", 2003.

[68] Op. cit., p. 453.

[69] Singolare è l'affermazione che la mancanza nell'ordinamento amministrativo di un espresso principio di favor contrattuale imponga "la ricerca di un equilibrio fra la necessità di introdurre nuove modalità dell'azione amministrativa e l'esigenza di salvaguardare in capo all'amministrazione le prerogative sue proprie": cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636.

[70] La strategia della modernità è lucidamente colta da F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, cit., passim.

[71] "Il solo modo per dar vita alla costituzione di un potere comune capace di difendere gli uomini dalle invasioni degli altri popoli e dalle reciproche ingiurie, ed insomma di garantire la loro sicurezza (...) consiste nell'investire di tutto il proprio potere e di tutta la propria forza un uomo o assemblea di uomini che sia in grado di ridurre tutte le varie opinioni, per mezzo della pluralità di voti, ad una sola volontà; il che è come dire di dare incarico ad un uomo o assemblea di uomini di rappresentare la persona dei singoli cittadini e riconoscersi, ciascuno per quanto riguarda se stesso, come l'autore di qualsiasi cosa che colui che è stato eletto a rappresentarli farà, o farà in modo che venga fatta, in quelle cose che conservano la pace e la sicurezza comune, ed in questo, ridurre le proprie volontà alla volontà di lui, ed i loro giudizi al giudizio di esso": T. HOBBS, *Leviathan*, II.

[72] Il fenomeno della "sacralizzazione del potere statale" ha comportato la negazione che "le cose interessanti lo Stato fossero trattabili come ogni altro oggetto o interesse": G. Berti, Dall'unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa, in A. MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma 1988, p. 36. Sull'accreditamento al sovrano, da parte del pensiero giuridico e politico moderno, delle caratteristiche della divinità, si veda A. L. GENTILE, *La religione civile – Del positivismo di Roberto Ardigò*, Napoli 1989 e, soprattutto, F. GENTILE, Dodicesimo codicillo su Secolarizzazione e ordinamento politico ovvero dell'umanizzazione del divino e della divinizzazione dell'umano, in *Politica aut/et statistica*, cit. Per l'uso delle categorie religiose nella costruzione della teleologia politica, cfr. C. SCHMITT, *Teologia politica*, in *Le categorie del 'politico'*, (a cura di) G. MIGLIO – P. SCHIERA, Bologna 1972, p. 61, dove si legge che: "tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sonon concetti teologici secolarizzati".

[73] Sulla deriva decisionista e autoritaria dello strumento contrattuale, cfr. G. D'AURIA, *Autorità e contratto nell'amministrazione italiana*, oggi in "Politica del diritto", 1998.

[74] M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati – problemi generali*, in M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano 1978, p. 45.

[75] F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in "Foro amministrativo", 1997, II, p. 1573.

[76] G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, II, Milano 1988, p. 62.

[77] Aliena da ogni dubbio è la posizione secondo cui l'attuale "collocazione in secondo piano dello Stato e dei suoi poteri (...) apre la via al problema della difesa degli individui e delle società nei confronti dei poteri fattuali e atipici, per ciò stesso meno controllabili, ed evidenzia la necessità di apprestare garanzie e regole peculiari": F. FRACCHIA, *Specialità dell'amministrazione e del diritto amministrativo nelle riflessioni di V. E. Orlando, S. Romano, O. Ranelletti e F. Cammeo*, in R. FERRARA e S. SICARI (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia*, Padova 1998, p. 556.

[78] Il principio di sussidiarietà, quale riconoscimento della naturale complementarietà delle istituzioni nei riguardi dell'operato individuale ha trovato la sua prima formulazione normativa, significativamente, in ambito comunitario, dove peraltro era stato concepito come mezzo per limitare la sfera d'intervento dell'Unione, a salvaguardia della sovranità degli Stati membri; ora, per un processo di eterogenesi dei fini, il medesimo principio viene invocato proprio per auspicare e programmare una ripartizione dei poteri, tale da consentire alle comunità territoriali, e in primis alle singole persone, una compartecipazione in forme e modi inediti ai processi decisionali di rilievo comune. Cfr. F. GENTILE, *Che cosa si intende per sussidiarietà?*, in "Non profit", 1999.

[79] Questi profili non ricevono alcuna considerazione da chi continua ad affermare che il problema della contrattualità amministrativa "è quello di capire se la necessità di garantire la funzionalizzazione dell'azione delle pubbliche amministrazioni impone comunque di sottoporre quest'ultima ad un regime speciale, formato in parte da regole civilistiche, ma ispirato anche e innanzitutto a principi di carattere pubblicistico": E. BRUTI LIBERATI, *Recensione a L.*

FRANZESE, Il contratto oltre privato e pubblico, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2002, p. 1065. Per tale Autore, infatti, l'amministrazione "aderisce ai contratti pubblicistici con un atto, e un procedimento, di carattere pubblicistico, soggetto allo statuto giuridico proprio dei poteri amministrativi" (E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano 1996, p. 116).

[80] La si rinviene, infatti, nella legge 23 agosto 1988, n. 400, di disciplina dell'attività di governo e dell'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri; nella legge 8 giugno 1990 n. 142 (oggi trasfusa nel decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 contenente il T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) e nei provvedimenti di riforma del pubblico impiego, da ultimo confluiti nel decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165.

[81] Per tale ordine di idee si rinvia a F. GENTILE, *Intelligenza politica*, cit., passim; Id., *Prefazione*, ovvero della palingenesi di un testo, in *Politica aut/et statistica*, cit.

[82] E' Massimo Severo Giannini a sottolineare che il nostro tempo "spinge ogni giorno di più alla formazione di un diritto comune a privati e pubblici operatori" (M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I ed., 1970, p. IX); ed è Pietro Rescigno a sottolineare che diritto comune significa "escludere zone di monopolio di situazioni, o di esenzione o dispensa da doveri o da oneri" (P. RESCIGNO, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione. Note minime di diritto privato*, in *Scritti in onore di Giannini*, cit., III, p. 630)

[83] Di fronte all'asimmetria prevista dall'art. 11 della legge n. 241 del 1990, il Berti si chiede come possa "parlarsi di negoziabilità e di contrattualità, se non rapportando queste definizioni o questi concetti ad un persistente ed anzi ancor più generalizzato sistema di poteri e supremazie. Come giustificare che il privato acceda all'accordo o al contratto pur nella persistenza di questo denso alone di supremazia?" (G. BERTI, *La responsabilità pubblica - Costituzione e amministrazione*, Milano 1994, p. 318).

[84] Cfr. M. D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in S. BATTINI - S. CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano 1997, p. 19 ss.

[85] Di diverso avviso è R. CAVALLO PERIN, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in "Diritto amministrativo", 2003, p. 130, secondo cui: "Superati gli entusiasmi di una vulgata che vuole i soggetti del rapporto divenuti tra loro pari ordinati, è ora possibile immaginare che la via contrattuale non riesca a reggere il peso dei rapporti che l'amministrazione non può non instaurare". Sulla vicenda storica del vecchio regime: M. S. GIANNINI, *L'impiego pubblico (teoria e storia)*, in "Enciclopedia del diritto", XX, Milano 1970; M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna 1978. Sul nuovo regime: S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova 2000; F. CARINCI - M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano 2000.

[86] Al tempo dell'unificazione politica ed amministrativa del nostro Paese il rapporto di impiego, soprattutto presso i comuni, veniva qualificato come *locatio operarum*. Successivamente, si fa strada l'idea che l'impiego con lo Stato e gli enti pubblici dia vita ad un rapporto di "diritto privato speciale" (L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*; Torino 1898, p. 193). Ed è solo con la fine del XIX secolo e l'inizio del XX che si afferma la dicotomia tra impiego pubblico e impiego privato. Nel rapporto con la pubblica amministrazione al contratto viene, infatti, sostituito l'atto amministrativo, in quanto il soggetto pubblico deve sempre trovarsi in una posizione di superiorità nei confronti dei privati, ed anche dei propri dipendenti. Tant'è che di fronte alla prospettiva della contrattualizzazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, l'Adunanza generale del Consiglio di Stato nel parere del 31 agosto 1992, reso sullo schema del disegno di legge delega per la riforma del pubblico impiego, eccepisce la "diversità ontologica" esistente tra i due rami del lavoro subordinato.

[87] S. CASSESE, *Per un'autentica contrattualizzazione del lavoro con le amministrazioni*, in "Giornale di diritto amministrativo", 1997, p. 791.

[88] S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in "Giornale di diritto amministrativo", 2002, p. 1346.

[89] Prima dell'intervento innovativo del 2002, il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 conteneva le "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche".

[90] "Il Consiglio dei Ministri determina la politica generale del Governo e, ai fini dell'attuazione di essa, l'esercizio generale dell'azione amministrativa; delibera altresì su ogni questione relativa all'indirizzo politico fissato con le Camere". Così statuisce l'art. 2, comma 1, Legge n. 400 del 1988; l'art. 4, comma 1, Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, stabilisce che "gli organi di Governo esercitano le funzioni di indirizzo politico amministrativo, definendo gli obiettivi ed i

programmi da attuare e adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti"; e l'art. 2 dispone che i dirigenti sono "responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati".

[91] L. FRANZESE, *Autonomia ed eteronomia nel pubblico impiego: riflessioni sui mutamenti in atto nel diritto pubblico italiano*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1995, sopr. pp. 687-688.

[92] Il primo campo di applicazione dello spoils system è stato quello dei segretari comunali e provinciali, configurati dalla Bassanini bis (legge 15 maggio 1997, n. 127) come dirigenti "di fiducia" del vertice politico. Nominati rispettivamente dal sindaco e dal presidente di provincia, cessano automaticamente dall'incarico alla scadenza del mandato del politico che li ha nominati; cfr. artt. 67 e ss. legge n. 127/ 1997.

[93] Art. 3, comma 1, lett.a) della legge n. 145 del 2002.

[94] Cfr. art 3, comma 2, lett. b).

[95] S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti*, cit., p. 1344.

[96] Op. cit., p. 1345.

[97] Da tempo si è evidenziata la pluralità di concezioni amministrative accolte in Costituzione: M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, cit.

[98] Lo stesso Cassese ha puntualmente denunciato "lo strabismo della Costituzione. L'amministrazione pubblica è disciplinata nel titolo relativo al Governo e i ministri sono responsabili degli atti dei ministri. Ma poi l'amministrazione deve evitare la politicità indotta dal Governo, che è al suo vertice" (S. CASSESE, *Perché una nuova costituzione deve contenere norme sulla pubblica amministrazione e quali debbano essere queste norme*, cit., p. 19).

[99] Da ultimo la Corte costituzionale, con ordinanza del 30 gennaio 2002, n.11, ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità della estensione al rapporto di lavoro dei dirigenti generali del regime di diritto privato. La disciplina giuslavoristica di diritto comune non pregiudicherebbe l'esigenza d'imparzialità del funzionario, tanto più che il legislatore "ha accentuato – osserva la Corte - il principio della distinzione tra funzione di indirizzo politico amministrativo degli organi di governo e funzione di gestione e attuazione amministrativa dei dirigenti, escludendo, tra l'altro, che il Ministro possa revocare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti".