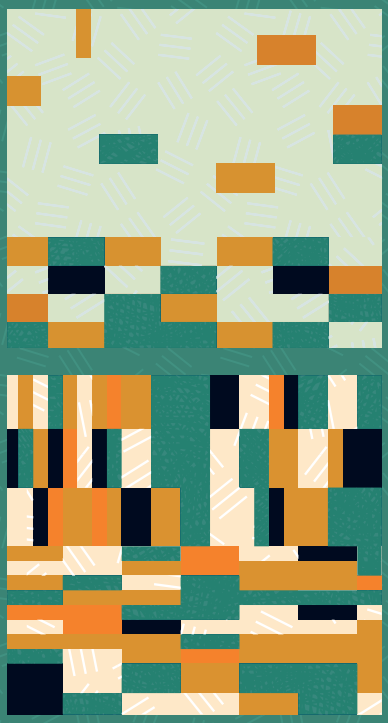
VECCHIE E NUOVE CERTEZZE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

ELEMENTI ESSENZIALI E METODO GRADUALISTA

DIBATTITO SUGLI SCRITTI DI GIAMPAOLO ROSSI



a cura di
Francesco Grassi, Omar Hagi Kassim

35 Collana L'Unità del Diritto

Roma TrE-Press
2021

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa Collana

1. P. Carnevale (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. Benigni (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. Massaro (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. Zeno-Zencovich, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. Gambacciani, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. Massaro, M. Sinisi (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. De Santis (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. Viti, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. Cardia, R. Benigni (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. Nuzzo, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. Grisi, C. Salvi (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. Maestri, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno,* 2018
15. E. Poddighe, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. Grisi (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. Anastasia, P. Gonnella (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019

19. R. Benigni, B. Cortese (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. Ruotolo, M. Caredda (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.)

21. N. Posteraro, M. Sinisi (a cura di), *Questioni di fine vita,* 2020

22. G. Resta (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica,* 2020

23. F. Lattanzi (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020

24. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020

25. B. Cortese, *La tutela in caso di vizio della* res empta *e della* res locata*: inadempimento rispondenza* ex fide bona, 2020

26. M.S. Bonomi, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali,* 2020

27. G. Grisi, F. Rassu (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie,* 2020

28. F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020

29. S Caldarelli, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020

30. A. Massaro (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020

31. R. Benigni (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021

32. E. Calzolaio, R. Torino, L. Vagni (a cura di), Liber amicorum *Luigi Moccia*, 2021

33. A. Carratta (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, 2021

34. M. Catenacci, R. Rampioni, V.N. D'Ascola (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, 2021

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

VECCHIE E NUOVE CERTEZZE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

ELEMENTI ESSENZIALI E METODO GRADUALISTA

DIBATTITO SUGLI SCRITTI DI GIAMPAOLO ROSSI

a cura di
Francesco Grassi, Omar Hagi Kassim

35 L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

RomaTrE-Press
2021

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma Tr*E-Press*, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review.*

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
American Typewriter condensed, Brandon Grotesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, ottobre 2021
ISBN: 979-12-5977-045-5

http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma Tr*E-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

Introduzione

Presentazione, Francesco Grassi, Omar Hagi Kassim 15

Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo 17

Danilo Pappano, *Glossario. Nuove definizioni giuridiche* 43

Contributi

Marco Cammelli, *Commento alla Guida alla lettura* 61

Guido Corso, *Commento alla Guida alla lettura* 63

Guido Corso, Giampaolo Rossi, *Colloquio sul Glossario* 65

Francesco Manganaro, Giampaolo Rossi, *Colloquio sulla Guida alla lettura e sul Glossario* 73

Mauro Volpi, Giampaolo Rossi, *Colloquio sul Glossario* 81

Dian Schefold, *L'attualizzazione della teoria gradualista* 87

Fabio Giglioni, Giampaolo Rossi, *Colloquio sul Glossario* 91

Filippo Patroni Griffi, *Contributo alla discussione sui Saggi e scritti scelti* 97

Pasquale de Lise, *Commento alla Guida alla lettura e ai Saggi e scritti scelti* 101

Emiliano Frediani, Giampaolo Rossi, *Colloquio a partire dalla Guida alla lettura* 107

Alexandre Santos de Aragão, *Intervento sui Saggi e scritti scelti* 115

Alessandro Cacciari, *Intervento sui Saggi e scritti scelti e sul Glossario* 119

Marcos Almeida Cerreda, *Commento alla Guida alla lettura e al Glossario* 123

Luo Zhimin, *Commento alla Guida alla lettura e al Glossario* 127

Gian Domenico Comporti, *Tra terre di nessuno e pozzanghere: la via di uscita delle adiacenze (e collaborazioni) possibili tra saperi differenti* 129

Matteo Falcone, *Spunti di riflessione sulla dottrina di Giampaolo Rossi e la digitalizzazione pubblica* 139

Francesca Goggiamani, *Gli interessi a soddisfazione necessaria e la doverosità amministrativa nel pensiero di Giampaolo Rossi* 149

Danilo Pappano, *Il servizio pubblico nell'opera di Giampaolo Rossi* 157

Auretta Benedetti *Un nuovo approccio nello studio del diritto* 181

Alfredo Moliterni, *Il metodo gradualista, il rapporto diritto pubblico-diritto privato e il ruolo della dimensione giurisdizionale* 185

Giuseppe Manfredi, *Dagli enti pubblici associativi al metodo gradualista* 191

Carlo Marzuoli, *Metodo e merito (alcune note)* 195

Giuseppe Piperata, *Il territorio nel contesto della semiglobalizzazione* 203

Alessandra Pioggia, *L'organizzazione, fonte e misura dei diritti* 209

Pier Luigi Portaluri, *Del non pensare per diadi: un dialogo di pochi decenni con Giampaolo Rossi* 215

Simone Torricelli, *La dinamica degli interessi a protezione necessaria e la complessità amministrativa* 227

Stefano Fantini, *Le applicazioni della teoria gradualistica* 233

Angelo Spirito, *Costituzione e situazioni soggettive* 237

Cesare Mirabelli, *Interessi a protezione necessaria. L'interesse religioso* 243

Pier Paolo Forte, *Osservazioni rapsodiche sugli elementari giuridici e sul gradualismo in Diritto* 247

Giuseppe Morbidelli, *Spigolature e riflessioni su metodo e contributi di Giampaolo Rossi* 253

Stefano Grassi, *Il metodo «essenziale e gradualista» nel diritto dell'ambiente* 259

Federico Dinelli, *La perfetta scienza dell'imperfezione* 265

Vincenzo Caputi Jambrenghi, *Brevi spunti di riflessione* 273

Annamaria Angiuli e Vincenzo Caputi Jambrenghi, *A proposito di gradualismo e superamento delle dicotomie: una metafora ed un binomio da invertire* 279

Giuliano Grüner, *Note minime su potere amministrativo e diritti fondamentali.* 293

Marco D'Alberti, *Tre profili dell'opera di Giampaolo Rossi* 321

Fulvio Cortese, *Leggendo Giampaolo Rossi* 323

Daniele D'Alessandro, *Alla ricerca della sfera pubblica* 331

Vitor Rhein Schirato, *Contributo alla discussione sugli Scritti* 339

Massimo Monteduro, *Fattispecie combinatorie 'a gradi' tra organizzazione e attività: riflettendo sul metodo essenziale e gradualista* 343

Andrea Farì, *Riflessioni sul contributo al diritto dell'ambiente* 357

Giovanni Maria Caruso, *Essere allievo di Giampaolo Rossi* 363

Appendice

Indice dei tre volumi di G. Rossi, *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica – Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi, coordinamento a cura di* D. Pappano, Giappichelli, Torino, 2019 369

INTRODUZIONE

Presentazione

Sul finire della 'carriera scientifica' di uno studioso di un certo rilievo, è d'uso pubblicare in suo onore una serie di scritti.

Quanto meno nella prassi invalsa negli ultimi tempi, si tratta di scritti sui temi più vari, che raramente fanno riferimento all'opera dell'Autore.

Questa prassi rischia alle volte di non consentire di fare il punto sull'apporto che l'Autore ha dato con il suo lavoro scientifico. Nelle discipline diverse dalle scienze umane i contributi scientifici hanno il pregio di essere più misurabili e vi sono strumenti, come le riviste internazionali, idonei a fare il punto sul progredire delle conoscenze. Nel diritto, come nelle altre discipline umanistiche, la valutazione è rimessa al giudizio soggettivo dei lettori.

Per evitare che le novità contenute nei suoi scritti – raccolti nei tre volumi di Saggi e scritti scelti, Giappichelli, Torino, 2019 – non venissero colte con sufficiente chiarezza, Giampaolo Rossi ha scritto una Guida alla lettura e un suo allievo, Danilo Pappano, ha redatto un Glossario delle nuove definizioni e degli apporti principali.

Su questi si è aperta una ampia riflessione, con contributi di accademici di varie nazionalità, magistrati e giovani studiosi. I contributi si riferiscono o alla Guida alla lettura o al Glossario o a entrambi o, ancora, all'insieme dei Saggi e scritti scelti.

I 43 contributi vengono pubblicati nell'ordine temporale in cui sono pervenuti, redatti con la forma della lettera o dell'intervento nel dibattito. Come osserva Giuseppe Morbidelli «attraverso questa mobilitazione di letture del percorso dello studioso si dà luogo ad un vero e proprio nuovo genere letterario che seppur non in presenza e non all'impronta evoca la tradizione dei club e dei caffè letterari, in quanto viene comunque a crearsi (così come del resto nei *blog*) una atmosfera propizia alla fermentazione culturale».

I contributi presenti nel volume non solo evidenziano i profili di innovazione frutto del lavoro dell'Autore ma, in qualche caso, muovono critiche o esprimono la preferenza per un metodo diverso.

Su questi si è avuto un vivace dibattito, con risposta dell'Autore: così, ad esempio, sul tema se il giurista debba partire dal dato costituzionale o dall'analisi della dinamica degli interessi e della loro rilevanza giuridica, oppure sul tema posto dall'affermazione dell'Autore che «la scienza giuridica

ha esaurito, a cavallo del secolo, il ciclo storico durato meno di due secoli».

Gran parte dei contributi si sofferma sul metodo gradualista, evidenziandone l'idoneità a comprendere le certezze essenziali (come 'pubblico' e 'privato', o 'provvedimento' e 'contratto') e le infinite sfumature fra le due nozioni base, nella consapevolezza che le nozioni fondamentali non vanno travolte nell'incertezza complessiva che caratterizza l'attuale fase storica.

Il volume viene pubblicato dall'Editore dell'Università Roma Tre, nella quale l'Autore ha dedicato gran parte del suo percorso didattico.

Vogliamo, infine, ringraziare il nostro comune Maestro per ciò che con il suo esempio ci ha insegnato, stimolando costantemente la nostra curiosità e spingendoci a mettere in discussione ogni assunto aprioristico perché «le piccole teste sono soggiogate dall'idea dell'uniformità, la quale poi è comoda perché dispensa dal pensare. I gretti ammiratori di un aspetto solo, ben ordinato, crederebbero di peccare soggiungendo varietà, che senza mutare il sistema generale sarebbero un guastar l'opera loro» (G.D. Romagnosi).

I Curatori

Francesco Grassi, Omar Hagi Kassim

Giampaolo Rossi

Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo[*]

Sommario: 1. La contestualizzazione della ricerca – 2. Gli approcci caratterizzanti – 2.a) L'attenzione alle dinamiche sociali e alle formazioni sociali – 2.b) Il carattere positivo del potere – 2.c) La verifica della adeguatezza degli strumenti di diritto privato e di diritto pubblico – c.1) nell'attività della pubblica amministrazione – c.2) in particolare, nelle attività prestazionali – c.3) e nell'organizzazione amministrativa – 2.d) La ricerca delle certezze possibili – d.1) nella ricerca dell'ente pubblico – d.2) nella analisi delle imprese pubbliche e del ruolo dello Stato nell'economia – d.3) a fronte della polivalenza delle norme giuridiche – 3. La necessità di una riflessione sul metodo – 3. a) Il cambiamento del contesto – 3.b) La necessità della ricerca degli elementi essenziali – 3.c) Il metodo gradualista – 3.d) La centralità degli interessi. Gli interessi a protezione necessaria – 4. Le applicazioni – 4.a) Le gradazioni nelle fattispecie miste pubblico-privato. Provvedimenti, procedimenti, accordi e contratti – 4.b) Le gradazioni delle situazioni giuridiche soggettive e delle tutele. La riconsiderazione della nozione di diritto soggettivo e di interesse legittimo. Il carattere relazionale delle situazioni giuridiche soggettive – 4.c) Le gradazioni di soggettività: l'articolazione delle figure soggettive, delle formule e dei rapporti organizzativi – 4.d) Le conferme nella applicazione al diritto dell'ambiente – 5. 'Conclusioni'.

1. La contestualizzazione della ricerca

È noto che il diritto amministrativo è una disciplina giovane rispetto alle millenarie partizioni del diritto, e, secondo alcuni, già al tramonto perché i suoi istituti rifluirebbero nel diritto privato.

L'opinione, però, è infondata e non c'è bisogno di contestarla nel merito perché contrasta in modo evidente con il dato positivo che vede anzi il diritto amministrativo diffondersi anche negli ordinamenti anglosassoni,

[*] da G. Rossi, *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica – Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, coordinamento a cura di D. Pappano, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2019, pp. xix-xlix.

in parallelo a una maggiore giuridicizzazione del potere, e in quello cinese, dove da alcuni decenni si sta consolidando lo Stato di diritto.

È vero, piuttosto, che la scienza del diritto amministrativo ha esaurito, a cavallo del secolo, il ciclo storico durato meno di due secoli. È giunto a maturazione il processo di giuridicizzazione del potere, si sono assottigliati i profili pubblicistici, di specialità connessi alla preminenza dell'interesse pubblico, si sono moltiplicati i diritti.

La dottrina amministrativistica, in tutti i paesi, ha preso atto della oggettivizzazione del diritto amministrativo, in parallelo all'analogo fenomeno che ha interessato il diritto privato; ha sottolineato il carattere funzionale del potere, l'essere volto cioè alla cura di interessi altrui; ha rafforzato le tutele del cittadino, riconoscendo ai suoi diritti verso la pubblica amministrazione uno spessore sostanziale e non più solo processuale o di tutela occasionale e indiretta; ha evidenziato la rilevanza dell'organizzazione: i modi di organizzare la pubblica amministrazione sono regolati dal diritto che, attraverso di essa, definisce le competenze, le funzioni, le responsabilità e quindi gli interessi da tutelare. Ha infine sostituito l'attenzione esclusiva al provvedimento con quella al procedimento, strumento per esercitare la funzione in modo che consente la tutela e la partecipazione degli interessati, a volte con enfatizzazioni che finiscono per avvalorare la prassi burocratica di anteporre l'osservanza formale delle regole procedimentali al senso che hanno di garantire il perseguimento della funzione.

Una parte della dottrina aveva già fatto propria la lezione di critica alle generalizzazioni, di contestazione delle false certezze e dell'approccio con il quale molti lavori hanno dato corpo di novità acquisita a fenomeni tutt'altro che consolidati (come la c.d. globalizzazione dell'economia e delle istituzioni) o hanno attribuito alle norme più recenti nozioni che hanno radici remote, come è stato ad esempio per la problematica procedimentale, impostata dalla dottrina ben prima che la legge 241/1990 le desse una sistematizzazione normativa.

La dottrina civilistica, soprattutto italiana e tedesca, aveva inoltre coniato termini nuovi, come 'fattispecie', situazioni giuridiche e figure soggettive, in grado di individuare vicende giuridiche non necessariamente riportabili alle categorie tradizionali.

Questa evoluzione si è completata nella seconda metà del '900, dopo di che la dottrina trova ben poco da inventare perché ne mancano le condizioni o meglio perché, in un contesto che evolve profondamente ma in apparente continuità, non individua i presupposti per potere avanzare nuove teorie.

La prima parte degli scritti che vengono qui pubblicati si è innestata

inevitabilmente in questo filone culturale, anche se fin dall'inizio ha assunto come centrale la verifica delle certezze date come acquisite e la ricerca delle certezze possibili, e, quanto ai temi di indagine, ha posto l'attenzione sulle problematiche di confine dalle quali può trarsi lo stimolo per cogliere il senso della evoluzione in atto.

2. Gli approcci caratterizzanti

2.a) *L'attenzione alle dinamiche sociali e alle formazioni sociali*

Una prima linea caratterizzante sta nella particolare attenzione che si dà alle problematiche delle formazioni sociali, a partire dalla prima nota a sentenza del 1967 sugli enti di patronato e di assistenza sociale poi con la monografia sugli enti pubblici associativi, con gli studi sul sindacato, sulla partecipazione e sulle forme di auto-amministrazione all'interno della sfera pubblica.

Anche la dottrina civilistica, dopo la parentesi corporativa, vi ha dedicato una scarsa attenzione, salvo poche apprezzabili eccezioni, ma il tema è stato quasi del tutto assente nella dottrina amministrativista, pur in presenza di figure di rilievo delle quali avrebbe dovuto interessarsi.

Che questa attenzione contenga una opzione personale è vero, perché la tematica, collegata all'idea fondante della difesa e valorizzazione della dignità della persona umana, è cara alla cultura di ispirazione religiosa che non può non avvertire il valore della persona e il rilievo delle «formazioni sociali dove si svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.). Ma è una opzione personale anche quella inversa che trascura questi fenomeni senza tener conto del rilievo giuridico che comunque hanno. Era del resto già avvenuto in passato e la disattenzione era dovuta, in realtà, alla irriducibilità di questi fenomeni al binomio individuo-Stato e al tentativo di una *reductio ad unum*, nello Stato, di ogni manifestazione plurisoggettiva.

E non è vero che la materia riguardi solo il diritto privato perché ciò è contraddetto dalla presenza di una molteplicità di figure non marginali, come le organizzazioni dei professionisti, i gruppi sportivi, gli enti previdenziali, gli enti ed organismi operanti nell'economia (come le camere di commercio, i consorzi obbligatori), gli enti culturali. Il fatto che a una parte di queste figure si sia data recentemente la configurazione di ente privato di interesse pubblico non giustifica lo scarso interesse, che anzi dovrebbe acuirsi per

cercare di spiegare in modo convincente queste strane figure 'private' molte delle quali ad appartenenza obbligatoria, che, a differenza delle *onlus*, esercitano poteri pubblicistici, anche di imposizione di prelievi patrimoniali.

Sicché, dovendosi comunque fare una opzione soggettiva sembra da preferire quella che non trascura il diritto vigente. Né, del resto, l'attenzione a questi fenomeni ne implica una valutazione sempre positiva: vedi infatti la critica che si fa negli scritti ai casi in cui una organizzazione sociale o un organismo di auto amministrazione esercita poteri su terzi, estranei sia all'organizzazione rappresentativa sia al gruppo sociale.

Va anche aggiunto che l'attenzione alle dinamiche sociali fornisce una chiave di lettura per comprendere le scelte istituzionali e l'assetto complessivo delle istituzioni.

2.b) *Il carattere positivo del potere*

Alla stessa impostazione culturale si può riconnettere anche la spiegazione, che si fa negli scritti, del potere come fenomeno non, in sé, negativo ma, al contrario, positivo, in quanto volto a tutelare interessi che definisco «a soddisfazione necessaria».

L'idea che il potere sia un servizio, anziché una posizione di preminenza, è in occidente di derivazione religiosa, evangelica, ma in altri paesi, come la Cina, trova forme analoghe di espressione. Anche qui non si tratta di effettuare una opzione soggettiva ma solo di verificare se e in che misura l'idea si è tradotta in istituti di diritto positivo. Il profilo di doverosità del potere dà una risposta positiva a questa verifica perché informa in larga misura l'ordinamento vigente ben descritto con la formula dell'État Providence.

È evidente che questa impostazione pone il tema del potere al di là della mera dialettica autorità-libertà nella quale era stata incasellata in modo del tutto assorbente. Non sono venute meno le problematiche sugli atti autoritativi, ed è gran merito della dottrina aver contribuito a togliere le unghie al potere, ad impedire o almeno limitare i possibili abusi, anche se va detto che negli ultimi tempi la contestazione del potere è diventata lo sport principale della dottrina che giunge a rifiutare qualsiasi unilateralità, dovendosi tutto ricondurre al 'rapporto' e al consenso.

Se il potere non è il male, e neppure 'un male necessario', ne consegue che la misura del potere non deve essere 'la minore possibile'. Non è questo il senso da attribuire al fondamentale principio di proporzionalità, già teorizzato da Romagnosi. Il principio, correttamente inteso, individua il limite del potere non nella necessità di arginare un fenomeno negativo ma proprio

nelle sue funzioni, che lo legittimano e insieme, quindi, lo delimitano.

Di qui la ricerca ricorrente negli scritti delle 'ragioni e limiti di una disciplina specifica' e la verifica, nelle singole fattispecie, della adeguatezza degli strumenti civilistici o pubblicistici nella tutela degli interessi.

2.c) *La verifica della adeguatezza degli strumenti di diritto privato e di diritto pubblico*

Altro profilo che caratterizza gli scritti è quindi la verifica della adeguatezza degli strumenti giuridici utilizzati rispetto alle finalità che sono assegnate alla pubblica amministrazione. La problematica trova una particolare applicazione nella ricerca dei limiti della utilizzabilità degli strumenti privatistici e di quelli pubblicistici nell'attività e nella organizzazione, e induce a constatare l'inidoneità degli strumenti provvedimentali, ma anche di quelli contrattuali, a comprendere e definire le attività di pubblico servizio.

c.1) *Nell'attività della pubblica amministrazione*

Si sottopone a verifica, quindi, la tendenza dilagante negli ultimi decenni a dare una spiegazione in termini contrattuali di tutte le relazioni giuridiche che intercorrono con i pubblici poteri.

L'orientamento si è concretizzato anche in misure legislative come la cosiddetta privatizzazione del rapporto di pubblico impiego e di una parte dei poteri organizzativi della pubblica amministrazione, l'utilizzo della formula della società per azioni per attività in precedenza svolte da enti pubblici, la trasformazione di enti pubblici in 'enti privati di interesse pubblico', la previsione di accordi procedimentali integrativi o sostitutivi di provvedimenti e in particolare, in Italia, la definizione in termini prevalentemente contrattuali dell'attività della pubblica amministrazione, fino a enunciazioni velleitarie di carattere generale in base alle quali «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente» (art. 1, c. 1 bis, 1. n.241/1990, inserito dall'art. 1, 1. n. 15/2005) che si riducono, come si vede, a una petizione di principio.

La dottrina, influenzata dall'orientamento a favore del libero mercato, ha dato un deciso impulso a questa impostazione configurando in termini contrattuali nozioni in precedenza qualificate come provvedimentali, come le concessioni, o di carattere misto, come gli accordi procedimentali, fino a teorizzare l'inevitabile confluenza di tutto il diritto nel 'diritto comune'

inteso come diritto privato (tesi attribuita erroneamente a M.S. Giannini).

La tematica è ampia e ha ripercussioni sulle questioni poste dalle figure miste e sulla stessa sopravvivenza della partizione fondamentale pubblico-privato. Di questo problema si tratta in seguito perché la risposta deve seguire ad alcune premesse metodologiche che vanno chiarite. Limitando qui l'analisi al problema della adeguatezza degli strumenti giuridici in rapporto alle finalità alle quali sono preposti, l'analisi compiuta negli scritti mostra con evidenza come, anche se il diritto privato ha subito in parallelo un processo di oggettivizzazione e di attenuazione delle implicazioni connesse al dogma individualistico-volontaristico e ha compiuto sforzi per utilizzare lo strumento patrimoniale per fini ulteriori rispetto alla propria natura, gli strumenti privatistici restano inidonei a fornire una risposta adeguata alla tutela dei diritti della persona e dei diritti non patrimoniali. Anche l'attenzione, portata soprattutto dalla dottrina tedesca, sul negozio, quindi sugli atti unilaterali, anziché sul contratto, non supera l'obiezione che l'atto unilaterale in diritto privato, salvo che non tragga la propria legittimazione da un precedente atto contrattuale, produce effetti sul soggetto che l'ha emanato e non, come in diritto pubblico, sui terzi.

c.2) *In particolare, nelle attività prestazionali*

La stessa inadeguatezza mostrano, d'altro lato, le categorie pubblicistiche, quando sono utilizzate per definire le attività prestazionali.

La spiegazione è anche storica, per l'effetto di trascinamento degli strumentari concettuali nel definire fattispecie qualitativamente nuove. Quando gli Stati iniziarono a gestire il primo servizio pubblico, quello dell'istruzione, lo fecero utilizzando le strutture amministrative di cui disponevano: i ministeri, organizzazioni create per esercitare pubbliche funzioni autoritative. Di qui la costruzione in termini provvedimentali dei rapporti con l'utenza, la rigidità organizzativa, il principio gerarchico, l'assenza di situazioni giuridiche tutelate, se non sul piano della legittimità degli atti.

Questa impostazione, per quanto fortemente modificata nel tempo con l'introduzione di forme di autonomia e di tutela, non è stata sostituita da un'altra ispirata alla diversa logica del servizio: è ancora una tassa il versamento per l'iscrizione a una scuola, sono definiti come provvedimentali gli atti che incidono sulla 'carriera scolastica', gli insegnanti sono pubblici funzionari quando esaminano e così via.

Analoga vicenda si è avuta con l'altro grande servizio assunto dai pubblici poteri, quello previdenziale, sottratto alle 'mutue' nate dall'associazionismo spontaneo degli interessati e attribuito a organismi pubblici dotati di

personalità giuridica, ma con i connotati delle pubbliche amministrazioni (carattere provvedimentale degli atti, ecc.).

In effetti, al di là della spiegazione storica, che potrebbe far pensare al mantenimento inerziale di categorie precedenti, vi fu piena consapevolezza delle implicazioni di questa trasposizione, che assicurava agli stati il potere di controllare e indirizzare la formazione e conservava l'assunto della totale specialità del soggetto pubblico rispetto a quello privato.

Ma non minori difficoltà sussistono nell'inquadrare le attività di erogazione dei servizi nelle categorie del diritto privato, in presenza di profili (come l'obbligatorietà delle appartenenze o l'imposizione para-fiscale) di natura autoritativa.

La questione che si pone allora è se si debba configurare l'atto di erogazione dei servizi pubblici come un *tertium genus* diverso dal provvedimento e dal contratto. Nell'*Introduzione al diritto amministrativo* (2000) la tentazione di accedere a questa ipotesi era chiaramente enunciata, sia pure accompagnata da cautele e problematicità, anche per la consapevolezza di non poter proporre agli studenti nozioni che sarebbero state considerate un errore.

La suggestione di una diversa concettuologia era forte. Si riallacciava alle elaborazioni gierkiane della scuola di diritto sociale che teorizzò in via generale una terza via fra pubblico, inteso come 'statale', e privato (individuale). Le obiezioni derivanti dal riparto di giurisdizione si possono rimuovere, rivedendo la decisione assunta dalla Corte Costituzionale con la sentenza. 204/2004, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma che aveva attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione in materia di servizi pubblici prescindendo dal carattere autoritativo degli atti.

La successiva riflessione ha indotto però alla conclusione di non accettare questa tentazione. Anzitutto, anche se venisse risolto il problema della giurisdizione, attribuendola al giudice amministrativo perché si tratta comunque di attività doverose, resterebbero aperte moltissime questioni sulla disciplina applicabile (ad es. termini, regime fiscale, revocabilità, ecc.). Per gli atti di diritto privato e per quelli di diritto pubblico si sono formati sistemi consolidati ai quali riferirsi. Qui invece sarebbero mancati, né è pensabile che il legislatore possa dettare per ogni fattispecie una disciplina speciale esauriente.

La questione resta problematica e ci si limita quindi a rinviare agli scritti citati, anche perché non è questa la sede per tentare nuove teorie che non siano già contenute negli scritti.

c.3) *e nell'organizzazione amministrativa*

Le considerazioni fin qui fatte valgono anche con riferimento all'utilizzo di formule organizzative privatistiche, come la società per azioni, per finalità di carattere pubblico rispetto alle quali mostrano, come scrisse Ascarelli, tutta la loro «insincerità». Il fenomeno dell'utilizzo della formula delle società per azioni per lo svolgimento di funzioni autoritative è risalente nel tempo e ha trovato la dottrina riluttante ad affrontarlo e la giurisprudenza perplessa e incerta.

Le difficoltà sono ben spiegabili e la soluzione, come si vedrà, non si trova nella forzante applicazione *in toto* a queste figure delle categorie pubblicistiche o di quelle privatistiche.

2.d) *La ricerca delle certezze possibili*

Altro approccio che connota in modo marcato gli scritti è la convinzione di dover ricercare, in un contesto di evidente incertezza e frammentazione delle categorie giuridiche, le certezze possibili nel contesto dato.

È connaturato a ogni tipo di riflessione l'obiettivo di eliminare o almeno circoscrivere gli ambiti della incertezza, di individuare, se non 'verità' complete e conchiuse, alcuni dati certi, incontrovertibili e stabili. La storia del pensiero è, appunto, la storia di questa ricerca, il più delle volte risolta in partenza con la rimozione del dubbio attraverso l'affermazione di un a-priori scelto soggettivamente, al di là delle cose sensibili, nella metafisica, in un atto di fede. Il giurista trova nel suo studio un ancoraggio oggettivo nel dato positivo, ma raramente questo si presenta in modo talmente univoco da non lasciare margini a dubbi con i quali bisogna convivere ma che vanno il più possibile risolti. L'alternativa sarebbe quella di rinunciare alla ricerca della riduzione del dubbio, come ha fatto la dottrina storicistica negando l'esistenza di categorie unitarie e risolvendo, quindi l'analisi in una descrizione della fenomenologia.

Fin dall'inizio degli scritti si affrontano temi, come quello dei 'criteri di economicità' che devono ispirare l'attività delle imprese pubbliche, il cui significato è talmente non univoco da legittimare la tesi che la nozione non abbia carattere giuridico essendo suscettibile di ogni possibile interpretazione.

L'attitudine alla ricerca delle certezze possibili induce, invece, a individuare quanto meno una certezza in senso negativo: se non ciò che la formula significa, quanto meno ciò che esclude, riducendo così l'ambito delle vigenze possibili: la formula esclude che l'impresa pubblica possa perseguire, come quella privata, il massimo utile possibile ed esclude anche,

all'opposto, che possa disinteressarsi dei problemi di bilancio. L'analisi dei singoli contesti normativi consente inoltre di restringere ulteriormente, per le singole fattispecie, l'ambito del significato da attribuire alla norma.

d.1) *Nella ricerca dell'ente pubblico*

La riflessione più intensa su questa problematica è al centro dello studio monografico sugli enti pubblici. Il desiderio di ricercare le certezze possibili nel contesto dato si scontrava con la constatazione dell'estrema articolazione delle fattispecie prevalsa negli ultimi tempi (M.S. Giannini). La nozione era sempre stata in crisi (R. Drago, nel 1950, intitolava il suo scritto *Les crises de la notion d'établissement public*) perché si colloca in un punto chiave dell'evoluzione dell'ordinamento fra il polo unitario e la frammentazione in atto nell'organizzazione delle collettività. Di qui la tendenza a dare per scontata l'impossibilità di individuare una categoria unitaria: non esiste 'l'ente pubblico', esistono solo 'gli enti pubblici', irriducibilmente diversi fra loro. Vi era anche chi dileggiava chi «si accanisce a parlare dell'ente pubblico e persino a cercarne i tratti comuni». Se questa tesi fosse o no esatta è, in realtà, questione non opinabile perché, essendo fondata sul diritto positivo, è da questo che deriva la risposta.

Qualora la risposta fosse positiva è necessario non rinunciarci perché mantiene in vita una certezza, dà un significato, anche se in misura parziale, per ciò che è consentito nel quadro normativo vigente.

Ebbene la lunga e laboriosa analisi effettuata mostra che esistono rilevanti tratti comuni a tutti gli enti pubblici: impossibilità di auto scioglimento e di fallimento, regime penalistico diverso e rafforzato, regime dei beni, responsabilità politica sul loro funzionamento e quindi poteri di vigilanza. Si tratta, come si vede, non di connotati esaustivi di tutte le manifestazioni della loro esistenza, ma di un minimo comune denominatore, che consente però di fornire una spiegazione del loro carattere pubblico e di individuarne il profilo essenziale: sono pubblici (questa è la definizione) «gli enti che hanno carattere necessario secondo l'ordinamento dell'ente territoriale di riferimento». L'ente territoriale stabilisce, con atto normativo, che la loro esistenza è necessaria per tutelare gli interessi loro assegnati.

L'utilità pratica di questa nozione essenziale è emersa con chiarezza quando si è dovuta definire la natura giuridica delle società per azioni frutto della mera trasformazione organizzativa di enti pubblici. A fronte della dottrina che, unanime, considerava la struttura di S.p.A. incompatibile con la natura pubblica, le conclusioni raggiunte sulle ragioni della natura pubblica degli enti consentivano, anzi esigevano, di qualificare queste

figure come enti pubblici, purché non dispongano della propria esistenza, connessa alla doverosità della tutela degli interessi.

La tesi è rimasta a lungo isolata finché la giurisprudenza, prima della Corte Costituzionale, poi anche della Cassazione e del Consiglio di Stato, ha qualificato pubbliche le società aventi queste caratteristiche.

Altra applicazione si è avuta, ad esempio, a proposito delle federazioni sportive che venivano considerate pubbliche dalla giurisprudenza. Anche qui, dopo molto tempo, la Cassazione ha accettato la tesi della natura privata perché, a differenza del CONI, non hanno carattere necessario in base a un atto normativo.

d.2) *Nell'analisi delle imprese pubbliche e del ruolo dello Stato nell'economia*

La ricerca delle certezze possibili nel contesto dato consente di impostare in modo adeguato anche la riflessione sulle imprese pubbliche e più in generale sul ruolo dello Stato nell'economia, a fronte di un'impostazione che, sul finire del secolo precedente, è apparsa dominante, totalmente orientata nel senso di negare ogni possibile legittimazione delle imprese pubbliche. Il metodo scientificamente corretto è quello di confrontare questa impostazione con l'orientamento opposto che solo qualche decennio prima vedeva invece le opinioni, altrettanto dominanti, nel senso della indiscussa e totale legittimazione delle imprese pubbliche.

Questa oscillazione del pendolo delle idee fra estremi opposti non costituisce una novità: già G.D. Romagnosi osservava che «lo spirito umano non suole ritenersi nel giusto mezzo se non dopo essersi stancato su estremi contrari».

Le opposte opinioni si ricollegano, in realtà, a diversi presupposti sul ruolo dello Stato nell'economia, ritenendosi, da una parte, che lo sviluppo precede e provoca la distribuzione del benessere (perché non si può distribuire ciò che non c'è), o, all'opposto, che la distribuzione delle risorse (e quindi un ruolo attivo dello Stato in tal senso) genera la domanda che determina lo sviluppo. Così tra le posizioni liberiste e quelle che si chiamavano socialiste e oggi potrebbero chiamarsi solidariste, non c'è dialogo perché ciascuna è chiusa nel proprio a priori. Il problema nasce dal fatto che entrambe le tesi contengono una parte di verità ma la perdono nella loro configurazione estrema che trascura la complessità dei diversi contesti e cicli economici.

Pur prendendo atto dell'ineluttabile influenza di un fattore soggettivo nelle proposizioni della scienza economica e di quella giuridica, non vi è dubbio che, soprattutto nei periodi di rapida trasformazione, le scienze sociali devono sforzarsi per isolare all'interno delle loro riflessioni le parti certe da quelle opinabili, acquisire la consapevolezza dell'insieme dei valori

in gioco ed esaminare i fenomeni nell'intero ciclo che li ha determinati invece che assolutizzare l'attimo fuggente della posizione del pendolo.

Da questa impostazione discende la possibilità di contestualizzare la problematica delle imprese pubbliche e di esaminarne i vantaggi e limiti.

d.3) *A fronte della polivalenza delle norme giuridiche*

Più in generale la ricerca delle certezze possibili è resa necessaria dalla constatazione del carattere polivalente di gran parte delle norme giuridiche. La problematica dell'ambito delle vigenze possibili è ricorrente negli scritti, a partire dai primi, anche se non viene affrontata in termini generali salvo che nel breve scritto sulla polivalenza delle norme giuridiche.

È un tema di particolare rilievo: ogni norma ha un diverso ambito di possibili valenze che vanno da un minimo (nei casi in cui il significato è del tutto univoco, ad esempio un termine) ad un massimo, come avviene nei c.d. 'concetti giuridici indeterminati' così temuti dalla dottrina tedesca, dei quali sono piene, tra l'altro, le carte costituzionali. Il massimo però non arriva ai 360 gradi di vigenza possibile, altrimenti non si tratta di una norma giuridica. Il tema meriterebbe una attenzione maggiore di quanta ne ha fin qui ricevuta. Se ne potrebbero trarre utili indicazioni anche sul ruolo dei giudici, in particolare di quelli costituzionali e amministrativi, che troppo spesso si arrogano il potere di decidere un significato univoco che invece non c'è, anziché limitarsi a valutare la compatibilità dell'atto con una delle possibili valenze della norma. È compito del giurista individuare i 'paletti di confine' delle possibili vigenze senza dare veste di oggettività alla propria opzione soggettiva.

3. La necessità di una riflessione sul metodo

Queste considerazioni presenti nei primi scritti manifestavano una insoddisfazione per le categorie giuridiche tradizionali la cui obsolescenza è resa ancora più evidente dall'evoluzione che si è avuta con l'avvento dell'informatica.

3.a) *Il cambiamento del contesto*

L'innovazione tecnologica dell'informatica ha impresso agli ordinamenti e alle categorie concettuali in tutte le scienze un carattere talmente dinamico

da rafforzare la tentazione di accedere alle suggestioni storicistiche per le quali ogni concetto si può comprendere solo nell'individuazione della sua evoluzione, da dove viene e dove va, senza che si possano fermare certezze, almeno parziali.

Le categorie giuridiche tradizionali, anche quelle basilari, sono sottoposte a pressione e lasciano insoddisfatti: è così per la nozione di personalità giuridica, di diritto soggettivo, di 'pubblico' e 'privato' e quindi di 'provvedimento' e 'contratto': non regge alla verifica il presupposto che la personalità giuridica o c'è o non c'è, e così il diritto soggettivo, dove si assume che, se c'è, ha tutela piena, e ancora, che un soggetto sia o pubblico o privato e un atto sia o provvedimento o contratto. Né si riesce, con queste categorie, a definire giuridicamente fenomeni nuovi come quello dell'ambiente, come meglio si vedrà fra breve.

Il cambiamento che l'accelerazione determina nelle categorie fondamentali dello spazio e del tempo (gli «a priori della sensibilità» che rendono possibile l'esperienza secondo Kant) mette in crisi la nozione fondamentale sulla quale si è fondato il diritto pubblico, quella di 'territorio', elemento costitutivo dello Stato.

L'istituzione statale vive una contraddizione perché da un lato ha perso il connotato essenziale dell'autosufficienza che la caratterizzava fin dalla definizione che ne diede Aristotele, ma, nello stesso tempo, resta l'unica destinataria di una domanda sociale che continua a crescere nella dimensione qualitativa e quantitativa dei diritti. I 'sistemi' di welfare, che presuppongono un numero determinato di destinatari, reggono con estrema difficoltà alle pressioni che ne richiedono l'apertura e, con essa, l'applicazione alla persona umana dei diritti riservati ai cittadini.

Anche la c.d. 'sovranità' è oggetto di un dibattito astratto tra favorevoli e contrari che si rivela in larga misura viziato da un apriorismo velleitario perché è un fenomeno che vive nello stato di fatto in cui si trova, e la misura in cui esiste non è pienamente oggetto di una possibile opzione. La sovranità piena, intesa come inesistenza di condizionamenti esterni, non è mai esistita in modo totale, nemmeno per gli stati più forti (altrimenti non si spiegherebbero le costruzioni del Vallo di Adriano e della Muraglia cinese), e attualmente è diminuito il grado di autosufficienza, in misura diversa a seconda delle dimensioni, della forza economica e del livello di indebitamento degli stati. Gli Stati corrono il rischio di restare la risultante occasionale di due sottrazioni di poteri: verso l'alto (per temi le cui dimensioni sfuggono al loro controllo, come la finanza e il clima) e verso il basso (per la tendenza alla frantumazione o alla valorizzazione delle specificità locali che interessa tutti gli ordinamenti) e di non essere in grado

di assolvere alle funzioni che si assegnano loro. Lo squilibrio fra poteri e responsabilità si ripercuote nella instabilità dei sistemi democratici.

Il disallineamento fra poteri e responsabilità è ancora più evidente per le istituzioni dell'Unione Europea e degli stati che ne fanno parte. L'Unione, nella sua incompletezza, gestisce con difficoltà una moneta senza Stato e, nel contempo, sottrae agli stati importanti poteri nella gestione delle finanze e degli strumenti per lo sviluppo economico, ma non li attribuisce a se stessa, determinando un vuoto di potere che provoca crisi e, stagnazione. Non è difficile prevedere che l'insostenibilità determinerà un netto cambiamento o verso il consolidamento di uno Stato federale europeo o verso la regressione, al più, a semplice zona di libero scambio.

3.b) *La necessità della ricerca degli elementi essenziali*

In questo contesto la ricerca delle certezze possibili implica una rinnovata attenzione al metodo. La riflessione sta interessando tutte le scienze e quindi non può che coinvolgere anche quella giuridica.

La ricerca di nuovi parametri ricostruttivi non può fondarsi sul progressivo ampliamento dei concetti precedenti che, dilatandosi, diventano sempre più evanescenti. Vi è la necessità di risalire agli elementi essenziali della convivenza, del rapporto tra le persone e le collettività, delle funzioni di queste in relazione ai singoli.

Il metodo non può che essere, per altro, quello comune a tutte le discipline scientifiche, che consiste nella individuazione delle problematiche, nella scomposizione analitica, la più semplice possibile, dei dati e nella ricomposizione dei concetti e delle nozioni elementari «ogni cosa deve essere studiata prima di tutto nei suoi elementi più semplici» (Aristotele, Pol. I, 3, 5); occorre «poggiare tutto l'edificio sugli elementi fondamentali più semplici possibili» (A. Einstein).

Per la scienza giuridica ciò significa partire dall'analisi degli interessi sottostanti all'assetto normativo. La semplicità dei fatti sui quali si innesta la dinamica giuridica non impoverisce l'analisi ma anzi la consolida in riferimenti definiti e certi. I migliori giuristi hanno avvertito che non bisogna temere l'obiezione di eccesso di semplicità perché occorre «elevare la scienza alle vedute più semplici» (G.D. Romagnosi); «la vera semplicità viene erroneamente presa per indizio di poco merito ... dimenticando che semplici sono le più perfette opere artistiche o scientifiche» (S. Romano).

Acquisite le problematiche elementari e fissati i pochi concetti che possono essere assunti con un sufficiente grado di obiettività (come la

libertà, la tutela della persona, la dimensione sociale, i poteri, il valore del 'territorio', gli interessi individuali, collettivi, generali), si possono definire i profili comuni e differenziati, individuando le diverse polarità che, con una gradualità che varia nelle singole fattispecie, compongono i fenomeni complessi (come 'pubblico' e 'privato', 'provvedimento' e 'contratto', le opposte esigenze organizzative di unità e articolazione e di efficienza e partecipazione). Si può quindi procedere a scomporre le gradazioni dell'uno e dell'altro polo nelle singole fattispecie secondo le scelte effettuate dal diritto positivo.

3.c) *Il metodo gradualista*

Il metodo, che qui viene definito gradualista, permette di cogliere gli elementi di sistemi non stabili ma aperti e in trasformazione, e di ricomporre gruppi di fattispecie utilizzando le acquisizioni logiche offerte dalle nuove metodologie della matematica che consentono di 'fare sistema' senza assolutizzare la relatività di ciascuno degli elementi oggetto della riflessione. Il metodo gradualista è idoneo a cogliere, i profili comuni di fattispecie diverse; il 'minimo comune denominatore' che le unisce, e quindi a razionalizzare vicende complesse e articolate.

Così, ad esempio, come si è visto nell'analizzare la frastagliata serie delle figure di enti pubblici, si possono individuare i profili comuni e il loro significato che consiste nel carattere necessario della loro esistenza connesso alla indisponibilità degli interessi loro assegnati. Così, ancora, nell'esaminare le diverse situazioni giuridiche soggettive si può retroagire, come si vedrà, alla nozione di interesse protetto e al carattere relazionale per individuare il criterio che regge la variegata gradazione delle tutele.

In un contesto di smaterializzazione, mobilità e frantumazione, criteri ordinatori possono essere individuati facendo ricorso alla nozione di sistema, spesso implicitamente utilizzato del resto dalla scienza giuridica. Come la dottrina ha ben chiarito, il sistema si regge nella complessità perché individua le interrelazioni fra figure, vicende, accadimenti che per un profilo determinato ne fanno parte e per altri profili compongono altri sistemi con altre figure con le quali hanno specifiche omogeneità; non deve necessariamente convergere verso un punto unificante ed è in grado di unire parti frammentate per quanto è possibile nel contesto dato.

Come si vede scorrendo gli scritti e tenendo conto anche delle loro date, emerge sempre più la convinzione che solo adottando più consapevolmente un metodo adeguato, la scienza giuridica può svolgere il ruolo che le è

proprio, di individuare concetti in grado di dipanare le incertezze e le complessità.

3 d) *La centralità degli interessi. Gli interessi a protezione necessaria*

Partendo dagli interessi, dal nucleo elementare della dinamica giuridica, si possono individuare quelli ai quali, nel contesto dato, gli ordinamenti accordano una protezione che supera (come è nel diritto privato) la soglia del supporto alle libere scelte delle persone e fornisce una garanzia della loro soddisfazione. È un contesto che ha trovato un consolidamento nelle norme costituzionali anche se resta storicamente variabile, secondo scelte politiche e circostanze che determinano, nel momento dato, l'ambito della sfera pubblica (tema al quale la dottrina ha dato poca attenzione, il che ha reso necessarie e faticose le ricostruzioni storiche contenute negli scritti).

Gli interessi dei quali si occupa il diritto amministrativo sono definiti «a protezione necessaria». Con questo termine si individuano quegli interessi che, in un determinato contesto storico, sociale, culturale, economico e politico, le collettività possono e devono necessariamente soddisfare. Sono gli interessi di collettività nel loro insieme (sicurezza, sviluppo, benessere), di gruppi sociali, di singole persone ai quali corrispondono situazioni almeno potenziali di doverosità da parte di pubbliche amministrazioni.

La definizione non ha carattere giuridico ma sostanziale: come gli altri interessi, quelli a protezione necessaria costituiscono il profilo sostanziale suscettibile di dar luogo a 'diritti' in presenza di una qualificazione giuridica; l'essere a protezione necessaria non determina di per sé la trasformazione in situazioni giuridiche soggettive che si realizza solo quando la doverosità potenziale diventa concreta ed esigibile. In molti casi quindi, coincidono con i 'diritti', ma possono anche non coincidere. Così, ad esempio, l'interesse alla salute, certamente considerato «a protezione necessaria», diventa un diritto nei confronti della pubblica amministrazione solo quando si realizzano determinate condizioni normative e organizzative: l'interesse al ricovero in caso di malattia diventa diritto soggettivo quando vi sia una struttura ospedaliera.

Esiste, certo, per norma costituzionale, il diritto alla salute, ma si tratta di una norma che definisco «ad implementazione progressiva» perché si traduce in situazioni soggettive protette solo quando e nella misura in cui il contesto economico e politico consente.

Viene così confermato che l'organizzazione è la risposta agli interessi e la matrice dei diritti.

Questo spiega, ad esempio, perché il diritto alla prestazione sanitaria ha uno spessore in Cina minore di quello che ha in Italia e negli altri paesi europei: non si tratta di una scelta ordinamentale sfavorevole a configurare questa attività come servizio pubblico (come negli Stati Uniti d'America) ma solo del minore tasso di sviluppo economico finora raggiunto, che non consente una corrispondente espansione del servizio pubblico.

Ciò non implica che gli interessi a protezione necessaria non possano essere soddisfatti anche dal mercato, acquisendone la soddisfazione attraverso liberi atti contrattuali; in caso negativo il pubblico potere ha il dovere di garantire che la soddisfazione avvenga e di provvedervi. Così, ad esempio, non si può dubitare che l'interesse alla alimentazione sia a protezione necessaria, senza che ciò determini di per sé l'insorgere di situazioni giuridiche soggettive nei confronti di pubbliche amministrazioni, il cui dovere è limitato a garantire che il mercato vi provveda a condizioni igieniche ed economiche adeguate, ma può comportare obblighi operativi di prestazione (in presenza di eventi calamitosi o per sopperire a particolari situazioni di indigenza).

L'aver posto gli interessi al centro della costruzione del diritto amministrativo si riflette anche nella definizione della disciplina: «il diritto amministrativo è il settore del diritto che riguarda la giuridicizzazione del potere e la soddisfazione degli interessi a protezione necessaria».

Inoltre la tematica organizzativa, della quale si è occupata la dottrina amministrativistica più attenta alle connessioni fra gli istituti giuridici e le dinamiche sociali, va riletta e in parte riscritta utilizzando la chiave di lettura offerta dall'analisi del tipo di composizione tra diversi interessi che viene effettuata nelle norme.

L'analisi dimostra che molto spesso, dovendosi cercare un punto di equilibrio tra interessi contrastanti, la scelta non è stata fatta e il quadro normativo riflette la semplice sommatoria delle esigenze diverse: è stato così nelle scelte fra le esigenze di unità e quelle di autonomia, fra le esigenze di uguaglianza e differenziazione, fra la tutela degli interessi a soddisfazione necessaria alla quale devono provvedere i gestori dei servizi pubblici e la preferenza accordata ai modelli concorrenziali, e ancora nella scelta fra garanzia ed efficienza nei contratti pubblici.

4. Le applicazioni

Il metodo gradualista si mostra utile nel dare una spiegazione a una molteplicità di profili dell'organizzazione e dell'attività amministrativa. Ci

si sofferma ora sulle più significative.

4.a) *Le gradazioni nelle fattispecie miste pubblico-privato. Provvedimenti, procedimenti, accordi e contratti*

Premesso che la semplice constatazione del diritto positivo fa giustizia delle estrapolazioni ideologiche che negano la differenza fra diritto pubblico e privato, nella prospettiva di ricondurre a quest'ultimo tutta l'esperienza giuridica, non c'è dubbio che il confine fra questi due poli resta difficile da definire in quelle zone grigie dell'attività e dell'organizzazione che non sono più marginali ma anzi rappresentano la vicenda prevalente.

L'attitudine alla ricerca degli elementi essenziali e l'applicazione del metodo gradualista si manifestano particolarmente utili nel fornire una spiegazione giuridica delle fattispecie dell'attività e dell'organizzazione che non sono riconducibili in modo univoco al 'pubblico' o al 'privato'. Da un lato non c'è dubbio, per quanto riguarda l'attività, che esistono sia il provvedimento, «l'atto unilaterale che produce effetti nella sfera del destinatario senza il concorso della sua volontà», (basti pensare ad un ordine di pubblica sicurezza o di polizia urbana), sia il contratto puro e semplice, come negli acquisti in economia.

L'esistenza di queste diverse polarità non viene messa in discussione dalla circostanza che in via generale la destinazione funzionale dell'attività e dell'organizzazione della pubblica amministrazione da un lato, e dall'altro la marcata giuridicizzazione che connota ormai l'esercizio del potere comportano una alterazione dei modelli base così diffusa da renderle quasi marginali. Eppure non solo sussistono nel diritto positivo ma anche concettualmente non è possibile prescinderne nel definire fattispecie che sono miste proprio nel senso che contengono in varia misura elementi dell'una o dell'altra categoria base. È efficace, negli scritti, l'immagine della pozzanghera, un misto di acqua e terriccio che può avere varie gradazioni dell'una e dell'altra, perché si va dalla terra appena bagnata all'acqua sporcata da un po' di terra. Ma non vi è alcun modo per definire la pozzanghera se non ricorrendo ai due diversi ingredienti, l'acqua e la terra, che la compongono.

In assenza di discipline speciali le fattispecie dovranno quindi essere assegnate all'uno o all'altro dei due poli utilizzando il criterio del profilo prevalente nel caso specifico. Ma è proprio il metodo gradualista che consente una articolazione più rispettosa dei caratteri della singola fattispecie, togliendo all'inquadramento nelle categorie quel carattere

forzoso e improprio che, altrimenti, comporta.

Così è anche per le formule organizzative perché, come già avvertiva G.D. Romagnosi, «non è vero che possono essere solo 'assolutamente pubbliche' o 'assolutamente private'. Fra il 'pubblico' e il 'privato' esiste una gradazione, come esiste fra i diritti. La natura pubblica di uno stabilimento, ad esempio uno 'spedale' o una università, non comporta la natura pubblica di tutti i suoi beni, né è pubblico il salario degli inservienti a un pubblico stabilimento».

Fra provvedimento e contratto esistono varie gradazioni che attenuano i caratteri dell'unilateralità o della bilateralità: si va, così, da atti unilaterali adottati senza alcuna forma di possibile incidenza del destinatario, (come il gesto del vigile urbano che inibisce la libertà di circolazione), fino a forme procedimentali sempre più partecipate già dalla fase di avvio del procedimento ('a istanza di parte'), e ancora fino ad accordi integrativi o anche sostitutivi di provvedimento. Per non parlare di strane figure introdotte dal linguaggio burocratese, come le 'determine', o utilizzate quando non si sappia inquadrare o se ne voglia camuffare la natura giuridica, come le 'convenzioni'.

4.b) *La gradazione delle situazioni giuridiche soggettive e delle tutele. La riconsiderazione della nozione di diritto soggettivo e di interesse legittimo. Il carattere relazionale delle situazioni giuridiche soggettive*

La concettuologia in uso nel diritto amministrativo nell'analisi delle forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive appare viziata da un approccio di derivazione civilistica, fondato esclusivamente sui profili di tutela giurisdizionale. Questa impostazione è favorita dalla mentalità dei giuristi troppo spesso avvocati e dal preconcetto formalista per cui la tutela, se c'è, è piena, sia che avvenga 'in forma specifica' o 'per equivalente', secondo, appunto, gli strumenti dei quali dispongono i giudici. Di qui anche la difficoltà di sopportare, sul piano concettuale, situazioni soggettive che possano ricevere una tutela minore, occasionale, si diceva tempo fa.

L'impostazione tradizionale contrasta con la constatazione che la soddisfazione degli interessi non è valutabile solo per la tutela che ottengono in sede giurisdizionale. Si pensi, ad esempio, al diritto alla salute, tra l'altro ben difficilmente tutelabile, sia 'in forma specifica' che 'per equivalente'. La tutela qui si ottiene anzitutto attraverso una risposta organizzativa e attraverso le attività di prevenzione, la garanzia di qualità professionale e di standard di erogazione, e tutti quei profili sostanziali che rendono il ricorso

al giudice un rimedio residuale e inappagante.

Né si può sostenere che tutto ciò deve restare al di fuori dell'attenzione del giurista perché attiene solo a profili di fatto irrilevanti per il diritto, perché ciò non è vero: non è vero, ad esempio, che non esiste un diritto all'alimentazione né che lo si tutela essenzialmente in sede giurisdizionale: vi è una serie di doverosità che si traduce in obblighi organizzativi, nell'esercizio di funzioni di controllo, fino anche alla somministrazione di alimenti.

Ciò posto, risulta altrettanto evidente che l'idea che la tutela, se c'è, non può che essere piena è frutto di una concezione solo patrimonialista dei diritti e non trova riscontro nell'analisi. La tutela è, in realtà, più o meno piena, e quindi gradualizzata, a seconda del tipo di interesse e del contesto giuridico e organizzativo nel quale l'interesse ha assunto rilevanza.

La tutela varia a seconda che si tratti o meno di situazioni soggettive tutelabili con strumenti organizzativi, in rapporto al tipo di attività, a seconda che si collochino a fronte di contratti, o di procedimenti, o di provvedimenti o di attività di servizio.

È quindi frutto di una semplificazione l'idea che le tutele siano sempre corrispondenti a diritti soggettivi e che le situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione vadano configurate come figure minori, gli interessi legittimi.

È, invece, da una considerazione complessiva dei 'diritti' che emerge una diversa, e più convincente ricostruzione.

Una analisi delle situazioni giuridiche soggettive che vengono ricondotte alla figura unitaria del diritto soggettivo mostra che anche queste sono variamente articolate in rapporto alle relazioni con altri soggetti i cui 'diritti' interferiscono su quello del titolare del diritto soggettivo. La compresenza di diritti emerge con evidenza se si considerano le vicende del vivere sociale nelle quali i diritti soggettivi coesistono con diritti di altri soggetti e ne seguono la sorte. Così, il diritto alla permanenza del vincolo matrimoniale convive con il diritto allo scioglimento del quale è titolare il coniuge: si tratta di due situazioni soggettive attive che coesistono e ciò è dovuto semplicemente al fatto che vi sono due soggetti che hanno fra loro un certo tipo di rapporto. All'interno del rapporto familiare, inoltre, la compresenza di diritti è evidente anche per i profili di tipo proprietario, con riferimento ai diritti del coniuge sui beni acquisiti dall'altro in comunione dei beni e con riferimento ai diritti ereditari dei figli anche durante la vita dei genitori. La convivenza fra le situazioni giuridiche soggettive non si concretizza solo in modo lineare fra due o più soggetti, in quanto la stessa situazione soggettiva implica una pluralità di relazioni con quelle di altri soggetti. Così per fare

l'esempio più semplice, il diritto del soggetto proprietario di un terreno convive con i già ricordati diritti del coniuge e dei figli, con il diritto di un istituto di credito che abbia effettuato un prestito con ipoteca, con eventuali diritti di servitù, con diritti di altri a transitarvi e cacciare, con il potere del comune di mutare il tipo di disponibilità e di valore attraverso gli strumenti urbanistici o di espropriarlo in tutto o in parte per costruire un'opera pubblica: è vero che l'espropriazione è solo eventuale, ma l'espropriabilità è connaturale alla proprietà.

Ogni situazione giuridica soggettiva ha carattere prismatico. La gradazione che l'assetto ordinamentale dà a ciascuna di esse deriva dalla gradazione qualitativa e quantitativa delle relazioni con altri soggetti. È nel sistema complessivo delle relazioni che si determina la vita delle persone e delle loro situazioni giuridiche.

Nessun diritto sfugge a tale dimensione, nemmeno quelli 'assoluti' la cui teorizzazione è frutto di una concezione individualista.

Dalla configurazione del diritto come relazionale deriva che mentre l'interesse è un rapporto fra un soggetto e un bene, una situazione giuridica soggettiva si qualifica per il rapporto tra il soggetto e gli altri soggetti, in relazione a un bene. È allora preferibile dare del diritto soggettivo una definizione meno legata a concezioni soggettivistiche e definirlo quindi, tornando a Jhering, semplicemente come interesse protetto. In questo modo la definizione è comprensiva di tutte le fattispecie di interessi tutelati; all'interno di essa possono esistere sottodistinzioni, fondate sulla diversità del tipo di relazioni che hanno con altre situazioni soggettive, come, appunto, quella fra diritti soggettivi e interessi legittimi che viene utilizzata ai fini del riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e amministrativo.

L'interesse legittimo è un «interesse protetto correlato a un potere».

4.c) *Le gradazioni di soggettività: l'articolazione delle figure soggettive, delle formule e dei rapporti organizzativi*

Il tema delle persone giuridiche era stato centrale nel pensiero giuridico per lunghi periodi perché vi si concentravano le problematiche della composizione plurisoggettiva dell'ordinamento. Le concezioni unitarie e individualiste facevano resistenza ad accettare le forme di articolazione della società, fino a negare la soggettività giuridica delle società commerciali o a considerare le associazioni come semplice somma di individui.

È noto che, dovendosi arrendere all'evidente affermazione di figure presenti nel tessuto sociale o nate dalle esigenze dello sviluppo economico

e che non si spiegavano come semplice espressione del singolo individuo, la dottrina si rifugiò nella teoria della finzione, come se queste fossero una invenzione formale fatta dall'ordinamento giuridico a fini pratici. Anche la scienza del diritto pubblico attribuì alla personalità giuridica una importanza fondamentale, tanto che la nascita dello Stato di diritto venne fatta coincidere (M. Nigro) con la teoria con la quale Gerber, attribuendo personalità giuridica allo Stato, lo separò dal sovrano, lo riconobbe come realtà a se stante, avente in sé la propria legittimazione.

Uno strumento concettuale, nato nel diritto canonico e fortemente valorizzato dalla scuola pluralista di O. von Gierke, venne poi piegato alla logica unitaria, attribuendo alla personalità giuridica dello Stato un carattere talmente assorbente ed esclusivo, da indurre il giovane Santi Romano a chiedersi se i comuni fossero persone giuridiche o semplici organi dello Stato.

La vicenda concettuale si ripete ogni qualvolta un ordinamento unitario inizia ad articolarsi. Se ne è avuta conferma nella difficoltà, poi superata, a far accettare ai colleghi cinesi l'idea che potessero esistere più enti pubblici, diversi dallo Stato.

Ora il dibattito fra la teoria della realtà e quella della finzione si è spento, non perché vi sia stato un punto d'arrivo condiviso ma perché lo si è semplicemente rimosso. Nelle impostazioni più recenti il problema delle persone giuridiche è stato ridotto a una semplice questione di imputazione degli atti: l'atto posto in essere da una società, una associazione, un ente, si imputa agli stessi e non ai soggetti (individui) che li compongono (M.S. Giannini). Questa impostazione implica una rinuncia ad affrontare la problematica e non tiene conto del diritto positivo che registra forme non marginali di imputazione di atti a figure prive di personalità giuridica, come le 'associazioni non riconosciute' o le autorità amministrative indipendenti o vari organismi di prestazione di servizi. È quindi da rimuovere anche il retaggio culturale che dà per scontato che la personalità giuridica o c'è o non c'è e vi connette una serie di conseguenze, anzitutto quella della autonomia. Al contrario, l'analisi dimostra che esistono fattispecie senza personalità giuridica dotate di autonomia, più o meno ampia e comunque maggiore di quella di cui dispongono organismi qualificati come enti.

Dimostra anche, però, se si adotta il metodo della ricerca delle certezze possibili, che esistono in realtà varie gradazioni di soggettività, di diverso spessore: le figure soggettive sono dotate di un diverso grado di soggettività (di esistenza nel mondo delle relazioni giuridiche). L'organizzazione amministrativa, ma anche quella dei soggetti collettivi privati, si articola in vario modo conferendo alle unità che la compongono ambiti di operatività giuridica e materiale differenti, che vanno da un minimo a un massimo e che,

comunque, per le organizzazioni collettive non coincide mai con la pienezza.

Il timore di una parte della dottrina privatistica (A. Falzea) che, accettando la tesi di una soggettività giuridica non coincidente senza residui con la personalità giuridica, si possa legittimare una sostanziale diversità fra gli esseri umani non trova una applicazione nel diritto amministrativo dove la gradazione dei modi d'essere delle soggettività è di tutta evidenza.

È meglio quindi non perdere tempo a discutere, ad esempio, se la personalità giuridica l'abbiano i ministeri (o magari oggi le direzioni generali) o lo Stato. Un organismo può essere dotato o meno di personalità giuridica e in entrambi í casi può essere intestatario del rapporto di impiego del personale o utilizzare personale di altro ente, può disporre di mezzi finanziari propri o solo in parte o per nulla, e così via. Non vi è una correlazione automatica fra il grado di autonomia e la personalità giuridica né è da condividere la tesi che connette alla personalità giuridica una posizione di autonomia privata (M.S. Giannini), nel senso di poter stabilire i propri fini: nessun ente pubblico può perseguire fini diversi da quelli istituzionalmente propri.

È quindi preferibile non utilizzare la nozione (di derivazione antropomorfica) di persona giuridica e utilizzare quella più elementare di soggettività giuridica che è compatibile con l'esistenza di diverse gradazioni.

Le gradazioni sussistono anche nelle formule e nei rapporti organizzativi che comprendono diversi gradi di autonomia e di sovra-sottordinazione. È quindi sbagliato ritenere che un ente o è autonomo o non lo è. Si possono usare le categorie di enti autonomi o strumentali solo avendo consapevolezza che si fa così riferimento a un criterio di prevalenza dei profili di autonomia o di sottordinazione che in realtà, mischiando insieme strumenti organizzativi e procedimentali, presentano una gamma variegata di fattispecie.

Anche la tesi, ancora dominante, che definisce l'organo come l'ufficio che adotta gli atti che si imputano all'ente, non regge alla verifica del diritto positivo che comprende diverse fattispecie, come quella dei direttori generali dei ministeri, che adottano atti che si imputano al ministero. Se ne dovrebbe allora trarre la conseguenza, che, ferma la natura di organi ormai acquisita dai direttori generali, i ministri, invece, non sono gli organi dei ministeri e sarebbe interessante capire come li si possa inquadrare. Va quindi riformata la corrente definizione di organo («l'ufficio che imputa gli atti all'ente») individuandola più correttamente nell'ufficio che ha la responsabilità «della figura soggettiva ed è preposto a realizzarne le finalità».

4.d) *Le conferme nella applicazione al diritto dell'ambiente*

Questa impostazione si rivela particolarmente utile nell'affrontare il tema ambientale.

Il diritto dell'ambiente interessa tutti settori del diritto, nei diversi paesi vi è sempre qualche disciplina giuridica che se ne occupa in prevalenza. In Cina, fino a qualche tempo fa era studiato solo dai privatisti perché era nato a seguito delle controversie per il risarcimento dei danni. È stato impegnativo, nei rapporti con i colleghi cinesi, spiegare che, poiché il danno ambientale va anzitutto prevenuto anziché risarcito, la materia non poteva non interessare anche, e anzi in primo luogo, il diritto pubblico. Ora questa convinzione è acquisita e si sono tenuti diversi convegni, in Cina e in Italia, sul diritto amministrativo dell'ambiente.

La materia ambientale è venuta a formarsi non come un nuovo settore che si è aggiunto agli altri, come è stato per esempio per il diritto dell'istruzione o quello sanitario, ma interferendo su tutti gli altri già esistenti, complicandone i procedimenti con l'introduzione di interessi meritevoli di una tutela via via rafforzata fino a renderli primari, confliggenti con altri primari, introducendo titolarità di situazioni soggettive senza un soggetto definito al quale imputarle.

Quando la Cassazione, per giustificare la propria giurisdizione, ha avuto bisogno di dire che esiste un 'diritto soggettivo' all'ambiente, ha adoperato un concetto che stride in modo evidente con i connotati di una nozione non applicabile senza forzature a un bene che è, insieme, di tutti e di nessuno; ha configurato diritti soggettivi che, come rilevava F. Benvenuti, non hanno come pretesa né un rapporto reale né un rapporto obbligatorio.

La problematica ambientale ha evidenziato la crisi delle nozioni portanti del nostro sistema giuridico: quelle che riguardano le situazioni giuridiche soggettive, ma anche quelle dei soggetti portatori, per spiegare i quali si è dovuto far ricorso alla nozione di interesse diffuso. Lo stesso problema della rilevanza giuridica del territorio ne è stato coinvolto perché il tema ambientale mostra in modo emblematico la bipolarità di un concetto che da un lato tende a evaporare, dall'altro si radica ulteriormente: i fenomeni ambientali non hanno confini ma nello stesso tempo l'habitat nel quale si manifestano è territorialmente definito e ciò attiva i poteri e le responsabilità corrispondenti; vi è un disallineamento tra la localizzazione delle fonti inquinanti e quella nella quale si producono i danni, che si traduce in un disallineamento fra poteri e responsabilità.

Il metodo gradualista applicato al tema ambientale consente di

riformulare una serie di nozioni giuridiche e di risolvere problemi giuridici concreti: è utile l'applicazione che se ne può fare per capire la ragione della complessità organizzativa e procedimentale, per cogliere la dinamica degli interessi e per definire le figure e le situazioni giuridiche soggettive che connotano questa disciplina. Quanto ai portatori degli interessi, e quindi alle figure soggettive, viene confermata la tesi che non è vero che la personalità giuridica o c'è (e allora è totale) o non c'è, ma semplicemente che esistono varie gradazioni di soggettività giuridica.

Quanto alla tutela degli interessi, il diritto dell'ambiente conferma che non è vero che gli interessi sono o protetti o non protetti e che nel primo caso vale la tendenza a ricondurli tutti alla nozione di diritto soggettivo: gli interessi ricevono, invece, una protezione variabile che dipende dal contesto normativo, sociale, comportamentale, secondo, anche qui, una gradazione articolata e mobile.

Quanto alla dinamica degli interessi, la coesistenza di interessi primari fra loro confliggenti pone questioni di grande rilievo anche pratico nei quali la giurisprudenza stenta a trovare un orientamento. In realtà se si esaminano i rapporti fra l'interesse all'ambiente e quelli al lavoro e allo sviluppo si individuano vari tipi di rapporto che corrispondono alle fasi di evoluzione della disciplina: quella oppositiva (l'ambiente contro lo sviluppo e viceversa), quella di contemperamento, nella quale si forma la nozione di 'sviluppo sostenibile', e infine quella che è già in atto ma non si è ancora consolidata, dell'ambiente come modo per determinare un diverso tipo di sviluppo (Papa Francesco, *Enciclica Laudato si'*). La composizione fra interessi confliggenti tutti primari e di rango costituzionale, e quindi incomprimibili, si ottiene solo cambiando il tipo di sviluppo.

5. 'Conclusioni'

Emerge con chiarezza dalle considerazioni precedenti, che un rinnovamento della scienza del diritto amministrativo si può fare solo innovando nozioni fondamentali della scienza giuridica.

Nella celebrazione dell'ottantesimo compleanno di M.S. Giannini, in un incontro con gli allievi che avemmo nell'ex convento templare di San Bevignate a Perugia, dove vivo, Giannini ci disse: «vedete, i privatisti ci hanno detto tutto quello che potevano dire. Spetta a voi, ora, fare teoria generale». In effetti il diritto amministrativo, per la molteplicità dei rapporti nei quali è coinvolto, è particolarmente idoneo a comprendere l'evoluzione

dei sistemi giuridici in un contesto di complessità e disarticolazione.

Il metodo gradualista fornisce un rilevante contributo in questa direzione e consente una nuova formulazione di molte nozioni giuridiche tradizionali che si mostrano ormai inadeguate.

Danilo Pappano

Glossario. Nuove definizioni giuridiche[*]

Sommario: 1. Premessa – 2. Metodo essenziale e gradualista – 3. La definizione di pubblico potere – 4. Principio di doverosità – 5. Interesse a protezione necessaria – 6. Organizzazione come fonte (presupposto) di diritti – 7. Le gradazioni della soggettività giuridica – 8. Organo e imputazione formale – 9. Ente pubblico – 10. Enti pubblici a struttura di società per azioni – 11. Servizio pubblico – 12. Riconsiderazione/dequotazione del diritto soggettivo – 13. Interesse legittimo – 14. Provvedimento amministrativo – 15. Polivalenza delle norme giuridiche.

1. *Premessa*

Il glossario evidenzia con riferimento alla elaborazione scientifica di Giampaolo Rossi le nozioni oggetto di riconsiderazione delle impostazioni tradizionali del diritto amministrativo e quelle invece di nuova creazione ascrivibili esclusivamente alla sua riflessione teorica.

In entrambi i casi, le nozioni risultano il frutto dell'applicazione del metodo utilizzato nell'analisi dei fenomeni giuridici oggetto di studio del diritto amministrativo e considerato dall'Autore come il più idoneo ad affrontare i cambiamenti, la frammentarietà e la complessità dell'attuale fase storica in cui la scienza giuridica amministrativistica si inserisce.

Il metodo utilizzato già a partire dai primi lavori scientifici, e ampiamente analizzato nei lavori successivi che direttamente hanno riguardato le questioni di ordine metodologico, viene definito dall'autore 'metodo essenziale e gradualista'. L'applicazione del metodo presuppone una piena conoscenza dei profili sostanziali che formano la fattispecie giuridica che, come ha rilevato Falzea, è frutto della sintesi tra fatto e norma.

Nel contesto più generale dell'attuale 'società dell'incertezza', l'Autore sottolinea ancora una volta la necessità di ricercare le certezze possibili, elementari, i nuclei base delle nozioni in modo tale che l'evoluzione possa essere capita e delimitata nell'ambito delle gradazioni che intercorrono fra

[*] da G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 495 ss.

le stesse.

Si può contribuire così a rendere l'incertezza non incompatibile con la sopravvivenza di certezze basilari, portanti e, in qualche modo, senza arrivare a un 'elogio dell'incertezza', quale carattere non patologico nelle società in movimento, che è caratteristica di tutte le fasi di trasformazione e oggi particolarmente viva per la rapida evoluzione dei rapporti sociali, economici, e quindi giuridici.

Alla base della nuova impostazione vi è la concezione del potere come servizio. La nozione, già presente in alcuni orientamenti delle altre scienze umane, trova oggi riscontro nel diritto positivo. Il potere amministrativo è volto a curare interessi a soddisfazione necessaria, non solo a tutelare il singolo dai possibili abusi di un potere che, in passato, non era sottoposto al diritto o che godeva di una posizione giuridica di privilegio. Di qui la definizione del diritto amministrativo come il settore del diritto che riguarda la giuridicizzazione del potere e la soddisfazione degli interessi a protezione necessaria.

Le nuove definizioni sono elencate secondo un circuito: interessi (che sono posti alla base della riflessione giuridica) – organizzazione – situazioni giuridiche soggettive.

L'elencazione non comprende tutti i contributi scientifici dell'Autore, ma solo quelli che si sono concretizzati in nuove definizioni, intendendo così indicare agli studiosi alcuni punti definiti, e fornire agli studenti una chiave di comprensione del testo.

2. *Metodo essenziale e gradualista*

Partendo dall'assunto che esiste un tessuto metodologico comune a tutte le scienze, compresa la scienza giuridica, il criterio cui ispirarsi per costruire le basi di ogni ricostruzione teorica è individuato nella ricerca dei concetti e dei dati elementari, approccio considerato più idoneo a cogliere gli elementi di sistemi, come quello attuale, non stabili ma aperti e in trasformazione.

Come già evidenziato, il metodo proposto, definito essenziale e gradualista, si oppone alla tendenza diffusa di negare il valore di categorie fondamentali e si pone l'obiettivo di ricercare le certezze possibili individuando i dati più elementari, ovvero il nucleo essenziale dei concetti giuridici.

La teoria generale in altri termini si fa alla base dei diversi fenomeni giuridici, scomponendo le diverse fattispecie e ricomponendole nei loro

tratti comuni, alla ricerca di quegli elementi nucleari ed elementari, di ogni nozione giuridica che, fermi restando i profili di differenziazione, rappresentano le fondamenta della sua giuridicità.

Il metodo impone quindi di abbandonare l'obiettivo di ricostruzioni omnicomprensive o di macroconcetti che appiattendo invece i profili di differenziazione e specificità, assumono nell'attuale contesto ordinamentale, aperto, disarticolato e in trasformazione, valore semplicemente descrittivo.

Il metodo essenziale e gradualista, tratto dall'insiemistica, è il più idoneo invece a cogliere i profili comuni di fattispecie diverse, il 'minimo comune denominatore' che le unisce, e al contempo, i profili comuni e differenziati dei gruppi di fattispecie e le diverse polarità che compongono i fenomeni complessi (come pubblico e privato, provvedimento e contratto, ecc.), scomponendo le gradazioni dell'uno e dell'altro polo, riuscendo a cogliere i profili caratterizzanti delle fattispecie e a differenziarle da quelle affini, secondo le scelte effettuate dal diritto positivo. Ciò lo rende particolarmente adatto nell'analisi delle c.d. fattispecie miste, frequenti nell'attuale assetto soprattutto per effetto dei processi di privatizzazione degli anni Novanta.

Le fattispecie miste si possono definire solo individuando i dati elementari che le compongono, così come le pozzanghere sono un misto di terra e di acqua, con diverse gradazioni dell'una o dell'altra.

3. *La definizione di pubblico potere*

Rossi sottolinea che il potere non è in sé negativo ma al contrario, positivo, in quanto volto a tutelare interessi «a soddisfazione necessaria». Ciò pone il tema del potere al di là della mera dialettica autorità-libertà nella quale è stato incasellato in modo del tutto assorbente.

L'Autore sottolinea che non sono certamente venute meno le problematiche sugli atti autoritativi, ed è gran merito della dottrina aver contribuito a togliere le unghie al potere, ad impedire o almeno limitare i possibili abusi, tuttavia, contesta l'assolutizzazione della problematica, perché «negli ultimi tempi la contestazione del potere è diventata lo sport principale della dottrina che giunge a rifiutare qualsiasi unilateralità, dovendosi tutto ricondurre al 'rapporto' e al consenso».

Se il potere non è un male, e neppure 'un male necessario', G. Rossi ne ricava che la misura del potere non deve essere 'la minore possibile', ma non nel senso di limitazione di un fenomeno negativo (come spesso invece è

stato inteso il principio di proporzionalità), ma piuttosto di individuazione di quanto necessariamente collegato allo svolgimento della funzione amministrativa, a partire da ciò che lo legittima e insieme lo delimita.

Di qui, con riferimento agli strumenti civilistici o pubblicistici, e alle relative discipline, l'attenzione all'individuazione delle ragioni della loro necessaria esistenza, dei limiti e al contempo la verifica, nelle singole fattispecie, della loro adeguatezza nella tutela degli interessi (ad es. in materia di contratti della p.a., di beni pubblici, di giustizia amministrativa, ecc.).

4. *Principio di doverosità*

Rossi sottolinea che la nozione di funzione amministrativa è correttamente intesa solo se si parte dal dovere di perseguire l'interesse pubblico che fonda il potere (e la stessa esistenza dell'amministrazione), e non viceversa.

L'idoneità del principio di doverosità a descrivere meglio la regola di azione dell'amministrazione e i suoi possibili trabordamenti, a partire dall'eccesso di potere, è connessa alla valorizzazione dell'insieme di doveri, obblighi e limiti dettati dalla legge e specificati dalla giurisprudenza, che sono strumentali alla soddisfazione dell'interesse finale, e a garantire che ciò avvenga con la più ampia considerazione degli interessi coinvolti. Il dato normativo conferma i profili di doverosità dell'amministrazione, in quanto sono quantitativamente maggiori le norme che impongono e limitano, di quelle che prevedono poteri o privilegi. Secondo G. Rossi, la doverosità si pone come profilo che giustifica e che collega sistematicamente le singole prescrizioni 'scritte'; inoltre, in quanto connotato generale dell'azione amministrativa, ha la capacità di porre, con riferimento all'attività discrezionale, vincoli ulteriori rispetto a quelli espressamente stabiliti, attinenti alla modalità di perseguimento del fine.

Inoltre, il principio di doverosità influisce sull'interpretazione delle norme in quanto induce a preferire una lettura che meglio permette la concreta ed immediata realizzazione dell'interesse finale.

5. *Interesse a protezione necessaria*

Con il termine «interessi a protezione necessaria» G. Rossi indica quegli interessi che, in un determinato contesto storico, sociale, culturale,

economico e politico, le collettività possono e devono necessariamente soddisfare; i poteri che queste esercitano sono strumentali a questa funzione. Sono gli interessi di collettività nel loro insieme (sicurezza, sviluppo, benessere), di gruppi sociali, di singole persone che non possono essere soddisfatti dal singolo individuo e ai quali corrisponde una situazione almeno potenziale di doverosità da parte di pubbliche amministrazioni. La definizione non ha carattere giuridico ma sostanziale, e ciò la distingue dalla nozione di interesse pubblico: come gli altri interessi, quelli a protezione necessaria costituiscono il profilo sostanziale suscettibile di dar luogo a 'diritti' in presenza di una qualificazione giuridica; l'essere a protezione necessaria non determina di per sé la loro trasformazione in situazioni giuridiche soggettive che si realizza solo quando la doverosità potenziale diventa concreta ed esigibile. In molti casi quindi, coincidono con i 'diritti', ma possono anche non coincidere.

Così, ad esempio, l'interesse alla salute, certamente considerato «a protezione necessaria», diventa un diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione solo quando si realizzano determinate condizioni normative e organizzative. Ciò spiega come gli interessi a protezione necessaria possono essere soddisfatti anche dal mercato, acquisendone la soddisfazione attraverso liberi atti contrattuali; in caso negativo il pubblico potere ha il dovere di garantire che la soddisfazione avvenga e di provvedervi. Non si può dubitare che l'interesse alla alimentazione sia a protezione necessaria, senza che ciò determini di per sé l'insorgere di situazioni giuridiche soggettive nei confronti di pubbliche amministrazioni, il cui dovere è limitato a garantire che il mercato vi provveda a condizioni igieniche ed economiche adeguate, ma può comportare obblighi operativi di prestazione in caso contrario (ad esempio in presenza di eventi calamitosi o per sopperire a particolari situazioni di indigenza).

6. *Organizzazione come fonte (presupposto) di diritti*

Nello studio delle situazioni soggettive G. Rossi sottolinea come la tutela degli interessi degli amministrati si pone a partire dall'organizzazione e come la concettuologia in uso nel diritto amministrativo nell'analisi delle forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive appaia viziata da un approccio di derivazione civilistica, fondato esclusivamente sui profili di tutela giurisdizionale. Questa impostazione è favorita dalla mentalità dei giuristi troppo spesso avvocati e dal preconcetto formalista per cui la tutela, se c'è,

è piena, sia che avvenga 'in forma specifica' o 'per equivalente', secondo, appunto, gli strumenti dei quali dispongono i giudici.

Ma l'impostazione tradizionale contrasta con la constatazione che la soddisfazione degli interessi non è valutabile solo per la tutela che ottengono in sede giurisdizionale. Si pensi, ad esempio, al diritto alla salute, tra l'altro ben difficilmente tutelabile, sia 'in forma specifica', sia 'per equivalente'. La tutela qui si ottiene anzitutto attraverso una risposta organizzativa e attraverso le attività di prevenzione, la garanzia di qualità professionale e di standard di erogazione, e tutti quei profili sostanziali che rendono il ricorso al giudice un rimedio residuale e spesso inappagante. Né si può sostenere che tutto ciò deve restare al di fuori dell'attenzione del giurista perché attiene solo a profili di fatto irrilevanti per il diritto.

L'Autore sintetizza efficacemente l'idea con la frase «senza ospedale non vi è il diritto al ricovero» (in *Principi di Diritto amministrativo*, 1999), pur consapevole che poteva essere percepita come provocatoria. L'attuale emergenza Covid-19 ne ha invece confermato la correttezza.

Ciò posto, risulta evidente a G. Rossi che l'idea che la tutela, se c'è, non può che essere piena è frutto di una concezione solo patrimonialista dei diritti e non trova riscontro nell'analisi. «La tutela è, in realtà, più o meno piena, e quindi gradualizzata, a seconda del tipo di interesse e del contesto giuridico e organizzativo nel quale l'interesse ha assunto rilevanza. La tutela varia a seconda che si tratti o meno di situazioni soggettive tutelabili con strumenti organizzativi, in rapporto al tipo di attività, a seconda che si collochino a fonte di contratti, o di procedimenti, o di provvedimenti o ad attività di servizio».

7. *Le gradazioni della soggettività giuridica*

Nell'ambito delle riflessioni sull'organizzazione amministrativa, G. Rossi evidenzia che la 'personalità giuridica' nel diritto amministrativo ha un rilievo limitato perché il grado di capacità giuridica di cui un soggetto giuridico pubblico dispone non dipende dall'avere o meno una personalità giuridica, ma assume una diversa gradazione a seconda dei tipi di soggetti giuridici pubblici di volta in volta considerati. L'analisi positiva dimostra infatti che vi sono organismi senza personalità giuridica che hanno più autonomia di altre figure soggettivizzate.

Il fenomeno delle figure soggettive prive di personalità giuridica

nel diritto pubblico è molto più comune che nel diritto privato (ad es. associazioni di fatto e comitati), e che l'amministrazione pubblica abbia o meno 'personalità giuridica' è indifferente rispetto all'acquisto o meno da parte dell'organismo della c.d. 'autonomia patrimoniale perfetta' che, come è noto, nel diritto privato determina la conseguenza di separare ai fini dell'adempimento delle obbligazioni assunte, il patrimonio dell'ente da quello dell'amministratore.

Le conseguenze strettamente giuridiche della personalità dei soggetti pubblici sono quindi poche: i beni degli enti pubblici non territoriali sono soggetti (salvo vincoli di destinazione) alle regole del codice civile (art. 830 cod. civ.), gli 'enti' pubblici possono, ma non debbono, avvalersi dell'Avvocatura dello stato, mentre, ad esempio, quelle tra le autorità amministrative indipendenti che non hanno personalità giuridica devono avvalersene.

Questi profili caratterizzano gli enti pubblici, ma non nel senso che li distinguono da quelli privati: sono invece i profili che distinguono gli enti pubblici dagli organismi pubblici senza personalità giuridica.

8. *Organo e imputazione formale*

L'impostazione sostanzialista nelle riflessioni di G. Rossi emerge con riferimento anche alla nozione di 'organo' e al meccanismo di imputazione formale degli atti e dell'attività all'ente.

Rispetto all'elaborazione tradizionale, l'Autore sottolinea come sia necessario disancorare la nozione di organo da quella della mera imputazione formale degli atti, perché la parte delle attività delle amministrazioni che si traduce in atti di diritto pubblico o privato (in relazione alla quale si sono formate le categorie oggi correnti) non è la sola né la più diffusa.

In un'università degli studi, ad esempio, l'attività didattica e di ricerca scientifica, quelle cioè che realizzano i fini propri dell'università, sono svolte da soggetti che non imputano atti giuridici all'università, se non in modo marginale (in sede di commissione d'esame o di laurea; come membri di organismi amministrativi).

A ciò va aggiunto che la distribuzione delle competenze e delle responsabilità all'interno delle amministrazioni (anche delle organizzazioni private) induce ad articolare anche gli uffici che producono atti formali, in una misura che varia a seconda del modello organizzativo: così come

in un esercizio commerciale i contratti con i clienti sono stipulati dai commessi, non dal proprietario né dal preposto all'esercizio, in una amministrazione l'articolazione della struttura organizzativa determina un numero crescente di uffici idonei a compiere atti che si imputano all'organismo di cui l'ufficio fa parte; anzi gli organi di vertice svolgono ormai in prevalenza funzioni di indirizzo e controllo, mentre gli atti vengono adottati da organi sotto-ordinati.

Adottando un approccio formalistico, basato sulla imputazione degli atti, si dovrebbe allora concludere nel senso che gli uffici di vertice non sono organi, il che evidentemente non ha senso. Disancorando la nozione da quella della mera imputazione formale degli atti, la problematica dell'organo recupera il senso che ha avuto quando la nozione fu creata dalla dottrina. La tesi pluralista di O. von Gierke che elaborò la nozione di organo utilizzò un concetto, un nome, tratto dalla persona fisica che è, appunto, dotata di organi proprio per affermare la realtà delle persone giuridiche collettive. Ridurre la nozione a un problema di imputazione formale finisce per negare l'intuizione originaria e per far accettare implicitamente la teoria del carattere fittizio della personalità giuridica.

Sulla base di queste considerazioni, G. Rossi propone una lettura della nozione di organo di un ente, nel senso di ufficio preposto a realizzarne le finalità assumendo le decisioni fondamentali e distinguendolo così dagli uffici che hanno vari gradi di legittimazione operativa e giuridica. In altri termini, l'organo è l'ufficio che ha la responsabilità della figura soggettiva.

9. *Ente pubblico*

È pubblico l'ente la cui esistenza è considerata necessaria dall'ente territoriale che vi intrattiene quindi rapporti connessi a tale valutazione.

Il carattere necessario dell'ente pubblico ne spiega i caratteri essenziali che consistono in primo luogo nella impossibilità di autoscioglimento o di decisione autonoma di privatizzazione; nell'impossibilità di sottrarre i beni alla loro destinazione e di essere sottoposto alle procedure fallimentari, ed ancora nella presenza di una responsabilità politica in ordine alla sua esistenza e al suo funzionamento, che si estrinseca nel potere di vigilanza e nel potere governativo di annullamento degli atti illegittimi.

Si tratta di una nozione che tende a superare le difficoltà di definizione

dell'ente pubblico legate al fatto che l'articolazione della sfera pubblica non consente più di definire il 'pubblico' come un concetto omogeneo, e che non esiste un solo modo di essere 'pubblico'; un soggetto pubblico può essere infatti manifestazione di un ente territoriale o di un corpo sociale diverso e può esercitare o meno poteri autoritativi. Tuttavia ciò non preclude la ricerca di un 'nucleo' del carattere pubblico che funga da soglia razionale e positiva, ossia come 'minimo comun denominatore' alle diverse qualificazioni di tutte le figure pubblicistiche.

La nozione di ente pubblico è così ricavata individuando l'elemento comune alle diverse tipologie di enti pubblici in applicazione del metodo essenziale e gradualista. La giuridicità della nozione di ente pubblico non è ricercata nella delineazione di un mega-concetto cui riferire tutti i diversi tipi di enti pubblici, che rischia di essere poco significativo, ma piuttosto andando alla ricerca di un 'nucleo minimo' comune alle diverse qualificazioni.

La nozione di ente pubblico ha carattere giuridico perché una serie di effetti vi è comunque connessa: varie leggi infatti fanno riferimento agli enti pubblici dettando specifiche discipline spiegabili con il carattere necessario del perseguimento dell'interesse e all'impossibilità di disporre della propria esistenza.

10. *Enti pubblici a struttura di società per azioni*

La nozione è stata elaborata da G. Rossi soprattutto all'indomani della privatizzazione formale dei principali enti pubblici economici in società per azioni.

Secondo G. Rossi hanno natura di enti pubblici le società per azioni istituite con atto legislativo (direttamente o mediante rinvio ad atto amministrativo) che ne determina la denominazione, lo scopo e la necessaria pertinenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria, perché in tal caso l'esistenza e la destinazione funzionale della figura soggettiva è predeterminata con atto normativo e resta indisponibile alla volontà dei propri organi deliberativi.

La posizione inizialmente isolata ha avuto in seguito riconoscimento sia in giurisprudenza che in dottrina. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale successiva ne ha poi meglio precisato i contorni.

La fortuna delle società per azioni in ambito pubblicistico è stata per molto tempo legata ad esigenze di maggior efficienza ed elasticità del

modello rispetto a quello degli enti pubblici.

Si è fatto ricorso così a tale formula sia per sostituire lo strumento societario a quello dell'ente pubblico economico, sia come mera variabile organizzativa dell'ente pubblico non economico.

Il ricorso ad un soggetto formalmente privato, ma sostanzialmente pubblico, ha per molto tempo consentito di cumulare i benefici connessi a tale duplice veste.

Questi benefici sono stati attenuati attraverso discipline legislative e orientamenti giurisprudenziali che hanno introdotto l'applicazione di una serie di istituti di carattere pubblicistico. Si è così progressivamente assistito ad un passaggio da enti 'di privilegio' ad enti 'di sfavore' perché il modello societario viene gravato di una serie di oneri che non sempre si conformano alla destinazione funzionale dell'organismo e che possono comprometterne la stessa funzionalità

Quanto alla disciplina giuridica applicabile a queste figure che presentano congiuntamente profili pubblicistici e privatistici, si deve ritenere che non sia applicabile lo schema in base al quale il carattere pubblico comporta necessariamente l'applicazione dell'insieme della disciplina pubblicistica, ma si debba procedere ad analisi specifiche per ciascuno dei casi. I due profili, pubblicistico e privatistico, convivono ed è sbagliata la tesi che gli enti possano essere o solo pubblici o solo privati (lo aveva già rilevato G.D. Romagnosi).

Per le figure che operano nell'economia è ragionevole ritenere che i tratti pubblicistici debbano essere tassativamente quelli previsti dalla legge.

11. *Servizio pubblico*

Rossi definisce il servizio pubblico come l'attività non autoritativa che consiste in prestazioni dirette a soddisfare «interessi a protezione necessaria».

Si tratta di una definizione essenziale che, in linea con il metodo applicato, mette in evidenza il tratto caratterizzante della nozione di servizio pubblico i cui confini non possono che rimanere incerti.

L'ambito del servizio pubblico, nei limiti posti dalla normativa europea, è infatti definito dai vari enti territoriali sia pure con differenti ruoli a livello statale e locale.

La natura di servizio pubblico determina la conseguenza che:

- la prestazione del servizio ha il carattere della doverosità;

- se un'attività è servizio pubblico le forme di gestione sono regolate da norme adottate da vari enti territoriali;

- gli atti che individuano forme di gestione, e il soggetto che deve gestirli, eventuali provvedimenti di vigilanza e controllo sono attribuiti almeno di regola alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Va precisato che non ogni attività 'non autoritativa' è servizio pubblico.

Inoltre, sussistono profili in cui l'attività inerente i servizi pubblici è resa con strumenti autoritativi. Si tratta però di profili specifici e strumentali.

Innanzitutto i profili autoritativi attengono alla doverosità della prestazione (sancita da norme penali) non solo per chi deve erogarla, ma anche, a volte, per chi deve beneficiarne (es. obbligo scolastico; vaccinazioni obbligatorie). A monte del servizio, cioè nella fase organizzativa, vi possono essere ulteriori profili autoritativi che vanno dalla espropriazione della proprietà privata per la realizzazione delle infrastrutture necessarie, alla previsione di sistemi di autorizzazione o accreditamento per l'accesso alla gestione del servizio, alla verifica della idoneità a svolgerlo. In alcuni casi il rapporto fra gestore del servizio e utente è di tipo amministrativo e quindi i versamenti a carico degli utenti si configurano come tassa; oppure anche se il rapporto ha natura privatistica non esclude connotazioni pubblicistiche, come quando il gestore infligge una sanzione amministrativa all'utente (es. per il mancato pagamento del biglietto ferroviario). In altri casi l'attività di prestazione è seguita da atti amministrativi di carattere abilitativo (es. titolo di studio universitario). Di tipo pubblicistico è la procedura di selezione del soggetto incaricato della gestione del servizio pubblico se l'ente non provvede direttamente. È di tipo pubblicistico il sistema dei controlli che presiede alla verifica del regolare assolvimento del servizio.

12. *Riconsiderazione/dequotazione del diritto soggettivo*

In tema di situazioni soggettive, l'elaborazione della dottrina amministrativistica si è misurata con una nozione di interesse legittimo che offriva una tutela minore rispetto a quella offerta dal diritto soggettivo.

Ciò è derivato dall'idea che il diritto soggettivo, e solo il diritto soggettivo, fosse in grado di offrire una tutela piena e la dottrina si è impegnata a estenderla anche all'esercizio di poteri autoritativi.

Soprattutto dopo il riconoscimento della risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo sono state prodotte elaborazioni dottrinarie dirette a

negare l'esistenza o l'utilità della nozione di interesse legittimo, a considerarla una singolarità solo italiana da superare, o a qualificare diritti soggettivi tutte le situazioni giuridiche attive nei confronti delle pubbliche amministrazioni. G. Rossi, muovendo dal carattere relazionale di tutte le situazioni soggettive, svela come il dibattito si basi su una mal posta idealizzazione della nozione di diritto soggettivo che va invece riconsiderata.

Un'analisi delle situazioni giuridiche soggettive che vengono ricondotte alla figura unitaria del diritto soggettivo mostra, infatti, che anche queste sono variamente articolate in rapporto alle relazioni con altri soggetti i cui 'diritti' interferiscono su quello del titolare del diritto soggettivo. La natura relazionale delle situazioni giuridiche soggettive implica che a ciascuna di esse corrispondono situazioni giuridiche di altri soggetti che sono di vario tipo.

La convivenza fra le situazioni giuridiche soggettive non si concretizza solo in modo lineare fra due o più soggetti, in quanto la stessa situazione soggettiva ha una pluralità di relazioni con quelle di altri soggetti.

Così per fare l'esempio più semplice, il diritto del soggetto proprietario di un terreno convive con i diritti del coniuge e dei figli, con il diritto di un istituto di credito che abbia effettuato un prestito con ipoteca, con eventuali diritti di servitù, con diritti di altri a transitarvi e cacciare, con il potere del comune di mutare il tipo di disponibilità e di valore attraverso gli strumenti urbanistici o di espropriarlo in tutto o in parte per costruire un'opera pubblica: se è vero che l'espropriazione è solo eventuale, l'espropriabilità è connaturale alla proprietà. Ogni situazione giuridica soggettiva ha carattere prismatico.

La gradazione che l'assetto ordinamentale dà a ciascuna di esse deriva dalla gradazione qualitativa e quantitativa delle relazioni con altri soggetti.

Il diritto di proprietà non è un rapporto tra un soggetto e un bene ma un rapporto tra un soggetto e gli altri soggetti in relazione ad un bene.

Non è allora corretta l'idea che considera intangibile il diritto soggettivo e 'cedevole' l'interesse legittimo; la cedevolezza è invece connaturale a ogni situazione giuridica soggettiva, anche al diritto soggettivo, per il solo fatto di essere relazionale.

Diritto soggettivo ed interesse legittimo sono entrambi interessi protetti non diversi qualitativamente rimangono nozioni autonome le cui differenze sono da riconnettere al piano dei rapporti sostanziali retrostanti le due situazioni soggettive.

13. *Interesse legittimo*

Dalla dimensione relazionale delle situazioni soggettive non è escluso l'interesse legittimo che viene definito da G. Rossi come il profilo della situazione giuridica soggettiva che si relaziona a un potere.

È una situazione soggettiva omogenea, nella sua natura, al diritto soggettivo ma, ancor di più, è uno degli aspetti di un unico interesse sostanziale che rileva per quanto riguarda il profilo dell'essere correlato a un potere, e questo profilo è uno dei tanti, di tipo diverso, che connotano ogni situazione giuridica soggettiva.

Omogeneità di natura non significa sovrapposizione o identificazione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, perché rimangono ferme le differenti relazioni sostanziali sottostanti.

Di conseguenza, anche l'affermazione della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo con cui è venuta meno una delle più importanti differenze con il diritto soggettivo, lungi dal decretare la fine dell'interesse legittimo, ha solo eliminato un inammissibile privilegio dell'amministrazione rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento, ma non ha inciso sulla diversità delle posizioni retrostanti al diritto soggettivo e all'interesse legittimo.

L'interesse legittimo analogamente al diritto soggettivo offre in sede di giudizio una tutela 'piena' dell'interesse sostanziale; le differenze attengono alla diversità delle relazioni sostanziali retrostanti e non al piano degli strumenti di tutela a disposizione del giudice.

14. *Provvedimento amministrativo*

Rossi definisce il provvedimento amministrativo l'atto unilaterale che produce effetti sui terzi.

In questa definizione è condensato il nucleo significativo della fattispecie. Non vi è necessità di aggiungervi che è un atto della pubblica amministrazione diverso da quelli di diritto privato, perché in quest'ultimo settore del diritto resta ferma la regola che nessun soggetto può modificare la sfera giuridica di altri senza il concorso della loro volontà (le pochissime e dubbie eccezioni confermano la regola). Si potrebbe sostenere la necessità di aggiungere che non deve avere carattere normativo né giurisdizionale, ma la definizione che si è fornita mal si addice alle fattispecie normative e a quelle giurisdizionali. Le prime producono raramente effetti diretti nella sfera giuridica dei soggetti

(e quando ciò avviene si parla, non a caso, di leggi-provvedimento). Manca, poi, sia negli atti normativi che nelle sentenze dei giudici, quel rapporto di bilateralità che consente di configurare come 'terzi' i loro destinatari. I provvedimenti amministrativi sono espressione di poteri pubblicistici e sono normalmente adottati da pubbliche amministrazioni, ma non è la natura giuridica del soggetto che ne determina la qualificazione, quanto il tipo di potere che viene esercitato. Molti atti delle pubbliche amministrazioni non sono 'provvedimenti' e, viceversa, non mancano provvedimenti adottati da soggetti privati, sia pure a ciò legittimati da atti normativi o delle pubbliche amministrazioni (es. concessionari di servizi pubblici). In tutti questi casi, l'elemento centrale della nozione, quello realmente qualificante, rimane l'incidenza unilaterale nella sfera giuridica dei terzi.

15. *Polivalenza delle norme giuridiche*

La 'polivalenza delle norme giuridiche' è uno spunto enunciato in scritti recenti nel quadro delle riflessioni sul ruolo del giudice rispetto alla decisione amministrativa discrezionale e al rapporto tra legge e potere.

Secondo G. Rossi «ciascuna norma ha un arco di possibili valenze che va da x a y, diverso da quelle di altre norme. Poche norme hanno una sola valenza possibile, un significato e un ambito di possibili applicazioni del tutto univoco. Ne hanno uno solo, ad esempio, le norme costituzionali che tutelano in maniera precisa la libertà personale nei confronti dei provvedimenti amministrativi restrittivi, fino a indicare il numero massimo di ore della loro efficacia (art.13, 3° c.). Nessuna norma, sul lato opposto, ha 360 gradi di valenze possibili, altrimenti mancherebbe dei caratteri della giuridicità. Anche le norme (come i concetti) a contenuto indeterminato, tanto temute dalla dottrina tedesca, non hanno ogni possibile valenza».

Il problema della polivalenza è diverso da quello della interpretazione, perché l'interpretazione deve essere volta a individuare non un significato univoco, quando la norma non lo ha, ma l'ambito, i paletti di confine delle possibili valenze.

Ciò è inevitabile che abbia implicazioni sul ruolo del giudice di legittimità. Con riferimento a quello amministrativo, ad esempio, se il giudizio verte sulla legittimità dell'atto, c'è da chiedersi se il giudice possa valutarla in rapporto alla propria scelta della valenza da assegnare alla norma (come in realtà fa) o se debba limitarsi a constatare se l'atto sia conforme a una delle possibili

valenze, e delle conseguenti interpretazioni possibili della norma. È ben chiaro che le conseguenze sono di particolare importanza e comportano un ridimensionamento del ruolo del giudice, una più elevata certezza del diritto, un maggiore ambito di esercizio del potere amministrativo. Ciò non implica il recupero da parte dell'amministrazione di quella posizione di arbitrarietà che è stata, opportunamente, erosa nell'annosa dialettica autorità-libertà. Non va invece condiviso il trasferimento al giudice della scelta tra le valenze possibili della norma e l'orientamento a privare l'amministrazione di ogni possibilità di scelta, per evitare in radice il rischio di abusi. Ciò vale rispetto ad ogni giudice di legittimità e anche rispetto alla Corte Costituzionale il cui potere risulterebbe sì ridimensionato, ma rafforzato nella sua legittimazione. Peraltro si contribuirebbe così a risolvere l'inconsapevole contraddizione che vivono molti giuristi, che da un lato sostengono la necessità di una interpretazione evolutiva ('costituzionalmente orientata') e dall'altro sono insofferenti alle invadenze di un potere giudiziario che non ha responsabilità politica.

Ma la polivalenza delle norme giuridiche ha un'ulteriore implicazione anche sui giuristi il cui compito è di individuare i confini dell'arco delle possibili valenze e non invece, come accade spesso, di dar veste di oggettività e univocità a quella che corrisponde alla propria opzione personale.

CONTRIBUTI

Marco Cammelli*

Commento alla Guida alla lettura

Caro Giampaolo,
l'unica cosa che non ho capito della tua Guida alla lettura degli scritti è il collegamento con «Europa: una svolta storica», titolo di una e-mail con cui mi chiedevi se ti avevo letto (ma sono stato facilitato dal fatto che allegato c'era uno zip che non sono riuscito ad aprire).

Scherzi a parte: la tua guida (quella sul cartaceo del primo volume) mi è molto piaciuta perché è frutto di una grande capacità di sintesi, di chiarezza e anche di distacco dai tuoi singoli saggi: il tutto, posto in modo lieve quasi che il tempo e la distanza ti abbiano facilitato nell'opera dello 'scomporre' i dati e di 'ricomporli' in macro categorie senza forzare.

Direi, lasciandoli parlare.

Nel corso degli anni, come è naturale, insieme a tante convergenze qualche volta non ti ho seguito e qualche altra ti ho (o mi sono) perso. Qui, invece, il quadro di insieme è del tutto riconoscibile e nello stesso tempo privo di spigoli e questo mi ha aiutato a riconoscermi largamente nella trama della complessità e del mutamento che il gradualismo permette di riconoscere più agevolmente e di affrontare con i (pochi) strumenti del mestiere.

Come tutte le cose che valgono, le tue parole hanno suscitato molti echi e anche alcuni interrogativi: per esempio il tema delle scelte (lasciate davvero in sospeso o invece rinviate ad altre sedi o altre modalità?) tra interessi a protezione necessaria contrastanti tra loro.

Ma molte, moltissime osservazioni condivise, compresa quella sulla ipervalutazione (i troppi avvocati...) della tutela giurisdizionale nella definizione dell'interesse legittimo, che mi ha evocato quanto diceva l'indimenticabile Boškov: «rigore è quando arbitro fischia».

In questo momento un po' complicato, leggerti è stato un piacere.

Grazie anche per questo,

Marco

* Emerito di diritto amministrativo, Università di Bologna.

Guido Corso*

Commento alla Guida alla lettura

Caro Giampaolo,
il commento di Marco Cammelli mi ha spinto a rileggere la tua guida alla lettura.

Mi è piaciuta ancora più della prima volta.

Sei riuscito a trovare il filo che lega i tuoi scritti e soprattutto il filo che lega quanto hai scritto ai temi e problemi fondamentali eterni e attuali, del diritto pubblico e del diritto in generale. Il tutto esposto in modo lieve, discorsivo, direi suadente: al punto che si è quasi costretti a consentire anche quando sul merito sarei portato a dissentire (la concezione del potere, il ruolo dell'economia pubblica etc.).

Ho anche capito il senso della tua proposta del metodo gradualistico. Ero rimasto perplesso perché avevo inteso l'aggettivo in una accezione per così dire, temporale (poco a poco, passo passo, gradatamente). In realtà il gradualismo, come l'intendi tu, ha una valenza spaziale: tu guardi alle 'gradazioni' che si trovano tra un concetto e l'altro, un istituto e l'altro. Tra i due termini di una coppia o di una antitesi non ci sono in diritto spesso confini netti ma, appunto, gradazioni, come nella scala dei colori. Tra diritto pubblico e diritto privato, tra ente pubblico ed ente privato, società pubblica e società privata, interesse pubblico e interesse privato. Io sono più portato per le distinzioni: per me una associazione o una società è un soggetto privato anche se ad essa sono conferiti alcuni compiti e poteri pubblici.

Mi trovo in piena sintonia con te a proposito delle formazioni sociali: alla difesa e alla valorizzazione delle quali tu arrivi attraverso la dottrina sociale della Chiesa Maritain e Mounier mentre io ci arrivo attraverso Tocqueville e, se vuoi, Aristotele.

In quello che scrivi ritrovo anche quel che di te mi colpì, credo, una quarantina di anni addietro: forse il solo amministrativista, dopo i grandi delle generazioni precedenti, capace di cogliere il nesso continuo tra diritto e società, dotato allora come oggi di una spiccata 'sensibilità politica'.

È stato un piacere esserti vicino (grazie alla tua benevolenza cui debbo la mia stagione romana).

* Emerito di diritto amministrativo, Università 'Roma Tre'.

Sono felice di ritrovare oggi nei tuoi scritti lo studioso di vaglia e l'amico di sempre cui mi accomuna un *idem* sentire.

Ti abbraccio

Guido

Guido Corso, Giampaolo Rossi

Colloquio sul Glossario

Caro Giampaolo,
come sai, io prendo più sul serio il dato costituzionale e legislativo, mentre tu procedi essenzialmente per concetti.

Da qui le differenze.

1° esempio: Pubblico potere. Per me i pubblici poteri (al plurale) sono quelli che la Costituzione definisce, separandoli. Il potere amministrativo, in particolare, è descritto, nella sua struttura elementare, dagli artt. 95, 97 e 98, mentre i suoi compiti risultano dalle disposizioni che prevedono i c.d. diritti sociali (istruzione, previdenza, sanità, tutela del lavoro etc.) o i poteri di polizia (art. 13 etc.).

Questo spiega, a mio avviso, perché il tema del potere non si esaurisce, come tu giustamente dici, nella dialettica autorità-libertà.

2° esempio: Il principio di doverosità. È consacrato, per quanto riguarda i pubblici impiegati, dall'art. 98 Cost. Per il potere amministrativo in generale (comprensivo degli amministratori, degli organi elettivi a livello locale etc.) la doverosità è una conseguenza del primato della persona (artt. 2 e 3 Cost.): sicché è l'amministrazione che è al servizio del privato, e non viceversa.

3° esempio: Gli interessi a protezione necessaria. Ce ne sono alcuni, secondo me, che hanno un fondamento pre-costituzionale nel senso che non è concepibile un ordine giuridico che ne prescinda.

Per esempio l'ordine pubblico e la difesa contro il nemico esterno: non ci può essere uno Stato, in ogni tempo, che non si faccia carico di tutelare questi due interessi.

Altri interessi sono emersi nel tempo. Oggi sono a protezione necessaria la salute o la previdenza: non lo erano sino a due secoli addietro. In questo senso gli artt. 32 e 38 Cost. impongono la protezione di interessi che un tempo non erano considerati pubblici.

L'altro aspetto riguarda le forme e i modi in cui questa 'necessità' si manifesta.

È vero che «senza ospedale non vi è il diritto al ricovero». Ma qual è il significato di questa affermazione? Che i pubblici poteri sono liberi di

creare ospedali o di non crearli? Se così fosse, la protezione non sarebbe 'necessaria'.

Vero che questo interesse richiede una protezione 'costosa', che ciò che costa richiede risorse, che le risorse sono limitate (dal momento che vengono sottratte ai contribuenti) e che la costruzione di un ospedale implica la rinuncia a costruire una scuola o viceversa. Da qui l'idea che la soddisfazione del diritto avviene a tappe e non sempre avviene. Che per questo occorra una organizzazione non significa, per me, che l'organizzazione sia fonte di diritto.

Il diritto ha una fondazione costituzionale e l'organizzazione è spesso uno strumento necessario.

4° esempio: Ente pubblico. Non mi sento di condividere la definizione (l'ente la cui esistenza è considerata necessaria dall'ente territoriale etc.).

Ente pubblico, per me, è l'ente istituito con legge o previsto dalla legge (art. 97 Cost.) per soddisfare interessi pubblici: un ente che affianca in questo compito lo Stato, la regione e gli enti locali. È la legge e non la natura delle cose, che detta alcune regole comuni: sull'investitura delle persone fisiche negli organi, sul regime degli atti (artt. 24 e 113 Cost.), sul regime dei beni (alcuni beni), sulla cessazione dell'ente etc.

5° esempio: Servizio pubblico. A me pare che il tema non possa essere trattato prescindendo dal diritto dell'Unione europea: che distingue i servizi di interesse economico generale (SIEG: art. 107 TFUE) dai servizi di interesse generale non economico.

Mentre i primi vengono nella stragrande maggioranza dei casi esternalizzati (*outsourcing*), e quindi non sono resi dal soggetto pubblico, che tuttavia continua ad essere responsabile del fatto che la prestazione venga assicurata, i servizi di interesse generale non economico (istruzione, sanità, previdenza etc.) sono resi da apparati pubblici che hanno strutture adeguate alla natura del servizio.

Dal punto di vista dell'utente può parlarsi in entrambi i casi di diritti anche se cambiano i modi per soddisfarli.

6° esempio: Società pubbliche o a maggioranza pubblica. È uno strumento il cui impiego è stato limitato dal diritto europeo (divieto di aiuti di Stato, obbligo della gara per l'aggiudicazione dei SIEG etc.). La sua utilità è, a mio avviso, venuta meno per effetto del progressivo assoggettamento delle società pubbliche a regole pubblicistiche (che riguardano l'oggetto sociale, la disciplina dei rapporti di lavoro, la responsabilità degli amministratori etc.).

7° esempio: Organi. In materia sono abbastanza tradizionalista. Quello

che hanno detto i padri ottocenteschi è, a mio avviso, tuttora valido: come è valida la distinzione che Giannini ha reso celebre tra organi e meri uffici, i primi titolari di competenze e gli altri attributari di compiti, una distinzione che spiega in modo adeguato come funziona un'organizzazione giuridica.

8° esempio: Atto amministrativo, diritto soggettivo, interesse legittimo. Mi sento di condividere la tua impostazione.

Così come credo di condividere le tue considerazioni sul metodo, e più in generale sul metodo giuridico. Il diritto, come in ogni scienza, procede per distinzioni e assimilazioni, *genus proximum* e *differentia* specifica.

9° esempio: Polivalenza delle norme giuridiche. Anche su questo sono d'accordo con te.

I costituzionalisti, del resto, distinguendo tra disposizione e norma, danno per scontato che una stessa disposizione contenga più norme (una delle quali è quella giusta perché 'costituzionalmente orientata'): mentre i filosofi del diritto non si occupano di altro all'infuori della teoria delle interpretazioni (uno stesso testo aperto ad una pluralità di interpretazioni).

Caro Giampaolo, è bello dialogare con te.

Un abbraccio

Guido

***

Caro Guido,

come ti avevo detto, nella quiete di Chiusi della Verna trovo stimoli particolari di riflessione che mi inducono a rispondere alla tua del 20 luglio scorso. Mi vengono in mente, tra l'altro, le suggestioni che provavo nel leggere le lettere di Romagnosi a Vieusseux e penso che la forma della lettera consente una libertà che non abbiamo nello scrivere i soliti testi.

Tu sottolinei le differenze fra te e me. E ci sono. Ma il fatto che uno studioso del tuo livello, proveniente da una scuola diversa, sia d'accordo con quanto scrivo su interessi a soddisfazione necessaria, su atti, diritti soggettivi e interessi legittimi, sulla polivalenza delle norme giuridiche e (in realtà in parte) sul metodo, quindi sulla parte più importante e innovativa delle mie riflessioni, mi dà una grande soddisfazione.

Non nascondo le incertezze che hanno preceduto la formulazione di queste tesi, delle quali è evidente la portata innovativa.

L'idea della polivalenza delle norme giuridiche l'ho avuta a 20 anni e

ne ho parlato raramente, di nascosto, con qualcuno, perché mi rendevo conto delle importanti implicazioni che ha. Non certo con Giannini, che mi avrebbe risposto: «Ma che dici Rossi?» (quando non era d'accordo mi chiamava con il cognome. Non sopportava quelli che sostenevano tesi diverse dalle sue, anche se poi non stimava quelli che gli davano sempre ragione). Pensa che sul potere discrezionale, dopo averci spiegato che consiste nella ponderazione degli interessi, conclude nel senso che però la scelta ottimale è una, una sola! Non avrebbe potuto condividere una tesi del genere.

Così anche per le definizioni di diritto soggettivo e interesse legittimo. La migliore dottrina era arrivata a sostenere l'identità di natura fra le due diverse situazioni giuridiche soggettive e sostanzialmente ad equiparare l'interesse legittimo al diritto soggettivo. Io faccio un discorso diverso, partendo dal carattere relazionale che hanno tutte le situazioni giuridiche soggettive, compreso quel diritto soggettivo 'assoluto' che avevamo in passato enfatizzato. Dico che il diritto di proprietà non è un rapporto fra un soggetto e un bene, ma un rapporto fra un soggetto e gli altri soggetti in relazione a un bene. Retroagendo alla situazione sottostante di interesse protetto, dico che l'interesse legittimo è l'interesse protetto quando si relaziona a un potere. Ma, anche qui, mi rendevo conto che rimuovevo una certezza consolidata da qualche secolo e mi chiedevo: possibile che nessun civilista ci abbia mai pensato? Allora ricordo di aver telefonato a Grisi, il nostro collega civilista di Roma Tre al quale avevo mandato lo scritto. Lui mi ha risposto di aver cercato fra le sue carte e di non aver trovato nella sua disciplina una affermazione del genere.

Per questo mi serviva un riscontro con qualche studioso di vaglia che mi confermasse o mi contestasse le cose che andavo scrivendo. L'ho trovato in te e in Carlo Marzuoli, che mi è stato prezioso. Anche Marco Cammelli, Cesare Mirabelli, Guido Alpa, Enzo Cardi e alcuni giovani studiosi hanno mostrato interesse (ho fatto girare il glossario, per ora, fra poche persone).

E veniamo alle differenze fra noi.

La principale è che tu parti dalla Costituzione e applichi il metodo deduttivo, mentre io parto dagli interessi e dal loro incontro con la norma e applico il metodo induttivo.

Nessuno può dubitare del fatto che entrambe le impostazioni hanno, come si dice, piena dignità scientifica. Non si tratta quindi di capire chi ha ragione e chi sbaglia.

La tua trova riscontro, del resto, in quella dominante nella dottrina tedesca che ha, più della nostra e di quella francese, la tendenza a

individuare nella Costituzione la fonte dei diritti e dei poteri e quindi dello stesso diritto amministrativo. Questa impostazione ha rappresentato un deciso passo avanti della dottrina, contribuendo a farle superare le secche dello statalismo. Tutto viene dalla Costituzione e quindi si può, anzi si deve, procedere con il metodo deduttivo che, ripeto, non ha certo minore dignità scientifica di quello induttivo.

La mia obiezione, o meglio la mia preferenza, per il metodo induttivo non ne mette quindi in dubbio la correttezza, ma solo l'idoneità a spiegarci il diritto vivente oggi, nell'attuale contesto sociale e istituzionale. Del resto tu stesso dici, nella tua lettera, che vi sono dei diritti pre-costituzionali, come l'ordine e la sicurezza, e io aggiungo che ve ne sono altri post-costituzionali, come quello all'ambiente, che il Costituente del '48 non aveva, certo, presente, al quale la Corte Costituzionale ha cercato una fonte costituzionale individuandola in modo forzoso nel diritto alla salute. In un recente convegno su Ambiente e Costituzione a un nostro valente collega comparatista che, nel confrontare i testi costituzionali aveva lamentato la carenza della nostra Costituzione, ho obiettato che la comparazione andava fatta non fra i testi ma fra le date della loro approvazione. Questa osservazione conferma che la Costituzione non è, almeno, l'unica fonte dei diritti, doveri e poteri. Non è vero che io ne sottovaluto il rilievo particolare. La vedo, in posizione preminente, all'interno di quei fenomeni normativi e fattuali che formano la fattispecie giuridica.

Ma avverto anche un rischio serio nel quale bisogna evitare di incorrere. La maggior parte delle norme costituzionali presenta un elevato grado di polivalenza che può dipendere da varie circostanze sulle quali qui non mi soffermo. Il grado più elevato si ha quando il Costituente, avvertendo la contemporanea esistenza di valori diversi e fra loro in conflitto non ha fatto una scelta fra questi ma si è limitato a enunciarli entrambi lasciando poi alla dinamica dei rapporti la possibilità di scegliere in senso più favorevole all'uno o all'altro. È così nei commi 1 e 3 dell'art. 41, ma è così anche nelle norme dei Trattati europei sugli aiuti di Stato, come le recenti vicende hanno ampiamente dimostrato.

In questi casi troppo spesso il giurista e il giudice, invece che dar conto della complessità normativa, sacralizza la parte delle norme che più corrisponde alle proprie convinzioni. Si erge quindi a legislatore, secondo una tendenza che è propria dell'animo umano (*Deus vult*). Dovrebbe, invece, esprimere la propria professionalità in modo più oggettivo, individuando l'arco delle possibili valenze della norma, i 'paletti di confine', i vantaggi e gli svantaggi delle possibili scelte. La deduzione da norme

polivalenti fa correre questo rischio e alimenta così il sempre più diffuso soggettivismo che contribuisce alla mancanza di certezze.

Ne abbiamo, invece, molto bisogno, in questo contesto nel quale la tendenza degli ordinamenti a dare rilievo a tutti gli interessi e a trasformarli in diritti rende i sistemi sempre più complessi. Aumentano le zone grigie fra le diverse polarità, come fra 'pubblico' e 'privato', al punto che si dubita perfino della permanente validità delle categorie fondamentali. Ma le certezze non si trovano puntellando e generalizzando nozioni e concetti che non reggono ormai alla verifica positiva, come persona giuridica o diritto soggettivo (e qui la *pars destruens* che ci è venuta da studiosi come Orestano e Giannini è una lezione da considerare acquisita) ma se si vogliono ricercare le certezze possibili, occorre retroagire agli ingredienti essenziali (come gli interessi protetti, la soggettività giuridica). Qui vado per cenni, naturalmente, ma negli scritti che tu conosci ho ampiamente motivato queste considerazioni.

Vengo ora ad alcune delle mie definizioni da te contestate.

Sulla definizione di ente pubblico: non dubito affatto che, come tu dici, la natura pubblica derivi dall'essere istituito con legge o previsto dalla legge. Quando parlo di valutazione da parte di un ente territoriale intendo riferirmi, e l'ho scritto, a un atto normativo, non «alla natura delle cose». Ma perché il giurista non dovrebbe occuparsi delle ragioni sottostanti alla norma (io dico: la tutela degli interessi a protezione necessaria)? Questa ragione sottostante non solo ne spiega i corollari (impossibilità di auto scioglimento, destinazione dei beni, ecc.) ma fa anche da parametro di legittimità della norma sotto il profilo della proporzionalità. Del resto una verifica sostanziale, riferita alla cura degli interessi, è oggi richiesta proprio, come tu sottolinei, dall'ordinamento europeo che vieta pubblicizzazioni (e quindi la sottrazione al mercato comune) non adeguatamente giustificate. Anche nella ricerca di una nozione di ente pubblico, come vedi, mi sono opposto alla tendenza di quella parte della dottrina che sosteneva che non esiste l'ente pubblico ma solo tanti enti pubblici diversi fra loro. Ricordo che Cassese, seguendo il Maestro, trattava a male parole chi si 'ostinava' a trovare tratti unificanti della nozione. E invece gli enti pubblici sono, sì, diversi fra loro, e li ho classificati, con il metodo dell'insiemistica, secondo i differenti 'criteri ordinatori', ma non manca una ragione sottostante che li accomuna, un minimo comune denominatore. Da notare che Giannini, nel recensire il libro sulla Trimestrale, lo ha particolarmente apprezzato, concludendo che «la ricerca di Rossi è una delle più importanti degli ultimi tempi», ma ha taciuto proprio l'aspetto più innovativo che contraddiceva alla sua tesi.

Sulla definizione di organo: trovo che la tua tesi, che riprende Giannini e lo identifica solo nella imputazione formale degli atti giuridici, non tiene conto dell'insieme degli atti giuridicamente rilevanti che sono posti in essere dalle figure soggettive pubbliche e private. Ti segnalo due recenti, interessanti contributi, sui comportamenti (Zampetti) e sui comportamenti sanitari (Noccelli).

Sulle S.p.a. pubbliche, concordo con te che l'utilizzo di questo strumento è ormai dubbio, dopo che sono state alle stesse attribuiti (in parte inevitabilmente) i connotati pubblicistici che sappiamo. Del resto, aveva ragione fin dall'inizio Ascarelli, quando giudicava queste formule 'insincere'. Questa insincerità si riflette oggi sulla inadeguatezza di un assetto che rende tra l'altro fragile la posizione degli amministratori (breve durata dei mandati, eccessivi poteri dell'assemblea, responsabilità). La formula dell'ente pubblico economico era certamente più adeguata.

Sui servizi pubblici: non sottovaluto affatto il rilievo preminente che ha la normativa europea per quelli economici e ho già detto prima del comprensibile timore che l'ordinamento europeo ha per una ingiustificata espansione della sfera pubblica. Tratto ampiamente del tema nei Principi e in alcuni saggi, opponendomi però alle impostazioni prevalenti in dottrina che, in maniera non oggettiva, forzavano l'interpretazione liberista.

Infine, sull'organizzazione come fonte dei diritti: la tua osservazione è fondata, se si intende per fonte l'atto giuridico che genera diritti e doveri. È esatta però la mia considerazione che «senza ospedale non c'è diritto al ricovero». Correggerò quello che ho scritto, specificando che il termine più corretto non è 'fonte' ma 'presupposto'. Grazie. È vero, poi, che la fonte costituzionale implica anche doveri organizzativi, ma solo a certe condizioni (sulle quali ora non mi soffermo). Qui però torniamo alla osservazione che la Costituzione non è l'unica fonte dei diritti e dei doveri, ma lo sono quell'insieme di circostanze normative e fattuali che fanno sì che un interesse possa essere configurato come diritto (lo sosteneva già Romagnosi che ha scritto i primi Principi di diritto amministrativo, per molti versi attuali, ben prima che ci fosse una Costituzione). Il contenuto effettivo del diritto alla salute è oggi ben diverso da quello degli anni '50. Superando la distinzione fra norme dispositive e programmatiche, che lascia insoddisfatti, io ho definito queste norme «a implementazione progressiva».

In conclusione, per ora, penso che dovremmo consentire, soprattutto ai più giovani, di conoscere questo nostro dialogo.

Un abbraccio

Giampaolo

Francesco Manganaro*, Giampaolo Rossi

Colloquio sulla Guida alla lettura e sul Glossario

Carissimo Giampaolo,
non è facile commentare un testo così articolato, frutto di una vita di studio e di ricerca!

Tenterò di fare qualche osservazione nello spirito colloquiale della lettera.

Non sono del tutto convinto che «la scienza del diritto amministrativo ha esaurito, a cavallo del secolo, il ciclo storico durato meno di due secoli» (p. XVII).

Se è vero che ha assottigliato i profili pubblicistici di specialità, ha viceversa esteso la sua disciplina anche in ambiti tradizionalmente 'assegnati' al diritto privato. Basti pensare ai tuoi lavori sulle società miste e sulla 'pubblicizzazione' di società per azioni che svolgono servizi pubblici. Secondo me – usando ancora la terminologia tradizionale – il diritto amministrativo ha contaminato il diritto privato, nel modo gradualista che tu stesso poi individui come metodo di studio.

Sono pienamente convinto (e l'ho scritto in alcuni lavori) che la funzione amministrativa (come peraltro tutte le funzioni) sia un potere per «la cura di interessi altrui» (p. XVII) e che l'ordinamento giuridico non possa trascurare le dinamiche sociali e le formazioni sociali (p. XVIII), ma la primigenia tutela è rinvenibile nella stessa Costituzione, che 'riconosce' i diritti come tutela della dignità umana. Altro è che la dottrina amministrativistica abbia trascurato in parte tale fenomeno.

Una delle più interessanti definizioni, che sottende un lungo ed elaborato studio, è quella di interessi «a soddisfazione necessaria».

Avendo già letto la tua precedente prefazione ho anche provato – con esito positivo – ad usarla durante le lezioni, visto che i nostri studenti sono i più attenti valutatori.

Tu sostieni che gli interessi a protezione necessaria sono quelli che le amministrazioni «possono e devono necessariamente soddisfare» (p. XXXIII), ma questa definizione «non ha carattere giuridico» (p. XXXIV) perché a tali interessi non corrisponde necessariamente una situazione giuridica soggettiva, che si realizza solo quando vi sia un'organizzazione adeguata,

* Ordinario di diritto amministrativo, Università Mediterranea di Reggio Calabria.

cosicché, ad esempio, «l'interesse al ricovero in caso di malattia diventa diritto soggettivo quando vi sia una struttura ospedaliera» (p. xxxiv).

Invero, a me sembra che la soddisfazione 'necessaria' non sia più tale ove si riconosca che poi tali interessi potrebbero non essere soddisfatti ove non sussista un'organizzazione adeguata. Ad esempio, in materia di salute, si svuoterebbe di significato la disposizione dell'art. 32 Cost. ove non si riconoscesse in capo al soggetto un diritto alla salute che le amministrazioni sono obbligate a garantire con un'organizzazione adeguata.

Gli interessi sociali diventano a «soddisfazione necessaria» se riconosciuti tali da una norma: è avvenuto così per tutti gli interessi sociali 'emersi' nel tempo fino a giungere ad un loro riconoscimento giuridico.

In questo senso è la norma e non l'organizzazione la «matrice dei diritti» (p. xxxiv). Sganciare l'interesse da una situazione giuridicamente protetta indebolisce l'interesse.

Nell'esempio sull'alimentazione, l'intervento dello Stato appare sussidiario (p. xxxiv), mentre invece poi – come sembra anche a me – individui una serie di obblighi di somministrazione di alimenti a vantaggio dei più poveri, che configura – a mio avviso – un preciso obbligo delle amministrazioni di combattere le povertà.

Azzardo: sarebbe forse meglio 'necessariamente tutelabili', nel senso che, sempre oggetto di tutela normativa, non sempre perseguono la loro pienezza?

Condivido pienamente che il potere non è in sé un fenomeno negativo (p. xx), anzi aggiungerei che nella storia istituzionale le diseguaglianze sono state ridotte proprio attraverso l'esercizio da parte dello Stato di attività autoritative.

Assai complesso e scivoloso appare il tema della «della utilizzabilità degli strumenti privatistico-pubblicistico nell'attività e nella organizzazione» (p. xxi).

Quanto all'attività di prestazione, mi sembra che al di là dei termini tradizionali (tassa ecc.), il regime privatistico abbia decisamente prevalso anche in termini di valutazione dell'efficienza e delle *performances*.

Quanto all'uso di istituti privatistici nei servizi pubblici è di tutta evidenza che l'uso improprio delle società per azioni, ma anche delle società *in house*, è una forzatura innaturale, una ulteriore 'finzione' insincera che finisce per complicare la disciplina normativa che le regola. Ne è un esempio il d.lgs. 175/2016 che prevede, tra l'altro, il fallimento di un soggetto che svolge un servizio pubblico, facendo venire meno uno dei caratteri tradizionali degli enti pubblici.

La ricerca delle «certezze possibili nel contesto dato» (p. xxv), su cui poi fondi la teoria gradualista (p. xxxii), dovrebbe, come fai in seguito, cercare il minino comune denominatore degli istituti, ma non individuare «quanto meno una certezza in senso negativo». Affermare ciò che non è non mi sembra sufficiente ad individuare i pochi elementi minimi necessari.

Sull'annosa questione della natura degli enti pubblici, lo sforzo di individuare una definizione – seppure minima – mi sembra contraddica il metodo gradualista. La congerie di enti pubblici non può essere – a mio avviso – imbrigliata nella definizione secondo cui sarebbero tali «gli enti che hanno carattere necessario secondo l'ordinamento dell'ente territoriale di riferimento» (pp. xxv-xxvi).

In particolare, si potrebbe obiettare: a) si lascia agli enti territoriali la libertà di creare enti pubblici secondo le loro esigenze, ma senza alcun limite?; b) non potrebbe anche un soggetto 'non territoriale' come l'Università, creare un soggetto pubblico ritenuto necessario per l'esercizio delle sue funzioni?

Inoltre, quanto alle società per azioni, frutto di trasformazione di enti pubblici, l'introduzione con la legge Madia di un loro possibile fallimento, ne mina alla base la definizione di ente necessario.

La polivalenza delle norme giuridiche è un argomento che mi sta molto a cuore per averlo trattato nella prima monografia sulla buona fede, anche per gli insegnamenti avuti da Pugliatti e Falzea. Oggi è una parte che mi permetto di definire tranquillamente condivisibile (mi sorprende che non lo fosse per Giannini). Il limite ad un'interpretazione 'eversiva' si dovrebbe trovare nella motivazione sia per le sentenze che per gli atti amministrativi. Mi sembra comunque che ci sia sul punto anche una buona letteratura amministrativistica.

È vero che la modifica spazio/tempo e l'evoluzione informatica mettono in crisi l'elemento 'territorio' (p. xxx), ma è vero solo in parte. Prima di tutto – tenendo conto della tua stessa teoria sugli enti pubblici – mi permetto di osservare che li definisci come quelli voluti da enti territoriali, mentre poi ritiene recessivo il concetto della territorialità.

Più in generale osservo che alcuni interessi, anzi proprio gli interessi più rilevanti per la dignità umana (welfare, sanità ecc.), hanno una necessaria declinazione sul territorio come interessi di prossimità.

Né è venuta meno l'importanza degli Stati nazionali, ribadita di recente nei periodi della crisi economica del 2008 o della recente pandemia, ove l'intervento dello Stato a garanzia della salute ed a sostegno dell'economia, si è rivelato ancora necessario.

Sono pienamente d'accordo che il disallineamento tra poteri e responsabilità nell'Unione (p. xxxi) pone oggi l'Unione davanti al bivio tra stato federale o zona di libero scambio.

L'analisi dei fatti è il presupposto della regolazione giuridica (p. xxxi), ma c'è il pericolo di una deriva sociologica in cui il dato normativo vigente viene distorto con un'interpretazione 'integrativa' fondata sulla natura degli interessi sottostanti.

Quanto alle situazioni giuridiche mi limito a condividere l'idea che diritto soggettivo e interesse legittimo siano 'interessi protetti' (p. xli), ma possono essere tali solo perché tutelati da una disposizione normativa. Alla stessa stregua «esistono varie gradazioni di soggettività» (p. xli, xliv), ma perché diversamente articolate nelle disposizioni normative che le regolano.

Sulla teoria dell'organo da sempre sono stati sollevati molti dubbi, ma, proprio in un'ottica gradualista, è quella più accettabile. Se il direttore generale di un ministero è un organo, nulla esclude che lo sia anche il ministro nei casi in cui ancora manifesta la volontà dell'ente (p. xlii).

Ti ringrazio per avermi voluto coinvolgere in un dibattito così interessante.

Un affettuoso abbraccio

Francesco

* * *

Caro Francesco,
ti ringrazio per aver risposto con sollecitudine, e in modo puntuale, alla mia richiesta di discutere e di valutare, in modo adesivo o critico, il Glossario scritto da Pappano che riassume larga parte dei risultati della mia riflessione.

Rispondo ora, intanto, in modo meno puntuale, concentrandomi sui punti che mi sembrano più importanti.

Il primo: non sei convinto della mia affermazione che «la scienza del diritto amministrativo ha esaurito, a cavallo del secolo, il ciclo storico durato meno di due secoli».

In *Principi* do un'ampia motivazione di questa affermazione, così netta che, ti confesso, ho dubitato molto prima di scriverla. Poi l'ho fatto perché sono convinto che risponda al vero. Vi sono dei periodi storici, più o meno lunghi, nei quali dopo un apice nella produzione scientifica i contributi scientifici non hanno (perché il contesto non lo consente) la possibilità di

elaborare significative novità. È così in tutte le scienze e anche nelle arti.

Alla fine ho deciso di scrivere questa frase, confortato anche da esperienze personali che mi avevano fatto riflettere. Ne ricordo due. Nell'aula terza di giurisprudenza, alla Sapienza, affollatissima, con Cassese e gli 'anziani' in prima fila, festeggiavamo gli 80 anni di Giannini che era seduto dietro alla cattedra insieme a Nigro e Guarino. Verso la fine, Guarino fece un intervento accorato nel quale ci, e si, chiedeva come mai dopo di loro non c'era nessun giurista dello stesso livello. Nessuno rispose.

L'altro ricordo è una lunga conversazione con Falzea il quale si, e mi, chiedeva che fine avevano fatto le scuole dei giuristi della sua generazione. La conversazione fu così lunga che la moglie, spazientita, intervenne inutilmente più volte per ricordargli che avevamo superato l'ora della cena. Nota che Falzea, insieme a Pugliatti, Santi Romano e Weber furono le letture che mi consigliò Giannini dopo la laurea. Vi aggiunsi Ascarelli, Orestano e Gierke.

Da parte mia, dicevo ai miei amici che nella vita avevo fatto un grande errore: avevo sbagliato secolo. Dopo quei grandi maestri non c'era niente di nuovo da dire: ci avevano spiegato la centralità dell'organizzazione, la funzione amministrativa, la dignità dell'interesse legittimo, la critica ai mega-concetti, la frammentazione delle categorie giuridiche, e ci avevano dato un primo strumentario per capire le 'fattispecie' giuridiche, sintesi fra fatto e norma (Falzea).

Né depone in senso opposto il fatto, che tu rilevi, che «il diritto amministrativo ha esteso la sua disciplina anche in ambiti tradizionalmente assegnati al diritto privato» (e, aggiungerei, viceversa) perché questo riguarda l'ambito delle discipline e non il livello della produzione scientifica.

Dopo diverso tempo, però, constatando la progressiva frammentazione delle categorie e il ritmo sempre più accentuato del divenire indotto dalle innovazioni tecnologiche, ho pensato che, per arrivare a nuovi risultati, per non continuare a portarci dietro convinzioni stantie (come quella che leggiamo in tutti i manuali, che partiti e sindacati non hanno la personalità giuridica che ha, invece, la Fondazione per la tutela dei bambini spastici), era necessario cambiare metodo, facendo tesoro delle acquisizioni di altre scienze rivolte appunto a governare la complessità, come le matematica (con l'insiemistica), e la fisica (con la quantistica, utilizzata, fra i giuristi da Bin) e ricercare, come ha suggerito Einstein, gli elementi essenziali, gli ingredienti primi delle nozioni (le invarianti, avrebbe detto Gasparri) e quindi le gradazioni (ricordando Gierke) che fra questi sussistono.

Credo davvero che ci troviamo all'inizio di una nuova fase ascendente e

tutti noi, salvo quelli che credono di sapere già tutto e quindi per definizione non possono fare ricerca, dovremmo svilupparla.

Mi sembra che il metodo 'essenziale e gradualista' cominci a dare dei risultati, come risulta dal Glossario di Pappano. È ovvio che se ne può e se ne deve discutere, ma non si può negare che abbia una sua consistenza. A proposito, ti faccio osservare che le gradazioni presuppongono i due poli, non li eliminano. Nell'esempio che faccio della pozzanghera, le fattispecie miste non si capiscono se non assumendo che uniscono in modo diverso gli ingredienti, e quindi le nozioni, di terra e di acqua.

In diversi casi questo metodo si è mostrato utile per risolvere complesse questioni giurisdizionali.

La seconda questione è se il decreto Madia abbia fatto venir meno la mia tesi della natura pubblica di alcune delle società miste. Fermo restando che non mette in discussione la tesi del carattere necessario dell'ente, riferita a tutti gli enti pubblici, è certo che la possibilità di fallimento (la troviamo ora ad esempio nello statuto della Cassa Depositi e Prestiti, CDP) mi ha fatto molto riflettere. Questa norma è stata l'ultimo ossequio alle tesi liberiste allora dominanti, in controtendenza con gli orientamenti degli altri paesi europei (negli stessi mesi, ad esempio, la Francia ha introdotto la riserva di legge per la cessione delle partecipazioni pubbliche) e ora anche con la più recente normativa italiana che vincola a una decisione politica anche la possibilità di acquisire imprese private strategiche. La norma, che io sappia, non ha ricevuto nessuna attuazione, né credo l'avrà mai. Tuttavia resta una norma e non se ne può prescindere. È sbagliato però ritenere che abbia fatto venir meno la mia tesi, e che quindi ora la CDP sia un ente privato. Qui avrei voglia di ampliare la riflessione, incominciando dal ricordare l'approccio sostanzialista della giurisprudenza europea e nazionale. Non è però necessario perché alla natura privata si oppongono tutte le altre norme che assegnano a queste figure funzioni che restano necessarie.

Mi fermo qui, salvo una piccola annotazione.

Sulla polivalenza delle norme giuridiche: ho letto molto di Pugliatti e Falzea e anche il tuo libro. Non ho trovato questa tesi e sarei molto contento di colmare questa mia lacuna se hanno già esposto questa tesi. Ti sarei grato se mi indicassi le pagine.

Comunque non è affatto vero che la tesi è pacifica in dottrina. La distinzione che fanno alcuni costituzionalisti fra disposizioni e norma, oltre che essere a mio avviso artificiale, consente loro di dar conto della ambivalenza di molte disposizioni normative ma non li fa rinunciare all'idea che, alla fine, la norma ha un solo significato.

Caro Francesco, come vedi la tua lettera mi ha fatto pensare e questo è il migliore ringraziamento che io possa farti. Speriamo che il dibattito induca molti giovani e tutti quelli che non hanno perso il beneficio del dubbio, ad appassionarsi alla ricerca.

Con un caro saluto,

Giampaolo

Mauro Volpi*, Giampaolo Rossi

Colloquio sul Glossario

Caro Giampaolo,
ho letto con grande interesse il Glossario predisposto da Pappano e le osservazioni di Guido Corso alle tue elaborazioni.

Personalmente apprezzo la tua predisposizione ad essere un giurista che non si accontenta e quindi tiene conto dell'evoluzione del diritto reale al fine di rispondere ad un contesto di incertezza mediante la ricostruzione di concetti giuridici non assoluti che appiattiscono le differenze. Dubito tuttavia che le grandi nozioni giuridiche, che rappresentano l'accumulazione di un sapere scientifico costruito in connessione all'evoluzione della realtà, siano sempre destinate ad assumere un valore solo descrittivo. Cerco di fare un esempio che traggo dalla mia esperienza scientifica. Come sai, una parte della mia produzione scientifica ha riguardato l'individuazione e la classificazione delle forme di governo fondate sui rapporti intercorrenti tra gli organi costituzionali titolari di poteri politici. Ora, qualsiasi generalizzazione e categorizzazione implica che, cogliendo gli elementi essenziali di una nozione che la qualificano e la differenziano rispetto ad altre, si corra il rischio di appiattire le differenze reali. Ma questo è lo scotto da pagare se si vuole che nozioni generali e classificazioni abbiano ancora un senso. Naturalmente è opportuno richiamare l'esistenza delle differenze dovute a fattori storici, sociali e politici.

Ma senza rinunciare a coltivare la specificità del metodo e dei criteri giuridici. Sono d'accordo con te che il metodo che proponi sia adatto soprattutto a quelle che chiami «fattispecie miste», occorre però fare attenzione che nella ricerca del 'minimo comune denominatore' trasversale non si corra il rischio di smarrire le specificità e le peculiarità delle diverse categorie che impieghiamo.

Naturalmente le mie osservazioni sono quelle di un costituzionalista che ha come punto di riferimento essenziale e preordinato la Costituzione, alla quale è subordinata anche la legge ordinaria, un testo che è nato come limite del potere per progressivamente diventare anche la principale fonte di legittimazione del potere (anzi, dei poteri). In questo senso la

* Ordinario di diritto pubblico comparato, Università di Perugia.

Costituzione pone dei paletti (non solo ai poteri pubblici) rappresentati da principi fondamentali, diritti e regole essenziali dai quali non si può prescindere, se non a rischio di mettere in discussione il fondamentale tessuto connettivo della convivenza comunitaria. Sono quindi anche io molto affezionato alla individuazione dei pubblici poteri che emerge dalla Costituzione e al principio della loro divisione, che non esclude affatto l'esistenza di interferenze funzionali. Ovviamente sono convinto che anche la Costituzione in quanto testo normativo è suscettibile nel tempo di interpretazione evolutiva e di integrazione, che per fare un esempio a te ben noto, sono stati alla base del riconoscimento dell'ambiente come bene fondamentale e del diritto all'ambiente.

Venendo nello specifico di alcune tue considerazioni, mi limito a fare qualche osservazione che è più legata alla mia formazione scientifica. Faccio in primo luogo riferimento alla nozione di «interessi a protezione necessaria», categoria utile perché serve a individuare le funzioni essenziali che ogni gruppo sociale organizzato non può non svolgere se vuole mantenere la sua compattezza e in definitiva continuare ad esistere. Più discutibile mi pare il passaggio successivo per cui essi danno luogo a diritti solo se giuridicamente qualificati, vale a dire solo se assistiti da adeguate precondizioni normative, organizzative e naturalmente finanziarie. Qui temo che vi sia il rischio di confondere due aspetti diversi. Uno è quello del riconoscimento dei diritti, che sta nella Costituzione, in particolare nell'art. 2 (a proposito del quale si può discutere se sia una clausola 'chiusa' a quelli poi specificamente disciplinati o 'aperta', ma mi pare che la seconda impostazione sia andata prevalendo). Cosa diversa è la misura della attuazione e della garanzia effettiva dei diritti riconosciuti, che può essere molto varia dipendendo dalle precondizioni di cui sopra, ma non può mai arrivare al punto di frustrare il diritto, impedendo all'interesse necessario di configurarsi concretamente come tale, perché ciò significherebbe, oltre che violare la Costituzione, mettere nelle mani di chi ha il potere di provvedere la possibilità puramente e semplicemente di annullare il diritto. Prendo come esempio il diritto alla salute, che è l'unico ad essere definito come «fondamentale diritto dell'individuo», oltre che come «interesse della collettività» (art. 32 Cost.). Ovviamente la salute costa e il livello concreto di tutela può variare notevolmente (basti pensare al cambiamento epocale rispetto alla situazione antecedente rappresentato dalla legge n. 833 del 1978). Ma i poteri pubblici devono operare per dare attuazione forse non completa, ma la più ampia possibile, al diritto sancito dalla Costituzione. Perciò non condivido la qualificazione della organizzazione come 'fonte' dei diritti (mentre indica

senz'altro la 'misura' del loro livello di attuazione). Ritengo poi in effetti alquanto provocatoria l'affermazione per cui «senza ospedale non vi è il diritto al ricovero». Il diritto ad essere curato e assistito c'è ed è comunque prioritario e richiede che i soggetti pubblici si adoperino per soddisfarlo. Il reperimento delle risorse e la predisposizione delle strutture necessarie per soddisfare il diritto costituiscono il mezzo e non il fondamento del diritto.

Sulla nozione di organo, penso di condividere le osservazioni relative alla complessità della struttura organizzativa ma anche la conclusione per cui sono i soggetti (più che gli 'uffici', titolari di competenze sottostanti) che assumono le decisioni fondamentali o, per usare la qualificazione indicata nella giurisprudenza costituzionale sui conflitti di attribuzione, quelli che esprimono in via definitiva la volontà del potere al quale appartengono.

Una questione di particolare interesse è quella della riconsiderazione del diritto soggettivo, fondata sulla natura relazionale delle situazioni soggettive.

L'esempio sicuramente più calzante che viene fatto è quello del diritto di proprietà, che per la verità ha cessato di essere da tempo un diritto assoluto di dominio e di gestione di un bene come lo concepiva la primitiva impostazione liberale, dovendo essere commisurato ai diritti (privati) e ai poteri (pubblici) di altri soggetti. Mi chiedo però se la cedevolezza che caratterizza il diritto di proprietà sia integralmente riproponibile anche per altri diritti, come quelli strettamente personali e lo stesso diritto alla salute.

Anche qui credo che sia utile fare riferimento alla copiosa giurisprudenza costituzionale in materia di bilanciamento di diritti che possono trovarsi a confliggere e alla necessità che la soluzione prescelta sia equilibrata nel senso che non possa mai sacrificare interamente un diritto a favore di quello con esso configgente. Mi pare che in questo quadro siano condivisibili le osservazioni sull'interesse legittimo che non scompare (anche perché non si può privare di significato una previsione costituzionale), ma viene qualificato come «il profilo della situazione giuridica soggettiva che si relaziona a un potere» che non si identifica con il diritto soggettivo essendone diversi i presupposti sostanziali di riferimento.

Passo qui ad una delle parti più interessanti e delicate della tua riflessione, e quindi anche suscettibile di rilievi critici.

Alludo al concetto di 'polivalenza delle norme giuridiche'. Sono del tutto d'accordo che la grande maggioranza delle previsioni normative non hanno una sola valenza, ma una pluralità di significati. Personalmente rimango affezionato alla distinzione crisafulliana, poi divenuta centrale nella giurisprudenza costituzionale, tra disposizione e norma, e quindi alla possibilità che da un'unica disposizione possano essere tratte norme

diverse. Se è così, non mi è chiara tuttavia la distinzione tra polivalenza e interpretazione.

Se capisco bene, la prima dovrebbe comportare che chi è chiamato ad applicare la disposizione dovrebbe limitarsi a prendere atto dei diversi significati possibili senza compiere alcuna scelta tra di essi. Qui viene fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea che si fonda sulla valutazione di compatibilità. Ora, la Corte europea opera in un contesto che non è quello dello Stato nazionale ma quello di un ordinamento sovranazionale tra Stati non configurabile quindi come una semplice Confederazione, ma neppure come uno Stato federale. In questo quadro è perfettamente comprensibile che, prendendo in esame la conformità al diritto comunitario di normative nazionali, la Corte sia prudente e cerchi di fare comunque salvi diversi possibili significati.

È un po' la stessa logica che sta alla base del ricorso alla formula del 'margine di apprezzamento' riconosciuto agli Stati. Ma nell'ambito degli ordinamenti statali, le cose sono necessariamente diverse. Il giudice, sia esso comune, sia e a maggior ragione, quello costituzionale, se vuole rendere giustizia, deve fare una scelta, individuando le interpretazioni illegittime e quella più conforme al dettato legislativo o costituzionale. La cd. 'invadenza' del potere giudiziario è un fenomeno non solo italiano, ma presente in tutte le democrazie, ma attiene secondo me a cambiamenti che derivano più dalla conquista di una crescente indipendenza della magistratura e dalla debolezza dei poteri politici, e in particolare in Italia dal carattere alluvionale, contraddittorio e farraginoso della legislazione, che a una pretesa dei giudici di sostituire la politica. Certo, possono esservi deviazioni e un uso talvolta disinvolto della giustizia, ma i rimedi per contrastarli vi sono nell'ordinamento e possono essere rafforzati. In altri termini, non credo che la prospettiva debba essere quella di un ridimensionamento del potere dei giudici, ma della realizzazione di un equilibrio più solido tra i poteri.

Caro Giampaolo, desidero ringraziarti per gli spunti di riflessione che mi hai stimolato a fare in un caldo agosto post-ferragostano.

Ed escono pienamente confermate l'amicizia e la stima nei tuoi confronti e in particolare il riconoscimento della tua capacità di elevare la tua produzione scientifica al di sopra dai luoghi comuni e delle contingenze per librarla nel cielo delle teorizzazioni innovatrici che è l'ambito proprio di giuristi importanti e di spiriti liberi.

Mauro

Caro Mauro,
ho atteso a risponderti perché le questioni da te sollevate mi hanno fatto molto riflettere e mi hanno indotto a rileggere quei testi di diritto costituzionale nei quali mi ero formato e altri più recenti.

Ti ringrazio, anzitutto delle belle parole che mi hai rivolto e sono molto contento nel registrare la tua condivisione su molte delle nozioni che ho elaborato.

Mi soffermo, allora, su qualche precisazione e poi vengo ai punti che riflettono la tua diversa sensibilità di costituzionalista.

Sono d'accordo che la ricerca del 'minimo comune denominatore' che lega fattispecie diverse «non deve far smarrire le specificità delle diverse categorie che impieghiamo». Anzi mi sembra che le specificità ne vengano esaltate. Nel libro «Enti pubblici», nel quale cercavo di individuare un minimo di tratti comuni alle categorie frastagliate, sono arrivato alla individuazione del nucleo unitario solo dopo aver analizzato e sistematizzato le diverse categorie di enti pubblici ed averne sottolineato le differenze.

Altro possibile equivoco riguarda la cedevolezza dei diritti soggettivi. Anche io non credo che siano tutti 'cedevoli'. Ritengo, invece, che siano tutti relazionali. Anche il diritto alla vita è relazionale perché comporta non solo il divieto di atti lesivi ma anche il dovere di attività volte a salvaguardarlo.

Ultimo chiarimento riguarda gli «interessi a protezione necessaria». Tu condividi questa categoria ma ritieni discutibile la mia affermazione per cui essi danno luogo a diritti solo in determinati contesti. Senza riprendere qui tutte le argomentazioni sul punto, mi limito a fare un esempio che mi sembra convincente.

Nessuno dubita che quello all'alimentazione sia un interesse a protezione necessaria, eppure non si traduce normalmente in un diritto soggettivo perché le condizioni del mercato ne consentono il più delle volte l'autosoddisfazione. Così non abbiamo più i panifici comunali che ne assicuravano la soddisfazione attraverso un servizio pubblico. In caso di eventi calamitosi l'interesse si concretizza in un diritto soggettivo al quale corrisponde una situazione di doverosità da parte dell'Amministrazione.

Veniamo ora ai punti controversi.

Che la fonte dei diritti vada individuata essenzialmente nella Costituzione è la tesi sostenuta anche da Guido Corso, dal che deriva indirettamente la preferenza necessaria per il metodo deduttivo. Ho già espresso le mie opinioni al riguardo nella lettera a Corso, chiarendo che non ritengo, certo, che la mia risposta sia quella giusta, ma solo che sia la più rispondente all'attuale contesto. Non credo che in questo ci si possa dividere fra

costituzionalisti e amministrativisti perché le parole più irriverenti verso la Costituzione formale le trovo proprio in costituzionalisti. Penso, da noi, a Costantino Mortati e, per altre esperienze, ricordo la frase di un giovane costituzionalista cinese che affermò, in un convegno a Pechino, che «la Costituzione (nell'ordinamento cinese) è un giochino nelle mani del Partito Comunista». Rifletto inoltre sugli ordinamenti senza Costituzione o con Costituzioni brutte o scalcinate.

Molti costituzionalisti italiani sono portati ad enfatizzare, in termini di teoria generale, il rilievo della Costituzione perché, in realtà, ne condividono nel merito il testo. Come lo condivido anche io, senza la necessaria considerazione del contesto postbellico in cui è stata approvata e per di più da parte di forze politiche nessuna delle quali aveva la maggioranza o era certa di averla in futuro.

Infine, sulla polivalenza delle norme giuridiche, mi sembra che la distinzione fra disposizione e norma sia uno dei tanti tentativi, un po' forzati, di postulare, come dato incontrovertibile, l'unità dell'ordinamento anche quando l'ordinamento si presenta disarticolato o comunque non univoco. Unità e univocità dell'ordinamento sono invece un obiettivo a cui tendere, nel limite del possibile, e non un dato scontato.

In coerenza con il metodo essenziale che mi induce a ricercare sempre e solo il grado di certezze possibili, e a ridurre al massimo le inevitabili opzioni soggettive che sottostanno a ogni ricerca (Einstein), io mi limito invece a una semplice constatazione, quale è, appunto, quella di constatare, in certi casi, il carattere polivalente delle norme.

Grazie ancora, Mauro, per gli stimoli così interessanti che mi hai dato.

Giampaolo

Dian Schefold*

L'attualizzazione della teoria gradualista

Gli Scritti scelti di Giampaolo Rossi riuniscono la storia delle idee, l'approccio ai princípi e l'innovazione del diritto amministrativo italiano. Anzi, si può dire che il valore di questi scritti oltrepassa i confini, e perciò sono onorato, ma anche lieto di poter fare alcune osservazioni sull'interesse tedesco a questi scritti.

Ho incontrato, se mi ricordo bene, Giampaolo Rossi circa 20 anni fa, all'Università di Roma Tre, allora nuova, e un modello per un decentramento e una ripartizione migliorata delle risorse accademiche, anzitutto giuridiche di Roma. Abbiamo parlato su Camerino, e grazie ai suoi contatti ho conosciuto anche quest'università. Poi mi ha introdotto nei suoi manuali sul diritto amministrativo, e più tardi, grazie alla sua abilità di riunire gli scienziati e allievi del suo ambito, abbiamo ripreso il nostro contatto, discutendo sulla 'Unione Europea possibile e necessaria', con il bel Convegno alla LUMSA due anni fa. Ora discutiamo, basandoci sulla guida alla lettura dei tre volumi degli Scritti, la teoria gradualista.

Questa, infatti, non è un metodo recente o occasionale, ma il prodotto di un dibattito sul metodo già prima iniziato. Mi riferisco ai '*Principi di diritto amministrativo*', nella prima edizione del 2010. Rossi parla non soltanto di una «gradazione delle appartenenze», ora importantissima nella situazione d'unificazione europea, ma osa la tesi provocante che «Il metodo essenziale è gradualista» (p. XLV). I concetti tradizionali non bastano, ma devono essere adattati allo sviluppo storico e sociale per riconquistare la semplicità pretesa da G.D. Romagnosi e altri autori classici. La pluralità degli ordinamenti giuridici, presentata da Santi Romano, finisce in un pluralismo del metodo giuridico.

L'idea di un tale pluralismo, con differenziazioni graduali, è ora concretizzata ed elaborata nella guida alla lettura degli Scritti (p. XXXI-LIII). Rossi accenna, di nuovo, al cambiamento del contesto sociale dei concetti, come l'informatica, le nuove domande sociali allo Stato che non è più sovrano, e ne conclude che le categorie tradizionali sono spesso insufficienti. Occorre invece un metodo nuovo che si basi sugli interessi in

* Emerito di diritto pubblico nell'Università di Brema.

quesito, anzitutto a protezione necessaria, e una gradazione dei concetti: il cambiamento sociale richiede il ricorso alla realtà e quindi un'attenzione cresciuta alla sociologia di diritto. In concreto, questo cambiamento di metodo è illustrato con gli esempi della delimitazione pubblico-privato, con il concetto del diritto soggettivo, con la soggettività degli enti e con la posizione del diritto dell'ambiente.

La richiesta d'adattare i concetti all'ambito sociale cambiato è, certo, bene motivata. Corrisponde allo sviluppo della teoria di diritto che racchiude la sociologia del diritto, da prime esperienze – non a caso Rossi si riferisce ad Aristotele; si può anche pensare all'influsso di questo ad esempio su Montesquieu – attraverso il dibattito sulla sociologia del diritto nel tardo ottocento, lo scritto di Karl Renner sugli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale e la visione dell'ordinamento giuridico da Santi Romano, fino alle teorie recenti di pluralismo giuridico.

A una tale richiesta si oppone però il bisogno di concetti giuridici precisi e continui, come elementi di una dogmatica giuridica omogenea. La giurisprudenza dei concetti, elaborata per il diritto privato, ma recepita nel diritto pubblico, in Germania da autori come Paul Laband e Otto Mayer, si oppone all'attenzione agli interessi cambiati nello sviluppo sociale. Secondo quest'argomentazione una teoria gradualista deve naufragare, perché i concetti, fissati nello Stato sovrano che, secondo la teoria di Jhering, definisce i suoi fini, formano un sistema e un metodo chiuso.

Tento di illustrare il conflitto con un dibattito svoltosi intorno il 1900 in materia dell'autonomia, forse non lontano dai problemi del giovane Santi Romano con il comune. Un allievo del grande Georg Jellinek, Julius Hatschek, più tardi famoso per i suoi studi sul diritto parlamentare e sul sistema anglosassone, si era abilitato con un libro sul significato politico e giuridico dell'autonomia (1898). Hatschek applicò la teoria di Jellinek sugli '*status*' alla posizione degli enti locali e, argomentando con il diritto dello Stato sovrano di definire i fini dei comuni, limitò questi allo '*status passivus*'. Questo era il contenuto giuridico dell'autonomia. Inoltre c'era un principio politico dell'autonomia – ma questa non era un principio giuridico!

È all'occasione di una recensione del libro di Hatschek che Hugo Preuß (Scritti, vol. 2, p. 121 ss.), da un lato, cominciò ad analizzare l'importanza del principio di autonomia per il diritto amministrativo. Si riferì alla formazione di persone collettive, formate da individui oppure da persone collettive minori secondo la teoria di Otto von Gierke, e fra queste le persone collettive radicate su un territorio (*Gebietskörperschaften*, enti territoriali). In questa via trova la base del comune, e poi dello Stato, dell'Impero, anche

della comunità mondiale. È vero che Preuß riconobbe lo Stato come legislatore che poteva disciplinare l'autonomia comunale, ma in principio e senza legge statale, l'autonomia di ogni persona collettiva non era limitata. Se Hatschek, basandosi sull'assioma della sovranità statale, la prende come fonte del comune e della sua autonomia, pertanto non giuridicamente garantita, utilizza i concetti come astratti dalla realtà sociale che, invece, deve essere riconosciuta come base di ogni ordinamento giuridico e della persona che lo emana. «*Ubi societas, ibi ius*», la coesione fra l'esistenza di una persona collettiva e il suo diritto, determina l'esistenza di un ordinamento, perciò non isolato, ma inserito in una gradazione d'ordinamenti e di persone collettive di gradi diversi.

L'altro lato di quest'argomentazione è metodologico. Se Preuß si oppone ai concetti di sovranità, di un numero chiuso di 'status' e di definizione dei fini da parte dello Stato, attacca la giurisprudenza dei concetti e la separazione di sviluppo sociale e definizione dei concetti. Il saggio citato ha il titolo *Zur Methode juristischer Begriffskonstruktion*, *Sul metodo della costruzione di concetti giuridici*. Si tratta di un contributo essenziale per la storia della giurisprudenza dei concetti, utilizzato fino al presente per la critica di questo metodo. Il gradualismo fra comune, Stato, Impero, poi l'apertura del concetto di ente per persone collettive di gradi e forme diverse illustrano un gradualismo che determina un metodo che celebriamo oggi.

Riconoscendo l'importanza di un tale sviluppo metodologico, mi sembra nondimeno utile distinguere. La gradazione può aver luogo adattando e differenziando i concetti, secondo gli interessi in quesito, in maniera graduale. La legislazione contribuisce a tali differenziazioni, e la scienza si vede confrontata con il compito di sistemare e valutare le soluzioni. Così, fra provvedimenti classici delle autorità pubbliche e accordi, contratti conclusi da loro si possono inserire forme intermedie, come gli atti amministrativi emanati su richiesta del cittadino oppure contratti di diritto pubblico; in altri casi, si è tentato di costruire, come base di un accordo di diritto privato, un provvedimento dell'amministrazione, cosicché ci sono due gradi del rapporto, connessi fra loro, ma con possibilità d'impugnazione doppia.

In maniera simile, le figure soggettive dell'amministrazione sono oggi molto differenziate, fra organi dell'amministrazione attraverso agenzie, enti di diritto pubblico con personalità giuridica piena o limitata, autonomia ampia oppure limitata, fondazioni di diritto pubblico o privato, fino a società di diritto privato appartenenti agli enti pubblici.

Tramite tali soluzioni graduali, sembra possibile tener conto degli interessi differenti che devono essere rispettati. In altri casi invece, la

soddisfazione degli interessi in questione richiede un bilanciamento, e la gradazione, l'analisi della 'pozzanghera' tra acqua e terriccio (grazie a Rossi per avermi insegnato questa parola finora sconosciuta!) non ha una forma legalmente evidente. Così, la gradazione tra interesse legittimo e diritto soggettivo mi pare oggi superata; anzi da un punto di vista tedesco, si dovrebbe riconoscere che gli interessi legittimi prima riconosciuti come tali dalla dogmatica italiana siano 'diritti' secondo il codice di processo amministrativo tedesco e diano la possibilità di ricorso alla giurisdizione.

In casi del genere, è compito del giurista bilanciare gli interessi e costruire un gradualismo adeguato.

Sono le riflessioni di Giampaolo Rossi che ci conducono in questa strada, e gli dobbiamo un ringraziamento che sono felice di pronunciare.

Fabio Giglioni*, Giampaolo Rossi

Colloquio sul Glossario

Caro Giampaolo,

è stato molto interessante e piacevole leggere le sintesi delle categorie concettuali che hai elaborato, parte delle quali ovviamente conoscevo già. Un modo intelligente per indurci a confrontarci e a dialogare che trovo molto proficuo. Passo in rassegna per punti alcuni aspetti.

Riconduco a una coerente matrice connessa i concetti del potere come servizio, gli interessi a protezione necessaria, il servizio pubblico e la doverosità. Ti dico subito che queste letture che hai dato sono state illuminanti per me. Ad esempio, ragionando spesso del diritto dell'ambiente e della difficoltà di ricondurlo in categorie giuridiche riconosciute, non posso non ammettere che solo la categoria di interesse a protezione necessaria mi spiega il fascio di poteri pubblici che si trovano in questa circostanza. Nessun'altra strada ha la forza e la capacità di ridurre a unità concettuale questo settore del diritto. Così come, ad esempio, è proprio la categoria degli interessi a protezione necessaria che spiega la diffusa esistenza di poteri molto variabili in intensità e in quantità per la gestione dei rischi e delle emergenze. Il dibattito sulla legittimazione degli strumenti utilizzati per fronteggiare l'attuale pandemia rivela l'inadeguatezza dei presupposti del ragionamento, dal momento che esiste un obbligo dei poteri pubblici di tutelare le vite umane che può essere concepito solo se il diritto alla salute è inteso come interesse a protezione necessaria.

Altro aspetto interessante di questa ricostruzione è il superamento del principio di legalità come solo metro del rapporto autorità-libertà. Lo avevano già indicato Giannini e Marzuoli in importanti studi; il tuo apporto arricchisce ulteriormente questa indicazione.

Peraltro, su questo c'è spazio per un ulteriore avanzamento di conquiste di un nuovo modo di essere amministrazione che è dato dal principio di collaborazione, cui ha alluso recentemente la Corte costituzionale con il concetto di amministrazione condivisa nella sentenza n. 131/2020. Esistono condizioni nelle quali l'azione amministrativa doverosa deve essere esercitata insieme a una categoria di soggetti privati, che per propria costituzione

* Ordinario di diritto amministrativo, Università 'La Sapienza' di Roma.

sono riconosciuti come validi interlocutori per la protezione degli interessi generali. In qualche modo il principio di sussidiarietà orizzontale indica anche una primazia della ricerca della collaborazione dell'amministrazione alla gestione diretta o al mercato. E qui il principio di legalità non può non riflettersi in nuovi strumenti giuridici negoziali, quali sono gli accordi da distinguere nettamente dai contratti. Esattamente come è vero quanto dici tu a proposito degli enti pubblici che non sono alternativamente di diritto pubblico o di diritto privato, anche l'azione doverosa dell'amministrazione non si risolve nettamente nell'alternativa provvedimento/contratto: gli accordi, appunto, delineano un nuovo profilo dell'azione doverosa e della protezione necessaria degli interessi.

Sul tema dell'organizzazione quale inizio della protezione dei diritti tu, e tutta la scuola perugina, vi siete distinti in una lettura totalmente originale e convincente. Non ho da aggiungere molto su questo.

Prezioso è stato anche il tuo apporto al concetto di ente pubblico in una fase di trasformazione dei modelli organizzativi che aveva creato molta confusione tra i commentatori, in cui tu ti sei distinto.

Su personalità giuridica e organi, invece, è possibile che io abbia capito male, ma non trovo una distanza così enorme tra le teorie da cui tu prendi le distanze e le conclusioni nelle quali riconduci la presenza degli organi alle attribuzioni di responsabilità. Stando all'esempio che tu hai fatto a proposito delle università, le funzioni esercitate dai dipartimenti universitari sono in parte riservate da norme di legge e in parte attribuite all'interno dagli atenei. Nella misura in cui queste attribuzioni sono assegnate, i dipartimenti e gli organi che ne fanno parte sono legittimati a emanare provvedimenti formalmente vincolanti per le università, sicché – mi pare – responsabilità e imputazione formale dei provvedimenti tendono a coincidere. Insomma, mi pare che spostando l'attenzione dal dato formale a quello sostanziale non cambi poi così molto: i due aspetti marciano di pari passo.

Piena condivisione anche delle ricostruzioni offerte su diritti soggettivi e interessi legittimi, soprattutto laddove sottolinei la piena pari dignità delle due situazioni e l'opportunità di valorizzare entrambe senza la necessità di ricostruire l'una a partire dall'altra. Proprio per questo, però, dissentirei lievemente nella parte in cui, per spiegare che nel diritto di proprietà convivono tanto situazioni di diritto soggettivo quanto quelle di interesse legittimo, alludi alla possibilità che la condizione di 'cedevolezza' è intrinseca al diritto soggettivo, perfino di proprietà. In verità, questa indulgenza all'uso del termine 'cedevolezza' rischia involontariamente di riprodurre quel rapporto di alterazione delle due situazioni giuridiche che mi pare tu

intendi contrastare.

Sarebbe probabilmente meglio dire che nel diritto di proprietà convivono e coesistono semplicemente entrambe le situazioni giuridiche soggettive e che quella di interesse legittimo si manifesta quando il potere pubblico viene esercitato, ma non perché il diritto soggettivo sarebbe cedevole; semmai perché la protezione del proprietario si arricchisce di una nuova situazione giuridica soggettiva che rende più forte la sua posizione, visto che il diritto soggettivo è inservibile di fronte al potere pubblico.

La polivalenza delle norme giuridiche, infine, è l'elaborazione concettuale che meno conoscevo e che, tuttavia, meno mi convince. Le ragioni sono da te ben spiegate: la tua elaborazione produce una contrazione significativa del sindacato giurisdizionale.

Naturalmente non mi sfuggono le ragioni che inducono te a una tale soluzione: ci sono problemi relativi anche a un uso non misurato dell'interpretazione del giudizio di legittimità, ma trovo troppo limitante condizionare il giudice solo alle opzioni riconducibili alle norme. Proprio perché il diritto è una scienza viva che è dentro le dinamiche sociali, come la tua intuizione sugli interessi a protezione necessaria chiaramente rivela, il giudice non può sottrarsi a questa funzione di far vivere il diritto nella società e nei suoi processi di trasformazione. Le norme, pertanto, non possono essere concepite come un portato di significati fissi, sia pure dentro un arco di valenze predefinite, ma sono in dialogo con il sistema normativo e con la società contemporaneamente.

Di questo dialogo il giudice si deve fare interprete. Se non fosse così, ad esempio, tantissimi progressi civili non sarebbero stati raggiunti. Faccio qualche esempio: la risarcibilità degli interessi legittimi, la legittimazione processuale ampliata alle associazioni e ai comitati di cittadini e, in qualche caso, al *quisque de populo*, la tutela della dignità della persona umana contro leggi e provvedimenti liberticidi, la libera gestione dei rapporti contrattuali oltre la sorte delle procedure di gara, ecc. Naturalmente questo non risolve il problema di limitare eccessi in senso contrario. A questo proposito, mi chiedo se non sia opportuno istituire anche formalmente nel nostro ordinamento una prassi di dialogo 'interno' tra le corti. Si parla molto di dialogo tra le corti, inteso a livello sovranazionale e tra autorità omogenee; cosa impedisce, ad esempio, di istituire periodici momenti di confronto su alcuni aspetti tra i vertici delle corti interne su specifici punti? Si tratterebbe, peraltro, di un'ipotesi non così eccentrica se si pensa che forme di concordato giurisdizionale periodicamente si producono (pensa all'estensione della giurisdizione esclusiva sulla protezione dei diritti fondamentali).

Ecco, a mio parere, la ricerca di queste forme concordate degli orientamenti maggiormente discussi tra le principali autorità potrebbe essere la risposta all'esuberanza interpretativa che non di rado si scorge nella giurisprudenza, che tuttavia resterebbe rispettosa di un ruolo essenziale che la funzione giurisdizionale deve esercitare nel rapporto tra norma e fatto.

Grazie ancora per questa opportunità.

Un caro saluto,

Fabio Giglioni

* * *

Caro Fabio,

ti ringrazio dell'attenzione che dai ai miei scritti e delle riflessioni che provochi con le tue riflessioni così stimolanti.

Te le riferisco, seguendo l'ordine che tu hai dato.

La tua considerazione sull'importanza centrale degli interessi a protezione necessaria va oltre i risultati ai quali sono arrivato e li arricchisce ulteriormente.

Così, in particolare, quando dici che solo la categoria degli interessi a protezione necessaria spiega il fascio di poteri pubblici che si trovano in materia ambientale. La chiave di lettura, secondo me, torna ad essere quella del metodo.

Nell'attuale complessità, nel veloce divenire di ogni vicenda giuridica, ogni tentativo di individuare categorie praticabili partendo dalle norme è destinato a fallire. Si può arrivare a risultati solo, come si dice, partendo dal basso, dagli ingredienti base che formano, insieme alle norme, le fattispecie giuridiche. E questi sono, appunto, gli interessi. La loro protezione spiega e legittima i pubblici poteri e, insieme, ne dà la misura. Non ho proprio niente da aggiungere.

Sul principio di collaborazione non mi sono formato ancora una convinzione piena. Se riferito a quella fra pubblici poteri penso che non vada data per scontata la traslazione di nozioni tratte dal diritto internazionale ai rapporti fra autorità 'domestiche' o fra queste e lo Stato.

Se invece è riferita ai rapporti fra amministrazioni e privati mi limito a dire che il principio è senz'altro condivisibile e risponde alle impostazioni fondamentali del nostro ordinamento. Per andare oltre questa enunciazione penso che avremmo bisogno di una verifica sperimentale. Usiamo poco lo

strumento statistico, dimenticando l'esortazione che faceva Romagnosi. La domanda è: quanti e quali accordi, in concreto, si fanno, da noi e negli ordinamenti analoghi al nostro? Soprattutto gli accordi sostitutivi, quali e quante applicazioni hanno ricevuto? Quali problemi hanno incontrato? Quali sono le ragioni della scarsa utilizzazione di questa formula? Se, come sembra, la ragione va trovata nel timore degli amministratori di incorrere in responsabilità, non sarebbe il caso di affrontare con decisione la questione del 'rischio fisiologico' che anche l'amministrazione, come ogni altra 'impresa' deve poter correre senza incappare in azioni di responsabilità?

Sulla organizzazione, mi fa piacere che venga riconosciuto alla 'scuola di Perugia' l'apporto che ha fornito.

Sull'organo non credo, invece, che responsabilità e imputazione formale dei provvedimenti tendano a coincidere, perché le norme che distinguono responsabilità politiche e gestionali tendono invece ad attenuare l'imputazione formale degli atti all'organo che ha la responsabilità politica. Fino a qualche tempo fa le scrivanie dei Ministri erano stracariche di atti da firmare. Ora ve ne sono molto meno. E questo vale anche, ad esempio, per i sindaci. Direi quindi che responsabilità e imputazione formale possono coincidere oppure non coincidere, e che la nozione di organo, se non vuol perdere il senso profondo che ha avuto nel diritto canonico che l'ha partorita, debba privilegiare il profilo della responsabilità piuttosto che quello della imputazione formale.

Quanto al diritto soggettivo, è senz'altro sostenibile la tesi, che anche tu proponi, che diritto soggettivo e interesse legittimo sono due diverse situazioni soggettive che convivono fra loro. Io però mi chiedo se non è preferibile, come io ritengo, anche qui risalendo alle nozioni base, riportarle semplicemente alla categoria degli interessi protetti.

Non penso che tutti i diritti soggettivi siano cedevoli. Lo è quello di proprietà perché lo dispone l'art. 42 Cost. Ma non lo è, ad esempio, il diritto alla vita. Io dico, invece, che tutti i diritti sono relazionali e che il diritto di proprietà, fra le varie relazioni che ha, incontra anche quella con un pubblico potere che può trasformarlo, diciamo in Italia, in interesse legittimo, restando comunque, come il diritto soggettivo, un interesse protetto.

Infine, sulla polivalenza delle norme giuridiche, quella che io ho esposto non oltrepassa, per ora, il livello della intuizione. Non ho fatto ancora studi approfonditi su questo tema e non so neppure se li farò. Spero proprio che qualcuno se ne occupi, perché, da varie verifiche, l'intuizione mi sembra fondata. Quello che mi interessa è sottolineare che il giurista non fa un lavoro scientificamente corretto se antepone il proprio orientamento

soggettivo all'evidente polivalenza della norma (pensa all'art 41 Cost.).

Quanto al giudice, anzitutto la contrazione del sindacato si riferisce solo a quello di legittimità, anzitutto costituzionale. Tempo fa accompagnai alla Corte costituzionale un gruppo di colleghi cinesi che furono ricevuti da due giudici. La prima domanda che fecero: «Quante leggi sono state annullate dalla Corte?» restò senza risposta perché non lo sappiamo, non ci interessa e quindi non abbiamo le statistiche.

Non è detto però che la mia tesi impedisca in radice l'interpretazione evolutiva che, credo, debba essere ammessa (del resto c'è). Il dato che emerge in modo inequivocabile oggi è quello di una eccessiva disinvoltura che hanno i giudici, soprattutto di primo grado. In ogni caso non sarei per enfatizzarla. C'è anche la necessità, oggi pressante, di certezza del diritto. E poi non è tutto oro quello che luccica: penso proprio, ad esempio, al caso che tu fai della rimozione della non applicabilità agli interessi legittimi del 2043 c.c. Ma chi aveva stabilito questo principio? Non certo la legge, altrimenti il giudice non avrebbe potuto rimuoverlo. Era stato proprio il giudice, la Cassazione, a inventarsi questo limite, e ora lo ha semplicemente, e opportunamente rimosso.

Caro Fabio, vedi che belle sollecitazioni stiamo promuovendo? Dobbiamo essere grati a Marco Cammelli e Guido Corso di averlo avviato.

Ti saluto caramente.

Giampaolo

Filippo Patroni Griffi*

Contributo alla discussione sui Saggi e scritti scelti

Caro Giampaolo,
il mio contributo alla Guida alla lettura dei tuoi tre volumi e al Glossario scritto da D. Pappano non può prendere le mosse che dall'incontro organizzato a Palazzo Spada ormai più di un anno fa, precisamente nel maggio 2019. E a quelle riflessioni, un po' riviste, un po' aggiornate, un po' rimeditate, mi rifaccio. Volutamente in maniera schematica.

a) In primo luogo, condivido la visione 'positiva' e dinamica del potere non come posizione di preminenza, ma come servizio, *rectius*: come posizione di preminenza funzionale (e nella misura in cui lo è) ad assicurare una prestazione 'doverosa', perché volta a tutelare interessi a soddisfazione necessaria. E in ciò – direi – sta la peculiarità dell'interesse pubblico, che in realtà è strumentale alla soddisfazione di interessi, 'singolari' o 'plurali', comunque propri della collettività. L'impostazione si riversa a mio avviso sulla tutela, nella quale l'interesse pubblico, come interesse di parte, perde la sua centralità, intorno alla quale ruotavano interessi più o meno direttamente protetti, e, per converso, è proprio l'interesse legittimo ad assumere centralità nel processo, sicché – per un singolare contrappasso – è l'interesse di parte pubblica a diventare 'occasionalmente protetto' in sede di tutela della sfera giuridica del privato, che può essere incisa solo dal legittimo esercizio del potere, e quindi nel processo, che realizza quella parità tra le parti che fisiologicamente, nel procedimento, è alterata in favore dell'amministrazione.

b) Sulle dinamiche concrete del potere, in una società in cui l'intermediazione pubblica è tutt'altro che recessiva, non ci si può limitare alla considerazione del rapporto autorità-libertà (la quale comunque non si risolve in uno statico limite all'autorità, secondo l'impostazione tedesca, bensì in una dialettica interna tra due posizioni soggettive, entrambe attive, ancorché conformate al proprio interno). Bisogna invece sottolineare la doverosità del potere nel contesto di una organizzazione pubblica che dà la misura concreta ed effettiva dei diritti; anche dei cd. diritti assoluti o

* Presidente del Consiglio di Stato.

incomprimibili che, se si ragiona al di fuori di ogni astrazione paraideologica, sono influenzati, ma al tempo stesso doverosamente influenzano, anzi informano (e conformano), l'esercizio di un potere doveroso.

Se il potere è doveroso e al servizio della collettività, ne consegue che la latitudine del perimetro dell'organizzazione pubblica e del potere non è un 'male necessario', ma semmai un 'bene necessario' nella misura in cui serve 'doverosamente' a soddisfare concretamente i diritti.

c) Non è vero che gli strumenti privatistici siano di per sé più belli ed efficaci. Dipende dalle situazioni concrete e da contingenze storiche. Vi sono anche problematiche teoriche: è possibile configurare l'atto di erogazione del servizio pubblico come un *tertium genus* tra provvedimento e contratto? Tu giustamente rifuggi da 'provocazioni' dogmatiche e propendi per una soluzione '*practically oriented*' verso la disciplina più utile in concreto.

d) 'Praticità' non significa rinunciare all'esistenza di categorie unitarie e risolvere l'analisi giuridica in una descrizione della fenomenologia. Nella riflessione critica sono coinvolti molti aspetti. Mi preme sottolinearne due:

- il carattere polivalente delle norme giuridiche (tra norme univoche e concetti giuridici indeterminati), che tra l'altro si interseca con il problema del ruolo dei giudici nell'applicazione delle norme;

- la distorsione di un ordinamento sovranazionale in cui l'Unione europea sottrae poteri agli Stati, ma lascia incompiuto il processo di integrazione non attribuendo quei poteri a sé stessa.

In questo contesto problematico ben si comprende il ruolo centrale che attribuisci, nella scienza giuridica e non solo in quella, al problema del Metodo.

Scrivi che occorre muovere dall'analisi – la più semplice ed elementare possibile – «degli interessi sottostanti all'assetto normativo […] con una gradualità che varia nelle singole fattispecie». Il metodo gradualista «consente un approccio più idoneo a cogliere gli elementi di sistemi non stabili ma aperti e in trasformazione». In ciò si può cogliere, al tempo stesso, il rifiuto dell'astrazione dogmatica e l'attenzione verso il valore nondimeno ordinante del diritto, che tradizionalmente si rinviene nella scienza giuridica amministrativistica, assai meno in quella civilistica.

L'aspetto per me più interessante dell'applicazione del metodo lo rinveniamo nella sottolineatura del carattere relazionale degli interessi protetti e nella conseguente diversificata graduazione delle tutele.

Con la giuridicizzazione degli interessi della collettività si delinea la figura degli «interessi a protezione necessaria» (correlati, come si è visto, alla doverosità della funzione pubblica).

Mi sembra di poter dire che, in quest'ottica, i 'diritti' sono in sé tutti uguali, ma – come, nel diritto privato, essi sono 'influenzati' dalla loro correlazione con altre situazioni soggettive (con un altro diritto, con un obbligo) di altri soggetti – (così) nel diritto pubblico essi assumono una diversa configurazione (o 'gradazione') a seconda della loro correlazione con un'altra situazione tendenzialmente attiva (= il potere), anche quando tale situazione sia 'doverosa' e può assumere caratteristiche 'passive' (=obbligo di prestazione).

Forse questa può essere una moderna chiave di lettura della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi (tutti 'interessi giuridicamente protetti') che abbandoni l'ormai inappropriato, soprattutto sul piano dogmatico, fenomeno della 'degradazione' e ponga su basi nuove il tema delle situazioni soggettive e delle tutele.

Intendo dire, la visione relazionale di tutte le situazioni soggettive e l'ancoraggio ad essa della differente graduazione (non quantitativa, ma) qualitativa delle tutele possono fondare, già a Costituzione vigente, un criterio di riparto che individui il giudice amministrativo come giudice del potere pubblico, cioè il giudice della P.a. che agisca come autorità, a tutela degli interessi che sono alla base del bisogno concreto di tutela, e non di astratte configurazioni di diritti o interessi svincolate dalla correlazione con altre situazioni soggettive. È questo il senso di fondo della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004. Ed è anche il senso attuale del giudice amministrativo.

Pasquale de Lise*

Commento alla Guida alla lettura e ai Saggi e scritti scelti

Caro Giampaolo,
intervengo molto volentieri nel dibattito sulla Guida alla lettura dei tuoi saggi riproponendo in parte l'intervento che feci il 7 maggio 2019 alla presentazione dei tuoi scritti in Consiglio di Stato.

Vorrei dire, anzitutto, che nella lettura della tua opera sono rimasto colpito dalla novità dell'approccio, delle spiegazioni e delle soluzioni di problemi complessi.

Ma come può restare colpito un vecchio 'praticante' del diritto, che lo ha, appunto, praticato, a volte costruito, nella lunga esperienza di giudice delle diverse giurisdizioni (direi di tutte: ordinaria, contabile, tributaria e, per oltre quarant'anni, amministrativa), nonché di 'suggeritore' di norme giuridiche nelle frequentazioni dei Gabinetti e degli Uffici legislativi di molti Ministeri e anche della Presidenza del Consiglio dei ministri?

La sensazione è derivata dal fatto che mi sono trovato di fronte a un diritto amministrativo per molti aspetti nuovo rispetto a quello che per tanti anni ho studiato e applicato.

Ma – mi sono chiesto – era veramente necessaria una innovazione? Probabilmente sì, ne sentivamo il bisogno, perché altrimenti non ci saremmo accorti delle novità: esse sfuggono sempre a chi non le sta aspettando.

Come scrisse il tuo Maestro Massimo Severo Giannini nella recensione al volume su 'Gli enti pubblici', nella Trimestrale del 1993, «noi portavamo avanti, tralaticiamente, idee che, invece, richiedono una revisione», come quella fatta da te, che indusse Giannini a concludere che questa ricerca «è una delle più importanti che si sono avute negli ultimi tempi» (e sapete che Giannini era molto parco nel dare giudizi positivi).

Da allora sono passati quasi trenta anni. La nuova definizione di ente pubblico, secondo cui «è pubblico l'ente qualificato come necessario dall'ente territoriale di riferimento», è stata condivisa dalla dottrina, così come è stata accettata dalla giurisprudenza la tesi che possono esistere società per azioni-enti pubblici.

L'ente è considerato necessario, tu spieghi con l'approfondimento dei

* Presidente emerito del Consiglio di Stato.

tuoi studi, perché l'interesse che deve curare è qualificato «a soddisfazione necessaria».

Questa non è una semplice aggiunta, ma presuppone un cambiamento di prospettiva: il processo che dà vita al fenomeno giuridico, all'incontro tra fatto e norma – diceva Falzea – non parte da quest'ultima, ma *ex facto oritur ius*, come recita un antico adagio.

Il che vuol dire che al metodo deduttivo, applicato dal giudice ma anche dalla generalità della dottrina, si deve ora sostituire nel lavoro scientifico un approccio induttivo, che parte dal problema, ne analizza la rilevanza giuridica e trova poi nella norma la soluzione del caso concreto.

Questo chiarimento, questa inversione metodologica, era già presente nei tuoi primi scritti in materia di scuola, di imprese pubbliche, di rapporti fra Stato e formazioni sociali, professionali, sportive, economiche e culturali e, in particolare, nel volume sugli Enti pubblici associativi, e poi è stato razionalizzato e approfondito da te nell'importante saggio sul Metodo, pubblicato nel 2004 nella Rivista Diritto Pubblico, che ha avuto una ampia diffusione in America latina e in Cina, ma meno in Italia, dove non mancano riflessioni sul metodo, che però non rifluiscono sulle applicazioni concrete che se ne devono fare.

Il metodo deduttivo, come spieghi nel tuo saggio, non ha minore dignità scientifica di quello induttivo, ma questo si mostra certamente più idoneo a spiegare il fenomeno giuridico nei periodi di grande fibrillazione degli ordinamenti e di disarticolazione dei sistemi, come avviene ora in tutti i settori delle scienze e delle arti.

Sono periodi storici nei quali, da un lato, vi è consapevolezza diffusa della obsolescenza delle nozioni e delle categorie tradizionali e non mancano fughe in avanti, come quelle sul globalismo o sulla fine del diritto amministrativo; dall'altro, il diritto continua ad essere pensato e applicato come prima perché mancano idee rifondative.

Nell'evidente confusione occorre ricercare le certezze possibili, individuandole nei nuclei centrali delle nozioni.

Ed è quello che hai fatto nei tuoi scritti che affrontano in termini nuovi i problemi fondamentali del diritto amministrativo, dalla distinzione fra diritto pubblico e privato ai caratteri del potere, all'attività della pubblica amministrazione e alla sua organizzazione, al ruolo dello Stato nell'economia, alle figure e alle situazioni giuridiche soggettive e alla loro tutela, fino all'informatica, all'ambiente e allo sport.

Il tutto in una visione storica che muove da Aristotele, Kant, Romagnosi ed Einstein fino a giungere a Santi Romano, M.S. Giannini, Feliciano

Benvenuti (mio grande amico), per concludersi con le parole di Papa Francesco.

Nella Guida alla lettura, poche pagine di presentazione degli scritti, tu compi una missione ardua, della quale non conosco precedenti, perché presenti la propria opera e ne valuti i profili nei quali essa si differenzia rispetto alla produzione scientifica corrente.

Ti ho detto che ho trovato la sua Guida forse un po' densa. I termini adoperati sono semplici, come lo sono quelli usati negli scritti, ma nella Guida le novità dei concetti sono a volte difficili da cogliere perché sono concentrate in poche parole.

Ti rendi conto di questo problema e chiarisci che la Guida «non si propone come una riflessione generale su tutte la problematiche del diritto amministrativo, che avrebbe richiesto un approfondimento più ampio ed esaustivo, ma ne individua i profili di maggiore rilievo che hanno formato oggetto degli studi effettuati».

Consiglio, comunque, di leggere la Guida lentamente e più di una volta, perché nelle letture successive se ne coglieranno profili di novità che sfuggono alla prima.

Nel riprendere le suggestioni prospettate nella metà dell'800 dalla scuola di Gierke e anticipate in Italia, sul finire dell'illuminismo, da Romagnosi, riproponi la teoria gradualista come chiave di lettura del diritto. Un ente, ad esempio, scriveva Romagnosi, non è necessariamente o tutto pubblico o tutto privato, ma può avere, con varie gradazioni, elementi dell'una e dell'altra partizione del diritto.

Ciò rende necessaria, avverti, la ricerca delle nozioni elementari, fra le quali può sussistere la gradazione. La teoria gradualista, nella sua versione originaria, non ne aveva avvertito il bisogno, perché nessuno metteva in discussione le nozioni base, come quella di potere o di contratto. Nell'attuale disarticolazione delle fattispecie queste nozioni si sono progressivamente dilatate, determinando improprie generalizzazioni, fino a perdere la propria funzione caratterizzante. Hanno finito, così, per essere contestate sì da rendere prevalente, o almeno molto diffusa, la tesi della perdita di significato giuridico.

Tu invece le riproponi, ponendo in luce per ciascuna il nucleo essenziale. Avverti, ad esempio, che non hanno perso di significato le nozioni di 'pubblico' e di 'privato', o di 'contratto' e di 'provvedimento' e spieghi, anzi, che solo riscoprendo il loro significato originario si possono chiarire le (sempre più) numerose fattispecie miste.

Ho trovato felice la spiegazione che ne dai ricorrendo all'esempio delle pozzanghere: esse sono composte di acqua e di terra, ma in concreto sono

molto differenziate perché vanno da quelle di una terra poco bagnata a quelle di acqua alla quale si mischia un po' di terra. Non si capisce però la pozzanghera se non si hanno le nozioni base di acqua e di terra. La singola fattispecie riceverà poi, sul piano giuridico, la disciplina, pubblicistica o privatistica, salvo che per le norme per essa specificamente dettate, secondo il criterio della prevalenza dell'uno o dell'altro degli ingredienti che la compongono.

Questa soluzione si applica a tutte le vicende giuridiche e consente di dare spiegazioni convincenti anche a quei casi sui quali la giurisprudenza si è a lungo affaticata.

Non è vero, avverti, che la soggettività o è piena, e allora si concretizza in una 'persona giuridica' o non esiste. Vi sono diverse fattispecie che hanno soggettività a fini determinati; anzi, in realtà, la soggettività non è mai piena ma ha diverse gradazioni di imputabilità di effetti giuridici.

Non è vero che una situazione giuridica soggettiva o è pienamente tutelata o non lo è: vi sono diverse gradazioni di tutela. Se si parte dalla nozione base, nella sua veste essenziale di interesse tutelato, il cui grado di tutela deriva dal contesto nel quale esso si colloca, si possono meglio capire la nozione di diritto soggettivo, che ha comunque carattere relazionale e quella di interesse legittimo, che è lo stesso interesse tutelato quando interagisce con un pubblico potere.

Altra idea fondante della tua produzione scientifica, che trova sempre più una base positiva nello sviluppo della amministrazione dei servizi pubblici, è quella del potere come servizio, che era stata finora enunciata da teorie filosofiche e morali e si era in parte concretizzata nella concezione, cara a Benvenuti, del suo carattere funzionale.

Tu fai un passo ulteriore e arrivi a dire che, essendo il potere volto a soddisfare interessi a protezione necessaria, è sbagliato darne una configurazione negativa. La dialettica autorità-libertà, sulla quale si sono formati i primi istituti del diritto e del processo amministrativo, è ancora viva, ma non basta a spiegare l'essenza del potere e le sue prevalenti applicazioni.

Non sono molti i saggi che hai dedicato ai problemi della giustizia amministrativa e tuttavia essi meritano di essere riletti per i nuovi stimoli che suscitano. Altri riflessi sulla giustizia amministrativa e sul suo ambito derivano dalle tue riflessioni di carattere generale. Così, quando sottolinei il carattere di doverosità che ha la soddisfazione degli interessi ne deriva che nella prestazione di servizi, retta in larga misura dal diritto privato, la sua doverosità ne rompe il carattere sinallagmatico, precludendo ad una delle parti del contratto la possibilità di decidere se, come, con chi e a che prezzo stipulare il contratto, il che, a tuo avviso, comporta la competenza al riguardo del giudice amministrativo.

Così, ancora, la tesi della polivalenza delle norme giuridiche è densa di implicazioni sul ruolo del giudice, di ogni giudice, a partire da quello costituzionale. È questo uno spunto, che hai recentemente enunciato in termini espliciti, e che merita ulteriori approfondimenti. Così è anche per la critica che fai alla teoria della pluralità degli ordinamenti, che consideri idonea a spiegare la pluralità delle fattispecie ordinamentali, ma che non spiega gli 'intrecci' che vi sono fra le stesse. È preferibile, osservi, utilizzare la nozione di 'sistema giuridico', derivandone le caratteristiche dall'insiemistica, che consente di collegare, per profili specifici, fattispecie che fanno contemporaneamente parte di altri sistemi a seconda dei 'criteri ordinatori' che si assumono a riferimento.

Non mi condiziona l'amicizia che ho con te nel dire, con certezza oggettiva, che la tua produzione scientifica ci induce ad annoverarti fra i veri Maestri del diritto, che aprono alla nostra disciplina nuove strade da percorrere.

Emiliano Frediani[*], Giampaolo Rossi

Colloquio a partire dalla Guida alla lettura

Caro Professor Rossi,
mi fa piacere inviarle qualche mia piccola riflessione riconducibile alla lettura della Guida. Ho pensato di soffermarmi sui alcuni profili che attengono al 'cambiamento del contesto', al rapporto tra potere pubblico e società civile ed alla questione metodologica.

Il tema della sovranità e della sua crisi è stato da più parti letto in termini di progressivo 'sgretolamento' del modello tradizionale stato-centrico, dando risalto al fenomeno in chiave negativa (quasi a voler far prevalere l'idea di una *pars destruens* che acuisce il senso di incertezza legato al venire meno dei consueti paradigmi). Nella Guida tale profilo, a mio giudizio, viene ricondotto entro una prospettiva più chiara che non si focalizza sull'effetto (potremmo dire sull'insieme dei 'fenomeni a valle'), ma piuttosto si interroga sulle cause (ossia sui 'fenomeni a monte' da cui scaturisce un certo assetto). Da questo punto di vista emerge all'interno della Guida[1] l'idea di una 'doppia erosione' (o sottrazione) cui è assoggettato il potere statale, verso l'alto e verso il basso: viene in tal modo indicata all'interprete una 'strada', che coincide con l'individuazione di un orizzonte di senso. Non ci si limita a dire che siamo di fronte ad un sistema policentrico 'esploso', ma si cerca di recuperare un elemento di certezza che deriva tanto dalla presa di coscienza del 'senso' della trasformazione in atto quanto dalla implicita volontà di trovare nuove forme di 'governo' della complessità.

Emerge, a mio avviso, tra le righe la volontà di tener ferma la distinzione concettuale tra *complexity* e *confusion*[2]. La seconda difficilmente può nascondere dietro di sé un 'seme' di certezza, laddove, invece, la prima richiede un'attività di ricostruzione da parte dell'interprete, quasi a voler

[*] Associato di diritto amministrativo, Università di Pisa.

[1] Il riferimento è a G. Rossi, *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, in *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, Torino, 2019, vol. I, p. xxi ss., spec. sul tema del cambiamento del contesto, p. xxxiii ss.

[2] Su cui, ad esempio, F. Ost, M. Van De Kerchove, *Constructing the complexity of the law: towards a dialectic theory*, in Luc J. Wintgens (edited by), *The law in philosophical perspectives*, Springer, 1999, p. 147 ss.

riaffermare l'idea hegeliana della possibilità di un 'superare mantenendo'[3]. Ciò significa partire da un contesto pluralistico e variamente articolato senza acuire il disorientamento che deriva dalla sua manifestazione ai vari livelli (nell'organizzazione e nella funzione): la complessità, a ben vedere, è al tempo stesso un punto di arrivo e di partenza. È un punto di arrivo perché è la 'risultante' della ricordata doppia erosione che ha investito l'assetto tradizionale del potere pubblico. E' un punto di partenza – e qui viene ad emergere il ruolo del giurista (non un mero osservatore e 'narratore' di accadimenti, evoluzioni normative *et similia*) – perché la complessità possiede un 'valore aggiunto'. Essa consente di far emergere tutte le posizioni 'in gioco' (ed i correlativi interessi) e pone al giurista un compito particolare che coincide con la ricostruzione di un 'nuovo' ordine che sia tale da conferire un minimo di certezza pur nella pluralità che caratterizza il contesto di riferimento.

Un secondo, anche se di fatto collegato, tema che mi ha fatto riflettere nella lettura della Guida è quello della dimensione 'positiva' del potere[4]. Da lungo tempo si tende a porre al centro della riflessione l'insieme delle problematiche che si 'polarizzano' intorno alla coppia dicotomica rappresentata dal binomio autorità-libertà. Nel leggere la reciproca dialettica tra queste due sfere viene data rilevanza alla necessità di partire 'dal basso' ed elevare la seconda con lo scopo di 'togliere le unghie al potere' (come si afferma con espressione molto efficace nella Guida). L'idea diversa del potere e della funzione come 'servizio' mi sembra che sposti il baricentro dell'attenzione e faccia riscoprire la 'ricchezza' e forse la vera essenza del potere, non più come manifestazione della 'forza' del 'momento dell'autorità' in contrapposizione alla 'libertà'. Forse la riflessione sul rapporto giuridico amministrativo può trovare nuovo vigore nel momento in cui si abbandoni l'idea della attenuazione del potere e della legittimazione invertita allo scopo di mitigare l'imperatività. Non voglio negare la grande utilità della riflessione su un nuovo diritto amministrativo 'paritario', che ha rappresentato molto in termini di approccio critico e prospettive di innovazione nella dialettica pubblico-privato. L'idea è quella per cui, forse, non sempre è necessario partire 'dal basso', perché il potere come servizio

[3] Sulle cui implicazioni, in chiave di teoria generale, si può vedere F. Todescan, *Metodo, diritto, politica. Lezioni di storia del pensiero giuridico*, Bologna, 1998, p. 159 ss., spec. pp. 160-161.

[4] Affrontato in G. Rossi, *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, cit., spec. p. xxiv, ove il «carattere positivo del potere» si correla all'idea per la quale «il potere sia un servizio, anziché una posizione di preminenza» e come tale «volto a tutelare interessi» che vengono definiti «a protezione necessaria».

può ristabilire i termini della questione: il che significa valorizzare l'essenza del potere, cosa che può essere fatta partendo dal potere stesso senza doverlo sottoporre ad un 'attacco' esterno. Tutto ciò può in qualche modo evitare la 'deriva' cui conduce l'affannosa ricerca di strumenti consensuali e privatistici; una deriva che può condurre ad una asimmetria 'rovesciata' tra sfera pubblica e privata.

La questione relativa al metodo è secondo me oltre che centrale anche foriera di nuove riflessioni sui fondamenti dello studio del diritto amministrativo e del diritto dell'ambiente, in una logica che definirei 'circolare': il diritto amministrativo offre le categorie, gli istituti e (taluni) principi di fondo, il diritto dell'ambiente rappresenta un luogo, per così dire, ideale all'interno del quale essi si sviluppano, trovano una forma di approfondimento e si 'trasformano' per essere riportati in questa nuova veste al diritto amministrativo.

Il tema diventa ancora più interessante quando a venire in considerazione sono principi che 'nascono' in un'ottica ambientale, per poi essere elevati a principi generali per l'azione amministrativa (penso al caso dello sviluppo sostenibile e a quanto oggi ci dice il codice dell'ambiente sulla sua 'rilevanza' procedimentale)[5]. La questione metodologica ci riporta quindi alla necessità di cambiare il punto logico di partenza: non l'alto, ma il basso; non la norma, ma la fattualità e gli interessi che si sviluppano al suo interno. In questa prospettiva è molto utile la chiave di lettura offerta dalla Guida, laddove viene delineata l'idea di un metodo essenziale e gradualista, che «risale agli elementi essenziali della convivenza, del rapporto tra le persone e le collettività, delle funzioni di queste in relazione ai singoli»[6]. Mi sembra che dalla Guida emergano due profili: il primo attiene alla maturazione della consapevolezza di muovere dalla 'problematiche elementari', dalla osservazione dei fatti nella loro oggettività (e semplicità) piuttosto che dalla evanescenza dei concetti; il secondo riporta direttamente all'idea

[5] Si pensi, in tale ottica, all'art. 3-*quater* del codice dell'ambiente, il cui secondo comma riconosce esplicitamente una tale rilevanza procedimentale, affermando che «anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione». In merito a tale profilo ed al significato di 'prioritaria considerazione' si rinvia, tra i vari contributi, in particolare a F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, spec. p.143 ss.; S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2017, p. 1 ss., spec. p. 17 ss.

[6] G. Rossi, *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, in *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, cit., spec. nel senso qui indicato p. xxxv.

di un 'sistema' che va costruito evitando forme di assolutizzazione in chiave formalistica. Il sistema diviene così l'espressione di un progetto di equilibrio tra una pluralità di componenti: *non aliquid datum* una volta per tutte, ma una totalità ordinata che non perde la sua natura dinamica in corrispondenza della continua (ed incessante) mutevolezza delle sue componenti essenziali. L'idea stessa di sistema – come si desume dalla Guida – presuppone la complessità, tende al suo 'governo' e possiede al contempo una forte componente qualitativa; quest'ultima deriva dalla consapevolezza che un sistema non rappresenta una méra sommatoria di fattori, bensì (si potrebbe dire) una 'ipotesi' di lavoro che sa cogliere le «interrelazioni fra figure»[7] (come si legge nella Guida) nella loro intrinseca natura dinamica. Mi sembra che, alla luce di tutto ciò, l'idea stessa di un sistema dinamico non possa prescindere dal riferimento a quel criterio della 'natura delle cose' su cui da tempo si riflette proprio in chiave metodologia. Ed un'espressione che, in definitiva, rende l'idea di questo itinerario argomentativo è quella che riconosce l'esistenza di una vera e propria *consecutio* ormai divenuta inevitabile: sono le 'norme' che 'inseguono le cose'[8] e non viceversa come da sempre siamo abituati a pensare.

Tale conclusione pone, però, un interrogativo all'interprete. Si tratta di aprire l'orizzonte in forma incondizionata ad un metodo induttivo, che valorizza il dato fattuale riducendo la sfera normativa a méro momento di registrazione – traduzione *sub specie iuris* si direbbe con termine più nobile – dei modelli elaborati in ambito concreto-fattuale? Non credo che si possa seguire questa strada senza incorrere in un eccesso di realismo che disconosce di fatto un ruolo preliminare e decisivo alla sfera della normatività. Mi sembra che una riflessione di questo tipo si possa trarre, oltre che dalla Guida, anche dallo scritto pubblicato sul Volume I dedicato al tema del metodo giuridico in rapporto allo studio del diritto amministrativo: in particolare laddove si afferma che l'apertura ad un approccio induttivo non può comunque negare il rilievo 'determinate' della norma, la quale diviene «parte di un fenomeno complesso», nella consapevolezza che «il diritto nasce dall'incontro fra la norma e il fatto»[9].

L'idea che mi sembra si possa trarre da tale premessa è quella che

[7] G. Rossi, *Guida alla lettura*, cit., p. xxxvi-xxxvii.

[8] Secondo un'idea ripresa da Y. Dezalay, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, trad. it., *I mercanti del diritto*, Milano, 1997, p.132 ss.

[9] G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p.1 ss., ora in *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, cit., vol. I, p.155 ss., spec., sulla contrapposizione tra approcci normativisti e sostanzialisti, p.161 ss.

conduce ad individuare un modello fondato sull'equilibrio tra normatività e fattualità, che non disconosce il ruolo rilevante della prima e, al contempo, è capace di valorizzare il rilevante apporto della seconda. A tal proposito potrebbe essere utile fare riferimento ad un modello per 'clausole' legislative aperte che non 'ingessino' il sistema, ma lascino aperta la strada ad una loro integrazione sulla base di quanto emerge da una valutazione condotta caso per caso. L'esempio che si potrebbe richiamare a tal proposito è quello della definizione della nozione giuridica di rifiuto: il 'percorso' di quest'ultima dagli anni Settanta ad oggi sembra offrire infatti qualche utile elemento di riflessione da valutare nella ricordata prospettiva di un equilibrio tra dato normativo e contesto fattuale di riferimento[10].

Un'ultima battuta sul principio collaborativo. La questione relativa all'utilizzo della statistica è di particolare rilevanza; resta a mio avviso da riflettere sul fatto che l'idea di collaborazione non si può focalizzare sul pur centrale profilo degli accordi, ma richiede un ampliamento dello spettro operativo. Interessante è valutare (a normativa vigente) quante 'occasioni' di

[10] La definizione di rifiuto contenuta nella direttiva europea 2008/98 CE del 19 novembre 2008 (come modificata per effetto della successiva direttiva 2018/851 UE del 30 maggio 2018) si riferisce ad una 'qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsi'. Questa definizione normativa rappresenta il punto di arrivo di un percorso nell'ambito del quale la giurisprudenza della Corte di giustizia ha giocato un ruolo centrale, determinando il superamento della precedente formulazione – contenuta nella direttiva del 1975 – che faceva riferimento a 'qualsiasi sostanza od oggetto che rientri nelle categorie riportate nell'allegato I e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi'. Il modello seguito dal legislatore nel 2008 costituisce, a mio avviso, un esempio interessante di clausola legislativa 'aperta' in forza della quale sono predeterminate le condizioni generali affinché una sostanza od oggetto possa qualificarsi come rifiuto, senza tuttavia 'ingessare' la nozione stessa attraverso qualificazioni statiche ed astratte (come quella che derivava dal richiamo alle sole 'categorie' di cui alla direttiva del 1975). Il risultato di una tale operazione è stato da tempo chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia con riguardo al caso delle terre e rocce da scavo (CGCE, *Palin Granit*, 2002 e *Niselli*, 2004): in quella sede, infatti, si è riconosciuto che «se, in via generale i detriti (rocce da scavo) derivanti dalla coltivazione di una cava di granito, che non si configurano come la produzione principale ricercata dall'esercente, costituiscono, in linea di principio (*astrattamente*), rifiuti, tuttavia ad uno scrutinio più aderente alla 'natura delle cose' (*cioè al caso concretamente verificatosi*) bisogna escludere questi detriti dalla categoria dei rifiuti, in quanto il fatto dimostrabile che gli stessi detriti siano accantonati per il successivo riempimento delle gallerie, senza necessità di una trasformazione preliminare, costituisce la prova che non vi è la volontà di disfarsene da parte di chi li produce» (corsivi nostri). Il punto di equilibrio tra normatività e fattualità si individua, in questo caso, attraverso un'operazione che non obliteri la 'natura delle cose' e al contempo, per così dire, 'verifichi' in concreto, sulla base di un approccio sostanziale, se e quando effettivamente si possa parlare di rifiuto riconducendo il fatto alle precondizioni delineate in sede normativa.

'dialogo' vi siano anche *in itinere*, in corso di procedimento, pur restando ferma la soluzione provvedimentale del percorso decisionale. Un ragionamento di questo tipo potrebbe essere collocato nella più ampia cornice – delineata dalla Guida – delle diverse (ed intermedie) 'gradazioni' che esistono fra provvedimento e contratto, secondo la logica dell'attenuazione dei caratteri dell'unilateralità e dell'introduzione di elementi di bilateralità (da valutare in chiave di bidirezionalità comunicativa). Il che potrebbe significare uno spostamento dell'attenzione da un lato sull'accordo integrativo (per utilizzare lo schema concettuale dell'art. 11 della legge n. 241/1990) e dall'altro sulla incisività della partecipazione procedimentale. La materia ambientale offre ancora occasioni per riflettere su questi temi, dall'idea di partecipazione 'a scopo collaborativo', alla collocazione procedimentale dell'istituto del dibattito pubblico (ad esempio in rapporto alle forme ordinarie di partecipazione e all'inchiesta pubblica).

Si tratta, come è possibile vedere da queste brevi note, soltanto di qualche suggestione su alcuni temi che mi hanno fatto riflettere in questa prima lettura della Guida, la quale rappresenta senza dubbio una grande occasione per poter individuare chiavi di lettura per re-interpretare le categorie del diritto amministrativo in tempi di globalizzazione.

Un caro saluto e grazie di cuore per questa occasione di riflessione.

Emiliano Frediani

* * *

Caro Emiliano,
le tue osservazioni colgono, secondo me, il centro delle problematiche che ho sollevato e delle risposte che prospetto. Mi colpisce il fatto che proprio su alcune di queste ho ritenuto necessario ritornare nella quarta edizione di Principi che uscirà fra poco.

In particolare: sul tema della sovranità ho dato al paragrafo un nuovo titolo («Dalla sovranità alla adeguatezza») che individua, credo, i termini essenziali di uno Stato indebolito e che resta però l'unico destinatario di una, crescente, domanda sociale.

Ancora: ho fatto con maggiore chiarezza la distinzione tra complessità e complicazione, proprio nei termini che tu dici, criticando le forme sommarie di semplificazione che dovrebbero incidere sulla complicazione e invece, a volte, incidono malamente sulla complessità.

E infine dopo una esposizione della teoria di Bauman sulla società liquida (che porterebbe con sé quella di un inaccettabile diritto liquido) ne

ho fatto una critica sostenendo che il focus va piuttosto individuato nella accelerazione del divenire: il diritto nel divenire, che si sistematizza proprio ricorrendo al metodo essenziale e gradualista.

Mi fa piacere che concordi sul 'potere positivo' (questa nozione è foriera di grandi sviluppi di revisione di vecchie categorie) e sulla valorizzazione della nozione di 'sistema' che emerge dal metodo essenziale e gradualista. L'importanza, che tu sottolinei, del principio collaborativo è sostenuta anche nell'intervento di Fabio Giglioni. Lì troverai qualche mia considerazione.

Qualche riflessione in più, credo, dobbiamo fare invece sul metodo induttivo e deduttivo.

A me sembra che la piena consapevolezza dei dati sostanziali sia il presupposto della analisi giuridica e della individuazione delle norme, che insieme al fatto, formano la fattispecie giuridica. Ne ho fatto piena esperienza nello scrivere il libro *Enti pubblici associativi*, queste formazioni sociali che nell'incontro con la legge danno vita a un fenomeno giuridico interessante. Nel presentare il volume nella sua collana, Pietro Rescigno ha sottolineato e apprezzato la constatazione dell'incrocio, sintesi o simbiosi tra fatto e norma che emerge dal testo.

In sostanza, mi è venuto spontaneo utilizzare, per l'incontro tra alcune formazioni sociali e lo Stato, la tesi che avevano elaborato Pugliatti e Falzea perché è stata l'osservazione del fatto a consentirmi di qualificare le fattispecie giuridiche che sono derivate dall'incontro con la norma. Un esempio tra tutti: il Coni. Era nato da tempo per iniziativa delle federazioni sportive nazionali e internazionali e aveva, come ha, il monopolio di fatto della regolazione delle competizioni sportivi, quando, negli anni '40, chiese e ottenne che la legge lo qualificasse ente pubblico per ottenere così il monopolio delle scommesse. Questa osservazione mi è stata possibile solo dopo avere esaminato la nascita e le caratteristiche delle formazioni sportive.

Come vedi, Emiliano, c'è ancora molto da riflettere e sono contento che questo dibattito sulle mie tesi stia dando un buon contributo alla riflessione.

Giampaolo

Alexandre Santos de Aragão*

Intervento sui Saggi e scritti scelti

Caro Giampaolo,
è con gran piacere e profitto che ho avuto occasione di leggere la Guida alla lettura e la raccolta dei suoi scritti[1]. Ciò che mi ha colpito di più, come professore latinoamericano di Diritto Amministrativo, è il carattere universale di quello che afferma, oltre all'originalità e lo spessore delle sue riflessioni.

Difatti, quasi tutte le sue considerazioni, nonostante i contesti giuridici relativamente diversi in cui ci troviamo, si applicano con immenso beneficio al Diritto Amministrativo latinoamericano, in particolare al diritto brasiliano e argentino, che mi sono naturalmente più familiari.

Specificamente quelle sul metodo giuridico in Diritto Amministrativo mi pare portino contributi piuttosto rilevanti, nella misura in cui possono orientare la giurisprudenza e la dottrina latinoamericana, soprattutto nel momento di grandi cambiamenti nel quale ci troviamo.

Qui, come (forse anche) in Italia, stiamo vivendo trasformazioni nel Diritto Amministrativo, dove se il vecchio non è ancora morto del tutto, neppure il nuovo si è consolidato.

A questo proposito, tre avvertenze da lei poste andrebbero seguite con molta attenzione dalla nostra dottrina.

Tra noi, la dottrina è in qualche modo divisa così: chi si aggrappa a tutti i costi a nozioni, concetti e classificazioni tradizionali, che non sono più operativi nella pratica e spesso addirittura superati dal legislatore; e, dall'altro, coloro che vedono i nuovi paradigmi come una realtà totale già in atto e implementata, provocando una grande indifferenza verso l'intero quadro scientifico del passato. Dimenticano che l'evoluzione scientifica si orienta sulle basi precedentemente in vigore, anche se evolvendosi in relazione ad esse, come lo riteniamo appropriato.

Un esempio di questo fenomeno, anche tra di noi, è il fascino che ha

* Professore titolare di diritto amministrativo, Università dello Stato di Rio de Janeiro. Dottore in diritto pubblico, Università di São Paulo.

[1] G. Rossi, *Il Diritto Amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica: Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, vol. I-III, Giappichelli, Torino, 2019.

avuto una parte della dottrina, in modo un po' assoluto, nei confronti delle forme di azione consensuale della Pubblica Amministrazione, come se l'azione unilaterale e verticale dovesse diventare sussidiaria.

Senza affatto voler diminuire o svalutare recenti iniziative nel modo di agire della Pubblica Amministrazione, non si può negare che l'azione unilaterale dello Stato continua, e probabilmente continuerà ad essere, la sua principale espressione.

Non sto qui criticando le riflessioni dottrinali sulla valutazione della consensualità amministrativa, di cui sono addirittura un entusiasta, fra l'altro, avendo già scritto diversi lavori sull'argomento. Ciò che critico è a mio avviso l'esagerazione dell'entusiasmo con il quale viene valutata.

La dottrina brasiliana più contemporanea elogia molto gli accordi di sostituzione delle sanzioni previsti dal Diritto Amministrativo italiano. A questo punto è molto interessante per me il suo racconto di come questo istituto ha, in pratica, molte difficoltà ad essere messo in pratica.

Le sue parole avvertono del rischio o di mantenere in vigore concetti obsoleti, o, invece, di concentrarsi solo sull'inadeguatezza delle vecchie categorie, limitandosi a un lavoro distruttivo, con una assolutizzazione del relativismo.

Su questioni come queste, le sue valutazioni possono anche servire ad avvertirci che i giuristi non dovrebbero confondere la loro visione ideologica liberale o ultraliberista con i dati obbligatori del diritto positivo. In Brasile alcuni autori hanno già criticato una parte della dottrina che tende a vedere nella Costituzione economica un'immagine speculare delle proprie convinzioni («per Narciso ciò che non è specchio è brutto»). Le Costituzioni economiche dei nostri Paesi, infatti, come già da tempo spiegava Gustavo Zagrebelsky, lasciano ampio spazio alla definizione di maggioranza politica, non essendo possibile estrapolarne le determinazioni giuridiche, nel senso di mettere in atto un modello più liberale o più interventista, naturalmente rispettando i limiti – minimo e massimo – costituzionalmente stabiliti.

Preziose pure le sue avvertenze sul fatto che, in tempi di cambiamento, il giurista deve tenere a mente l'intero ciclo che lo ha determinato, invece di assolutizzare, isolatamente, solo il momento attuale della posizione del pendolo. Se la crisi è evidente, le conseguenze che ne derivano sul piano giuridico lo sono meno. Non è corretto credere che ad ogni problema corrisponda inevitabilmente una soluzione. Questa soluzione potrebbe non esistere o potrebbe richiedere molto tempo per emergere.

Rileva il momento difficile in cui si trova lo Stato, in cui perde influenza per una sfera globale, ma questa, d'altra parte, non assume parte delle

funzioni statali. In questo modo lo Stato continua a dover soddisfare le stesse, o anche maggiori, esigenze dei suoi cittadini, ma non ha più gli stessi mezzi per farlo.

È in questo contesto storico della nostra società e del Diritto Amministrativo, che il suo metodo essenzialista e gradualista si rivela uno strumento molto operativo.

È importante qui specificare il significato dei due termini da lei utilizzati in modo che non vengano confusi con altri significati esistenti nella filosofia e nella teoria del diritto, ad esempio nella teoria gradualista di Kelsen.

Quanto all'essenzialità, lei propone di evidenziare solo gli elementi essenziali di ogni fenomeno o istituto giuridico. Il Diritto Amministrativo, tradizionalmente basato su un ragionamento binario – pubblico/privato; provvedimento/contratto ecc. – deve riconoscere la vasta gamma di manifestazioni giuridiche intermedie tra queste categorie principali.

Tuttavia, il fatto che vi sia un enorme *dégradé* di manifestazioni tra i due opposti non significa che queste categorie principali siano diventate irrilevanti.

Al contrario, espressioni giuridiche miste possono essere comprese correttamente solo attraverso una buona comprensione delle principali categorie che in parte le compongono. La sua già classica metafora delle pozzanghere dimostra che queste possono essere composte da diverse quantità di suolo e acqua, ma comunque lo saranno sempre da questi due elementi principali, senza i quali non si può capire l'esatta natura delle pozzanghere, che variano in colore e densità.

È stato con gran piacere che ho visto la sua citazione di Santi Romano, forse l'autore che, sin dalla mia laurea, ha avuto la maggiore influenza sui miei studi, soprattutto attraverso la teoria pluralista del sistema giuridico. Ricordavo molto bene la frase del maestro secondo cui la vera semplicità è spesso scambiata per un'indicazione di poco merito, trascurando il fatto che le più semplici sono le opere artistiche e scientifiche più perfette.

Come se ne può dedurre, l'essenzialità nel trattamento degli elementi delle figure giuridiche porta con sé naturalmente l'aspetto graduale del suo metodo.

Gradualista nel senso che, tra i due estremi idealmente puri delle categorie giuridiche, c'è una serie indefinita di manifestazioni intermedie tra di loro. Diversi gradi di «terra integrata con l'acqua della pozzanghera».

A questo proposito, nel mio lavoro sulle società statali[2], ho sostenuto che, «da questo punto di vista, la cosa più corretta in relazione alla disciplina giuridica è affermare che non è propriamente di Diritto Privato né di Diritto

[2] Aragão, Alexandre Santos de, *Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Pubblico, né di Diritto Privato con deroghe Diritto Pubblico: è un altro regime giuridico, ibrido e atipico, risultante dalla combinazione di elementi di entrambi, elementi che, dopo essere stati posti nello stesso ambiente, cambiano reciprocamente e intrinsecamente, in modo che né l'elemento di Diritto Privato sarà come se fosse applicato a qualsiasi individuo, né gli elementi di Diritto Pubblico saranno come si applicano agli enti pubblici in generale. [...] Non soltanto il suo regime giuridico è costituito dalla somma di parte degli elementi di Diritto Privato e parte degli elementi di Diritto Pubblico, come questi elementi, posti nello stesso ambiente, si modificano qualitativamente a vicenda. Inoltre, questo dialogo della somma di elementi di Diritto Privato e Diritto Pubblico e il loro conseguente cambiamento qualitativo non è omogeneo per tutti».

Facendo riferimento all'esempio della gradazione tra provvedimenti e contratti della Pubblica Amministrazione, lei fa riferimento a figure miste a base pubblicistica, con elementi di bilateralismo, e a figure a base civile, con elementi di diritto pubblico. Affrontando la gradualità delle situazioni giuridiche soggettive, fornisce ad esempio le prestazioni statali previste dalla Costituzione, ma che richiedono, per essere messe in atto concretamente, di risorse e di organizzazione amministrativa. A questo proposito abbiamo una puntuale divergenza, poiché mi sembra che questo ragionamento finisca per raggiungere gli stessi risultati della teoria delle norme programmatiche o di limitata efficacia. Credo che il giudice possa determinare il provvedimento allo Stato anche quando non abbia messo in atto i mezzi necessari. Nella giurisprudenza del Brasile, ad esempio, in cui il diritto alla salute è costituzionalmente garantito in modo molto simile a quanto fatto nella Costituzione italiana, il giudice, in casi estremi, determina addirittura che le spese mediche del cittadino siano a carico dello Stato negli ospedali privati. Non ci sembra che l'illecita omissione da parte dello Stato possa legittimamente lasciare il cittadino senza il beneficio costituzionalmente garantito.

Concentrarsi sull'essenzialità degli elementi delle figure giuridiche come metodo per comprendere le loro numerose configurazioni intermedie mi sembra davvero un metodo molto adatto in un'epoca di post o neo-modernismo, quando c'è una forte tendenza a relativizzare tutti i concetti e le categorie. Rappresenta, infatti, un buon tentativo di dare una certa obbiettività alla pluralità empirica e legislativa con cui conviviamo.

Caro professore, la saluto ringraziandola per avermi invitato a scambiarci queste idee e per il lavoro costruito nel corso dei suoi 80 anni, che ha tanto ispirato gli amministrativisti di tutto il mondo.

Mi congedo porgendole i miei più cordiali saluti,

Alexandre Santos de Aragão

Alessandro Cacciari*

Intervento sui Saggi e scritti scelti e sul Glossario

Nel secolo scorso si sono verificati profondi mutamenti nel diritto amministrativo, che si sono tradotti in una sostanziale parificazione tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo quanto a reciproca dignità ordinamentale. Il processo si è concluso alla fine del secolo con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500/1999 che ha abbattuto l'ultimo tabù, sancendo la risarcibilità dei danni cagionati dall'azione illegittima dell'amministrazione ai beni della vita oggetto di potere amministrativo. La ricerca di strumenti di maggior tutela dell'interesse ha portato all'adozione di moduli di azione a carattere civilistico da parte delle amministrazioni, anche nell'ottica di una maggior efficienza ed economicità. Basti citare, a questo proposito, la generalizzazione degli accordi (procedimentali e sostitutivi) con cui la stessa funzione pubblica diventa oggetto di trattativa con il privato. Tutto questo però non ha comportato un assorbimento del diritto amministrativo in quello privato e anzi, come evidenzia l'incipit della Guida alla lettura, il primo si è diffuso anche in ordinamenti che non lo conoscevano come quello anglosassone. È avvenuto, piuttosto, che il rapporto del privato con il potere pubblico è stato liberato da quei caratteri di soggezione che lo avevano caratterizzato in precedenza, riconoscendosi posizione attive anche al primo nella sua conformazione. Ho trovato quindi molto interessante, in questo contesto, la considerazione che nella Guida alla lettura viene effettuata del potere come fenomeno positivo e non negativo in sé, essendo strumento di tutela degli «interessi a protezione necessaria» che gli ordinamenti devono necessariamente soddisfare. È vero, come già è stato fatto notare, che sembra carente l'indicazione del quantum di protezione reciproco da garantire a interessi egualmente rilevanti che vengano a collidere tra loro. Tipico esempio è la protezione della salute (intesa come organizzazione del servizio sanitario a favore della collettività), interesse che si scontra sovente con le esigenze di carattere economico e con il principio, a rilevanza costituzionale, di pareggio del bilancio. Forse però un equilibrio non può essere dato in via definitiva una volta per tutte, a priori, dovendo piuttosto essere costruito volta per volta dal legislatore (in

* Consigliere del TAR Toscana.

relazione ai diversi momenti economico-politici) e dalla giurisprudenza, anche e forse soprattutto costituzionale.

Mi sembra molto apprezzabile l'idea della parità di protezione tra diritto soggettivo e interesse legittimo senza che per questo le due figure vengano confuse, o il secondo venga assorbito nel primo. Le due categorie rimangono distinte pur nell'ambito dell'eguale tutela che deve essere garantita ad entrambe dall'ordinamento.

Mi sembra interessantissima la ricostruzione del concetto di ente pubblico e di organo, la quale ultima appare la più adeguata ai tempi attuali.

È di importanza fondamentale l'idea del carattere relazionale di tutte le situazioni soggettive perché individua il cuore stesso, e la ragion d'essere, della norma giuridica che è quella di assicurare alla società una regolamentazione in grado di perpetuarla, evitando il ritorno dell'umanità alla 'legge del più forte'.

Concordo pienamente con l'idea della polivalenza delle norme giuridiche, che corrisponde anche ad una mia idea secondo la quale l'attività giudiziaria (ma il discorso credo valga anche per i giudici ordinari) debba effettuare un '*self-restraint*' limitandosi, come dice il Professore, a constatare la conformità dell'atto ad una delle possibili valenze della norma. Oggi la verifica giudiziaria si incentra più che sulla conformità dell'atto alla legge, sull'esame del rispetto da parte dell'attività amministrativa in un certo ambito (e non del singolo atto) di canoni generali quali la ragionevolezza, la proporzionalità e la buona fede. Diversi fattori concorrono a determinare questo effetto, a cominciare dal fatto che le amministrazioni non agiscono più 'per atti' ma 'per obiettivi' attraverso una concatenazione di provvedimenti. Riflesso processuale è l'estensione dell'ambito del ricorso per motivi aggiunti, con la concentrazione in un unico fascicolo di interi segmenti di attività amministrativa. Ne segue che il risultato dell'attività giudiziaria può essere variabile a seconda del significato che volta per volta, nella singola situazione concreta, venga attribuito ai suddetti canoni generali. È vero però che tutto questo genera incertezza, mentre la società civile richiede certezza del diritto.

Tanto più appare forte la polivalenza delle norme laddove si rifletta, come evidenziato nella Guida alla lettura, che diverse sono le fattispecie caratterizzate da un *mix* di pubblico e privato. L'immagine della 'pozzanghera', misto di acqua e terriccio che può avere diverse gradazioni dell'uno o dell'altro elemento, appare calzante. Non sempre ci troviamo di fronte a fattispecie totalmente pubbliche o totalmente private; più spesso invece vediamo forme intermedie tra l'una e l'altra qualificazione oppure rapporti che iniziano come pubblici e proseguono come privati. A quest'ultimo proposito

basti ricordare il contratto pubblico il cui affidamento è caratterizzato da marcati profili pubblicistici, mentre l'esecuzione da profili civilistici. Anche questa distinzione non è però così netta poiché nella fase dell'affidamento esistono pure aree regolate dal diritto civile, secondo gli ultimi arresti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in tema di responsabilità precontrattuale (Cass. SS.UU., ord.za 17 giugno 2021 n. 17329), mentre aspetti pubblicistici sono presenti anche nella fase di esecuzione con riguardo, ad esempio, all'autorizzazione al subappalto (C.d.S. IV, 24 marzo 2010 n.1713). Altrettanto può dirsi in tema di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica ove l'individuazione dell'assegnatario è oggetto di potere (e procedimento) amministrativo, mentre la decadenza si connota in termini paritetici (Cass. SS.UU., ord.za 15 gennaio 2021 n. 621).

È compito quindi dei giudici assicurare un minimo di prevedibilità all'interpretazione giudiziaria. Il discorso porterebbe lontano e questa non è la sede adatta per svolgerlo compiutamente; mi limito a rinviare all'articolo *Modelli normativi aperti, argomentazione giuridica e giudice amministrativo* del Presidente F. Patroni Griffi in www.giustizia-amministrativa.it.

Grato per avermi offerto la possibilità di esprimere le mie valutazioni.

Cons. Alessandro Cacciari

Marcos Almeida Cerreda*

Commento alla Guida alla lettura e al Glossario

Caro professore,
in questo breve intervento che le invio, vorrei soffermarmi sul metodo da lei adottato nella sua elaborazione scientifica, che definisce come metodo «essenziale e gradualista», e che, nel corso degli anni ho imparato ad apprezzare ed utilizzare come strumento guida per la soluzione delle problematiche formali e sostanziali con cui ogni giurista deve oggi confrontarsi.

Gli studi sull'organizzazione, in particolare, hanno costituito il terreno privilegiato in cui il metodo è emerso e si è sviluppato, per poi essere applicato ad un'infinità di variabili.

Ho tenuto a precisare che il metodo non è solo gradualista, ma anche essenziale, perché mi sembra che, analizzando cronologicamente la sua produzione scientifica, sia possibile apprezzare distinti momenti che, rispondendo ai bisogni del tempo, consentono di separare idealmente una prima fase volta ad esaltare la componente 'essenziale' del metodo da quella volta alla valorizzazione della componente 'gradualistica'.

La prima fase è caratterizzata del suo studio sugli *Enti pubblici* (Bologna, 1990), il cui impatto è stato senz'ombra di dubbio dirompente, perché ha sostanzialmente esaurito il dibattito sul tema, tant'è che può essere ragionevolmente inteso come l'ultimo contributo monografico dedicato alla materia.

L'opera è dominata da un approccio 'essenziale', nel senso che muove dalla primaria esigenza di identificare gli elementi unificanti della nozione e, quindi, di chiarire quale sia il minimo comun denominatore della natura pubblica e quali siano le conseguenze giuridiche da riconnettervi. In questo contesto, lei utilizza il criterio nella c.d. necessaria esistenza dell'ente che, raccordandosi sinergicamente con la nozione di interesse a protezione necessaria, consente di riproporre in ambito organizzativo l'elemento della doverosità cui connettere quei profili d'indisponibilità propri del 'pubblico'.

Questo approccio 'essenziale' ha così consentito di superare gli ostacoli incontrati dai più autorevoli studiosi, fra cui lo stesso M.S. Giannini, che aveva finito per desistere da ogni tentativo di qualificazione dell'ente pubblico, per ritenere che si trattasse di una nozione priva di contenuto

* Professore titolare di diritto amministrativo, Università di Santiago de Compostela.

caratterizzante.

Si tratta, peraltro, di un metodo che ha avuto notevoli ripercussioni anche sulle società pubbliche, ossia su un altro tema a lei caro. E, anche in questo caso, la sua posizione, un tempo minoritaria, ha poi trovato una successiva conferma. Basta pensare alle società derivanti dalla privatizzazione degli enti pubblici che, almeno in un primo momento, in Italia come in Spagna, venivano dai più qualificate come soggetti di diritto privato a tutti gli effetti. Differentemente, lei, percependo le società attraverso una lettura sostanzialistica, ha chiarito che le stesse, in alcuni casi, dovessero essere intese come veri e propri enti pubblici in forma societaria, consentendo di contenere quel fenomeno che in Spagna abbiamo qualificato come una *huida del derecho administrativo*.

Passando invece all'esaltazione della componente 'gradualistica' del metodo, mi sembra che questa trovi il suo fondamento in esigenze opposte rispetto a quelle che avevano animato la lettura essenziale e, perciò, nucleare dei fenomeni giuridici.

Quell'approccio sostanzialistico che lei aveva contribuito ad alimentare, infatti, è stato poi esasperato da diverse discipline di settore che, facendo leva su variabili sempre più incerte, hanno causato un'applicazione indiscriminata degli istituti di derivazione pubblicistica, anche quando non ce ne era bisogno. Di qui, l'esigenza di 'graduare' l'essenza dei fenomeni pubblicistici senza sconfinare in approcci totalizzanti, per cui o è tutto pubblico o è tutto privato.

L'apice di questa impostazione è ben rappresentato dal contributo *Le gradazioni della natura giuridica pubblica* (in *Dir. amm.*, 2007), dove si dimostra che vi sono diversi modi di essere pubblico. In questo modo, vengono sapientemente tracciati i confini fra i profili comuni e quelli differenziali presenti nei diversi fenomeni giuridici, consentendo di individuare i casi in cui alcuni profili pubblicistici possono e devono convivere con quelli privatistici.

Ma a conferma della costante ricerca metodologica che ha contraddistinto la sua opera, si può notare che, questo metodo essenziale e gradualista, si è progressivamente arricchito di ulteriori variabili che hanno consentito di elaborare, ad esempio, il c.d. 'criterio di prevalenza' come parametro generale per la definizione della disciplina applicabile a tutte le 'fattispecie miste'. E qui, si possono ricordare i contributi sull'attività contrattuale, sulla distinzione fra tasse e tariffe e tante altre tematiche da lei affrontate.

In altri termini, rileggendo il suo metodo attraverso le sue concrete applicazioni, si può apprezzare tutta la solidità di un approccio che può

essere applicato sia per problemi circoscritti che per questioni di più ampio respiro, come quelle riguardanti il rapporto fra Stato ed economia.

Proprio in questo ambito lei ha elaborato posizioni originali, senza cadere in condizionamenti di natura ideologica. Così, ricordandoci che certi fenomeni sono sempre caratterizzati da una naturale 'oscillazione del pendolo', riesce a porre domande dalla semplicità disarmante, ma assai rivelatrici, in quanto consentono di cogliere l'essenza dei vari fenomeni. Ne risulta un approccio armonioso in cui i rapporti fra Stato ed economia, o ancor più semplicemente, il ruolo del pubblico e del privato, più che in termini di vera contrapposizione, vengono letti secondo una logica complementare, ma il tutto, nel rispetto dei ruoli e delle fisiologiche differenze.

A conclusione di queste brevi parole non posso quindi che rinnovarle i miei più sinceri ringraziamenti per averci offerto questo metodo che costituisce una naturale evoluzione del metodo scientifico tradizionale, ma attualizzato ed aggiornato rispetto ad un contesto di complessità crescente.

Con caro saluto,

Marcos Almeida Cerreda

Luo Zhimin*

Commento alla Guida alla lettura e al Glossario

Caro professore,
con molto piacere partecipo al dibattito sui suoi scritti e sul Glossario delle sue definizioni scritto dal collega e amico Danilo Pappano, non solo per il rapporto scientifico che da tempo ci lega, ma perché nell'apertura della Cina al resto del mondo riveste una particolare importanza la collaborazione fra colleghi cinesi e studiosi di paesi europei e americani nel campo del diritto.

Rispetto ai colleghi che stanno contribuendo a questo dibattito, io ho lo svantaggio di studiare un diritto amministrativo la cui elaborazione scientifica ha un minor grado di attuazione rispetto alla riflessione europea ed italiana.

Il diritto amministrativo è ancora una disciplina recente, se pensa che è obbligatoria solo dal 1986 nei curriculum universitari.

Al tempo stesso però, ho forse il vantaggio di confrontarmi ogni giorno con problematiche che si collegano a nuclei base del rapporto tra Stato-società-cittadino, che forse da voi si danno troppo spesso per scontati.

Nel ricostruire il sistema di uno Stato di diritto, dopo gli ultimi cambiamenti socio economici del paese, in Cina si è sviluppata una riflessione intensa sui temi dell'attività amministrativa e della tutela dei diritti a fronte degli atti illegittimi delle pubbliche amministrazioni. Anche in Cina si è creato un sistema di giustizia amministrativa con giudici specializzati. Sappiamo che per consolidare questi istituti è necessario molto tempo, ma l'esperienza ci dice che in questo settore come negli altri, la Cina ha saputo conseguire risultati significativi in tempi brevi.

Grazie al dialogo con studiosi europei di diritto amministrativo, che venivano ad esporci i loro istituti in conferenze, convegni e corsi di lezioni, le novità che via via si apprendevano trovavano affinità consistenti in conquiste culturali secolari, che non si erano del tutto perse.

Il contributo particolare che lei sta offrendo è diverso e ulteriore rispetto a quello che hanno dato gli altri studiosi europei perché le sue riflessioni sul diritto amministrativo cinese riguardano anche i temi più complessi dell'organizzazione amministrativa.

* Docente presso la China University of Political-Science and Law (CUPL) di Pechino

In molti convegni che abbiamo avuto a Pechino e a Roma, sono stati approfonditi i temi dell'organizzazione amministrativa, compresi quelli del decentramento e delle autonomie.

Di particolare interesse è stato il dibattito sugli enti pubblici. Le spiegazioni che lei dava delle ragioni che richiedevano di prendere atto dell'esistenza di una molteplicità di enti pubblici, a fronte invece dell'idea che esistesse un solo ente pubblico, lo Stato, e che le articolazioni della pubblica amministrazione dovessero essere configurate come suoi organi, all'inizio ci lasciavano perplessi, ma poi, nel giro di pochi anni, sono da noi acquisite.

Altro tema di grande interesse che lei ha introdotto nei nostri studi è stato quello del diritto amministrativo dell'ambiente.

In Cina la questione ambientale viene seriamente affrontata ed è considerata prioritaria. Gli studi in materia ambientale erano nati dietro lo stimolo delle tante cause intentate per i risarcimenti ambientali e i primi insegnamenti sono stati tenuti nelle Università da colleghi formati nelle discipline civilistiche.

Mancava nella materia l'attenzione ai profili istituzionali connessi alla tutela dell'ambiente, e lei ci ha spiegato che, poiché il danno ambientale va prevenuto prima che risarcito, è di non minore importanza studiare e insegnare anche il diritto amministrativo dell'ambiente. Abbiamo tenuto, a Pechino presso la CUPL, a Roma Tre, e anche alla Lumsa con Danilo, diversi convegni e ora questa idea è consolidata. Dopo i «Principi di diritto amministrativo» di Rossi, pubblicati in Cina da Law Press China nel 2013, è stato tradotto anche il suo libro sul diritto dell'ambiente.

Non posso che essere lieta e ringraziarla per il contributo offerto alla scienza del diritto amministrativo in Cina, in considerazione del quale peraltro è stato anche nominato professore emerito della Scuola di Giurisprudenza dell'Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino (CUPL).

La ringrazio per questa ulteriore occasione di confronto nella speranza di poter continuare a farlo ancora più assiduamente, magari anche di persona qualche volta, quando l'attenuarsi della pandemia lo consentirà.

Un cordiale saluto,

Luo Zhimin

Gian Domenico Comporti*

Tra terre di nessuno e pozzanghere: la via di uscita delle adiacenze (e collaborazioni) possibili tra saperi differenti

Nelle aule virtuali di Palazzo Spada, complice forse la rarefazione delle occasioni di incontro con gli attori delle vicende giudiziarie conseguente all'emergenza epidemiologica, un nuovo esercizio spirituale sta prendendo piede: la mappatura dell'ordinamento secondo geometriche distinzioni tra terre dei buoni, ove si immaginano concentrati i rimedi volti a soddisfare in modo ottimale ogni bisogno collettivo, e terre dei cattivi, che si ritengono popolate da individui egoisti e assetati dalla voglia di soddisfare i loro interessi esclusivamente patrimoniali.

I cartografi, cui è affidato l'arduo compito di tracciare con sicurezza le linee di confine tra i due mondi, immaginano così che esistano «terre di nessuno»[1], i cui abitanti si aggirano come animali randagi con l'unico obiettivo di massimizzare i loro primordiali appetiti esistenziali e si relazionano tra loro secondo la regola del più forte, che implica una «radicale visione soggettivistica»[2] di rapporti puramente individuali retti dal diritto privato.

Al di fuori di tali perigliosi confini, così saldamente presidiati dal giudice del bene comune, si distenderebbe invece l'ameno territorio del 'noi' ove campeggiano poteri amministrativi che, senza ridursi a «vuoti simulacri

* Ordinario di diritto amministrativo, Università di Siena.

[1] L'espressione è tratta da Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020 n. 10, che ha affrontato il tema dell'esercizio dell'accesso civico generalizzato nella fase di esecuzione dei contratti pubblici. Essa compare, in particolare, nei punti 14.1 e 31.5 della motivazione, ove si riassume in questi termini il ragionamento: «l'esecuzione del contratto non è una terra di nessuno, lasciata all'arbitrio dei contraenti e all'indifferenza dei terzi […] trattandosi di una fase rilevante per l'ordinamento giuridico, come dimostrano le funzioni pubbliche di vigilanza e controllo previste». Colpisce, al di là di tutto, la neppure troppo velata equivalenza che si tratteggia in tal modo tra mondo del diritto privato e irrilevanza giuridica, così quasi evocando l'immagine di una extrastatualità del diritto dei privati che richiama alla memoria le risalenti posizioni di Widar Cesari Sforza e di Filippo Vassalli.

[2] *Ibidem*, punto 14.5 della motivazione.

formali»[3], assicurano sempre e comunque il perseguimento dell'interesse pubblico.

Rinviando ad altra sede[4] ogni più distesa analisi di simili raffigurazioni, qui rese in forma necessariamente semplificata a meri fini descrittivi e argomentativi, preme in questa sede dare atto dell'opportunità offerta dalla pubblicazione recente degli Scritti scelti di Giampaolo Rossi e dal Dibattito aperto sulla Guida alla lettura degli stessi per cogliere alcuni utili spunti di riflessione critica.

L'Autore è ben consapevole dei limiti di utilizzabilità degli strumenti privatistici per «fornire una risposta adeguata alla tutela dei diritti della persona e dei diritti non patrimoniali»[5] e di come certe situazioni siano meglio tutelabili attraverso «risposte di tipo procedimentale o organizzativo» che trovano nel diritto amministrativo il terreno elettivo di nascita e affinamento[6].

E tuttavia rifugge da ogni semplificazione, così come da velleitari schematismi disciplinari e concettuali, privilegiando lavorare, con metodo essenziale e gradualista, non tanto sui confini di istituti e figure quanto all'interno dei campi problematici che connotano il diritto colto nella complessità e nel divenire incessante che caratterizzano i contesti economici e sociali[7]. La diffusa analisi di fattispecie miste, caratterizzate dalla sistemica interrelazione fra figure, vicende e accadimenti, restituisce l'immagine

[3] A tale espressione ricorre Cons. Stato, sez. II, 28 gennaio 2020 n. 705, punto 6.1 della motivazione, per sottrarre la cessione volontaria di beni immobili alle insidiose categorie civilistiche e attrarla «sotto il più duttile ombrello dell'accordo sostitutivo o integrativo di provvedimento» (punto 5.3 della motivazione), quale *genus* pubblicistico che assicurerebbe «la miglior sintesi possibile […] tra l'interesse pubblico sotteso all'intervento […] e il necessario incontro tra le volontà, quale metodologia per il suo perseguimento» (punto 6 della motivazione). Simile impianto argomentativo sta registrando una rinnovata fortuna, come attesta da ultimo Cons. Stato, sez. II, 19 gennaio 2021 n. 579, redatta dallo stesso estensore, in tema di atti unilaterali d'obbligo, passando per Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2020 n. 8100, in tema di esecuzione di una concessione di beni pubblici.

[4] Cfr. G. D. Comporti, *La strana metafora della terra di nessuno*, in corso di pubblicazione in Dir. pubblico.

[5] *Guida alla lettura, in* G. Rossi, *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica – Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, coordinamento a cura di D. Pappano, Volume I, Giappichelli, Torino, 2019, p. xxvi.

[6] G. Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi* (1998), ora in *Saggi e scritti scelti*, cit. I, 47-48.

[7] Come testualmente si intitola la nuova Introduzione alla lettura. Il diritto amministrativo nel divenire, che apre la quarta edizione di G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2020, xiii, arricchita dal *Glossario delle definizioni*, a cura di D. Pappano, 495 ss., che aiuta a identificare l'essenza della proposta scientifica di Giampaolo Rossi.

della pozzanghera, dell'acqua torbida mischiata alla terra[8] che, con le sue gradazioni di tonalità e di consistenza, inquina il preteso nitore[9] rivendicato dai cartografi giudiziari.

La pozzanghera rinvia subito al carattere fattuale e terreno della nostra condizione esistenziale e del modo di raffigurarne i tratti essenziali: di qui la necessaria scelta assiologia (sulle tracce della Scuola di Messina) di andare alla ricerca degli «ingredienti base delle problematiche»[10] e, quindi, di partire dai fatti-interessi che sono alla base della convivenza umana e, di conseguenza, innervano anche la dinamica giuridica. Il che consente subito di sgombrare il campo dalla stilizzata e astratta figura dell'interesse pubblico, connotata da una dimensione potestativa discendente e meccanicamente autorealizzativa che non appare idonea a rappresentare i contesti problematici che sollecitano (dal basso) l'intervento pubblico. Piuttosto, si preferisce spostare l'attenzione sugli «interessi a protezione necessaria»[11] che corrispondono a situazioni di doverosità da parte di altri soggetti in ordine alla loro soddisfazione[12] e offrono una rappresentazione ribaltata del sistema perché, in un'ottica 'ascendente', mettono «al centro il soggetto» con il relativo carico fattuale di problemi esistenziali e rendono «strumentali allo stesso le situazioni esterne» che sono chiamate alla relativa trattazione-soluzione.

Le molteplici funzioni di soccorso che all'uopo l'ordinamento mette a disposizione compongono un sempre più vasto e articolato armamentario che difficilmente, e cioè solo a costo di seguire un ordine di comodo del tutto irrazionale, perché non idoneo a intervenire utilmente sulla realtà del momento, può essere riposto in differenti classificatori, risultando più spesso collocato in un'unica cassetta degli attrezzi (la tanto declamata *tool box* cui fa sempre più ampio riferimento, in forza della sua tipica prospettiva funzionalistica e pragmatica, anche il diritto europeo), il cui impiego all'occorrenza avviene secondo diverse gradazioni di profili pubblicistici

[8] G. Rossi, *Introduzione alla lettura*, cit., xviii.

[9] Ammonisce l'avvertita indagine storica che il momento della «massima purezza della dicotomia […] della massima purezza dei confini» è limitato al secondo Ottocento, e che «purezza, compattezza, semplicità tuttavia durano poco». Infatti, «per tutto il corso del Novecento […] la grande dicotomia sarà investita da un pesante fuoco di fila di decostruzione teorica» e cresceranno «a dismisura le zone grigie» (B. Sordi, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quad. fiorentini*, 2016, 208).

[10] *Guida alla lettura*, cit. p. xvii; *Glossario*, cit., 496.

[11] *Glossario*, cit., p. 498.

[12] G. Rossi, *Interessi e amministrazioni pubbliche. Gli interessi a soddisfazione necessaria*, ora in *Saggi e scritti scelti*, I, p.127.

e privatistici[13]. Di tal che, solo quando le circostanze del caso rendono necessario, o meglio più adeguato[14], l'esercizio di un potere unilaterale di sistemazione dell'assetto degli interessi in gioco, si rendono meglio riconoscibili gli attributi specifici e prevalenti di quello che in termini aggiornati si presenta come una situazione pubblica di «dovere-potere»[15]. Il che non vuole dire, peraltro, che anche i poteri privati o un'autonomia negoziale ormai ampiamente connotata da tensioni funzionali per la tutela della parte debole del rapporto e delle istanze di giustizia sociale sottese, non siano strumenti adatti ad assicurare, talvolta da soli e talaltra in combinazione/successione con i poteri pubblici, a seconda dello stadio evolutivo delle fattispecie, la soddisfazione di determinate esigenze.

Ciò è quanto ormai da lungo tempo va accadendo in ampi settori: dalla programmazione del territorio e controllo dell'attività edilizia, ai contratti pubblici e connesso versante di organizzazione (ad esempio, in forma di partenariato pubblico privato[16]) delle tecniche di esternalizzazione di compiti pubblici, passando per il vasto territorio delle attività prestazionali (i servizi pubblici).

Simili spazi difficilmente appaiono percorribili avendo in dotazione soltanto le improbabili mappe frazionarie e confinarie disegnate col righello a fini di riparto delle competenze giurisdizionali, apparendo piuttosto utile la consapevolezza che è l'esplorazione dell'adiacente possibile tra luoghi, alla ricerca di tutti i possibili modi di evoluzione del presente che sono latenti ai margini dello stato attuale delle cose, che consente l'avanzamento delle conoscenze e, quindi, l'affinamento di tecniche più adeguate alla trattazione dei problemi collettivi e alla scoperta dell'ignoto a cui gli stessi rimandano.

Un esempio concreto può aiutare a meglio comprendere il ragionamento, a maggiore ragione se si tratta di un caso limite che, proprio per la sua capacità di mettere in tensione estrema i principi, consente di cogliere più

[13] *Introduzione alla lettura*, cit., p.xix.

[14] *Glossario*, cit., p.498.

[15] G. Rossi, *Interessi e amministrazioni pubbliche,* cit., p.128.

[16] Basti pensare a quanto si legge nelle premesse delle Linee Guida n. 9 di Anac (approvate con delibera del consiglio n. 318 del 28 marzo 2018), in tema di «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato»: il PPP rappresenta «un complesso fenomeno giuridico che si delinea come un genus contrattuale riferibile a più modelli specifici in cui risulta prevalente la natura economico-finanziaria. Da qui la necessità di un approccio multidisciplinare nella sua gestione con affiancamento di figure giuridiche, economiche e tecniche». Cfr. anche B. Marchetti, a cura di, Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale, Atti del Seminario di Trento (17 dicembre 2012), Padova, 2013.

direttamente gli «ingredienti base delle problematiche»[17] e di analizzare di conseguenza una situazione quasi allo stato puro[18], sfrondata cioè di tutte le sovrastrutture culturali e ideologiche che si sono accumulate nel tempo sugli istituti esistenti. In conseguenza del crollo di un tratto del viadotto Polcevera dell'autostrada A 10 nel Comune di Genova, avvenuto il 14 agosto 2018, causando 43 vittime e gravissimi danni alla rete di trasporto pubblico nazionale, il Governo, dopo avere nominato (con d.m. 5 settembre 2018 n. 392) una commissione ispettiva ministeriale che, pure individuando tre verosimili cause alternative dell'evento, ha accertato carenze nelle procedure di controllo e nelle misure di manutenzione di competenza dal concessionario ASPI, ha istituito un Commissario straordinario per la ricostruzione legittimato a operare «in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione […] nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea»[19].

Con una misura definita «senza precedenti»[20] si è così delineata una struttura collocata fuori dagli ordinari schemi di riferimento, in una dimensione totalmente estranea agli assetti organizzativi esistenti, dotata di assoluta e totale libertà di movimento per affidare a terzi i complessi e urgenti lavori di ricostruzione, con esclusione di ogni possibilità di rapporto anche con il concessionario, pure ancora titolare di una convenzione la cui durata era stata prorogata un decennio prima fino al 2038, in ragione dei dubbi insorti sulla sua affidabilità professionale[21].

[17] *Introduzione alla lettura*, cit., XVII; cfr. anche Guida alla lettura, cit., xxxv.

[18] O per così dire normalizzata, in quanto rappresentante «una sorta di avanguardia organizzativa volta a garantire il governo dei processi più complessi secondo le logiche tipiche del project management», come immaginato da C. Micciché, *Efficienza e legalità nel commissariamento delle opere pubbliche: il commissario come responsabile unico dei progetti più complessi*, in *Dir. ec.*, 2020, 420.

[19] Cfr. l'art. 1, commi 1 e 5, del decreto legge 28 settembre 109, convertito in legge 16 novembre 2018 n. 130.

[20] Secondo il giudizio critico espresso dal Presidente dell'Anac nell'audizione del 9 ottobre 2018, dinanzi alle Commissioni congiunte VIII° Ambiente, territorio e lavori pubblici e IX° Trasporti, poste e telecomunicazioni della Camera dei Deputati. Di rilievo anche la «specialissima procedura di acquisizione coattiva», per cessione volontaria e/o espropriazione, degli immobili esistenti nelle aree interessate dai lavori di ricostruzione dell'infrastruttura crollata, su cui si è soffermato il parere dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, CONS. 1807/2018/B, recante «Richiesta di chiarimenti applicazione art. 1 bis, comma 2, D.L. n. 109/2018».

[21] La Corte costituzionale, investita dal Tar Liguria (con cinque ordinanze del 6 dicembre 2019) della questione di legittimità costituzionale delle citate disposizioni del decreto Genova, ha ritenuto che in un «contesto segnato da un grado eccezionale di gravità, è

Il Commissario straordinario, nominato con D.P.C.M. del 4 ottobre 2018 nella persona del Sindaco di Genova Marco Bucci, per quanto autorizzato a procedere agli affidamenti dei contratti mediante procedura negoziata senza bando (ai sensi dell'art. 32 della direttiva 2014/24/UE), senz'altra specificazione e condizione[22], ha comunque ritenuto necessario adottare un metodo di azione improntato non alla logica della deroga e delle mani libere ma a quella della sostanziale corrispondenza alla complessità del contesto, provvedendo così: per un verso, ad attivare attraverso appositi protocolli d'intesa un circuito collaborativo con la locale prefettura e con l'Anac per realizzare un sistema operativo speciale e semplificato di controllo della legalità e di vigilanza preventiva volto a contenere i fenomeni criminali e corruttivi; per altro verso, a procedimentalizzare in via autonoma ogni sua azione/decisione, al fine di definire un'arena deliberativa certa e affidante per la necessaria interlocuzione con tutti i soggetti competenti e attori interessati.

Così, per esempio, quale primo atto operativo ha motivatamente illustrato le ragioni di estrema urgenza e la situazione di gravissima criticità e disagio economico a cui doversi rapportare, dando in tal modo atto in via autonoma della necessità di seguire la via negoziata per l'affidamento dei contratti (decreto n. 3 del 13 novembre 2018); ha quindi approvato le specifiche tecniche propedeutiche all'avvio di una consultazione di

tutt'altro che irragionevole, incongrua o sproporzionata la scelta legislativa di affidare la ricostruzione a terzi, anziché al concessionario, il quale, in quanto obbligatovi contrattualmente e custode del bene, avrebbe dovuto provvedere alla manutenzione dell'infrastruttura, e prevenirne il disfacimento»; aggiungendo che anche la scelta di procedere all'affidamento dei lavori per mezzo di procedura negoziata senza previa pubblicazione appare il «precipitato naturale, e contraddistinto da coerenza intrinseca» della decisione, a carattere cautelare più che punitiva, di escludere il concessionario inaffidabile «irrobustendo l'assetto concorrenziale con l'ingresso di altri operatori economici» (sentenza 27 luglio 2020 n. 168). Su simili questioni si vedano: L. Saltari, *Nelle autostrade si può fare a meno delle concessioni?*, in *Munus*, 2018, V; F. Spannicciati, *Il "decreto Genova" quale estremizzazione della deroga emergenziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 63; G. Marcheggiani, *La ricostruzione del ponte Morandi di Genova alla luce del diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it.*, 23 gennaio 2019.

[22] Tanto che, in sede di audizione dinanzi alle Commissioni riunite VIII e IX della Camera dei Deputati dell'8 ottobre 2018, il Segretario Generale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato richiamò l'attenzione «sulla natura derogatoria ed eccezionale della negoziazione diretta rispetto al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità della procedura aperta e sulla conseguente necessità di prevedere che, nel corso delle negoziazioni, debbano essere comunque garantiti la trasparenza e il principio di non discriminazione».

mercato[23] finalizzata a comprendere la dimensione economica dell'appalto, a informare il mercato e ad acquisire adeguate proposte progettuali di fattibilità tecnico-economica, nominando il responsabile del procedimento (decreti nn. 5 del 15 novembre 2018 e 6 del 16 novembre 2018); ha poi istituito un collegio di esperti indipendenti, che ha riassunto in schede tecniche gli elementi di coerenza, di forza e di criticità utili per la valutazione delle proposte pervenute (decreto n. 9 del 27 novembre 2018); ha inoltre attivato la fase della negoziazione diretta con audizione di ciascuno dei due proponenti risultati migliori dal punto di vista progettuale e dell'affidabilità (Renzo Piano e Santiago Calatrava), aggiudicando (con decreti nn. 18 e 19 del 18 dicembre 2018) le opere necessarie alla demolizione e al ripristino strutturale e funzionale del viadotto al primo (con la costituenda ATI Salini Impregilo e Fincantieri); ha di conseguenza attivato (con decreto n. 9 del primo marzo 2019) le conferenze di servizi per acquisire da parte degli enti pubblici competenti l'intesa per la localizzazione dell'opera e ogni altro atto di assenso necessario alla sua realizzazione.

Bastano questi accenni per comprendere due aspetti fondamentali della vicenda. Per quanto abolito dall'alto, il procedimento si è imposto dal basso come metodo indefettibile di esplorazione dell'ignoto, di dialogo intersoggettivo[24] e di scoperta della soluzione migliore: la via procedurale consentendo, infatti, la narrazione e adeguata ordinazione giuridica dei fatti rilevanti, e così definendo uno «spazio di possibilità»[25] che dà senso

[23] Su simili aspetti è utile la lettura della «Relazione unica sulla procedura di aggiudicazione dell'appalto di costruzione» del 4 febbraio 2019.

[24] Corte cost., 19 maggio 2020 n. 116, in *Foro it.*, 2020, I, 3715, con nota redazionale di G. D'Auria e nota di F. Della Valle, *Incostituzionalità di una legge-provvedimento: timidi passi su di un sentiero ardito*, per la prima volta dichiarando illegittima una legge-provvedimento statale, ha ribadito il principio per cui «il procedimento amministrativo costituisce il luogo elettivo di composizione degli interessi». Inoltre, la circostanza che la disciplina legificata fosse contenuta in un atto amministrativo generale di pianificazione (il programma operativo straordinario – POS, recante misure particolari e concrete per fare fronte all'emergenza economico-finanziaria del servizio sanitario della Regione Molise) è stata spiegata con il fatto che «le scelte da effettuare […] richiedevano […] al massimo grado un'adeguata conoscenza di dati di fatto complessi e di non facile lettura, dati che solo una istruttoria amministrativa approfondita, e arricchita dalla partecipazione degli enti interessati, poteva garantire». Cfr. anche, sulla «centralità del procedimento», a trenta anni dalla legge n. 241/1990, F. Patroni Griffi, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato*, Palazzo Spada, 2 febbraio 2021, 22. Sullo stato della relativa regolazione e cultura, si rinvia invece alla efficace analisi critica di M. Macchia, *Il procedimento amministrativo a trent'anni dalla legge generale*, in *Giornale dir. amm.*, 2020, 697.

[25] Così B. Labatut, *Un verdor terrible* (2019), trad. it. di L. Topi, *Quando abbiamo smesso di capire il mondo*, Milano, 2021, 153 ss., nell'ambito di una efficace descrizione degli svi-

e prospettiva all'intero percorso decisionale. Su altro versante, invece, per quanto inculcata, la libertà di azione ha ceduto il passo a una più consona discrezionalità operazionale, adattiva e strumentale, per effetto di che ogni vicenda, decisione e scelta negoziale è intervenuta entro un ambiente regolatorio[26] che si è andato formando progressivamente e che ha costituito un sufficientemente certo, oltre che flessibile, punto di riferimento per tutti gli operatori, incorporando soprattutto dal basso, cioè dai dati tecnici ed economici del problema, i termini di riferimento per lo sviluppo di ogni fase della complessiva operazione. Il tutto è stato accompagnato da ed è alla fine confluito in precisi momenti negoziali che, polarizzando in corrispettive posizioni giuridiche le poste economiche in gioco, hanno consentito la chiara lettura dei contesti e il trapasso dalla fase astratta e irrelata del confronto preliminare delle posizioni alla fase concreta, differenziata e tecnicamente determinata della pronta ed esatta esecuzione (in termini appunto di adempimento) delle prestazioni pattuite. Frammenti di eteronomia e di autonomia di nuovo conio si sono, così, ricomposti in modo originale dando vita a un assetto innovativo e originario per rispondere all'irripetibile sfida del momento.

Fatti, indagini tecniche, perizie, computi metrici, consultazioni di mercato, cifre, dati, poste economiche, prezzi, procedimenti conoscitivi, valutativi e selettivi, contratti (appalti e subappalti, cessioni bonarie di beni), protocolli d'intesa e convenzioni, conferenze, capitolati, adempimenti negoziali, agende di cantiere e collaudi: sono questi alcuni dei più significativi ingredienti di un inedito processo decisionale che ha avuto come base legittimante e unico termine di riferimento il risultato concreto della prestazione (la ricostruzione), alla fine realizzata nel tempo record di 20 mesi[27].

luppi della fisica quantistica che, intuendo come l'essenza degli atomi e delle loro particelle fosse diversa da quella degli oggetti dell'esperienza quotidiana, scommise sulla «complementarietà» delle equazioni sulle onde di Schrödinger e della meccanica delle matrici di Heisenberg, così svelando un modo diverso di trattare entità che prima della misurazione non esistono come cose ma solo come astratte potenzialità, e la cui transizione verso il reale si compie unicamente attraverso l'atto stesso della loro osservazione.

[26] Mette in luce l'importanza, anche dal punto di vista metodologico, del concetto di spazio regolatorio per cogliere la evolutiva «mappatura delle relazioni formali e informali» che, al di là del dato normativo, si forma in concreto tra apparati e attori istituzionali, M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, IV° edizione, Bologna, 2019, 362, (ivi sottolineando anche il rilievo di elementi quali il prestigio e l'autorevolezza dei vertici delle autorità, le alleanze occasionali, le relazioni personali, «i condizionamenti dell'opinione pubblica, la crisi (…) della politica e altri fattori contingenti»).

[27] Dopo la stipula del contratto di appalto il 18 gennaio 2019, e l'inizio lavori ufficia-

È dunque procedendo a contrario, cioè partendo dalla fine[28], ovvero tenendo fisso lo sguardo sull'obiettivo concreto da raggiungere, che un organismo straordinario nato per fronteggiare un'emergenza in deroga a tutti gli assetti esistenti, e immerso in un amplissimo (anche se non completo) vuoto istituzionale e normativo, in modo da agire il più liberamente possibile senza essere condizionato da schemi e partiture preesistenti, ha potuto trovare la sua strada e definire un modello di azione[29] incentrato sulla ricerca del costante attrito con i fatti[30] e del dialogo con tutti gli attori competenti a interloquire[31], in modo da assicurare, anche attraverso la sperimentazione di tecniche d'avanguardia[32], la ponderata considerazione e

lizzato il 15 aprile 2019 (con la posa in opera del primo palo di basamento per la pila 6), al 20 aprile 2020 risale la ultimazione della struttura del nuovo viadotto che è stato inaugurato il 3 e aperto al pubblico il 4 agosto 2020 con la denominazione (come da decreto n. 4 del 28 luglio 2020) 'Genova San Giorgio'.

[28] Dunque, seguendo in qualche modo la metodologia indicata, per altri fini, da F. de Leonardis, *Il sindacato del giudice penale sugli atti di autorizzazione e concessione: alcune riflessioni "partendo dalla fine"*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 931.

[29] Un «modello procedimentale […] innovativo, ottimizzato per realizzare l'opera nel minor tempo possibile, pur garantendo qualità e rispetto del principi […] non derogabili come ambiente, sicurezza e salute dei lavoratori e dei cittadini, legalità e qualità costruttiva», come precisato dallo stesso Commissario straordinario nella Relazione sulle procedure normative e amministrative applicate nel così detto 'Modello Genova'.

[30] Integrando la ricostruzione del Viadotto Polcevera un'opera di protezione civile, per ripristinare una «gravissima interruzione di un nodo essenziale del nostri sistema autostradale, in particolare all'intersezione di tre delle più trafficate autostrade del nord ovest del Paese», come si legge nella Relazione, cit., par. 1. Dalla testimonianza di uno dei protagonisti della vicenda si apprende che «il progetto è cominciato così, con dei ragionamenti pratici, empirici, come era giusto fare davanti a una tragedia […]. Partendo dalla realtà e poi dando all'intuizione lo spessore e la profondità necessari» (così R. Piano, nell'intervista di F. Irace, *Il Ponte di Genova di ferro e di aria*, in *Il Sole 24 Ore* – Domenica, 10 maggio 2020, I).

[31] Nella Relazione, cit., par. 2, si precisa che in tutte le varie fasi dei lavori «si sono seguite, per quanto possibile, le ordinarie competenze ed infatti si sono coinvolti nei vari procedimenti tutti gli organi e le amministrazioni che in via ordinaria avevano facoltà sulle procedure, quindi facendo per la tutela dei valori fondamentali – urbanistica, antisismica, ambiente, salute, sicurezza – molto di più di quanto la legge speciale imponesse».

[32] Come la banca dati degli esecutori, quotidianamente aggiornata dalle imprese, per assicurare un efficace protezione del cantiere da potenziali infiltrazioni mafiose; l'adozione di protocolli di particolare rigore in tema di sicurezza; la pubblicazione di una relazione analitica con relativa motivazione per le attività espletate in ogni fase operativa; fino alla integrale pubblicazione in tempo reale, e ben oltre gli obblighi di legge, di centinaia di atti, relazioni e documenti (ivi compresi, per esempio, i diari settimanali sulle lavorazioni del cantiere, con quotidiani report fotografici) nel sito istituzionale per dare a tutti una possibilità di integrale conoscenza (cfr. ancora Relazione, cit., par. 2-3).

trattazione di tutti i profili e valori fondamentali in gioco.

Alla luce di ciò, può apparire francamente ozioso spendere energie per sezionare il modello in esame tra ciò che è pubblico e ciò che è privato, o mettere a punto una ipotetica scala di misurazione dell'ordine di importanza dei due comparti, apparendo certamente più interessante capire come la necessità, svincolata di tutte le sovrastrutture ideologiche e concettuali, induca alla scoperta di evolutive combinazioni delle figure esistenti rivelando opportunità nuove e non immaginabili di impiego delle stesse.

Il che porta a concludere che, se la sfida del futuro è la ricostruzione di un tessuto sociale ed economico già messo a dura prova dalle ricorrenti crisi degli ultimi decenni, e che ha subito lacerazioni senza precedenti per effetto di una pandemia di cui ancora non si intravede la fine, non è nascondendosi dietro immaginari confini o ragionando di improbabili primati che ci si dispone nella condizione più ragionevole per intervenire, occorrendo piuttosto sviluppare il coraggio[33] di immergersi senza esitazione nelle pozzanghere esistenziali che costellano il nostro cammino e di sporcarsi le mani con la nuda realtà dei problemi per forgiare gli strumenti adatti a conseguire un obiettivo.

Prima ci attrezzeremo, anche e soprattutto culturalmente, per operare «nelle intersezioni»[34] d'incontro tra discipline e istituti diversi, in ambienti che hanno ormai assunto le tinte dominanti del chiaroscuro, meglio sarà per tutti, perché la scena che fa da sfondo alla nostra esistenza non è (mai) composta da «una serie di lampioni disposti in ordine simmetrico» ad indicare la via, ma da un «alone (…) semitrasparente che ci racchiude»[35] e che rende difficile l'orientamento e sfocati i punti di riferimento.

[33] Si rinvia in proposito a G. D. Comporti, *Il coraggio di amministrare*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Scoca*.

[34] S. Cassese, *Una volta il futuro era migliore. Lezioni per invertire la rotta*, Milano, 2021, 98.

[35] Le citazioni sono tratte dal saggio *Modern Fiction* (1919), poi raccolto nel volume *The Common Reader* (1923), trad. it. di V. Sanna, *Il lettore comune*, Genova, 1995, 170, il cui intento era criticare la pretesa del romanzo realista di «interpretare il mondo con scansioni […] ben ordinate» (come notato da B. Bini, *Introduzione*, in V. Woolf, *L'anima russa. Dostoevskij, Cechov, Tolstoj*, Roma, 2015, 11).

Matteo Falcone*

Spunti di riflessione sulla dottrina di Giampaolo Rossi e la digitalizzazione pubblica

La Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo e il Glossario sulle nozioni giuridiche che Giampaolo Rossi ha prodotto durante i sui studi, curato da Danilo Pappano, contengono degli spunti di riflessione molto utili per studiare l'innovazione tecnologica all'interno delle amministrazioni pubbliche e per interpretare alcune sue dinamiche e alcune delle sue evoluzioni più recenti.

Procederò per punti, con l'intento di riportare solo alcune personali suggestioni.

1. La prima è relativa al metodo che Giampaolo Rossi ha costantemente adottato nelle sue ricerche. L'approccio prevalentemente induttivo e sostanzialista allo studio del diritto amministrativo – sempre attento ai fatti e ai fenomeni sociali in quanto elementi fondanti, insieme alla norma, del fenomeno giuridico – e il metodo essenziale e gradualista nella definizione delle nozioni giuridiche sembrano, in via generale, le coordinate metodologiche più adatte per interpretare e per comprendere i cambiamenti repentini e fortemente disarticolati che le dinamiche della società dell'informazione hanno apportato e continuano ad apportare all'organizzazione e all'azione amministrativa.

La necessità di ricorrere ad un approccio induttivo, di tipo sostanziale allo studio della digitalizzazione pubblica ce la mostra plasticamente l'evoluzione dell'allora diritto amministrativo dell'informatica ed oggi del diritto dell'amministrazione pubblica digitale[1]. La disciplina positiva sul tema ha

* Dottore di ricerca e assegnista in diritto amministrativo, Università di Perugia.

[1] Già E. Giannantonio, *Informatica giuridica*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XXX, Roma, 1993, pp. 6, faceva riferimento al c.d. diritto amministrativo dell'informatica, cioè al complesso di norme che si occupavano di sviluppo dell'informatica, in particolare nelle amministrazioni pubbliche e dell'industria elettronica in generale. Oggi la dottrina fa riferimento al diritto dell'amministrazione pubblica digitale per indicare quel complesso di norme relative alla digitalizzazione delle amministrazioni contenute prevalentemente nel Codice dell'amministrazione digitale. Si v. per tutti R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020.

storicamente inseguito il fenomeno tecnologico e ha disciplinato solo *ex post* gli effetti che esso produceva nelle amministrazioni pubbliche o sulle situazioni soggettive dei cittadini che erano legate a procedure amministrative digitalizzate o automatizzate[2]. Di conseguenza una ricostruzione dottrinaria che avesse voluto tenere in considerazione solo gli aspetti formali della vicenda giuridica relativa all'introduzione delle tecnologie informatiche nelle amministrazioni pubbliche non avrebbe colto il fenomeno nella sua complessità e nella sua profondità.

Basti pensare, per fare qualche esempio, all'istituzione dei sistemi informativi automatizzati con il d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39, con cui il legislatore tentò di uniformare l'utilizzo degli elaboratori elettronici nelle amministrazioni pubbliche, in particolare di disciplinare gli effetti e le potenzialità che l'emersione delle informazioni come elementi autonomi rispetto all'atto e al documento amministrativo aveva prodotto sull'azione amministrativa e sulle sue strutture organizzative. Una riforma – contenente un insieme di interventi di tipo organizzativo[3] e di disposizioni atte a risolvere i primi problemi giuridici che erano affiorati con l'utilizzo delle tecnologie informatiche[4] – che prendeva atto del fenomeno tecnologico che aveva investito le amministrazioni, regolandone gli aspetti più spinosi, emersi direttamente dalla prassi amministrativa. Una riforma adottata soltanto venti anni dopo le prime esperienze pionieristiche di utilizzo dell'informatica nelle amministrazioni, avvenute alla fine degli anni '60 e quando le tecnologie informatiche erano ampiamente diffuse nelle amministrazioni pubbliche[5].

Oppure si pensi, per tornare all'attualità, al tema dei *big data*, degli algoritmi e dei sistemi di intelligenza artificiale nelle amministrazioni pubbliche. A fronte di una embrionale ma progressiva diffusione dei sistemi di intelligenza artificiale nelle amministrazioni pubbliche a fini conoscitivi

[2] F. Merloni, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018, p. 290 riporta come già Massimo Severo Giannini segnalava come l'innovazione amministrativa discende dall'innovazione tecnologica.

[3] Ad esempio l'introduzione di una generale, anche se embrionale, competenza informativa e dei sistemi informativi automatizzati.

[4] Ad esempio la formazione degli atti amministrativi informatizzati e le condizioni per la loro validità legale.

[5] Un elemento testimoniato dalla dottrina di quegli anni, che studiava l'informatizzazione pubblica proprio partendo dalle esperienze amministrative concrete di utilizzo degli elaboratori elettronici. Per tutti si v. in particolare A. Predieri, *Gli elaboratori elettronici nella amministrazione dello Stato*, Bologna, 1971.

o a fini decisionali[6] e con l'emersione di nuovi principi sull'uso corretto e legittimo degli algoritmi nei procedimenti amministrativi emersi nella giurisprudenza degli ultimi anni[7], il dato positivo resta ancora molto scarno. Solo l'art. 22 del Regolamento (UE) n. 2016/679 sulla protezione dei dati personali interviene a disciplinare, anche se per molti in modo parziale e insufficiente[8], la legittimità dei trattamenti automatizzati dei dati personali a fini decisionali, garantendo nuovi diritti ai titolari dei dati, come il diritto al contradditorio sui risultati della decisione o alla rettifica 'umana' successiva alla decisione automatizzata stessa.

O ancora al ruolo che stanno assumendo le piattaforme informatiche e i social media come Facebook e Twitter, per citarne alcune, nella comunicazione istituzionale delle amministrazioni. L'utilizzo di queste piattaforme per comunicare informazioni di interesse collettivo ai cittadini ne ha modificato i caratteri. La comunicazione istituzionale non è più unidirezionale, prevalentemente rivolta agli organi di informazione tradizionale (stampa e radiotelevisione), ma deve tenere conto della possibilità da parte del cittadino di commentare ed interagire direttamente con l'amministrazione e i suoi funzionari attraverso i social media. Una interazione che ha modificato in modo sostanziale il modo di comunicare e di interfacciarsi con i cittadini delle amministrazioni e dei suoi funzionari che la disciplina vigente sulle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni, contenuta nella legge 7 giugno 2000, n. 150, non è minimamente in grado di intercettare[9].

Gli esempi riportati, dunque, mostrano in sommi capi come solo un approccio induttivo e sostanzialista allo studio della digitalizzazione pubblica, attento alle pratiche amministrative e ai fatti giuridici che emergono anche attraverso la casistica giurisprudenziale, è utile per comprendere pienamente gli effetti giuridici dell'innovazione tecnologica sull'organizzazione, sull'azione amministrativa e sulle situazioni soggettive. Un approccio che è necessario avere a maggior ragione in chiave prospettica,

[6] Si v. European Commission, *AI Watch 2019 Activity Report*, Bruxelles, 2020 e AlgorithmWatch, *Automating Society Report 2020*, Berlino, 2020 in cui sono presenti moltissimi esempi di utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale nel settore pubblico.

[7] Per tutti si v. E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in Dir. amm., 2020, 2, pp. 273-304.

[8] Per una critica in questo senso si segnala A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2019, 4, pp. 1149-1188.

[9] Per una analisi approfondita della questione si v. la sezione dedicata alle amministrazioni pubbliche del volume monografico della rivista Informatica e diritto G.L. Conti, M. Pietrangelo, F. Romano, *Social media e diritti. Diritto e social media*, Napoli, 2017.

soprattutto per capire gli attuali tumultuosi rapporti tra tecnologie e amministrazioni pubbliche nell'era dei *big data* e dell'intelligenza artificiale.

Il metodo essenziale e gradualista, inoltre, può essere molto utile per verificare l'attualità delle nozioni giuridiche più tradizionali del diritto amministrativo all'interno di una dimensione in continuo mutamento come quella digitale ed, eventualmente, per ridefinirle a partire dall'individuazione al loro interno delle certezze possibili. Basti pensare alla nozione di atto amministrativo, oggetto di continue evoluzioni nella dimensione digitale, in ultimo con la recente sentenza del TAR Lazio-Roma sez. III bis 14 febbraio 2017, n. 3769, la quale ha affermato che anche il software che produce decisioni automatizzate può essere considerato un atto amministrativo[10]. Oppure alla nozione di dato pubblico, anch'essa stressata dai nuovi fenomeni tecnologici (come l'*internet of things*, i *big data* e la *data analytics*) che tendono a rendere il patrimonio informativo pubblico maggiormente eterogeneo e a mettere in crisi i tradizionali caratteri, principalmente qualitativi, del dato pubblico[11]. O ancora all'applicabilità di alcuni elementi essenziali della nozione tradizionale di servizio pubblico alle piattaforme digitali private, anche al fine di una loro possibile disciplina. Questi strumenti tecnologici sono oramai diventati veri e propri 'luoghi' dove si manifesta la libertà di informazione delle persone e dove si forma l'opinione pubblica. Nella storia del costituzionalismo moderno il corretto dispiegarsi della libertà di informazione e la formazione di una opinione pubblica consapevole, proprio per il loro legame con il corretto funzionamento delle istituzioni democratiche, hanno legittimato regolazioni pubbliche e in determinati casi anche interventi pubblici diretti sui mezzi di comunicazione e sui mercati in cui essi si sviluppavano[12]. Considerando il grande rilievo che le piattaforme stanno avendo nelle società contemporanee, nel dibattito pubblico stanno emergendo interrogativi sul se e sul come regolare le attività delle piattaforme e su quale ruolo debba avere il potere pubblico[13].

[10] Per un commento a questa sentenza si v. I. Forgione, *Il caso dell'accesso al software MIUR [Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca] per l'assegnazione dei docenti*, in Gior. dir. amm., 2018, 5, pp. 647-662.

[11] In questo senso Carloni, *Qualità dei dati, big data e amministrazione pubblica*, in Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021; M. Falcone, *"Big data" e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2017, 3, pp. 601-639.

[12] Si v. diffusamente G. Gardini, *Le regole dell'informazione. L'era della post-verità*, Torino, 2017.

[13] Si v. M. Bassini, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in Media Laws, fasc. 2, 2021.

Tornare ad indagare le ragioni del servizio pubblico in questo particolare settore, i caratteri fondamentali della sua nozione, utilizzando il metodo essenziale e gradualista potrebbe essere molto fruttuoso per rispondere a questi interrogativi.

Il metodo utilizzato da Giampaolo Rossi, dunque, si presta molto bene all'indagine giuridica sul rapporto tra amministrazione e innovazione tecnologica e può certamente insegnare molto a chi studia queste materie: il carattere informativo delle amministrazioni pubbliche, che è emerso in modo evidente negli ultimi decenni e la dimensione digitale di molte sue attività stanno ridefinendo le tradizionali funzioni amministrative ed è un elemento che può essere colto solo attraverso un approccio metodologico che concili l'attenzione per la norma con l'attenzione per i fatti giuridici; l'attenzione per i mutamenti sociali con la salvaguardia della capacità descrittiva dei nuclei identificativi delle nozioni tradizionali.

2. La seconda suggestione attiene al ruolo che Giampaolo Rossi ha attribuito all'organizzazione nei suoi scritti, intesa come fonte e presupposto della soddisfazione e della protezione di diritti e di interessi. Un'idea – discendente dalla dottrina di Mario Nigro[14] e sposata dalla scuola perugina di diritto amministrativo[15] – che può fare luce sui principali motivi delle difficoltà riscontrate nel nostro ordinamento nel rendere effettiva la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e i diritti ad essa connessi.

Il Codice dell'amministrazione digitale (CAD) ha elencato da tempo numerosi diritti 'digitali' in capo ai cittadini e alle imprese (artt. 3-11): si pensi, per riportarne solo alcuni, al diritto all'uso delle tecnologie digitali nel rapporto con le amministrazioni (art. 3), al diritto all'identità e al domicilio digitale (art. 3-bis e 6), al diritto a servizi online semplici ed integrati (art. 7) o al diritto alla partecipazione democratica attraverso l'uso delle tecnologie (art. 10). La loro differenziata (in alcuni casi assente) effettività sul territorio nazionale si spiega principalmente con la differenziata (e molte volte inadeguata) risposta organizzativa, che è stata data dal sistema amministrativo. Le principali criticità individuate dalle istituzioni e dalla dottrina sono state prevalentemente di tipo organizzativo: in termini di adeguatezza delle risorse tecnologiche, economiche e professionali; in termini di interoperabilità dei dati e di integrazione dei linguaggi delle tecnologie che sono state utilizzate[16].

[14] Fondamentale è M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

[15] La rilevanza del fenomeno organizzativo è possibile osservarla sia in G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2021, sia in Merloni, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2021.

[16] In questo senso è emblematica la relazione finale *La digitalizzazione nella pubblica*

Problemi che non hanno permesso il pieno godimento di questi diritti e che tutt'ora rendono la loro effettività molto differenziata e complicata[17]. Il legislatore, inoltre, è intervenuto recentemente in materia di digitalizzazione pubblica riformando prevalentemente aspetti di tipo organizzativo: si pensi all'introduzione della figura del Responsabile per la transizione digitale, con il d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, con il compito di facilitare l'attuazione delle politiche di digitalizzazione nelle singole amministrazioni; si pensi al rafforzamento dei poteri di vigilanza e di controllo e all'introduzione di nuovi poteri sanzionatori in capo all'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77; infine, si pensi al rafforzamento progressivo degli strumenti di coordinamento informativo e informatico (art. 117, comma 2, lett. r), Cost.) in capo all'amministrazione centrale[18].

Le criticità sottolineate dal Parlamento e dalla dottrina e le soluzioni pensate dal legislatore confermano la rilevanza e il ruolo fondamentale della risposta organizzativa nella garanzia effettiva e duratura dei diritti e degli interessi tutelati dall'ordinamento, in modo particolare dei diritti di cittadinanza digitale. Un rilievo, quello dell'organizzazione come fondamento dell'effettività dei diritti e degli interessi, da sempre sottolineato da Giampaolo Rossi che oggi ci appare utilissimo per comprendere la natura dei problemi che impediscono la piena digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche.

3. La terza suggestione riguarda la digitalizzazione pubblica in rapporto alla nozione di interesse a protezione necessaria. Gli scritti che Giampaolo Rossi ha dedicato al diritto dell'ambiente, in particolare quelli relativi alla 'materializzazione' giuridica dell'interesse all'ambiente[19], offrono una chiave di lettura interessante in merito a due interrogativi: la digitalizzazione pubblica è una materia giuridica? La digitalizzazione pubblica, inoltre, è un

amministrazione italiana: analisi degli errori e valutazione delle priorità, dall'efficacia degli strumenti all'importanza del capitale umano della Commissione parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni e sugli investimenti complessivi riguardanti il settore delle tecnologie e della comunicazione licenziata il 26 ottobre 2017.

[17] Si v. Carloni, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in Dir. Pubbl., 2019, 2, pp. 363-391; P. Piras, *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione nativa digitale*, in Dir. inf. e infor., 2020, 1, pp. 43-65.

[18] Solo per fare qualche esempio: la crescita del numero delle basi di dati di interesse nazionale nel corso del tempo; la predisposizione e poi la riforma della Piattaforma Digitale Nazionale Dati (art. 50-ter del CAD), piattaforma adibita allo scambio e alla condivisione dei dati tra le amministrazioni; la previsione di una Strategia nazionale dati come nuovo strumento di programmazione e di indirizzo politico nazionale sui dati pubblici, introdotto recentemente con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77.

[19] Si v. in particolare Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, p. 10 e ss.

interesse a protezione necessaria? Se si utilizzano le categorie giuridiche di Giampaolo Rossi la risposta è positiva in entrambi i casi.

Come l'interesse all'ambiente, anche l'interesse alla digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche può essere considerato un interesse a protezione necessaria. Nel nostro ordinamento il bisogno di utilizzare tecnologie adeguate per potere perseguire i propri interessi all'interno della società dell'informazione, in particolare relazionandosi con l'amministrazione pubblica è divenuto un diritto in sé (si veda diritto dei cittadini all'uso delle tecnologie digitali nel rapporto con le amministrazioni, art. 3 del CAD). Un diritto rafforzato, da un lato, dall'introduzione sia nel Codice dell'amministrazione digitale (con la modifica compiuta dal d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217), sia nella legge sul procedimento amministrativo (con la modifica dell'art. 3-bis compiuta dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76) del principio di esclusività digitale dell'azione amministrativa e, dall'altro, dalla tendenza della giurisprudenza più recente, in particolare di quella amministrativa (Consiglio di Stato n. 2270 del 2019), di considerare l'adeguamento tecnologico delle amministrazioni pubbliche strettamente connesso con il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa. La digitalizzazione della propria organizzazione e della propria azione ha degli elementi di doverosità molto chiari per ogni singola amministrazione, dunque, tanto da poterla considerare, ricorrendo alle categorie di Rossi, come un interesse a protezione necessaria.

Come per l'interesse ambientale, inoltre, anche per la digitalizzazione il nostro ordinamento ha previsto (e rafforzato) nel tempo amministrazioni ed enti pubblici dedicati (oggi Ministero per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, insieme al Dipartimento per la trasformazione digitale e l'Agenzia per l'Italia digitale) con poteri di indirizzo, di vigilanza e di sanzione. Elemento che dimostra la 'materializzazione' dell'interesse alla digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche.

Al di là dell'opportunità di un approccio del genere da parte del legislatore – senz'altro discutibile considerando che ha dimostrato nella sua attuazione di avere pregi[20] e difetti[21] – le categorie di Giampaolo Rossi sono utili, dunque, a maturare un diverso discorso giuridico sulla digitalizzazione pubblica, maggiormente attento agli interessi a protezione necessaria che emergono con i fenomeni tecnologici o che vengono coinvolti dallo sviluppo tecnologico e sull'adeguato livello della loro protezione (anche

[20] La doverosità dell'adeguamento tecnologico ai fini di una maggiore aderenza al principio di funzionalità e imparzialità dell'amministrazione è senz'altro uno di questi.

[21] Per esempio il rischio di concentrarsi eccessivamente sull'adeguamento tecnologico in sé dimenticandosi dei diritti e degli interessi che sono legati alla sua realizzazione.

utilizzando le nuove tecnologie).

4. L'ultima suggestione, infine, riguarda la nozione di potere pubblico presente negli scritti di Giampaolo Rossi. Il carattere positivo del potere pubblico, inteso come servizio volto a curare interessi a soddisfazione necessaria, che va regolato opportunamente, piuttosto che limitato, è una indicazione utile per lo studio dei dati pubblici e del loro regime giuridico, soprattutto a fronte delle nuove sfide che i *big data* e i sistemi di intelligenza artificiale stanno ponendo al potere pubblico.

La capacità computazionale delle tecnologie algoritmiche e dei sistemi di intelligenza artificiale consegna in capo a coloro che li posseggono un vero potere, capace di massimizzare la conoscenza dei fenomeni che si sta indagando o di rendere maggiormente efficace il processo decisionale. Un potere conoscitivo che influisce sulle relazioni economiche e sociali a vantaggio di chi lo detiene, in alcuni casi anche mettendo a repentaglio diritti e libertà garantite dalla Costituzione[22].

La progressiva introduzione nelle amministrazioni di questi strumenti tecnologici – che non è affatto futurologia, ma è già in corso ed auspicata da tutte le istituzioni nazionali, europee ed internazionali – pone il tema della 'giuridicizzazione' di questo potere, capace allo stesso tempo di valorizzarne le potenzialità e di mitigarne i rischi. La nozione di potere come servizio utilizzata da Giampaolo Rossi indica la strada più corretta per poterlo fare, in quanto ci fornisce una via diversa per la regolazione del potere computazionale rispetto a quelle comunemente diffuse e dibattute, che sembrano tendere solo a limitare il più possibile questo potere, con un approccio prettamente 'difensivo' alle nuove tecnologie che sacrifica le potenzialità di questi strumenti e, molte volte, semplifica eccessivamente le possibili declinazioni del rapporto tra dati e poteri pubblici[23].

La 'giuridicizzazione' del potere computazionale nelle amministrazioni pubbliche, invece (e auspicabilmente), non dovrebbe tenere conto solo del profilo di limitazione dello stesso a protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, ma, più in generale, dovrebbe occuparsi della sua funzionalizzazione alla tutela degli interessi a protezione necessaria individuati dal nostro ordinamento, in particolare dalla Costituzione,

[22] Si v. M. Durante, *Il potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Milano, 2019.

[23] Un approccio che recentemente si è potuto osservare durante la pandemia relativamente alle applicazioni di tracciamento. Su questo specifico caso si permetta di richiamare M. Falcone, *Oltre lo spauracchio del Grande Fratello pubblico: qualche riflessione critica a partire dall'applicazione Immuni*, in L. Medici, F. Randazzo (a cura di), *Andrà tutto bene?*, Tricase, 2020.

all'interno della quale prevedere anche profili di limitazione, o meglio di una sua maggiore regolazione e tipizzazione[24].

In conclusione, la dottrina di Giampaolo Rossi – anche se non ha mai trattato direttamente il tema del rapporto tra amministrazione pubblica e innovazione tecnologica, pur non avendo mai ignorato la sua importanza sistemica come fattore di cambiamento radicale per il diritto pubblico – può offrirci oggi spunti interessantissimi per proseguirne fruttuosamente gli studi su questo tema.

[24] Questa necessità viene rilevata anche in B. Ponti, *Informazione pubblica, trasparenza e potere conoscitivo: come proseguendo sui percorsi indicati da Francesco Merloni*, in Carloni, A. Pioggia, Ponti (a cura di), *Lo sguardo del giurista e il suo contributo all'amministrazione in trasformazione, Scritti in onore di Francesco Merloni*, Torino, 2021, p. 207 e ss.

Francesca Goggiamani*

Gli interessi a soddisfazione necessaria e la doverosità amministrativa nel pensiero di Giampaolo Rossi

Caro Giampaolo,
mi hai invitato ad intervenire nel dibattito aperto sulla Guida alla lettura sulla raccolta dei Tuoi scritti scelti. Confesso di aver nicchiato sinora per il timore di abbassare il livello della conversazione di tenore altissimo sia per coloro i quali hanno preso la parola sia per essere il contenuto degli interventi incentrati sulle categorie e concetti essenziali, che, in quanto tali, rivelano tutta la cultura e il valore di chi li esprime.

Lo faccio ora, in un momento storico, quello di un anno di pandemia, in cui l'importanza del diritto amministrativo è evidente a tutti, anche ai cittadini privi di particolari strumenti culturali.

In nome della salute, diritto fondamentale e mai come oggi simultaneamente dovere della collettività, come previsto dalla Costituzione, viviamo importanti limitazioni da parte dell'autorità governativa delle libertà individuali in nome dell'interesse di tutti, e frattanto riscopriamo come sia essenziale l'Amministrazione nella salute, nell'istruzione, nell'assistenza e, per certi versi, nell'economia, come non possa farsi a meno di una organizzazione amministrativa efficiente, come non si possa tollerare in nome della precauzione della salute 'un rischio zero' a totale danno di altri diritti costituzionali laddove tale scelta sia motivata dall'incapacità dell'Amministrazione di attuare azioni alternative di contemperamento degli interessi in gioco.

In altre parole, mai come oggi occorre concentrarsi sull'essenziale, sulle certezze basilari, sull'organizzazione come strumento di riconoscimento degli interessi, sugli interessi che tra gli altri siano a protezione necessaria e di cui si debba, pertanto, far carico l'apparato amministrativo, sul potere come servente alla loro tutela, sulla riflessione sul metodo organizzativo come speculativo. Sono questi i concetti che legano e spiegano il Tuo pensiero sviluppato in lavori di decenni e che sono stigmatizzati nella Guida che hai

* Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università 'Roma Tre'. Consigliere TAR Calabria.

fatto precedere alla loro raccolta. In questo momento storico li trovo più attuali che mai.

Rubando le parole ad Einstein, la crisi pandemica deve essere una opportunità di sviluppo per il nostro Paese ed in particolare per l'Amministrazione che ha occasione di 'progresso' e nuove 'strategie' con superamento in certe realtà organizzative della 'vera crisi, [quella] dell'incompetenza', e la dottrina amministrativa deve accompagnare con le sue riflessioni questo percorso.

Il mio contributo in questo dibattito, 'abbassando il livello della conversazione', ho scelto di limitarlo ai concetti che ho studiato maggiormente, quelli degli interessi a soddisfazione necessaria e della doverosità amministrativa, principio su cui, grazie alla tua ispirazione, ho scritto ormai 15 anni orsono una monografia e su cui continuo a riflettere quotidianamente nel mio ruolo di Giudice amministrativo.

Quanto al tono del contributo, non potendo essere il mio intervento un colloquio ad 'armi pari' sulla validità di categorie vecchie e nuove del diritto amministrativo e delle ragioni che spingono all'evoluzione, ho scelto di scriverlo passando dalla forma colloquiale con te alla illustrazione ai lettori di come nei tuoi scritti quei concetti si ritrovino e si spieghino.

Faccio antecedere il mio breve apporto dalla gratitudine per gli insegnamenti che mi hai dato sull'importanza del metodo e della riflessione sulle categorie, insegnamenti che mi hanno sostenuto e guidato in tutte le riflessioni ed applicazioni del diritto, anche le più insidiose.

Sommario: 1. Dal potere dovere al dovere potere – 2. La doverosità nella spiegazione e delineazione dei fenomeni – 3. Conclusione: la tutela giurisdizionale.

1. *Dal potere dovere al dovere potere*

Massimo Severo Giannini scriveva che il profilo sotto cui il diritto amministrativo è stato prevalentemente studiato, è quello della posizione dei pubblici poteri e del relativo giuridico rilievo nei confronti degli amministrati con la conseguenza che la posizione degli amministrati si è ridotta alle figure della soggezione. Denunciava, quindi, come nel diritto amministrativo mancasse uno studio degli obblighi dell'amministrazione e consigliava di spostarsi 'da un atteggiamento che contempli prevalentemente

l'amministrazione, a un atteggiamento che contempli prevalentemente l'amministrato' con ottica che avrebbe potuto «sconvolgere profondamente tutto il diritto amministrativo con risultati sorprendenti».

Lo studio di Giampaolo Rossi ha tenuto sempre in conto la sollecitazione del suo Maestro in plurime occasioni di studio: dalle riflessioni di teoria generale, alle analisi delle fattispecie amministrative sino alle più contenute e recenti riflessioni sul processo.

Ad attrarre l'attenzione sono, anzitutto, le speculazioni di teoria generale con ribaltamento del concetto di potere-dovere in dovere-potere.

Ma si tratta di mera coniazione concettuale o effettivamente di categoria essenziale utile a razionalizzare le vicende amministrative per come auspica Rossi nello scritto sul metodo?

Andiamo con ordine.

Santi Romano affermava, in un approccio ormai lontano, l'inconciliabilità dei due termini ritenendo che il potere non poteva essere simultaneamente il suo contrario, affermando, invece, che un potere può implicare dei doveri, solo «in qualche momento e in qualche direzione».

Successivamente, dopo tesi secondo cui tra potere e dovere della p.a. non vi sarebbero correlazioni o secondo cui dal potere deriverebbero doveri positivi per il suo esercizio si è, come noto, sedimentato l'insegnamento che la correlazione tra potere e dovere debba essere impostata in termini di 'priorità logica' del secondo rispetto al primo, essendo la potestà unicamente il mezzo con cui il soggetto adempie la funzione cui è preposto.

La preminenza del dovere rispetto al potere è fortemente valorizzata da Giampaolo Rossi il quale, come ricordavo, giunge addirittura a ribaltare il tradizionale potere-dovere in dovere-potere, tanto nominalmente che nelle implicazioni. Il percorso logico che ha portato lo studioso alla rotazione della categoria non è, si badi, basato su una riflessione sul potere ed il dovere presi in sé e per sé, bensì su una riflessione su ciò che sta alla base di tali situazioni soggettive, gli interessi. Il percorso è, ancora una volta, quello che dalla fenomenologia deduce la categoria.

Rossi, infatti, parte dalla considerazione che il diritto pubblico è dominato dagli interessi 'a protezione necessaria', definiti come quelli nei quali «corrisponde una situazione di doverosità da parte di altri soggetti in ordine alla loro soddisfazione». È l'altruità dell'interesse rispetto al soggetto cui viene affidata la realizzazione ad implicare la doverosità del perseguimento, in via similare a quanto accade per gli uffici privati, rispetto a cui, tuttavia, la doverosità cd. strumentale è ben maggiore sia per la dimensione collettiva dell'interesse finale sia a fronte della circostanza che

l'amministrazione si confronta e scontra anche con interessi di terzi che devono essere, di conseguenza, adeguatamente considerati.

Alla nozione di interesse pubblico, tradizionalmente inteso, connotata dall'essere una nozione discendente, in quanto l'interesse viene qualificato per il suo rapporto non con il suo titolare ma l'entità diversa e superiore cui è affidato, la nuova nozione si caratterizza per essere ascendente in quanto pone al centro il soggetto titolare dell'interesse.

Si trasforma, in tal modo, una situazione considerata da tempo attiva in situazione passiva, il cui adempimento si realizza attraverso il potere. Al tradizionale conflitto autorità-libertà, si sostituisce il connubio autorità-servizio.

Su un piano astratto proseguendo il percorso avviato da Rossi si arriva ad affermare che il dovere è causa, fine e misura del potere conferito, così variamente conformandolo e limitandolo. L'amministrazione più che detentrice di un potere vincolato nel fine è obbligata da un dovere eventualmente potestativo nel mezzo.

La via tracciata consente una riflessione ad ampio spettro della doverosità con voluto enunciato abbondono di un angolo visuale parziale che non tiene conto dell'insieme dei fattori che compongono le vicende giuridiche: così dall'esame parcellizzato dei singoli obblighi di procedere e provvedere, di rendere prestazioni ecc. si passa ad un sistematico collegamento delle innumerevoli norme limitative e impositive per il titolare del potere con conseguente elevazione della doverosità a principio.

Il Professore così nei Principi del 2010 e, senza altri esempi nella manualistica, dedica apposito paragrafo al principio di doverosità, cui aveva un decennio prima affidato l'esplorazione ad una allieva, rammentandone definizione e conseguenze.

Rossi, che costantemente si interroga sulla portata delle categorie, condiviso il principio, va soprattutto all'essenza del significato del principio rinvenendolo in punto di discrezionalità e responsabilità.

In ordine al primo aspetto, evidenzia che la scelta discrezionale proprio per il moltiplicarsi di criteri e parametri delle decisioni da centrale è divenuta notevolmente residuale e pone in luce ulteriormente che le varie gradazioni della scelta discrezionale siano legate alla varietà degli interessi pubblici, al loro grado di rilevanza ed interferenza con quelli privati.

Per il secondo aspetto nota che è la sanzione speciale alla violazione del principio ravvisabile nella responsabilità amministrativa a darvi concretezza.

Che la teoretica non sia fine a sé stessa si coglie nell'evoluzione della legislazione amministrativa degli ultimi 30 anni e nelle elaborazioni della giurisprudenza amministrativa più recente: non solo nelle sentenze vi è

ormai costante menzione del principio nel riscontro dei casi in cui ravvisare l'obbligo di provvedere quando non espresso, ma il G.A. ne fa utilizzo espresso nel qualificare come vincolati o discrezionali determinati poteri ed in modo implicito ne fa parametro di giudizio nel sindacato di responsabilità della p.a. ed in quello sulla discrezionalità con adozione di un atteggiamento rigoroso nel giudicare l'attività amministrativa, denotando un nuovo modo di concepire l'amministrazione non solo come soggetto sempre più vicino al cittadino e meno in posizione di supremazia, ma addirittura in veste di soggetto debitore nella cura del pubblico interesse.

2. *La doverosità nella spiegazione e delineazione dei fenomeni*

L'attenzione di Rossi sugli interessi e sul 'potere doveroso' o meglio sul dovere potestativo ha pragmatiche ricadute sulla spiegazione dei fenomeni in atto e sulla delineazione di fattispecie in cui pubblico e privato si incontrano.

In particolare, l'attenzione per l'interesse e non per lo strumento consente un 'sereno approccio' per l'attuale fase di oggettivizzazione del diritto amministrativo caratterizzato dalla privatizzazione di strumenti e soggetti prodromici alla cura dell'interesse pubblico, che per Rossi non erodono i confini del diritto amministrativo, ma piuttosto ne incentrano lo studio sulla sostanza (il fine perseguito) più che sulla forma del perseguimento.

Ancora i ragionamenti sul servizio pubblico definito come l'attività volta a soddisfare interessi a protezione necessaria con prestazioni doverose rese con strumenti non autoritativi consentono di traslare l'attenzione dalla natura dei soggetti erogatori e dagli atti di investitura alla natura giuridica degli interessi con tale attività soddisfatta ed in tal modo a delinearne in modo oggettivo i confini della nozione utile per disciplina applicabile e per il riparto della giurisdizione.

Nella delineazione della fattispecie emblematica è l'applicazione dell'ottica del dovere e degli interessi negli ampi studi sugli enti pubblici, in anni in cui Rossi non aveva ancora scritto né elaborato le riflessioni su interessi a protezione necessaria e doverosità.

Nell'analisi delle situazioni di dovutezza relative nella predisposizione di uffici e di enti con gli interessi pubblici ci insegna lo studioso:

- che la garanzia effettiva delle libertà richiede uno strumentario organizzativo consistente;
- che a tal fine già in Costituzione è prevista la necessaria istituzione di

taluni enti: così per le scuole (art. 33) e gli istituti di previdenza sociale (art. 38);

- che gli uffici doverosi sono a diretta garanzia di situazioni giuridiche soggettive riconosciute ai privati, con il corollario che l'esigenza di certezza e stabilità viene sentita proprio in relazione agli uffici esterni, mentre la flessibilità è maggiore per le strutture interne.

Per gli enti pubblici il principio di necessarietà ha, poi, una peculiare valenza, tanto da essere elevato a minimo comun denominatore delle variegate figure. L'ente pubblico è definito, infatti, come quella «persona giuridica la cui esistenza è considerata necessaria dall'ente territoriale», che l'ha costituito o ha proceduto alla sua pubblicizzazione, per la soddisfazione di alcuni interessi pubblici e la conseguenza naturale di siffatta valutazione politica è l'impossibilità che gli enti pubblici si autosciolgano e falliscano.

L'utilità dell'insegnamento posso testimoniarla, oltre che in punto di applicazione della disciplina amministrativa, con l'esperienza di Giudice dei fallimenti, in relazione al riscontro della fallibilità di quelle figure di confine, naturali per Rossi, che osserva che la sfera pubblica non è omogenea e che non esiste un solo modo di essere pubblico, costituite da un estremo dalle società di gestione dei servizi pubblici e dall'altro dagli enti pubblici in struttura di società per azioni, riscontrabili per Rossi in quelle società istituite con atto legislativo, che ne determina quanto meno la denominazione, lo scopo e la necessaria pertinenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria, con indisponibilità di esistenza e destinazione funzionale della figura da parte dei propri organi deliberativi.

3. *Conclusione: la tutela giurisdizionale*

La riflessione sugli interessi rilevanti nel diritto amministrativo e sulla loro doverosità di soddisfazione non può non terminare che con una chiosa sulla tutela, cui Rossi si dedica nella maturità con valutazioni di sistema.

Ebbene, la nota evoluzione del processo amministrativo fa pieno pendant con la valorizzazione di interessi a protezione necessaria e del potere giuridicizzato: quel processo amministrativo è nato, ci ricorda Rossi, per garantire interessi sino ad allora privi di Giudice e garantisce ora pienezza di soddisfazione alle situazioni soggettive degli amministrati, per certi versi anche più avanzata di quella del G.o., si pensi all'ottemperanza.

Per l'Autore tale punto di arrivo non elide la ragione di esistenza del processo amministrativo, essendo piuttosto necessaria la competenza

specifica di un Giudice *ad hoc* nel riscontro della legittimità dell'esercizio del potere in ragione della peculiare dinamica del bilanciamento degli interessi nel tempo moltiplicati e di sistemi normativi frammentati.

Più che condivisibile è l'opposta conclusione rossiana per l'ampliamento dei confini della giurisdizione amministrativa, la quale non merita più diffidenze per non fornire adeguata tutela ai diritti insopprimibili, null'altro che interessi a protezione necessaria con doverosità finale e strumentale implementata.

Danilo Pappano*

Il servizio pubblico nell'opera di Giampaolo Rossi

Sommario: 1. Premessa – 2. L'impostazione sostanzialista e la dimensione istituzionale nella ricomposizione della nozione di servizio pubblico – 3. La definizione dell'ambito della sfera pubblica: enti territoriali e servizio pubblico – 4. Servizio pubblico tra crisi dello 'Stato' e 'questione europea' – 5. Autonomie territoriali locali e servizi pubblici locali – 6. Autorità e consenso nella nozione di servizio pubblico. Le implicazioni del metodo essenziale e gradualista – 7. Gli scritti in materia di istruzione.

1. *Premessa*

Caro professore Rossi, ero incerto circa l'opportunità di partecipare al dibattito sulla Guida alla lettura dei suoi Scritti scelti, per la difficoltà di intervenire in un dialogo che si svolge anche sul Glossario delle sue definizioni di cui sono autore.

Ulteriore motivo di esitazione è che il mio contributo non raggiungerà quelle «rarefatte altezze» (Giannini) di teoria generale in cui si collocano, nel dialogo con lei, gli interventi di studiosi e colleghi che mi hanno preceduto. Alla fine il desiderio di esserci, insieme agli altri suoi allievi, ha avuto ragione su ogni remora. Ho pensato di inviarle, integrato dalla presente premessa dal tono confidenziale, il testo della *Presentazione del curatore*, intitolata *Il servizio pubblico nell'opera di Giampaolo Rossi*, che avevo iniziato a scrivere, con la collaborazione di Daniele D'Alessandro e di Francesco Grassi, per quello che doveva essere uno dei suoi volumi di *Scritti scelti* nell'iniziale ipotesi progettuale degli scritti in sei volumi. Il volume, intitolato *Enti territoriali, servizi pubblici, istruzione*, avrebbe dovuto contenere gli scritti in tema di servizio pubblico.

La modifica dei criteri di ripartizione degli scritti in fase di realizzazione del progetto di pubblicazione e la conseguente diversa articolazione dei volumi (le cui motivazione sono da lei ben spiegate nella Premessa al

* Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università Roma Tre. Associato confermato di diritto amministrativo, Università della Calabria.

volume I dei suoi *Scritti scelti*, poi pubblicati nel 2019), mi avevano fatto abbandonare la stesura della *Presentazione*.

L'invito al dibattito aperto l'anno scorso su *Ridiam.it*, sulla Guida alla lettura dei suoi Scritti scelti, e sul Glossario delle definizioni, mi ha offerto l'occasione per riprendere la riflessione e terminare la stesura di quella Presentazione che viene riproposta in questo scritto nei successivi paragrafi.[1]

La rilettura delle pagine che ha scritto in tema di servizio pubblico ha consentito di evidenziare gli spunti di originalità della sua riflessione.

Mi riferisco, ad esempio, alla riflessioni sui limiti dell'attuale assetto Europeo e sul disallineamento tra poteri degli stati e la loro responsabilità ultima di soddisfare gli interessi delle rispettive collettività; alla denuncia dei disallineamenti tra le discipline nazionali a livello europeo sul grado di apertura alla concorrenza, che determinano quelli che lei ha chiamato «disaiuti di Stato»; o al riferimento al tema delle reti europee e a quello dell'impresa europea di interesse generale, segnalato già negli scritti di un convegno del 2004; o ancora all'intuizione in ordine all'autonomia comunale, rispetto alla quale la legge è solo il limite e non invece il suo fondamento, circostanza con cui ha ridimensionato la portata della questione dell'autonomia privata degli enti territoriali. Fino ad arrivare alle riflessioni in ordine alla titolarità e ai limiti della decisione dell'ente territoriale di definire l'ambito della sfera pubblica, e quindi alla definizione stessa di sevizio pubblico. Ricordo a questo proposito che, a dispetto dell'enfasi pan-europeista intorno alla nozione di servizio pubblico, nel volume II di *Diritto amministrativo* del 2005, si chiedeva provocatoriamente se la gestione di un cinema in un comune di 3000 abitanti senza strutture nei paesi vicini, e per la comunità una delle poche attività di aggregazione sociale, potesse rientrare nella nozione. Era certo il segno di una insoddisfazione della nozione europea di servizio pubblico, ma quella riflessione nasceva da un'esperienza reale: per concludere la stesura del volume si era ritirato per 2 settimane in un paese di montagna, nel quale vi era un piccolo cinema storico, che sarebbe stato chiuso di lì a poco, e che però per la comunità rappresentava uno dei pochi luoghi di aggregazione sociale. E la popolazione con i suoi rappresentanti iniziava a porsi il problema delle conseguenze della chiusura dell'attività.

[1] All'iniziale stesura della Presentazione avevano collaborato Daniele D'Alessandro, che aveva redatto il paragrafo relativo agli scritti in tema di istruzione, divenuto l'attuale paragrafo 7 del presente contributo, e Francesco Grassi che aveva dato supporto alla redazione del paragrafo su autorità e consenso nei servizi pubblici, divenuto l'attuale paragrafo 6. Modifiche e integrazioni da me apportate nell'attuale versione me ne fanno condividere la responsabilità, ma la paternità dei paragrafi indicati è a loro attribuibile. Ringrazio entrambi per la preziosa e puntuale collaborazione.

Si tratta di un esempio che segnala una specifica caratteristica della sua riflessione, quella dell'attenzione al contesto storico-sociale che fa da sfondo alle norme giuridiche e nel quale queste si calano.

Tutta la sua riflessione fugge dal formalismo e sposa una impostazione sostanzialista con cui ci ha sempre esortati a studiare i fenomeni giuridici, in una ricomposizione e analisi della normativa che parta dagli interessi tutelati o da tutelare. E il punto di emersione maggiore di quest'attenzione al contesto si riscontra nel rifuggire le massimizzazioni e le estremizzazioni della tutela, perché la tutela stessa è il risultato di una serie di elementi differenti e contrastanti che l'hanno spinta a parlare di gradazioni di tutela.

A questo proposito ricordo alcune affermazione significative quali, ad esempio, «senza ospedale non vi è il diritto al ricovero»; oppure «l'organizzazione è fonte e matrice di diritti». Fino alla critica alla «moltiplicazione dei diritti» e al richiamo ad una maggiore sobrietà, avanzati già in un Convengo San Martino tenutosi agli inizi nel nuovo millennio.

In questa prospettiva, lo stesso 'diritto soggettivo', un volta calato nella dimensione relazionale in cui vivono tutte le situazioni soggettive, ne è risultato ridimensionato, e ciò le ha consentito di superare quella sua enfatizzazione quale mezzo di tutela rispetto all'interesse legittimo, da cui sono originate anche le spinte al superamento della distinzione.

In proposito ricordo, con riguardo al diritto di proprietà, l'affermazione, secondo cui «se e vero che l'espropriazione è solo eventuale l'espropriabilità è connaturale diritto di proprietà».

La costante attenzione al contesto ha caratterizzato anche il suo modo di interpretare il ruolo del giurista, e del resto la messa a punto del suo metodo di indagini, definito essenziale e gradualista, è al tempo stesso prodotto di questa fase storica e migliore strumento per la sua analisi. Rifuggendo i sicuri lidi di un metodo deduttivo e di un'apparente certezza, si è presto reso conto che la fluidità dei tempi imponeva di abbandonare la ricerca di macro-concetti che si ponevano come macro-contenitori solo descrittivi di un fenomeno, nella convinzione che nell'epoca della complessità, l'obiettivo è quello della ricerca delle certezze possibili; e la teoria generale si fa non sui macro concetti, ma alla base, nell'individuazione dei tratti comuni tra le diverse fattispecie.

In una fase storica di grandi cambiamenti prodotti dalla globalizzazione, dalle tematiche ambientali e dall'informatica, che fanno vacillare e rendono insufficienti le nozioni e i concetti elaborati in precedenza, si spiega anche l'interesse per lo studio di G.D. Romagnosi che nella sua epoca, in un ordinamento in via di formazione, si è trovato di fronte a problematiche,

almeno in parte analoghe a quelle poste oggi, e comunque differenti dal periodo a lui successivo, caratterizzato da maggiore stabilità e che ha prodotto poi la scuola orlandiana.

Nel cogliere ed interpretare le linee di cambiamento ha però avvertito sul rischio di smarrire le linee di continuità con le precedenti elaborazioni quando ha stigmatizzato il 'nuovismo' di certe impostazioni, e di certe scelte politiche, alla ossessiva ricerca delle riforme, a volte avvenute a distanza di brevissimo tempo dalle precedenti, senza lasciare tempi di sedimentazione e di assestamento.

Ricordo a questo proposito come una volta è riuscito a cogliere il cuore del problema con un semplicissimo esempio, quello del rapporto tra la navigazione in mare e la successiva invenzione dell'aereo. Al nuovo mezzo di trasposto – disse – si sono trasferiti i concetti della precedente esperienza del trasporto marittimo; così si è parlato di rotta, navigazione, velocità di crociera, imbarco, aeroporto, equipaggio, ecc.

Non va quindi abbandonato quanto di buono si è fatto in passato, ma vanno anche lasciati tempi di assestamento alle nuove acquisizioni, perché un dato certo è che 'riformare' non può essere un valore in sé.

Rinvio ai successivi paragrafi per ulteriori considerazioni di metodo e di teoria generale che fanno da sfondo anche agli scritti in tema di servizio pubblico, tuttavia mi piace concludere la presente premessa ricordando anche lo studio del diritto cinese a cui ha dedicato a partire dal 2002 parte della sua riflessione. In questa esperienza sono coinvolto direttamente perché a partire dal dottorato ho cominciato ad interessarmi dell'ordinamento cinese, e in particolare di diritto amministrativo cinese. Nell'intervento della collega Luo Zhimin si descrive bene il ruolo che ha svolto per lo studio del diritto amministrativo in Cina, dove è stato pubblicato in cinese il suo volume *Principi di Diritto amministrativo*, nella edizione del 2013, e dove ha avviato anche gli studiosi di diritto amministrativo ad occuparsi delle tematiche ambientali, che non a caso hanno costituito per lei un altro importante campo di ricerca e di applicazione del suo metodo e dei suoi studi, già menzionato in altri interventi. Ricordo che la decisione di avviarmi allo studio del diritto cinese è stata da lei subito condivisa e favorita sulla base della considerazione che, dopo la forte crescita economica del paese e la creazione dei primi germogli di società civile, i cinesi avrebbero avuto un forte bisogno del Diritto amministrativo, alla cui base vi sono lo studio e la regolazione del rapporto stato-società-cittadino.

Chissà, se in questa avventura, nell'avviarmi allo studio anche della lingua cinese (che mi ha agevolato molto nello studio delle fonti e nei rapporti

con i colleghi cinesi, e che lei ha condiviso), non possa aver avuto un suo ruolo, anche un mio forse inconscio senso di rivalsa rispetto ad una sua battuta, quando ci siamo incontrati e conosciuti la prima volta. Era il primo incontro legato alla programmazione dell'attività del dottorato, quando nel chiedermi quali lingue straniere parlassi, la domanda fu: «Oltre al campano, che lingua straniera parli?». Posso dire che ho avuto ragione a non reagire istintivamente quel giorno. Si trattava di una semplice battuta, anch'essa a suo modo parte della suo essere un giurista, nonché maestro, 'antiformalista'.

Voglio dirle che mi ritengo fortunato nell'aver condiviso con lei la successiva esperienza di crescita culturale e umana. Mi sarei perso 20 anni ricchi di stimoli e sollecitazioni.

2. *L'impostazione sostanzialista e la dimensione istituzionale nella ricomposizione della nozione di servizio pubblico*

Gli scritti più significativi di Giampaolo Rossi in tema di servizi pubblici a partire da quelli della fase iniziale della sua produzione scientifica (gli scritti in tema di istruzione) fino a quelli successivi e a quelli più recenti, si sono misurati sulle problematiche principali della nozione di servizio pubblico e ne hanno dato una sistemazione di carattere generale.

Essi offrono un punto di vista particolarmente significativo del pensiero di Giampaolo Rossi ed è possibile individuarvi le principali linee di fondo che lo caratterizzano.

Innanzitutto negli scritti in tema di servizio pubblico si manifesta, forse più che in altri, l'impostazione sostanzialista dell'elaborazione di Giampaolo Rossi e la convinzione manifestata in altri scritti di carattere generale, che il diritto e in particolare il diritto amministrativo debba essere ricostruito a partire dagli interessi retrostanti il dato normativo.

La tutela infatti, secondo l'Autore, non è solo il frutto di declamazioni formali, ma il risultato di un processo sistemico comunque connesso anche a fattori extranormativi: il risultato di «un insieme comprensivo non solo di strumenti giuridici, ma anche di strumenti operativi che divengono a loro volta fonte di situazioni soggettive e di profili giuridici di vario tipo».[2]

La ricomposizione a partire dagli interessi e l'attenzione al contesto spiega la forte consapevolezza della necessaria dimensione socio-istituzionale non solo della elaborazione della nozione di servizio pubblico, ma più in

[2] G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 55.

generale della delimitazione della sfera pubblica e del rapporto tra intervento pubblico e iniziativa privata.

L'attenzione al dato sostanziale e al contesto concreto spiega anche l'insofferenza verso ogni forma di assolutizzazione concettuale, e quindi con riferimento alla definizione dell'ambito della sfera pubblica, verso quelle letture dal sapore ideologico che hanno caratterizzato la parte finale del secolo scorso, improntate alla sistematica prevalenza del mercato e della concorrenza nella ricomposizione del rapporto Stato-mercato e quindi anche della nozione di servizio pubblico da più parti messa in discussione.

La lettura consente inoltre di cogliere l'impostazione metodologica di Giampaolo Rossi, già presente anche in scritti più risalenti, ma esplicitata espressamente in studi specificamente dedicati al tema del metodo.

Giampaolo Rossi è consapevole del fatto che, soprattutto nei momenti di profonda trasformazione come quello attuale, le ricostruzioni omnicomprensive devono lasciare il passo alle certezze in concreto possibili; ai macro concetti devono sostituirsi spiegazioni elementari. Sullo sfondo l'insegnamento per cui una nozione giuridica si comprende più per come si evolve e per cosa resta fermo e cosa cambia, piuttosto che per come è in un dato momento. La chiave, dunque, risiede nell'applicazione del «metodo essenziale e gradualista» che permette allo studioso di ricomporre i concetti base dell'elaborazione giuridica, tenendo insieme elementi 'invarianti' ed elementi variabili come linee di un disegno unico, tratteggiato con rigore metodologico, consentendo così di leggere la realtà del diritto e le sue trasformazioni senza lasciarsene travolgere, fascinare e quindi dominare.

3. *La definizione dell'ambito della sfera pubblica: enti territoriali e servizio pubblico*

Nell'elaborazione di Giampaolo Rossi la riflessione sul servizio pubblico è preliminarmente connessa all'analisi del principale nodo istituzionale che coinvolge la materia: cioè il rapporto tra servizi pubblici ed enti territoriali. L'ambito della sfera pubblica infatti è sempre stato definito con un atto normativo di un ente territoriale.

La sede in cui la questione viene più chiaramente impostata è il libro Diritto Amministrativo del 2005[3] in cui l'Autore si pone alcune semplici domande ma nella consapevolezza che più è 'semplice' la domanda, perché

[3] G. Rossi, *Diritto amministrativo*, Milano 2005 vol. II, p.52.

diretta a cogliere questioni essenziali, più è 'difficile' dare una risposta adeguata.

a) Ciascuno degli enti territoriali può qualificare un'attività come servizio pubblico?

b) Se e a quali condizioni si può disporre la privativa nel senso di escludere l'esercizio libero dell'attività da parte dei privati?

c) Quali enti territoriali possono effettuare tale scelta?

d) Quali sono gli spazi di manovra per gli enti locali?

Le domande coinvolgono inevitabilmente la tematica più generale del rapporto tra intervento pubblico ed iniziativa privata, e quindi inducono l'Autore a cercare le risposte anche a partire dai vincoli imposti dalla normativa comunitaria ed entrati nell'ambito dell'ordinamento nazionale.

Il nodo preliminare da sciogliere è quindi stabilire in che misura la normativa comunitaria incide sulla possibilità degli enti territoriali di decidere l'ambito della sfera pubblica.

Qui la posizione di Giampaolo Rossi assume connotati di assoluta originalità rispetto al pensiero della dominante dottrina che ha caratterizzato, almeno fino alla crisi economica degli ultimi anni, il dibattito scientifico improntato sulle parole d'ordine della prevalenza della concorrenza, del *favor* per il privato e del disfavore per il pubblico.

In un contesto improntato alla pregiudiziale prevalenza del mercato, Giampaolo Rossi, a partire da un saggio del 1995[4], critica le tesi prevalenti di una indifferenziata scelta dell'ordinamento comunitario per il modello del mercato in materia di servizi pubblici. La disciplina europea non si preoccupa tanto del 'dogma della concorrenza', ma vuole garantire 'l'unità interna del mercato', non perseguendo, quindi, una politica propriamente liberista.[5] Tale affermazione si raccorda alla sottolineatura dell'ordine logico delle priorità, per cui rispetto alle libertà fondamentali ed allo stesso benessere dei cittadini il mercato è uno strumento, eventualmente anche alternativo all'intervento pubblico, ma la garanzia è data dalla doverosità dell'intervento pubblico in ordine ai modi di soddisfazione degli interessi[6].

La normativa europea non è diretta alla creazione di un mercato tout court, ma piuttosto alla creazione di un 'mercato comune'.

[4] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, *Dir. Pubbl.*, 1995.

[5] G. Rossi, *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, in Dir. Pubbl., 1997, p. 308; G. Rossi, *Pubblico e privato nello squilibrio tra economia e istituzioni*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2015, p. 395.

[6] G. Rossi, *Pubblico e privato nello squilibrio tra economia e istituzioni*, cit., pp. 394 e 398.

In più occasioni Giampaolo Rossi sottolinea come «l'ordinamento comunitario non può che favorire l'ampliamento del mercato europeo che si ottiene solo riducendo la sfera sottratta al mercato attraverso monopoli pubblici e non può consentire distorsioni nella concorrenza, con impropri interventi pubblici a sostegno delle imprese nazionali».

È però altrettanto evidente che «l'ordinamento europeo non solo rispetta ma fa propri gli obiettivi di tutela dei bisogni corrispondenti a servizi di interesse generale, tanto che sottopone quelli aventi carattere economico alle regole della concorrenza nei limiti in cui non contraddicano la missione di interesse generale cui devono assolvere».

Esistono dunque servizi pubblici il cui esercizio è doveroso ai sensi di normative europee e quindi l'«ordinamento europeo individua interessi a protezione necessaria e non solo consente ma impone agli stati di assicurare attività di prestazione idonee a soddisfarli».

Inoltre la normativa comunitaria non è costruita sull'assoluta inesistenza di limitazioni alla concorrenza, ma piuttosto sul presupposto che c.d. 'diritti speciali ed esclusivi' esistano così come, a determinate condizioni, aiuti di Stato; inoltre sottolinea la neutralità della normativa comunitaria rispetto alla proprietà pubblica e privata dell'impresa, non essendo precluso l'assetto proprietario pubblico delle imprese.

L'ordinamento comunitario «consente la gestione di servizi pubblici locali e nazionali sia da parte di soggetti pubblici, sia da parte di soggetti privati, ma esige semplicemente che non si creino impropri favori per tali soggetti (sia pubblici che privati) che possano alterare la concorrenza».

Giampaolo Rossi mostra un atteggiamento 'laico' (in controtendenza rispetto alle opinioni comuni e all'enfasi liberista degli ultimi 30 anni) che gli consente di leggere i vincoli comunitari 'al di là dei miti',[7] distinguendo ad esempio più facilmente ciò che è imposto dalla normativa europea, da ciò che invece non è imposto, ma frutto di una scelta (non sempre razionale) del legislatore interno.

Così di fronte a norme interne che hanno introdotto discipline più sfavorevoli per le imprese pubbliche ma senza tener conto delle condizioni che incontra nel proprio paese di appartenenza il soggetto imprenditoriale straniero che viene ad operare in Italia, o di norme che hanno obbligato gli enti locali a privatizzare la gestione dei servizi pubblici locali, Giampaolo Rossi conia l'espressione 'disaiuti di Stato', con ciò stigmatizzando l'assenza di scelte di lungo periodo e il carattere autolesionista di alcune scelte

[7] L'espressione è in G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in Istituzioni del federalismo, 2011, n. 2, pp. 381-392 cit., p. 387.

non adeguatamente ponderate che si mostrano miopi nella misura in cui «sembrano non prendere in alcuna considerazione il profilo della dimensione effettiva del mercato, ormai prevalentemente europea, se non mondiale»[8].

Le posizioni appena descritte espresse da Giampaolo Rossi già a partire dal 1995 sono divenute estremamente attuali negli ultimi anni di fronte prima alla crisi economica 2008-2011, o ad alcuni fenomeni di turbolenza a livello mondiale, quali la gestione dei flussi migratori o l'emergenza ambientale, che hanno indotto la Ue a riflettere sui rapporti fra Stato e mercato e gli stati a creare nuove barriere e tornare ad ampliare la sfera pubblica, analogamente a quanto sta accadendo nella gestione della crisi pandemica da Covid-19. È la conferma non solo della correttezza della lettura in precedenza avanzata contro le enfatizzazioni del mercato sottese al diritto comunitario, ma anche di come in questo momento storico si stia vivendo una fase di oscillazione del «pendolo delle idee tra pubblico e privato»[9]; «più volte si è verificato nella storia che la massimizzazione di uno solo dei due poli ha poi portato a disfunzioni che hanno di fatto poi spinto il pendolo nella direzione opposta». Tuttavia, Giampaolo Rossi avverte lucidamente che «non risponderebbe ora ad una logica di lungo periodo il semplice ritorno alla preferenza per il 'pubblico' piuttosto che per il 'privato'. Si ripeterebbe l'errore speculare di assolutizzare il dogma opposto, ma in questo campo non esistono formule ottimali e la scienza economica (Helm, Stiligtz, North) ha da tempo chiarito che impostata in termini astratti, la questione della preferenza per il 'pubblico' o per il 'privato' è destinata ad essere senza soluzione»[10].

4. *Servizio pubblico tra crisi dello 'stato' e 'questione europea'*

Giampaolo Rossi negli ultimi anni è tornato ad occuparsi del tema del rapporto tra pubblico e privato soprattutto all'esito dei fenomeni di c.d. globalizzazione e della già citata crisi economica degli ultimi anni.

La riflessione, in continuità con la precedente, si è arricchita di nuovi spunti di originalità particolarmente significativi.

Un primo elemento, messo in evidenza in particolare in un saggio del

[8] G. Rossi, *I disaiuti di Stato*, in Rass. Avv. Stato, 2009, pp. 44-47.

[9] L'espressione è usata in G. Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato nell'economia di fine secolo*, in Quaderni del pluralismo, 1995, p. 5.

[10] G. Rossi, *Ricomporre il quadro*…, cit., pp. 385.

2015,[11] è che si continua a discutere di 'pubblico e privato' nello svolgimento dei servizi pubblici senza però avere la consapevolezza del mutato contesto in cui le categorie oggi si pongono. Giampaolo Rossi sottolinea come «le coordinate del rapporto fra pubblico e privato nell'economia (analogamente ad altre nozioni base del diritto) siano state pensate e costruite sul presupposto di un sistema statale autosufficiente e chiuso, o comunque in condizione di decidere il grado della propria apertura; e come le innovazioni introdotte dal diritto europeo non muovano da presupposti diversi, perché le basi concettuali del diritto europeo sono recepite da quelle degli Stati membri». Invece l'attuale contesto, per effetto delle innovazioni tecnologiche «registra in modo evidente la perdita da parte degli Stati del profilo che fin dalla definizione di Aristotele li ha caratterizzati: l'autosufficienza completa che rende possibile la vita, anzi una buona vita della collettività (Pol. 2,30)» (…). Viene messa in crisi la stessa nozione di territorio, l'elemento essenziale delle comunità politiche, l'ambito spaziale che forma ed è formato da una collettività organizzata, senza la quale non vi sono i diritti perché non vi è nemmeno il diritto.

Ciò sul piano istituzionale provoca una serie di 'disallineamenti' fra la dimensione dei problemi e quella delle istituzioni che devono darvi risposta.[12]

Sono sempre maggiori i fenomeni non controllabili dagli stati.

Secondo Giampaolo Rossi vi è disallineamento fra le dimensioni della finanza e quella delle istituzioni, anche internazionali, che dovrebbero governarla[13]. Vi è un disallineamento fra la localizzazione dei fenomeni dai quali nasce il deterioramento dell'ambiente e la delocalizzazione degli effetti inquinanti.

Con riferimento più diretto ai servizi pubblici, il disallineamento è fra le funzioni che hanno gli Stati nazionali e i poteri necessari per esercitarle.

All'impoverimento della forza degli Stati non ha corrisposto una diminuzione degli obiettivi che devono perseguire. Se ne è avuto, al contrario, un ulteriore ampliamento, con una 'moltiplicazione dei diritti' da

[11] G. Rossi, *Pubblico e privato nello squilibrio tra economia e istituzioni*, cit., pp. 387 ss.

[12] G. Rossi, *Pubblico e privato nello squilibrio tra economia e istituzioni*, cit., p.388.

[13] Inoltre «vi è un disallineamento quasi totale fra la forma degli atti e il potere sostanziale di decidere i loro contenuti; basti pensare alle delibere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, che stabiliscono il prezzo dell'energia, mentre sono ben altri i soggetti che hanno il potere di determinarlo»; o ancora vi è un disallineamento fra i soggetti che assumono alcune decisioni e quelli che sono destinatari dei loro effetti: un accordo fra pochi Stati sul clima o anche la mancata adesione da parte di uno solo molto inquinante produce effetti su tutti gli altri soggetti che sono terzi.

soddisfare, dovuta a una pluralità di concause a partire dalla 'moltiplicazione' delle fonti (normative e giurisprudenziali) e delle sedi (dei diversi livelli territoriali) dalle quali promanano.

In un contesto in cui ogni Stato ha «in parte il carattere di apertura e della penetrabilità, in parte quello della chiusura e della permeabilità, i sistemi economico-finanziari dei vari paesi risultano interconnessi e interdipendenti»,[14] senza però né un livello territoriale destinato a governarne le dinamiche, né tanto meno istituzioni globali in grado di farlo.[15]

A fronte dell'inesistenza di un governo globale, è dunque ancora lo Stato nazionale che nel proprio territorio è destinato a mantenere la responsabilità ultima della tutela della collettività e dei suoi interessi, ed è evidente il disallineamento tra la permanenza della responsabilità ultima della tutela in capo allo Stato nazionale e fenomeni non da questo governati, come ad esempio una finanza mondiale ormai divenuta indipendente dagli Stati e, nei suoi aspetti patologici e speculativi (che hanno dato luogo alla crisi economica 2008-2011), anche dall'economia reale.

Secondo Giampaolo Rossi, il disallineamento tra poteri e responsabilità,

[14] Così G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in Riv. It dir. Pubbl. Comun., 3, 2014, p. 1 ss. (anche in Astrid Rassegna, n. 3, 2014) che preferisce alla definizione di 'economia globalizzata', quella di 'economia semi-globalizzata', per esprimere il disallineamento secondo cui la competizione globale avviene contestualmente sia tra i diversi paesi europei e sia tra questi e gli altri stati extraeuropei, i principali dei quali hanno dimensioni subcontinentali. Secondo l'Autore il grado di permeabilità e di apertura degli ordinamenti è diverso non solo tra paesi extra-UE e paesi europei, ma anche tra questi ultimi, con la conseguenza paradossale, sul fronte delle imprese pubbliche ad esempio, che ai processi di privatizzazione di alcuni settori, non si sostituiscono imprese private ma imprese pubbliche di altri paesi, che intanto creano imprese in grado di competere nel contesto globale.

[15] Così ancora G. Rossi, cit., p. 2. Aveva efficacemente evidenziato che uno Stato mondiale «correrebbe il rischio di disgregarsi per mancanza di una forza coesiva», B. Russel (*Autorità e individuo*, trad. it., Milano, Longanesi ed., 1949). In una prospettiva differente muovono le impostazioni che cercano di individuare un unico modello di 'diritto amministrativo globale' (si veda per tutti S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Ed. Laterza, Bari 2006; Id., *Diritto amministrativo globale*, Torino, Einaudi, 2009), sottolineando il ruolo essenziale delle corti nella costruzione di un sistema giuridico globale, pur nella consapevolezza che «nello spazio giuridico globale non c'è unità, sia nel senso che vi sono centonovantadue stati, sia nel senso che vi sono circa duemila regimi regolatori diversi» (S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli editore, 2009, p. 92). Nel diluirsi della sovranità statale, e nella frammentazione dei sistemi giuridici, «sono i giudici nazionali, sopranazionali e globali a supplire alla incapacità dei governi nazionali (...) a coprire i vuoti fra i diversi sistemi; il diritto prende lentamente il posto della politica nell'arena globale (...) verso il riconoscimento di un nucleo di principi 'superiori' che appartengano ad ognuna delle tradizioni giuridiche».

e quindi la condizione di inadeguatezza rispetto alle funzioni da assolvere, riguarda innanzitutto l'Unione europea e i singoli Stati membri, dove lo squilibrio è più marcato per effetto di un processo di integrazione europea (che nell'ultima fase sta subendo alcune battute di arresto) non ancora compiuto e del quale è difficile ipotizzare la fine.

Come era inevitabile nel processo di unificazione europea, gli Stati membri perdendo la sovranità sulla moneta e diminuendo sensibilmente la possibilità di ampliare la sfera pubblica e gli aiuti alle imprese, sono stati privati delle tradizionali leve finanziarie ed economiche da utilizzare in funzione anticiclica in momenti di crisi recessive. Tuttavia, questa quota di sovranità non si è trasferita dagli Stati all'Unione, nonostante gli importanti strumenti che cerca di utilizzare la Banca Centrale Europea; semplicemente si è persa, mentre continuano a disporne (o ne dispongono in misura maggiore) gli Stati extra U.E. Vi è, per i paesi europei e per l'U.E. nel suo complesso, un vuoto istituzionale, che è maggiore di quello che a tutti gli Stati, anche di grande dimensione, deriva dalla apertura al c.d. 'mercato globale'.

Tutto ciò è sintetizzato efficacemente da Giampaolo Rossi utilizzando in modo diverso una frase di Jean Monnet: se questi teorizzava una Europa che «non fait, fait faire», secondo Giampaolo Rossi l'attuale contesto è tale da potersi affermare che l'Europa «non fait et non fait faire». Rossi sottolinea come «l'attenzione delle istituzioni europee è volta essenzialmente a impedire agli Stati di utilizzare il pubblico potere per favorire le proprie imprese rispetto a quelle concorrenti degli altri paesi membri. Inoltre, non si possono fare 'campioni nazionali' (imprese dominanti o comunque competitive nel contesto mondiale) ma non si fanno 'campioni europei'».

«È una Unione girata verso l'interno, su se stessa, anziché, come dovrebbe, verso l'esterno, per reggere il confronto con gli Stati di grandi dimensioni».

Questo 'vuoto di potere' va però colmato perché non può che avere, pena l'implosione del progetto europeo, carattere transitorio; la soluzione che Giampaolo Rossi indica è che la situazione evolva nell'esercizio da parte dell'Unione, trasformata in stato federale, di quelle funzioni che la generalità degli stati esercita e che attualmente sono sottratte agli stati membri e non sono esercitate dall'Unione.[16]

La trasformazione dell'Ue in uno Stato compiutamente federale è la nuova sfida che i giuristi, prima di tutto interpreti del loro tempo, sono chiamati a raccogliere per il rilancio del suo ruolo e per superare le complicazioni derivanti dal citato disallineamento istituzionale tra assenza

[16] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata*, cit., p. 32.

di poteri efficaci e responsabilità ultima nel perseguimento dei diritti.

Sul fronte del rapporto tra intervento pubblico e iniziativa privata, l'evoluzione più recente dimostra e il relativo contesto consigliano di abbandonare *a priori* concettuali o soluzione estreme che assolutizzino il polo del mercato o quello dell'intervento pubblico.

5. *Autonomie territoriali locali e servizi pubblici locali*

Nella produzione scientifica di Giampaolo Rossi è stata molto significativa l'attenzione alle autonomie locali nella consapevolezza della necessità di ricerca di un delicato equilibrio tra esigenze di autonomia, e quindi di articolazione, da un lato, ed esigenze di unità dell'ordinamento, dall'altro.

Il tema è stato ad esempio affrontato dopo la riforma del titolo V del 2001, e Giampaolo Rossi, pur nella consapevolezza che non esistono soluzioni ottimali, è stato uno dei primi (e pochi all'indomani della riforma) a denunciare in più occasioni i difetti genetici di una riforma che nel potenziare l'autonomia locale non aveva chiarito il punto di equilibrio tra le due opposte esigenze non determinando, ad esempio, quale fosse il «grado di disuguaglianza accettabile» per l'ordinamento[17].

Ma il tema dell'autonomia locale è stato sempre al centro della riflessione dell'Autore consapevole che la gran parte degli istituti e delle innovazioni del diritto amministrativo sono stati anticipati e/o sperimentati a livello locale prima di divenire regole di carattere generale (es. obbligo di motivazione del provvedimento, prime forme procedimentali, ecc.).

Del resto proprio in tema di servizi pubblici, la legge statale del 1903, sulle c.d. aziende municipalizzate che gestivano i servizi pubblici, stabilì in termini formali ciò che i comuni potevano e non potevano fare in queste materie, ma in realtà disciplinò un fenomeno che era già stato sviluppato spontaneamente dai comuni.

A partire dalla generale riforma della legge 142/1990, Giampaolo Rossi è intervenuto più volte in tema di autonomie locali e soprattutto con riferimento alla tematica dei servizi pubblici locali e alla sua mutevole tumultuosa disciplina.

Se nei paragrafi precedenti si sono anticipate le riflessioni dell'Autore

[17] L'espressione è in G. Rossi, A. Benedetti, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in Il lavoro nelle pubbl. ammin., n. 1/2002, p. 22.

sul ruolo e i limiti dell'ente territoriale nell'individuazione del servizio pubblico[18] e della conseguente definizione dell'ambito della sfera pubblica, nel presente paragrafo si evidenziano le riflessioni su una chiave di lettura del contenuto dell'autonomia locale alla luce della quale l'Autore affronta i problemi specifici.

In particolare, ci si riferisce alla critica che Giampaolo Rossi muove alla c.d. autonomia privata degli enti locali, che questi avrebbero al pari degli altri enti pubblici, in quanto persone giuridiche.

Giampaolo Rossi sul presupposto teorico, elaborato in diversa sede,[19] che il potere deriva da ogni corpo sociale, evidenzia come la legge statale non sia

[18] Come si è visto, l'ambito del servizio pubblico, nei limiti posti dalla normativa europea, è definito dai vari enti territoriali sia pure con differenti ruoli a livello statale e locale. Anche se l'ente territoriale può assumere una determinata attività e istituire il servizio pubblico se ciò corrisponde ad un interesse la cui soddisfazione è ritenuta necessaria, il concetto non è facilmente individuabile per le attività non caratterizzate da doverosità dell'esercizio per previsione legislativa. Nel manuale *Diritto amministrativo* del 2005 Giampaolo Rossi procedeva ad un esempio in relazione all'attività cinematografia che non è sicuramente tra quelle che rientrano nell'ambito dei servizi pubblici. «Se in un paese di poche migliaia di abitanti non c'è un cinema e non ve ne sono nei paesi limitrofi, il Comune potrà legittimamente decidere di assicurare ai propri cittadini la presenza di una sala cinematografica?» Nel particolare contesto dato, quest'attività può farsi rientrare nell'ambito della nozione di servizio pubblico? L'esempio era nato dopo il soggiorno in un piccolo paese dell'Irpinia di meno di 5000 abitanti in cui fino al 2014 è stata attiva una sala cinematografica tenuta aperta dalla proprietà nonostante la non convenienza economica. L'Autore precisava la natura provocatoria dell'esempio che veniva utilizzato per suggerire cautela rispetto alle assolutizzazioni del mercato perché, sottolineava, «il rischio di dilatazione eccessiva della nozione di servizio pubblico è almeno equivalente al rischio che, con le progressive liberalizzazioni, attività di soddisfazione di bisogni, anche primari, perdano i profili di garanzia che devono accompagnarle». A parte il carattere provocatorio, l'esempio sottolineava comunque un elemento di ambiguità della nozione, tuttavia doveva esprimere un'esigenza reale. Non è un caso infatti se in seguito quel Comune ha poi assunto una delibera (Delibera di giunta del Comune di Montecalvo Irpino, AV., del 13 maggio 2017) diretta a verificare la possibilità di acquistare la sala cinematografica dalla proprietà. È curioso leggere nella premessa della decisione motivazioni che richiamano connotazioni tipiche della nozione di servizio pubblico : «in paese oramai da qualche anno ha chiuso i battenti il locale della famiglia (….) che per tanti anni ha assicurato alla comunità il servizio di proiezione cinematografica; la circostanza ha privato i cittadini della possibilità di recarsi al cinema se non percorrendo decine di chilometri per raggiungere le sale funzionanti più vicine; il venir meno del servizio può risolversi in un impoverimento culturale per la popolazione residente che, tra l'altro, ha pure perso l'opportunità di utilizzare il locale (talvolta a pagamento, altre volte gratis) per rassegne locali e/o per l'esibizione di compagnie provenienti da altri paesi; di fatto in paese con il venir meno del Cinema (….) non esistono locali che consentano anche lo svolgimento di manifestazioni pubbliche, convegni e/o iniziative allargate alla popolazione».

[19] L'Autore si occupa della questione in particolare in *Gli enti pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 62 ss.

la fonte di legittimazione ma solo il limite dell'autonomia degli enti locali, che ha invece la fonte di legittimazione nella Costituzione. Ne deriva che «gli organi di controllo amministrativi e giurisdizionali non devono valutare la legittimità degli atti sotto il profilo della mera rispondenza al dettato normativo, quanto piuttosto sotto il diverso profilo della compatibilità con lo stesso».[20] Ciò consente di abbandonare la c.d. autonomia privata degli enti locali, che l'Autore considera uno «stratagemma per superare vincoli non direttamente imposti dalle norme, ma da una erronea interpretazione restrittiva delle stesse». La legge allora individua il vincolo esterno, non il contenuto dell'autonomia, e in questa chiave l'Autore affronterà nei diversi lavori in materia il problema dell'ambito effettivo dell'autonomia statutaria che riguarda anche l'ordinamento dei servizi pubblici, la questione della tassatività o meno delle forme di gestione previste dalla legge n. 142/1990, e le questioni poste dalla successiva evoluzione, come ad esempio la possibilità per gli organismi di gestione di operare anche al di fuori del territorio dell'ente territoriale di riferimento, la precisazione di alcuni vincoli comunitari, quali i limiti all'affidamento diretto del servizio, l'*in house providing*, le modalità di scelta del socio privato in una società mista, la definizione degli ambiti territoriali ottimali, le regole che disciplinano il rapporto con i terzi delle società di gestione di servizi locali, le implicazioni della formula del consorzio, ecc.

L'Autore è però consapevole che la definizione del perimetro entro cui esercitare l'autonomia locale è tanto più incerta quanto più i vincoli e i limiti esterni posti dalla legge cambiano continuamente senza rispondere ad una logica di fondo precisa.

La disciplina statale in tema di servizi pubblici locali è stata infatti caratterizzata da estrema instabilità; di fronte agli alluvionali e continui cambiamenti della disciplina legislativa, Giampaolo Rossi tenta di ricomporre il quadro andando alla ricerca del 'filo di Arianna' cercando però di evidenziare le ragioni di una simile complessità.

Le ragioni secondo il maestro non sono tanto da imputare semplicemente alla normale logica di contrasto tra interessi, come c'è da aspettarsi in ogni processo di produzione normativa, quanto piuttosto alla mancanza di parametri istituzionali e culturali sufficientemente definiti, e in particolare: «il deperimento degli enti territoriali in un contesto globalizzato, l'oscillazione ciclica fra la preferenza per il 'pubblico' e per 'il privato', la sovrapposizione di competenze con conseguente confusione nelle fonti, nelle attribuzioni

[20] G. Rossi, *I servizi pubblici locali tra vincoli e autonomie*, in Quaderni del pluralismo, 1988, p. 4.

e nelle responsabilità, l'incerto assetto dell'Unione europea che toglie sovranità agli stati senza gestirne una propria».[21]

In un simile quadro, Giampaolo Rossi sottolinea la necessità di una nuova riflessione che sia diretta a ricercare coordinate di lungo periodo che sono mancate nelle politiche legislative degli ultimi 20 anni, determinando la contraddizione, se non il paradosso, per cui «l'autonomia degli enti locali non è mai stata tanto enfatizzata, quanto contemporaneamente compressa».

Ancora una volta nella riflessione di Giampaolo Rossi l'invito è a «prendere in considerazione i diversi interessi da tutelare nei singoli settori e cercare di ricomporli secondo l'indirizzo politico prescelto, senza cedere ad apriorismi e a non assolutizzare formule ottimali, perché semplicemente non esistono». Coerentemente con l'impostazione metodologica di fondo della sua riflessione Giampaolo Rossi ritiene che in fasi come quella attuale di profonda trasformazione, «la riflessione deve limitarsi a rintracciare alcune coordinate essenziali sulle quali ricostruire le diverse opzioni possibili».[22]

6. *Autorità e consenso nella definizione della nozione di servizio pubblico. Le implicazioni del metodo essenziale e gradualista*

Giampaolo Rossi definisce il servizio pubblico come l'attività non autoritativa che consiste in prestazioni dirette a soddisfare interessi a protezione necessaria.

Si tratta di una definizione essenziale che, in linea con il metodo applicato, cerca di mettere in evidenza il tratto caratterizzante della nozione di servizio pubblico i cui confini rimangono però sfumati, e che origina dalla constatazione che la eterodeterminazione da parte del pubblico potere del fine di una attività ('funzionalizzazione') ne modifica la natura giuridica, sottraendo al soggetto agente la disponibilità della determinazione del fine.

Se il servizio pubblico è attività non autoritativa funzionalizzata al soddisfacimento di interessi a protezione necessaria, il servizio universale (come definito anche dalla normativa europea) si pone in un rapporto di specialità: esso consiste nello stesso tipo di attività ma rivolta esclusivamente a garantire quel livello minimo di soddisfacimento degli interessi considerato come imprescindibile da parte di un ordinamento.

[21] Così G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, cit. p. 381.

[22] Così ancora G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, cit., p. 386.

Anche così definita la nozione può continuare a presentare margini di indeterminatezza in quanto non soltanto non tutte le attività non autoritative costituiscono servizio pubblico ma anche la modalità autoreferenziale con cui viene determinato il dato giuridico non agevola la distinzione di cosa sia da cosa non sia servizio pubblico (si evidenzia infatti che la natura di servizio pubblico viene fatta dipendere dalla presenza di alcune conseguenze che esistono in quanto un determinato servizio sia pubblico).[23]

In questa prospettiva si inquadra la distinzione tra 'pubblica funzione' (intesa come attinente al funzionamento della vita collettiva e realizzata con strumenti autoritativi) e 'pubblico servizio' (inteso come attività non autoritativa per l'erogazione di prestazioni dirette a soddisfare interessi a protezione necessaria) elaborata nello scritto ripreso dal manuale 'Principi di diritto amministrativo'.

Va precisato che non ogni attività 'non autoritativa' è da considerare servizio pubblico e lo stesso confine tra strumenti autorititativi e non autoritativi rimane labile.

Esistono infatti profili in cui l'attività inerente i servizi pubblici è resa con strumenti autoritativi.

Innanzitutto i profili autoritativi attengono alla doverosità della prestazione (sancita da norme penali) non solo per chi deve erogarla, ma anche per chi deve beneficiarne (es. obbligo scolastico; vaccinazioni obbligatorie).

A monte del servizio, cioè nella fase organizzativa, vi possono essere ulteriori profili autoritativi che vanno dalla espropriazione della proprietà privata per la realizzazione delle infrastrutture necessarie, alla previsione di sistemi di autorizzazione o accreditamento per l'accesso alla gestione del servizio, alla verifica della idoneità a svolgerlo.

In alcuni casi il rapporto fra gestore del servizio e utente è di tipo amministrativo e quindi i versamenti a carico degli utenti si configurano come tassa; oppure anche se il rapporto ha natura privatistica non esclude connotazioni pubblicistiche, come quando il gestore infligge una sanzione amministrativa all'utente (es. per il mancato pagamento del biglietto ferroviario).

In altri casi l'attività di prestazione è seguita da atti amministrativi di

[23] La natura di servizio pubblico determina alcune conseguenze: la prestazione del servizio ha il carattere della doverosità; se un'attività è servizio pubblico le forme di gestione sono regolate da norme adottate da vari enti territoriali; sia pur in determinati e ristretti limiti gli enti territoriali possono limitare o conformare le attività di servizio pubblico; gli atti che individuano forme di gestione, e il soggetto che deve gestirli, eventuali provvedimenti di vigilanza e controllo sono attribuiti almeno di regola alla giurisdizione del giudice amministrativo.

carattere abilitativo (es. titolo di studio universitario).

Di tipo pubblicistico è la procedura di selezione del soggetto incaricato della gestione del servizio pubblico se l'ente non provvede direttamente. È di tipo pubblicistico il sistema dei controlli che presiede alla verifica del regolare assolvimento del servizio.

Il dato da cui prende le mosse il ragionamento è l'assenza di una corrispondenza tra il tipo di attività amministrativa (sia essa relativa al funzionamento della vita collettiva, al benessere e all'erogazione di servizi pubblici, o alle imprese pubbliche) e gli strumenti giuridici utilizzati. Il regime giuridico dell'attività della pubblica amministrazione dipende infatti dalla natura dell'interesse da tutelare e non anche dalla natura del soggetto che agisce o dagli strumenti che utilizza.

L'assenza di una necessaria corrispondenza viene dimostrato con riferimento alla duplice constatazione che da un lato esistono profili non autoritativi nell'esercizio di pubbliche funzioni (l'Amministrazione può d'altra parte ottenere i fini a cui è preposta la sua azione anche impiegando strumenti privatistici in luogo di poteri autoritativi, ad esempio sottoscrivendo un accordo bonario per la cessione di un terreno altrimenti da espropriare coattivamente) e dall'altro esistono profili autoritativi nei servizi pubblici (sono appunto le ipotesi relative alla doverosità della prestazione, alla fase organizzativa del servizio o al rapporto tra gestore e utente).

Di qui, la constatazione che l'appartenenza alla nozione di pubblica funzione o di pubblico servizio deve essere misurata in concreto secondo il canone della prevalenza dell'elemento autoritativo o dell'elemento consensuale[24].

Ciò porta al completamento delle relative definizioni rispetto alla prima

[24] La commistione tra strumenti autoritativi e non autoritativi aveva spinto in passato Giampaolo Rossi ad avviare una riflessione diretta ad un diverso inquadramento teorico, considerata la complessità degli atti e delle attività di cui si caratterizza lo svolgimento di servizio pubblico. Nel volume Introduzione al diritto amministrativo (Torino 2000) Giampaolo Rossi evidenziava che «l'insoddisfazione che deriva dall'applicazione delle attività di servizio delle categorie provvedimentali ma anche di quelle contrattuali può indurre a ricercare una terza via, una concettuologia giuridica che non dovrebbe essere un ibrido formato da un mix delle due precedenti, ma qualcosa di nuovo, come nuovo del resto è il fenomeno che si vuole qualificare. […] Si potrebbe dunque ritenere che accanto all'attività provvedimentale e a quella contrattuale o fondata comunque su obbligazioni di diritto privato, si possa configurare una 'attività di gestione' avente proprie connotazioni» (p. 269). La suggestione, che in ogni caso segnalava la difficoltà di tenere insieme elementi autoritativi e consensuali, viene però abbandonata nei lavori successivi e non ve n'è più traccia già nel manuale in due volumi *Diritto amministrativo* del 2005. L'idea di un *tertium genus* viene evidentemente ritenuta sbagliata e contraria all'impostazione metodologica assunta alla base della sua analisi di giurista e oggetto di riflessione specifica in quegli anni; il saggio dedicato ai problemi di metodo è infatti del 2004.

formulazione sopra riportata con l'inserimento accanto alla qualificazione della natura dell'attività (autoritativa o consensuale) dell'avverbio 'prevalentemente'. Non si tratta però di un integrazione priva di rilievo dal momento che consente di aumentare la capacità esplicativa delle stesse nozioni: in un'unica fattispecie può essere così ricompreso il dato che prima si prestava ad essere suddiviso perché conteneva in sé elementi dell'uno e dell'altro (l'esempio è l'attività di insegnamento).

Ammettere la possibilità dell'esercizio di attività autoritative anche mediante strumenti di carattere privatistico così come l'impiego di strumenti pubblicistici in attività prestazionali non autoritative pone ovviamente la questione di valutare l'idoneità degli strumenti provvedimentali o contrattuali rispetto alle finalità dell'azione amministrativa.

Il tema diventa quindi quello della negoziabilità del potere amministrativo. Come viene chiaramente messo in evidenza la problematica del carattere negoziale o meno del potere deve essere però limitata esclusivamente ai modi di esercizio dello stesso, dato che per la natura doverosa che lo connota non è certo possibile ipotizzare una negoziabilità dei fini.

Circoscritto l'oggetto dell'indagine agli strumenti con cui l'Amministrazione agisce occorre verificare l'ipotesi se esista una piena intercambiabilità tra gli strumenti pubblicistici ('provvedimento') e privatistici ('contratto') oppure se si debba ritenere necessaria la coesistenza di elementi dell'uno e dell'altro.

Il ragionamento svolto in particolare nello scritto 'Riflessioni sulla negoziabilità del potere amministrativo'[25] parte dalla constatazione della diversità di tali strumenti che corrisponde alla diversità dei rapporti sottostanti: il rapporto di diritto privato si caratterizza per una linearità – riconducibile alla corrispondenza di una situazione attiva di diritto con una situazione passiva di obbligo – che nel rapporto pubblicistico lascia invece spazio a una complessità imposta dalla compresenza di interessi sia privati sia sopraindividuali.

Le rispettive caratteristiche (per il provvedimento: unilateralità e imperatività, produzione degli effetti anche in caso di invalidità; per il contratto: consensualità, patrimonialità del rapporto) non consentono l'utilizzo di tali strumenti in relazione a finalità completamente diverse da quelle per cui sono stati creati (come la garanzia dei diritti della persona

[25] Relazione al Convegno *Estetica, salvaguardia e sviluppo del territorio. Riflessioni per un nuovo approccio urbanistico*, Comune di Roma, 9 marzo 2015, inedita e ora pubblicata in G. Rossi, *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica – Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, coordinamento a cura di D. Pappano, Volume I, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 441 ss.

esclusivamente a mezzo degli strumenti privatistici) o comunque lo rendono più complesso e forzato, richiedendo quindi nella maggioranza delle ipotesi un utilizzo combinato di strumenti sia pubblicistici sia privatistici per il soddisfacimento degli interessi a protezione necessaria. La combinazione di tali elementi dà luogo a fattispecie 'miste' (che costituiscono articolazioni delle polarità contratto e provvedimento) la cui disciplina deve essere determinata sulla base dell'applicazione del criterio della prevalenza (in particolare, potranno aversi due categorie di fattispecie una a base pubblicistica con elementi consensuali e l'altra a base contrattuale con elementi di diritto pubblico). Si tratta di un'impostazione dotata di una particolare forza chiarificatrice che, proprio perché immune dal rischio di incorrere negli effetti fuorvianti delle generalizzazioni assolutizzanti (rischio che è decisamente alto nel settore dei servizi pubblici come dimostrano gli effetti delle sentenze della Corte costituzionale sulla natura di prezzo della tariffa del servizio idrico – n.335/2008, e sulla natura di tassa della tariffa per i rifiuti – n.238/2009) consente di risolvere problemi pratici posti da singole fattispecie concrete in cui diverse gradazioni di pubblico / privato sono fisiologicamente compresenti.

7. *Gli scritti in materia di istruzione*

Gli scritti sulla scuola rappresentano gli scritti della fase iniziale della produzione scientifica di Giampaolo Rossi, che si è occupato del tema fino agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso.[26]

Ad uno specifico lavoro monografico del 1974 in cui l'autore mette a fuoco alcune questioni chiave del settore, si affiancano alcuni lavori su tematiche specifiche di carattere organizzativo.

L autore non è tornato ad occuparsi del tema della scuola successivamente.

Pertanto gli scritti contenuti nel volume non affrontano le fibrillazione successive, fino a quelle più recenti, tuttavia, in essi vi sono la messa a fuoco e l'anticipazione di temi che hanno poi formato oggetto di dibattito e che non appaiono ancora oggi risolti né sul piano dogmatico, né su quello delle soluzioni legislative.

Sotto il primo profilo, ciascuno degli scritti presenta innanzitutto attenzione al dato storico, ricercato per comprendere le peculiarità di un settore connotato da continue tensioni di riforma che, tuttavia, non sono

[26] Gli scritti occupano un periodo temporale del 1970 al 1993.

valse ad offrire un assetto stabile e soddisfacente.

L'assetto normativo tempo per tempo vigente viene analizzato inquadrando gli aspetti organizzativi nella prospettiva della loro strumentalità rispetto alla funzione, cioè rispetto agli interessi da soddisfare, partendo dal dato costituzionale per misurarne il grado di attuazione e le potenzialità in termini di guida interpretativa.

Il tutto, tenendo presente la dinamica concreta delle relazioni fra Stato, autonomie, singole posizioni organizzative, soggetti coinvolti e riuscendo ad evitare, attraverso tale impostazione circolare fra analisi diacronica, norma, organizzazione, interessi e assetti di fatto, le insidiose trappole che in un settore complesso e in continua evoluzione possono manifestarsi in analisi viziate da pregiudizi ideologici e da modelli interpretativi che tendono a sovrapporsi piuttosto che a rispondere alla reale sostanza delle cose.

Il tutto senza enfatizzazioni di carattere ideologico, come dimostra la trattazione del tema della scuola privata che, ben lungi dall'essere rappresentato con le enfatizzazioni e le contrapposizioni ideologiche nelle quali spesso indulge anche il dibattito scientifico, è collocato come possibile espressione di autonomia e di confronto.

I punti caratterizzanti dell'elaborazione di Giampaolo Rossi, sono evidenziati in via generale e complessiva nella monografia del 1974[27] ma sono rintracciabili anche nei diversi saggi minori dedicati a temi specifici.

Negli scritti sulla scuola vi è già traccia dell'idea che sarà centrale nei lavori della maturità e che contribuirà a dare corpo ad un filone di studi diretti a guardare il fenomeno amministrativo dal punto di vista dell'organizzazione, svelando dinamiche altrimenti invisibili dalla prospettiva della sola attività. Secondo l'Autore, la tutela degli interessi parte dall'organizzazione e non è confinata all'attività amministrativa, e nella scuola lo stretto rapporto che normalmente deve legare l'organizzazione alla cura degli interessi deve essere, se possibile, anche maggiore, dipendendo il risultato in maniera essenziale per molti aspetti proprio dagli assetti burocratici.

Il legame fra organizzazione ed attività viene declinato nei temi della partecipazione, del diritto allo studio, della libertà di insegnamento, per un verso costretta dal vincolo derivante dalla predeterminazione burocratica dei programmi e delle attività, per altro verso ingiustificatamente indifferente rispetto alla partecipazione dei portatori di interessi.[28] Il controllo burocratico

[27] G. Rossi, *La scuola di Stato. Problemi storici e giuridici nella prospettiva di riordinamento dei pubblici poteri*, Roma, 1974.

[28] G. Rossi, *Osservazioni preliminari per una analisi giuridica delle attuali evoluzioni del settore scolastico*, in Atti del convegno internazionale del diritto scolastico, Milano, Giuffré 1972, pp. 258 ss.

sui programmi e sulle modalità del risultato finale – seppure in un contesto che non si presenta del tutto monolitico ed omogeneo – finisce con il condizionare, anche in termini di «non disponibilità all'innovazione del sistema scolastico»,[29] la flessibilità e la stessa nozione di autonomia della scuola.

L'osservazione, che, come si è detto, attraversa, anche da un punto di vista diacronico, le vicende dell'organizzazione, dell'autonomia, degli interessi, non trascura la collocazione degli enti di diversa natura che affiancano le istituzioni scolastiche in senso stretto in formule sia pubbliche, sia private, che tuttavia rimangono marginalizzate proprio dalla centralizzazione delle funzioni di controllo e di predisposizione dei contenuti formativi esercitate nell'ambito dell'amministrazione diretta.[30]

Inoltre, particolarmente significative sono le considerazioni sull'autonomia scolastica, costruita dal legislatore con diversità di soluzioni sin dall'impostazione contenuta nella legislazione Casati fino a quella gentiliana ed alla decretazione delegata, e individuata sin da subito come problematica non tanto e non solo nelle singoli soluzioni, ma per l'incapacità dei soggetti che ne sono stati di volta in volta titolari, di procedere all'innovazione, quindi di appropriarsi degli spazi loro riconosciuti, e per la loro tendenza alla burocratizzazione, nonché per il carattere assistenziale assunto dalle funzioni introdotte nell'ambito della formazione professionale con riguardo al pur regolato rilievo della continuità e della collaborazione fra scuola e lavoro nell'ambito dell'istruzione tecnica.

La radice comune del problema è individuata nella mancanza di consapevolezza e condivisione della mutata concezione dell'istruzione, che prima «intesa come trasmissione organizzata di conoscenze volta al conferimento di titoli di studio, viene gradualmente sostituita con quella, già in precedenza diffusa fra i pedagogisti e ormai recepita dall'opinione pubblica, di apprendimento organizzato volto alla formazione generale (e, in maniera subordinata, professionale) della persona».[31]

Tale considerazione si inserisce nell'ambito di un altro risultato della ricerca sulla scuola condotta negli anni da Giampaolo Rossi: la peculiarità del rapporto fra accentramento ed autonomia, anzi, per meglio dire, la peculiarità dell'autonomia scolastica[32], che non può essere posta all'interno

[29] G. Rossi, *Enti e organismi di sperimentazione*, in *Riv. giur. della scuola*, fasc. 4-5, 1971, Milano, Giuffré, 1971, p. 2.

[30] G. Rossi, *Enti e organismi di sperimentazione*, cit., pp. 7-8

[31] G. Rossi, *Osservazioni preliminari per una analisi giuridica delle attuali evoluzioni del settore scolastico*, cit.

[32] Cfr. G. Rossi, *Decentramento e articolazione del potere politico e amministrativo*, in Città e Regioni, 1976.

della tradizionale contrapposizione autorità/libertà.[33]

L'autonomia scolastica è, infatti, eccentrica rispetto al tradizionale conflitto fra autorità e libertà, e quindi rispetto agli spazi che la legge riconosce in termini di potere di autodeterminazione.

L'appartenenza del servizio scolastico ad una dimensione che richiede innanzitutto una 'trama omogenea', implica che l'autonomia non va ricercata nella attribuzione di poteri a livello locale o a sedi diverse da quella burocratica accentrata, ma va ricercata nella ricostruzione, in termini diversi rispetto al passato, innanzitutto delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti (studenti, famiglie, docenti, dirigenti scolastici, ispettori) e poi, piuttosto che dei loro poteri in termini di isolata autodeterminazione, dal riconoscimento di posizioni procedimentali partecipative in quanto strumento di condizionamento della volontà dell'amministrazione nella determinazione dei provvedimenti.[34]

È, questa, un'intuizione di portata fondamentale che condiziona, a dire il vero, il futuro sviluppo della riflessione dogmatica non solo nell'ambito della disciplina scolastica, ma più in generale del diritto amministrativo.

Rimane attualissima l'indicazione degli interventi necessari alla realizzazione di un'autonomia scolastica che riesca effettivamente a coniugare la funzione con l'organizzazione burocratica[35], che ha come momento centrale rendere le sedi di partecipazione degli interessati titolari di reali processi decisionali, in quanto la componente per così dire 'laica' si presenta tecnicamente idonea ad intervenire sul buon andamento del servizio e, per la sua composizione e per il suo avvicendamento in funzione dei cicli scolastici, appare poco permeabile a fenomeni di mal costume.[36]

Uno degli spunti di maggiore interesse è la dichiarata esigenza di riforma di quello che oggi è ancora un disegno della dirigenza non del tutto compiuto, accompagnata dalla segnalazione dell'insufficienza di un modello manageriale, apparendo esso insufficiente rispetto alla questione centrale

[33] G. Rossi, *Quale autonomia per la scuola*, in Politica oggi, 1990, n. 35, p. 14 ss.

[34] G. Rossi, *Decentramento e articolazione del potere politico e amministrativo*, cit., p. 65.

[35] G. Rossi, *Le questioni prospettate a riguardo sono trattate particolarmente*, in *Enti e organismi di sperimentazione*, in Riv. giur. della scuola, fasc. 4-5, 1971, Milano, Giuffré, 1971, 806 ss.

[36] Ulteriori capisaldi di una necessaria riforma sono indicati nell'elasticità nel reclutamento (un tema ripreso solo dalla recente riforma, con molti contrasti) e negli orari; nello spostamento della titolarità della libertà di insegnamento verso gli organi collegiali piuttosto che lasciarla solo al singolo docente; nella fissazione a livello burocratico centrale solo degli standard minimi, lasciando per tale via agli organi di autogoverno la reale possibilità di determinare i programmi.

della didattica.[37] Un segnale, questo, che appare finalmente recepito con il riconoscimento della responsabilità del risultato didattico complessivo appunto in capo al dirigente, senza che tuttavia tale affermazione sia ancora legata in maniera soddisfacente per un verso al sistema di valutazione del dirigente medesimo e per altro verso ai suoi poteri di intervento sul servizio, se si eccettua la (peraltro, molto contestata e controversa) possibilità di nomina di docenti.[38] Sempre sul piano organizzativo, interessante notare come con uno scritto dei primi anni '70[39] veniva segnalata l'incompatibilità, in relazione alla funzione e quindi agli interessi, dell'organizzazione del ministero dell'istruzione con quella dei beni culturali, riflessione nel cui ambito emerge anche l'insoddisfazione verso il regime dei beni pubblici, individuando nel vincolo rispetto all'interesse piuttosto che solo nella titolarità della proprietà l'essenza di una corretta regolazione.

[37] Ancora cfr. G. Rossi, *La funzione direttiva e ispettiva nella prospettiva di riforma dell'amministrazione scolastica*, in Atti del convegno nazionale di studio direttori didattici e ispettori tecnici, organizzato dall'associazione italiana maestri cattolici, Rimini 4-8 maggio 1983, p. 22.

[38] Ulteriori interessanti spunti si trovano in tema di autonomia finanziaria, che per quanto eventualmente utile, non appare comunque decisiva per il buon andamento del servizio scolastico (cfr. G. Rossi, Pubblica istruzione e beni culturali, in AA.VV. (coordinati da M.S. Giannini), *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma, Bulzoni editore, 1973, 114), analogamente al conferimento della personalità giuridica ai singoli istituti scolastici (Cfr. G. Rossi, *La funzione direttiva e ispettiva nella prospettiva di riforma dell'amministrazione scolastica*, cit., p. 22 ss.). Una messa a fuoco delle problematiche connesse agli esami di Stato, utile per gli sviluppi successivi, si trova in G. Rossi, *Esame di Stato (voce)*, Enc. Dir. Treccani, XIII 1988.

[39] Ancora in G. Rossi, *Pubblica istruzione e beni culturali*, cit.

Auretta Benedetti*

Un nuovo approccio nello studio del diritto

Caro Giampaolo,
ripercorrere il glossario che raccoglie le nuove definizioni nei tuoi scritti significa, da allieva, confrontarmi con quegli elementi di rottura degli schemi conosciuti e di avanzamento delle conoscenze che hanno segnato anche il mio percorso di apprendimento e di crescita.

Mi piace, perciò, evidenziare, a partire dallo scritto, ciò che emerge in filigrana dalle nuove definizioni ovvero quel tessuto connettivo in cui si manifestano le tue attitudini peculiari di studioso, con cui mi sono confrontata e che si manifestano anche in questo dibattito che hai promosso.

In primo luogo, ho sempre trovato estremamente fecondo il tuo approccio di studioso intimamente anti-formalista e anti-positivista, sempre volto a ricercare, sin dai tuoi primi scritti (penso in particolare a quelli in tema di enti pubblici associativi) l'intimo collegamento tra fenomeno giuridico e realtà sociale.

Proprio la consapevolezza della complessità e della frammentarietà della realtà sociale, che non si piega alla linearità degli schemi binari (pubblico/privato; provvedimento/contratto; collettivo/individuale) entro i quali la dogmatica giuridica pretende di racchiudere i fenomeni amministrativi, costituisce la cifra stessa dello svolgersi della tua riflessione scientifica.

Penso agli scritti in tema di attività contrattuale delle amministrazioni, nei quali viene definita del tutto sterile la pretesa di ricostruire il regime dell'attività delle amministrazioni sulla base del solo strumento utilizzato (provvedimento/contratto), a prescindere dal tipo di attività svolta e, soprattutto, dalla natura degli interessi perseguiti.

Ci hai insegnato come bisogna sospettare della figura del giurista che seziona ogni parola di un comma di legge, alla ricerca dell'interpretazione coerente, essenzialmente, con la propria logica, magari una logica astratta, un disegno perfetto e in linea con il moto oscillatorio del pendolo delle idee di quella particolare fase storica. Questa sana diffidenza è lo strumento per accendere una luce sulla dinamica degli interessi concreti che hanno

* Associato confermato di diritto amministrativo, Università di Milano Bicocca.

portato a trovare una mediazione in una formula giuridica, magari anche volutamente oscura. «Una norma si conosce più per come è nata che per come effettivamente è»: un'istruzione preziosa questa, contenuta nell'introduzione del volume «Gli enti pubblici», che aiuta a cogliere quei significati che non sono scritti, perché nell'interpretazione le esigenze che hanno portato ad un certo svolgimento sono esse stesse parte del significato che la formulazione delle parole non riesce necessariamente ad esprimere. Sovrapporre la propria logica, piegando la formulazione (spesso oscura) delle norme a elementi giustificativi della propria visione della società e del ruolo delle istituzioni è fuorviante oltre che discutibile.

La tua visione antiformalista del diritto si è sempre sposata con un'apertura dello sguardo alle altre discipline, sempre nel loro intimo collegamento con la manifestazione dei fenomeni sociali: il diritto privato, la sociologia, la scienza politica… In uno dei nostri incontri con Giannini, facesti tuo, divertito, il suo invito a non studiare solo diritto per non correre il rischio di diventare 'stoccafissi giuridici'. Questa apertura dello sguardo è alla base del respiro che si coglie nei tuoi scritti, specie in quelli introduttivi in cui ripercorri lo sviluppo del diritto amministrativo o in quelli in cui descrivi gli scenari economico/giuridici nella loro evoluzione e nelle loro proiezioni future.

Coerentemente a questo approccio, ho sempre trovato estremamente stimolante il tuo approccio 'irriverente' verso ciò che trova il maggiore (e acritico) consenso, espressione, forse, di un'originaria vena gianniniana.

Non che questo atteggiamento non sia stato anche fonte di fatica per i tuoi allievi… Nel periodo in cui fiorivano gli scritti sull'interpretazione sulla legge 241/1990, e in special modo sugli articoli più immaginifici, come quello sugli accordi tra amministrazioni e privati, tu ci chiedevi di capovolgere lo sguardo e partire dal 'basso', dalla fenomenologia amministrativa, nell'incontro con il diritto positivo, ricordandoci sempre che una norma può essere cancellata, facendo cadere le pur intere biblioteche che possono esserci state scritte sopra.

Da tempi non sospetti ci hai invitato a non inseguire, con i nostri scritti, gli slogan del momento, come quello della semplificazione: il tempo ti ha dato ragione, dimostrando che può diventare artificio e, addirittura, 'complicazione' se sganciata al suo naturale collegamento con l'organizzazione.

Penso anche alla tua avversione per i tentativi dottrinari (e del diritto positivo) di ricondurre l'attività delle amministrazioni ad una sorta di 'diritto comune', nella consapevolezza che 'impostata nei termini

dell'astratta preferenza per l'uso del diritto pubblico o di quello privato da parte delle pubbliche amministrazioni, la disputa è destinata a restare senza una giustificazione scientificamente valutabile'.

E già nel saggio pubblicato nella rivista Diritto pubblico nel 1998 avevi messo in discussione l'assunto, sul quale c'era (e forse c'è ancora oggi) un diffuso consenso, circa la generale utilizzabilità dello strumento contrattuale a fini pubblici: una critica che non poggiava tanto su di un'astratta 'preferenza' per gli strumenti pubblicistici, ma proprio sull'esigenza di affermare e difendere le autentiche istanze di libertà negoziale e di autonomia che sottostanno al modello civilistico di contratto, e che, come tali, non necessariamente rendono il contratto (e i rimedi che lo connotano) sempre e comunque lo strumento preferibile nell'esercizio di attività doverose, quali sono quelle pubbliche.

Penso alla teoria sulle società per azioni pubbliche, che tanto scalpore ha suscitato, alimentando un dibattito che ancora oggi è vivo, ma che non nega più, *a priori*, l'esistenza di società in grado di coniugare 'forma' privata e 'natura' pubblica.

La tua capacità di attraversare gli steccati disciplinari è alla base del successo dei tuoi scritti su materie come il diritto dell'ambiente o sul rapporto tra diritto pubblico e privato nell'economia 'semi-globalizzata'.

Infine, vorrei richiamare una tua ulteriore attitudine, che ti ha proiettato ben oltre un certo tipo di 'decostruttivismo' di stampo gianniniano, ovvero l'attenzione non solo ai contenuti cui occorre indirizzare la ricerca, ma anche alla metodologia di indagine.

Il riferimento va alle tue indicazioni, da molti ritenute illuminanti, sulla metodologia utile a muoversi nella complessità, senza rinunciare alla definizione di categorie, imprescindibili per un giurista, perché senza le corrette lenti di osservazione non solo la realtà può apparire distorta o appannata, ma può non essere realmente colta nelle sue poliedriche espressioni.

Come evidenziato nei tuoi contributi dedicati ai problemi metodologici, i binari lungo i quali deve muoversi l'interprete sono, infatti, quelli di un metodo definito 'essenziale e gradualista': essenziale perché il giurista deve spingersi all'individuazione dei contenuti elementari e imprescindibili delle nozioni, alla comprensione della dinamica 'nucleare' degli interessi che sono alla base dei singoli istituti, che consentano la comprensione dei fenomeni stessi secondo un sufficiente grado di obiettività; al contempo, 'gradualista' perché, proprio per quanto si è venuti fin qui dicendo, la comprensione dei fenomeni amministrativi, nella loro complessità, non può che procedere

secondo una 'scomposizione e ricomposizione' degli elementi componenti. Sicché gli 'elementi comuni' consentono di definire le categorie, quelli differenziali di stabilire le 'gradazioni', secondo una metodologia che mutua la propria dinamica dall'insiemistica e dalla teoria dei sistemi.

Si tratta di un metodo che ti ha consentito di offrire una visione 'non convenzionale' di nozioni come provvedimento, servizio pubblico, diritto soggettivo.

La metodologia della scomposizione ti ha consentito di offrire una lettura originale sul fenomeno degli enti pubblici (associativi e non), sui quali per certo tempo il dibattito dottrinario era sembrato arenarsi, offrendo chiavi preziose di ricostruzione della categoria, lungo il duplice binario del rapporto tra enti pubblici e fenomeno sociale, da una parte, e enti pubblici e Stato, dall'altra.

D'altro canto, l'approccio 'nucleare' ti ha consentito di definire la nozione di «interesse a soddisfazione necessaria», che attraversa i tuoi scritti in materia di organizzazione, di attività e di giustizia, come una sorta di collante ultimo di una visione positiva del potere pubblico, anche nella sua dimensione autoritativa, proprio perché non libera ma doverosa.

Mi piace ricordare, in ultimo, il tuo invito alla 'essenzialità', figurativamente rappresentato dalla scelta che hai fatto di identificare la raccolta dei tuoi scritti con l'immagine della pietà Rondanini in copertina.

Proprio quell'immagine, che in modo così straordinario coniuga incompiutezza e pienezza, restituisce plasticamente la tua cifra di studioso, capace di sovvertire gli schemi classici e di aprire, con pochi tratti, inesplorati orizzonti di ricerca e di decodificazione della complessità, offrendo un contributo imprescindibile all'avanzamento della scienza del diritto amministrativo.

Alfredo Moliterni*

Il metodo gradualista, il rapporto diritto pubblico-diritto privato e il ruolo della dimensione giurisdizionale

Non è un compito agevole tentare di organizzare, in forma scritta, le molte suggestioni che l'opera di Giampaolo Rossi – e le intense pagine della *Guida alla lettura* – sono in grado di restituire al lettore. Proverò a farlo soffermandomi in prima battuta su alcuni profili di ordine metodologico, per poi concentrarmi sulla specifica problematica del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato e, infine, sulla questione della tutela giurisdizionale e del rapporto tra giudice e amministrazione.

1. Sotto il profilo metodologico, la forte e costante attenzione per la realtà dei fenomeni sociali, e per la loro complessità, contribuisce a fare emergere in maniera nitida una diffusa insoddisfazione di Giampaolo Rossi per molte delle 'certezze' su cui si è fondata la scienza giuridica moderna, anche in ambito pubblicistico[1]. Tuttavia, tale approccio critico non conduce soltanto ad una de-costruzione delle categorie giuridiche e alla conseguente rinuncia a qualsiasi opera di ri-costruzione e ri-composizione del reale in forme giuridiche. Sulla scia dell'insegnamento di Massimo Severo Giannini, la critica sferzante, anti-dogmatica (e talvolta irriverente) nei confronti di alcune costruzioni dogmatiche è accompagnata dal tentativo di sperimentare la costruzione di nuove geometrie che non siano però del tutto slegate dall'immanenza del reale.

È in questa tensione dinamica tra de-costruzione e ri-costruzione che si apre lo spazio fecondo per l'applicazione – e non solo per l'enunciazione – del «metodo essenziale e gradualista», il quale si propone l'obiettivo di ricercare le sole «certezze possibili», partendo dall'individuazione di alcune «problematiche elementari» e attraverso l'utilizzo di quei «pochi concetti che possono essere assunti con un sufficiente grado di obiettività»[2]. La ricerca del «minimo

* Ricercatore di diritto amministrativo (RTD-B), Università 'La Sapienza' di Roma.

[1] È la «crisi dei mega-concetti» a cui si fa riferimento in G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 38.

[2] Così G. Rossi, *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, in Id., *Saggi e scritti scelti. I. Il metodo e la teoria generale*, Torino, Giappichelli, 2019, p. xxxvi.

comune denominatore» delle diverse fattispecie diviene, quindi, l'unica strada possibile per provare a razionalizzare e ad ordinare non solo il disordine sociale, ma anche la stessa caoticità che caratterizza le forme e le tecniche giuridiche che sono quotidianamente utilizzate dagli operatori (e dallo stesso legislatore) per provare ad imbrigliare la crescente complessità del reale.

2. Tale approccio metodologico viene concretamente sperimentato con riguardo a molteplici temi e questioni dell'ordinamento amministrativo, ma diviene a mio avviso molto utile e proficuo soprattutto per l'indagine e lo studio dei tanti problemi che emergono sui 'territori di confine' tra diritto pubblico e diritto privato (con riguardo all'organizzazione, all'attività, alla responsabilità, alle tecniche di tutela). Rispetto a tale problematica mi pare emergano alcuni dati fondamentali.

Innanzitutto, una grande attenzione a valorizzare gli elementi «positivi» del potere, «in quanto volto a tutelare 'interessi a soddisfazione necessaria'»[3]. Ciò, tuttavia non conduce né alla prospettazione di un'idea mitologica – o 'mistica' – del potere pubblico (di cui si riconoscono, invece, anche i limiti che ne impongono la costante 'giuridicizzazione'). Né tale prospettiva conduce alla necessaria 'pubblicizzazione' di tutto ciò che è immesso nell'ordinamento amministrativo o che viene 'toccato' dall'amministrazione: si rifiutano le prospettive tese a impostare il problema «nei termini dell'astratta preferenza per l'uso del diritto pubblico o di quello privato» e si denuncia come «velleitario» il fatto di «rinchiudersi nella *turris eburnea* di un diritto amministrativo costruito essenzialmente sulle funzioni autoritative della pubblica amministrazione»[4].

Un simile esito è certamente favorito dalla costante attenzione a evitare che la questione della qualificazione sostanziale dei rapporti sia eccessivamente condizionata dal problema pratico del riparto di giurisdizione, il quale «ha determinato forzature di ogni tipo»[5]; e proprio in questa prospettiva mi pare di scorgere, in alcuni scritti più recenti, anche una certa – condivisibile – insofferenza per gli effetti prodotti, sul terreno della (serena) qualificazione giuridica dei rapporti amministrativi, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004.

Al contempo mi pare di assoluto interesse un altro esito a cui tale approccio metodologico conduce, cioè quello di non cedere né alla

[3] G. Rossi, *Guida alla lettura*, cit., p. xxiv.

[4] G. Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi* (1998), ora in Id., *Saggi e scritti scelti*, *Saggi e scritti scelti. I. Il metodo e la teoria generale*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 43 ss.

[5] Così ancora in G. Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 44.

tentazione di ricorrere ad un *tertium genus* tra pubblico e privato (o tra atto e contratto)[6]; né alla tentazione di limitarsi a prendere atto dell'inestricabilità dell'intreccio tra pubblico e privato: intreccio che costituisce sovente l'anticamera dell'incertezza e, assai più problematicamente, dell'automatica pubblicizzazione di molti rapporti (quasi sulla base di una prevalenza pubblicistica di '*default*').

La «pozzanghera, un misto di acqua e terriccio che può avere varie gradazioni dell'una e dell'altra perché si va dalla terra appena bagnata all'acqua sporcata da un po' di terra»[7] non è, quindi, la metafora del caos, ma è lo strumento ermeneutico attraverso cui si afferma la possibilità di discernere i «diversi ingredienti» che la compongono, al fine di farne discendere i necessari effetti pratici dal punto di vista della disciplina (pubblicistica o privatistica) applicabile.

Proprio avvalendosi di una simile prospettiva metodologica, diviene a mio avviso possibile verificare – con riguardo ai molteplici strumenti consensuali di cui si avvale l'amministrazione per perseguire i fini (non solo patrimoniali) che le sono affidati dall'ordinamento – se la concreta struttura giuridica del rapporto disveli una *prevalente* dimensione bilaterale e sinallagmatica (per cui può ritenersi idonea l'applicazione del diritto privato, ancorché speciale); o, al contrario, se la stessa faccia emergere una prevalente dimensione multi-polare (per cui potrà ritenersi maggiormente idonea l'applicazione del diritto pubblico, temperato da alcune regole e principi privatistici).

Ma in una simile opera ri-costruttiva del regime applicabile alle singole fattispecie consensuali si dovrebbe prescindere da qualsiasi giudizio aprioristico in merito ad una presunta inidoneità strutturale della tecnica privatistica a servire *anche* l'interesse pubblico: e proprio in questo punto ravviso qualche profilo di lontananza da alcuni passaggi della *Guida alla lettura* ove si prospetta – con un maggiore accenno critico rispetto a quanto mi pare emergesse nel citato contributo del 1998 su *Diritto pubblico e diritto privato* – l'idea della tendenziale inidoneità degli strumenti privatistici «a fornire una risposta adeguata alla tutela dei diritti della persona e dei diritti non patrimoniali»[8].

Rimango invece convinto che – pur senza accedere a derive 'pan-privatistiche', né senza negare alcuni insuccessi di talune politiche di

[6] Opzione che viene abbandonata dopo un fugace accenno in G. Rossi, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 269.
[7] G. Rossi, *Guida alla lettura*, cit., p. xl.
[8] G. Rossi, *Guida alla lettura*, cit., p. xxvi.

privatizzazione (insuccessi che, tuttavia, hanno a mio avviso una pluralità di cause, non essendo direttamente riconducibili alla ontologica inadeguatezza della tecnica giuridica) – il diritto privato non sia né la «terra di nessuno» (per riprendere la felice immagine suggerita da Gian Domenico Comporti nel contributo in questo *Volume*), né sia il regno del vuoto della tutela ultra-individuale, come invece sembra emergere da recenti – e assai criticabili – orientamenti del giudice amministrativo, volti ad esaltare (in materia di espropriazione, accordi, concessioni di lavori e servizi, esecuzione dei contratti pubblici) l'irrinunciabile plus-valore garantistico che discenderebbe dalla dimensione pubblicistica del rapporto. Si tratta di un plus-valore che – in ossequio all'idea ranellettiana della relazione biunivoca tra regime pubblicistico e interesse pubblico – conduce, ad esempio, a qualificare come 'discrezionali' atti negoziali della p.a. sulla corretta esecuzione del rapporto obbligatorio, in quanto comunque funzionali a curare l'interesse pubblico[9].

Il diritto privato costituisce, al contrario, una delle tecniche giuridiche messe ordinariamente a disposizione dall'ordinamento, anche in favore dei soggetti pubblici, per perseguire alcuni interessi (ma non solo quelli strettamente patrimoniali od egoistici), allorché si riveli necessario raggiungere determinati obiettivi pubblici prestando particolare attenzione alle esigenze del buon andamento (come lucidamente messo in luce da Carlo Marzuoli anche nel contributo in questo *Volume*).

In tali casi, le esigenze di imparzialità e di legalità – che certamente non vengono meno – possono essere ben tutelate anche attraverso tecniche diverse dallo schema 'regime amministrativo-giudizio amministrativo', il quale non esaurisce tutti gli strumenti di controllo sull'operato delle amministrazioni (penso soprattutto alla trasparenza, ai controlli esterni e al regime delle responsabilità).

3. Si tratta di un profilo, quest'ultimo, che si viene a legare indissolubilmente ad un'altra questione che emerge in maniera molto chiara negli *Scritti* e nella concreta applicazione del metodo gradualista: è la tendenza alla «moltiplicazione dei diritti»[10] e, più in generale, all'eccessivo rilievo che «la concettuologia in uso nel diritto amministrativo» ha prestato all'analisi delle «forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive», la quale – secondo Giampaolo Rossi – «appare viziata da un approccio di derivazione civilistica,

[9] È una giurisprudenza che pare continuare a risentire di quella concezione 'numinosa' dell'interesse pubblico, già criticata da M.S. Giannini nella *Prefazione* al *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1977.
[10] G. Rossi, *Guida alla lettura*, cit., p. xxi.

fondato esclusivamente sui profili di tutela giurisdizionale»[11].

La condivisibile preoccupazione scientifica di rafforzare gli spazi di tutela giurisdizionale nei confronti del potere pubblico – anche come legittima *reazione* ad un sistema di giustizia nato (e a lungo percepito) come troppo vicino al potere esecutivo – ha tuttavia condotto, soprattutto nei tempi più recenti, ad esasperare il problema della tutela giurisdizionale (ormai modellato e concepito soprattutto come strumento di garanzia della libertà e dei diritti delle imprese), facendo perdere di vista la rilevanza che assumono l'organizzazione e il procedimento per la tutela preventiva dei diritti dei cittadini (soprattutto di quelli sforniti di sufficienti disponibilità economiche), sulla base di un'idea più ampia di 'giustizia amministrativa'[12]. Come lucidamente sottolineato nella Guida, «l'impostazione tradizionale contrasta con la constatazione che la soddisfazione degli interessi non è valutabile solo per la tutela che ottengono in sede giurisdizionale»[13].

Di qui, lo stesso (felice) suggerimento di uscire dalle 'secche' della contrapposizione dicotomica diritto-interesse, valorizzando il carattere «prismatico» e relativo di ogni situazione giuridica soggettiva riconosciuta dall'ordinamento, di cui si mette in rilievo – proprio facendo un'utile applicazione dell'approccio gradualista – la comune natura di «interesse protetto»[14]. Anche in ragione dell'accoglimento di una nozione di diritto soggettivo meno legata all'idea «individualistica» dell'assolutezza[15], la differenza con l'interesse legittimo sembra rivelarsi, al più, di natura quantitativa e destinata ad essere alimentata soprattutto dalla rilevanza pratica che essa (ancora) assume ai fini del riparto di giurisdizione[16].

[11] G. Rossi, *Guida alla lettura*, cit., p. xli.

[12] Secondo la prospettiva suggerita da M. D'Alberti, *La giustizia amministrativa*, in G. Alpa - A. Schiesaro (a cura di), *Teoria e prassi della giustizia*, Napoli, Jovene, 2013, p. 155 ss., guardando all'esperienza statunitense dell'*Administrative Justice*; su quest'ultima, rimane fondamentale J. L. Mashaw, *Bureaucratic Justice: Managing Social Security Disability Claims*, New Haven and London, Yale University Press, 1983.

[13] G. Rossi, *Guida alla lettura*, cit., p. xli.

[14] G. Rossi, *Guida alla lettura*, cit., p. xliii.

[15] Osservazione che, a mio avviso, andrebbe trasposta anche sul terreno della ricostruzione di molti istituti negoziali, al fine di riconsiderare l'idea della loro tendenziale inadeguatezza ad operare in un contesto – come quello pubblicistico – caratterizzato dalla presenza di molteplici limitazioni (legali) al 'libero' e 'incondizionato' utilizzo degli strumenti di diritto privato da parte dei pubblici poteri: sul punto, sia consentito il rinvio ad A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016, p. 371 ss.

[16] Con la conseguenza che proprio tale rilevanza *pratica* del (nebuloso) riferimento alle diverse situazioni giuridiche soggettive – confermata dalla stessa formulazione dell'art. 7 c.p.a. – contribuisce a rendere non così inattuali le critiche di M.S. Giannini, *Discorso*

Tale prospettiva mi pare che, in parte, si possa ricollegare anche all'invito – che emerge con riguardo alla questione della 'polivalenza delle norme giuridiche' – a riconsiderare il rapporto che si è in alcuni casi venuto a delineare (anche in ossequio al principio dell'effettività della tutela) tra giudice e amministrazione rispetto all'interpretazione delle norme giuridiche e, soprattutto, ai fini dell'applicazione di concetti giuridici (lasciati dal legislatore volutamente) indeterminati: concetti rispetto ai quali, come giustamente viene sottolineato, non sussiste un significato «univoco» e per cui il sindacato giurisdizionale dovrebbe «limitarsi a valutare la compatibilità dell'atto con una delle possibili valenze della norma»[17]. Un simile approccio – che mi pare differenziarsi molto dagli orientamenti dominanti, almeno sul piano dottrinario, in merito all'auspicabile maggiore intensità del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione – credo, tuttavia, possa assicurare un equilibrato contemperamento tra le esigenze di un adeguato livello di tutela giurisdizionale, di una maggiore certezza delle relazioni giuridiche e, infine, di un più coraggioso (e responsabile) esercizio delle funzioni che l'ordinamento ha consapevolmente affidato alla cura delle amministrazioni pubbliche.

Sono queste solo alcune delle tante suggestioni e sollecitazioni che emergono dalla lettura degli scritti di Giampaolo Rossi, a vivida testimonianza della profondità, della complessità e della fecondità che continuano a caratterizzare il suo pensiero giuridico e il suo percorso di studio e di ricerca.

generale sulla giustizia amministrativa, in *Riv. dir. proc.*, 1963, XI, p. 522 ss. e in *Riv dir. proc.*, 1964, XII, p. 217 ss., ora in Id., *Scritti*, vol. IV, Milano, Giuffrè, p. 226 ss., secondo il quale le (perduranti) incertezze del criterio di riparto di giurisdizione concorrerebbero a rendere il nostro sistema di giustizia amministrativa, un «parasistema, cioè un disegno sistematico che perde la propria logica in vari suoi giunti, divenendo incoerente» (p. 321).

[17] G. Rossi, *Guida alla lettura*, cit., p. xxxii ss.

Giuseppe Manfredi*

Dagli enti pubblici associativi al metodo gradualista

Caro Giampaolo,
dopo aver preso parte al seminario organizzato dall'Università della Bicocca sulla raccolta dei tuoi scritti, ho pensato di mettere per iscritto alcune delle considerazioni fatte in quell'occasione, e di aggiungervi qualche osservazione ulteriore: anche se con la sintesi che caratterizza gli scritti che vengono pubblicati in questa sede.

Nel mio intervento avevo confessato di aver contratto un debito nei tuoi confronti perché, se avessi scritto i miei lavori sugli organismi sportivi senza aver letto *Enti pubblici associativi*, essi sarebbero risultati molto più poveri di quanto non siano: e probabilmente non sono l'unico a trovarmi in una situazione di questo genere, perché mi pare che questo libro sia stato fonte di ispirazione per una gran parte degli studi successivi in tema sia di enti pubblici, sia di rapporti tra gruppi sociali e Stato.

E non a caso, dato che riesce a individuare tutti i tratti che connotano la disciplina degli enti in parola, e tutte le principali questioni che essa pone: ad esempio, il fatto che l'entificazione interviene su gruppi sociali preesistenti, sicché si intreccia con il fenomeno sociale; oppure che essa comporta l'attribuzione al gruppo che è stato trasformato in ente pubblico associativo di poteri che altrimenti non avrebbe; o le criticità che vengono dagli effetti di questi poteri nei confronti dei membri del gruppo, e soprattutto dei soggetti terzi; o, ancora, l'inutilità dello studio del fenomeno in una prospettiva ordinamentale, la quale può fornire spiegazioni che sono valide da un punto di vista interno al gruppo, ma non per quanto riguarda i rapporti tra gruppo e Stato.

E così si discosta da quelle che oggi chiameremmo le narrazioni consuete, secondo le quali l'atteggiamento dello Stato dell'Ottocento e di inizio Novecento nei confronti dei gruppi sociali era ancora quello della legge Le Chapelier del 1791: e dunque giunge alla conclusione che, tra gli effetti dell'entificazione, al controllo che in questo modo lo Stato può esercitare su un gruppo sociale si accompagna la tutela degli interessi del gruppo medesimo; e, anzi, che questo secondo effetto fa premio sul primo,

* Ordinario di diritto amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore – Piacenza.

sicché la formula dell'ente pubblico associativo in definitiva rende possibile un'autoamministrazione del gruppo sociale all'interno della sfera pubblica.

Peraltro le vicende degli enti pubblici associativi che si sono verificate negli ultimi decenni hanno dimostrato l'esattezza della conclusione del tuo studio: ad esempio, per citare una questione di cui anch'io ho avuto modo di occuparmi, perché l'autoamministrazione dei gruppi sociali è sfociata persino nella costruzione di sistemi normativi che non di rado sono entrati in collisione con la legge e con la Costituzione.

Come noto, è ciò che è accaduto con le norme emanate dagli organismi sportivi riguardo alla giustizia sportiva, che prevedevano che le controversie tecniche e quelle disciplinari fossero riservate ai cosiddetti giudici sportivi. E quando i giudici ordinari, e, soprattutto, i giudici amministrativi, hanno preteso di occuparsene, il legislatore – presumibilmente, anche a causa dell'attività di lobbying degli organismi sportivi – nel 2003 ha voluto porre dei limiti alla giurisdizione statale: in un modo un poco paradossale, e che ha suscitato diversi dubbi di legittimità costituzionale, i quali sono stati risolti dalla Consulta con un singolare compromesso tra principio personalistico e principio pluralistico, per cui la riserva di giurisdizione a favore dei giudici sportivi viene mandata indenne da censure, ma al contempo si precisa che i membri dei gruppi sportivi avanti la giustizia statale possono azionare una tutela risarcitoria nei confronti delle misure degli organismi sportivi.

Ma un fenomeno analogo è avvenuto pure con le norme deontologiche emanate dagli ordini professionali. Anche senza riandare alle vicende della giurisprudenza del G.A. e della Cassazione che negli scorsi anni ha dovuto superare la solita prospettiva ordinamentale, ossia l'idea che le norme deontologiche siano un ordinamento separato da quello statale, per consentire una maggiore tutela ai professionisti destinatari di sanzioni disciplinari, mi pare sufficiente ricordare il recente caso del medico assessore regionale dell'Emilia-Romagna che era stato radiato dall'Ordine dei medici per aver votato una deliberazione di Giunta regionale il cui contenuto veniva ritenuto opinabile dall'Ordine: un caso che ha dovuto risolvere ancora una volta la Corte costituzionale, chiamata a decidere un ricorso per conflitto di attribuzione promosso dalla Regione, con la sentenza 259 del 2019, annullando la radiazione in base alla considerazione che le norme deontologiche riguardano l'attività svolta da un professionista nell'esercizio della professione, ma non quella che consiste nell'esercizio di funzioni politico-amministrative.

Ma venendo alla Guida alla lettura dei tuoi scritti, mi sembra che sia già in Enti pubblici associativi che emerge la consapevolezza dell'insufficienza delle categorie giuridiche tradizionali.

Categorie che facevano parte di un sistema che non poteva rispecchiare gli assetti effettivi del diritto positivo, sia perché voleva elevare costruzioni concettuali sin troppo perfette, che finivano per essere viziate da eccessi di logicità formale e di astrattezza, sia perché – come osservava Ramajoli in uno studio sul metodo di qualche anno fa – almeno in parte era stato costruito in via non induttiva ma deduttiva, e partendo da assiomi ideologici e decisamente opinabili – in proposito viene alla mente la sorte delle convenzioni urbanistiche, che fino a metà Novecento non avevano ricevuto nessuna attenzione da parte della dottrina, perché, come spiegava Giannini nella introduzione allo studio dedicato all'istituto da Mazzarelli, i giuristi dell'epoca non avevano neppure gli strumenti concettuali necessari per tentarne una qualificazione, dato che le convenzione parevano delle 'centauresse', sia guardandole dalla prospettiva della sistematica tradizionale del diritto pubblico, sia da quella della sistematica civilistica.

È una consapevolezza che poi ha portato alla rilettura di tante altre questioni, a partire da quella della nozione di ente pubblico: ma almeno già nell'introduzione allo studio del 1991 su *Gli enti pubblici* a questa consapevolezza si accompagna anche una precisa scelta di metodo, ossia l'intento di non rinunciare a elaborare 'delle categorie, dei parametri utilizzabili giuridicamente', perché «pur nella loro provvisorietà le nozioni giuridiche oggettivizzano il rapporto tra le persone e le istituzioni sottraendolo all'arbitrio, o riducendo dell'arbitrio l'ambito possibile».

L'intento è dunque quello di non limitarsi alla decostruzione degli istituti e delle nozioni tradizionali, o, se si vuole, a una mera scepsi, ma, piuttosto, di continuare a cercare ancora di fornire delle sistemazioni del diritto amministrativo, che siano più aderenti al nostro diritto positivo di quanto non fossero quelle tradizionali, pur nella consapevolezza che esse non possono essere altro che provvisorie, perché corrono pur sempre il rischio di finire da un giorno all'altro al macero a causa del solito tratto di penna del legislatore.

Per usare una metafora che ha già impiegato Comporti, si potrebbe dire che anche per orientarsi nel diritto – e forse soprattutto per orientarsi nel diritto, che ormai è costituito da un coacervo di norme e principi sempre più ampio e sempre più instabile – c'è sempre bisogno di mappe.

Le vecchie mappe del diritto positivo però fornivano rappresentazioni imprecise, o comunque eccessivamente stilizzate – come le carte geografiche che raffigurano solo le pianure e le montagne, ma non le colline, i corsi d'acqua, etc. – e dunque meritano di venire sostituite con nuove mappe, più precise e più dettagliate: anche se pure le nuove mappe devono essere dotate di un certo livello di semplificazione e di astrazione, perché, se

volessero descrivere ogni più minuto dettaglio del territorio, finirebbero per somigliare alla mappa dell'impero di cui si leggeva in uno dei libri immaginati da Borges, la quale per eccesso di precisione aveva finito con l'avere la stessa ampiezza dell'impero e col coincidere perfettamente con esso, e dunque risultava perfettamente inutile.

E mi pare che il metodo gradualista che proponi nella Guida sia uno strumento di sicura utilità al fine di ridisegnare le mappe del diritto con un adeguato livello di astrazione, ma senza rinunciare a percepire e a raffigurare le complessità del diritto positivo odierno: e ciò perché non rinuncia a rappresentare delle nozioni generali, ma – come hanno già osservato Angiuli e Caputi Jambrenghi – riesce a evitare quelle angustie del pensiero binario che da sempre viene impiegato in ogni campo dell'esperienza umana (oriente e occidente, destra e sinistra, bianco e nero, crudo e cotto, globale e locale, etc.), e che condizionavano e limitavano anche le sistemazioni giuridiche del passato, perché considera le contaminazioni, gli intrecci e le sfumature che vi possono essere tra l'una e l'altra nozione.

Poi ovviamente possono esservi anche metodi diversi, ma quello che proponi fornisce senz'altro a chi si deve occupare del diritto positivo gli strumenti necessari per continuare ad avventurarvisi: e dunque adempie a quella che dovrebbe essere la funzione principale di ciò che chiamiamo scienza giuridica.

Un caro saluto

Giuseppe Manfredi

Carlo Marzuoli*

Metodo e merito (alcune note)

1. Il diritto amministrativo della tradizione è da anni inserito in un più ampio diritto che riguarda l'amministrazione, a cominciare dalla Costituzione. Con l'inizio degli anni novanta tale diritto e il diritto pubblico in generale hanno compiuto gran parte del cammino volto ad attuare i valori e le norme della Costituzione. Peraltro, il crescente ingresso del diritto dell'Unione Europea e di fonti sovranazionali e soprattutto gli eventi dell'ultimo trentennio inducono a domandarsi se lo stato di quel diritto e delle sue rappresentazioni sia in grado di produrre ulteriori progressi. La raccolta degli scritti di uno studioso, specie quando accompagnata da un'attuale, asciutta e chiara sintesi degli approdi più significativi del suo lavoro, è un contributo quanto mai benvenuto. Solo pochi schematici punti.

2. Un primo concerne gli «interessi a protezione necessaria». Nella mia lettura essi sono il richiamo a quel pezzo di realtà che è dentro il diritto. La Costituzione usa spesso enunciati generali-generici ('diritti', 'interessi legittimi', 'interesse della collettività', 'interesse generale', 'utilità sociale', 'fini sociali', 'utilità generale'), tali da poter accogliere e attribuire rilevanza a una serie aperta di casi. La vita li riversa nell'ordinamento e con ciò immette un elemento indispensabile anche al fine di stabilire che cosa è, rispetto a un contesto dato, il contenuto di un certo diritto. Gli interessi divengono un materiale interno all'interpretazione e alla sistemazione del diritto (oggettivo e soggettivo). Ad esempio, diritto alla salute: difficile individuare le molteplici pretese che possono dare ad esso un volto effettivamente operativo se non mettendolo in contatto con gli altri diritti, con i quali si confronta e si scontra (le riprove non mancano: salute ed economia, salute e istruzione, salute e lavoro, ecc.). Occorre operare un bilanciamento e stabilire una proporzione fra interessi in astratto tutti rilevanti. A questo scopo, però, si deve fare riferimento ad una situazione determinata. D'altra parte, non appare possibile evitare quel conflitto moltiplicando i diritti (le pretese). Come viene scritto, ogni aumento (per numero, tipo o estensione) dell'uno si traduce nel sacrificio di un altro e la valutazione della misura con cui incidere sull'uno o sull'altro, se è compiuta in base ai diritti definiti in

* Già ordinario di diritto amministrativo, Università di Firenze.

astratto e non anche alle condizioni in fatto volta a volta esistenti, si risolve in «impoverimenti» delle «parti sociali più deboli»[1].

3. Un secondo punto guarda alle indicazioni di metodo. Esse costituiscono l'effetto della solida percezione del rapporto fra realtà e diritto: le certezze relative, l'essenzialità, le nozioni elementari, la graduazione, le composizioni miste, l'attenzione per le discipline extragiuridiche. All'applicazione di questi canoni è da riportare il merito delle posizioni espresse su temi centrali della materia, le quali, al di là di dissensi e consensi, confermano la bontà del metodo. Ricorderei le seguenti.

a) La 'pubblicità' di un ente o, meglio, di una 'soggettività giuridica', poiché questa seconda è nozione «compatibile con diverse gradazioni»[2].

Il dato elementare, se si cerca, si trova. Tale mi appare la connessione fra necessarietà ed enti territoriali. Infatti collega e deriva la natura dell'ente da un aspetto non genericamente ma specificamente pubblico innanzitutto per ragioni di diritto positivo: l'ente territoriale, cioè la struttura con cui è organizzata la democrazia rappresentativa. Questa pubblicità è un pilastro fondamentale. Mantiene l'unità del sistema e permette di far fronte ai vari e mutevoli interessi. I modelli sono tanti: forme apparentemente solo private (l'organismo pubblico in forma societaria) o forme tradizionali di attività tipiche dei privati (l'impresa) o altro ancora di sperimentato o di immaginabile. Che, poi, non tutte le combinazioni possano avere un effetto positivo è inevitabile, è un dato del problema; significa che si deve provvedere a continue verifiche del rapporto fra assetto del diritto e realtà dei tempi, nel limite del costituzionalmente accettabile.

b) Amministrazione-attività, forme giuridiche pubbliche (amministrative) e private. La tradizione ci consegna un'amministrazione dotata di potere amministrativo e di poteri di diritto privato (la capacità di diritto privato).

ba) La forma amministrativa in forma di potere di supremazia. Questo potere, messo a confronto con quello privato, che è paritario (almeno nel senso che chiunque può esserne in astratto titolare), risulta meno attraente, fino al punto da essere considerato un male, per quanto necessario. Con ciò subito viene in evidenza – penso – l'essenzialità del rapporto fra il diritto e le immagini con cui ci si rappresenta la realtà. Invero, finché non avremo una comunità globale composta per intero da virtuosi o da persone che amino il

[1] G. Rossi, *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica – Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, coordinamento a cura di D. Pappano, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2019, p. 215.

[2] G. Rossi, *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica – Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, coordinamento a cura di Pappano, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2019, *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, p. xlvi.

prossimo più di se stesse, l'alternativa non è fra libertà e potere ma fra potere di fatto (la forza, materiale o intellettuale, o l'una e l'altra insieme) e potere giuridicizzato. Di conseguenza, su questa premessa e per il periodo in cui non sarà superata, un potere regolato non pare essere un male necessario ma l'unico bene possibile. Naturalmente, il quanto di quel bene dipende dal contesto in cui si inserisce, da chi fa il diritto e dai contenuti che il diritto assume nella configurazione e nella disciplina del potere a tutela degli interessi dei singoli (profilo della garanzia) e dell'interesse pubblico (profilo del servizio o funzione in senso lato: attività di cura di un interesse di altri costituito da una comunità politica generale).

A lungo la garanzia si è manifestata come un delicato e faticoso processo piuttosto che come un limpido e compiuto disegno. È dipeso dal contesto storico e istituzionale, caratterizzato da un certo modo di intendere l'interesse pubblico e dal principio per cui l'interesse pubblico prevale sull'interesse privato, senza alcuna altra precisazione. L'esigenza di tutela degli interessi dei singoli ha però esercitato una formidabile spinta per determinare una sempre più intensa regolazione di quel potere che si è tradotta nel vincolo finalistico (discrezionalità e non libertà), nella diretta incidenza di quel vincolo (con tutto ciò che ne è seguito) sulla validità dell'atto, nel conferimento di una situazione soggettiva (in veste di interesse legittimo) a interessi altrimenti destinati a rimanere di fatto. Questo bisogno, specie alle origini, in ragione dei tempi, è stato avvertito e affrontato in termini di assoggettamento a una qualche disciplina giuridica di un potere ritenuto preesistente piuttosto che in termini, innanzitutto, di necessaria base legale (di legge, e non semplicemente normativa) del potere. Ne è derivato un quadro in cui si trovano, per un verso, un'estesa e profonda giuridicizzazione del potere, ben più stringente di quella del potere unilaterale privato, e dunque considerabile e considerata, entro quell'impostazione, particolarmente garantista e, per un altro esiti invece di segno oggettivamente opposto: il riconoscimento di poteri di supremazia (ravvisati perfino in meri fatti) e di condizioni di privilegio (in forma di esenzione dall'applicazione di alcuni principi e norme di diritto privato, la generalizzazione della risarcibilità dei danni da vicende di esercizio di poteri amministrativi è del 1999) pur senza la presenza di una base legale.

Grazie alla Costituzione, si è sempre più diffusa (ma vi sono spazi ancora da coprire) la presa del principio di legalità come base legale del potere. La Costituzione talora direttamente esclude l'attribuzione di un potere di supremazia e, per il resto, vuole che sia la legge a crearlo e a tipizzarlo, cosicché, come è stato osservato, il potere amministrativo si risolve nei poteri

amministrativi. Inoltre, da tempo, l'identità della fonte (la legge) legittimata a creare il potere è da ricondurre a persone dotate di uno statuto giuridico (il diritto di voto e gli altri diritti di libertà) tale da permettere loro di far valere i propri interessi e le proprie idee in posizione giuridicamente eguale. Dunque si può ritenere che quel potere, perché in tal modo regolato, è davvero un bene (da salvaguardare).

Se, poi, in coerenza con la prospettazione della Costituzione, si assume quale tratto unitario e dominante del fenomeno amministrazione quello del servizio (o funzione in senso lato), ciò appare in modo ancora più nitido: in una Repubblica titolare del dovere di rimuovere gli ostacoli di cui all'art. 3, c. 2, e di trasformare i diritti esistenti in astratto in diritti esistenti in concreto il potere di supremazia è davvero un 'bene'[3].

bb) Peraltro, la forma amministrativa prende corpo secondo un ulteriore modello, che corrisponde a una parte di quello sopra accennato. Nel regime nato in riferimento al potere amministrativo considerato o considerabile come espressione di supremazia gli aspetti dipendenti dal vincolo finalistico (e relative implicazioni) si fondano in modo del tutto autosufficiente sull'amministrazione come servizio (funzione in senso lato), mentre del tutto prescindono dalla figura dell'amministrazione come autorità. Questa pare essere la forma amministrativa generale, quella comunque caratterizzante ogni potere qualificabile come amministrativo (di autorità o non). Pertanto, proprio perché non connessa a una posizione di supremazia, può essere applicata a ogni potere esercitato dall'amministrazione, anche a quelli che potrebbero essere invece qualificati come espressione della sua capacità di diritto privato. Si apre così il ricorrente quesito circa la sussistenza di eventuali limiti o priorità nell'utilizzazione dell'uno o dell'altro tipo di potere. Esso si pone sia al legislatore, quando configura e disciplina l'attività dell'amministrazione senza attribuzione di poteri di supremazia, sia all'interprete che, in assenza di dati normativi univoci, deve decidere qual è il criterio residuale.

La forma amministrativa generale, siccome è esclusiva manifestazione di una disciplina funzionale, appare a molti più coerente e garantista, sia dal punto di vista dell'interesse pubblico sia dal punto di vista dei privati, di quella privata; appare una sorta di forma naturalmente propria dell'amministrazione e tende perciò a essere preferita, nonostante certe indicazioni del diritto positivo (il riferimento è all'art. 1, c. 1-*bis*, legge n. 241/1990).

A mio modo di vedere, in tutto questo vi è un eccessivo condizionamento

[3] *Guida alla lettura*, cit., p. xxiv.

della tradizione che non consente un equilibrio appropriato fra i principi di legalità e di imparzialità, da un lato, e quello di buon andamento, da un altro. I primi non impongono la coincidenza fra forma amministrativa e poteri (e atti dell'amministrazione) e possono trovare attuazione secondo altri modi e congegni: non mediante la qualificazione amministrativa del potere e dell'atto, con le implicazioni sopra accennate, ma tramite modelli procedimentali, assetti organizzativi, stato giuridico degli agenti e loro doveri, responsabilità, sanzioni, trasparenza, pubblicità. Il principio di buon andamento, per parte sua, depone nel senso di una apertura nei confronti delle forme private. È infatti portatore di un'intrinseca esigenza di flessibilità e di adeguatezza rispetto alle mutevoli situazioni di fatto, se non altro perché la traduzione della sua genericità in precetti operativi costringe a confrontarsi con la realtà e, a seconda dei casi, può suggerire la necessità o la preferibilità, in tutto o in parte, della versione privata.

Il buon andamento, a seguito dell'art. 97, è parte interna al discorso giuridico e ai processi interpretativi. Più in generale, è un ancoraggio fondamentale per la tenuta dell'intero impianto costituzionale: il cattivo andamento determina un distacco fra persone e istituzioni e può travolgere i più nobili principi e le più affascinanti teorie.

Il fatto è che la forma pubblica non sempre è un mezzo sufficiente. La capacità e i poteri di diritto privato sono forme giuridiche a disposizione dell'amministrazione non in via meramente accessoria. Spetta al legislatore (e per quanto di competenza alle Amministrazioni), entro i limiti della Costituzione, stabilire, in base alle condizioni sociali, economiche, di cultura, di etica privata e di etica pubblica, gli ambiti e le modalità del ricorso alla forme pubbliche, alla forma privata o alle une e all'altra insieme affinché sia conseguito il successo dell'amministrazione. Il che conferma, anche in tema di attività[4], la bontà dell'insieme dei canoni di metodo già ricordati (essenzialità, elementarità, certezze relative, graduazione, fattispecie miste).

c) Interessi, organizzazione, situazioni soggettive.

ca) L'attenzione, di solito, è rivolta alle situazioni soggettive e in particolare al binomio diritto soggettivo-interesse legittimo. Si capisce. La situazione soggettiva, intesa come un interesse a cui è assicurata tutela giurisdizionale (intervento di un giudice, cioè di un'autorità pubblica indipendente rispetto all'indirizzo politico), è irrinunciabile per lo Stato di diritto. È il modo più sincero e significativo con cui l'istituzione pubblica nel suo complesso dimostra di essere strumento al servizio delle persone. Peraltro, la soggettivazione del diritto oggettivo (quanto meno agli effetti del

[4] *Guida alla lettura*, cit., pp. xl-xli.

ricorso alla giurisdizione) non si estende a tutti gli interessi in qualche modo rilevanti in un certo momento (si pretende, in generale, una qualificazione/differenziazione) per quanto si tratti di interessi che coinvolgono in modo massiccio la vita di molte persone (il che è ben spiegato dagli interessi a protezione necessaria). Dunque, sotto la voce protezione sta anche, in posizione centrale, l'assunto secondo cui la giurisdizione non basta[5]. Del resto, ciò può accadere anche quando vi è soggettivazione. La tutela, specie se ha da essere piena, comporta misure congrue rispetto a ciò che ne è oggetto. Gli interessi hanno talora un'identità, spesso inerente la personalità di ogni individuo, che esclude la possibilità di una protezione appropriata in via rimediale. La loro lesione è irreparabile, non ci sono equivalenti adeguati [così interpreterei il segno '(?!)'][6]. La garanzia va concentrata sulla prevenzione più che sul rimedio: se non riesce a prevenire, finisce in molti casi per mancare o per non essere soddisfacente. È un ulteriore capitolo dell'unitario problema della tutela, capitolo da trattare a partire dalle fisionomie in concreto degli interessi da assicurare, al di là della standardizzazione dovuta alle forme astratte della loro soggettivazione (il diritto, l'interesse legittimo, il diritto assoluto, ecc.).

A questo punto si incrocia il tema del rapporto organizzazione-interessi-situazioni soggettive.

L'affermazione che «l'organizzazione è la risposta agli interessi e la matrice dei diritti»[7] e quella, in via di esemplificativa, che il diritto alla salute in termini di diritto al ricovero in realtà non esiste in mancanza dell'ospedale hanno sollevato molte obiezioni, non prive di ragioni.

Tuttavia, il riconoscimento all'organizzazione di un'importanza così radicale contribuisce ad approfondire e a completare la portata del problema.

L'esistenza, nel diritto, ha una doppia vita: in astratto e in concreto, almeno in riferimento a certi temi (e infatti viene in evidenza la nozione di 'presupposto'). Il diritto alla salute, per molti aspetti, vi rientra. Torna uno dei temi su cui ripetutamente è richiamata l'attenzione: il carattere 'prismatico', la varia 'gradazione' delle situazioni soggettive[8]. L'art. 32 Cost. (diritto alla salute) è «norma a implementazione progressiva»[9]. In effetti, quando si parla di esistenza a fronte di tale tipo di diritti, non si dovrebbe perdere la dimensione del concreto per avere il senso dell'intera posizione del

[5] *Guida alla lettura*, cit., p. XLI.
[6] *Guida alla lettura*, cit., p. XLI.
[7] *Guida alla lettura*, cit., pp. XXXVIII.
[8] *Guida alla lettura*, cit., pp. XLIII.
[9] *Guida alla lettura*, cit., pp. XXXVIII.

titolare, dall'inizio (la rilevanza dell'interesse) alla fine (la sua realizzazione). Quell' 'implementazione progressiva' è rivelatrice. In un assetto democratico la trasformazione della promessa di un diritto (tale è quel che esiste solo in astratto, se guardato dal lato della realtà) in un diritto è o può essere un obiettivo da raggiungere, anche, per fatto degli stessi interessati: non ci si può limitare ad attendere. Converrebbe renderlo evidente, non per indebolire la protezione derivante dalla promessa (indispensabile) ma per meglio prevedere e utilizzare ulteriori strumenti (giurisdizionali e non).

«L'organizzazione è la risposta agli interessi e la matrice dei diritti»: interpreterei questa frase nel senso che (entro la cornice posta dalla Costituzione) l'organizzazione è fonte di situazioni soggettive in un primo momento come fattore di contatto e di conoscenza di un interesse, poi di specificata rilevanza, infine, in certi casi, di esistenza in concreto della situazione soggettiva.

cb) Un cenno alla distinzione diritto soggettivo-interesse legittimo. Trovo essenziale la riconduzione dell'uno e dell'altro a un nucleo comune, poiché sono parti di un unico problema. Ciò consente di meglio vedere e valutare le differenze, quelle che vi dovrebbero essere e quelle che non vi dovrebbero essere. Alcuni punti, tuttavia, meriterebbero di essere ancora materia di riflessione, ad es. il giudice (indipendente, senza ombre, neppure apparenti), la giurisdizione (una, salvo la specializzazione), il rapporto fra la legalità (generale) e la legittimità intesa quale legalità del potere in forma amministrativa (in cui inserirei la problematica della polivalenza della norma)[10]. Temi impegnativi, che (per di più) ci mettono dinanzi a un'incongruenza interna alla Costituzione (la duplice giurisdizione). Sono però questioni appartenenti a un momento successivo rispetto agli elementi di fondo con cui è rappresentato il rapporto fra interessi, diritto e realtà, questioni perciò da affrontare con pazienza e in applicazione del metodo e dei criteri che vengono indicati.

4. Elementarità, essenzialità, certezze relative, graduazione, fattispecie miste: spesso mi sono chiesto che cosa (alla fin fine, in una parola o poco più) mi attrae in questo itinerario di ricerca e di studio e nei suoi esiti. Direi: la semplicità, una semplicità che rende più trasparente il ruolo che la realtà esercita nel diritto e nel diritto amministrativo in particolare.

[10] *Guida alla lettura*, cit., pp. xxxii-xxxiii.

Giuseppe Piperata[*]

Il territorio nel contesto della semiglobalizzazione

1. I tre volumi dei *Saggi e scritti scelti* ci offrono i momenti principali dell'itinerario scientifico di Giampaolo Rossi, giurista che davanti ai cambiamenti epocali che hanno interessato (e stanno ancora interessando) l'oggetto dei suoi studi e delle sue ricerche, le pubbliche amministrazioni e il loro diritto, ha preferito non aggiungersi al coro dei tanti che si sono rifugiati nella 'retorica della crisi' o nella 'retorica della fuga', bensì impegnarsi con tutte le sue energie nella ricerca di nuove chiavi interpretative per affrontare le sfide attuali con le quali la giuspubblicistica viene chiamata a confrontarsi e nella ridefinizione in termini innovativi degli elementi, anche fondamentali, del sistema portante della scienza del diritto dell'amministrazione.

Al centro di tale itinerario vi è il potere amministrativo, un potere che per G. Rossi non è da considerare in termini negativi, come se si trattasse esclusivamente di una forza ostile verso i destinatari e, pertanto, da prendere in considerazione solo per contenerlo e limitarlo nella prospettiva di tutela di coloro che ne possono subire l'esercizio. Tutt'altro: al potere deve essere riconosciuto un «carattere positivo»[1], poiché esso racchiude energie che devono essere organizzate in modo da adempiere a quella che è la ragione ultima che ne giustifica l'attribuzione, ossia la realizzazione degli interessi individuali e collettivi espressi dalla società e ritenuti meritevoli di soddisfazione.

Occupandosi del potere amministrativo, G. Rossi affronta tutti gli elementi essenziali che ne definiscono la portata e ne legittimano l'esercizio. Tra i caratteri più importanti del potere vi è, anche, il territorio e, di conseguenza, G. Rossi non poteva non occuparsene. E lo fa non nella prospettiva del territorio come oggetto di un potere amministrativo o di una funzione pubblica specifica, bensì nella prospettiva del territorio come elemento costitutivo del potere e di quei simboli cui questo viene sempre associato: la sovranità, il diritto, lo Stato e la sua amministrazione pubblica. Ci sono funzioni pubbliche primarie che hanno ad oggetto il

[*] Ordinario di diritto amministrativo, Università IUAV di Venezia.

[1] *Guida alla lettura: Linee di un nuovo diritto amministrativo*, in G. Rossi, *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica – Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, Volume I, Giappichelli, Torino, 2019, p. xxiv

territorio. Si pensi ad esempio, alla pianificazione territoriale e agli altri poteri che le amministrazioni pubbliche possono esercitare per realizzare un disegno del territorio, a cominciare dal potere espropriativo. Sono questi, come noto, poteri destinati ad impattare con forza sugli interessi dei destinatari, attraverso strumenti procedimentali e provvedimentali con i quali l'amministrazione pubblica può ancora mostrare la sua autorità e il suo volto più tradizionale e unilaterale.

Negli scritti e nelle ricerche di G. Rossi tali dinamiche non sono centrali, non vengono trattate frontalmente, ma la loro presenza, quando è registrabile, è sempre occasionale e laterale, evocata cioè per trovare un supporto a considerazioni riguardanti altre riflessioni. G. Rossi quando affronta il tema del territorio preferisce farlo quasi seguendo un approccio di teoria generale del diritto, per mettere in evidenza il contributo dell'elemento territoriale alle definizioni e agli istituti più cari del giuspubblicista. Il richiamo ai classici viene spontaneo. Il territorio è uno dei tre elementi portanti dello Stato ed è la sfera spaziale entro la quale esprime la validità il suo ordinamento[2]. È alla base della sovranità, la quale – come ci ricorda M. Foucault[3] – «sorge proprio poiché si esercita all'interno di un territorio». Non solo. Il territorio è schmittinamente fondamento anche del diritto, dato che da sempre «il diritto è terraneo e riferito alla terra»[4]. E Stato (con la s, però, minuscola), sovranità, diritto inteso come ordinamento giuridico sono sempre presenti sullo sfondo delle ricostruzioni di G. Rossi; ricostruzioni che alla fine arrivano a quel dato che per l'A. è quasi un'ossessione: il potere amministrativo, con i suoi caratteri – originari e attuali –, le sue declinazioni, i suoi limiti e confini, i suoi centri di imputazione, le sue interrelazioni soprattutto con quegli interessi a soddisfazione necessaria, per i quali l'amministrazione e lo stesso potere amministrativo sono stati pensati.

Si torna così al potere amministrativo e al territorio, che per tale potere può anche operare come elemento costitutivo e differenziale. G. Rossi è consapevole di tale rapporto. E lo coglie, per prima cosa, nella sua portata generale, ricordando quanto al riguardo diceva Mario Nigro, quando affermava che «è il territorio che alimenta, individua, circoscrive gli interessi umani in funzione dei quali è disegnata ogni organizzazione amministrativa»[5]. Ma, a seguire, lo valorizza anche nel momento in cui

[2] H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1966, p. 211 ss.

[3] M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione*. Corso al Collège de France (1977-1978), Milano, 2017, p. 22.

[4] C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, Milano, 1991, p. 20.

[5] La citazione è in G. Rossi, *Gli enti pubblici*, in G. Rossi e G. Abbamonte, *Gli enti pubblici. L'amministrazione per settori organici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, dir.

sottolinea l'importanza della sfera territoriale per fondare il potere e i fini generali appartenenti ad alcuni enti pubblici, i quali proprio in virtù di tale collegamento con il territorio possono essere distinti rispetto ad altre strutture pubbliche locali, associative o di altro tipo[6].

2. È ancora così? Ancora il territorio è così fondamentale per costituire e definire i confini del potere amministrativo? Certamente molte cose sono cambiate da quando il territorio era l'elemento principale cui ricorrere per giustificare l'attribuzione di specifiche funzioni e l'entificazione di apposite strutture pubbliche.

G. Rossi è consapevole di tale cambiamento, che per prima cosa tocca i poteri pubblicistici e, a seguire, anche ciò che ne costituisce elemento e oggetto, come il territorio. «Si sono assottigliati i profili pubblicistici» del potere amministrativo, scrive il nostro A.[7], e anche per il territorio i tempi non sono più quelli che ne avevano celebrato il significato e l'importanza. In particolare, oltre all'aumento della complessità nelle nostre società, sono due i fenomeni che G. Rossi segnala all'attenzione del lettore come cause di indebolimento dell'elemento territoriale.

La globalizzazione per prima, fenomeno tutt'altro che consolidato, che ha profondamente mutato l'economia e cambiato le dinamiche istituzionali[8]. In particolare, la globalizzazione[9] ha favorito la contrapposizione tra la terra del diritto e lo spazio dell'economia, con un'emancipazione di quest'ultima rispetto ai rigidi confini territoriali. A tale contrapposizione, però, il diritto ha saputo reagire, immaginando anche nuove forme di regolazione, meno tradizionali e legate all'elemento territoriale e, come tali, più idonee ad inseguire l'economia nei suoi spazi aperti. Per alcuni ciò ha determinato la nascita di un diritto globale[10]; per altri, invece, stiamo assistendo alla globalizzazione del diritto amministrativo[11]. Hanno saputo reagire anche le istituzioni, ad esempio, attraverso la frammentazione del governo

G. Santaniello, VIII, Padova, 1990, p. 29.

[6] G. Rossi, *Enti pubblici associativi ed enti territoriali. Caratteristiche differenziali. Il rilievo del territorio*, II, p. 545 ss.

[7] *Guida alla lettura*, cit., p. xxi.

[8] *Guida alla lettura*, cit., p. xxii.

[9] Come si è avuto modo già di segnalare: sia consentito rinviare al mio *Il governo locale tra territorialità del diritto e spazio dell'economia*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2007, p. 73 ss.

[10] cfr. S. Cassese, *Il diritto globale*, Giappichelli, Torino, 2009.

[11] cfr. A. Bartolini e S. Fantini, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, Rimini, 2017, p. 57 ss.; G. della Cananea, *Due Process of Law beyond the State*, Oxford, 2016.

dell'economia tra livelli di poteri differenti e su diverse scale, sovranazionale, nazionale e locale. Ma il cambiamento di contesto negli assetti di potere si è avuto principalmente per effetto dell'innovazione tecnologica. È questo, secondo l'A., il fenomeno che, mutando gli scenari di riferimento, ha delle importanti ricadute anche sul territorio: «il cambiamento che l'accelerazione determina nelle categorie fondamentali dello spazio e del tempo (gli '*a priori* della sensibilità' che rendono possibile l'esperienza secondo Kant) mette in crisi la nozione fondamentale sulla quale si è fondato il diritto pubblico, quella di 'territorio', elemento costitutivo dello stato»[12].

3. Nella riflessione di G. Rossi sul territorio non c'è solo il riscontro a proposito della crisi che ne ha colpito la nozione e l'essenza per effetto di due 'importanti fenomeni' di trasformazione come la globalizzazione e l'innovazione tecnologica. Del resto, tali fenomeni hanno inciso anche su altre nozioni, su altri istituti, sul diritto complessivamente inteso, sulle istituzioni, in particolare, a cominciare dallo Stato e sui poteri amministrativi che ne rappresentano le principali rappresentazioni. «Gli stati [scrive G. Rossi] corrono il rischio di restare la risultante occasionale di due sottrazioni di poteri: verso l'alto (per i temi le cui dimensioni sfuggono al loro controllo, come la finanza e il clima) e verso il basso (per la tendenza alla frantumazione o alla valorizzazione delle specificità locali che interessa tutti gli ordinamenti) e di non essere in grado di assolvere alle funzioni che si assegnano loro»; ciò determina un conseguente «disallineamento fra poteri e responsabilità» (p. xxxiv).

Una crisi, quindi, e un mutamento che colpiscono complessivamente l'intero diritto pubblico e tutte le proiezioni attraverso le quali esso si manifesta e interviene sulla società. Dinamiche, queste, storicamente importanti, destinate a segnare un'epoca e ad incidere profondamente nelle nostre comunità, ma non sufficienti a spaventare o scoraggiare il nostro A., il quale, piuttosto che celebrare la fine del diritto amministrativo e la sua riformulazione secondo l'impianto caratterizzante altre scienze giuridiche, decide di seguire un suo percorso alla ricerca di quelli che possono essere quei nuovi concetti per dare un nuovo fondamento epistemologico alla scienza del diritto delle amministrazioni pubbliche. Le linee di un nuovo diritto amministrativo, appunto.

In questo percorso seguito, molto utili per il nostro A. sembrano essere stati alcuni insegnamenti provenienti dai maestri del diritto amministrativo delle origini, primo fra tutti G.D. Romagnosi, che aveva invitato gli interpreti ad evitare polarizzazioni nell'affrontare le questioni giuridiche,

[12] *Guida alla lettura*, cit., xxxiv.

poiché alla fine l'esperienza insegna che le soluzioni, aristotelicamente, si trovano «nel giusto mezzo». Un insegnamento, quindi, che invita ad evitare approcci ideologici e aprioristici rispetto a temi che implicano l'oscillazione tra contrapposti poli, del tipo Stato o mercato, pubblico o privato. E sempre a Romagnosi si deve un altro insegnamento: quello di non temere «le vedute più semplici» e, pertanto, di sviluppare l'analisi anche sui fatti semplici sui quali si colloca la dinamica giuridica.

Da questi insegnamenti, G. Rossi parte per analizzare la complessità e i mutamenti che stanno incidendo su aspetti fondamentali del diritto amministrativo. Di fronte a tali fenomeni la soluzione non è la fuga verso il diritto privato, ma tentare di rifondare la scienza del diritto amministrativo o quantomeno alcuni dei suoi pilastri, in particolare quelli meno idonei a governare il cambiamento. In tale prospettiva, G. Rossi suggerisce di superare la situazione di incertezza e frammentazione in cui si trovano le principali categorie del diritto amministrativo cercando «le certezze possibili» e queste possono essere rintracciate in tre modi: verificando ogni volta l'adeguatezza degli strumenti che offrono il diritto pubblico e il diritto privato; individuando gli elementi essenziali ogni qual volta è importante definire i nuovi parametri ricostruttivi del sistema; affidarsi ad un nuovo metodo, che per forza di cose deve essere gradualista, cioè idoneo «a cogliere i profili comuni di fattispecie diverse, il 'minimo comune denominatore' che le unisce, e quindi a razionalizzare vicende complesse e articolate»[13].

4. Le soluzioni che G. Rossi suggerisce per affrontare la frammentazione e riformulare la scienza del diritto amministrativo valgono anche per il territorio? La risposta non può essere che positiva. E viene data dallo stesso A., cogliendo in maniera originale l'elemento territoriale in una sua dimensione molto importante di questi tempi: quella ambientale. Per Rossi, infatti, «la problematica ambientale ha evidenziato la crisi delle nozioni portanti del nostro sistema giuridico: quelle che riguardano le situazioni giuridiche soggettive, ma anche quelle dei soggetti portatori, per spiegare i quali si è dovuto far ricorso alla nozione di interesse diffuso. Lo stesso problema della rilevanza giuridica del territorio ne è stato coinvolto perché il tema ambientale mostra in modo emblematico la bipolarità di un concetto che da un lato tende a evaporare, dall'altro si radica ulteriormente: i fenomeni ambientali non hanno confini ma nello stesso tempo l'habitat nel quale si manifestano è territorialmente definito e ciò attiva i poteri e le responsabilità corrispondenti; vi è un disallineamento tra la localizzazione delle fonti inquinanti e quella nella quale si producono i danni, che si

[13] *Guida alla lettura*, cit., p. xxxvi.

traduce in disallineamento fra poteri e responsabilità»[14].

Ecco un nuovo caso in cui le categorie tradizionali dell'amministrativista non funzionano più, le coordinate di riferimento non sembrano in grado di assicurare gli itinerari per trovare le soluzioni necessarie, i sistemi istituzionali non sempre interagiscono e sembrano destinati a dissolversi: uno scenario che non ispira certamente ottimismo, ma che deve essere affrontato, sia pur con nuove chiavi ricostruttive. G. Rossi ne offre alcune: il metodo gradualista, la rilevanza degli elementi essenziali, la centralità degli interessi a soddisfazione necessaria, la gradazione come approccio ai diritti, alle situazioni giuridiche soggettive, alle soggettività, alle tutele. Di tutto ciò bisogna essere grati a G. Rossi, e non solo per averci dato i risultati del suo percorso intellettuale e di ricerca, ma per aver mostrato con entusiasmo e ottimismo che esiste un futuro per il diritto amministrativo, se impostato su nuove teorie e nuove chiavi interpretative.

Nel presentare il suo piccolo, ma denso volume *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, Torino, 2011, G. Rossi ci ha ricordato che quando i sistemi giuridici sono troppo disarticolati e frammentati o quando sono da troppo tempo stabili la dottrina è poco creativa e si concentra su aspetti di dettaglio. Ma quando l'incertezza e la frammentazione lasciano presagire un'evoluzione verso un nuovo assetto, ecco allora che la dottrina reagisce, rielaborando con nuovi principi e nuove categorie i caratteri del sistema. È quello che, nelle pagine dei volumi dei *Saggi e scritti scelti*, G. Rossi prova a fare con nozioni e metodi utili per una nuova scienza di quel diritto a noi più caro. Possiamo condividere o meno i percorsi di ricomposizione del diritto amministrativo che Lui propone, ma in ogni caso dobbiamo esserGli riconoscenti per essere andato oltre la semplice speranza e averci mostrato che per tale diritto «non mancano segni che fanno presagire l'inizio di una nuova fase»[15].

[14] *Guida alla lettura*, cit., p. xlvii.
[15] *Ivi*, X.

Alessandra Pioggia*

L'organizzazione, fonte e misura dei diritti

Il contributo di Giampaolo Rossi alla conoscenza dell'organizzazione va ben oltre la rilettura di alcune nozioni fondamentali (come quella di ente pubblico o di formazione sociale) che ci ha consegnato e continua a consegnarci con le sue riflessioni. Dal percorso di vita e studio che i volumi degli Scritti scelti ci restituiscono in maniera così densa, emerge con chiarezza un elemento centrale: la consapevolezza che il diritto pubblico, e amministrativo in particolare, è il prodotto (a definizione graduale) di un processo che si svolge nella realtà delle dinamiche sociali ed è quindi a partire da queste che occorre ragionare per comprendere i fenomeni giuridici. In continuità con l'approccio jheringhiano, Giampaolo Rossi cerca il significato del diritto fuori dal diritto stesso, ma in maniera moderna e originale.

La riflessione su potere e sugli interessi a protezione necessaria è esemplare in questo senso. Superando le visioni tradizionali che colgono nel diritto unicamente la fonte dei limiti al potere, Giampaolo meglio e più di altri segnala come il processo di giuridicizzazione non abbia semplicemente regolato il potere, ma lo abbia profondamente trasformato, immergendolo nella dimensione sociale del diritto, fatta di bisogni, interessi e pretese che diventano la fonte di una doverosità che cambia segno alla direzione della forza giuridica che chiamiamo potere. La rilevanza dell'organizzazione, il suo rapporto con gli interessi e il suo essere fonte e misura delle pretese giuridiche che sorgono da essi è forse uno dei portati più significativi di questo processo.

Ma andiamo per ordine.

Come è noto, la riconduzione del potere al diritto, alla regolazione che ne definisce limiti e tutele ha riguardato per tutta una prima lunga fase essenzialmente l'azione dell'amministrazione. L'attenzione degli studiosi è stata così fatalmente attratta e assorbita dalla dimensione intersoggettiva della relazione fra autorità e libertà e da ciò è derivata anche l'enfasi sulla soggettivizzazione del potere e sulla nozione di persona giuridica. La metafora antropomorfica della persona-Stato ha funzionato così da nozione ponte fra il nascente diritto pubblico e i fondamenti teorici della pandettistica e ha consentito la sottoposizione dei rapporti con l'autorità alle regole giuridiche

* Ordinaria di diritto amministrativo, Università di Perugia.

delle relazioni intersoggettive già codificate nel diritto privato.

Al tempo stesso, tuttavia, la concezione intersoggettiva del diritto, ha finito per oscurare dietro la dimensione relazionale proprio la sfera dell'organizzazione, che (perlomeno nella sua dimensione interna) ha così finito per seguire un percorso di giuridicizzazione più lungo e difficile. Basti pensare all'elaborazione nella prima metà del secolo scorso della nozione di 'norma interna' (diritto domestico), che regola senza creare diritti, in quanto espressione di un potere di fatto, un potere politico il cui esercizio non incide sulla relazione fra soggetti. E anche quando la dimensione propriamente giuridica dell'organizzazione e la rilevanza anche esterna delle norme che la regolano è divenuta indiscutibile, la dottrina ha tardato (e tarda ancora) a trarre da ciò tutte le doverose conseguenze e a mettere a sistema questa dimensione nella ricostruzione del fenomeno amministrativo. In questo ambito il contributo di Giampaolo Rossi è certamente fondamentale, non solo, come anticipavo, per la conoscenza dell'organizzazione amministrativa in sé (alla quale ha fornito un grande apporto), ma anche e soprattutto per aver posto le basi di una teoria generale del diritto dell'organizzazione pubblica.

Chiave di volta di questa ricostruzione è la relazione fra organizzazione amministrativa (oggetto e prodotto del potere pubblico) e diritti. Con una inversione della prospettiva tradizionale, che vede il diritto sempre e solo come limite dell'esercizio del potere, Giampaolo ci ha mostrato come il potere organizzativo, inteso in senso ampio e relativo a scelte che vanno dall'allocazione delle risorse al funzionamento delle strutture amministrative, sia in realtà anche fonte e misura dei diritti. Efficacissimo l'esempio del diritto alla salute, dotato, come ci insegna la Corte, di un nucleo incomprimibile, ma del quale Giampaolo ci ricorda che l'organizzazione è comunque misura di effettività. La pretesa di ricovero e cura in caso di malattia è diritto se esiste una struttura ospedaliera, altrimenti è mera astrazione.

In questo senso descrivere, come fa Giampaolo, il diritto alla salute come norma 'ad implementazione progressiva', non riduce di certo la portata del diritto, ma la sostanzia arricchendone la dimensione attraverso la doverosa esistenza e il doveroso (buon) funzionamento dell'organizzazione pubblica che gli corrisponde. In assenza (o in presenza di inadeguato funzionamento) di quest'ultima, neanche l'aggettivazione di un diritto come 'fondamentale' vale a renderlo autenticamente diritto. La stretta interdipendenza fra interessi, diritti e organizzazione, rende così evidente come proprio attraverso l'acquisto di rilevanza giuridica del fenomeno organizzativo si sia andato definendo il diritto 'pubblico', la cui specificità non risiede solo nell'essere regola del potere in quanto espressione di autorità, ma riposa

anche, e forse soprattutto, nell'essere disciplina di una potestà, che è, prima di ogni altra cosa, doverosa cura di interessi.

È in questa prospettiva che trova pieno compimento la trasformazione dell'organizzazione amministrativa da fenomeno burocratico a fonte e misura dei diritti. Come scrive Giampaolo, «l'organizzazione è quindi coessenziale alla cura degli interessi a soddisfazione necessaria e senza di essa [...] non si realizzano i presupposti affinché un interesse possa essere considerato un diritto». Ma la straordinaria forza di questa visione risiede nella reversibilità di questa relazione. Se è infatti vero che giurisprudenza e dottrina non hanno mancato di cogliere il legame fra organizzazione e diritti, è anche vero che l'aspetto che più ha attratto l'attenzione è quello che mette in evidenza il difficile equilibrio fra esigenze di piena soddisfazione dei diritti e risorse necessarie per organizzare ed erogare le prestazioni che dei diritti stessi sono strumento di soddisfazione. Questo, come è noto, ha fatto parlare di diritti finanziariamente e organizzativamente condizionati, mettendo in evidenza la condizionalità dell'organizzazione con riferimento ai diritti. La ricchezza della lettura che ci offre Giampaolo sta nella natura speculare di questa relazione. Il principio per cui se non c'è organizzazione non sorge il diritto, vale anche e direi soprattutto nella direzione opposta, sotto forma cioè di doverosità organizzativa nella tutela dei diritti: se c'è diritto ci deve essere organizzazione.

Del resto questa è l'essenziale dimensione costituzionale della pubblica amministrazione: essere funzionale, ancor prima che agire funzionalmente, alla garanzia dei diritti. Il disegno dello Stato sociale di diritto iscritto nel nostro testo fondamentale ha bisogno di una amministrazione che sia anche organizzazione e di una organizzazione che sia anche pubblica. Si tratta di una prospettiva di inusitata ricchezza nella ridefinizione dei doveri di esistenza e di funzionamento dell'amministrazione, che ha anche il grande merito di emancipare le questioni dell'organizzazione dall'approccio aziendalistico produttivo sul quale si è avvitato (immiserendosi) il dibattito di questi ultimi decenni.

La potenzialità del coerente sviluppo della prospettiva offerta da Giampaolo Rossi si può cogliere in tutta la sua portata se solo si considera come nel disegno costituzionale i diritti (primi fra tutti quelli fondamentali) siano parte di un progetto che li contiene senza esaurirsi in essi: il pieno sviluppo della persona.

La strumentalità di ciascun diritto al progetto di emancipazione individuale arricchisce le pretese del singolo nei confronti dell'amministrazione deputata alla soddisfazione del diritto di cui è portatore, e, conseguentemente, ispessisce

la doverosità organizzativa dell'amministrazione stessa, allargandone il campo degli obblighi oltre la singola prestazione di servizio. Nel rapporto con una amministrazione sanitaria, ad esempio, soprattutto quando la soddisfazione della pretesa prestazionale richiede la costituzione di una relazione (un ricovero, un trattamento ripetuto nel tempo, un sostegno domiciliare, ecc.) non viene in considerazione unicamente il diritto ad essere curati, ma il diritto ad esserlo nel rispetto della propria dignità, con la promozione della propria autodeterminazione, nella garanzia delle altre libertà, come quella di religione o di manifestazione del pensiero o, ancora, di istruzione e così via. Mi piace in questa sede ricordare come in questi ultimi anni una simile prospettiva sia stata sviluppata anche dal Consiglio di Stato che, con grande sensibilità, non ha mancato di cogliere questa complessità di relazione, traducendola in un significativo ispessimento dei doveri delle organizzazioni amministrative.

Questo ha riguardato senza dubbio il rapporto con l'organizzazione nel momento dell'esercizio del potere ed ha contribuito significativamente al processo di arricchimento dei doveri procedimentali, ma si è estesa con effetti importantissimi anche alla relazione con l'organizzazione che eroga servizi, ampliandone i doveri ben oltre la mera somministrazione di una prestazione. Basti por mente all'importante sentenza n. 4460 del 2014 in cui, proprio con riferimento al diritto alla salute, i giudici ci hanno spiegato come la dimensione costituzionale della pretesa conferisca nei confronti dell'amministrazione il diritto ad una prestazione organizzativamente molto più complessa della singola erogazione della cura. Una prestazione, «che va dall'accoglimento del malato alla comprensione delle sue esigenze e dei suoi bisogni, dall'ascolto delle sue richieste alla diagnosi del male, dall'incontro medico/paziente alla nascita e all'elaborazione di una strategia terapeutica condivisa, alla formazione del consenso informato all'attuazione delle cure previste e volute, nella ricerca di un percorso anzitutto esistenziale prima ancor che curativo, all'interno della struttura sanitaria, che abbia nella dimensione identitaria del malato, nella sua persona e nel perseguimento del suo benessere psico-fisico, il suo fulcro e il suo fine».

L'ultimo aspetto che mi preme sottolineare riguarda un'altra (non sola, né ultima) conseguenza che questa lettura può avere su una nozione particolarmente tormentata del nostro sistema di pensiero giuspubblicistico: quella di 'pubblico servizio'. Se, come ci insegna Giampaolo, l'organizzazione è fonte e misura dei diritti, ma anche specularmente questi ultimi sono misura dell'organizzazione, allora la specificità del servizio in quanto pubblico riposa proprio nella più complessa doverosità dell'organizzazione

che lo contraddistingue. Una specificità che si riflette anche sulla concezione dei destinatari di esso: non clienti, e nemmeno utenti in senso stretto, ma 'persone'. Ciò non determina solo una doverosità organizzativa molto più densa per l'amministrazione, ma rende evidente e rilevante (da un punto di vista giuridico) che l'organizzazione e il funzionamento di un servizio pubblico, così come quella dell'amministrazione di funzione, debbono rispondere alla visione di persona e, di conseguenza, al progetto di società iscritto nella nostra bellissima Costituzione.

Pier Luigi Portaluri*

Del non pensare per diadi: un dialogo di pochi decenni con Giampaolo Rossi

Sommario: 1. Un fuori tema apparente, per iniziare – 2. Il gradualismo di Rossi contro la logica giuridica binaria – 3. Un primo esempio: le molte ibridazioni fra provvedimento e contratto – 4. Un secondo esempio: la soggettività – 5. Un terzo esempio: il diritto dei 'terzi' al giudice amministrativo – 6. Poiché il favonio si leva, per iniziare ancora: *der Anfang ist noch*.

1. *Un fuori tema apparente, per iniziare*

Chiedo subito venia se alcune di queste righe principiali mostrano troppo il colore di un discorrere personale con Giampaolo Rossi.

È accaduto tempo fa. Cercavo di mettere ordine fra i miei pensieri prima di scrivere la relazione per il convegno di Varenna del settembre 2019.

Mi toccava la sessione di apertura. Avrei dovuto parlare del diritto urbanistico nella traiettoria italiana dalla sfortunata legge del 1942 sino a oggi. Cominciai a percorrerla mentalmente. Davanti ai miei occhi scorrevano norme e categorie giuridiche; uomini generosi, visionari e sconfitti; bassure morali e im/prenditori d'ogni specie; tragedie causate dall'atavica ignavia italiana.

Su tutto dominava quella parola, il grande lemma: 'piano'. Era il punto di fuga dell'affresco, ma anche una sorta di guida. Un Virgilio oggettivato. Il mio cammino immaginario fu, all'inizio, spedito: persone, sentenze storiche e coeve occasioni perdute (il «chiunque» bloccato dal diritto giurisprudenziale…), grandi arcate concettuali. Tutto era abbastanza al suo posto. Mi sentivo un po' Casaubon, l'io narrante del *Pendolo di Foucault*.

Avevo quasi terminato la passeggiata. Ecco, stavo per violare la prima pagina bianca, quando mi appare idealmente il Maestro che mi raccomanda di consultare anche l'elenco del telefono. È una frase in codice fra noi: una raccomandazione a scrivere di diritto solo dopo aver ben conosciuto la realtà.

* Ordinario di Diritto amministrativo, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università del Salento.

La risposta mi sembrava pronta. È vero, il piano urbanistico è sì in crisi, e quindi la depianificazione è concetto ormai ricevuto. Ma pur assediato, il grande lemma comunque resiste bene: il tema principale, infatti, resta il dialogo – conflittuale sin che si vuole – fra piani, generali o settoriali che siano. In altre parole – mi dicevo – non è dubbio che si debba comunque affidare alla figura-piano il ruolo di 'gestire' (*lato sensu*) il territorio.

Il mio 'elenco telefonico', dunque, non era tanto la letteratura, ma sopra tutto la *casistica* urbanistica. Le concrete avventure di frontiera. Giannini diceva infatti che gli urbanisti arrivano *prima* dei giuristi, i quali giungono solo dopo, quando si tratta di costruire categorie ordinali e regolative.

Ho cercato quindi fra i casi di studio, per esempio nelle esperienze raccontate dall'INU. Non presumo neppure un po' di averle esaminate nella loro interezza, ma quanto basta per averne un'idea non troppo vaga e indistinta.

Mi aspettavo una conferma – o una non-falsificazione – dell'ipotesi di cui ho detto: che cioè (uso l'archeosinistrese) il piano è vivo e lotta con noi.

Temo invece che Giampaolo avesse avuto una buona parte di ragione.

I processi reali, e i loro principi di disciplina, erano e sono ancor meno filtrati – rispetto al passato più lontano – dallo strumento-piano.

I percorsi effettivi sono altri, e sono oggi – ecco il punto – assai fluidi, liquidi. Graduali.

Potremmo cominciare dai gloriosi *standards* del 1968, riesaminati un paio d'anni fa da un gruppo di lavoro costituito in seno al MIT: che ha proposto rapporti non più (o non solo) planovolumetrici, ma basati su indicatori fluidi di prestazioni complessive fornite dalle *reti* sinergiche di attori pubblici e privati.

I nuovi paradigmi urbani dovrebbero essere auspicabilmente, ad esempio, la sostenibilità, il livello qualitativo delle dotazioni urbane e il raggiungimento dell'autosufficienza energetica (anche l'abusatissimo 'resilienza', purtroppo).

La stessa figura-piano – stando alle ultime acquisizioni della tecnica urbanistica – dovrà essere valutata per le sue attitudini non tanto conformative, quanto *performative*, ivi inclusa la capacità – fortemente ecosistemica – di generare non costruzione, ma *distruzione*: cioè di incentivare l'eliminazione di manufatti incongrui e di detrattori ambientali.

Il grande lemma, ci dicono gli urbanisti, forse è al tramonto: non più *pianificazione*, non più urbanistica; non più il sogno razionalisticamente lirico dell'«un territorio, un piano». Ma molte *regolazioni*, neppure solo *urbanistiche* e quindi antropocentriche: ma *biocentriche*.

Liquide. Gradualmente 'processate' (mi si perdoni il neologismo orrido).

Le quali dialogano mediante processi ancora da studiare, ma che proprio da quella fluidità possono trarre il meccanismo base: quello della *coalescenza*, come le gocce che avvicinandosi tendono a divenire una.

A mio avviso la liquidità, il gradualismo che Rossi ci esorta ad accettare sono – in linea col suo insegnamento – il progressivo, sereno abbandono di categorie del passato.

Quando Bauman ha rivisitato la sua fortunatissima «modernità liquida», ha ricordato che l'unica costante è il cambiamento; l'unica certezza è l'incertezza.

La modernità ottocentesca era aspirare all'immancabile, prossima e definitiva conquista della perfezione; la nostra, invece, è solo un'ansiosa consapevolezza della difficoltà di migliorare, almeno un po', la fragile *conditio humana*.

Forse non solo umana, vorrei aggiungere: ma di ogni creatura, dell'intera biosfera.

2. *Il gradualismo di Rossi contro la logica giuridica binaria*

Pensare per diadi: le grandi dicotomie – da Parmenide in poi, si direbbe – sono talvolta un guanciale troppo comodo dove addormentare le menti che hanno smesso di «volare coi piedi per terra», tradendo così l'esortazione che ho appena ricordato.

Uno dei peccati più gravi. E anche fra i più insidiosi, poiché recide il legame con la realtà: per cui sbagliata non sarebbe la mappa che guida lo studioso, ma il territorio che ne è oggetto. Negare la peste, dunque, poiché né sostanza, né accidente.

Il realismo giuridico che ha sempre connotato il percorso intellettuale del Maestro diviene, per i suoi tanti allievi e per le generazioni successive, un monito di severa bonomia: rifuggire da un *Begriffshimmel* algido e distante, confrontando invece le proprie concettuologie con le repliche della vita (spesso impietose), della vita vera.

Discende da qui il metodo gradualista. Una lezione di volo preziosa, insisto nell'allegoria. Perché insegna l'attitudine, la disponibilità a continue cabrate e picchiate: alla ricerca della quota sempre variabile, mai predefinita (mai rigidamente dicotomica, appunto: o cielo o terra), dove poter finalmente intuire traiettorie di pensiero intentate. Inventando sempre costellazioni nuove.

Non credo un caso l'ormai celebre esempio della *pozzanghera*. *Humilitas*, semplicità. Acqua e terriccio, frammisti. Null'altro. Ma – si badi – è raffinata semplicità *d'arrivo*. L'esito di un ininterrotto – ancora lungo – viaggio intellettuale e sentimentale che – come Rimbaud – conduce infine il *bateau* all'«*eau d'Europe*»: alla «*flache*», appunto.

Nella *paidéia*, ferma e mite insieme, impartita da Giampaolo Rossi, alcuni aspetti si stagliano nell'orografia di un percorso di formazione.

Dico subito di un altro Maestro, da lui consigliatoci fra i primi. È Riccardo Orestano, colui che ha insegnato a vivere – ricorda Rossi – le avventure del pensiero come e più di quelle del navigare il mare aperto.

L'incontro avvenne abbastanza presto, quando sono ancora poche e più confuse le figure che popolano il villaggio culturale interiore di un giovane studioso.

Destava sconcerto già il titolo dello scritto, che parla di strani diritti 'senza soggetto'.

Per quel giovane, intriso di dicotomie eleganti, il soggetto era precondizione stessa della pensabilità giuridica. Ma Orestano lo detronizzava inesorabilmente; gli irrideva usando la tagliente figura retorica dell'*elenco*: giustapposte senza ritegno sino a occupare due pagine del saggio, definizioni frutto di sofferte quanto inutili mediazioni linguistico-giuridiche non mostravano il travaglio di due secoli di dottrina, ma solo la vanità vaporescente dello sforzo.

Col procedere dei paragrafi, il senso dell'indicazione di Rossi per l'immediata lettura di Orestano si faceva via via più chiaro. Sino al punto di svolta: pochissime parole che dopo venticinque anni ho ritrovato a pag. 194 di *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*. «Basta provarsi ad evadere mentalmente, anche per un momento».

Orestano tramite, Rossi stava dicendo che dalle dicotomie si deve imparare a evadere.

3. *Un primo esempio: le molte ibridazioni fra provvedimento e contratto*

Il gradualismo nel pensiero di Rossi è appunto questo: un criterio metodologico che fugge ogni schematismo e *apriori*. L'osservazione della realtà (ecco l'elenco telefonico) è la scaturigine di una teoria generale – aperta a mille ibridazioni *genitabiles* – che voglia essere descrittiva ed euristica insieme.

Non filosofemi più o meno ideologizzati da infliggere allo scorrere della

vita. Al contrario, il sapersi chinare nel cuore dei processi reali, cogliendone con delicatezza e sensibilità la domanda di regolazione che ne sale.

Le applicazioni di quel metodo sono state – e saranno – assai numerose.

Mi permetto di ricordarne solo tre, per le quali mi sento ancora più astretto al vincolo di riconoscenza (pure) intellettuale.

La prima. La diade provvedimento-contratto.

Ancora negli scorsi anni '80 il pensiero giuridico negava in radice la stessa possibilità logica di *pacta* con soggetti privati in ordine alle modalità di esercizio del potere, per ciò solo ritenendoli *inpia*. Delle due l'una, sosteneva una dottrina elegante e irrealistica: o il risultato perseguito dalla p.A. era doveroso, e allora doveva essere raggiunto in via unilaterale, dunque prescindendo dal consenso negoziale del privato; o era antigiuridico, per cui non v'era accordo che potesse legittimarlo. Ne derivava che al consenso poteva essere riservato solo uno *spazio* giuridico esterno rispetto a un'inaccettabile 'pattuizione sul potere': cioè quello spazio in cui la p.A. agisce *iure privatorum*.

Neppure un secolo di accordi sul potere – a mezzo dei quali, per esempio, interi quartieri delle città italiane erano sorti mediante convenzioni fra Comuni e costruttori – aveva rigato la bellezza imperturbabile di questa algida distaccata teoresi.

Il gradualismo di Rossi ci ha indicato la via, che il legislatore prima del 1990 e poi – in parte – del 2005 ha seguito.

L'*Urtext* della l. n. 241 è infatti ordinato a delineare un diritto comune, sia procedimentale che sostanziale, di tutte le manifestazioni del potere amministrativo in cui il ruolo del privato – andando oltre la tradizionale funzione collaborativa, ovvero di tutela di interessi meramente oppositivi o pretensivi – diviene, a causa del particolare atteggiarsi della fattispecie reale, un fattore strumentale e decisivo, dunque necessario, per il 'successo' della missione amministrativa.

Per quanto mi riguarda, dai suggerimenti di Rossi è disceso nel lontano 1998 uno studio monografico sulla teoria del provvedimento (*Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*), dove ho considerato unitariamente – proprio nella logica gradualistica del *continuum* – sia i provvedimenti (a collaborazione necessaria: *Verwaltungsakt auf Unterwerfung*), sia gli accordi (atti amministrativi su consenso: *Zweiseitiger Verwaltungsakt*).

Una notazione: ancora tre anni prima, C.H. Ule e H.-W. Laubinger (*Verwaltungsverfahrensrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 4. neubearbeitete Auflage, 1995, p. 489) alla teoria saggiamente gradualista del provvedimento bilaterale preferivano semplicisticamente

la costruzione dell'*Akt auf Unterwerfung*, imputando allo *Zweiseitiger Verwaltungsakt* la colpa di annullare l'ontologica differenza fra provvedimento e contratto di diritto pubblico («*weil er die Unterscheidung zwischen Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichem Vertrag aufhebt*»).

Nonostante le resistenze che ho appena ricordato, il regime giuridico dei rapporti formalmente consensuali e di quelli a collaborazione necessaria ha iniziato una traiettoria di tendenziale convergenza, soprattutto per quanto riguarda la sua capacità di precludere o almeno conformare il potere della p.A. di intervenire successivamente per modificare o distruggere il precedente assetto di interessi.

La l. n. 15 ha poi dettato (con poca levità di tocco, ma questa è storia diversa) le norme cruciali sulla *stabilità anche del provvedimento*, prevedendo l'indennizzabilità *tout court* dei pregiudizi derivanti da revoca. Un riscontro, di nuovo, dell'approccio gradualistico recepito dal formante legislativo, questa volta forse paradossalmente sbilanciato – nel moto pendolare fra i due poli estremi dell'autorità e del consenso – troppo a favore del secondo.

La moda filoprivatistica e comunque ostile per definizione alle manifestazioni dell'imperatività trova qui una delle sue più evidenti e meno riuscite epifanie, annunciata dal roboante, ma per fortuna innocuo cannone da parata del comma 1-*bis* inserito nella norma d'apertura della legge. Inutili, purtroppo, i saggi moniti di Rossi: come sul potere come servizio, così sulla perniciosità dello sport di contestare acriticamente il potere, sino all'eccesso di «rifiutare qualsiasi unilateralità, dovendosi tutto ricondurre al 'rapporto' e al consenso».

4. *Un secondo esempio: la soggettività*

Dicevo di un ulteriore 'luogo' applicativo del metodo gradualistico rossiano.

È la questione del soggetto, della sua capacità; la personalità giuridica, quindi l'ardua teoria del diritto soggettivo.

Anche qui, storie e vicende di diadi. Di «eversori di mura» dannunziani, come il Nostro. E di letture di formazione, ancora. Fra tutti, Rossi indica Angelo Falzea.

Strano consiglio, in apparenza. Falzea, il dogmatico antigradualista, ma tale in modo non meno nobile che reciso: «uno dei più gravi errori teorici, che hanno oscurato e complicato la teoria della capacità giuridica, sta

appunto nel concetto di una capacità giuridica suscettibile di graduazione e limitabile a contenuti determinati»; e ancora: «il nesso che congiunge le due idee, di capacità giuridica e di soggettività giuridica, è così evidente e intrinseco da fare apparire immediatamente chiara e non bisognosa di alcuna dimostrazione la necessità di fondare la prima sulla seconda: di derivare, cioè, la capacità dai modi di essere più generali e costanti del soggetto giuridico».

Rossi avverte subito le radici umanissime di quella nobiltà assiologica, da cui discende la fermezza di penna del giurista messinese; e così ne dice: «sono particolarmente apprezzabili al riguardo le considerazioni di A. Falzea […], ove si sottolinea come sia una conquista di civiltà la riconduzione della soggettività e della capacità giuridica alla dimensione umana di ogni uomo», al fine di non «legittimare una sostanziale diversità fra gli esseri umani, accettando la tesi di una soggettività giuridica che non coincide senza residui con la personalità giuridica».

L'esigenza etica – rileva Rossi – di non graduare la soggettività, e così di non distinguerla dalla personalità, si sente poco o punto nel diritto amministrativo, i cui attori pubblici non incarnano valori/interessi (come è invece per la persona fisica), ma semplicemente li gestiscono: onde la maggior disponibilità delle *figurae publicae* verso un processo di desoggettivazione che può esser senza problemi sancito dal diritto positivo («un organismo può essere dotato o meno di personalità giuridica e in entrambi i casi può essere intestatario del rapporto di impiego del personale o utilizzare personale di altro ente», egli precisa).

Qui appare evidente – a mio avviso – la saldezza valoriale del gradualismo di Rossi, la cui operatività è sempre subordinata a un ferreo controllo assiologico: mai è in discussione l'*eteropoiesi* di quel metodo, sempre attento ai *Grundwerte*, dai quali deriva anzi la propria dimensione fondativa.

Con questa certezza, possiamo spingere il nostro sguardo verso orizzonti nuovi della soggettività e dei suoi diritti.

Una dicotomia di nuovo s'incontra, quella fra persona e cosa. Dove, per esempio, «cosa» è ancora – per il diritto italiano – la creatura non umana, il c.d. 'animale'.

Se per un verso non è possibile dubitare che il cavolfiore pieno di sangue, racchiuso in osso di teschio e mirabilmente capace di pensiero cosciente (direbbe Lombardi Vallauri) sia inspiegabile (per ora) appannaggio (per ora) dell'uomo; per altro verso la natura senziente, emotiva e culturale di molte altre creature superiori non può rassegnarsi a una reificazione che purtroppo perdura.

Il gradualismo di Rossi – sempre avverso alle «nozioni falsamente

unitarie» – ci aiuta ad accettare con serenità l'idea di personalità/soggettività differenziate: la quale operi non in danno, come un *minus* rispetto al parametro massimo della universale condizione giuridica umana e della sua capacità *generale*; ma come un acquisto, come il frutto di un indifferibile processo di liberazione di nuove soggettività che accedono al mondo del giuridicamente rilevante quali centri d'imputazione di interessi protetti (nel che si risolve peraltro la titolarità di diritti soggettivi). Ecco la lezione di Jhering, prontamente ripresa da Rossi.

I nodi d'apice sono moltissimi, fra cui la decisione terribile della *bright line*: dove e con quali criteri tracciare la linea che separa la persona (non umana) vivente dalla cosa vivente? Quale livello evolutivo la creatura non umana deve possedere e mantenere per entrare nel mondo della soggettività giuridica?

Le problematiche sull'ineliminabile antropocentrismo del diritto appaiono oggi superate, e con esse la questione della capacità d'agire dei 'nuovi' soggetti.

Soccorrono anzitutto tecniche più che bimillenarie: si pensi alla tutela del minore e dell'incapace.

Ma la letteratura giuridica discute ormai apertamente di diritti trans-soggettivi (*transsubjektive Dimensionen subjektiver Rechte*): uno schema che va addirittura oltre lo schermo della soggettività, poiché il soggetto umano attore (*plaintiff*) chiede al diritto oggettivo di superare la cornice nella quale l'ordinamento si colloca come sistema degli uomini.

Secondo Pasquale Femia, «i diritti trans-soggettivi sono diritti che né si terminano in un oggetto, né si esauriscono in un soggetto, piuttosto li attraversano per propagarsi altrove, senza mai soffermarsi su un titolare. Sono diritti senza padrone […] Il contenuto della pretesa giuridica non si riverbera solo su colui il quale possiede il diritto, ma perché esso rivela la propria natura transizionale».

Occorre dunque superare la logica *binarista* – l'ennesima dicotomia – del diritto soggettivo, che fonda sulla *determinatezza della pretesa*, alla quale proprio Jhering nel *Geist des römischen Rechts* è ancora fermo: «Il giudice civile può proteggere solo gli interessi di coloro i quali mostrano l'immagine di un corpo stabile; quando abbandona questa forma e si trasforma nello stato di aria, quando si perde completamente nell'indeterminato, la sua forza finisce – non si possono catturare le nuvole in un sacco o in una capsula («*man kann Wolken nicht in einen Sack oder eine Kapsel fangen*») – il giudice deve, invece, saper cogliere e afferrare le cose per giudicare con sicurezza».

Si domanda Femia: «l'indeterminatezza è un'incurabile patologia della

effettiva pretesa del soggetto giuridico, da respingere dinanzi al tribunale, oppure è l'incapacità – la cecità epistemica – di andare oltre la forma più rigorosa dei rapporti giuridici?».

5. *Un terzo esempio: il diritto dei 'terzi' al giudice amministrativo*

Sto parlando del tormentato criterio della *vicinitas*, oggetto di una recente sentenza di rimessione alla Plenaria da parte del giudice d'appello siciliano (n. 759/21).

Poiché il muro giurisprudenziale contro l'azione popolare non può essere abbattuto (né è certissimo che sarebbe prudente farlo), sembra più ragionevole muovere lungo il crinale della qualificazione e differenziazione del soggetto ricorrente.

Ho proposto recentemente, per saggiare nuove vie di diritto, di unire sussidiarietà orizzontale e legittimazione differenziante, usando la prima per spingerci sino alle propaggini estreme della giurisdizione soggettiva.

Il criterio tradizionale ha un limite che deriva dal suo presupposto implicito: la declinazione della *vicinitas* in senso *fisico* del soggetto ricorrente rispetto al contesto territoriale in cui avviene il fatto (o atto) giuridico che genera la domanda di tutela.

A me non appare impossibile dare rilievo – in termini di meritevolezza specifica – della condotta attiva del soggetto terzo, anteriore all'esercizio del diritto di ricorso.

Ho sostenuto cioè l'opportunità di svincolare la *vicinitas* anche dal radicamento in quel determinato contesto locale dove è avvenuto l'«evento scatenante» e contestato: se non si recide questo nesso, la tutela degli interessi superindividuali conoscerà sempre il paradosso di essere rimessa alla reazione di una cerchia limitata di soggetti.

Intesa – come a me pare preferibile – in senso *assiologico*, la *vicinitas* selezionerebbe anche una platea di soggetti che si qualificherebbero in ragione di un impegno svolto per il perseguimento di interessi generali, prescindendo da un angusto e dunque penalizzante collegamento materiale col territorio di riferimento. Il catalogo, solo provvisorio, potrebbe essere ampio. Personalità di chiara fama della cultura italiana (e non solo) da sempre impegnate a difesa dell'ambiente (*lato sensu* inteso, ovviamente). Associazioni, prive dei requisiti *ex* artt. 13 e 18 citt., le quali agissero a difesa di un interesse specifico – diverso da quello espresso dalla collettività insediata, ma comunque meritevole di

tutela – che sia stato leso dall'azione amministrativa.

Ecco il punto dove il principio gradualista trova applicazione. Mi si potrebbe infatti obiettare che si tratta di un criterio ondivago e generico, donde l'eccessiva discrezionalità del Giudice nel consentire o meno, di volta in volta, l'accesso alla tutela. Non mi pare, però, che il criterio della *vicinitas* 'classica' lo sia molto di meno, fondando anch'esso su concetti indeterminati. A quale precisa distanza comincia e finisce invero la *vicinitas* fisica? *In pari causa*, meglio utilizzarle entrambe, se ne discenda un fronte di legittimazioni più munito.

6. *Poiché il favonio si leva, per iniziare ancora:* der Anfang ist noch

Quelle dolci giornate di maggio del 45 molcevano un po' il suo dolore di padre, chiuso nella villa di Astura. Per non soccombere al pensiero di Tullia, Cicerone si rifugia nella filosofia. Nascono gli *Academica priora*. Perduto il primo, ci resta il secondo dei due libri. Il *Lucullus*. Nella splendida villa digrediente sul mare di Ortensio Ortalo, a Bacoli, è ambientata la scenografia immaginaria. L'Arpinate discorre del sorite, il paradosso dell'acervo: quanti chicchi di grano devono essere via via aggiunti (o tolti) perché se ne formi (o ne rimanga) un mucchio?

Ma questo è un modo sbagliato (*vitiosus*) e scivoloso (*lubricus*) di ragionare, sostiene: «[…] la natura delle cose non ci ha dato alcuna cognizione dei limiti e, quindi, neppure la possibilità di stabilire fin dove si può arrivare in certi argomenti, e ciò vale non solo nell'ambito del 'mucchio di grano', da cui è nato il nome 'sorite', ma neppure quando si pretende da noi una risposta minuziosa in qualche altro campo della realtà – se, ad esempio, uno sia ricco o povero, famoso ovvero oscuro, se gli oggetti siano molti o pochi, grandi o piccoli, lunghi o corti –, noi non abbiamo la possibilità di rispondere con certezza in merito alla quantità che si debba aggiungere o sottrarre («[…] *rerum natura nullam nobis dedit cognitionem finium, ut ulla in re statuere possimus quatenus, nec hoc in acervo tritici solum, unde nomen est, sed nulla omnino in re minutatim interrogati, dives pauper clarus obscurus sit, multa pauca magna parva longa brevia lata angusta, quanto aut addito aut dempto certum respondeamus non habemus*»).

Se dunque il pensiero (giuridico) diadizzante ci allontana dalla comprensione (e regolazione) della realtà, allo stesso modo – ci dice una sola voce che attraversa e congiunge secoli di pensiero – dobbiamo evitare di

distruggerne i poli, gli elementi costitutivi, utilizzando paradossi infecondi e ancor più stranianti.

Le parole sono le stesse: «*aliquid minutatim et gradatim additur aut demitur*». Né diadi, né soriti, quindi. Ma invece la consapevolezza che con quel *gradatim* debba comunque cimentarsi la sensibilità del giurista.

È tempo di chiudere. Cioè di iniziare ancora.

Ci aspettano nuove partenze: «*favonius ipse insusurrat navigandi nobis tempus esse*».

Il magistero di Giampaolo Rossi, tutta la sua avventura intellettuale, è una gioiosa esortazione a farlo.

Simone Torricelli*

La dinamica degli interessi a protezione necessaria e la complessità amministrativa

1. Il tema della complessità, riferito alla dinamica degli interessi a protezione necessaria, è un tema che emerge indirettamente nella elaborazione di Giampaolo Rossi; emerge perché rappresenta una implicazione inevitabile per chi intenda condurre il discorso giuridico senza trascurare l'incidenza effettiva che esso produce nelle dinamiche sociali.

Una notazione rispettiva sui due poli intorno ai quali si articola il titolo dell'intervento.

L'espressione «interessi a protezione necessaria» è una espressione a dir poco non consueta. Nel primo capitolo del Suo manuale, e dunque nell'introdurre allo studio del diritto amministrativo, Rossi ammonisce circa la variegata rilevanza che possono avere gli interessi, sottolineando poi che gli interessi, oltreché talora rilevanti, sono anche in certi casi protetti: la rilevanza giuridica degli interessi può arrivare ad assumere il grado massimo che si traduce nella 'protezione', ponendo la premessa per la loro potenziale trasformazione in situazioni giuridiche soggettive.

Gli interessi «sono al centro della costruzione del diritto amministrativo» (dalla *Introduzione agli scritti*) e, quando assurgono al rango di situazioni soggettive, hanno «uno spessore sostanziale, e non più solo processuale o di tutela occasionale e indiretta». Si vede allora che l'espressione che egli conia non solo non corrisponde alla nomenclatura ortodossa e alla comune tavola delle catalogazioni degli interessi. Non corrisponde nemmeno a una consueta idea, spesso non espressa ma sempre molto presente, secondo cui gli interessi, rispetto al potere, non hanno affatto una protezione necessaria, ma una protezione eventuale, riflessa, accidentale e accidentata.

Il secondo polo: la complessità. È un attributo sfuggente, l'essere complesso, perché ogni fenomeno giuridico è semplice o complesso a seconda del punto di vista, e semplificare per un profilo può voler dire complicare per un altro. D'altra parte, la complessità ha una diversa valenza a seconda che sia necessaria o non lo sia, in relazione agli interessi da

* Ordinario di diritto amministrativo, Università di Firenze

proteggere, e a seconda che, per quanto necessaria rispetto a quegli interessi, sia anche sostenibile ovvero produca esternalità negative che, in termini di sistema, la rendono disfunzionale. È questo secondo aspetto che mi pare soprattutto emerga, con marcata originalità, dal pensiero di Rossi.

Uno dei principali fattori di determinazione della complessità, osserva Rossi, è la moltiplicazione degli interessi protetti (da *La complessità amministrativa*) e a ben vedere questa è una considerazione difficilmente contestabile, una volta che si tragga dalla qualificazione di meritevolezza di un interesse la sua necessaria conseguenza in termini di pienezza di tutela e non la si declassi a una mera affermazione declamatoria e senza contenuto.

In effetti, come ancora osserva Rossi, la cura degli interessi a protezione necessaria trascina con sé il bisogno di una organizzazione: per usare una sua espressione, «lo studio dell'organizzazione concerne in fondo le formule organizzative attinenti alla cura degli interessi a soddisfazione necessaria», non essendo nemmeno immaginabile, si potrebbe aggiungere, che vi sia una organizzazione diretta ad altro, ovvero che non sia necessaria rispetto a questo (*La rilevanza giuridica dell'organizzazione*). Coerente la conclusione per cui le soluzioni organizzative prescelte esprimono «il dosaggio degli interessi» (*L'articolazione dell'organizzazione pubblica*) e che «la tematica organizzativa […] va riletta e in parte riscritta utilizzando la chiave di lettura offerta dall'analisi del tipo di composizione tra diversi interessi che viene effettuata nelle norme» (dalla *Introduzione agli scritti*). Elevare un interesse al rango di interesse a protezione necessaria origina insomma un bisogno di organizzazione che, salvo razionalizzazioni sovente annunciate ma da considerarsi improbabili, importa il bisogno di un 'di più' di amministrazione. Si veda, come punto di emersione di questa elaborazione teorica, quanto sta accadendo in termini organizzativi con l'ampliarsi del diritto alla trasparenza, con l'irrigidirsi del diritto all'ambiente, con l'emergere del diritto all'integrità. O, se si vuole ancor più agganciare il flusso della contingenza, con l'introduzione del c.d. reddito di cittadinanza.

2. Ho alluso al fatto che queste premesse hanno una duplice valenza. Esse impongono una riflessione sulle superfetazioni dell'amministrazione, sulla scorta di una linea di pensiero presente, ma che si è invero poco radicata. Non mi soffermo, perché il tema dell'amministrazione sovrabbondante non si pone in collegamento con gli interessi a protezione necessaria. Anzi, semmai vi si pone nel senso di violare l'interesse a protezione necessaria al buon uso delle risorse, all'efficienza, al buon andamento (si veda la norma che subordina la costituzione e la partecipazione in società pubblica ad una valutazione motivata sulla efficienza della scelta).

L'altra valenza è più interessante, perché più radicalmente opinabile e più esposta a fronti critici. Le medesime premesse impongono infatti, mi pare, una riflessione sull'amministrazione che è invece effettivamente necessaria, per verificare se, quand'anche necessaria, sia anche sostenibile. Se non lo è, la complessità o contraddice la premessa per cui emerge, qualora la sua non sostenibilità renda l'interesse a protezione necessaria un interesse non protetto, oppure contraddice una premessa più di fondo: la ragionevolezza sistemica che non consente di tutelare interessi individuali quando ciò pregiudichi quello che si potrebbe considerare un interesse generale primigenio e sottratto alla contingenza politica, legato al buon funzionamento globale dell'organizzazione.

La correlazione tra (da un lato) l'avviarsi e l'acuirsi della partenogenesi dell'organizzazione amministrativa, accompagnata dal fiorire di forme organizzative diverse, ai limiti dell'improbabile, e (dall'altro) la proliferazione degli interessi tutelati, ha caratterizzato la parte centrale del secolo XX. Il crescere degli interessi alimenta il crescere dell'organizzazione e dell'amministrazione e il crescere dell'amministrazione produce il crescere della complessità. Così, complessità e benessere sono parsi indistricabili. L'ottimismo modernista che ha accompagnato questo fenomeno ha parallelamente alimentato l'illusione che evoluzione significhi progressiva moltiplicazione degli interessi protetti e che si potesse sostenere all'infinito la complessità amministrativa che ne è derivata, salvo tentare di semplificare metodi e procedure. È così?

Osserva Rossi che «la crisi finale degli Stati è determinata da un eccesso di diritti rispetto alla possibilità di soddisfarli» (*Il ruolo attuale delle formazioni sociali. Problemi e prospettive*), spinto dalla schizofrenica volontà politica di «voler accontentare tutti», per cui «l'attuale fenomeno della moltiplicazione dei diritti, anche di quelli tra loro conflittuali si accompagna alle difficoltà di fare scelte» (*Giustizia, economia, riforme*). Vi è quindi un punto di rottura?

Ho richiamato prima il concetto di sostenibilità. Vi è un tetto alla possibilità per l'ordinamento di reggere la proliferazione degli interessi e vi è un tetto legato alla quantità di amministrazione di cui una comunità può sostenere il peso. La sostenibilità costituisce dunque il punto di bilanciamento del fenomeno e la espressione di una responsabilità generazionale, definendo l'equilibrio tra perseguimento delle esigenze dell'oggi e presa in carico di quelle future, tra gli interessi a protezione necessaria di chi c'è e gli interessi a protezione necessaria di chi ci sarà. E allora, cosa contribuisce a dare contenuto giuridico alla sostenibilità?

Si possono dare molte risposte, per arrivare ad una conclusione che possa

dirsi almeno parzialmente soddisfacente e, nel farlo, merita seguire alcuni percorsi che Rossi traccia.

3. Un primo filo è quello della valorizzazione delle formazioni sociali, come alternativa all'amministrazione soggettivamente pubblica.

È una ricerca filosofica, prima che giuridica, quella con cui Rossi valorizza il ruolo attivo del privato, che risente di ciò che egli pone come *prius* e ciò che pone come *posterius*, secondo un ordine che costituisce una invariante al suo ragionamento in aderenza a una opzione di cui riconosce la valenza ideale.

«Lo spazio è di chi se lo prende», osserva Rossi (*Il ruolo attuale delle formazioni sociali*). Non è un problema di sostenibilità, ma del corretto ordine delle cose (dalla *Introduzione agli scritti*) la necessità di lasciare aperte prospettive più ampie alle formazioni sociali, capaci d'altra parte di operare su profili di educazione, completamento e sostegno della persona sui quali invece la neutralità doverosa delle istituzioni non può intervenire. È una opportunità e un pericolo, ovviamente; è un fenomeno che richiede di essere governato. Che poi il contenimento dell'amministrazione ridefinisca spazi per assicurare una sua maggiore capacità di intervento laddove l'autoorganizzazione non dia risultati apprezzabili, questo è l'effetto desiderato di una premessa radicata su piani più alti e solidi.

Quanto alle amministrazioni, la moltiplicazione degli interessi che esse sono chiamate a bilanciare genera inevitabili conflitti, da affrontare precisando i termini delle relazioni tra gli interessi confliggenti e tra gli enti e gli organi che ne hanno la responsabilità. Su questo aspetto, la fascinazione per i principi e la loro conseguente proliferazione, nella dottrina e nella legislazione, come la parallela elevazione al rango di 'principio' di qualsiasi criterio di composizione, inquinano il discorso sulla discrezionalità, accentuando fortemente l'opinabilità delle scelte. D'altra parte, gli sforzi del legislatore nell'ordinare interessi, soprattutto attraverso la rilevantissima normativa sulla conferenza dei servizi, ma anche attraverso quelle più ornamentali sui silenzi, finali o endo-procedimentali, hanno prodotto discipline instabili e contraddittorie, la cui incertezza o inaffidabilità tempera molto gli effetti semplificanti.

Rossi richiama poi, e ne fa un punto qualificante del ragionamento sulla complessità, il problema della moltiplicazione dei diritti. Cresce ancora in questo contesto il rischio di conflitti. Si pensi al diritto all'integrità e alla trasparenza, che si traduce in un surplus di amministrazione che ha effetti riflessi sulla capacità di tutela di diritti altri, diritti 'finali'. Può aver senso; ma fino a che punto ha senso? Il controllo degli effetti riflessi di certi moti

dell'ordinamento sembra al momento mancare.

Non solo. La stessa moltiplicazione deriva anche da fenomeni finanche poco controllabili. Non si può non sottolineare come tratto caratteristico di questo tempo l'esplosione dei meccanismi di emersione delle situazioni giuridiche protette, che stanno assumendo tratti anomali.

È il caso dei diritti sempre più numerosi che emergono dall'applicazione delle norme europee in tema di libera circolazione e mutuo riconoscimento, che trasferiscono diritti da un ordinamento ad un altro, rendendo difficile, se non talora impossibile, la composizione con il contesto ordinamentale in cui finiscono con il radicarsi. Si pensi anche al fenomeno dilagante della attribuzione di interessi individuali protetti al solo fine strumentale di assicurare l'effettività del diritto, che rischia di estendere la protezione a prescindere da una valutazione di meritevolezza della posizione dell'individuo rispetto all'azione dell'amministrazione.

Vi è da chiedersi di che genere di interessi si stia qui parlando e quale sia la tutela da attribuir loro. Ma, più in generale, si coglie da questi fenomeni come i diritti emergano anche a prescindere da una valutazione politica della loro coerenza, nel quadro della rete interconnessa delle situazioni soggettive protette, perdendo il rapporto, che si direbbe irrinunciabile, con scelte di organi rappresentativi. E il principio di uguaglianza, evocato in questi casi tanto dalla Corte costituzionale quanto dal legislatore, tende a amplificare l'effetto moltiplicatore.

4. Il principio di eguaglianza costituisce è ovvio un motore straordinario di produzione di interessi protetti.

Curiosamente, però, se esso 'tiene' nel rapporto tra cittadino e non cittadino, tende a cedere invece nel rapporto tra cittadini. La riforma costituzionale del 2001, osserva Rossi, rende necessario porsi questo problema ed è un ammonimento che oggi, di fronte all'incedere del regionalismo differenziato, evidenzia la sua essenzialità. In un sistema a risorse sempre più limitate, è sempre più urgente il problema della platea dei potenziali fruitori di uno stesso diritto. I diritti spettano a tutti, in virtù del principio di eguaglianza?

Non si può non affrontare l'esigenza di una ridelimitazione del contesto ordinamentale in cui misurare l'eguaglianza, poiché l'assetto istituzionale oggi ridefinisce le coordinate di applicazione dell'art. 3 della Costituzione e implica una rottura del principio di eguaglianza nazionale. Un diritto può essere sostenibile e in una parte dell'ordinamento e non in un'altra, e per questo può essere riconosciuto o non riconosciuto in funzione della localizzazione territoriale del suo potenziale fruitore. Di qui l'esigenza

di individuare «il grado di disuguaglianza accettabile» (*Uniformità e differenziazione: necessità di individuazione del grado di disuguaglianza accettabile per l'ordinamento*). Emerge un paradosso: se utilizziamo il parametro dei diritti per identificare la nozione di cittadino, tende sì a delinearsi una nozione riconoscibile di cittadino europeo; c'è da chiedersi se non perda di consistenza quella di cittadino nazionale.

Il discorso diventa ovviamente delicatissimo, tanto più se lo allarghiamo ulteriormente ai diritti fondamentali in relazione a fruitori non cittadini: certo che confrontare la messe di diritti rivendicati dalle persone cittadine europee con il vuoto assordante dei diritti neppure adombrati da certe persone non cittadine europee ci mette di fronte alla necessità di una osmosi e di un ribilanciamento che assicuri agli uni e agli altri una comune dignità.

Molto altro ci sarebbe da dire. Mi limito a osservare come lo spessore dei ragionamenti di Rossi su questi molti profili, che va ben oltre quel che qui ho saputo rappresentare, mi pare dimostri l'assunto da cui l'intervento ha presso le mosse. Tra gli insegnamenti che si traggono dall'opera di Giampaolo Rossi, vi è quello che l'analisi e la elaborazione debbono avere una loro coerenza di insieme e avere la capacità di trattare della dimensione micro o individuale, nella consapevolezza delle implicazioni macro o di sistema, con rigore e onestà. Se così è, il discorso giuridico, al di là della lievità dello stile, si fa inevitabilmente a tratti ruvido, sinanche duro, come sono duri i discorsi coerenti e quelli che non mancano di portare a conclusione gli esiti delle premesse poste, senza infingimenti e senza interrompersi al punto della convenienza. E solo così riesce a intercettare utilmente i processi di sviluppo dell'ordinamento.

Stefano Fantini*

Le applicazioni della teoria gradualistica

Il tema concernente 'le applicazioni della teoria gradualistica' impone la previa enucleazione dell'effettiva portata di tale teoria nel pensiero dell'Autore, trattandosi comunque di un 'concetto' che ha avuto un'importante sedimentazione nel pensiero giuridico, rispetto al quale si tratta di cogliere 'i tratti innovativi', attualizzati alla nostra epoca della 'complessità', resa però asfittica, per una delle incoerenze tipiche della storia, che non segue mai percorsi unidirezionali, a causa della semplificazione, dell'impoverimento della lingua (ci ha insegnato Wittgenstein, negli anni venti del secolo passato, che i limiti del nostro pensiero sono i limiti del nostro linguaggio).

Occorre dunque muovere dalla 'Guida alla lettura' (dei Saggi e Scritti scelti) del prof. Rossi, di sicura utilità pratica per la lettura dei volumi, ma soprattutto di grande pregio scientifico, una sorta di 'compendio' del pensiero dell'Autore, dal quale è inferibile il filo rosso che tiene insieme la trattazione degli argomenti di teoria generale e di parte speciale del diritto amministrativo.

La 'Guida' fa chiarezza sul fatto che la teoria gradualista attiene al metodo, è ispirata dalla necessità di «cogliere i profili comuni di fattispecie diverse, 'il minimo comune denominatore' che le unisce, e quindi a razionalizzare vicende complesse e articolate»; consegue alla esatta rilevazione della sempre maggiore complessità del fenomeno giuridico, e alla consapevolezza che una coerente risposta non può essere quella «del progressivo ampliamento dei concetti precedenti che, dilatandosi, diventano sempre più evanescenti».

Il metodo gradualista impone dunque la individuazione delle problematiche, specie nelle zone grigie della teoria dell'attività e di quella dell'organizzazione, la scomposizione analitica dei dati e la ricomposizione dei concetti e delle nozioni più elementari.

Tale metodo diventa al contempo lo strumento di lettura della complessità che, di per sé, rischia di condurre ad una deriva asistematica. Sottolinea l'Autore che questo è un problema proprio di tutte le scienze, non solo di quella giuridica; si potrebbe ricordare, alla stregua di esemplificazione, che nella fisica le due più importanti scoperte del Novecento, la relatività

* Consigliere di Stato.

generale e la meccanica quantistica, non possono essere ugualmente valide, perché si contraddicono a vicenda, la prima concependo il mondo come uno spazio curvo dove tutto è continuo e la seconda come uno spazio piatto dove saltano quanti di energia, dovendosi pertanto fare ricorso alla teoria della probabilità[11].

Tornando *in re iuridica*, può dirsi che il fine del metodo sia lo stesso: porre un argine alle derive asistematiche, che, anche nel campo giuridico, schiuderebbero la strada a soluzioni potenzialmente irragionevoli.

Se il fine del metodo gradualista è chiaro, occorre altresì chiedersi quale strumentario possa utilizzare nel perseguire l'obiettivo di 'pulizia concettuale', reso tanto più arduo dalla complessità del sistema delle fonti, ed anche dal fatto che la tecnica normativa sovente segue sintassi proustiane.

La Guida non offre *ex professo* risposta a tale quesito (e, d'altronde, non era compito suo), ma pone l'accento sull'adeguatezza del metodo.

Quella di gradualismo, come noto, è locuzione polisemica. Evoca la *Stufenbau* kelseniana, costruzione che ha al suo vertice la *Grundnorm*, ma, allo stesso tempo, anche Carrè de Malberg ha elaborato una 'Teoria gradualistica del diritto', secondo cui, con approssimazione, ogni teoria giuridica va passata al setaccio dell'ordinamento giuridicamente posto, nel senso che ogni elemento teorico vale nella misura in cui vi corrisponda un dato positivo. La teoria gradualista richiama anche l'opera di Otto Von Gierke e di Gian Domenico Romagnosi, nonché, sotto altro ma convergente profilo, la teoria del pluralismo ordinamentale di Santi Romano.

Il gradualismo è sintesi verbale che esprime anche un metodo politico (quello di conseguire obiettivi attraverso riforme graduali) ed economico (che, approssimativamente, si basa su politiche monetarie finalizzate a contrastare l'inflazione e la disoccupazione, in antitesi alla ricorrente proposta di una *shock-therapy*).

Probabilmente ciascuna di queste declinazioni di gradualismo rientra in parte nella nozione metodologica postulata dal prof. Giampaolo Rossi, ma non la esaurisce.

Il convincimento che ho tratto dalle suggestioni esemplificative, le quali rimandano ai vari contributi raccolti, è che l'espressione metodo gradualista, per Giampaolo Rossi, si scomponga in varie accezioni; principalmente, però, prende corpo come metodo realista, o, forse meglio, essendo la categoria del realismo densa di implicazioni nella filosofia del diritto, come metodo fenomenologico, inteso proprio nel suo etimo greco, che guarda a ciò che appare per evincere l'*in se* dell'istituto, ovvero della fattispecie giuridica.

[11] C. Rovelli, *Sette brevi lezioni di fisica*, Adelphi, Milano, 2014.

La disamina del fenomeno giuridico costituisce il *prius* del metodo, cui segue la scomposizione dei concetti complessi, per rinvenirne il profilo caratterizzante, l'elemento essenziale, che, mediante le inferenze e le assimilazioni, consente la riconduzione a sistema; il metodo è gradualista in quanto si compone di un *prius* (disamina e scomposizione analitica della fattispecie) e di un *posterius* (ricomposizione della fattispecie e suo inquadramento nella categoria tipologica prevalente). Scrive Giampaolo Rossi che «in un contesto di smaterializzazione, mobilità e frantumazione, i criteri ordinatori possono essere individuati facendo ricorso alla nozione di sistema, spesso implicitamente utilizzato del resto dalla scienza giuridica. Come la dottrina ha bene chiarito, il sistema si regge nella complessità perché individua le interrelazioni fra figure, vicende, accadimenti che per un profilo determinato ne fanno parte e per altri profili compongono altri sistemi con altre figure con le quali hanno specifiche omogeneità; non deve necessariamente convergere verso un punto unificante ed è in grado di unire parti frammentate per quanto è possibile nel contesto dato».

Si tratta, a me sembra, di un importante insegnamento di metodo giuridico, che, per certi versi, *mutatis mutandis*, trova corrispondenza nell'attività di analisi che compie il giudice nel suo lavoro quotidiano, e, con particolare evidenza, allorché scompone la pretesa per cogliere il *petitum* sostanziale al fine di individuare la giurisdizione, ovvero ancora per rinvenire la disciplina applicabile ad una fattispecie 'mista'.

In queste evenienze, può bene dirsi che «*è il metodo gradualista che consente una articolazione più rispettosa dei caratteri della singola fattispecie, togliendo all'inquadramento nelle categorie quel carattere forzoso e improprio che, altrimenti, comporta*».

In tale guisa, il piano del ragionamento si è naturalmente spostato sulle applicazioni del metodo gradualista.

Appare chiaro come l'Autore sia stato particolarmente sollecitato in questa prospettiva di riflessione dal Suo fondamentale studio su «Gli enti pubblici» (Mulino, Bologna, 1991), in cui la complessità della ricostruzione giuridica è nota da sempre, al punto da imporre il ricorso agli 'indici di riconoscimento', e ha condotto il prof. Rossi ad identificare anche una tipologia che, in prima approssimazione, sembrerebbe descrivere null'altro che un ossimoro, o comunque una contraddizione in termini, quella degli 'enti a struttura di società per azioni'. La vertigine interpretativa è però superata riconducendo tali enti nel modello civilistico delle società per azioni, eventualmente modificato da norme specifiche; e questo, in applicazione di un gradualismo fenomenologico.

Un ulteriore campo di sicura applicazione del metodo gradualista è quello degli accordi amministrativi. Gli accordi amministrativi (integrativi o sostitutivi) possono essere compresi nella loro intima essenza solo scrutando oltre il dato normativo, quell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, il quale si limita ad affermare che agli stessi si applicano i principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti, salvo che non sia diversamente disposto, ed in quanto compatibili.

Gli accordi si inseriscono nel contenitore procedimentale, forma della funzione amministrativa secondo la felice definizione di Benvenuti, e questo fa intendere come siano qualcosa di diverso dai contratti (per i quali l'evidenza pubblica serve solo alla scelta del contraente); gli accordi sono veicolo di discrezionalità amministrativa (e non già di autonomia privata), come testimonia la complessa elaborazione dottrinale che, per gradi ancora una volta, ha fatto riferimento ora al contratto di diritto pubblico, ora al contratto ad oggetto pubblico.

Si tratta di mere esemplificazioni (di contesti) di applicazione del metodo gradualista, scelte in quanto consentono di vederne l'applicazione nella dimensione obiettiva, per dirla con Bacone *ex tabula rasa*.

È possibile, con qualche approssimazione, osservare come l'insegnamento di metodo sia icasticamente compendiabile nella metafora materica della pozzanghera, la quale non può essere definita «se non ricorrendo ai due diversi ingredienti, l'acqua e la terra, che la compongono».

L'analisi del caso specifico, e, per estensione, dell'istituto specifico, dirà quale dei due elementi deve ritenersi sistematicamente prevalente; ed è utile ricordare, anche a questo riguardo, come Dante nella 'Vita Nuova' ha posto in utile evidenza, riprendendo un passo delle Istituzioni di Giustiniano, che «*nomina sunt consequentia rerum*».

Si può forse aggiungere una notazione ulteriore; il metodo gradualista è un utile strumento di comprensione della realtà, che richiede peraltro, specie nell'epoca attuale, caratterizzata dal 'dismettersi degli ideali' (come aveva avvertito Italo Calvino, con riferimento alla politica, fin dal 1964), sapienza e correttezza (buona fede) nell'utilizzazione. Ma non soltanto; la velocità delle trasformazioni sociali e dunque (per logico corollario) anche giuridiche impone che un metodo realista, quale è quello gradualista, sia costantemente 'storicizzato', in quanto altrimenti può distorcere la (comprensione della) realtà che muta. Torna utile, solo in termini di capacità evocativa del problema, una citazione attribuita a Keynes: «*When facts change, I change my mind*».

Angelo Spirito*

Costituzione e situazioni soggettive

La prima impressione che ho avuto nel leggere il volume iniziale degli Scritti di questo vecchio/giovanissimo Maestro è stato lo stupore per la vastità della concezione, per la coerenza del cinquantennale impegno, per la premura nella ricerca di nuovi metodi di lettura di fenomeni, soggetti e posizioni soggettive, per la modernità dell'approccio scientifico.

Soprattutto, quello che ha carpito la mia attenzione è stato il costante impegno – in epoche di generalizzata destrutturazione – alla ricerca di un nuovo sistema e di rinnovate certezze in cui coinvolgere non solo il diritto pubblico ed amministrativo ma il diritto in generale.

In quest'ordine d'idee, due sono le linee guida che si possono intravvedere nella sua instancabile ricerca: – quella da lui definito il «metodo gradualista», che per un verso evita di assolutizzare la relatività di ciascuno degli elementi oggetto della riflessione e che, per altro verso, consente di cogliere gli elementi non stabili ma aperti ed in continua trasformazione/evoluzione; – quella che opera 'per sottrazione', ossia evita di definire ciò che il fenomeno 'è' ma piuttosto definisce ciò che 'non è', nel tentativo di fornire nuova sostanza a concetti spesso obsoleti ed usurati.

Mi piace pensare che è proprio per questa seconda ragione che l'Autore abbia scelto in copertina l'immagine della michelangiolesca Pietà Rondanini: non solo perché alla sua essenzialità s'ispira il metodo che ha adottato ma anche perché, come ogni scultura, si forma sottraendo materiale da materiale e soprattutto perché si tratta di un opera incompiuta che, come tale, lascia libera l'immaginazione alla futura evoluzione; così come l'opera che stiamo commentando offre uno strumento d'indagine che si presta agevolmente alle future, velocissime e radicali trasformazioni.

Seguendo il metodo tracciato da Giampaolo Rossi, sono stato, allora, tentato dal verificare non quali siano in astratto le posizioni soggettive alla luce della Costituzione, bensì da quali premesse ideologiche e giuridiche essa sia stata influenzata nelle sue scelte fondamentali sul punto; per poi verificare cosa ne rimane oggi. Scelte che, seppur filtrate in chiave di giurisdizione, manifestano quale fosse il panorama dell'epoca sul quale concettualmente,

* Presidente della III Sezione civile della Corte di cassazione.

giuridicamente e politicamente s'affacciava il Costituente.

Ebbene, ho ripreso in mano la Relazione al CC del Ministro Grandi, la quale al n. 9 dice: «l'unità della giurisdizione è l'espressione, nel campo processuale, dell'unità dello Stato sovrano. Attraverso le applicazioni di esso è la stessa indivisibile autorità dello Stato che si manifesta in forma unitaria e costante, nella infinita varietà dei contrasti tra i diritti soggettivi dei singoli». Tutto sommato, direi che a questa idea di pochi anni prima s'affida la Carta fondamentale quando detta le sue regole in tema di giurisdizione e di posizioni protette. Né dubiterei del fatto che tutto il Titolo IV della Carta sia ispirato da quella idea, benché la frase che ho prima citato avesse un precedente inciso che suonava e suona politicamente scorretto, quando così recita: «La dottrina del fascismo è essenzialmente basata sul concetto di sovranità e di autorità dello Stato».

Possiamo dire, dunque, che l'unità della giurisdizione come espressione dell'unità dello Stato entrò a far parte della Costituzione, la quale la affidò alla Magistratura ordinaria (l'art. 102 recita «La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario»), vietò l'istituzione di giudici straordinari e speciali, tollerandone solo alcuni nel rispetto di quell'accordo stilato tra D'Amelio e Santi Romano circa 20 anni prima. Sono passati 70 anni ed il mondo s'è radicalmente trasformato.

Il mito dello Stato sovrano è stato definitivamente eroso quando a mano a mano s'è affermata la necessità di giustizia per l'uomo e non più per il cittadino suddito ed ha finito per prevalere un assetto politico, sociale e giuridico sovranazionale che riconosce l'individuo come portatore di una propria sovranità. Molte disposizioni poste a baluardo dello Stato sovrano sono cadute.

Si pensi al DIP (L. n. 218 del 1995) che ha abolito l'inderogabilità convenzionale della giurisdizione, ha derogato al principio secondo cui la giurisdizione italiana non era esclusa dalla pendenza della causa innanzi al giudice straniero, ha diversamente disciplinato il rapporto tra giudice italiano e giudice straniero.

Successivamente la legge n. 69 del 2009 ha del tutto modificato le conseguenze delle sentenze declinatorie della giurisdizione del giudice originariamente adito, ammettendo la trasmigrazione del processo dal giudice carente di giurisdizione a quello che ne sia fornito (quella che noi chiamiamo *traslatio judicii*). Non solo.

Oggi all'art. 1 del CPC, secondo il quale «la giurisdizione civile […] è esercitata dai giudici ordinari», fa eco l'art. 4 del CPA, secondo il quale

«la giurisdizione amministrativa è esercitata dai tribunali amministrativi regionali e dal Consiglio di Stato». In questo modo viene riconfermato il monopolio della giurisdizione statale, senza tener conto, però, dell'esistenza e della prevalenza delle giurisdizioni sovranazionali, delle concorrenti giurisdizioni degli altri Stati e della volontà delle parti che – seppur nei limiti legislativi – potrebbero pattuire di far decidere le loro controversie da privati arbitri. Ma continuando nella disamina della crasi venutasi a determinare tra l'impianto costituzionale e l'attuale assetto giurisdizionale è inevitabile osservare che, se entriamo nei dettagli, il primo sembra del tutto sconvolto. Il Costituente aveva ben chiara la differenza tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: per lui il diritto soggettivo aveva il carattere dell'originarietà, ossia derivava da una apposita norma costitutiva della posizione giuridica. Il secondo aveva natura di posizione protetta in relazione all'esercizio di un potere pubblico. Ma gradualmente tutto è cambiato. Il giudice ordinario ha cominciato a garantire una serie di diritti che, pur non avendo una base normativa, potevano e possono trarsi dal dettato costituzionale (si pensi al danno biologico che si fa scaturire dall'art. 32 Cost. quando attribuisce alla salute la dignità di diritto fondamentale dell'individuo, oppure al cd. danno parentale, che è tratto dall'art. 29 Cost. secondo cui la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale); successivamente, con la storica sentenza n. 500 del 1999 le SU della Cassazione hanno ammesso la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, attribuendo, dunque, a questi una tutela identica a quella dei diritti soggettivi.

Dal canto suo, il CDS ha aperto ad una nuova definizione dell'interesse legittimo (quella del Nigro) e si è finito con l'affermare che davanti al giudice amministrativo il cittadino impugna l'atto ma, al fondo, pretende di conseguire o conservare un bene, così come la parte fa nelle azioni che propone innanzi al giudice civile. E non è tutto. Il Costituente, nell'attribuire al GA la giurisdizione sugli interessi legittimi in generale e sui diritti soggettivi «in particolari materie indicate dalla legge» pensava esclusivamente al rapporto di lavoro pubblico, rispetto al quale il groviglio tra interessi e diritti è inestricabile. Poi è finito che dal 1998 ad oggi la giurisdizione sul pubblico impiego è stata trasferita dal GA al GO, mentre un numero prima impensabile di materie di giurisdizione esclusiva (se ne contano 33) è stato attribuito al GA. Tutto questo ha comportato che l'assetto costituzionale è completamente sconvolto. È finita che sia il GO che il GA (in molti casi) giudicano su diritti soggettivi e, quanto al risarcimento del danno o alle posizioni giuridiche scaturenti dal contratto, sui medesimi diritti. E tutto questo avviene sulla base di regole processuali diverse, di differenti

termini decadenziali, di distinti criteri liquidatori, di spesso contrapposti principi giurisprudenziali, ecc. Ma soprattutto con la differenza che la sentenza del giudice amministrativo e del giudice contabile non è ricorribile per cassazione per violazione di legge e quindi non è soggetta al processo nomofilattico dell'art. 65 OG. È per questo che oggi la diga della limitata ricorribilità per cassazione delle sentenze del CDS e della CDC, edificata dall'art. 111 Cost., vacilla, sottoposta alla insostenibile pressione di migliaia di ricorsi alle SU della Corte di cassazione, che lamentano tutt'altro che la violazione delle regole della giurisdizione. Fenomeno che può attribuirsi all'esigenza, da parte degli avvocati amministrativisti, di un terzo grado di giurisdizione ed anche, probabilmente, ai maggiori poteri di incisione che la legge ha attribuito al giudice amministrativo sulla discrezionalità delle amministrazioni, anche in sede di ottemperanza (che, come osserva Rossi, garantisce nel processo amministrativo più rapide e concrete possibilità di esecuzione rispetto allo stesso processo civile).

Ma non basta!! Si pensi al fenomeno che viene detto del «crepuscolo del provvedimento amministrativo», ossia alla sostituzione del provvedimento con vari moduli convenzionali o con la SCIA, dal cui generale campo di applicazione sono esclusi i soli casi in cui siano previste autorizzazioni e licenze (in forza di contingentamenti numerici o di strumenti di programmazione aventi natura edilizio-urbanistica). Qui il GO è la sede naturale per le sanzioni amministrative e per la responsabilità professionale da SCIA illegittima, la sede privilegiata per il risarcimento del terzo danneggiato da SCIA illegittima, mentre al G.A. rimangono i limitatissimi (e discrezionali) casi in cui la P.A. adotti un atto repressivo di rimessione in pristino (si stima che questi casi non superino il 10%), il cui (eventuale) annullamento può costituire presupposto per un (eventuale) risarcimento del danno. L'erario è messo così al riparo da azioni di responsabilità diretta per attività illegittima della pubblica amministrazione. E la 'civilizzazione' dell'amministrazione si riverbera sull'aumento della giurisdizione ordinaria. Insomma, possiamo dire, per assurdo, che se per un verso il GA ha sottratto al GO grandi fasce di giurisdizione su diritti (attraverso l'ampliamento a dismisura delle ipotesi di giurisdizione esclusiva), per altro verso il GO ha finito con il subire l'impatto delle conseguenze patologiche di quella che precedentemente era l'attività provvedimentale della PA.

Se vogliamo continuare – ma il discorso sarebbe molto lungo – dobbiamo aggiungere che avanzano una serie di soggetti che, in un modo o in un altro, partecipano alla soluzione o alla mediazione dei conflitti interrelazionali in speciali settori sociali, economici e finanziari. Penso alle Autorità Garanti

oppure ancora all'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), che offre un sistema di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) tra i clienti e le banche e gli altri intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari. Per ora la Corte Costituzionale ha escluso che le Autorità assumano la veste di autorità esercente la giurisdizione, tuttavia non si può negare (così come non si può negarlo per l'ABF) che esse formino e consolidino quotidianamente la loro 'nomofilachia', la quale, in un modo o in un altro, finisce con influenzare quella degli organi giurisdizionali riconosciuti.

Allora, alla nomofilachia degli organi giurisdizionali sovrannazionali, a quella dei giudici (ordinario e speciali) si aggiungono altre nomofilachie. E tutte insieme contribuiscono ad innalzare un grande rumore dal quale il cittadino rimane inesorabilmente assordato e confuso, soprattutto nella moltiplicazione e nella gradualizzazione (della quale proprio Rossi ha colto il senso!!) delle vecchie e nuove posizioni soggettive protette. Con danno immenso per quelli che sono gli indispensabili, weberiani requisiti di ogni giurisdizione: la certezza e la predittività.

Quelli finora esposti sono solo vaghi e superficiali accenni a grandi problematiche che già affliggono e che sempre più affliggeranno lo scenario sociale e giuridico del paese. Ma forse bastano a dimostrare che il sistema costruito dalla nostra Carta fondamentale è radicalmente sconvolto.

Verrà il tempo in cui bisognerà mettervi mano ed in quel tempo la cinquantennale opera di Giampaolo Rossi, la sua instancabile ricerca di un metodo che riconduca all'indispensabile sistema, sarà di preziosissimo ausilio.

Cesare Mirabelli*

Interessi a protezione necessaria. L'interesse religioso

Almeno due ragioni giustificano un intervento relativo agli Scritti di Giampaolo Rossi da parte di chi, pur collocandosi nell'ambito delle materie pubblicistiche, non appartiene alla cerchia dei professori di diritto amministrativo. Ragioni eguali, per un anello che le congiunge, riferito alla personalità di Massimo Severo Giannini, eppure molto diverse tra loro. La prima remota nel tempo e di carattere puramente soggettivo, l'altra suscitata oggettivamente dall'insegnamento e da una indicazione di quel Maestro, al quale è legata la formazione scientifica e accademica di Giampaolo Rossi.

La prima ragione ha un fondamento personale nell'amicizia di chi offre questo intervento con l'autore degli Scritti, che si radica negli anni dei comuni studi universitari, nel cui contesto, assieme ad altri quattro amici, raccolsero ad uso dei loro colleghi, secondo una antico e declinante costume universitario, le lezioni di diritto amministrativo tenute da Massimo Severo Giannini, in un corso dedicato a l'Atto amministrativo. Pubblicato nel 1964 e diffuso alla maniera di dispense nel contesto dell'Istituto di diritto pubblico dell'Università di Roma, il libro reca la testimonianza di un modo di fare scuola, oltre che, naturalmente, del metodo e delle idee originali del docente.

La seconda e sostanziale ragione trova fondamento in una osservazione apparentemente colloquiale di Massimo Severo Giannini, che in un incontro con gli allievi a Perugia, in occasione del suo ottantesimo compleanno, avrebbe concluso, con il suo incisivo stile espressivo che ricorda Giampaolo Rossi, organizzatore dell'evento, «vedete, i privatisti ci hanno detto tutto quello che potevano dire. Spetta a voi, ora, fare teoria generale». E se, come afferma Rossi con buoni argomenti, «un rinnovamento della scienza del diritto amministrativo si può fare solo innovando nozioni fondamentali della scienza giuridica», anche le altre discipline giuridiche possono non solamente fare tesoro dei concetti che rielabora o introduce la scienza del diritto amministrativo, ma possono concorrere a saggiarne la validità, ad utilizzarli e a precisarne la portata, in quanto, appunto, elementi di teoria generale.

In questa prospettiva un esempio molto sommario può essere offerto

* Emerito di diritto ecclesiastico, Università Tor Vergata. Presidente emerito della Corte Costituzionale.

per la applicazione della nozione degli «interessi a protezione necessaria» dal punto di vista del diritto ecclesiastico, nel quadro dei rapporti che questa disciplina può avere, e tradizionalmente li ha, con il diritto amministrativo.

Come precisa Giampaolo Rossi, sono qualificati come «interessi a protezione necessaria», dei quali si occupa il diritto amministrativo, «quegli interessi che, in un determinato contesto storico, sociale, culturale, economico e politico, le collettività possono e devono necessariamente soddisfare. Sono gli interessi di collettività nel loro insieme (sicurezza, sviluppo, benessere), di gruppi sociali, di singole persone ai quali corrispondono situazioni almeno potenziali di doverosità da parte di pubbliche amministrazioni». Sono interessi «ai quali, nel contesto dato, gli ordinamenti accordano una protezione che supera (come è nel diritto privato) la soglia del supporto alle libere scelte delle persone, e forniscono una garanzia della loro soddisfazione». Giampaolo Rossi non manca di notare che alcuni di questi interessi hanno trovato un 'consolidamento' nelle norme costituzionali; e, aggiungiamo, negli obblighi derivanti da norme internazionali o comunitarie, che costituiscono fonte interposta delle disposizioni costituzionali (art. 117 Cost.).

Il contenuto degli «interessi a protezione necessaria», pur se, rimanendo nell'ambito delle osservazioni di Giampaolo Rossi, «resta storicamente variabile, secondo scelte politiche e circostanze che determinano, nel momento dato, l'ambito della sfera pubblica», comprende un nucleo di interessi da considerare di indefettibile protezione, in quanto espressione di diritti fondamentali. Rispetto a questi ultimi si afferma la garanzia di assicurarne il godimento, che può richiedere il concorso delle pubbliche amministrazioni e, come vedremo, la partecipazione di altri ordinamenti competenti a soddisfare quegli interessi, aprendo alla reciproca integrazione nella disciplina delle singole situazioni.

Dal punto di vista del diritto ecclesiastico l'esempio più immediato è offerto dal diritto di libertà religiosa. Inteso, secondo la tradizione, come diritto negativo ed assoluto, da far valere nei confronti di chiunque, comporta l'assenza di interferenze, di soggetti privati e di pubbliche autorità, nella sfera delle convinzioni e della fede religiosa. Tuttavia la soddisfazione di questo diritto può implicare il concorso delle amministrazioni perché sia reso possibile l'esercizio di attività garantite dalla libertà religiosa nel suo contenuto positivo. Così è per il culto pubblico, quando richieda la disponibilità di chiese, templi, moschee o altri luoghi destinati e aperti all'esercizio del culto. In epoca preconcordataria, pur nel contesto di un indirizzo politico antiecclesiastico, era tuttavia previsto l'impegno dei Comuni nel garantire, concorrendo alle spese di culto, le condizioni per soddisfare gli interessi

religiosi della popolazione. Nell'attuale contesto la disciplina urbanistica si fa carico, per la parte materiale che la riguarda, di questo interesse che può essere considerato 'a protezione necessaria', comprendendo le chiese ed altri edifici religiosi tra le opere di urbanizzazione secondaria, in raccordo con le esigenze dei gruppi sociali presenti sul territorio, in una prospettiva di pluralismo confessionale. La possibilità, affermata dalla Corte costituzionale annullando limitazioni poste da leggi regionali, di ricevere contributi pubblici, dovuti, se ne è prevista la erogazione, indipendentemente dall'avere la confessione religiosa stipulato una intesa con lo Stato, segnala il rilievo da attribuire alla consistenza dell'interesse della comunità, non mediato da altri requisiti formali. Del resto, si è pure affermato che il diritto di professare liberamente e collettivamente la propria fede religiosa e di esercitarne il culto comprende il diritto di avere la disponibilità, anche da parte di comunità religiose di minoranza, di edifici destinati e aperti al culto pubblico ed alle attività religiose.

Che l'interesse religioso sia, per usare ancora l'espressione di Giampaolo Rossi, «a protezione necessaria», e che richieda un servizio che lo Stato deve garantire nella sfera delle libertà, ma non è competente a erogare esso stesso, emerge con chiarezza per i servizi di assistenza religiosa nelle cosiddette 'istituzioni totali', in luoghi o contesti facenti capo alla pubblica amministrazione nei quali altrimenti sarebbe impossibile per gli individui, quali i detenuti in istituti penitenziari, esercitare il diritto di libertà religiosa fruendo dei servizi della confessione di appartenenza. Egualmente l'esigenza di assicurare la possibilità di fruire liberamente di un servizio religioso in contesti strutturati nei quali sarebbe altrimenti difficoltoso o disagevole, è alla base del servizio di cura religiosa integrato nelle Forze armate, una esigenza di particolare evidenza quando siano impegnate in missioni di pace fuori dai confini nazionali. L'Ordinariato militare con giurisdizione canonica personale e non territoriale, costituisce l'elemento di congiunzione tra gli ordinamenti dello Stato della Chiesa, con la finalità di offrire il servizio di assistenza religiosa nell'ambito della comunità militare. Forme di collaborazione inter-ordinamentale, con strutture più leggere, soddisfano il medesimo «interesse a protezione necessaria» in altri settori, quali i corpi di polizia o le strutture ospedaliere, in maniera appropriata rispetto alle necessità del servizio.

Sviluppare l'analisi di questi fenomeni nel contesto della categoria degli «interessi a protezione necessaria» consentirebbe di introdurre all'interno della stessa categoria una variante, per le situazioni nelle quali le amministrazioni devono garantire la soddisfazione dell'interesse, definendo le modalità del

servizio, ma il contenuto della prestazione rientra nella competenza di un altro ordinamento.

La finestra aperta da Giampaolo Rossi affaccia sul terreno della complementarietà e della integrazione tra ordinamenti ed offre l'occasione per elaborare ulteriori nozioni di teoria generale.

Pier Paolo Forte*

Osservazioni rapsodiche sugli elementari giuridici e sul gradualismo in Diritto

Caro Giampaolo,
nel ringraziarti per l'occasione e lo spazio, permettimi qualche riflessione sul metodo che hai definito gradualista, ed in particolare sul suo punto di partenza, che a sua volta rinvieni negli 'elementi essenziali della convivenza'.

Se capisco bene, in accordo con una importante, ampia e giustificata tradizione scientifica, tu sei tra coloro che riconducono questi elementi di partenza del gradualismo, che vanno intesi dunque anche come fondamenti dei sistemi giuridici, agli interessi 'sottostanti all'assetto normativo', qualcosa che dunque pienamente giuridico ancora non è, e che tuttavia, in forza di una meccanica che per molti aspetti è ancora da comprendere, a partire da un certo momento diventa materiale trattabile (e trattato) giuridicamente. Ed è proprio su questo dettaglio, che può definirsi in senso etimologico 'originario' del Diritto, che vorrei svolgere qualche osservazione, anzitutto sull'insorgenza di questi meccanismi, e dunque sulla modalità con cui traducono alcuni di questi 'elementi essenziali della convivenza' in elementi giuridici primari: insomma, vorrei chiedermi come si generano, come vengono al mondo, e come si mostrano, possono essere osservati, riconosciuti, analizzati e dunque, poi, utilizzati quelli che, alla luce della tua proposta metodologica, possono essere definiti 'elementari giuridici'.

Vorrei anzitutto avanzare l'ipotesi che né storicamente, né concettualmente questi fondamentali del diritto siano sorti per una particolare arguzia, abilità, saggezza, sapienza, capacità profetica o… magia di uno primo fra tutti, una sorta di 'protogiurista', potente al punto di riuscire ad imporli, in un dato giorno (o anche in sette giorni) di un passato perso tra le nebbie, e da allora consegnati all'umanità in forma prometeica. Né mi sembra realistico che il Prometeo in questione possa essere stato un Legislatore, che fosse una sola persona o un gruppo, un sovrano, i suoi consiglieri, o quelli dei gruppi di pressione che lo circondassero: non è credibile che – per fare qualche esempio, tra molti altri possibili - il concetto di obbligazione, di contratto,

* Ordinario di diritto amministrativo, Università degli studi del Sannio.

di inadempimento, di compravendita, mutuo, comodato, sia stato (o venga oggi) elaborato in una proto-norma costitutiva e poi, grazie alla sua vigenza, si sia diffuso tra gli umani e i loro ordinamenti giuridici (anche perché anche quello di norma è a sua volta un elementare giuridico, e dunque appare tautologico supporre che una norma abbia creato e diffuso se stessa…).

Mi sembra assai più ragionevole (in linea con ciò che si sta assestando nelle conoscenze arrecate da altre discipline) supporre che alcune strutture delle relazioni tra di noi che oggi hanno forma giuridica siano, a dir così, sorte, emerse, innanzitutto come strumenti di utilità nelle relazioni umane, dunque nella pratica, e poi si siano progressivamente ripetute nell'uso, assestandosi nella propria performatività, e fissate al punto da essere infine impresse nella nostra mente, o se si preferisce nello spirito, o nell'anima, insomma in quell'insieme di biologico e intangibile che connota ogni umano che è la sua dimensione intrinsecamente sociale. E che proprio per questa loro afferenza, all'un tempo, a ciascuno e a tutti, queste strutture, per un verso, sono relazionali, anche quando – come tu ed altri giustamente asserite - riguardano le cose; e per altro sono davvero molto simili a quelle di altri strumenti che suppliscono alle nostre debolezze individuali e di specie, consentono o facilitano l'aggregazione, la convivenza, ed il rinforzo che esse portano con se'; afferiscono insomma ai nostri bisogni, sono estensioni, potenziamenti, in essenza non più e non meno del bastone o del pittogramma che evolvono sino al simbolo, al numero, al linguaggio, alla parola stampata, alla tecnologia del computer quantistico, e poi al pensiero, all'arte: *ubi societas, ibi ius*, è brocardo che descrive un percorso di emersione reciproca, non certo un improvviso, doppio atto creativo di un improbabile demiurgo.

E perciò siamo autorizzati a ritenere che anche in diritto funzioni inevitabilmente ciò che si vede in tanti altri ambiti dell'ominizzazione, del percorso dell'*homo sapiens sapiens* e della sua evoluzione, ovvero la progressiva emersione di alcune strutture che, riferendosi ai bisogni umani in termini relazionali, ben possono essere definiti 'inter-essi' perché hanno inevitabilmente a che fare con la dimensione collettiva, inter-soggettiva dell'esperienza umana, e si formano progressivamente intorno appunto a quei bisogni. Una volta comparse al mondo, e cioè una volta che vengano usate da più d'uno, se funzionano queste strutture possono venire riusate ancora ed ancora, e dunque anche consolidarsi e raffinarsi, e cioè diventare sempre più di uso normale e, perciò, assestarsi in una norma. C'è anche da notare che questa capacità performativa è anche costitutiva senza che vi sia alcun bisogno di sapere, preventivamente, cosa siano, come siano fatte queste strutture, perché tra gli umani è molto frequente

– se non addirittura normale – che vi siano utilizzi di cose che non si conoscono, come a dire che vi siano prassi senza comprensione, come – solo ad esempio – nell'uso millenario del sale, utilizzato per millenni appunto per le sue variegate proprietà senza che si sia saputo che è cloruro di sodio, e senza che questa beata ignoranza abbia posto in alcun modo un ostacolo a questa fruizione; o in quello del denaro che tutti usiamo, per lo più, senza ben sapere cosa sia in realtà, e men che meno conoscere le sofisticate normative che oggi ne regolano la produzione e la circolazione. Questa poiesi dovuta ad una mera prassi consente anche, ed anzi ad alcuni tra noi impone, sempre e solo dopo che la produzione sia avvenuta di osservarle, descriverle, parlarne, discuterne, trattarle come oggetti, insomma, e perciò di studiarne caratteri e regolarità, ed acquisire conoscenze affidabili al riguardo, non nel senso proprio delle scienze naturali (che si occupano, appunto, di oggetti naturali, non dipendenti – o almeno non troppo – da noi umani), ma nel senso tipico degli oggetti, appunto, sociali, che invece dipendono fisiologicamente dall'essere umano ma non dal singolo, giacché nessuno, da solo e solo per le proprie capacità o abilità, è in grado – s'è detto – di farli sorgere ma nemmeno di mutarli significativamente, come chiunque abbia contratto un mutuo o avuto a che fare con una confisca può testimoniare; si tratta insomma di una oggettività, e dunque di una regolarità, dovuta all'inter-soggettività, che passa cioè per una non-soggettività, e che rende questi oggetti assai duri e decisamente indipendenti dal singolo soggetto, come è proprio di un oggetto.

Noi che studiamo il versante pubblicistico del diritto conosciamo questa meccanica della poiesi senza comprensione, della insorgenza progressiva mediante una prassi che viene prima della conoscenza, visto che maneggiamo strutture usate da secoli e tuttavia ancora in corso di sistemazione per ciò che attiene a ciò che tu definisci la 'giuridicizzazione del potere'. Si pensi alla sovranità, alla legge, al provvedimento amministrativo, alle concessioni, all'interesse legittimo, alla trasparenza, alla Costituzione: tutte cose venute al mondo non certamente *uno actu*, e certamente molto prima del *Conseil d'Etat* o della *Supreme Court* o della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, ed utilizzate ampiamente ed assai a lungo, senza che si sospettasse nemmeno che fossero strutture giuridiche, e che solo dopo la loro insorgenza come oggetti sociali, e dunque dopo il loro ampio ed esteso utilizzo efficace che li ha dapprima solidificati in via effettiva, sono stati poi trattati come potenziali oggetti di conoscenza, e le conoscenze sviluppate al riguardo hanno consentito la modernità del diritto amministrativo, dello stato di diritto, del costituzionalismo e delle Costituzioni esplicite e formali, dei diritti e delle

libertà fondamentali, della tutela della dignità umana, dell'Unione europea… Mi pare insomma di poter ipotizzare che gli interessi intesi – come tu proponi – quali 'elementi essenziali della convivenza sottostanti all'assetto normativo', afferendo ai bisogni, possono avere una dimensione ed una percezione soggettiva, ed anzi si può supporre che abbiano una genesi inevitabilmente individuale (o al massimo di gruppo, ma pur sempre di parte), ma i modi per soddisfarli, per tutelarli, per farli stare in correlazione, in compatibilità con i bisogni (e dunque gli interessi) degli altri con cui si convive più o meno strettamente, e che non passino per la violenza fisica e cieca, dunque siano invece giuridici, appaiono seguire proprio il percorso che si rinviene negli altri oggetti sociali: vi è un'insorgenza lenta ed emergenziale, progressiva, un successivo accumulo performativo mediante un uso collettivo, empirico, ignorante, indifferente alla comprensione, che li rende normali e regolari, e poi evoluzioni, e costituzioni di nuovi oggetti derivati (tra cui norme, sentenze, negozi, prodotti di studio), grazie ad un consolidamento e raffinamento cognitivo; e perciò a nessuna generazione umana è dato dismettere questa condizione, l'impegno a conoscerli sempre meglio, e a lavorarci anche per evolverli, adattarli, migliorarli, renderli più coerenti con l'accumulo delle conoscenze e la moltiplicazione delle possibilità offerte, in conseguenza, dalle tecniche.

Vorrei infine far notare che ciò può spiegare anche la ragione per la quale la comparsa nella modernità del diritto pubblico, del costituzionalismo, del diritto amministrativo, non si sia limitata ad aggiungere percorsi a quelli già millenari del diritto privato, e civile, come inizialmente invece si era creduto; se sulle prime poteva effettivamente sembrare che il giovane diritto pubblico dovesse trarre dalla antichissima esperienza di quello privato il più possibile, e altrimenti inventandosi propri sentieri in forma di eccezioni, deroghe, specialità (ad es. l'imperatività, le autotutele, l'interesse legittimo, l'eccesso di potere, gli atti *extra ordinem*, i decreti-legge), oggi invece assistiamo ad un cammino anche in quella traiettoria, che fa discutere i privatisti di principi costituzionali, persona, doveri, nuovi contratti, clausole generali, situazioni soggettive atomiche, obbligazioni senza prestazione, come anche di materiali normativi, di dialogo fra le corti, di ragionevolezza nei contratti, di risarcimenti punitivi, e tanto altro impensabile per la dogmatica tradizionale. E ciò autorizza a discutere della tua ipotesi di diritto comune, non (come pure, invece, un tempo si pensava) nel senso dell'applicazione dell'uno (il diritto privato) anche all'area pubblica, ma – come ben ci proponi – della sussistenza di una sorta di minimo comun denominatore, quel fenomeno che svela i legami tra entità altrimenti apparentemente, a

prima vista, disparate, ma che con il tempo, l'uso e la conoscenza fornisce ad esse anche una base, ed una spiegazione, persino una possibilità di riconoscimento ontologico, grazie alla conoscenza dei legami che sussistono fra essi: i tuoi elementari, insomma, che costituiscono il punto di partenza, l'enzima terribilmente umano, del percorso pragmatico di costituzione degli strumenti giuridici che, oggi, siamo chiamati a conoscere per meglio usarli in funzione dello sviluppo della persona umana.

Credo che alla fine uno dei messaggi che tu ci lanci in bottiglia indicandoci l'importanza degli elementari giuridici e delle connessioni graduali con cui possono essere trattati in più ambiti, sia che la pagina iniziale del diritto, quella che ne reca il meccanismo genetico, vada meglio esplorata, perché una sua migliore conoscenza può farci capire tanto del fenomeno giuridico oltre le nostre personali opinioni, e ben oltre le partizioni scientifico disciplinari; ma al contempo che dobbiamo prestare attenzione al fatto che gli elementari del diritto sono probabilmente anche fondamentali, ma come sempre per i fondamentali non sono esaustivi, giacché il diritto non sta ristretto, per intero, entro il loro perimetro, un po' come potrebbe facilmente affermarsi che di un edificio le fondamenta sono essenziali, ma ciò che usiamo di esso (e dunque ciò che per lo più si offre alla nostra esperienza, e percepiamo, ed usiamo appunto) non è confinato nel sottosuolo.

È insomma un gran meccanismo in movimento, il diritto, perché in movimento è colui cui afferisce, dal quale e per il quale è sorto: l'essere umano; ed il gradualismo che tu ci proponi, a me pare anzitutto un metodo in grado di cogliere questa continua dinamica del Diritto, una propensione al 'ben connettere' che annovera i giuristi fra gli studiosi dell'evoluzione umana, dunque dell'innovazione e del futuro, in barba ad una certa percezione – forse alimentata da una parte delle abitudini dei giuristi medesimi – che li vorrebbe invece sacerdoti della statica, aedi dello status quo, i conservatori addetti ai freni che trattengono il carro umano sulla discesa evolutiva. I quali atteggiamenti, sia ben chiaro, sono anch'essi preziosi, non in quanto custodi di ordinamenti in cui 'tutto è a posto, madama la marchesa', ma più nella funzione che si può rinvenire nell'attrito, quello che a Kant sembrava ostacolare il volo libero della colomba, e che oggi sappiamo essere portanza, e cioè la meccanica che, il volo libero, lo consente.

Un caro saluto

Pierpaolo

Giuseppe Morbidelli*

Spigolature e riflessioni su metodo e contributi di Giampaolo Rossi

Sono lieto di contribuire alla panoplia di scrutini volti ad analizzare, meditare e in definitiva raccogliere e mettere in luce i frutti più fertili del pensiero giuridico di Giampaolo Rossi. Ciò per almeno tre ragioni.

La prima, va da sé, è data dal fatto che dagli studi giuridici di Giampaolo, tanto più se letti anche attraverso l'ottica di tanti colleghi a sua volta rivelatrice di impliciti e di retroterra, v'è sempre e soltanto da imparare. La seconda, perché attraverso questa mobilitazione di letture del percorso dello studioso si dà luogo ad un vero e proprio nuovo genere letterario che seppur non in presenza e non all'impronta evoca la tradizione dei club e dei caffè letterari, in quanto viene comunque a crearsi (così come del resto nei blog) una atmosfera propizia alla fermentazione culturale. La terza, sta nel fatto che questo palinsesto di ottiche e di rivisitazioni è lo strumento principe per decifrare appieno il significato e la portata del contributo al progresso degli studi giuridici da parte di Rossi: questo perché la molteplicità dei punti di vista, alla stregua della risonanza magnetica sul corpo umano, consente di indagarne le pieghe più recondite e rivelarne i tratti innovativi e insieme dissonanti rispetto alle tesi correnti.

Le opere di Giampaolo Rossi seguono un metodo sul cui iter formativo e sulla cui denominazione tornerò più tardi, metodo che non posso non condividere se non altro perché è quello seguito dal mio Maestro Alberto Predieri (oltreché, si intende, di Massimo Severo Giannini grandissimo Maestro di Giampaolo), ovvero del contatto e del confronto continuo tra dati normativi e dati fattuali, privilegiando i percorsi economici, sociali, politici, culturali, ambientali che circondano l'interpretazione, l'attuazione e già lo stesso formarsi del prodotto normativo.

Ed invero il continuo e produttivo connubio tra analisi teorica e fattualità, comprendendo in quest'ultimo termine tutti i fattori che stanno dietro le norme e le relative applicazioni, trova riscontro nelle tante esemplificazioni che innervano gli studi in esame, anche qui secondo il noto costume gianniniano.

Come pure ne è continua conferma l'attenzione ai temi organizzativi,

* Emerito di diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'.

ossatura dell'agire amministrativo: si noterà come il modo di funzionare dell'organizzazione sia scrutinato attraverso una conoscenza dettagliata dei suoi meccanismi (spesso non commendevoli) comparati con le figure giuridiche definitorie. Sicché le conclusioni cui Rossi via via giunge, anche se non sempre possono essere condivise (o condivise fino in fondo), hanno dietro di sé non concetti astratti tipici dell'iperuranio giuridico, bensì salde radici concrete e con esse la rispondenza ai principi cardine di ragionevolezza e buon andamento.

Per di più è costante in Rossi la ricerca di conferme e di nuovi strumenti di indagine nelle altre scienze sociali e anche nelle scienze esatte: il sapere infatti non va a compartimenti stagni essendovi flussi e riflussi continui tra le tante discipline, tecniche e scienze deputate a conoscere tutto ciò che ci circonda, con particolare riguardo a quelle dirette a governare la complessità: ancora una volta riecheggia l'insegnamento di Giannini che non per nulla non trascurava di calare nel linguaggio giuridico termini mutuati dalla chimica, dalla fisica, dalla botanica, dalle tecniche ingegneristiche (oltreché dalla sociologia, dalla scienza politica, ecc..).

In fondo a guardar bene questo sconfinare al di là del settore disciplinare è proprio del pioniere alla ricerca continua del nuovo e dell'avventura verso lidi sconosciuti: la sua dedizione al diritto dell'ambiente e al diritto cinese ne sono manifesta espressione.

Da questi presupposti metodologici Rossi ricava le coordinate per porre una serie di invarianti. Paradigmatico è il suo studio sugli enti pubblici, dove scavando con il bulino nella vera e propria babele di norme, strutturazioni, origini, finalità, ha tratto tutta una serie di criteri indicatori della natura pubblica che hanno resistito al tempo, alla stagione delle privatizzazioni, alle società a totale partecipazione pubblica, alla normativa europea.

Ed invero la individuazione di ciò che è pubblico e la sua distinzione da ciò che è privato è uno dei *topoi* degli studi di Rossi. Il quale tra l'altro a differenza di tanti che pur discettano sulla distinzione tra pubblico e privato dispone di solide basi privatistiche: basti pensare ai suoi continui quanto pertinenti richiami alle dottrine di Falzea. Nel contempo non si fa prendere dalle mode correnti, e anzi dimostra che il pubblico o meglio il potere pubblico in quanto unilaterale e imperativo è necessario e non può essere sostituito da strumenti privatistici.

La sua teoria degli interessi a soddisfazione necessaria, che in un primo tempo mi era apparsa come avente carattere descrittivo, nel senso che poteva essere intesa come mera aggettivazione degli interessi da tutelare o per disposizione costituzionale o per disposizione di legge (e come tali in

continua evoluzione ed espansione, ma anche talvolta in recessione), ad una successiva rimeditazione mi si è disvelata essere all'un tempo semplice quanto essenziale e dirimente.

Sotto tre profili.

In primo luogo, perché si collega al principio di doverosità dell'azione amministrativa a tutela di tali interessi, come del resto si ricava e dall'art. 2 l. 241/1990 e dall'art. 328, comma 2, cod. pen., che prevede il reato di omissione di atti d'ufficio, nonché dallo stesso principio di buon andamento.

In secondo luogo perché pone una gerarchia tra gli interessi da tutelare in sede di esercizio della discrezionalità (fermo restando che in caso di pluralità di interessi a protezione necessaria opereranno i noti criteri di ponderazione).

In terzo luogo e direi soprattutto perché la protezione degli interessi necessari richiede altrettanto necessariamente strumenti di diritto pubblico. Non che non sia possibile ricorrere agli istituti del diritto civile, attraverso la capacità di diritto privato di cui dispone la P.A., ma essi richiedono il consenso di altre parti, sicché la decisione ultima e obbligata non può che essere assunta attraverso l'istituto del provvedimento unilaterale. In altri termini laddove vi siano interessi a protezione necessaria lì devono esservi provvedimenti amministrativi per assicurare continuità e immediatezza di protezione.

Vero è che sovente è la stessa legislazione che dà luogo a commistioni tra diritto pubblico e privato, sia a livello organizzativo (esempio: società per azioni, enti pubblici o fondazioni e associazioni titolari di poteri amministrativi o soggetti a controllo e/o giurisdizione della Corte dei Conti) sia a livello procedimentale (es. accordi ex art. 11 l. 241/1990).

Ma se la compresenza di poteri pubblici e poteri privati non determina alcuna eresia, essendo da gran tempo superata la dicotomia tra diritto pubblico e privato come scolpita da Ulpiano, il problema – osserva Rossi – è invece quello di determinare in concreto gli effetti sul piano del regime giuridico di tale 'meticciato': il quale appunto è ammesso in linea generale ma richiede un dosaggio interpretativo, fra l'altro sempre da aggiornare in virtù della evoluzione normativa (emblematico è il caso della previsione della soggezione a procedure concorsuali alle società *in house*, il che se da un lato ne intacca la natura di enti pubblici dall'altro non le trasforma in soggetti privati).

Uno dei punti centrali del pensiero giuridico di Giampaolo Rossi è rappresentato dalla attenzione al metodo, attenzione che rivela di per sé propensione all'ordine e quindi alla sistematicità. Rossi parte dal presupposto che per effetto della globalizzazione e dei Trattati europei che hanno messo in crisi tra l'altro nozioni tradizionali come quella della sovranità dello

Stato, della evoluzione legislativa trainata dalla Costituzione, di fenomeni sociali come la partecipazione tramite comitati e altre figure esponenziali nonché addirittura tramite strumenti informatici che incidono sull'istituto della rappresentanza così come tramandatoci dalla rivoluzione francese, e di un'altra serie infinita di ragioni che sarebbe troppo lungo enumerare, le categorie giuridiche un tempo consolidate e tutt'ora tramandate non sono affatto adeguate.

Ma di un sistema e con esso di categorie e nozioni cui rifarsi di continuo vi è sempre necessità, se non altro per circoscrivere la discrezionalità interpretativa e garantire *quam maxime* la certezza del diritto, valore fondamentale come più volte affermato dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Strasburgo, tanto più a fronte della instabilità normativa e di un ordinamento amministrativo permeato di principi 'valore' come tali da decifrare secondo opzioni intrise di soggettività.

A tal fine Rossi propone di ricorrere e ricorre al metodo che definisce gradualista: una sorta di *stufenbau* in cui la costruzione a gradi è data dal progressivo 'scartamento' di tutto ciò che nel magma normativo non è ritenuto essenziale, sino ad individuare i minimi comuni denominatori di concetti e di istituti. Metodo che Rossi ha applicato alla ricerca dell'*ubi consistam* dell'ente pubblico e che si presta ad essere impiegato a raggera in tutte le disperse filiere dell'azione e dell'organizzazione amministrativa.

Va detto tuttavia che non mancano sacche di opinabilità che circondano la nozione di essenziale e prima ancora l'opera di scarnificazione. In altre parole il metodo di per sé è sicuramente funzionale e come già detto lo stesso Rossi ne ha dato dimostrazione puntuale. Ma resta il fatto che in una situazione come quella attuale, di arcipelago delle fonti da un lato e di continua evoluzione ordinamentale dall'altro, la ricerca di punti fermi è oltremodo complessa e soggetta a continue rivisitazioni e ripensamenti, sicché alla fine il cogliere a mo' di fior da fiore i tratti essenziali di istituti e concetti si traduce spesso in una fatica improba. Il già ricordato caso della sottoposizione al fallimento delle società pubbliche è una prova di come ogni conclusione si riveli cedevole a fronte del *dictum* del legislatore. Tanto che io stesso in un mio breve scritto sono giunto ad affermare che non è il tempo di Irnerio cioè delle costruzioni sistematiche bensì il tempo di Sisifo.

Questo non vuol dire che non si debba provare, anche perché l'esigenza di sistema e con essa di ordine e certezza è fisiologica di ogni società. Si tratterà semmai secondo il vecchio motto dell'Accademia del Cimento di provare e riprovare seguendo la strada segnata da Giampaolo.

Non posso però esimermi da due osservazioni di parziale dissenso.

Come già detto condivido la centralità dell'organizzazione e con essa la sua essenzialità ai fini della tutela delle situazioni soggettive le quali richiedono una amministrazione che funzioni e pertanto che sia organizzata convenientemente.

Secondo Rossi vi sarebbe una assoluta specularità tra organizzazione e tutelabilità dei diritti: così come viene espresso nella icastica formula secondo cui non c'è il diritto al ricovero se non c'è l'ospedale. Ma potremmo fare tanti altri casi: ad esempio il diritto al riposo non c'è se l'Amministrazione non interviene per contrastare rumori molesti.

A mio avviso però non vuol dire che non ci sia tutela in assoluto. Infatti nelle ipotesi più sopra avanzate le carenze organizzative si traducono in assenza di tutela in forma specifica. Ma ciò non preclude la tutela per equivalente delle situazioni giuridiche pregiudicate: ed infatti non mancano sentenze di condanna al risarcimento danni nei confronti di amministrazioni comunali per la loro inerzia di fronte alla c.d. malamovida o di aziende sanitarie per mancato ricovero magari dopo aver peregrinato in ambulanza in vari nosocomi.

In altre parole le carenze organizzative ove pregiudichino diritti non ne determinano la nullificazione ma semmai li degradano ad una tutela per equivalente. Il diritto c'è o non c'è sulla base della Costituzione o della legge: l'organizzazione segue, ma non può mai eliminarlo.

Altro ed ultimo punto che non mi è del tutto chiaro è la nozione di polivalenza delle norme giuridiche o meglio le conseguenze che se ne vogliono trarre. Se la polivalenza vuole significare che le norme (ma io direi, con Crisafulli, le disposizioni) hanno o possono avere plurime interpretazioni, *nulla quaestio*.

Se invece, come ritengo (e del resto Rossi non condivide la teoria crisafulliana che distingue tra disposizioni e norme) si vuol dire che ognuna delle – si intende, in numero limitato – possibili interpretazioni o meglio, nel linguaggio di Rossi, valenze, è perimenti ammissibile, nel senso che in sede di giudizio di legittimità si deve valutare se il provvedimento o il comportamento rientra in una delle violazioni 'ammesse' e solo se è dissonante rispetto a tale spettro di valenze è da ritenersi *contra legem*, si tratta di conclusione non condivisibile perché si tradurrebbe in una limitazione del potere interpretativo del giudice.

La tesi di Rossi riecheggia le acquisizioni in tema di discrezionalità tecnica dove, di fronte a giudizi di opinabilità, il giudice si arresta a fronte della scelta dell'amministrazione. Ma in quel caso il giudizio proviene dall'amministrazione e opera la riserva di tecnicità su cui il giudice può

entrare solo per palese irragionevolezza. Non è quindi un problema di interpretazione della legge, riservata al giudice, ma di presa d'atto di consulenze tecniche.

Tuttavia non si può negare che la presenza di più valenze può aver valore per ridurre od eliminare la colpa da apparato, il che dimostra che le conclusioni di Rossi, seppur non condivisibili, contengono sempre germi di fertilità in quanto inducono pur tuttavia a riflettere tanti sono gli scenari che aprono.

Non è possibile in questa sede andare oltre salvo ribadire ancora una volta che la lettura degli scritti di Giampaolo costituisce sempre una miniera di 'egregie cose'.

Stefano Grassi*

Il metodo «essenziale e gradualista» nel diritto dell'ambiente

Alla gratitudine degli allievi e di tutti i colleghi per la generosità con cui Giampaolo Rossi ha svolto la sua ampia e proficua ricerca scientifica, non posso non aggiungere la mia personale riconoscenza per quanto ha scritto sui temi nuovi e stimolanti che investono il ruolo del diritto nell'emergenza ambientale.

Devo in particolare ringraziarlo dell'invito rivoltomi, in una sua relazione del 2017, a valutare il cosiddetto 'diritto dell'ambiente' nelle sue implicazioni di 'teoria generale'.

Giampaolo sa perfettamente che ho svolto le mie ricerche, come 'tecnico del diritto', verificando in concreto la difficoltà di ricostruire in un unico filo conduttore la pluralità di relazioni e di interventi normativi che 'la questione ambientale' costringe ad osservare e praticare.

Il pregio del suo pensiero sta nella capacità di ricercare, con l'ambizione e la curiosità proprie dello 'scienziato del diritto', le coordinate ed i criteri che permettono di avere le 'certezze possibili', su temi complessi ed intricati che esigono approcci interdisciplinari come quello della 'tutela dell'ambiente'.

Il punto di partenza è dato dal riconoscimento della stessa difficoltà di utilizzare gli strumenti tradizionali per definire la dimensione giuridica dell'ambiente.

Sin dall'inizio, un grande maestro della scuola fiorentina (Enzo Capaccioli) sottolineava, in un suo noto contributo sul Foro amministrativo del 1971, la novità del tema rispetto alla tradizionale impostazione del diritto amministrativo, con i suoi strumenti di tutela degli interessi pubblici (i divieti, le autorizzazioni, le norme regolatrici, gli organi in grado di garantire l'esecuzione delle norme), rilevando l'indeclinabilità delle esigenze connesse con la tutela dell'ambiente; il carattere fortemente interdisciplinare dei temi e degli interessi coinvolti; il carattere adespota degli interessi e la difficoltà di delimitare, in un ambito territoriale predefinito, il fenomeno da disciplinare; concludendo per la necessità di individuare nuovi modi di formare le norme, nuove tipologie di fonti e nuovi strumenti di intervento.

Più di recente, con molta chiarezza, Giuseppe Morbidelli, nel suo

* Già ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Firenze.

contributo agli studi in onore di Alberto Predieri del 1996, ha ricostruito i sempre più frequenti interventi del legislatore degli anni '80 e '90 nei termini di un 'regime amministrativo speciale dell'ambiente', che, proprio a partire dal concetto indeterminato di 'ambiente' riconosciuto come valore costituzionale, consentiva nuovi spazi di autorità e di discrezionalità alla pubblica amministrazione (quasi a svolgere un ruolo analogo a quello di concetti indeterminati e flessibili come ordine pubblico e sicurezza pubblica, nel giustificare interventi autoritativi e procedure speciali nella definizione e gestione e degli interessi ambientali).

In realtà, come sintetizza nei suoi scritti (e nella parte introduttiva del suo prezioso *Manuale di diritto dell'ambiente*) Giampaolo Rossi, «il diritto dell'ambiente è venuto a formarsi non come un nuovo settore che si è aggiunto agli altri, come è stato, ad esempio, per il diritto dell'istruzione o quello sanitario, ma come una evenienza che si è applicata a tutte le altre già esistenti, interferendo con la loro disciplina, complicandone i procedimenti, con l'introduzione di interessi meritevoli di una tutela via via rafforzata fino a renderli primari, introducendo titolarità di situazioni soggettive senza un soggetto definito al quale imputarle»: si tratta di ridefinire il ruolo di tutti i settori del diritto, in quanto l'interesse ambientale si interseca con gli altri interessi già tutelati, incidendo sulle competenze delle organizzazioni che li curano, in modo trasversale e non riducibile ad una ricostruzione settoriale.

La conseguente ricerca dei nuovi strumenti e delle nuove tecniche non può quindi non passare per le norme e i principi costituzionali, cioè per quel settore del diritto che più si avvicina al confine tra le dimensioni relazionali dell'ambiente (etica, nel rapporto tra uomo e natura; scientifica, nello sviluppo dinamico degli ecosistemi; territoriale, nel rapporto con le diverse dimensioni spaziali dei problemi ambientali) e le scelte di fondo, di natura politica, che le costituzioni effettuano nel definire i valori condivisi ed i criteri con cui possono essere bilanciati ed integrati, nell'ambito del sistema sociale che si riconosce nel patto costituzionale.

Ma a questa, forse ovvia, premessa è estremamente difficile far seguire un'analisi sul piano della teoria generale del diritto, che permetta di individuare con chiarezza quali siano le linee guida, i concetti base su cui impostare la risposta della scienza giuridica alle sfide ambientali.

Giampaolo Rossi suggerisce il metodo «essenziale e gradualista», sviluppato a più riprese nei suoi scritti e nella *Guida alla lettura* che ci ha offerto (e il principio è ben definito e sintetizzato anche nel *Glossario* curato da Danilo Pappano), consentendo di sottolineare alcuni punti fermi che, nel 'cantiere' del diritto che si occupa dell'ambiente e della sua tutela, possono

essere individuati (senza che ancora si possa dire che si tratta di certezze, ma con la convinzione che siano linee 'possibili', sulle quali sviluppare il nostro sapere giuridico).

Il primo aspetto è suggerito dall'affermazione della «centralità degli interessi», con la sottolineatura che il diritto dell'ambiente concorre sicuramente a disciplinare «interessi a protezione necessaria».

Il «gradualismo» permette a Giampaolo di sottolineare che «non è vero che gli interessi sono o protetti o non protetti e che nel primo caso vale la tendenza a ricondurli tutti alla nozione di diritto soggettivo: gli interessi ricevono, invece, una protezione variabile che dipende dal contesto normativo, sociale, comportamentale, secondo una gradazione articolata e mobile». Se la dimensione giuridica dell'ambiente assume un rilievo autonomo nel momento in cui si individua, come oggetto della tutela, l'insieme delle risorse e il loro equilibrio (secondo la definizione delle scienze ecologiche), la complessità delle relazioni che definisce il carattere multireferenziale e trasversale degli interessi ambientali rende impossibile ridurre la prospettiva giuridica negli schemi classici dei diritti e dei doveri: ci si trova di fronte ad uno schema che non riconosce un oggetto definito di tutela giuridica (la formula delle posizioni soggettive attive deve, infatti, considerare beni della vita chiaramente individuabili e definibili nei loro limiti; ma l'ambiente sfugge a definizioni statiche e *a priori*); così come non ci si può limitare a parlare di doveri verso la natura, se non nei termini ampi del principio di solidarietà e responsabilità, che investe una pluralità di rapporti e di esigenze ambientali che, sul piano giuridico, devono essere affrontate in modo strategico e articolato.

Per il costituzionalista (ma in questo mi trovo piena sintonia con l'impostazione di Giampaolo) il punto fermo è dato dalla necessità di fissare principi che permettano di definire il rapporto tra l'uomo e la natura; il rapporto tra la scienza e la decisione politica; il rapporto tra il potere politico e gli ambiti territoriali che può raggiungere e vincolare alle sue decisioni.

Il principio personalista e il principio di solidarietà, così come enunciati chiaramente nell'art. 2 della nostra Costituzione (in piena coerenza e sviluppo delle costituzioni del mondo occidentale, cui la nostra si ricollega) consentono di vedere nella formula allusiva del 'diritto all'ambiente' la matrice di una serie di posizioni soggettive attive (ai diritti della persona si collega il riconoscimento dei nuovi diritti strettamente correlati alla garanzia delle risorse essenziali: il diritto all'acqua, il diritto all'informazione ambientale, alla partecipazione e alla trasparenza; la declinazione condizionata e graduale dei diritti di proprietà e di iniziativa economica), così come un'articolata

graduazione delle responsabilità (al principio di solidarietà si collegano le peculiari declinazioni che il principio 'chi inquina paga' impone di attribuire alle varie ed inedite forme e livelli di responsabilità rispetto ai danni all'ambiente e alle azioni da intraprendere per garantire la resilienza degli equilibri ambientali). Si può riconoscere come espressione del metodo 'graduale' la conseguente necessità di definire i criteri di bilanciamento, che proprio perché collegati con principi costituzionali, sono alla base di partenza di ogni sviluppo delle decisioni legislative, dell'amministrazione e dei giudici (che non possono non riconoscere le nuove prospettive in ordine alla possibilità di azioni collettive basate sul principio di primarietà dell'ambiente, intesa come diritto a vedere integrati gli interessi ambientali nelle decisioni collettive), e il principio dello 'sviluppo sostenibile' (che porta al riconoscimento dei diritti delle future generazioni e all'affermazione del principio di equità intergenerazionale): tutte 'certezze possibili', non ancora pienamente implementate dalla prassi e dalla legislazione, ma che permettono di ricercare nella giusta direzione la risposta giuridica al richiamo di Papa Francesco nella *Laudato si'*, quando ammonisce che «l'ambiente umano e l'ambiente naturale si degradano insieme e non potremo affrontare adeguatamente il degrado ambientale se non prestiamo attenzione alle cause che hanno attinenza con il degrado umano e sociale»

Un secondo criterio da tenere fermo, è suggerito dal tema della «polivalenza delle norme giuridiche» e della pluralità delle fonti che si debbono confrontare con la molteplicità e trasversalità dei problemi ambientali e con la velocità del loro sviluppo.

Nel ricordarci le affermazioni illuminanti di Giandomenico Romagnosi («Tutte le scienze si danno mano scambievolmente. Niuna forse ve ne ha in cui maggiore debba sentirne l'alleanza quanto quella del diritto e dell'utilità sociale»), Giampaolo fa prendere coscienza della necessità di valutare la dimensione scientifica dei problemi ambientali, con attenzione all'evoluzione delle conoscenze. Le scelte normative debbono prendere posizione nella contrapposizione tra le indicazioni della cultura e della scienza, da un lato, e gli impulsi e le paure derivanti dalle valutazioni emozionali dei fenomeni e dei limiti delle risorse ambientali, dall'altro. Si tratta di un rapporto dialettico, nell'ambito del quale occorre tener presente che la legislazione non deve tanto definire regole generali ed astratte (per tutti i casi e una volta per tutte), bensì ricercare criteri di metodo, capaci di individuare tempestivamente i possibili sviluppi delle crisi ambientali e acquisire, in modo oggettivo e con aggiornamento continuo dei dati, le conoscenze scientifiche che consentano di farvi fronte, in modo da delineare

lo spettro di tutte le misure che possono essere ragionevolmente adottate.

I principi costituzionali cui si deve fare riferimento sono, come noto, quello di prevenzione (che presuppone la piena conoscenza degli effetti sull'ambiente di ogni attività o programma da realizzare, definendo le soluzioni ammissibili per gestire gli impatti ambientali dei progetti da eseguire) e il principio di precauzione (che anticipa la soglia dell'azione preventiva anche alle ipotesi in cui manca la certezza scientifica sulle conseguenze per l'ambiente di determinati comportamenti, ma che comunque trae origine da dati scientifici in corso di aggiornamento). L'applicazione di questi principi implica attività di bilanciamento non solo tra gli interessi ambientali e gli altri interessi costituzionalmente rilevanti (il c.d. bilanciamento esterno), ma anche tra i criteri per consentire la scelta tra le soluzioni alternative che è possibile individuare sulla base delle conoscenze acquisite (il c.d. bilanciamento interno).

Nasce da qui l'esigenza di individuare nuove modalità di coordinamento nell'azione amministrativa (conferenze di servizi, accordi di programma, procedimenti aperti alla più ampia partecipazione…) e di definire nuove forme di elaborazione delle norme tecniche e delle procedure per l'emanazione dei regolamenti di attuazione della legislazione a tutela dell'ambiente, stabilendo coordinate all'interno delle quali più scelte siano possibili, con un ruolo specifico del diritto nel fissare i 'paletti' nei cui confini si possano adottare le diverse soluzioni, consentendo all'amministrazione ed ai giudici di valutare, nello spazio così definito secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, i singoli interventi da adottare nelle specifiche situazioni ambientali.

Un terzo punto di riferimento è suggerito dalla rivendicazione del «carattere positivo del potere».

Giustamente Giampaolo Rossi sottolinea che il potere va al di là della «mera dialettica autorità-libertà», assumendo i caratteri di un fenomeno «non in sé negativo» (da limitare), «ma, al contrario, positivo, proprio in quanto volto a tutelare gli interessi a 'soddisfazione necessaria'».

Si collega a questa impostazione, che ha immediati riflessi nella ricostruzione delle attività prestazionali dell'amministrazione e nelle articolazioni organizzative dirette a renderle effettive, il tema della difficile gestione dei fenomeni ambientali che, come più volte ha sottolineato Giampaolo, «non hanno confini; ma nello stesso tempo l'habitat nel quale si manifestano è territorialmente definito e ciò attiva i poteri e le responsabilità corrispondenti; vi è un disallineamento dalla localizzazione delle fonti inquinanti e quella nella quale si producono i danni, che si traduce in un disallineamento fra poteri e responsabilità».

Le diverse dimensioni degli ambiti territoriali dell'ambiente rendono evidente la necessità di affermare il principio di corresponsabilità per tutti i livelli di governo, nell'affrontare la crisi ecologica, con il conseguente intervento, secondo i criteri mobili definiti dal principio di sussidiarietà, delle norme internazionali, europee, costituzionali, statali e regionali.

Occorre ripensare il ruolo promozionale e programmatico della legislazione, che si muove in contesti non più definiti da concetti base come quelli di 'territorio' e di 'sovranità'.

La rilevanza giuridica del territorio si sposta da momento costitutivo del sistema giuridico a risultato della cultura e dell'insieme dei valori di un popolo. L'ambiente, come il territorio, è, infatti, un valore culturale che contestualmente costituisce il presupposto e l'esito dell'esercizio dei diritti fondamentali; così come i diritti, in un ecosistema a rischio di crisi globale, non trovano più nei confini sovrani degli Stati i presupposti per la loro soddisfazione. Non si può non individuare la necessità di elaborare criteri di un governo multilivello dei problemi ambientali, in grado di attribuire le rispettive responsabilità in ordine alle scelte strategiche e politiche, nonché i criteri per l'attribuzione delle funzioni pubbliche dirette a tutelare beni di natura collettiva, secondo principi che debbono superare le categorie tradizionali (superamento del diritto convenzionale ed elaborazione di norme internazionali dotate di efficacia *erga omnes*; attivazione di organismi in grado di contrastare soluzioni unilaterali e di fornire i dati scientifici in grado di definire le risposte alle emergenze globali).

Anche i giuristi debbono rispondere all'appello dell'enciclica *Laudato si'*, secondo cui è necessario «pensare ad un'etica delle relazioni internazionali che sani il debito ecologico tra il Nord e il Sud del pianeta e rafforzi la reazione della politica internazionale, prendendo atto della interazione e delle innumerevoli forme di relazione fra i sistemi aperti che entrano in comunicazione gli uni e gli altri nel nostro universo».

Sono risposte cui è possibile dare seguito partendo dal primo presupposto del metodo suggerito dal pensiero di Giampaolo: l'«attenzione alla dimensione sociale», che fa assumere al giurista la peculiare responsabilità di ripensare criticamente gli strumenti concettuali di un diritto che deve essere servente e strumento operativo per la realtà sociale che contribuisce a costruire.

Federico Dinelli*

La perfetta scienza dell'imperfezione

Chiunque lo conosca, personalmente o attraverso i suoi scritti, sa che Giampaolo Rossi, profondo conoscitore dei testi classici del pensiero (non solo) giuridico, non si è mai accontentato delle 'verità' acquisite. Pur diffidando degli atteggiamenti nuovisti, ha sempre cercato le sue verità, invitandoci a cercare le nostre, anche se potevano non coincidere con le sue. Questo è il principale insegnamento metodologico che ho tratto dal Maestro: il rifiuto dei dogmi e dei luoghi comuni, anche quando camminavano sulle spalle di importanti Maestri del passato.

Il diritto, si sa, è una scienza convenzionale, una creazione dell'uomo. Ricercare la verità significa perciò indagare le soluzioni migliori ai problemi che il diritto deve affrontare. Non si tratta di elaborare geometrie perfette, costruzioni teoriche assolutamente coerenti nelle quali ogni nozione abbia il suo significato univoco, per incastrarsi con le altre come i pezzi di un *puzzle*. Si tratta, al contrario, di «scendere a patti con la terra» (F. Battiato), di fare i conti con l'imperfezione di tutto ciò che è umano. È questo, forse, l'unico apriorismo concettuale – almeno uno ci dev'essere – che caratterizza l'impostazione del nostro Maestro. Una umiltà di fondo, cristianamente intesa nel senso di accettazione dei limiti dell'uomo, che fa dire a Giampaolo Rossi, ad esempio a proposito della eccessiva – non complessità, ma – 'complicazione' dell'ordinamento, che essa deriva dal «diffuso orientamento teso alla esorcizzazione di ogni forma di rischio e di assunzione di responsabilità che si traduce in una normativa congegnata nella illusione che esistano sempre soluzioni ottimali e che per ogni disfunzione si possa individuare una responsabilità degli amministratori». Non c'è nulla di più liberticida di un legislatore onnisciente e ipertrofico.

Tutte le più felici intuizioni di Giampaolo Rossi, a parer mio, sono un derivato di questo punto di partenza: è così per le considerazioni sul metodo essenziale e gradualista, con le quali ci esorta a ricercare – non tutte le certezze, ma – le certezze 'possibili'; è così per le riflessioni sul rapporto fra pubblico e privato, con le quali ci spiega che in molti casi ha più senso chiedersi se una fattispecie presenti una prevalenza di ingredienti

* Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università Roma Tre. Abilitato alle funzioni di professore associato. Avvocato.

pubblicistici o di ingredienti privatistici, piuttosto che chiedersi se sia tutta pubblica o tutta privata; è così, ancora, per la nozione di interessi a protezione necessaria, che nasce da una spiccata propensione ad osservare la realtà, considerata come la prima vera fonte del diritto (*ex facto oritur ius* è un brocardo caro a Giampaolo Rossi). Gli esempi potrebbero continuare.

Un'altra chiave del pensiero giuridico di Giampaolo Rossi è la coralità.

La lettura dei 'Principi di diritto amministrativo', che sono 'costretto' a ripetere ciclicamente in quanto ho l'onore di curarne l'aggiornamento, mi lascia sempre con l'impressione di aver ascoltato un coro, non una voce solista.

Se vi fosse una voce narrante, quella non sarebbe un 'io', ma un 'noi'.

Nell'impostazione di Rossi non c'è posto per la solitudine dell'individuo, del 'privato', di fronte al potere. Ci sono piuttosto le persone, che interagiscono con i gruppi e con le istituzioni, le quali ultime esercitano un potere che, per il suo essere strumentale alla tutela degli interessi a soddisfazione necessaria, non è inteso come un 'male necessario', ma come un bene. Ovviamente sempre che non conservi gli odiosi privilegi che l'evoluzione del diritto amministrativo, intesa come progressiva giuridicizzazione del potere, ha meritoriamente, se non cancellato, ridimensionato.

Nelle pagine dei 'Principi di diritto amministrativo' questa attenzione verso la comunità è evidente nella trattazione di tematiche che non sempre si rinvengono nei testi di diritto amministrativo. Basti pensare che, mentre Massimo Severo Giannini osservava che «Per convenzione didattica tradizionale, i temi della cittadinanza, dell'attribuzione di posizioni giuridiche particolari a stranieri e apolidi ecc. sono trattati in altre discipline giuridiche», Rossi dedica alcune pagine proprio al rilievo del territorio e ai tipi di collegamento con esso. Muovendo dal presupposto per cui «Anche in un contesto di accentuata delocalizzazione le cose e le persone non si smaterializzano e quindi interagiscono comunque con qualche territorio, dove vi sono altre cose, altre persone e enti che ne sono esponenziali», Rossi analizza i tipi di collegamento con il territorio, e cioè la cittadinanza, la residenza, il domicilio, cui si aggiungono il soggiorno, l'asilo e, in senso negativo, la clandestinità.

Anche qui è evidente l'approccio gradualista: l'intensità del rapporto con il territorio, o meglio con i territori, è variamente graduata. Il legame più intenso è quello che si riconnette alla cittadinanza, concetto che conserva, anche in un contesto di globalizzazione, un consistente spessore. Ma anche la clandestinità implica un rapporto con il territorio, che è comunque fonte di alcuni diritti. Tra questi la salute, che viene garantita anche a chi insiste *sine titulo* sul nostro territorio. Le recenti vicende dell'emergenza sanitaria

ci hanno fatto riscoprire, amaramente, quanto gli Stati conservino ancora il pieno controllo del loro territorio.

Questo approccio, non certo individualista, ma anzi autenticamente pluralista e 'corale' di Giampaolo Rossi, noto fin dai tempi dei suoi primi lavori monografici sulla scuola e, soprattutto, sugli enti pubblici associativi, lo ritroviamo alla base di alcune delle sue più interessanti ricostruzioni, tra le quali spicca, a mio avviso, per originalità, il contributo dato alla teorica delle situazioni giuridiche soggettive, con riferimento al rapporto fra diritto soggettivo e interesse legittimo.

Si tratta di pagine nelle quali l'approccio pluralista e corale è di tutta evidenza: scrive Rossi che «Chi è solo nel deserto non ha né diritti né doveri. E se qualcuno obiettasse che, però, sarebbe comunque un soggetto di diritto e, in quanto tale, destinatario, almeno potenzialmente, di vicende giuridiche, ad esempio di carattere ereditario o matrimoniale e così via, l'obiezione non farebbe che confermare che questa persona è soggetto giuridico solo perché esistono altre persone ed esiste una organizzazione ordinamentale che rende giuridici i rapporti fra queste».

Da queste premesse inizia quella che viene definita una riconsiderazione del diritto soggettivo.

Contrariamente ad altri studiosi, che hanno cercato di far somigliare sempre di più l'interesse legittimo al diritto soggettivo, innalzando il primo al rango del secondo (peraltro senza mai riuscirci veramente), fino al punto di negare la stessa dignità di situazione giuridica soggettiva autonoma dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, Rossi critica l'enfatizzazione, figlia di impostazioni individualistiche, della nozione di diritto soggettivo, definito ora come signoria della volontà, ora come interesse incondizionatamente protetto dall'ordinamento.

In realtà, non è vero che il diritto soggettivo si relaziona solo con situazioni passive di obbligo o di soggezione. Si pensi al diritto di credito: certamente ha di fronte a sé un obbligo, ma ci possono essere anche i diritti di altri creditori contro lo stesso debitore che, riducendone la garanzia patrimoniale, mettono in discussione il pieno godimento di quel diritto.

Quindi, se la logica è binaria, allora è vero che al diritto corrisponde sempre un dovere. Ma se ampliamo l'orizzonte e la veduta, non è più necessariamente vero che il diritto soggettivo si relaziona soltanto con situazioni di obbligo. Il diritto di un creditore convive con quello di altri creditori, potendo esserne fortemente condizionato, sia nel suo esercizio, sia nel suo soddisfacimento.

Lo stesso vale per i così detti diritti assoluti, a cominciare dal diritto per

eccellenza: il diritto di proprietà. Il diritto del proprietario di un terreno convive con il diritto del coniuge e con le aspettative ereditarie dei figli, con il diritto di un istituto di credito che, concedendo un finanziamento, vi abbia iscritto ipoteca, con eventuali diritti di servitù, col diritto di chi voglia attraversare il fondo per andare a caccia, e – ovviamente – con il potere della pubblica amministrazione di conformarlo con gli strumenti urbanistici, ovvero di espropriarlo per la realizzazione di opere pubbliche. Il profilo della relazione che attiene al rapporto con il potere amministrativo viene in considerazione come interesse legittimo, ma questo non significa che sia l'unico aspetto potenzialmente cedevole della situazione giuridica soggettiva complessivamente considerata. Quindi non è corretto dire che l'interesse legittimo è una situazione per sua natura cedevole, mentre il diritto soggettivo sarebbe intangibile. In realtà si tratta di situazioni soggettive che, in ragione della loro natura relazionale, sono destinate ora a prevalere, ora a cedere, di fronte ad altre situazioni giuridiche soggettive.

Ritengo che una implicita conferma di questa impostazione, che rifiuta l'idea che possano darsi situazioni giuridiche soggettive destinatarie di una tutela giuridica 'incondizionata', possa essere rinvenuta nella nota sentenza Ilva della Corte costituzionale (n. 85 del 2013), ove si legge che «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. […] La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi».

Ciò è tanto più vero in contesti di crisi come quello che stiamo attraversando, nei quali è fondamentale non solo acquisire la consapevolezza del carattere non assoluto della tutela dei diritti, ma anche arginare la tendenza – e vengo qui ad un altro tema caro al Maestro – alla loro moltiplicazione.

Mentre aumentano i centri di produzione dei diritti, i centri di spesa, anzi il centro di spesa, rimane sempre lo stesso: lo Stato.

Nuovi diritti vengono creati, o comunque rafforzati, dalle carte e dalle organizzazioni internazionali, dalle Corti internazionali (a cominciare dalla Corte europea dei diritti dell'uomo), nonché dalle Corti interne.

Si tratta, in alcuni casi, di diritti che vengono riconosciuti in favore degli stranieri, attraverso l'eliminazione per via giurisprudenziale di ingiuste discriminazioni basate sulla nazionalità. In altri casi, si tratta di nuovi diritti che vengono affermati per tutti.

Ebbene, il rischio di questa moltiplicazione dei diritti è quello dell'inflazione. Più i diritti sono numerosi, meno valgono, perché l'affermazione astratta dei diritti è cosa ben diversa dalla loro effettività, per la quale servono risorse. E questo è vero non solo per i diritti sociali (che vengono soddisfatti attraverso la prestazione di servizi pubblici, con oneri – in gran parte – a carico della fiscalità generale), ma anche per i diritti così detti civili, perché servono quanto meno dei giudici che possano tutelarli quando vengono violati, e prima ancora delle forze dell'ordine che possano prevenirne la violazione.

Anche la tendenza ad implementare i diritti verso la pubblica amministrazione presenta delle evidenti criticità: pensiamo al diritto di accesso generalizzato. Abbiamo un diritto di accesso svincolato dalla titolarità di un interesse differenziato. Bene, ma anche questo ulteriore diritto non è a costo zero, così come non è a costo zero tutta quell'enorme 'macchina' chiamata 'trasparenza amministrativa'.

Per costo non intendo solo la spesa, intendo soprattutto il tempo che viene sottratto ad altre funzioni di amministrazione attiva, con ricadute potenzialmente negative sui tempi di durata dei procedimenti e sulla qualità dei loro esiti.

Ponendosi controcorrente rispetto al pensiero dominante, Giampaolo Rossi ha sempre affermato la necessità di porre un freno alla tendenza alla massimizzazione di tutti gli interessi, nella quale si rinviene la causa della complessità, sia organizzativa, sia procedimentale. La vera semplificazione passa per la scelta, a monte, delle priorità, non per l'attribuzione a un dirigente 'qualsiasi' del 'potere' di decidere quale sia la posizione prevalente di una conferenza di servizi nella quale intervengono le autorità sanitarie, l'autorità paesaggistica, l'autorità preposta al vincolo idrogeologico, l'autorità preposta al vincolo forestale, l'autorità competente in materia edilizia e urbanistica ecc., e che si conclude dopo un anno dall'inizio dei lavori.

Questo 'gettare gli interessi nella mischia', lasciando che la prevalenza degli uni o degli altri dipenda da rapporti di forza più o meno occasionali fra le amministrazioni coinvolte o, in ultima analisi, dalle preferenze dei giudici, non ha nulla a che vedere con la semplificazione, né con la democrazia. È piuttosto un riflesso dell'incapacità del legislatore di selezionare gli interessi e di deciderne il grado di tutela.

Tutto questo, aumentando l'imprevedibilità delle decisioni amministrative e delle decisioni giurisdizionali, ci fa perdere quote di libertà. Se è incerta la possibilità di intraprendere un'attività economica, perché dipende dalla sintesi occasionale che l'amministrazione è chiamata ad operare fra la

moltitudine degli interessi che si assumono aprioristicamente 'toccati' dallo svolgimento di quell'attività, i privati saranno sempre meno incentivati ad investire e a programmare.

Anche gli atti di pianificazione, adottati da autorità amministrative di diverso livello territoriale, dovrebbero servire a stabilire quali sono gli ambiti in cui prevale l'interesse alla tutela conservativa del territorio e gli ambiti in cui, al contrario, dovrebbe essere favorito il dispiegarsi delle attività umane. Invece, i rapporti fra i piani sono spesso conflittuali, e questo genera una complessità sostanzialmente impossibile da gestire.

Comprendere la dinamica degli interessi, capire come si istituzionalizzano, è fondamentale per dare una risposta a queste problematiche. E anche su questo il contributo di Rossi, che esorta a partire dagli interessi esprimendo una coerente preferenza per il metodo induttivo, è di primaria importanza.

Voglio concludere questo mio breve discorso con una considerazione sul tema del rapporto fra autorità e libertà. Molte volte ho sentito ripetere da Giampaolo Rossi, anche nel dialogare con i colleghi a lui più vicini, che il diritto amministrativo non si esaurisce nella dialettica autorità-libertà e che la sfera del giuridicamente rilevante non coincide con la sfera di ciò che è 'giustiziabile' davanti a un giudice. Si tratta di affermazioni suggestive. Sono suggestive perché inducono a riflettere sulla utilità di guardare al fenomeno giuridico anche da una prospettiva non conflittuale, uscendo dalla logica binaria del torto e della ragione, dell'azione e della reazione, della lesione e della tutela. Il diritto amministrativo non è solo il diritto dell'eccesso di potere, è anche il diritto dell'organizzazione e dell'allocazione delle risorse, della scelta degli interessi da tutelare (ad esempio attraverso l'erogazione di servizi pubblici), e non tutte le sue regole governano conflitti suscettibili di esitare in un contenzioso giurisdizionale. Si pensi alla decisione di istituire una nuova autorità per la tutela di un determinato interesse, oppure alla decisione di attribuirle nuovi poteri. Queste decisioni, fatti salvi i casi-limite della manifesta irragionevolezza, che le renderebbero censurabili davanti alla Corte costituzionale, non sono decisioni destinate ad essere sottoposte allo scrutinio di un giudice. Eppure, condizionano in modo potenzialmente molto rilevante la vita associativa e, in ultima analisi, la libertà di ciascuno di noi. Ecco allora che il diritto non coincide con il processo. Il processo non dà tutte le risposte, non tutela tutte le libertà e tutti gli interessi. E non si può chiedere al processo più di quanto il processo possa dare. Tutto ciò pone l'amministrativista dinanzi ad una sfida e ad una responsabilità ulteriori: elaborare regole che, proprio perché sono spesso sottratte alla possibilità di essere messe 'sotto accusa', a maggior ragione devono essere giuste.

Sarebbero ancora molti gli spunti di cui discutere a partire dalla guida alla lettura e dal glossario. Se è però vero che si insegna più con l'esempio che con le parole, preferisco dare testimonianza, vivendolo direttamente, del rigore, della curiosità e della passione con cui Giampaolo Rossi si dedica ancora oggi agli studi e alla riflessione scientifica. Ne costituisce dimostrazione l'implementazione costante che ricevono i suoi 'Principi di diritto amministrativo', il cui aggiornamento non consiste soltanto nell'aggiungere al testo ulteriori riferimenti normativi o nel dare conto delle novità dell'ultim'ora (compito che spetta essenzialmente al sottoscritto). Consiste, piuttosto, nell'arricchire il testo di sempre nuove riflessioni, dando evidenza di un pensiero in costante evoluzione. Questa incessante voglia di capire, di imparare più che di insegnare, racchiude il senso della 'missione' dello studioso, alla quale Giampaolo Rossi – come dimostra il livello del dibattito scaturito dalle sue opere – continua a rendere onore.

Vincenzo Caputi Jambrenghi*

Brevi spunti di riflessione

Sommario: 1. Aspetti introduttivi e profili d'interesse nella sintesi dell'Autore – 2. Diritto amministrativo ed evoluzione sociale. L'antecedente logico-giuridico del gradualismo – 3. Persona e metodo: libertà, solidarietà e convivenza sulla faccia della terra.

1. *Aspetti introduttivi e profili d'interesse nella sintesi dell'Autore*

Premessa la condivisa considerazione del diritto come scienza unitaria che, nella metafora del grande albero, presenta ramificazioni numerose, si presuppone che nessun ramo si isoli o tenti di isolarsi dagli altri; anche il corollario secondo cui, del resto, «ciascun ramo … non ha bisogno di ricercare in sé ciascuna delle categorie che utilizza», anzi «se lo fa si impoverisce e perde, comunque, la possibilità di dare un contributo alla teoria generale del diritto» offre immagine suggestiva.

Può aggiungersi un passo delle 'Conclusioni' della *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*.

* * *

Dopo aver contestualizzato la sua ricerca, l'A. analizza:

1. Gli «approcci caratterizzanti» (l'ordinamento amministrativo è probabilmente sottinteso). Essi si articolano, nell'immagine proposta, come segue:
   - attenzione alle dinamiche sociali e –con particolare rilievo– alle formazioni sociali;
   - il carattere del potere nel diritto positivo frutto di riflessione sul «carattere positivo del potere»;
2. La verifica degli strumenti: sono adeguati quelli di diritto privato e di diritto pubblico
   - nell'attività della p.a.
   - in particolare nelle prestazioni amministrative e

* Emerito di diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

- nell'organizzazione amministrativa?

3. La ricerca delle possibili certezze
   - nella ricerca dell'ente pubblico;
   - nell'analisi delle imprese pubbliche e del ruolo dello Stato nell'economia,
   - a fronte della polivalenza delle norme giuridiche?
4. La necessità di riflettere sul metodo;
   - il cambiamento del contesto;
   - la ricerca necessaria degli strumenti essenziali;
   - centralità degli interessi:
   - quelli a protezione necessaria
5. Le applicazioni:
   - le gradazioni nelle fattispecie pubblico-privato. Provvedimenti, procedimenti, accordi, contratti
   - le gradazioni delle situazioni giuridiche soggettive e delle tutele (diritti soggettivi-interessi legittimi). Il carattere relazionale delle situazioni giuridiche soggettive
   - le gradazioni di soggettività: l'articolazione delle figure soggettive, delle formule e dei rapporti organizzativi (diritto dell'ambiente, conferme).

Dopo queste indicazioni, necessarie per individuare le linee essenziali della rilevante ricerca sulla ricostruzione contestualizzata dell'ordinamento amministrativo, l'A. perviene a 'Conclusioni': «un rinnovamento della scienza del diritto amministrativo si può fare solo innovando nozioni fondamentali della scienza giuridica».

Come ricorda l'A., infatti, M.S. Giannini, nel sollecitare questo metodo, destinava alle generazioni di studiosi successive la raccomandazione di ricercare sempre nella teoria generale l'approccio per gli studi sulla società che evolve nella sua natura pluriclasse: «Spetta a voi, ora, fare teoria generale».

2. *Diritto amministrativo ed evoluzione sociale. L'antecedente logico-giuridico del gradualismo*

In realtà, il diritto amministrativo, per la molteplicità dei rapporti nei quali è coinvolto, è particolarmente idoneo a comprendere l'evoluzione dei sistemi giuridici in un contesto di complessità e di articolazione.

Il metodo gradualista fornisce un rilevante contributo in questa direzione e consente una nuova formulazione di molte nozioni giuridiche tradizionali

che si mostrano – e, comunque, si ritengono per *opinio communis* – ormai inadeguate.

Gli effetti di siffatto aggiornamento di nozioni dogmatiche vanno indubbiamente individuati, ed anche con la massima chiarezza, a pena di dover ammettere che nuove formulazioni e concetti nuovi non collegati alla realtà dell'ordinamento che essi incontrano restino – nell'ordine con cui si presentano – privi di risultati nuovi e denuncino una – pur interessante – valenza soltanto di natura lessicale.

Ora, su uno solo di tali effetti si potrebbe soffermare l'attenzione, dopo una breve considerazione generale concernente l'impostazione metodologica dell'A. che abbiamo ricostruito solo per grandi linee e certamente senza la dovuta precisione.

La considerazione è la seguente: è vero che il giurista deve adoperare gli strumenti logico-positivi che lo sviluppo della ricerca scientifica nel ramo disciplinare di suo interesse gli mette a disposizione; ma prima di essere attratto dalle «dinamiche sociali» e dalle «formazioni sociali» si dovrebbe cercare di analizzare l'entità 'basica' che giustifica la successiva costruzione e spiega le dinamiche che, in quanto tali, sono più difficili da interpretare senza un punto fermo (la comunione di vita con vita, dice Capograssi, è la base di ogni dinamica sociale).

La vita, dunque, della persona, delle persone.

Si potrebbe, invero, obiettare che l'analisi della persona è compito primario del filosofo e non c'è dubbio su ciò. Deve, tuttavia, ritenersi che tutto il diritto vive per la vita delle persone, dunque non è possibile prescindere dall'analisi della natura e delle varie vicende della persona nella comunione di vita con vita per pervenire alla costruzione di un sistema amministrativo che prenda origine proprio dall'uomo: nelle formazioni sociali dove svolge la sua personalità, nell'esercizio di diritti, nell'adempimento di doveri, nei rapporti economici ed in quelli – ancor più rilevanti in successione – familiari; rapporti con il prossimo, con gli altri uomini cioè che vivono nello stesso Stato, quindi con lo Stato; con gli altri uomini che vivono in una Unione di Stati, quindi con l'Unione di Stati; o che vivono in Stati esteri, quindi con gli Stati esteri.

Emergerebbero dalla prospettiva appena delineata – si aggiunga, fugacemente – l'origine ed il fine del diritto come regola delle azioni umane e fondamento della comunità: esso nasce, infatti, prima ancora che dalle esigenze della comunità (dello Stato pluriclasse, democratico, totalitario, ecc.) da quelle della persona, degli uomini che in quella comunità vivono per affermare, secondo il loro innato dovere, se stessi nella inevitabilmente contestuale consapevolezza, ben accetta, della compresenza degli altri

uomini, titolari degli stessi interessi fondamentali e soprattutto meritevoli delle stesse cure e considerazioni (riconoscimento, tutela degli interessi di base, garanzia di giustizia distributiva nello sviluppo della vita), che coinvolgano ogni altra persona in comunità di vita talvolta senza percepire fino in fondo il valore del rapporto (tanto esso presenta la vita altrui da vicino che talora potrebbe non essere vista per intero con facilità l'intera *figura* del portatore di quella vita, il 'prossimo').

Subito dopo: le formazioni sociali, il diritto positivo, diritti soggettivi, interessi protetti, obblighi, doveri, oneri e persino soggezioni nell'interesse generale di una comunità che ormai si conosce, è accettata da ciascuno dei suoi membri perché, nonostante le criticità, spesso acute, che essa presenta, se ne percepisce la rilevanza oggettiva; ciò che consente alla fattispecie giuridica di non formarsi nel mero incontro tra il fatto e la norma, bensì nell'incontro più ricco e più radicato tra la persona e la norma che 'personalmente' e/o 'collettivamente' la riguarda, integrando una realtà sociale che va riconosciuta prima dell'origine stessa dell'ordinamento giuridico e che non può che precedere la rilevazione di ogni aspetto socio-economico, ogni profilo giuridico emergente nella comunità, ed ogni fatto che richiederà la regola e la sua osservanza.

Forse è su questa precedenza che bisogna tornare, evitando di dare per nota la nozione elementare di persona o di lasciarne l'analisi – per gli aspetti rilevanti, manifesti in sede sociale, – alla sola speculazione filosofica.

3. *Persona e metodo: libertà, solidarietà e convivenza sulla faccia della terra*

Il primo gradino – che è il più esteso – della gradazione, dove sono, per così dire, sedute le persone, dovrebbe essere presente, insomma, all'interno di ogni ricerca avente ad oggetto tematiche giuridiche.

Questa considerazione non deve essere vista come applicazione di un metodo di analisi giuridico-sociale caratterizzato dal personalismo comunitario, o come l'esaltazione vetero-liberale dell'individuo, titolare di diritti soggettivi, meritevole di rispetto, o *a fortiori* come eco di un liberalismo cieco nel suo egoismo.

Non c'è alcuna necessità di coinvolgere Jacques Maritain nello studio preliminare della persona nei suoi rapporti con le altre persone poste dall'ordinamento giuridico generale sullo stesso suo gradino di potere o competenti all'esercizio di poteri che possono condizionare la sua attività,

pubblici o privati che siano i portatori di siffatta 'maggior' *potenza*.

È questo, del resto, l'unico metodo che consente di prendere le mosse, nella ricostruzione di una serie di fattispecie giuridicamente rilevanti, dallo *status libertatis* della persona, di individuare e analizzare solidi concetti sulla sua evoluzione nei rapporti inevitabilmente condizionanti l'esercizio pieno della libertà, che nascono da necessità di progresso generale nel benessere fisico, morale, economico, culturale che riguarda tutte le persone e che sono – si direbbe naturalmente – giustificati dalla situazione propria della libertà che è bene della vita da condividere ed anche da commisurare alla libertà di ciascuna persona convivente nello stesso periodo di tempo sulla faccia della terra.

Se, ad esempio, l'offerta di assistenza di persone o fasce di popolazione deboli, perseguitate, prive di libertà non è un'obbligazione giuridicamente perfetta fino all'iniziativa legislativa statale che imponga sacrifici economici ai suoi cittadini per intervenire in favore di quelle situazioni aiutando le persone ad uscire dalla prigionia sociale, essa è, tuttavia, ricompresa nel dovere delle persone libere che – si dice 'volontariamente' – si occupano dei bisogni delle altre persone, dovunque esse si trovino, dovunque esse vivano in condizioni visibilmente assai peggiori di quelle dei 'volontari'.

Certo, volontà nella solidarietà: è ciò che garantisce la possibilità di ottenere in concreto la comunione di vita con vita e che non può mai mancare nelle ricerche del significato delle norme giuridiche, degli strumenti, cioè, che, in quanto scritti o pensati per ogni persona, riescono a garantire reciprocità e pace nella comunità. A sua volta, questa può permettersi di vivere in un vero ordinamento dove l'interesse generale, cioè di tutti, è quello della parità della considerazione e del trattamento nei rapporti e negli interessi che rappresentano l'ordine, l'ordinamento generale, quello che interessa tutti, dall'anarchico al politico, al lavoratore, al pensionato, al 'volontario' e che, tra i giovani specialmente, fa per le persone bisognose ciò che lo Stato più non riesce a fare.

Annamaria Angiuli[*], Vincenzo Caputi Jambrenghi

A proposito di gradualismo e superamento delle dicotomie: una metafora ed un binomio da invertire

Sommario: Premessa – 1. Superamento della 'logica binarista' e aspetti insuperabili – 2. Brevia sul concetto di interesse in una metafora – 3. Del trascorrere sul ponte rispettando le 'pozzanghere' – 4. L'arbitro – 5. La libertà e l'arbitro. Verso l'inversione di una dicotomia – 6. Libertà-autorità – 7. Sul non trascurabile «ruolo dell'Amministrazione quale attore tecnicamente competente» in materia ambientale.

Premessa

A proposito della pubblicazione in tre volumi delle opere principali di Giampaolo Rossi e del commento dello stesso Autore sulle teorie sinora prevalse nel diritto amministrativo con riferimento a nuovi metodi di costruzione di ampi settori della disciplina; nonché a proposito del Convegno di Lecce del 22 maggio 2019 che, dopo quello tenutosi nella sala Pompeo in Consiglio di Stato[1], illustra nuove vie offerte al diritto amministrativo e propone ragionamenti logici che tanto successo hanno riscosso, anche a

[*] Ordinario di Diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

[1] Lo scritto trae spunto dalla relazione al Convegno indetto dall'Università del Salento sul tema «Per i sentieri delle soggettività: immagini dal diritto pubblico e privato. Presentazione de «Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi» (Lecce, 22 maggio 2019). a) Esso è frutto di comune riflessione. b) Si devono a V. Caputi Jambrenghi Premessa e paragrafo 1, ad A. Angiuli i paragrafi 2, 3, 4, 5, 6, e 7. Intitolato «Il gradualismo e la ricerca di nozioni giuridiche essenziali: il metodo scientifico nella complessità amministrativa» (Roma, Palazzo Spada, Consiglio di Stato, Sala Pompeo, 7 maggio 2019). Grande successo in entrambi i Convegni: in particolare, elogi nel primo da parte dei presidenti Filippo Patroni Griffi e Pasquale De Lise (autore di un'Introduzione al Convegno); dei magistrati Giuseppe Severini, Stefano Fantini, Francesca Goggiamani e Angelo Spirito; dei professori Luo Zhimin dell'Università di Pechino, Dian Schefold dell'Università di Brema, Marcos Almeyda Cerreda dell'Università di Santiago di Compostela, Alessandra Pioggia, Fulvio Cortese, Pier Luigi Portaluri, Giuseppe Piperata, Alfredo Moliterni, Simone Torricelli.

noi è consentito un intervento dalla cortesia del suo organizzatore, il prof. Pier Luigi Portaluri autore di un'interpretazione superba del contributo di Giampaolo Rossi[2], dalle sue origini teoriche ai suoi effetti concreti, e dallo stesso amico Giampaolo Rossi.

Il nostro tema può dirsi parallelo a quello di Rossi, identico nello spirito costruttivo, diverso negli approcci.

1. *Superamento della 'logica binarista' e aspetti insuperabili*

Superare la logica binarista talora non è sufficiente, perché il binario resterà intatto a monte: è l'ordinamento amministrativo che lo dimostra.

Infatti, anche al di fuori della logica – tipicamente binarista – della differenziazione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo e tra diritto privato e diritto pubblico, deve tenersi conto del precedente fenomeno di un potere attribuito ad uno o più soggetti pubblici oppure direttamente ad organi di soggetti pubblici, mediante una norma di legge, che interseca nell'esercizio interessi meritevoli di riconoscimento e protezione, raggiungendo per tal via il traguardo dell'interesse pubblico, inteso non soltanto in un'accezione formale derivante dalla sua imputazione soggettiva, ma nel suo significato profondo e finalistico del 'buon andamento dell'amministrazione', a sua volta permeato in modo caratterizzante da un'autentica garanzia di benessere per i cittadini (garanzia '*ut*', propria della teoresi di Giorgio Berti, estesa dall'organizzazione all'attività dei 'pubblici uffici': art. 97, co. 2 Cost.[3]).

[2] Cfr. P.L. Portaluri, *L'articolazione delle figure soggettive: dalla personalità alla soggettività giuridica*, *Relazione* svolta al Convegno su «Il gradualismo e la ricerca di nozioni giuridiche essenziali: il metodo scientifico nella complessità amministrativa», cit.; ID., *Introduzione* al Convegno dell'Università del Salento «Per i sentieri delle soggettività: immagini dal diritto pubblico e privato. Presentazione de 'Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi», cit.

[3] Una finalizzazione così caratterizzata può dirsi immanente a tutta la riflessione scientifica dell'A.: cfr., ad es., G. Berti, *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, Cedam, Padova, 1994, ove, illustrandosi il «dovere personale e sociale di amministrare nell'interesse altrui», si precisa che «il dover amministrare accompagna dunque le libertà, colte nel loro insieme e nel loro collegamento» (*ivi*, p. 357). Cfr., inoltre, G. Berti, *La giustizia nell'amministrazione pubblica*, in *JUS – Rivista di scienze giuridiche*, 2003, p. 47 ss.: «Anche quando si manifesta in tutta la sua forza (ad es. con l'appropriazione dei beni in proprietà privata o con la chiamata alle armi), il potere deve esprimersi nel rispetto, cioè nel limite, delle forme e delle regole che lo avvolgono. In tal modo, anche nel dare corpo all'autorità, l'amministrazione non può disattendere il debito di garanzia verso coloro che si trovano ad essere destinatari degli atti emanati di volta in volta. Le due

E deve tenersi conto – ecco la dicotomia – altresì di un *dovere* prefigurato dall'ordinamento generale per tutti i soggetti, in particolare per quegli uffici dell'Amministrazione (oltre che per il giudice), consistente nell'obbligo di rispettare la situazione più rilevante giuridicamente che deriva dalla regola di un rapporto giuridico anche con la pubblica Amministrazione e che si definisce *diritto soggettivo*.

Ai rapporti di diritto comune spetta il compito di ordinare e regolare gli aspetti conseguenti all'evoluzione dell'ordinamento, quali che siano le soggettività in campo, derivando dall'ordinamento generale una *garanzia* in favore di qualsiasi persona – in qualunque forma essa si presenti (docente, discente, artista, religioso, attore, commerciante, agricoltore, artigiano, lavoratore autonomo e dipendente, anche associato in società di capitali, associazione culturale, ente pubblico, industriale, pubblico o privato) – *di non subire* interventi *damnosi* per gli interessi racchiusi nella rispettiva sfera giuridica, comunque quest'ultima si configuri di fronte a possibili invasori pubblici quanto privati: *garanzia* simmetrica alla precedente, epperò definibile '*ne*'[4].

anime che abitano il corpo dell'amministrazione (l'essere alla base dell'ordine giuridico ed essere poi fattore di garanzia per derivazione dalle leggi politiche) sono forse delle costanti e spiegano probabilmente quella sorta di coerenza per contraddizione su cui si regge la vicenda amministrativa dello Stato e alla quale il metodo giuridico presta mezzi di superficiale accordo. Ricompare forse (anche se su differenti presupposti) il vecchio *Doppelstaat*?». Nel contributo *Legalità nelle istituzioni*, in *JUS – Rivista di scienze giuridiche*, 1991, l'A., attraverso considerazioni critiche riferite al periodo oggetto di osservazione, aveva ricostruito la *regula* virtuosa: «Sembrerebbe quasi di essere rapidamente passati a una condizione anteriore allo Stato di diritto, precedente l'affermazione dei diritti individuali come ragione stessa della legalità del potere e quindi dei limiti della pressione statale verso la società».

[4] Osserva efficacemente G. Berti, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, xi-xii, 2, 1982/83, p. 1001 ss.: «il fatto che il diritto privato sia tutto costituito per la persona discende dal soggetto e lo rende per così dire signore della propria libertà sino al punto in cui, in nome del rapporto necessario con gli altri, quella stessa libertà trova i propri confini. Non c'è infatti socialità nel diritto privato che non debba misurarsi con la libertà del singolo e trovare semmai attraverso questa la via per realizzarsi. Il soggetto dunque è dominante proprio perché i soggetti sono infiniti nel tempo e moltissimi nello spazio dell'ordinamento. (…) Ed allora l'attività si propone necessariamente come l'espressione della libertà individuale all'interno di un rapporto tra due libertà: *il soggetto diventa così il punto di inizio e di conclusione del ciclo giuridico* e gli atti sono qualificati e valutati in quanto traggono ragione dall'inserirsi appunto in questo circuito, come l'espressione oggettiva della sua perenne funzionalità» (*ivi*, p. 16). L'ordinamento generale presta, dunque, una garanzia '*ne*' all'esigenza paritaria di funzionalità del rapporto tra le due o più libertà, consentendo l'esercizio dell'autonomia privata nel suddetto rapporto funzionale.

2. *Brevia sul concetto di interesse in una metafora*

Ma prima ancora dovrebbe darsi conto del significato attribuibile all'espressione stessa di *interesse*, adoperata in tutti gli ordinamenti giuridici noti.

Inter-esse costituisce la situazione basica e neutrale del concetto che stiamo ricercando.

Ma l'esperienza comune dimostra che ciò che muove lo sviluppo di una società politica è sempre l'innato desiderio, nutrito da ogni suo componente *compos sui*, al miglioramento della propria condizione di vita: la spinta a siffatta promozione nella storia di ogni giorno di miliardi di persone in tutto il pianeta è nel fatto e non viene suscitata da alcuno; al più viene governata, in misura e con modalità speciali, da chi ne ha il compito, ma essa preesiste certamente in ogni persona, tant'è che, forzando una metafora, può riconoscersi anche nell'istinto, introdotto dalla Provvidenza nella simbiosi tra nascituro e corpo materno, che spinge il primo a guadagnare anche faticosamente 'la luce', così come si suole descrivere il venire al mondo di una nuova creatura.

C'è in ogni componente della comunità un'istintiva aspirazione alla vita, nonostante le incerte vicende che questa riserverà; alla vita migliore, nel senso di più appagante: un istinto che ben presto incontra ostacoli nei condizionamenti della libertà, in quelli di pura natura economica, nella condizione talvolta realizzata di fronte a moltitudini di pretese istintive non disconoscibili perché naturali, 'giuste', essenziali, talora assai pressanti, che si presentano, tuttavia, in condizione di *bene ad uso rivale*, attesa la loro numerosità.

È questa la condizione iniziale dell'*interesse materiale*, prima ancora che esso divenga oggetto di imputazione in favore di singole persone o di una comunità in vista del soddisfacimento necessario di bisogni elementari e, in seguito, di quelli determinati dall'evoluzione della loro rilevanza sul piano sociale, fino ad estendersi all'economia del consumo.

Il primo, ineludibile aspetto fattuale può esprimersi con una metafora cui è affidato il compito di illustrare con immediata chiarezza il suo significato profondo.

Nella metafora si condensano lungo la sponda di un fiume intere popolazioni che nutrono quell'aspirazione poco sopra accennata alla soddisfazione di un interesse materiale consistente nel miglioramento generale della loro condizione umana.

Anzitutto, è bene precisare che questa tendenza istintiva al miglioramento di sé non è riservata agli aspetti economici perché, ad esempio, l'apprendere

una nuova lingua, lo studiare per ottenere la migliore conciliazione dei processi logici, più in generale il raggiungere un grado di sapienza utile, per essere pronti ad aprire bene gli occhi allo scopo di vedere per tempo le mutazioni politiche o il fenomeno del deterioramento progressivo del bene comune; l'apprendere, infine, le tecniche dell'eloquio, delle ragioni del corretto movimento delle persone, delle produzioni industriali immediatamente utili alla vita e al benessere di ciascuno e dell'intera comunità rappresentano tutti attività o fatti costituenti espressione della volontà di migliorare la condizione umana.

Vi è una seconda posizione che completa ('*inter*') la figura metaforica: e si avverte subito che tale completamento è indispensabile. Qualora, infatti, non vi fosse una seconda posizione a render ragione della prima, anche i più autentici istinti, i desideri e le spinte verso il miglioramento di sé tenderebbero ad esaurirsi dinanzi al nulla, nell'assenza di un diverso luogo raggiungendo il quale in compagnia di tutto il resto dell'umanità che cerca di realizzarsi (si pensi alle generazioni di giovani, di persone mature, di anziani) sia possibile l'attuazione del programma avente ad oggetto la soddisfazione degli interessi materiali «a protezione necessaria»[5].

Ed ecco profilarsi dal piano sinora considerato – quello degli istinti al miglioramento di sé, sempre in una dinamica rapportuale – una configurazione, anch'essa imposta dalla logica strettamente originata dal *fatto*, di un vero e proprio *bisogno* presente in ognuno di migliorare la propria esistenza, libertà, etica, salute, istruzione, ricchezza: si tratta di bisogni emergenti dal fatto e viventi nella realtà di tutte le generazioni di persone nel mondo.

Può osservarsi, inoltre, la tendenza, presente in ciascuno, ma avente carattere generale, ad accedere alla riserva di un posto parallelo collocato sull'altra sponda del fiume rispetto a quella dove ci si trovava in precedenza e dalla quale sia possibile riconoscersi come portatori di una nuova, diversa e sotto tanti aspetti assai migliore, condizione umana generale: quello stato

[5] La categoria giuridica degli interessi a protezione necessaria ricorre nella ricostruzione teorica di G. Rossi: cfr., ad es., *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica*, in *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi, Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. xxxvii-xxxix; ID., *Servizi pubblici ed enti territoriali: la definizione dell'ambito della sfera pubblica*, da *Diritto Amministrativo*, Milano, 2005, vol. II, pp. 51-65; ID., *Le trasformazioni in atto e gli albori di nuovi assetti. Il problema dell'adeguatezza*, da *Potere amministrativo e interesse a protezione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011, pp. 63-67 e 71-76; ID., *Storicità e gradualità della emersione dell'interesse ambientale nella sfera giuridica*, da *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008, pp. 3-7; ID., *I servizi pubblici in Italia e in Cina*, *Intervento* al colloquio italo-cinese 'Il servizio pubblico in Italia e in Cina', Roma, Università Lumsa, 6 aprile 2018.

di miglioramento di sé cui si aspirava quando ci si trovava nella posizione originaria, vale a dire sulla prima sponda del fiume

Se si esca per breve tempo dalla metafora: l'interesse protetto è ormai riconosciuto come meritevole di protezione e tutela.

3. *Del trascorrere sul ponte rispettando le 'pozzanghere'*

Tuttavia, il passaggio da una all'altra sponda non può essere irrilevante nella sua ragione di fondo e nel metodo di realizzazione: la metafora si arricchisce, infatti, proprio al momento del passaggio, atteso che, per ottenerlo, è necessario salire su di un ponte posto sul fiume lasciando la precedente sponda e i suoi ancora numerosi astanti.

Appena saliti sul ponte il soggetto o la comunità che versavano nello stato di bisogno relativamente ad una o a molte situazioni caratterizzate dalla necessità di un miglioramento adeguato, per un verso si troveranno esattamente in posizione equidistante tra il bisogno e lo stato del suo appagamento (*inter-esse*), mentre sono sospinti dalla cennata aspirazione al miglioramento della condizione di vita: dunque, essi potranno nutrire un interesse a passare dall'altra parte del ponte –quella della soddisfazione– visto che hanno lasciato la riva affollata da altre persone ancora in attesa oppure non in grado di comprendere la rilevanza e l'utilità del passaggio.

Raggiungendo di volontà il centro del ponte essi saranno portatori dell'interesse, che deve definirsi di tipo ancora materiale, all'appagamento di determinati bisogni; ciò che li ha spinti a differenziarsi salendo sulla struttura.

Sul ponte, tuttavia, essi incontreranno l'arbitro, cioè l'Amministrazione investita dall'ordinamento dello sviluppo della fattispecie o del suo arresto.

Se coloro che si siano individuati salendo fino al centro del ponte verranno valutati come titolari di un interesse meritevole di evoluzione verso la rilevanza giuridica, l'arbitro li indirizzerà verso la seconda sponda; nell'ipotesi inversa, i transitanti torneranno indietro e forse si porranno alla ricerca di altra modalità per rappresentare all'arbitro il proprio istinto verso il superamento del ponte, il proprio desiderio di collocarsi in posizione utile di interesse.

Ad esempio, l'interesse materiale a disporre di denaro per vivere un po' meglio è comune al padre di famiglia ed al rapinatore: omettendo altri infiniti esempi, quest'ultimo verrà ricacciato indietro dal ponte, pur nutrendo il medesimo interesse materiale del primo.

E per ripetere il tentativo dovrà rinunziare alla sua precedente attività

non riconoscibile dall'arbitro.

Dunque, non può negarsi la necessità dell'arbitro: un controllore della genuinità dell'interesse a transitare verso lo stato di benessere per quei portatori di bisogni – titolari di quelli che potremo ormai definire con certezza interessi materiali oggetto di ricognizione secondo regole comuni, formulate o comunque accettate da tutta la comunità – che vedranno trasformare l'interesse materiale in interesse protetto dalla comunità e, di conseguenza, dall'arbitro e dal giudice.

Non è fuori luogo, come potrebbe sembrare *prima facie*, il riferimento ad un'altra metafora, da qualche tempo molto nota: quella della 'pozzanghera'.

Nei suoi scritti, Giampaolo Rossi sottolinea la rilevanza sempre attuale delle c.d. nozioni elementari (potere, contratto, pubblico, privato, provvedimento, ecc.) e ritiene che la difficoltà sia soltanto quella di individuarle come entità logico-giuridiche differenziate, tale difficoltà dipendendo dalla frequenza di fattispecie miste.

La pozzanghera[6] – ecco la metafora – è una fattispecie variamente mista di acqua e di terra, in porzioni mai identiche: secondo tale impostazione, le pozzanghere restano tali se la terra prevale sull'acqua, presente ma scarsa, o se, viceversa, l'elemento acqua prevalga e la terra si celi al suo fondo.

Va però considerato – sottolinea Rossi – che non si può intendere il significato di pozzanghera se non si conoscano le nozioni di base di terra e di acqua: ogni fattispecie complessa otterrà dall'ordinamento generale una sua disciplina, ad es. pubblicistica o privatistica, a seconda che prevalgano in essa, come nella pozzanghera, aspetti regolati dal diritto pubblico o dal diritto privato (prevale l'acqua o la terra).

Simili modo vi sono diverse fattispecie dotate di soggettività soltanto a fini determinati; anzi, può dirsi improbabile che la soggettività si presenti sempre come 'piena', essendo essa dotata di diverse gradazioni di imputabilità degli effetti giuridici, come si vede chiaramente seguendo un metodo di analisi della realtà caratterizzata da 'gradualismo'.

Anche la tutela di una situazione soggettiva resta tale, pur se in concreto si riveli del tutto parziale perché sono diverse le gradazioni della protezione previste come sufficienti dall'ordinamento.

Se si prendano le mosse dalla nozione di base, nella sua veste essenziale, di interesse tutelato, il cui grado di tutela osservato deriva dal contesto con il quale interagisce, si possono meglio comprendere la nozione di diritto soggettivo (che ha comunque carattere relazionale) e quella di interesse

[6] G. Rossi, *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, p. xl, in relazione a *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica*, in *Saggi e scritti scelti*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2019.

legittimo, che è lo stesso interesse tutelato quando interagisce con un pubblico potere.

Si direbbe: la pozzanghera è la stessa, diversamente 'abitata' da terra ed acqua quando invero interagisce con un pubblico potere[7].

4. *L'arbitro*

È forse opportuno tornare alla funzione dell'arbitro sul ponte: egli darà atto anzitutto della volontà della persona o della comunità salita sul ponte di vedersi riconoscere – sulla base dei criteri predeterminati dall'ordinamento

[7] Della pozzanghera del gradualismo giuridico come metodo ricostruttivo di ogni settore dell'ordinamento normativo sperimentato nell'800 da Gian Domenico Romagnosi, ma successivamente trascurato in dottrina, è testimonianza anche l'articolazione diversa dei soggetti presenti nell'ordinamento, dovendosi riconoscere che è normale il passaggio dalla personalità alla soggettività giuridica, come elementi differenziati. Secondo la ricostruzione di Pier Luigi Portaluri, come emersa nei due Convegni richiamati, «l'esigenza etica» – rilevata da Rossi – «di non graduare la soggettività e di non distinguerla dalla personalità», così seguendo la tesi mirabile di Angelo Falzea, che presenta «le radici umanissime di quella nobiltà assiologica da cui discende la fermezza di penna del giurista messinese», risultando una conquista di civiltà «al fine di non legittimare una sostanziale diversità tra gli esseri umani», si avverte – osserva Rossi – «poco o punto nel diritto amministrativo i cui attori pubblici non incarnano valori/interessi (come è invece per la persona fisica) ma li gestiscono»: onde la maggiore disponibilità delle *figurae publicae* verso la desoggettivazione che potrebbe essere anche sancita in diritto positivo. In particolare, in P.L. Portaluri, *L'articolazione delle figure soggettive: dalla personalità alla soggettività giuridica*, cit., si osserva: «Il gradualismo nel pensiero di Rossi è appunto questo: un criterio metodologico che rifugge da ogni schematismo e da ogni apriori. L'osservazione della realtà (per esempio, dell'elenco telefonico, mi disse prima di consigliarmi un tema di ricerca…) è la scaturigine di una teoria che voglia essere descrittiva ed euristica insieme. Non filosofemi più o meno ideologizzati da infliggere allo scorrere della vita. Al contrario, il sapersi chinare nel cuore dei processi reali, cogliendone con delicatezza e sensibilità la domanda di regolazione che ne sale». Quanto a A. Falzea, *Capacità (teoria gen.)*, magnifica voce dell'*Enc. giur.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 8-47, l'antigradualismo in materia di capacità giuridica sembra, invece, collegato ad un'esigenza di non favorire l'affermazione di differenze tra persone. Cfr. altresì dello stesso Autore *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano, 1939. Osserva Falzea: «uno dei più gravi errori teorici, che hanno oscurato e complicato la teoria della capacità giuridica, sta appunto nel concetto di una capacità giuridica suscettibile di graduazione e limitabile a contenuti determinati»; e ancora: «il nesso che congiunge le due idee, di capacità giuridica e di soggettività giuridica, è così evidente e intrinseco da fare apparire immediatamente chiara e non bisognosa di una dimostrazione la necessità di fondare la prima sulla seconda: di derivare, cioè, la capacità dai modi di essere più generali e costanti del soggetto giuridico».

giuridico – come soggetti da lui individuati senza remore in quanto portatori di bisogni essenziali e come destinatari di un riconoscimento in ordine alla presenza del loro interesse ormai protetto a passare dall'altra parte del ponte sul fiume.

Interesse protetto e non ancora diritto soggettivo o interesse legittimo, in quanto quei criteri nulla consentono ancora di antivedere in ordine alla situazione nella quale i 'transitanti' potranno vedersi riconoscere un diritto o un particolare interesse.

Se il benessere si identificherà, ad esempio, con un trattamento terapeutico salvavita, l'arbitro potrà impedire a quella persona il passaggio nel solo caso nel quale nessuna struttura assistenziale specifica sia disponibile nel Paese per intervenire in suo favore: tuttavia, resterà quello del soggetto transitante un pieno diritto soggettivo di mettersi alla ricerca di un medico in un altro Stato, esercitando in tal senso il diritto alla libera scelta del medico.

L'interesse in questo caso comprende la pretesa legittima ad ottenere somministrazione della cura idonea: dunque ci si troverà di fronte ad un diritto soggettivo assoluto, quello alla conservazione della vita anche avvalendosi, a spese dello Stato di appartenenza, dell'assistenza sanitaria estera.

In altri, ben più numerosi, casi l'interesse protetto sarà qualificato come interesse legittimo, perché per appagare il bisogno necessiterà di una previa prova selettiva tra portatori del medesimo interesse, come, ad esempio, si verifica nelle fattispecie di concessione di derivazione di acque, di spiaggia, di linea di trasporto extra urbana. In sintesi, una volta raggiunta la nuova sponda, il 'transitante' potrà versare nella condizione di dover sottoporre a confronto concorrenziale il proprio interesse con quello di altre persone o comunità.

L'interesse è qui presente per ottenere un bene rivale.

Oppure il suo titolare dovrà chiedere ad un pubblico ufficio un permesso per poter attivare l'interesse che gli ha consentito di superare il ponte pur versando in particolari condizioni (fattispecie di esercizio di attività produttive implicanti emissioni nocive, di interventi edilizi *extra ordinem*, di attività di produzione alimentare, ecc.).

In questi ultimi casi, l'interesse è protetto in quanto tale, ma, intersecando un problema organizzativo e un'esigenza di precauzione in favore dell'intera comunità, entrambi frequentissimi nella sponda dell'appagamento dei bisogni, si riduce alla pretesa di legittimità delle procedure che gli arbitri realizzeranno per scegliere il migliore progetto di utenza delle acque quando derivate, o di attrezzatura di una spiaggia marina, fluviale o lacustre, il migliore magazzino di autobus con il migliore corpo di autisti quanto alla gara concernente il trasporto di persone extraurbano; o che l'ufficio

eserciterà nel dare o negare l'autorizzazione.

Ma nel primo caso, come in quello delle attività non soggette a previa autorizzazione per valide ragioni di tutela della collettività (l'apertura di un negozio di vicinato ormai deve soddisfare soltanto alcuni requisiti di sicurezza e igiene pubblica), si riconoscerà il diritto soggettivo.

L'arbitro sito al centro del ponte per regolare la circolazione di coloro che vengono individuati quali candidati al trasferimento sull'altra sponda è, dunque, un organo della pubblica Amministrazione, cui si può fare riferimento tanto nel caso in cui sia necessario condurre un'istruttoria, quanto in quello che induce a riconoscere senz'altro il diritto soggettivo, cioè la massima protezione dell'interesse nell'ambito di un rapporto tra l'ufficio pubblico stesso ed il soggetto individuato, e nelle relazioni reciproche tra portatori di interessi che abbiano meritato il passaggio sul ponte.

5. *La libertà e l'arbitro. Verso l'inversione di una dicotomia*

Occupiamoci ancora dell'arbitro insediato sul ponte.

Non c'è dubbio che si tratti di una c.d. autorità, se unilateralmente egli può deludere un'aspirazione di chi gli abbia chiesto di passare dall'altra parte: ma è altrettanto certo che quello che egli fa è l'attuazione delle regole che la pluralità dei portatori di interessi (oggi si definiscono cittadini) aveva previsto; regole che da essi stessi erano state date per assicurarsi una protezione imparziale nella ricerca, da parte dell'arbitro, del loro benessere.

I portatori della libertà hanno provato (e tuttora riprovano continuamente) a scrivere norme non derogabili e a scegliere arbitri ai maggiori livelli di affidabilità: finalmente, infittite le loro schiere nelle democrazie occidentali, hanno potuto trovare utile, senza vincolarsi in modo assoluto, attribuirgli una serie di poteri che corrispondono all'attuale complesso di regole che presiede al riconoscimento ed alla conseguente tutela degli interessi c.d. pretensivi, la cui soddisfazione equivale all'assolvimento, da parte dell'arbitro, dei compiti di benessere di lucida memoria sandulliana.

Ora, la dicotomia che emerge in piena crisi dalla metafora e dal suo commento è 'autorità-libertà', delineata spesso dalla dottrina unanime come fonte di un rapporto giuridico di rilievo nell'ordinamento, fino al punto di subire le giuste critiche di chi non accetta l'autoritarietà della pubblica Amministrazione e guarda con favore all'Amministrazione paritaria o almeno alla limitazione della posizione di supremazia dell'organo amministrativo in

termini di unilateralità e non autoritarietà dell'esercizio del potere[8].

La proposta che emerge dalla metafora del ponte che unisce le due rive del fiume è quella che, se ad una dicotomia è necessario ricorrere, quella più conforme all'ordinamento derivato di diritto amministrativo è 'libertà-autorità'; laddove il primo termine riecheggia l'origine del potere amministrativo, l'origine dell'autorità che non può che individuarsi nella volontà profonda – come sottolineano Giuseppe Capograssi e Renato Dell'Andro, autorevoli filosofi del diritto – del vasto gruppo sociale che in democrazia esercita sovranità mediante leggi e regolamenti applicativi aventi ad oggetto la costruzione dommatica e pratica di un'autorità-arbitro, un'autorità economica e per il mercato, un'autorità di garanzia, ecc., tutte destinatarie di poteri commisurati alle necessità di assolvere ai compiti di benessere ed agli obblighi nei confronti di situazioni di diritto soggettivo.

6. *Libertà-autorità*

È, in realtà, soltanto da un fatto di esercizio di libertà che può sorgere ed essere successivamente accolto il provvedimento dell'autorità, il suo intervento nettamente orientato e rivolto verso una realizzazione conforme al principio di libertà. Per meglio comprendere il fenomeno, si pensi al caso dell'espropriazione per causa di pubblica utilità che, sin dalla sua prima ideazione nella l. 25 giugno 1865, n. 2359 – abrogata solo con il t.u. delle leggi sull'espropriazione di cui al d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327 –, che del resto conferma la disciplina sul punto, contiene la normativa concernente l'accordo bonario sull'indennità di espropriazione, mediante la quale il proprietario espropriando, dopo aver eventualmente esperito tentativi di intervento in via amministrativa per sviare, ad es., la localizzazione dell'opera pubblica al di fuori del suo giardino, rispunta con la sua libertà quando *impone* l'accordo bonario all'autorità espropriante.

Potrà essere 'costretto' ad accettare una somma incongrua, tuttavia dipende da lui *se* la c.d. amministrazione consensuale si sovrapporrà o no a quella ablativa, condizionando l'emanazione del provvedimento espropriativo.

Non diversamente, tutti i procedimenti ad evidenza pubblica

[8] Per un ampio studio, articolato nelle diverse teorie della dottrina italiana e delle principali democrazie europee sui possibili significati giuridicamente rilevanti e sulle implicanze dell'autoritarietà in rapporto alla necessità di rispettare le posizioni di libertà, cfr. AA.VV., *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Annuario AIPDA 2011, Napoli, 2012.

vanno ricondotti in via di principio al concetto di libertà: l'autolimite dell'Amministrazione o il limite voluto dalla normativa anzitutto comunitaria impediscono che l'autore del progetto oggettivamente migliore, offerente per giunta della più conveniente proposta economica, un soggetto portatore di libertà, venga tralasciato e superato da un altro concorrente, presentatore di un progetto non competitivo rispetto al primo: una patologia, purtroppo frequente in casi del genere, che tuttavia non può mettere in crisi l'affermazione poco sopra espressa.

Lo stesso esercizio della discrezionalità amministrativa mai potrà *jure* limitare la libertà di chi vanti i requisiti di legge per evitare un'ablazione, o per ottenere un vantaggio rispetto ad altri portatori di libertà, che tuttavia non possiedano requisiti pari a quelli del primo (anche qui la patologia e la preclusione della giurisdizione nel merito, quella di legittimità essendo ferma al 'sindacato debole', non inficiano la costruzione che precede).

Sembra potersi percepire, finalmente, dal punto di osservazione della libertà, che tutti i problemi apparentemente suscitati dall'unilateralità del provvedimento amministrativo si dimostrano assai diversi da ciò che appare: non c'è spazio adeguato, dunque, per l'autorità senza la premessa di un fatto di libertà – produzione del *nomos* – fin quando, cioè, la libertà abbia compiutamente affermato la sua supremazia di primogenitura.

Ciò accade tutte le volte che norme di legge o di regolamento abbiano imposto doveri di comportamento agli organi amministrativi, tanto che l'Amministrazione doverosa coincide con lo spazio della libertà del cittadino.

Non sarebbe agevole spiegare altrimenti, ad esempio, la normativa sulla tutela ambientale.

Com'è stato osservato di recente «non è un caso che a livello globale, europeo e nazionale, la risposta giuridica alle problematiche ambientali (ma non solo ad esse) sia orientata al principio di sostenibilità», si direbbe – considerando le difficoltà e la parzialità della sua concreta attuazione – di cosiddetta sostenibilità, ritenuto generalmente «uno dei cardini della legislazione ambientale (se non il più importante) e che, tecnicamente, è un dovere verso le generazioni future»[9].

[9] Cfr. F. Fracchia, P. Pantalone, *Le calamità naturali e le risposte del diritto al rischio di alluvioni: un'analisi comparata tra Italia e Spagna*, in AA.VV., *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, a cura di L. Giani, M. D'orsogna e A. Police, ESI, Napoli, 2018, p. 190.

7. *Sul non trascurabile «ruolo dell'Amministrazione quale attore tecnicamente competente» in materia ambientale*

Certo non si può dimenticare proprio in questa materia il «ruolo dell'Amministrazione quale attore 'tecnicamente competente'».

La sua attività nella protezione ambientale e prima ancora la sua organizzazione su tutto il territorio nazionale per l'esercizio delle relative funzioni fonda su di un metodo di «*graduale* rettifica» che, «mediante il monitoraggio e la raccolta delle informazioni (e, dunque, sulla scorta dell'apprendimento e dell'esperienza man mano accumulata), è centrale per la gestione 'adattativa' di un problema complesso come quello esaminato e, di conseguenza, per incrementare la resilienza dell'ambiente e dei soggetti in varia misura coinvolti»[10].

Con questa piana conclusione, che restituisce un ruolo spesso prevalente all'amministrazione di garanzia e di servizio pubblico, si interseca favorevolmente la teoria gradualista di Giampaolo Rossi: assai meglio l'Amministrazione dotata di competenze tecniche adeguate che una multinazionale, coacervo di interessi rivali per tutta la comunità (non organizzata sul piano economico) tranne che per i propri soci, può offrire garanzie di risoluzione graduale di problemi e incidenti rilevanti, come quelli dell'inquinamento ambientale.

Ciò, tuttavia, – occorre soggiungere – a condizione che l'Amministrazione operi in un quadro di accentuata doverosità.

Né interessi legittimi né diritti soggettivi potrebbero, infatti, configurarsi in favore di portatori qualificati di libertà quanto alla salvaguardia dell'ambiente, in mancanza della prefigurazione normativa di precisi doveri del legislatore ed obblighi dell'Amministrazione, come dei cittadini stessi e gradualisticamente di tutte le istituzioni repubblicane, soprattutto di quelle organizzate in enti territoriali[11], doveri ed obblighi che hanno inevitabilmente ad oggetto l'organizzazione e l'attuazione dell'effettività di una protezione piena dell'ambiente.

[10] Cfr. F. Fracchia, P. Pantalone, *op. e loc. cit.*

[11] Sia consentito il rinvio a A. Angiuli, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale. Le azioni comunali e surrogatorie*, Jovene, Napoli, 1986.

Giuliano Grüner[*]

Note minime su potere amministrativo e diritti fondamentali[**]

Sommario: 1. Alla ricerca di «certezze possibili» su potere amministrativo e diritti fondamentali – 2. Potere amministrativo e «diritti inviolabili dell'uomo» (art. 2 Cost.) – 3. Potere amministrativo e riserve di giurisdizione – 4. Potere amministrativo e diritti fondamentali non coperti da riserve di giurisdizione – 5. Potere amministrativo, diritti fondamentali e principio di legalità – 6. Il potere amministrativo come presupposto potenzialmente – ma fisiologicamente – necessario per la coesistenza, oltre che per l'esistenza, dei diritti fondamentali – 7. Potere amministrativo e diritti fondamentali alla luce della «riconsiderazione della nozione di diritto soggettivo» di Giampaolo Rossi e della Sua prospettiva del «carattere relazionale delle situazioni giuridiche soggettive» – 8. Potere amministrativo e diritti fondamentali: 'incertezza' sui profili relativi al riparto di giurisdizione – 9. Conclusioni.

1. *Alla ricerca di «certezze possibili» su potere amministrativo e diritti fondamentali*

Scrive Giampaolo Rossi: «Diventa […] pressante la necessità di individuare le certezze possibili in una realtà inevitabilmente complessa […]. In tutti i periodi storici caratterizzati da rapide trasformazioni, nei quali i concetti consolidati mostrano la loro inadeguatezza ma non se ne può prescindere perché non se ne sono formati nuovi, ogni settore della scienza ha affrontato i problemi della conoscenza sfrondando il bagaglio culturale da tutti gli accessori impropri che si erano man mano accumulati e risalendo agli ingredienti base delle problematiche: 'ogni cosa deve essere studiata prima di tutto nei suoi elementi più semplici' (Aristotele), occorre 'prendere in esame le cose più facili prima di quelle più difficili, le comuni prima delle proprie, le minori prima delle maggiori' (F. Bacone), 'cominciare dagli oggetti più semplici e più facili da conoscere per risalire a poco a poco, come

[*] Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università telematica Pegaso.

[**] Le citazioni di Giampaolo Rossi sono riprese dai Suoi *Scritti scelti* e dai Suoi *Principi di diritto amministrativo*. Le citazioni degli altri Studiosi sono riprese dal *Dibattito* pubblicato su *Riflessioni sul diritto amministrativo* (www.ridiam.it), nel *file* in formato *pdf* aggiornato al 31 maggio 2021.

per gradi, fino alla conoscenza dei più complessi' (R. Cartesio), 'poggiando tutto l'edificio sugli elementi fondamentali più semplici possibili' (A. Einstein)».

Cercando di seguire questo 'semplice' metodo, che condivido e che è denominato da Giampaolo Rossi come «essenziale e gradualista», provo ad individuare alcune «certezze possibili» in ordine alla relazione tra potere amministrativo e diritti fondamentali.

Ritengo opportuno, peraltro, utilizzare un approccio generale alla questione di tipo non soltanto induttivo, prediletto da Giampaolo Rossi, ma anche deduttivo, valorizzato da Guido Corso: da un lato, infatti, non mi pare che quest'ultimo approccio – in sé e per sé – entri in contraddizione con il metodo «essenziale e gradualista», e, dall'altro, ho sempre pensato, sin dai primi incontri del dottorato di ricerca in diritto amministrativo che ho frequentato presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi 'Roma Tre', durante i quali ho ascoltato spesso i due Maestri dialogare appassionatamente su questo, che i due approcci non soltanto non si pongano in rapporto di mutua esclusione, ma che, al contrario, possano trarre giovamento e conferme l'uno dall'altro.

Per potere amministrativo intendo, così come usualmente è inteso, e riprendendo la definizione che ne offre Giampaolo Rossi, il potere della pubblica amministrazione di «incidere sulle situazioni giuridiche dei singoli soggetti mediante atti unilaterali che possono modificare la sfera giuridica dei soggetti stessi senza il loro consenso, e anche contro la loro volontà», nella consapevolezza – ormai acquisita – per cui «[l]egittimità, articolazione, funzionalizzazione e doverosità sono […] i caratteri essenziali del potere giuridicizzato».

Per diritti fondamentali intendo quelli che l'art. 2 Cost. definisce come «inviolabili», nonché quegli altri previsti dalla Parte I della Costituzione, intitolata, per l'appunto, ai «Diritti» – ma anche ai «doveri» (cfr. *infra*) – «dei cittadini». Non mi soffermo sui diritti previsti da Carte europee o internazionali, né sulla giurisprudenza delle relative Corti, perché non mi sembra, al di là di profili non essenziali, che essi restituiscano qualcosa di significativamente diverso rispetto alla Costituzione.

2. *Potere amministrativo e «diritti inviolabili dell'uomo» (art. 2 Cost.)*

Due «certezze possibili», al di là di quale possa essere il catalogo

dei «diritti inviolabili dell'uomo», che l'art. 2 Cost. menziona, ma non individua, e rispetto ai quali la dottrina e la giurisprudenza hanno offerto numerose ricostruzioni, non di rado divergenti e talvolta antitetiche:

a. sono impensabili «diritti inviolabili dell'uomo» senza l'esistenza del potere pubblico, anche amministrativo, giuridicamente organizzato;
b. sono impensabili, salvo due eccezioni, «diritti inviolabili dell'uomo» il cui riconoscimento e la cui tutela vengano assunti in termini assoluti.

Una plausibile dimostrazione del giuridico fondamento della prima affermazione mi sembra questa:

- poiché è lo stesso art. 2 Cost. che incarica la Repubblica di riconoscere e di garantire i diritti in questione;
- poiché la Repubblica, ai sensi dell'art. 114, comma 1, Cost., «è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato»;
- poiché nella Parte II della Costituzione, intitolata all'«Ordinamento della Repubblica», di non minore dignità rispetto alla Parte I, è ricompresa la Sezione II del Titolo III, dedicata a «La Pubblica Amministrazione»;
- poiché l'art. 54, comma 2, Cost., impone ai cittadini ai quali «sono affidate funzioni pubbliche» – non «servizi pubblici», previsti dall'art. 43 Cost. – il «dovere di adempierle con disciplina e onore, presentando giuramento nei casi previsti dalla legge»;

ne consegue che è la Costituzione medesima, proprio a muovere dai suoi Principi fondamentali (cfr. anche l'art. 1, comma 2), che concepisce il potere pubblico, anche amministrativo, giuridicamente organizzato come presupposto per il riconoscimento e per la garanzia dei «diritti inviolabili dell'uomo». Anche alla luce di ciò, mi sento di sottoscrivere, e per nulla mi suonano provocatorie, le parole di Giampaolo Rossi per cui «senza l'ospedale non vi è diritto al ricovero».

Per una plausibile dimostrazione del giuridico fondamento della seconda affermazione riprendo, perché le condivido, alcune parole che Guido Corso ha rivolto a Giampaolo Rossi rispetto a quelli che quest'ultimo ha individuato e definito «interessi a protezione necessaria»: «Ce ne sono alcuni, secondo me, che hanno un fondamento precostituzionale, nel senso che non è concepibile un ordine giuridico che ne prescinda. // Per es., l'ordine pubblico e la difesa contro il nemico esterno: non ci può essere uno Stato, in ogni tempo, che non si faccia carico di tutelare questi interessi».

Se ciò è così, penso che, proprio con riferimento ai «diritti inviolabili dell'uomo», occorra essere conseguenti, non ipocriti e, come raccomandava

uno Studioso del diritto amministrativo, «ragionare da giuristi»: l'art. 2 Cost. giustappone a tali diritti l'«adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Tra questi ultimi vi è quello, che incombe sui soli cittadini, di difendere l'Italia «contro il nemico esterno». Proprio in ragione della sua 'enfasi', l'art. 52, comma 1, Cost., non lascia spazio ad equivoci. «La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino».

Ma questo implica, spero di non essere frainteso, che neanche il riconoscimento e la tutela del diritto dell'uomo a vivere, che pure viene immediatamente percepito come al vertice dei «diritti inviolabili dell'uomo», possa essere assunto in termini assoluti.

Il cittadino-soldato che, in stato di guerra deliberato e dichiarato in conformità agli artt. 11, 78, 87, comma 9, Cost., nonché al diritto internazionale, al diritto interno e a tutte le altre fonti del diritto in materia, si trovi costretto, dalla necessità di difendere la Patria, ad uccidere un altro uomo, perché quest'ultimo è un «nemico esterno», non solo, astrattamente, non vìola alcuno dei «diritti inviolabili dell'uomo», ma adempie ad un suo «sacro dovere», nell'esercizio di una funzione amministrativa, rimessa al plesso Governo pubblica amministrazione. Mi torna in mente «*Di che reggimento siete, fratelli?*». Ma è la Costituzione.

La stessa Costituzione prevede espressamente la «autorità di pubblica sicurezza» (art. 13, comma 3), e il relativo concetto ricorre, in essa, più volte: art. 16, comma 1 (in materia di libertà di circolazione); art. 17, comma 3 (in materia di libertà di riunione); art. 117, comma 2, lett. h) (in materia di competenza legislativa esclusiva dello Stato su «ordine pubblico e sicurezza»); ecc.

Se non esistesse, e se non funzionasse bene, una autorità di pubblica sicurezza, i «diritti inviolabili dell'uomo», nella loro declinazione basica di diritto all'incolumità, anche fisica, si ridurrebbero a pie illusioni.

L'art. 1, comma 1, del t.u.l.p.s., in vigore e non oggetto di pronunce della Corte costituzionale, dispone, tra l'altro, che l'«autorità di pubblica sicurezza veglia […] alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità», e l'art. 24 della più moderna e democratica l. n. 121 del 1981, della quale quest'anno è stato celebrato il trentennale, prevede, tra l'altro, che «La Polizia di Stato esercita le proprie funzioni al servizio delle istituzioni democratiche e dei cittadini […]. Essa tutela l'esercizio delle libertà e dei diritti dei cittadini».

Eppure, anche in questo ambito così basilare, qualora un ufficiale di pubblica sicurezza, che è per ciò solo anche pubblico ufficiale, e indipendentemente dalla sua qualità di ufficiale di polizia giudiziaria (cfr.

l'art. 2 e gli artt. 34 e ss. del r.d. n. 690 del 1907), si trovi costretto, dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza, a fare uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, procurando una lesione all'integrità fisica, o finanche la morte, a Tizio, per tutelare l'integrità fisica, o finanche la vita, a Caia, e lo faccia, naturalmente, come *extrema ratio*, all'esito di un corretto bilanciamento dei 'beni giuridici' (dei «diritti inviolabili dell'uomo»?) coinvolti e nel rispetto del principio di proporzionalità (come preteso dalla prevalente giurisprudenza penale in relazione all'art. 53 cod. pen., che ha una *ratio* e una disciplina ben diverse da quella della legittima difesa: cfr., tra le più recenti, Cass., Sez. IV, 16 dicembre 2020, n. 35962), non solo, astrattamente, non incorre in alcun fatto illecito, ma, ancora una volta, adempie ad un suo preciso dovere, che può essere ricondotto a quelli «inderogabili» di cui all'art. 2 Cost., sempre nell'esercizio di una funzione amministrativa, cioè il «servizio di pubblica sicurezza», ai sensi dell'art. 1 del r.d. n. 690 del 1907, che fa capo al plesso Governo - pubblica amministrazione (cfr. il capo I della l. n. 121 del 1981).

Credo di poter pensare che, in base alla Costituzione, e ancor prima in base all'essere 'umani', i diritti che possano dirsi inviolabili in termini assoluti – ma che, comunque, necessitano, ai fini di un loro possibile riconoscimento e di una loro possibile tutela, del pubblico potere, anche amministrativo, giuridicamente organizzato – siano soltanto due: quello al non essere sottoposti a «trattamenti contrari al senso di umanità» (arg. *ex* art. 27, comma 3, Cost.) e quello al «rispetto della persona umana» (arg. *ex* art. 32, comma 2, Cost.).

Che, poi, la *quaestio* di sempre sul pubblico potere, e sul potere in generale, risieda nel suo abuso o eccesso, in tutte le forme e manifestazioni possibili, è noto a ognuno. Così come è altrettanto noto che essa investe tutti i tre tradizionali poteri o ordini pubblici: anche il potere legislativo e anche l'ordine giudiziario. Ma in tali evenienze non si versa più nel fisiologico, bensì nel patologico. Risultano, così, non solo non inficiate, ma confermate le prime due «certezze possibili» che ho rappresentato.

3. *Potere amministrativo e riserve di giurisdizione*

«Certezza possibile»: il potere amministrativo non può incidere sulle riserve di giurisdizione.

La Costituzione, come è noto, ne prevede quattro (in senso stretto):

a. libertà personale, ai sensi dell'art. 13, commi 1 e 2, salvo la eccezione 'provvisoria' del comma 3 dello stesso articolo;
b. libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, ai sensi dell'art. 15;
c. inviolabilità del domicilio, ai sensi dell'art. 14, salve, peraltro, le eccezioni, previste dal comma 3 del medesimo articolo, concernenti gli «accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e incolumità pubblica o a fini economici e fiscali». In queste ipotesi ricorre soltanto una riserva di legge, sia pur speciale, non anche di giurisdizione, nel senso che la legge speciale – nei limiti, naturalmente, di una sua ragionevole e proporzionata discrezionalità – può prevedere anche l'intervento dell'autorità giudiziaria (cfr., ad esempio, l'art. 52, commi 1, 2 e 3 del d.P.R. n. 633 del 1972, cui rinvia l'art. 33, comma 1, del d.P.R. n. 600 del 1973), ma non è tenuta a farlo: «Il terzo comma di tale articolo [14 Cost.] […] pone una deroga alla norma del comma precedente, nella parte in cui questa richiede che ispezioni, perquisizioni e sequestri siano eseguiti 'secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale': deroga limitata ad atti di accertamento e di ispezione previsti da leggi speciali per i motivi e i fini indicati. È pertanto pacifico in dottrina e in giurisprudenza che nei casi previsti dal detto comma, e nei limiti posti da esso, non si richiede l'atto motivato dell'autorità giudiziaria, che è invece sempre necessario per le perquisizioni personali e i sequestri» (Corte cost., 2 febbraio 1971, n. 10);
d. sequestro della stampa, ai sensi del comma 3 dell'art. 21 Cost., salvo la eccezione 'provvisoria' del comma 4 dello stesso articolo.

Ciò fermo, le «certezze possibili», con specifico riferimento al preciso significato tecnico-giuridico delle locuzioni «corrispondenza», «ogni altra forma di comunicazione», «domicilio» e «libertà personale», mi sembrano esigue, a fronte delle notoriamente divergenti posizioni assunte sia dalla dottrina, sia, soprattutto, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Ponendo l'attenzione soltanto su quest'ultima, e con riferimento esclusivo alla «libertà personale», credo sia plausibile ritenere, in estrema sintesi, che:

- il relativo significato debba essere diverso da quello di tutti gli altri diritti previsti dagli artt. 16 e ss. Cost., giacché, altrimenti, non avrebbe senso, per questi ultimi, una disciplina costituzionale *ad hoc*, e differente, rispetto a quella dell'art. 13;
- generalmente, è condiviso il suo significato più tradizionale e ristretto, cioè quello di 'libertà dagli arresti', in senso sostanzialmente penalistico, di modo che le relative misure determinino «degradazione giuridica» e «menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione dell'*habeas corpus*»;
- generalmente, il suo significato implica che le relative misure restrittive, anche se disposte dalla pubblica amministrazione, abbiano carattere coercitivo diretto, non soltanto indiretto o obbligatorio (cfr., tra le pronunce più recenti e caratterizzate da apprezzabile sistematicità, 31 maggio 1995, n. 210, 12 giugno 1996, n. 194, 22 marzo - 10 aprile 2001, n. 105, 20 dicembre 2017, n. 275, 20 dicembre 2019, n. 280).

Al di là di questi aspetti di massima, credo la specifica tematica rimanga comunque aperta, perché le risoluzioni delle numerose questioni restituite, sul punto, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale non di rado appaiono tra loro non del tutto coerenti, così come non lo appaiono con altri principi più volte affermati dalla stessa Consulta: ad esempio, rispetto al carattere coercitivo diretto, cui ho appena accennato, non riesco a cogliere, anche a fronte dell'art. 5, comma 1, del t.u.l.p.s., come esso possa conciliarsi con la ripetuta affermazione per cui il «provvedimento amministrativo di natura autoritativa […], in quanto tale, è assistito, in base ai principi generali che regolano l'azione amministrativa, dal carattere della esecutorietà […] che […] consiste nel potere-dovere degli organi amministrativi di dare esecuzione ai provvedimenti da essi stessi emanati» (così, tra le altre, 11 - 15 luglio 1991, n. 345; per le vicende legate al Covid-19 cfr. *infra*).

4. *Potere amministrativo e diritti fondamentali non coperti da riserve di giurisdizione*

«Certezza possibile»: al di fuori di quelli coperti dalle riserve di giurisdizione, il potere amministrativo può – salvi i suoi limiti esterni previsti dalle singole disposizioni costituzionali, sui quali mi soffermo in questo paragrafo, e salvo il suo limite interno rappresentato dal principio

di legalità, sul quale mi soffermo nel paragrafo successivo – incidere su qualsivoglia altro diritto espressamente denominato dalla Costituzione come fondamentale, o considerato tale dalla dottrina o dalla giurisprudenza.

Premetto che, a mio avviso, a ciò non ostano le riserve assolute di legge, neanche se rinforzate.

Esse, infatti, operano con riferimento esclusivo al sistema delle fonti di produzione del diritto e, se rinforzate, ai loro contenuti, ma non implicano che, nelle materie da esse coperte, sia escluso *a priori* l'intervento del potere amministrativo (ad eccezione di quello contingibile e urgente, sul quale cfr. *infra*, e, semmai, di quello regolamentare, ma da intendersi in senso rigorosamente 'normativo', cioè, per l'appunto, come fonte di produzione del diritto, con i suoi tradizionali caratteri della generalità, della astrattezza, della innovatività, ecc., ai sensi degli artt. 87, comma 5, e 117, comma 6, Cost.).

Ad ogni modo, rispetto ai diritti fondamentali non coperti da riserve di giurisdizione, non ricorrono, né negli artt. 16 e ss. Cost., né in altre disposizioni costituzionali, riserve assolute di legge. A parte, naturalmente, alcune disposizioni di carattere penalistico o processuale (artt. 24, 25, 27 e 101 e ss. Cost.) e alcune disposizioni che disciplinano aspetti organizzativi e funzionali degli organi costituzionali o di rilievo costituzionale. Ma tali evenienze riguardano, per l'appunto, poteri e ordini diversi rispetto a quello rappresentato dal plesso Governo - pubblica amministrazione.

Per tali ragioni, mi ha lasciato perplesso il parere di Cons. St., Sez. I, ad. 28 aprile 2021, n. 850. Esso, infatti, ha – sì – pregevolmente argomentato la piena legittimità, sul piano delle fonti del diritto e dei poteri amministrativi, del sistema delineato dal d.l. n. 19 del 2020 per contrastare il Covid-19 (decreto legge, poi convertito, e d.P.C.M.). Ma, al contempo, ha ritenuto di dover precisare e ribadire più volte che «la seguente disamina considera, in accordo con il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, esclusivamente i profili di costituzionalità del meccanismo normativo e amministrativo qui contestato relativi alle limitazioni dei diritti al lavoro e alla libera iniziativa economica privata […], ma non anche altri e diversi profili, che qui non vengono in rilievo, concernenti il rapporto delle contestate misure limitative con altre libertà personali coperte da riserva assoluta di legge». Invero, al di là della «libertà personale», di cui all'art. 13 Cost., non riesco a cogliere quali possano essere queste «altre libertà personali coperte da riserva assoluta di legge». Comunque, il limite esterno al potere amministrativo non è rappresentato da queste ultime, bensì dalle riserve di giurisdizione.

Ciò fermo, penso che sia corretto procedere, in primo luogo, ad una analisi che si soffermi sui limiti esterni al potere amministrativo previsti delle

singole disposizioni costituzionali che concernono i diritti espressamente contemplati come fondamentali o ritenuti tali: rispetto alle fattispecie più significative, credo di poter osservare – in estrema sintesi – quanto segue.

Il potere amministrativo può incidere sul diritto di libera circolazione dei cittadini nel territorio nazionale, ai sensi dell'art. 16, comma 1, Cost., ma purché la legge attributiva di esso lo stabilisca «in via generale» (cfr. *infra*), soltanto per «motivi di sanità o di sicurezza» e giammai per «ragioni politiche», nonché, ai sensi del comma 2 dell'art. 16 Cost., in forza di (non ulteriormente precisati) «obblighi di legge», sul diritto dei cittadini di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi (cfr., al riguardo, gli artt. 1 e ss. della l. n. 1185 del 1967 e, in particolare, gli artt. 3, 5, lett. a), 9, 10 e 12) (per le vicende legate al Covid-19 cfr. *infra*).

Il potere amministrativo può incidere sul diritto di riunione, ai sensi dell'art. 17, comma 3, Cost., ma soltanto se si tratti di «riunioni in luogo pubblico» e soltanto per «comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica» (cfr. *infra*).

Il potere amministrativo può incidere sul diritto di associazione, ai sensi dell'art. 18, comma 2, Cost., ma soltanto in caso di «associazioni segrete» e di associazioni che «perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere criminale» [cfr., al riguardo, gli artt. 3, commi 1 e 2, 4 (quest'ultimo almeno con riferimento ai dipendenti pubblici in regime di diritto pubblico) e 5 della l. n. 17 del 1982];

Il potere amministrativo può incidere sulle libertà di religione previste dall'art. 19 Cost., ma soltanto qualora l'esercizio di tali libertà si risolva in «riti contrari al buon costume».

A muovere dalla sentenza 18 marzo 1957, n. 45, la Corte costituzionale, sia pur dichiarando la illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 19 Cost., dell'art. 25, comma 1, del t.u.l.p.s., nella parte in cui prevede(va) l'obbligo di dare preavviso al Questore delle funzioni, delle cerimonie o delle pratiche religiose in luoghi aperti al pubblico, ha precisato che:

- «[c]irca le riunioni a carattere religioso, si deve rilevare che dall'art. 8 Cost., primo comma, e dall'art. 19 Cost. è sancita la piena libertà nell'esercizio del culto per tutte le confessioni religiose; ma quando l'esercizio del culto ha luogo in forma associata, tali norme devono ritenersi con l'art. 17 in un rapporto evidente di coordinazione, nel senso che le riunioni a carattere religioso non si sottraggono alla disciplina generale di tutte le riunioni, per quanto riguarda la libertà delle riunioni stesse e i limiti cui essa, nel superiore interesse della convivenza sociale, è sottoposta»;

- «[i]l trasgredire alla limitazione sancita dall'art. 19 Cost. potrà costituire un illecito giuridico, anche penale; e in tal caso il divieto sarà garantito dalla corrispondente sanzione; ma, al di fuori di questa ipotesi, l'attività di prevenzione della polizia, se ed in quanto importi una restrizione della sfera giuridica del cittadino, in ordine ai suoi possibili futuri comportamenti, potrà esercitarsi soltanto nei casi e nei modi espressamente indicati dalla legge».

Quindi, a queste rigorose condizioni, il potere amministrativo «potrà esercitarsi»: mi sembra non inopportuno rammentare che l'art. 18 del t.u.l.p.s., a seguito della sentenza della Corte costituzionale 31 marzo - 8 aprile 1958, n. 27, dispone, ai commi 1 e 4, che «I promotori di una riunione in luogo pubblico […] devono darne avviso, almeno tre giorni prima, al Questore» e che quest'ultimo, «nel caso di omesso avviso ovvero per ragioni di ordine pubblico, di moralità o di sanità pubblica, può impedire che la riunione abbia luogo e può, per le stesse ragioni, prescrivere modalità di tempo e di luogo alla riunione».

Il potere amministrativo può incidere sul diritto di manifestazione del pensiero, ma soltanto negli angusti limiti previsti dall'art. 21, comma 6, Cost.: esso, infatti, dopo aver premesso che «Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume», impone alla legge di stabilire provvedimenti adeguati non soltanto a «reprimere le violazioni», ma anche a «prevenire» le medesime (ad oggi può rinviarsi, fondamentalmente, al d.lgs. n. 203 del 2017, nonché all'attuale formulazione, da esso introdotta, dell'art. 134, comma 1, lett. e), cod. proc. amm.).

Il potere amministrativo può incidere sui diritti riconosciuti dall'art. 22 Cost., ma con il limite dei «motivi politici»: possiamo pensare, rispetto alla 'revoca' o alla 'perdita' della cittadinanza italiana, rispettivamente, agli artt. 10-*bis* e 12 della l. n. 91 del 1992.

Il potere amministrativo può incidere sull'estradizione del cittadino, ma con il limite dei «reati politici»: cfr. gli artt. 697 e ss. cod. proc. pen. Di recente, sulla così detta 'doppia valutazione', del giudice ordinario e del Ministro della giustizia, nonché sulla tutela giurisdizionale, rispetto alla seconda, innanzi al giudice amministrativo, cfr. Cons. St., Sez. IV, 15 maggio 2020, n. 3100.

Il potere amministrativo può incidere sul diritto alla salute: quest'ultima, infatti, è tutelata, dall'art. 32, comma 1, Cost., non soltanto come «fondamentale diritto dell'individuo», ma anche – pariteticamente – come «interesse della collettività».

La Repubblica, inoltre, deve «garanti[re] cure gratuite agli indigenti»:

tale compito, per sua stessa natura, non può che essere rimesso, in via diretta o indiretta, alla pubblica amministrazione.

Infine, fermo il carattere pacificamente relativo della riserva di legge prevista dal comma 2 dell'art. 32 Cost., e fermo il limite, che incombe in primo luogo sulla «legge» stessa, del «rispetto della persona umana», il potere amministrativo può incidere sul diritto alla salute per quanto concerne i trattamenti sanitari obbligatori.

Anche con riferimento all'art. 32 Cost., credo sia opportuno rammentare che esso – in sé e per sé – non fa divieto al legislatore, nell'esercizio di una sua ragionevole e proporzionata discrezionalità, di coinvolgere l'autorità giudiziaria ai fini di un maggiore controllo (inteso, questo termine, in senso lato) sul legittimo esercizio del potere amministrativo. Ma, per converso, neanche glielo impone.

Mi sembra paradigmatica, sotto questo così delicato profilo, la disciplina di rango primario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari obbligatori, di cui agli artt. 33 e ss. della l. n. 833 del 1978. Essi, infatti, sono tutti disposti con provvedimento del Sindaco, nella sua qualità di autorità sanitaria, su proposta motivata di un medico (art. 33, comma 2). Soltanto per quelli «in condizioni di degenza ospedaliera per malattia mentale» è prevista la convalida da parte del giudice tutelare (art. 35, commi 1 e ss.).

Peraltro, permangono, a prescindere dal loro controverso rapporto con la normativa primaria intervenuta per contrastare il Covid-19, i poteri di ordinanza contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica, che i commi 1 e 3 dell'art. 32 della stessa legge intestano, rispettivamente, al Ministro della salute, ai Presidenti delle Giunte regionali e ai Sindaci.

Al di là di ciò, la circostanza per cui il potere amministrativo possa incidere, sempre salvo i limiti esterni previsti dalle singole disposizioni costituzionali e sempre salvo limite interno rappresentato dal principio di legalità, su altri diritti previsti dalla Costituzione, quand'anche dovessero essere considerati fondamentali, mi sembra che possa ritenersi palese e di normale e comune esperienza.

Possiamo pensare, ad esempio, al diritto di sciopero (art. 40 Cost.) e ai poteri amministrativi previsti dagli artt. 8 e ss. della l. n. 146 del 1990, al così detto 'diritto alla casa' (art. 47, comma 2, Cost.) e ai poteri amministrativi previsti dalla l. n. 179 del 1992 e ora, soprattutto, dalle leggi regionali in materia di edilizia residenziale pubblica e di assegnazione delle case alle persone; allo stesso diritto di elettorato attivo (art. 48, comma 4, Cost.) e ai poteri amministrativi previsti gli artt. 8, comma 4, e 11, comma 5, del d.lgs. n. 235 del 2012 (rispetto a quest'ultima disposizione, peraltro, Cons. St., Sez. III, 6 luglio 2020, n. 4340, nel richiamare la copiosa

giurisprudenza della Corte costituzionale al riguardo, ha riconosciuto carattere costitutivo, non dichiarativo, al provvedimento prefettizio ivi contemplato); ecc.

Vi è, infine, la disposizione, in qualche modo 'di chiusura', dell'art. 23 Cost., che prevede una riserva di legge soltanto relativa, e non rinforzata, per le prestazioni personali e patrimoniali imposte (ma cfr. *infra*).

5. *Potere amministrativo, diritti fondamentali e principio di legalità*

«Certezza possibile», direi quasi una cosa ovvia, che, peraltro, sembrerebbe essere stata obliterata, recentemente, da parte di alcuni (cfr. *infra*): il potere amministrativo che incida su una qualsivoglia situazione giuridica soggettiva, e a maggior ragione sui diritti fondamentali, soggiace – *recte*: deve soggiacere – al principio di legalità, nella sua declinazione più conformativa di legalità-sostanziale. Ciò vale sia per i poteri amministrativi ordinari, sia, seppur con talune attenuazioni, per i poteri amministrativi contingibili e urgenti.

Penso, peraltro, che, qualora si voglia essere conseguenti con le parole di Giampaolo Rossi, che ho sempre condiviso, secondo cui «[l]'organizzazione è […] coessenziale alla cura degli interessi a soddisfazione necessaria e senza di essa non c'è protezione dell'interesse, non si realizzano i presupposti affinché un interesse possa essere considerato diritto», occorra rivendicare, a fronte delle sempre più frequenti tendenze lassiste, una valenza assai più pregnante del principio di legalità anche per i poteri organizzatori.

A questo riguardo, tra i sin troppi esempi, mi lascia perplesso la circostanza per cui la «organizzazione» e il «funzionamento» delle Ausl «sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato», sia pure nell'ambito della cornice normativa delineata dal legislatore statale e da quello regionale (art. 3, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 502 del 1992).

In relazione a questo «atto», infatti, che pure è capace di impattare enormemente sul diritto alla salute delle persone, non sussiste una tutela giurisdizionale che possa dirsi degna del nome. Il suo grado di giuridicizzazione, proprio perché «aziendale» e «di diritto privato», è quello della mera liceità civile, non quello della legittimità amministrativa, tanto è vero che esso, secondo i più, non sarebbe impugnabile davanti al giudice amministrativo, e non sarebbe, quindi, sindacabile per eccesso di potere. Il quale ultimo, nonostante talune opinioni in senso contrario,

rappresenta, a fronte del potere, una tecnica di tutela incomparabilmente superiore rispetto a quella della buona fede e della correttezza. Credo di poter pensare che ciò sia noto a tutti coloro i quali abbiano un una qualche consuetudine anche 'pratica' del diritto amministrativo.

Per il resto, su come debba intendersi, oggi, il principio di legalità-sostanziale, con riferimento ai poteri amministrativi ordinari, mi sembra che vi sia sufficiente convergenza di vedute: il potere deve essere attribuito da una fonte abilitata, cioè di rango normativo primario, deve essere funzionalizzato, anche in termini di doverosità, alla cura in concreto di interessi pubblici, i presupposti per il suo esercizio devono essere sufficientemente individuati dalla fonte attribuita, deve essere nominato, tipico, ecc.

Così come mi sembra che vi sia sufficiente convergenza di vedute su come debba intendersi il principio di legalità-sostanziale rispetto ai poteri amministrativi contingibili e urgenti: questi ultimi non possono porsi in contrasto con i principi generali dell'ordinamento giuridico e con i principi fondamentali della Costituzione (anche se non è del tutto chiaro quali essi siano); in linea di massima, non possono incidere in materie coperte da riserve assolute di legge; il loro esercizio deve essere adeguatamente motivato e adeguatamente pubblicizzato; devono avere una efficacia limitata nel tempo (cioè, per l'appunto, al protrarsi dell'urgenza e dell'emergenza); vi si può ricorrere soltanto in via residuale, nel senso che non possono essere esercitati se, per fronteggiare adeguatamente la situazione pur contingibile e urgente, le competenti pubbliche amministrazioni siano già dotate di poteri ordinari; ecc.

Ciò fermo, neppure il principio di legalità-sostanziale può essere assunto, come talvolta si pretende, in termini assoluti.

A parte la dottrina, dalla più recente giurisprudenza costituzionale, che riferisce il principio in questione non soltanto ai poteri amministrativi contingibili e urgenti, ma, più in generale, ad «ogni conferimento di poteri amministrativi», emerge che, se è certo che il principio di legalità-sostanziale osta a una «assoluta indeterminatezza» del potere attribuito dalla legge alle pubbliche amministrazioni, ancorché vincolato in termini finalistici, la sua disciplina legislativa sostanziale (in ordine ai presupposti, agli oggetti, ai contenuti, agli effetti, ecc.) può essere «elastica» e «anche non dettagliata» (così la nota Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115; ma cfr., più di recente, in senso adesivo, Corte cost., 24 luglio 2019, n. 195).

Mi pare, questo, un modo assennato e realistico di ragionare.

La giuridicizzazione del potere, infatti, avviene non soltanto attraverso

la previsione, da parte della legge intesa come formale fonte del diritto, di ogni suo minuto elemento: ciò che determinerebbe la impossibilità di amministrare.

Ma anche, nelle molteplici e sempre differenti evenienze di tutti i giorni, in forza di numerosi altri «principi come fonte normativa», secondo le parole, che condivido, di Giampaolo Rossi, i quali ultimi vengono applicati dalla giurisprudenza al fine di giuridicizzare in maniera comunque sufficiente, nei singoli casi concreti, lo stesso potere amministrativo: imparzialità, buon andamento, interpretazioni costituzionalmente orientate, ragionevolezza, proporzionalità, ecc. (cfr., ad esempio, per la risoluzione di una controversia attraverso un piano «ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico in tema di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, il cui consolidato radicamento nel tessuto dell'ordinamento giuridico costituisce uno dei principali meriti storici della scienza di diritto amministrativo», proprio a fronte di una «disciplina statale (così come quella dettata dalla specifica fonte regolamentare) [che] non contenga disposizioni riferite alla peculiare situazione», Cons. St., Sez. VI, 19 dicembre 2018, n. 7155).

Ho alluso, poco sopra, ad una obliterazione. Essa riguarda le vicende del principio di legalità-sostanziale nell'ambito del sistema delineato dal d.l. n. 19 del 2020 per cercare di contrastare il Covid-19. Penso valga la pena soffermarsi brevemente su di esse, perché trascendono l'emergenza determinata dalla pandemia.

Al riguardo, senza voler e poter entrare nel merito politico delle decisioni che sono state assunte dal Governo e dal Parlamento, sento di condividere il pensiero di Giampaolo Rossi: «Alcuni giuristi hanno accusato il Governo di aver sovvertito il sistema delle fonti, utilizzando uno strumento tipicamente amministrativo – quale, per l'appunto, il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri – per apportare limitazioni ai diritti costituzionali, mentre sarebbe stata necessaria una legge. È tuttavia agevole obiettare che è stata la stessa fonte legislativa (decreto-legge convertito in legge) ad autorizzare espressamente che le misure limitative di cui si è detto, già individuate nel loro contenuto dalla norma primaria, fossero concretamente adottate con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. Senza peraltro dimenticare che avverso questi atti è possibile proporre ricorso al giudice amministrativo al fine di far accertare la loro eventuale illegittimità per violazione della fonte di rango primario o degli altri principi fondamentali che presiedono all'esercizio dell'attività amministrativa in un ordinamento democratico».

In sede politica deve aver prevalso, però, l'opinione di «Alcuni giuristi», forse anche sulla scorta di una certa giurisprudenza ordinaria: «[D]eve ritenersi condivisibile autorevole dottrina costituzionale (S. Cassese) secondo cui la previsione di norme generali e astratte, peraltro limitative di fondamentali diritti costituzionali, mediante Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sia contraria alla Costituzione. // [N]on può neppure condividersi l'estremo tentativo dei sostenitori, ad ogni costo, della conformità a Costituzione dell'obbligo di permanenza domiciliare sulla base della considerazione che il DPCM sarebbe conforme a Costituzione, in quanto prevederebbe delle legittime limitazioni della libertà di circolazione *ex* art. 16 Cost. e non della libertà personale. // Infatti, come ha chiarito la Corte Costituzionale la libertà di circolazione riguarda i limiti di accesso a determinati luoghi, come ad esempio, l'affermato divieto di accedere ad alcune zone, circoscritte che sarebbero infette, ma giammai può comportare un obbligo di permanenza domiciliare (Corte Cost., n. 68 del 1964)». Così la sentenza del Giudice di pace di Frosinone 15 - 29 luglio 2020, n. 516, dichiaratamente condivisa, tra gli altri, dal Tribunale civile di Roma, Sez. VI, ord. 16 dicembre 2020, dal Giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale di Reggio Emilia, sentenza 27 gennaio 2021, n. 54, passata in giudicato, e dal Tribunale penale di Pisa, sentenza 17 marzo 2021, n. 419.

Potrebbe trattarsi di quelle che Giampaolo Rossi chiama «certezze», magari derivate da «mega-concetti», che – a mio avviso – sempre più spesso, specialmente di recente, involgono proprio i diritti fondamentali. Se non altro perché nella menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 1964, che a sua volta richiama le note pronunce della stessa Consulta 14 giugno 1956, n. 2 e 19 giugno 1956, n. 11, possiamo leggere – per ciò che qui interessa – quanto segue: «La conclusione è che la formula 'stabilisce in via generale' altro non è che una particolare e solenne riaffermazione del principio posto nell'art. 3 della Costituzione, come lo è nell'art. 21, ultimo comma, della stessa Costituzione. […] In vista della particolare delicatezza di questi provvedimenti che i costituenti non dubitarono che fossero di competenza della autorità amministrativa, non fa meraviglia che si sia sentita la opportunità di ribadire un canone che la Costituzione enuncia come uno dei suoi principi fondamentali. […] Escluso che la limitazione dei diritti riconosciuti con l'art. 16 fosse da considerarsi restrizione della libertà personale ai sensi dell'art. 13, la Corte ha più volte ripetuto che non è necessario l'intervento del giudice. […] [I] motivi di sanità e di sicurezza possono anche derivare, e più frequentemente derivano, da esigenze che si riferiscono a casi individuali, accertabili dietro valutazioni di carattere

personale. Si pensi alla necessità di isolare individui affetti da malattie contagiose o alla necessità di prevenire i pericoli che singoli individui possono produrre rispetto alla sicurezza pubblica».

Penso, dunque, che la così detta «permanenza domiciliare», prevista dal sistema del d.l. n. 19 del 2020 (art. 1, comma 2, lett. a), attuata in termini concreti da vari d.P.C.M. che si sono susseguiti durante alcune fasi della pandemia, e che comunque ha consentito alle persone «spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni», non abbia inciso sulla «libertà personale», nel senso dell'art. 13 Cost.

Ma l'aspetto che più mi preme evidenziare è che, con il successivo sistema 'legalistico', cioè quello delle misure restrittive imposte direttamente dai decreti legge per combattere la pandemia, si assiste, per esempio, a questo:

- Tar Lazio, Roma, Sez. I, 9 agosto 2021, n. 9343, che pure ha dichiarato illegittimo, ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., il d.P.C.M. del 14 gennaio 2021, nella specifica parte in cui obbliga(va) gli studenti ad indossare le mascherine a scuola anche in situazione di staticità al banco e nel rispetto delle distanze previste dalla normativa emergenziale, ha, per contro, pianamente rilevato, con riferimento al d.P.C.M. del 2 marzo 2021, che pure prevede(va) misure fondamentalmente identiche, che «la Sezione ha già ripetutamente evidenziato l'effetto di formale legificazione delle misure in contestazione […] e, dunque, la loro non sindacabilità trattandosi di atti non amministrativi»;
- Tar Lazio, Roma, Sez. I, dec. 24 agosto 2021, n. 4453, a fronte della impugnazione diretta dell'art. 1, comma 6, del d.l. n. 111 del 2021, che impone, dal 1° settembre 2021, al personale scolastico e universitario, nonché agli studenti universitari, di possedere e di esibire la certificazione verde dal Covid-19, ha pianamente rilevato che «la natura dell'atto impugnato, ascrivibile al novero delle fonti normative primarie, determina l'inammissibilità del ricorso, non consentendo l'ordinamento – in virtù del principio di separazione dei poteri – l'impugnazione diretta di atti aventi forza di legge, ed essendo il processo amministrativo volto unicamente alla contestazione di atti amministrativi, ivi inclusi quelli generali aventi natura normativa di carattere secondario», precisando, naturalmente, che «avverso eventuali successivi atti con i quali viene data applicazione alle

contestate previsioni normative, lesive delle posizioni dei privati, è sempre ammessa la tutela giurisdizionale, anche cautelare» (in senso fondamentalmente analogo cfr., da ultimo, Cons. St., Sez. III, ord. 17 settembre 2021, n. 5130).

Ad ogni modo, durante la correzione delle seconde bozze del presente contributo, è stato pubblicato sul sito *web* istituzionale della Consulta il *Comunicato* del 23 settembre 2021, così intitolato: «Emergenza Covid e d.P.C.M.: non c'è stata alcuna delega di funzione legislativa al Presidente del Consiglio».

6. *Il potere amministrativo come presupposto potenzialmente – ma fisiologicamente – necessario per la coesistenza, oltre che per l'esistenza, dei diritti fondamentali*

«Certezza possibile»: ferme le riserve di giurisdizione, e fermo il principio di legalità-sostanziale, i diritti fondamentali, che fisiologicamente possono porsi in 'contrapposizione' gli uni rispetto gli altri, possono necessitare, proprio per poter coesistere, oltre che per poter esistere (cfr. *supra*), del potere amministrativo.

A tale riguardo, credo che sia sufficiente riportare due significativi passaggi della sentenza della Corte costituzionale 9 maggio 2013, n. 85, concernente le misure introdotte dagli artt. 1 e 3 del d.l. n. 207 del 2012 rispetto alla vicenda dell'Ilva (o *ex* Ilva) di Taranto (e per nulla smentite, ma anzi confermate, dalla successiva sentenza 23 marzo 2018, n. 58):

- «La *ratio* della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.) […] e al lavoro (art. 4 Cost.) […]. // Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. […]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»;
- «Lo schema generale della norma censurata prevede […] la combinazione tra un atto amministrativo […] ed una previsione legislativa, che assume come punto di partenza il nuovo equilibrio

> tra produzione e ambiente delineato nell'AIA riesaminata. […] // Lo stesso atto, peraltro, non può essere contestato nel merito delle scelte compiute dalle amministrazioni competenti, che non possono essere sostituite da altre nella valutazione discrezionale delle misure idonee a tutelare l'ambiente ed a prevenire futuri inquinamenti, quando l'esercizio di tale discrezionalità non trasmodi in un vizio denunciabile nelle sedi giurisdizionali competenti. […] // È appena il caso di aggiungere che non rientra nelle attribuzioni del giudice una sorta di 'riesame del riesame' circa il merito dell'AIA, sul presupposto […] che le prescrizioni dettate dall'autorità competente siano insufficienti e sicuramente inefficaci nel futuro».

Mi pare che la giurisprudenza della Corte costituzionale sia – così come, in realtà, è sempre stata – chiara ed inequivoca: fermo il proporzionato e ragionevole bilanciamento dei diritti fondamentali che deve essere operato, in termini astratti, dal legislatore, è proprio il potere amministrativo (nella fattispecie: quello autorizzatorio, con prescrizioni, ma anche quello di vigilanza, quello sanzionatorio, ecc.) lo strumento tecnico-giuridico attraverso il quale, innanzitutto e per lo più, il bilanciamento medesimo può e deve realizzarsi in termini concreti.

Condivido, sotto questo profilo cruciale, le parole rivolte da Filippo Patroni Griffi a Giampaolo Rossi: «Bisogna […] sottolineare la doverosità del potere nel contesto di una organizzazione pubblica che dà la misura concreta ed effettiva dei diritti; anche dei cd. diritti assoluti o incomprimibili che, se si ragiona al di fuori di ogni astrazione paraideologica, sono influenzati, ma al tempo stesso doverosamente influenzano, anzi informano (e conformano), l'esercizio di un potere doveroso. // Se il potere è doveroso e al servizio della collettività, ne consegue che la latitudine del perimetro dell'organizzazione pubblica e del potere non è un 'male necessario', ma semmai un 'bene necessario' nella misura in cui serve 'doverosamente' a soddisfare concretamente i diritti».

7. *Potere amministrativo e diritti fondamentali alla luce della «riconsiderazione della nozione di diritto soggettivo» di Giampaolo Rossi e della Sua prospettiva del «carattere relazionale delle situazioni giuridiche soggettive»*

Provo, adesso, a raffrontare le «certezze possibili», che ho cercato di individuare, con quelli che ritengo che siano, tra i più recenti, i due

maggiori approdi delle riflessioni scientifiche di Giampaolo Rossi: la «riconsiderazione della nozione di diritto soggettivo» e il «carattere relazionale delle situazioni giuridiche soggettive». Questioni che lo stesso Giampaolo Rossi affronta in un paragrafo del capitolo ultimo dei Suoi *Principi*, intitolato a «Le situazioni giuridiche soggettive e le tutele». Dunque, ciò è assai significativo, soltanto dopo aver trattato delle fonti e dei principi del diritto amministrativo, dell'organizzazione amministrativa e dell'attività amministrativa.

«Non esistono diritti soggettivi assoluti. Le situazioni giuridiche soggettive sono tutte 'relazionali', implicano altre persone, con proprie situazioni giuridiche soggettive inverse o omogenee o complementari».

Mi pare, se ho colto correttamente il Suo pensiero, che ciò sia così:

- sia per le situazioni giuridiche soggettive di diritto privato, in sé e per sé considerate: «il diritto del soggetto proprietario di un terreno convive con i diritti del coniuge e dei figli, con il diritto di un istituto di credito che abbia effettuato un prestito con ipoteca, con eventuali diritti di servitù, con diritti di altri di transitarvi e cacciare»; «il diritto alla permanenza del vincolo matrimoniale convive con il diritto allo scioglimento del quale è titolare il coniuge»;
- sia per le situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico, in sé e per sé considerate: «giuridicizzazione del pubblico potere»; «soddisfazione degli interessi a protezione necessaria»;
- sia per le plausibili sintesi delle une con le altre: «Ogni situazione giuridica soggettiva ha carattere prismatico».

Questo, a mio avviso, non significa indulgere ad un rassegnato relativismo, ma, ben diversamente, cercare di acquisire qualche maggiore consapevolezza di quella che, al di là di enfatici quanto sterili proclami, può essere la «verità effettuale» dell'ordinamento giuridico: «[l]a gradazione che l'assetto ordinamentale dà a ciascuna [situazione giuridica soggettiva] deriva dalla gradazione qualitativa e quantitativa delle relazioni con altri soggetti».

In maniera conseguente, Giampaolo Rossi argomenta nel senso per cui «[è] allora preferibile dare del diritto soggettivo una definizione meno legata a concezioni soggettivistiche e definirlo, quindi, tornando a Jhering, semplicemente come un interesse protetto».

Poiché «[d]alla dimensione relazionale delle situazioni giuridiche soggettive non è escluso l'interesse legittimo», Egli definisce quest'ultimo come il «profilo della situazione giuridica soggettiva che si relaziona a un potere».

Credo di poter pensare che, in questo modo, Giampaolo Rossi abbia

ascritto l'interesse legittimo alla teoria generale del diritto, planando con leggerezza sulle annose e micidiali questioni nominalistiche che da sempre lo attanagliano, e che ne hanno umiliato l'*ubi consistam*: ogniqualvolta l'ordinamento giuridico riconosce, in una qualsivoglia maniera, un interesse sostanziale, e ogniqualvolta pone, in relazione ad esso, un potere giuridicizzato, la tutela del primo non può logicamente concepirsi in altro modo che non sia il diritto a che il potere medesimo venga esercitato in maniera legittima, del tutto indipendentemente dalle possibili diverse tecniche di tutela (costitutive, risarcitorie, ecc.) e dalle loro possibili differenti gradazioni.

Ciò vale non soltanto per il potere amministrativo, ma per ogni altro potere.

Anche il potere legislativo, che naturalmente può incidere sui diritti riconosciuti dalla Costituzione, deve essere esercitato in maniera legittima, cioè in conformità, quanto meno, alla Costituzione stessa, anche in termini finalistici, e, qualora venga esercitato in maniera illegittima, è possibile invocare, in via diretta o incidentale, la tutela 'costitutiva' della Corte costituzionale, ma in talune fattispecie la tecnica di tutela può essere anche di tipo risarcitorio o indennitario (cfr., ad esempio, l'art. 1, comma 1, della l. n. 210 del 1992).

Anche i poteri privati – che pure possono incidere su diritti riconosciuti dalla Costituzione (pensiamo al diritto al lavoro a fronte del licenziamento), ed ancorché la loro fonte attributiva sia sempre, direttamente o indirettamente, da ravvisare in pregresse fattispecie consensuali (a parte sparute e dubbie eccezioni che confermano la regola) – devono essere esercitati in maniera lecita e, qualora risultino in qualche modo funzionalizzati a 'superiori' interessi privati (pensiamo alle organizzazioni private), in maniera legittima. Sempre al di là delle funeste declaratorie, i così detti interessi legittimi di diritto privato, che consistono, per l'appunto, nel 'diritto' a che i poteri privati vengano esercitati in maniera lecita e/o legittima, sovvengono ogniqualvolta esista un potere privato giuridicizzato (oltre alla nota dottrina in materia, cfr., di recente, sia pure in un ordine concettuale alquanto discutibile, Cass., Sez. Lav., 20 novembre 2019, n. 30235). Anche in questi casi, la tutela può essere risarcitoria e/o costitutiva, ecc.

Un analogo ordine di idee potrebbe estendersi forse al 'potere' giudiziario, l'unico che può incidere sulle riserve di giurisdizione. Ma la giurisdizione, a ben vedere, salvo ipotesi eccezionali (ad esempio, taluni istituti di volontaria giurisdizione), e salva la figura, non a caso 'ibrida', del

pubblico ministero, non si svolge attraverso l'esercizio di poteri in senso tecnico-giuridico, ché la sua funzione dovrebbe essere quella, per l'appunto, dello *ius dicere*, al precipuo ed esclusivo fine di dirimere controversie e/o di ripristinare l'ordine giuridico violato. Chissà se è proprio per questo che i Costituenti hanno denominato la magistratura come «ordine», e non come «potere» (art. 104, comma 1, Cost.)? Rimane il fatto, comunque, che, qualora la funzione giurisdizionale venga esercitata in maniera 'illegittima' o 'illecita', possono astrattamente sovvenire diversi strumenti – peraltro, a mio avviso, inadeguati e forse neppure del tutto conformi alla Costituzione (art. 28 Cost.) – di tutela risarcitoria dei soggetti lesi nei confronti dello Stato (ad esempio, l. n. 117 del 1988, l. n. 89 del 2001, ecc.).

Voler negare questo significa voler negare il potere in sé e per sé. Ma, se ci si lascia andare a tali vagheggi, il discorso non è (più) – a mio avviso – un discorso giuridico, come giustamente biasima Giampaolo Rossi: «negli ultimi tempi la contestazione del potere è diventata lo sport principale della dottrina che giunge a rifiutare qualsiasi unilateralità, dovendosi tutto ricondurre al 'rapporto' e al consenso». Il discorso diviene, per l'appunto, 'sportivo'… Comunque, distonico rispetto alla Costituzione, che espressamente riconosce il potere, anche amministrativo: tra gli altri, art. 134 Cost.

Peraltro, gli interessi legittimi che si relazionano con il potere amministrativo rappresentano quelli che, rispetto agli altri interessi legittimi, ricevono, di norma, una tutela più intensa e più estesa. Ciò dipende dalla circostanza per cui il potere amministrativo è giuridicizzato e vincolato nel fine in misura, quantitativa e qualitativa, incomparabilmente superiore rispetto al potere legislativo e al potere privato.

Penso di poter azzardare una conclusione 'provvisoria': ferme le riserve di giurisdizione, fermi i limiti esterni al potere amministrativo, che le singole disposizioni della Costituzione prevedono con riferimento ai diritti fondamentali, e fermo il limite interno al potere amministrativo, incarnato dal principio di legalità-sostanziale, i diritti fondamentali si disvelano, in relazione al potere amministrativo, 'semplici' interessi legittimi, ovvero, per mutuare le parole di Giampaolo Rossi, 'semplici' interessi protetti, con differenti gradazioni di tutela.

8. *Potere amministrativo e diritti fondamentali: 'incertezza' sui profili relativi al riparto di giurisdizione*

Dalla conclusione 'provvisoria' cui sono giunto nel precedente paragrafo dovrebbe conseguire la adesione alle parole che Filippo Patroni Griffi ha rivolto a Giampaolo Rossi: «la visione relazionale di tutte le situazioni soggettive e l'ancoraggio ad essa della differente graduazione (non quantitativa, ma) qualitativa delle tutele possono fondare, già a Costituzione vigente, un criterio di riparto che individui il giudice amministrativo come giudice del potere pubblico, cioè il giudice della P.a. che agisca come autorità, a tutela degli interessi che sono alla base del bisogno concreto di tutela, e non di astratte configurazioni di diritti o interessi svincolate dalla correlazione con altre situazioni soggettive. È questo il senso di fondo della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004. Ed è anche il senso attuale del giudice amministrativo».

Invero, se consideriamo che:

a. il senso logico-giuridico, al di là delle relative vicende storiche, dei sistemi dualistici di giurisdizione, quale è quello italiano, risiede in ciò: che, almeno in linea di principio, alle diverse giurisdizioni vengano devolute controversie differenti;
b. le «materie» astrattamente devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sono «particolari», rispetto a quelle fisiologicamente attratte alla sua giurisdizione generale di legittimità, perché «devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità, […] esercitando il suo potere autoritativo» (Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, e poi 11 maggio 2006, n. 191);
c. «legittimamente [il legislatore] ha riconosciuto esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione» (Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, e poi 5 febbraio 2010, n. 35);

ne dovrebbe conseguire che il giudice naturale delle controversie tra potere amministrativo e diritti, anche fondamentali, cioè interessi legittimi, dovrebbe essere, almeno in linea di principio, il giudice amministrativo.

Ciò conferirebbe coerenza al sistema: al giudice civile le controversie di diritto privato; al giudice amministrativo le controversie di diritto pubblico. Salvo quelle eccezioni che sempre caratterizzano tutti i sistemi dualistici di giurisdizione. Ma di eccezioni, per l'appunto, dovrebbe trattarsi, riguardanti, essenzialmente, taluni istituti di così detta amministrazione pubblica del diritto privato.

Sennonché, in ordine al riparto di giurisdizione rispetto alle controversie tra potere amministrativo e diritti, anche fondamentali, cioè interessi legittimi, non vi sono, a mio avviso, «certezze possibili»: le ipotesi in cui, infatti, per un verso o per un altro, queste controversie risultano attratte alla giurisdizione del giudice civile, sono troppo numerose e troppo importanti per poter essere relegate a mere eccezioni ad un principio di segno opposto. Inoltre, non di rado tali ipotesi sono difficili da individuare *ex ante* (come dimostra l'eccessivo numero di pronunce continuamente emesse dalle Sezioni unite della Cassazione in qualità di giudice della giurisdizione).

Il caos – il governo del caso… – è fondamentalmente causato, al di là degli equivoci e delle ambiguità che hanno caratterizzato la nascita e l'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa (ma siamo nel 2021…), da due (almeno ai miei occhi da sempre percepite come) irriducibili insincerità, entrambe contenute nella Carta costituzionale: da un lato, la obliqua relazione tra l'art. 103, comma 1, e l'art. 113, comma 3 (si è detto, lo sappiamo, che soltanto la prima disposizione atterrebbe alla giurisdizione, mentre la seconda atterrebbe esclusivamente alle tecniche di tutela: ma ciò è così, lo sappiamo, solo in apparenza, e comunque non nei fatti); dall'altro, quella dell'art. 111, comma 8, Cost.

Ed è così che assistiamo, ancora oggi…, ad un proliferare continuo di controversie tra potere amministrativo e diritti, anche fondamentali, cioè interessi legittimi, delle quali conosce il giudice civile: o perché il legislatore le riserva ad una sorta di sua giurisdizione esclusiva, peraltro misconosciuta dalla Costituzione; oppure perché le Sezioni Unite della Cassazione, in qualità di giudice della giurisdizione, decidono che ciò… sia così, ma sulla scorta, in sostanza, di due criteri di riparto privi di giuridico fondamento.

Sotto il primo profilo, mi sembra sufficiente rinviare alle nutrite e rilevanti controversie elencate nei capi II e III del d.lgs. n. 150 del 2011.

Ma possiamo pensare, tra le cospicue altre, alle controversie concernenti i provvedimenti di espulsione prefettizia dello straniero ai sensi dell'art. 13, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998, rispetto alle quali il comma 8 stabilisce che «[a]vverso il decreto di espulsione può essere presentato ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria».

Al tempo stesso, però, ai sensi del successivo comma 11, «contro il decreto ministeriale di cui al comma 1», cioè quello con il quale il Ministro dell'interno dispone l'espulsione dello straniero per motivi di ordine o di sicurezza dello Stato, «la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo». Il quale, peraltro, non la rimette alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma ricomprende le relative controversie tra quelle attratte alla competenza territoriale funzionale del Tar del Lazio, Roma (art. 135, comma 1, lett. i), cod. proc. amm.).

Lo stesso è previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi di allontanamento dei cittadini europei e dei loro familiari, per motivi di sicurezza dello Stato, per motivi imperativi di pubblica sicurezza e per altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, adottati Ministro dell'interno o del Prefetto, ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 30 del 2007 (art. 135, comma 1, lett. l), cod. proc. amm).

Si impugnano davanti al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, i provvedimenti del Ministro dell'interno o, su sua delega, del Prefetto, che dispongono l'espulsione dello straniero per motivi di prevenzione del terrorismo, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 144 del 2005.

Per contro, la tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti del Questore che dispongono l'esecuzione dei predetti provvedimenti di espulsione o di allontanamento è rimessa, forse perché direttamente coercitiva, al giudice… di pace: il quale ultimo, peraltro, dovrebbe avere natura eminentemente 'conciliativa' (arg. *ex* artt. 13, comma 4, lett. a) e 14 del d.lgs. n. 286 del 1998 e *ex* art. 20, commi 11 e 12, del d.lgs. n. 30 del 2007).

Ma l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi, la maggioranza dei quali può incidere su diritti fondamentali, cioè su interessi legittimi, adottati ai sensi del d.lgs. n. 109 del 2007, in materia di prevenzione, contrasto e repressione del finanziamento del terrorismo e dell'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza nazionale, si propone davanti al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità e con competenza territoriale funzionale del Tar del Lazio, Roma (art. 135, comma 1, lett. m), cod. proc. amm.).

Penso che non vi sia un criterio, che il legislatore vada a caso. Né credo che sia sostenibile, come talvolta fa la giurisprudenza (cfr., ad esempio, Cass., Sez. II, ord. 2 dicembre 2020, n. 27532), che l'atto prefettizio di espulsione dello straniero, ai sensi dell'art. 13, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998, avrebbe natura vincolata (ma cfr. *infra*): la lett. c) di tale comma, infatti, si

riferisce allo straniero che «appartiene a taluna delle categorie indicate negli articoli 1, 4 e 16, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159».

Dal canto loro, le Sezioni unite della Cassazione, in qualità di giudice della giurisdizione, sembrano ancora rimanere ferme nell'assumere che, a fronte di atti amministrativi (ritenuti) vincolati non si porrebbero interessi legittimi, ma diritti soggettivi, sovente considerati fondamentali, e che vi sarebbero, inoltre, i diritti così detti indegradabili dal potere amministrativo, con conseguente giurisdizione, in entrambi casi, del giudice ordinario in ordine alle relative controversie (salve soltanto le eventuali ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo). Queste teoriche mi sono sempre sembrate prive di giuridico fondamento.

Rispetto a quella dei diritti così detti indegradabili, a parte il pressoché unanime superamento, quantomeno in dottrina, dello stesso presupposto da cui essa muove (cioè, l'interesse legittimo come 'degradazione' del diritto soggettivo), e a parte la sua negazione ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale (tra le altre, le due sentenze sull'Ilva o *ex* Ilva che ho richiamato sopra), il punto critico, a mio avviso insuperabile, risiede in ciò: poiché è questa stessa teorica a riconoscere che il potere amministrativo, che incide su diritti così detti indegradabili, sarebbe attribuito dalla legge, ancorché condannato a 'degradare' – esso sì – a mero antecedente fattuale innanzi al giudice ordinario, quest'ultimo, proprio per rinvenire giuridico fondamento della teorica medesima, dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale della legge attributiva del potere amministrativo che incida sul diritto asseritamente indegradabile, anziché… 'disapplicarla'. I giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.). Almeno ad essa, per l'appunto, dovrebbero soggiacere.

Rispetto agli atti amministrativi (ritenuti) vincolati, che non sarebbero espressione di potere amministrativo, perché si risolverebbero in meri adempimenti di obblighi o in mere esecuzioni di doveri, a seconda che gli stessi siano ad effetti favorevoli (o ampliativi) ovvero ad effetti sfavorevoli (o limitativi) delle sfere giuridiche soggettive dei propri destinatari, le quali ultime, pertanto, sarebbero sempre diritti soggettivi, può osservarsi, innanzitutto, che la giurisprudenza della Corte costituzionale è di segno opposto: nell'unica occasione in cui essa ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione, ha affermato che sarebbe un «postulato privo di qualsiasi fondamento» quello per cui «di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi, e, per converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi» (16 aprile 1998, n. 127).

Ciò fermo, il punto critico insuperabile, a mio avviso, è questo.

La legge riserva alla pubblica amministrazione, proprio attraverso l'adozione degli atti amministrativi (ritenuti) vincolati, la funzione di cognizione, di accertamento e di restituzione dei presupposti previsti dalla legge medesima ai fini della produzione in concreto degli effetti: se così non fosse, gli atti in questione non avrebbero ragione di esistere.

Con riferimento a quelli ampliativi, qualora i presupposti previsti dalla legge siano stati correttamente conosciuti, correttamente accertati e correttamente restituiti dalla pubblica amministrazione come non sussistenti, gli effetti non si producono (ad esempio: il rimborso, da parte del servizio sanitario nazionale, delle spese sostenute per talune tipologie di cure). Con riferimento a quelli limitativi, viceversa, gli effetti si producono (ad esempio: l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato), qualora i presupposti previsti dalla legge siano stati correttamente conosciuti, correttamente accertati e correttamente restituiti dalla pubblica amministrazione come sussistenti.

Ma ciò – e qui, credo, risieda l'equivoco – prescinde completamente dalla (ampia e intensa) gradazione della tutela giurisdizionale accordabile avverso gli atti in questione.

Piuttosto, mi preme evidenziare che tale tutela, in forza della riserva, non può, sul piano logico-giuridico, muovere dal lato della esistenza o della inesistenza, in sé e per sé considerate, del diritto. Essa, sempre in forza della riserva, non può che muovere dal lato della corretta (cioè: legittima) cognizione, del corretto (cioè: legittimo) accertamento e della corretta (cioè: legittima) restituzione, da parte degli atti amministrativi (ritenuti) vincolati, della esistenza o della inesistenza dei presupposti previsti dalla legge.

La logica della tecnica di tutela giurisdizionale corrisponde a quella delle disposizioni degli artt. 34, comma 2, e 31, comma 3, cod. proc. amm., con la conseguenza per cui, al di là di qualsivoglia vacua enfasi, gli atti amministrativi vincolati sono, anch'essi, espressione di potere amministrativo e, al loro cospetto, i diritti, anche fondamentali, sono interessi legittimi. Sia pur tutelabili in maniera più ampia e più intensa: nel senso che è astrattamente possibile per il giudice – che, almeno in linea di principio, dovrebbe essere quello amministrativo – «pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio», senza oltrepassare il principio di separazione dei poteri dello Stato (cfr., di recente, sia pur in un ordine concettuale in parte differente da quello proposto, CGARS, 13 settembre 2021, n. 802).

Per concludere sul – *recte*: sull'inesistenza di un qualsivoglia razionale criterio di – riparto di giurisdizione rispetto alle controversie che concernono il potere amministrativo e i diritti fondamentali, mi sembra significativo rilevare quanto segue.

Credo che tutti abbiamo percepito come i d.P.C.M. previsti dal d.l. n. 19 del 2020 per contrastare il Covid-19 abbiano inciso su diritti fondamentali o ritenuti tali, *in primis* quello di libera circolazione di cui all'art. 16 Cost., e alcuni giuristi ne hanno vigorosamente contestato la legittimità (in primo luogo costituzionale).

Ma la Corte costituzionale, con la sentenza 12 marzo 2021, n. 37, ha affermato che i d.P.C.M. sarebbero «comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo»: riconoscendo, dunque, che questi atti amministrativi non avrebbero inciso sulle riserve di giurisdizione, e che tutti gli altri diritti fondamentali, *in primis* quello di libera circolazione, si rivelerebbero, a fronte del potere amministrativo, 'semplici' interessi legittimi. Se non altro perché non sussiste alcuna giurisdizione esclusiva al riguardo.

Le Sezioni unite della Cassazione, per contro, in qualità di giudice della giurisdizione, hanno affermato e continuano ad affermare con sicumera, da ultimo con l'ordinanza 19 novembre 2020, n. 26391, la sussistenza della giurisdizione del giudice civile per le controversie concernenti l'atto di revoca della patente di guida che il Prefetto, ai sensi dell'art. 120, comma 2, del d.lgs. n. 285 del 1992, come risultante da Corte cost., 15 maggio 2020, n. 89, «può», senza più automatismo, adottare nei confronti di persone attinte da una misura di prevenzione adottata dal Questore ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 159 del 2011, motivando, tra l'altro, nel senso per cui l'atto in questione «incide direttamente su una modalità di esercizio di una libertà fondamentale, quale la circolazione» e per cui il giudice civile sarebbe «il giudice naturale dei diritti fondamentali».

Per miei limiti, non riesco, rispetto al riparto di giurisdizione sulle controversie tra potere amministrativo e diritti fondamentali, cioè interessi legittimi, a rinvenire – allo stato – alcuna «certezza possibile».

9. *Conclusioni*

Ho tentato di individuare, non sempre ci sono riuscito, «certezze possibili» sulla relazione tra potere amministrativo e diritti fondamentali,

cercando di seguire il «metodo essenziale e gradualista» di Giampaolo Rossi. Ma con un approccio anche deduttivo. Mi piace riprendere, a questo riguardo, le parole che Guido Corso ha rivolto a Giampaolo Rossi in ordine a «atto amministrativo, diritto soggettivo, interesse legittimo»: «Mi sento di condividere la tua impostazione. Così come credo di condividere le tue considerazioni sul metodo, e più in generale sul metodo giuridico. Il diritto, come ogni scienza, procede per distinzioni e assimilazioni, *genus proximum et differentia specifica*». Magari sono incappato in errore su tutto, nella consapevolezza che chi pensa di avere le «certezze» è uno sprovveduto. Magari, anche rispetto al diritto amministrativo, riesco a dire solo questo: ciò che non siamo, ciò che non vogliamo. Ma i due 'ciò' mi rinnovano il più importante insegnamento che credo di aver ricevuto da Giampaolo Rossi: continuare a ricercare.

Marco D'Alberti*

Tre profili dell'opera di Giampaolo Rossi

Dalla vasta produzione scientifica di Giampaolo Rossi emergono tre profili che assumono particolare importanza e che riprendono e sviluppano in modo esemplare gli insegnamenti del suo Maestro Massimo Severo Giannini.

Il primo profilo riguarda le problematiche oggetto dell'analisi giuridica. Giannini aveva scritto nei suoi *Profili della scienza del diritto amministrativo* del 1940 (con *Postilla* del 1973) che la dottrina amministrativistica italiana si era distinta per il rigore del metodo, ma aveva mostrato molte lacune quanto all'ambito (limitato) delle problematiche trattate. Giannini pensava – tra l'altro – al fatto che era rimasto negletto il tema della regolazione pubblica dell'economia. Ebbene, Giampaolo Rossi, fin dalla sua prima monografia, ha seguito le indicazioni gianniniane, navigando là dove le mappe si erano interrotte. Il tema della scuola, almeno negli anni Sessanta e Settanta del Novecento, era rimasto in larga misura nelle mani dei pratici: si erano moltiplicati prontuari per direttori e presidi di istituti scolastici e commenti alla giurisprudenza, soprattutto in tema di stato giuridico ed economico degli insegnanti. Da questo si passava alle analisi sui principi costituzionali: particolarmente felice quella condotta da Umberto Pototschnig sulla libertà d'insegnamento agli inizi degli anni Sessanta del secolo scorso. In mezzo – tra i prontuari e la Costituzione – quasi nulla. Era necessario che la dottrina amministrativistica facesse proprio un tema per il quale il diritto amministrativo gioca un ruolo essenziale. Giampaolo Rossi, con il suo *La scuola di Stato* (1974), ha compiuto l'impresa. E lo ha fatto in un momento in cui tanto stava cambiando nella scuola italiana, dopo la riforma della scuola media del 1962 e nella transizione verso un'amministrazione più collegiale e partecipata della vita scolastica.

Il secondo profilo riguarda il dialogo tra la scienza del diritto amministrativo e altre dottrine giuridiche. Anche sotto tale profilo, Giannini ripeteva sempre che il buon amministrativista dovesse saperne (tra l'altro) di diritto privato, perché lì si trovano basi essenziali del discorso giuridico. Anche in questo Giampaolo Rossi ha seguito il Maestro. Un solo

* Emerito di diritto amministrativo, Università di Roma 'Sapienza'.

esempio: il suo dialogo scientifico con Pietro Rescigno è stato continuo. È stato, soprattutto, il dialogo sulle associazioni, sui corpi intermedi, temi ai quali Rescigno ha dato contributi insuperati. Su queste basi teoriche – ed anche sulla reinterpretazione di Gierke – molto si fonda la seconda monografia di Rossi sugli *Enti pubblici associativi* (1979). Grazie a tutto ciò questi enti divengono non solo una sottocategoria degli enti pubblici, ma l'espressione di quella forza che viene dal basso, dai corpi intermedi tra lo Stato e la società, come è già detto chiaramente nel sottotitolo: *"Aspetti del rapporto tra gruppi sociali e pubblico potere"*. Non a caso, Giampaolo Rossi ha dedicato tanto del suo impegno – non solo scientifico ma anche operativo – ai sindacati, in un momento in cui queste associazioni non svolgevano solo un ruolo contrattuale e rivendicativo, ma partecipavano alla formulazione di proposte di riforma della pubblica amministrazione e dello Stato.

Infine, il terzo profilo ha a che fare con il metodo realista, di cui Giannini è stato grande interprete. Le costruzioni concettuali – in particolare nel diritto amministrativo – sono indispensabili, altrimenti si deborda nel descrittivismo. Ma, al tempo stesso, non possono essere sganciate dalla realtà, dalla conoscenza dell'organizzazione e del funzionamento concreto della pubblica amministrazione. E non possono mai ridursi a esercizi di dogmatica formalistica. Questo metodo è stato sempre al centro dei lavori di Rossi ed è emerso con particolare forza nei suoi *"Principi di diritto amministrativo"* (ultima edizione del 2020). Gli esempi si potrebbero moltiplicare. Basti qui ricordare la ricostruzione di concetti quali quelli di figure soggettive, servizi pubblici, provvedimenti accordi e contratti. Ricostruzione sempre sorretta da un esame attento delle articolazioni delle strutture amministrative, di come vengono esercitate le attività di prestazione ai cittadini, delle connotazioni effettive del potere amministrativo in relazione a 'interessi a protezione necessaria' secondo la formula di Giampaolo Rossi.

Si tratta di tre profili che lasciano una traccia profonda e arricchiscono la dottrina amministrativistica italiana.

Fulvio Cortese*

Leggendo Giampaolo Rossi

Numquam nega, raro adfirma, distingue frequenter
(motto della Compagnia di Gesù)

Sommario: 1. Tra testimonianza, bilancio e messaggio – 2. Gradazioni e metodo – 3. Realismo/Ottimalismo.

1. *Tra testimonianza, bilancio e messaggio*

I volumi che raccolgono l'ampia e ricca selezione di lavori di Giampaolo Rossi – pubblicati per i tipi di Giappichelli nel 2019 – sembrano costituire un'opera dalle tre diverse dimensioni, e così pare sin dalla combinazione di titoli e struttura. In primo luogo, si tratta di *Saggi e scritti scelti*: è la testimonianza, dunque, di un lungo, vario e articolato itinerario di studio, di ricerca e ricomposizione continua delle acquisizioni scientifiche maturate nel corso degli anni.

Da quest'ultimo punto di vista, però, i molti testi che sono antologizzati rappresentano anche un bilancio, non solo dei propri approfondimenti e raggiungimenti, ma anche dello stato dell'arte della disciplina di appartenenza: come recita l'occhiello – posto in ciascuna copertina, in modo assai originale, sopra il titolo propriamente detto – si discute del *diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica*. Ma si fa anche qualcosa in più.

C'è un terzo livello di lettura, infatti, che si palesa plasticamente dalla successione del criterio di assemblaggio dei lavori dell'Autore. Questi sono ordinati in un percorso che muove da problemi epistemologici (Vol. I – *Il metodo, e la teoria generale. Nozioni elementari e gradazioni*), si sviluppa attraverso l'identificazione degli snodi istituzionali del rapporto tra amministrazione e società (Vol. II – *Istituzioni, enti territoriali e società*) e giunge infine a isolare luoghi e momenti notevoli dell'attività di pubblico

* Ordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento.

interesse (Vol. III – *Economia, ambiente, servizi*). Così facendo, Giampaolo Rossi non dimostra di volersi accontentare, per così dire, di un canone sufficientemente razionale con cui dare un indice ai suoi contributi: nella sistematica prescelta si nasconde un messaggio, alla stregua del quale i tre volumi non intendono fornire soltanto una fotografia di un'esperienza accademica; ciò che si vuole rappresentare è una proposta ricostruttiva, che è, insieme, proposta di approccio, di definizione e di orientamento conseguente nell'agire pratico, dell'amministrativista come dell'amministrazione.

Di fronte all'impatto con questa triplice dimensione, le impressioni del lettore si potrebbero arricchire anche di due ulteriori suggestioni preliminari.

Una ha a che fare con Gian Domenico Romagnosi, molto amato (come è noto) da Giampaolo Rossi. I tre libri hanno tutte le sembianze di una pubblicazione emersa dalla più classica *tradizione romagnosiana*: un po' sulla falsariga dei tanti tomi (in quel caso, ben 27), delle *Opere* di Romagnosi, «riordinate ed illustrate da Alessandro De Giorgi, con annotazioni, la vita dell'autore, l'indice delle definizioni e dottrine comprese nelle opere ed un saggio critico e analitico sulle leggi naturali dell'ordine morale per servire d'introduzione ed analisi delle medesime» (come recita ogni frontespizio dei diversi libri pubblicati in questa serie, edita a Milano, da Perelli e Mariani Editori, dal 1841 al 1848).

Non si può dire, certo, che si tratti della stessa operazione. Eppure le ricorrenze ci sono, visto che ci si trova pur sempre al cospetto di una silloge che si presenta in forma di *legacy*: di lascito, di un magistero, cioè, che si intende trasmettere ad allievi, colleghi e futuri pensatori; un frutto di un'intera speculazione intellettuale, ma anche un invito – rivolto *in primis* alla 'scuola', e da questa subito 'afferrato' in modo attivo, visto il ruolo esplicito dei coordinatori dell'opera – a continuare e a rilanciare quella stessa speculazione, magari in una serie di testi futuri, capaci di implementarne e ramificarne ancora le traiettorie.

L'altra suggestione, invece, viene da D'Alembert, e precisamente da quel famoso *Discorso preliminare* con cui si apriva il primo volume della *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, che egli aveva diretto con Diderot, e che, comparsa a partire dal 1751, costituisce il più visibile e denso portato dell'Illuminismo francese.

Perché anche Giampaolo Rossi – che, per l'appunto, vuole chiaramente sintetizzare un lascito, come si è detto, della propria esperienza – ha deciso di premettere alla raccolta dei diversi scritti una *Guida alla lettura*, recante *linee di un nuovo diritto amministrativo*. È la bussola, in altre parole, che consente di decifrare il senso della raccolta e che dimostra in maniera

esplicita come l'intreccio di testimonianza, bilancio e messaggio non sia concepito soltanto come fondamento di uno studio futuro, bensì come dichiarazione programmatica di un 'fare diritto amministrativo' secondo specifiche coordinate, 'istituzionalmente provate'.

Se anche per D'Alembert, in sostanza, il *Prospectus* dell'*Encyclopédie* (il piano dell'opera) richiedeva doverosamente di essere preceduto da alcune delucidazioni (di qui il lungo *Discorso preliminare*), così anche per Giampaolo Rossi i tre volumi in discussione esigono di essere compresi alla luce di una spiegazione che ne chiarisca l'impianto e l'intenzione: la *ratio*, si potrebbe azzardare, poiché il 'fare scienza' che l'Autore cerca di mettere in scena – e di rivelare sia sul piano astratto, sia su quello applicativo – ha una vocazione tanto fortemente *oggettiva* quanto fortemente *normativa*: vuole imporsi, cioè, per l'autoevidenza di un ragionamento che procede da dati elementari e facilmente, immediatamente apprezzabili, onde ricavarne un risultato che ne sia direttamente conseguente. Un po' come si poteva intravedere anche nell'*opus magnum* degli enciclopedisti, che non si proponevano solo di 'rischiarare' con l'uso della ragione la conoscenza profonda della realtà, ma volevano 'orientarne' l'accesso, e la disciplina del rapporto con la vita dell'uomo e i suoi bisogni, secondo criteri che la sola ragione, vista nel suo effettivo e materiale darsi, potesse guidare e onorare; e ciò, peraltro, secondo quanto la storia, se traguardata con la stessa lente, aveva già e implicitamente dimostrato di fare (la prima e lunga parte del *Discorso* di D'Alembert ha essenzialmente questo scopo).

2. *Gradazioni e metodo*

Quest'ultima osservazione pone evidentemente al centro il quieto e graduale esplicarsi della *Guida alla lettura* e delle prescrizioni metodologiche che in quella sede sono illustrate, dal momento che la cennata attitudine oggettiva dell'Autore vi emerge in modo chiaro.

Qui l'attenzione non può che focalizzarsi sulla cd. 'teoria delle gradazioni'. Giampaolo Rossi la spiega (meglio: arriva a presentarla) in *tre passaggi*:

I) di fronte alle recenti trasformazioni giuridiche, indotte dagli sviluppi dell'economia e della tecnologia, e caratterizzate da un alto tasso di incertezza e da una altrettanto pronunciata frammentazione delle categorie, ciò che occorre fare è ricercare «le *certezze possibili nel contesto dato*»; ciò non

equivale a «rinunciare alla ricerca della riduzione del dubbio», perché, anche se con essi occorre saper convivere, i dubbi «vanno il più possibile risolti» (p. xxix);

II) «la ricerca delle certezze possibili implica una rinnovata attenzione al metodo», con una riflessione che «sta interessando tutte le scienze e quindi non può che coinvolgere anche quella giuridica», che tuttavia «non può fondarsi sul progressivo ampliamento dei concetti precedenti che, dilatandosi, diventano sempre più evanescenti», ma deve «risalire agli *elementi essenziali* della convivenza, del rapporto tra le persone e le collettività, delle funzioni di queste in relazione ai singoli»; dunque è necessario «partire dall'analisi degli interessi sottostanti all'assetto normativo», poiché «la semplicità dei fatti sui quali si innesta la dinamica giuridica non impoverisce l'analisi ma anzi la consolida in riferimenti definiti e certi» (p. xxxv);

III) Come procedere? «Acquisite le problematiche elementari e fissati i pochi concetti che possono essere assunti con un sufficiente grado di obiettività (come la libertà, la tutela della persona, la dimensione sociale, i poteri, il valore del 'territorio', gli interessi individuali, collettivi, generali), si possono definire i profili comuni e differenziati, individuando le diverse polarità che, con una *gradualità* che varia nelle singole fattispecie, compongono i fenomeni complessi (come 'pubblico' e 'privato', le opposte esigenze organizzative di unità e articolazione e di efficienza e partecipazione). Si può quindi procedere a scomporre le gradazioni dell'uno e dell'altro polo nelle singole fattispecie secondo le scelte effettuate dal diritto positivo» (pp. xxxv-xxxvi)[1].

Di questa impostazione non mancano, nella *Guida alla lettura*, alcune efficaci esemplificazioni, finalizzate a far emergere, da un lato, l'insoddisfazione per i condizionamenti quasi 'sovrastrutturali' che hanno animato per lungo tempo le definizioni più classiche, dall'altro, la migliore adeguatezza di definizioni più elementari e 'comprensive', perché capaci di fare sintesi e, allo stesso tempo, di 'realizzarsi', volta per volta, in configurazioni occasionalmente funzionali e per ciò solo convincenti.

In questa prospettiva, in effetti, è molto interessante la trattazione delle situazioni giuridiche soggettive. Innanzitutto per la relativizzazione che in essa viene svolta in merito al valore pretesamente decisivo di *idola fori* fin troppo meccanici, come quello corrispondente all'idea, per l'Autore viziata da un approccio di derivazione civilistica, che i problemi della sola tutela giurisdizionale debbano essere gli unici a fondare un approccio dogmaticamente corretto: se ciò fosse vero – si chiede Giampaolo Rossi

[1] Nel corpo delle citazioni i corsivi sono aggiunti.

– come immaginare, verosimilmente, che la tutela del diritto alla salute sia configurabile sia in forma specifica che per equivalente? È chiaro che questo quesito mette in crisi le note letture sulla pienezza della tutela come dato invariabile, giacché, e paradossalmente, esso postula, anche solo per implicito, che si debbano «sopportare, sul piano concettuale, situazioni soggettive che possano ricevere una tutela minore, occasionale» (p. xli). Il fatto è che, per Giampaolo Rossi, ci sono situazioni soggettive la cui tutela «si ottiene anzitutto attraverso una risposta organizzativa e attraverso le attività di prevenzione, la garanzia di qualità professionale e di standard di erogazione, e tutti quei profili sostanziali che rendono il ricorso al giudice un rimedio residuale e inappagante» (p. xli-xlii).

D'altra parte, «l'idea che la tutela, se c'è, non può che essere piena è frutto di una concezione solo patrimonialistica dei diritti e non trova riscontro nell'analisi» (p. xlii). Viceversa, «[o]gni situazione giuridica soggettiva ha carattere prismatico» e «[l]a gradazione che l'assetto ordinamentale dà a ciascuna di esse deriva dalla gradazione qualitativa e quantitativa delle relazioni con altri soggetti», perché «[è] nel sistema complessivo delle relazioni che si determina la vita delle persone e delle loro situazioni giuridiche» e «[n]essun diritto sfugge a tale dimensione, nemmeno quelli 'assoluti' la cui teorizzazione è frutto di una concezione individualista» (p. xliii).

Già in questa esemplificazione si può annotare che il metodo che propone Giampaolo Rossi è orientato all'analisi oggettiva del fattore giuridico (prima ancora che di quello propriamente amministrativo) come fenomeno intrinsecamente sociale, con una direzione interpretativa, dunque, che, lungi dall'enfatizzare le dicotomie pur presenti anche nel diritto positivo, cerca di assegnare loro una vocazione prevalentemente strumentale e circostanziata, da ricostruirsi pur sempre all'interno di un contesto che, invece, è fatto non di divisioni reciprocamente esclusive, ma di comunicazioni costanti, che richiedono una correlata via di mutuo riconoscimento.

Numquam nega, raro adfirma, distingue frequenter, ammonisce un vecchio motto della Compagnia di Gesù: è la postura che sembra adattarsi anche al Giampaolo Rossi-giurista, che ritiene preferibile, alle cadenze ultimative del binomio *aut aut*, quelle costitutivamente più ricche di possibilità che sono dischiuse dal binomio *et et*. Non c'è da stupirsi, pertanto, se – come si è accennato – l'orizzonte che l'Autore dischiude nel suo lascito scientifico appare apertamente contrassegnato da un tenore quasi deontologico.

Ad ogni modo, a prescindere dalla posizione che si potrebbe prendere su ogni singola declinazione di questo tipo di argomentazioni, non si può dubitare sul fatto che esse presentino una spiccata tendenza *normalizzante*,

votata ad inserire l'amministrazione in un fascio di rapporti – storicamente e positivamente variabili – che riguarda l'intero ordinamento e che fisiologicamente si sviluppa per *intensificazioni* più o meno visibili di punti concettuali assai generali e rinvenibili in qualunque tipo di comunità. È un metodo, quello che Giampaolo Rossi propone, che vuole costantemente 'ridurre verso l'alto', ma non per agevolare la formazione di concatenazioni logico-formalistiche (non è, cioè, una *reductio ad unum*, preliminare a deduzioni dal funzionamento quasi automatico), bensì per portare alla luce ciò che si potrebbe qualificare come il 'dato di partenza'. La cosa notevole è che si tratta di un dato che – come nelle ricognizioni proposte da D'Alembert nel suo *Discorso preliminare* – un tanto è naturalistico o fattuale, un tanto è prescrittivo o teleologicamente ispirato.

A ben vedere, difatti, il metodo gradualista non è altro che il naturale svolgimento di uno specifico modo di porsi dello studioso, di una attenzione che, per un verso, contiene, per testuale ammissione, «una opzione personale» (p. xxiii), per altro verso, valorizza la propria coerenza con le indicazioni che discendono dalla trama costituzionale e dalla esplicita convivenza che in essa è prevista tra la dimensione della persona e il fattore pluralistico delle relazioni e delle formazioni sociali (ibid.). È questo genere di attenzione che accompagna l'Autore e che lo spinge a guardare al potere delle amministrazioni come ad un fenomeno di per sé «positivo» («non è un male, e neppure 'un male necessario'»: p. xxiv), perché volto istituzionalmente a tutelare tutti quegli interessi che nella dinamica plurale e sociale – caratterizzata già in partenza come animata dalle gradazioni che dalla persona muovono verso la comunità (e viceversa) – *devono* trovare una necessaria composizione e soddisfazione.

Non è un caso che, in questa ricostruzione, il principio di proporzionalità muti radicalmente 'direzione' e venga giustificato da Giampaolo Rossi non tanto come l'inevitabile veicolo, unidirezionale, del criterio della misura 'minore possibile', bensì il variabile mezzo con cui delimitare le funzioni stesse del potere, quelle che contribuiscono a legittimarlo sin dalla sua istituzione. L'Autore non vi si riferisce in modo diretto, ma un tale richiamo al principio di proporzionalità lascia pensare – in modo condivisibile – alla fisiologica elasticità del principio di legalità espresso dalla Costituzione repubblicana, che, all'art. 97, comma 2, in tema di organizzazione amministrativa, pone al diritto positivo i criteri dell'imparzialità e del buon andamento: come a dire, anche dal punto di vista dei principi e delle indicazioni prescrittive che vi si possono trarre, che, ferma la finalizzazione personalista e pluralista sopra richiamata, sono i fenomeni, i fatti, gli interessi – come direbbe anche

Giampaolo Rossi, pare di poter ipotizzare – a indicare strutturalmente le ragioni e i confini dell'istituzione amministrativa, dell'attribuzione ad essa del potere e della configurazione delle forme del suo esercizio. E non è detto che si tratti – applicando il metodo – di una soluzione ideale ed invariabile; il diritto positivo può dare vita a gradazioni diverse, nelle quali anche la dinamica pubblico-privato è suscettibile di dare vita a risposte originali, salva la doverosità dell'intervento organizzativo: perché «l'organizzazione è la risposta agli interessi e la matrice dei diritti» (p. xxxix).

3. *Realismo / Ottimalismo*

La direzione metodologica così descritta stimola un'ultima considerazione; quasi una nota a margine.

Di fronte a quanto teorizzato nella *Guida alla lettura* e alle molte applicazioni in cui i diversi contributi dei tre volumi finiscono per risolversi ci si potrebbe domandare se l'approccio di Giampaolo Rossi, così spontaneamente antidogmatico, debba definirsi come realista. È un binomio, quello tra dogmatismo e realismo, che viene spesso evocato nella storia delle dottrine giuspubblicistiche, e che ha senz'altro lasciato il segno in una delle fasi forse più prolifiche del diritto amministrativo continentale, allorché, tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, gli studiosi più autorevoli e impegnati, in Francia, in Germania e anche in Italia, si sono confrontati con le epifanie complesse delle mutazioni dello Stato e dei suoi tanti 'corpi'.

A chi scrive, tuttavia, pare di non poter ricorrere a questa classificazione. In parte per rispetto nei confronti del metodo gradualista proposto dall'Autore, che – lo si è enfatizzato poc'anzi – mal sopporta, anche sul piano dell'azione pratica dello scienziato, l'alternativa dell'*aut aut*. In parte per un altro aspetto, che forse può contribuire a chiarire alcune curvature della storia del diritto amministrativo italiano nell'età repubblicana.

Ci sono, infatti, degli interessanti profili di 'congiunzione' teorica tra i ragionamenti svolti da Giampaolo Rossi e ciò che, una decina di anni fa, è stato definito *L'ottimalismo ricostruttivo di Umberto Allegretti* (questo il titolo di un saggio di Luigi Benvenuti, pubblicato nel 2011 all'interno del suo *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, edito da Giappichelli: pp. 255 ss.). Si può, in altri termini, constatare una sorta di consonanza – forse, però, non una vera convergenza, almeno sul piano tecnico – tra due

itinerari di pensiero volti a privilegiare il nesso tra istituzioni pubbliche e trasformazioni sociali nel segno di una doverosa *vocazione ri-costituente* del potere amministrativo: di una sua dimensione che ambisce, in altre parole, a farsi onnipresente, in modo positivo, satisfattivo, sinergico, e ciò anche nel senso di scoprire anche nei rapporti di matrice classicamente privatistica la funzione orientante di elementari concetti della dimensione pubblicistica. Che un simile obiettivo, pro-positivo, debba essere perseguito è inscritto nei compiti che la comunità moderna e sviluppata si è data, e che troviamo (al di là delle convinzioni personali) inscritto nel DNA della concezione democratica che la Costituzione italiana del 1948 riversa sulle 'ambizioni' della Repubblica come organizzazione (v. l'art. 3, comma 2).

Se per Giampaolo Rossi è la teoria della gradazione a sollecitare questo tipo di rilievi e a promuovere coerenti ricerche, per Umberto Allegretti è la priorità valoriale di alcuni interessi, anche in quanto costituzionalmente protetti, ad esigere l'espansione di determinate esigenze di garanzia e, con esse, di determinate forme d'azione. Eppure, come si è visto, anche al primo non è per nulla estranea la medesima dimensione costituzionale, o valoriale; né al secondo è aliena l'idea dell'avvicinamento o, meglio, della condivisione, nel contesto di un'unica scelta organizzativa, socialmente naturale, dei poteri pubblici come di quelli privati. Per entrambi, in fondo, non si tratta di sovrapporre un sistema ideologico ad un altro, ma di combinare efficacemente le istanze emergenti dalla realtà e la dimensione istituzionale, nell'ottica prevalente della soddisfazione di bisogni 'superiori'. L'ottimalismo dell'uno, dunque, sembra attagliarsi bene al possibilismo dell'altro (le certezze possibili, qui intese nel contesto della forma di Stato), ed è singolare evidenziare questa circostanza, visto che le due grandi e importanti 'scuole', di cui questi Autori sono espressione, sono state spesso opposte in modo molto forte e (forse, oggi, lo si può riconoscere) troppo artificiale e poco corrispondente ai fenomeni evolutivi e plurali della cornice repubblicana.

Se c'è, in conclusione, una lezione che i saggi e scritti di Giampaolo Rossi possono ulteriormente dare – e se è consentita quest'ultima ed eterodossa 'applicazione' storiografica del 'metodo gradualista' – essa consiste nella constatazione di un *continuum* di lungo periodo, nel quale tante acquisizioni scientifiche della migliore dottrina nazionale tendono ad avvicinarsi e ad evidenziare, così facendo, la proficua combinazione di esperienze e di teorizzazioni diverse.

Daniele D'Alessandro*

Alla ricerca della sfera pubblica

Caro Professore,
non è facile tenere distinta la conoscenza diretta di uno Studioso dall'analisi dei risultati del Suo studio.

Non credo sia solo un fatto dipendente dalle relazioni che inevitabilmente si instaurano in un mondo complesso, ad un tempo affascinante e difficile, come quello accademico, ma piuttosto un effetto del carattere proprio della ricerca, che è tanto più significativa quando, come emerge dal glossario e dai Suoi scritti, si stacca dall'Autore per diventare parte di quel dibattito che rende possibile, nella condivisione e nella critica, a volte anche aspra, lo sviluppo di una scienza.

Il glossario appare in tale prospettiva, al contempo, la sintesi e l'avvio di una conoscenza, mostra l'attualità di una distinzione – quella fra il diritto amministrativo e gli altri studi – e del ruolo della scienza amministrativistica, ma anche del suo oggetto, seppure in una dimensione resa problematica dalle evoluzioni nei rapporti fra politica, diritto ed economia che hanno indotto, fra l'altro, interrogativi anche sulla individuazione della nozione di sfera pubblica.

Su questa premessa, manifesto alcune suggestioni legate alla Sua riflessione in ordine alla definizione della sfera pubblica, tratte da alcuni Suoi scritti che dialogano con il glossario e ne mostrano le potenzialità, ringraziandola per il Suo contributo all'evoluzione del diritto amministrativo e per avermi coinvolto nella curatela del volume dei Suoi scritti sulla teoria generale, assieme all'amico Danilo Pappano.

Un caro saluto

Daniele D'Alessandro

***

La definizione dell'ambito della sfera pubblica è uno dei temi più spinosi ed al tempo stesso più affascinanti del diritto amministrativo (e non solo), offrendo l'opportunità di riflettere sull'evoluzione e sugli assetti degli ordinamenti giuridici nella loro dimensione ontologica, in quanto legata

* Ricercatore in diritto amministrativo, Università della Calabria. Abilitato alle funzioni di professore associato.

alla comprensione delle scelte di senso e di valore che tendono a definire le relazioni fra Stato e società.

L'approccio del prof. Rossi è, innanzitutto, coerente con alcune premesse metodologiche legate al metodo essenziale e gradualista, sul quale non mi addentro per essere stato apprezzato già da più parti.

Inoltre, emerge in tale ambito della Sua ricerca un altro tratto fondamentale dell'accostamento ai temi, e cioè l'interdisciplinarietà, meglio la trans-disciplinarietà, in particolare come necessaria attenzione agli apporti delle scienze economiche, sociologiche, filosofiche e fisiche, non solo per i risultati intrinseci propri, ma soprattutto per la capacità di fornire indicazioni e categorie utili a comprendere meglio le relazioni fra organizzazione dell'amministrazione e funzione amministrativa[1] come momento di risposta agli «interessi a soddisfazione necessaria», in una dimensione in cui gli effetti sostanziali non possono essere disgiunti dagli interessi e dai valori in gioco.

Ne deriva un rifiuto di analisi fondate su criteri giuridico-formali a favore di un metodo giuridico-sostanziale[2], con attenzione alla distinzione di oggetti complementari, ma diversi, quali gli interessi del mercato rispetto alla scelta politica ed alla disciplina dell'esercizio del potere[3].

In una materia, quale quella in esame, in cui l'evoluzione è rapida ed incerta, la predeterminazione del campo di indagine diventa allora passaggio essenziale per scongiurare per un verso il rischio di perdersi nell'analisi del singolo episodio dell'evoluzione giuridica, senza riuscire ad offrire un contributo alla teoria generale, o all'opposto di rimanere su di una visione troppo generale, che impedisce di mettere a fuoco i problemi e di definire le conseguenze del cambiamento in essere sulla definizione e sulla cura degli interessi.

La consapevolezza di tali insidie è alla base della definizione delle coordinate della ricerca, che vengono individuate nel necessario legame fra teoria generale e tutela degli interessi, nella sintesi critica volta a identificarne i fondamenti certi ed il profilo particolare di analisi che sia però rilevante per la comprensione del fenomeno generale[4].

---

[1] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Dir. Pubbl.*, 1995. cit., pp. 5 e 7; G. Rossi, *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, in *Diritto pubblico*, 1997, pp. 289 ss.; in più parti G. Rossi, *Pubblico e privato nello squilibrio tra economia ed istituzioni*, in *Riv. It Dir. Pubbl. Comun.*, 2/2015.

[2] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., p 5; *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, cit., p. 294.

[3] G. Rossi, *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, cit., p. 301

[4] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., pp. 4 e 7; G. Rossi, *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*,

L'interrogativo sul ruolo dello stato – con l'indicazione della funzione di redistribuzione della ricchezza come funzione fondamentale - e sulla dimensione centro-periferia si muove nella consapevolezza dell'esistenza di un movimento a pendolo nell'espansione della sfera pubblica e di quella privata.

Tale pendolo viene analizzato non solo diacronicamente, ma invitando ad una preventiva revisione critica delle categorie giuridiche, fortemente messe in crisi dall'evoluzione economica, sociale e politica[5].

Le domande per le quali cercare risposta vengono indentificate dal Maestro nelle ragioni dello sviluppo della sfera pubblica, in quelle sottostanti alla contrapposta spinta verso il privato, nell'identificazione dell'orizzonte valoriale e dei problemi di metodo[6], al contempo chiarendo come il mutamento delle modalità di esercizio della funzione (ad esempio, dall'intervento diretto dello Stato in economia alla regolazione, o il trasmigrare, verso l'alto o verso il basso, del livello di esercizio del potere) non possa essere confuso con l'arretramento della sfera pubblica[7].

Le funzioni dello Stato vengono, quindi, classificate rispetto agli interessi sottostanti, come 'strumentali allo sviluppo', 'di regolamentazione', 'di incentivi diretti e di gestione', con puntuale riferimento al ruolo comunitario[8].

In ordine alle ragioni che possono deporre in favore dell'espansione della sfera pubblica una prima originale indicazione consiste nell'affermazione della richiesta dal basso di momenti di pubblicizzazione di enti originariamente privati, al fine di rafforzarli sia per ragioni di riconoscimento sociale, sia per ragioni legate al conferimento di poteri, appunto pubblicistici, atti a renderne più efficace l'azione[9].

Al contempo, non si nega, ma si colloca in una minore rilevanza fenomenologica, il processo *top-down*, cioè la ricerca da parte dei soggetti pubblici di occupazione di spazi privati al fine di garantirne il controllo[10].

Analogamente, in ambito economico la crescita del settore pubblico è individuata in un'esigenza di carattere sociale, più o meno consapevole, ma certamente legata alla necessità di garantire, anche in contesti liberali,

cit., p. 294

[5] G. Rossi, *Pubblico e privato nello squilibrio tra economia ed istituzioni*, cit., p. 388

[6] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., p. 6 ss.

[7] G. Rossi, *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, cit., p. 294.

[8] G. Rossi, *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, cit., p. 295.

[9] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., p. 7.

[10] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., p. 7.

una riposta o comunque una soluzione rispetto a problemi anche fra loro non omogenei, come quelli legati ai fallimenti del mercato, ai disequilibri territoriali, all'accesso universale ai servizi, all'indipendenza dall'estero[11].

Non manca, poi, l'osservazione di come la stessa scienza giuridica, in accordo con quella economica, in maniera maggioritaria giustificava l'intervento dello Stato nell'economia evidenziando come la gestione di imprese pubbliche in deficit strutturale potesse trovare la sua sostenibilità nella presenza di un unico titolare sostanziale in grado di ripartire perdite ed utili nell'ambito di un disegno di natura sociale e di realizzazione del programma costituzionale[12].

D'altra parte, è dimostrato che le funzioni dello Stato ed il suo intervento in economia e nella redistribuzione della ricchezza, pur potendo variare nei loro contenuti, non sono sopprimibili in quanto rappresentano un acquisto non ritrattabile non solo sotto il profilo delle carte fondamentali, ma ancor prima a seguito delle conseguenze, in termini di domanda per lo sviluppo della persona umana, del riconoscimento del suffragio universale[13].

La contrapposta ed oggi dominante tendenza all'affermazione del primato del privato nell'economia è pure ricostruita a partire non già da elementi ideologici o dogmatici, bensì dal dato oggettivo offerto dall'evoluzione tecnologica ed economica (sistemi di produzione, emergere di nuove materie prime, sviluppo delle comunicazioni, venir meno delle ragioni dei monopoli, mondializzazione dell'economia), rispetto alla quale la sovranità degli Stati risponde innanzitutto attraverso la ricerca di soluzioni pattizie nella dimensione sovranazionale.

Al contempo, si osserva come le dinamiche economiche operino non tanto o, quanto meno, non solo in termini di mutamento o pretesa di mutamento delle situazioni giuridiche soggettive, ma significativamente in termini di variazione nelle relazioni fra gruppi e fra individui e fra questi ed il pubblico potere, incentrate su un sistema di servizi universali che finisce con l'omogeneizzare la società e con il far venir meno le ragioni, le politiche e le stesse teorizzazioni legate all'idea di stato pluriclasse.

Sul piano delle relazioni internazionali, è particolarmente interessante l'immediata consapevolezza del rilievo degli squilibri fra Paesi poveri e Paesi ricchi sotto il profilo della responsabilità ambientale e, ancor più, l'immediata percezione che l'evoluzione in atto avrebbe portato a significative

[11] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., p. 8.
[12] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., p. 8.
[13] G. Rossi, *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, cit., p. 313.

immigrazioni come conseguenza degli squilibri socio-economici, un tema che è oggi al centro del dibattito politico e giuridico[14].

Le tensioni e le dinamiche sono osservate negli effetti che comportano non solo nelle relazioni internazionali, ma anche nello stesso ruolo di organismi collaudati come l'ONU, con un radicale mutamento dell'esercizio ma della stessa nozione sostanziale di sovranità, con tendenze contradditorie, ma comprensibili come effetto delle stesse cause, al frazionamento (spinte verso accentuazione dei regionalismi e delle autonomie locali, spinte secessioniste) o alla cessione verso entità sovranazionali che mal si adattano ad un'analisi condotta secondo le lenti del solo diritto internazionale pattizio[15].

Muta, conseguentemente, il sistema delle fonti (è assunto come dato paradigmatico la 'povertà' sopravvenuta della previsione dell'art. 1 delle preleggi rispetto al quadro internazionale) e lo stesso ruolo della politica, per etimo legata all'idea del confine, della 'città', ed oggi proiettata in un contesto totalmente differente.

I cambiamenti sono, quindi, puntualmente individuati sia sotto il profilo quantitativo (ritrarsi dell'intervento dello stato in economia) che sotto quello qualitativo (nuove figure soggettive, internazionalizzazione delle imprese anche attraverso la privatizzazione o la partecipazione al capitale delle imprese pubbliche realmente competitive).

Ciò che più conta, nella prospettive metodologica della valorizzazione del rapporto fra dogmatica e tutela degli interessi, è l'individuazione, quale effetto del riassetto dei rapporti pubblico-privato attraverso il processo di liberalizzazione, di privatizzazione e del sorgere di società miste, della criticità propria di tale dinamica, data dal venir meno della funzione della titolarità pubblica del gruppo di imprese all'interno delle quali effettuare le compensazioni necessarie per garantire il sostegno dei settori in crisi[16], *mission* tipica, in precedenza, dell'intervento pubblico e tutt'ora rilevante una volta ammessa la natura di compito essenziale dello stato il garantire le condizioni per lo sviluppo dell'economia[17].

D'altra parte, viene riconosciuto il nuovo modo di essere delle politiche pubbliche, con l'intervento diretto in economia sostituito dall'attività di regolazione, che si esprime sotto il profilo organizzativo attraverso la creazione di nuove autorità indipendenti ed il rafforzamento dell'autonomia,

[14] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., p. 10.
[15] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo* cit., p. 12.
[16] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., p. 12.
[17] G. Rossi, *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, cit., p. 298.

quanto meno sotto il profilo tecnico o addirittura fattuale (per l'oggettivo indebolimento della politica), di quelle esistenti, con tendenza alla *deregulation*, ma attuata attraverso un sistema di amministrazione estraneo alla tradizione giuridica e culturale italiana[18].

Il mutamento che ne consegue anche nelle figure soggettive viene colto, al di là delle definizioni e nella consapevolezza della neutralità dello strumento – pubblico (ente) o privato (società) – ancora una volta nella relazione con gli interessi: permanere dei controlli, natura sostanzialmente pubblica dell'ente, rinuncia a talune garanzie (ad esempio, in materia di assunzioni), diverso rilievo dell'equilibrio economico, disponibilità o indisponibilità del fine. Dall'analisi di questi dati deriva l'intuizione che per le società partecipate la natura pubblica o privata non può derivare semplicemente dal dato quantitativo, come il controllo del capitale, con lucida individuazione delle problematiche che ne derivano sotto il profilo della responsabilità e dei controlli[19].

In tale contesto, la trans-disciplinarietà torna ad offrire il suo apporto in ordine all'opportunità di un ripensamento delle stesse categorie civilistiche (da un 'diritto delle società per azioni' ad un 'diritto azionario', secondo le giuste riflessioni di Oppo), o di una legislazione che disciplini fenomeni proposti dalla comparazione giuridica, quali le *public company*, con attenzione al dato ed all'impostazione comunitaria, che è giustamente quanto necessariamente pragmatica ed attenta alla natura sostanziale dei fenomeni nella ricerca di soluzioni in grado di potere essere applicate trasversalmente agli ordinamenti dei diversi Sati membri[20].

Proprio l'attenzione al dato comunitario rappresenta un'altra costante della riflessione, che nello specifico si preoccupa di verificare la tenuta della tesi, ampiamente maggioritaria, secondo cui l'eliminazione delle forme diverse di protezionismo (non solo, quindi, doganale), ed in particolare il divieto di aiuti di Stato alle imprese avrebbe come conseguenza la progressiva quanto inevitabile scomparsa delle imprese pubbliche, quanto meno di quelle non in grado di operare omologandosi pienamente alle regole del libero mercato anche sotto il profilo della redditività.

La risposta viene offerta innanzitutto escludendo che l'ordinamento comunitario contenga norme che precludano un assetto proprietario

[18] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo,* cit., p. 15; *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, cit., p. 299.

[19] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., p. 16.

[20] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., pp. 17 ss.; la dottrina commerciale è richiamata ad altro titolo anche in *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, cit., p. 300.

pubblico delle imprese (argomentando già ex art. 222 del Trattato vigente all'epoca del primo scritto in materia, del 1995), e poi attraverso l'analisi della disciplina contenuta nel trattato (in particolare, all'art. 90 del Trattato vigente all'epoca del primo scritto in materia, del 1995) e le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza e dalla prassi comunitaria, in specie della Commissione, rilevando come in realtà la specificità della missione dell'impresa pubblica, con le necessarie implicazioni sul piano della copertura dei costi al di là delle regole del mercato, rappresenti un valore anche per l'ordinamento europeo. Il limite comunitario è giustamente individuato, invece, nel meccanismo di verifica della compatibilità con i trattati degli aiuti alle imprese pubbliche, che viene riservato agli organi comunitari[21].

Tale ricostruzione, mostra la sua lucidità e la sua vitalità se raffrontata con i successivi sviluppi normativi, in particolare tenendo conto di come l'art. 86 del successivo TCE e poi l'art. 106 del TUFE nella versione consolidata abbiano mantenuto l'approccio prudenziale ed indefinito, per cui è affermata la sottoposizione dell'impresa pubblica alle regole dei Trattati e della concorrenza, ma nei limiti in cui ciò non osti «all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata», permanendo la clausola di salvaguardia del primato europeo attraverso la vigilanza della Commissione europea.

Nella riflessione traspare il riconoscimento della primazia (si direbbe *inter pares*) delle scienze giuridiche che è anche una dichiarazione di amore per la propria materia, fondato sulla consapevolezza che interessi e valori rappresentano un riferimento costante ed appartenente al relativo codice genetico rispetto al quale altre scienze, segnatamente quella economica, non hanno altrettanta dimestichezza di strumenti ed approcci.

Altro dato significativo è l'ammissione che non può aprioristicamente ritenersi che, per efficienza, efficacia ed economicità, ma anche in termini di migliore risposta ai bisogni da soddisfare attraverso i servizi di interesse generale, l'impresa pubblica sia preferibile a quella privata o viceversa, così come non può aprioristicamente ritenersi che solo la prima soffra di problemi di burocratizzazione[22].

Tale affermazione, che rischierebbe di rimanere una giusta affermazione dogmatica, è ricondotta al legame fra indagine giuridica ed interessi rilevando come in concreto sia possibile individuare alcuni utili criteri discretivi: la possibilità di ricorrere a contratti di servizio anziché a gestioni

[21] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., pp. 18 ss.; G. Rossi *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, cit., pp. 303 ss.

[22] G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., p. 24.

tout court in *deficit spending* per l'impresa pubblica; la valorizzazione dello strumento concessorio per l'impresa privata (le recenti attenzioni comunitarie alle concessioni in uno all'affermazione in tale ambito della libertà di amministrazione appaiono significative conferme della lungimiranza della tesi); la preferenza per il pubblico anche in funzione pro-concorrenziale, sebbene in ambiti diversi e più ristretti che in passato (ad esempio per la gestione delle reti); la necessità di preservare, comunque, l'intervento anticiclico anche attraverso l'impresa pubblica[23].

Sotto il profilo delle relazioni fra i diversi livelli di governo, l'esigenza di sperimentazione di nuove forme di collaborazione pubblico-privato, così come l'attuazione delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni, suggerisce l'identificazione della dimensione adeguata a livello locale[24].

Come mostrano i sia pur sintetici ed incompleti richiami all'ampio lavoro del Maestro, l'indicazione metodologica è quella di non negare le categorie preesistenti, ma di prendere progressiva consapevolezza, secondo un criterio di distinzione del dato certo da quello controverso, delle possibili nuove soluzioni, il che diventa praticabile a condizione di sapere individuare nell'evoluzione in atto ciò che è episodico da quanto invece rappresenta un *acquis* non più rinunciabile nella dinamica sociale e nel contesto degli interessi e dei valori[25].

Il che è l'essenza del mestiere del giurista.

[23] G. Rossi *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., pp. 25 ss.
[24] G. Rossi *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., p. 26.
[25] G. Rossi *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., pp. 26 ss.

Vitor Rhein Schirato*

Contributo alla discussione sugli Scritti

Caro Giampaolo,
il mio contributo alla discussione sugli Scritti fa riferimento all'oggettivizzazione del diritto amministrativo[1]. La nozione era già presente nella dottrina ma assume ulteriori, importanti sviluppi nell'essere collegata a una impostazione teorica che pone al centro del diritto amministrativo «gli interessi a protezione necessaria». Il testo contiene nelle sue sette pagine una molto ampia concentrazione di informazioni e di considerazioni davvero interessanti. Sarebbe possibile scrivere una monografia piena solo sulla base delle proposizioni che sono contenute nel Saggio.

Nonostante ciò, a questo punto, ho bisogno di scegliere i punti a mio avviso più importanti e nel contesto della teoria che mi pare la più appropriata del diritto amministrativo nei giorni che viviamo.

In questa prospettiva, il primo punto molto importante del Saggio fa riferimento alla nozione di diritto amministrativo che deve essere presa in considerazione. Secondo la tua proposta, il diritto amministrativo deve essere considerato di forma ampia, tenendo in considerazione le finalità pubbliche che devano essere soddisfate dalla pubblica amministrazione. Questa proposta va molto più avanti rispetto all'idea del potere e della autorità della pubblica amministrazione. Cioè ammette che il diritto amministrativo non è solo il diritto del potere delle pubbliche amministrazioni, ma anche il potere di altre attività prese dallo Stato.

Come conseguenza, le azioni delle pubbliche amministrazioni esercitate con strumenti di diritto privato (oppure per il tramite di soggetti privati) sono anch'esse considerate parte del diritto amministrativo, come, a esempio, le attività nei campi economico e sociale.

Muovendoci avanti, vi sono due altre proposte concettuali molto

---

* Professore di diritto amministrativo presso la Facoltà di diritto dell'Università di San Paolo, Brasile (USP).

[1] In G. Rossi, *L'oggettivizzazione del diritto amministrativo*, da *Introduzione al diritto amministrativo,* Torino 2000, pp. 1-6, in G. Rossi, *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica – Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, coordinamento a cura di D. Pappano, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 55 ss.

interessanti: la divisione tra diritto amministrativo e diritto privato e la inclusione del diritto amministrativo nel campo del diritto pubblico (considerato come in opposizione al diritto privato).

Se si considera che il diritto amministrativo è il diritto delle finalità pubbliche, mi pare necessario ammettere che operi secondo il diritto privato e con strumenti di diritto privato (ad esempio, le società dello Stato sono anche parte del diritto amministrativo, nella misura in cui sono funzionali a soddisfare finalità pubbliche). Perciò sono attività sviluppate sotto un regime giuridico di mescolanza (privato nella forma e pubblico nella finalità). La classica *summa divisio* è dunque posta in discussione.

Da un'altra parte, se si considera che il diritto amministrativo può essere posto in marcia per mezzo di strumenti di diritto privato, si rende anche necessaria una revisione nella relazione tra diritto amministrativo e diritto pubblico. L'idea originale del diritto pubblico come un regime giuridico proprio, scattato dall'autorità dello Stato deve essere rivista. Il diritto pubblico non dovrebbe essere visto solo come il diritto della autorità dello Stato, ma come il diritto delle azioni dello Stato, considerata la sua necessaria ampiezza, la quale includerebbe il diritto amministrativo ed il complesso delle sue attività.

A questo punto, la soluzione adottata sarebbe il contenuto dell'interesse tutelato. Azioni che vengono a tutelare interessi pubblici sono parte del diritto amministrativo e azioni che tutelano interessi privati sono parte del diritto privato. Così il diritto amministrativo sarebbe il diritto da applicare ad ipotesi di utilizzazione di strumenti autoritativi e anche ad ipotesi di utilizzazione di strumenti consensuali, come il contratto, ad esempio, finché l'attività sia destinata alla soddisfazione di interessi pubblici.

Sarebbe una forma molto interessante di spiegare l'ampiezza e la complessità del diritto amministrativo contemporaneo. Anche è un'idea che permette ancora una divisione tra il diritto privato ed il diritto pubblico e spiega temi tradizionali di diritto privato che vengono ogni giorno di più disciplinati dal diritto amministrativo (come la regolazione del mercato dei capitali, ad esempio).

L'unico punto che mi pare necessario della riflessione è l'ampiezza dello stesso concetto di interesse pubblico. Assumere che il diritto amministrativo sarebbe da applicare alla tutela dell'interesse pubblico potrebbe essere una tappa per giustificare un'illegittima deroga della necessaria parità del diritto privato, a partire della cattiva utilizzazione della nozione dell'interesse pubblico (ad esempio, casi di interesse del governo). Come la storia dimostra (in particolare, nel caso brasiliano), la nozione dell'interesse

pubblico può essere manipolata dal governo e pertanto giustificare azioni pubbliche illegittime o illegali.

A mio avviso, come si può interpretare dal Saggio in discussione, l'oggettivizzazione del diritto amministrativo è l'antidoto ad evitare la detta tappa, poiché questa oggettivizzazione deve essere strettamente vincolata alla legge. L'idea di interesse pubblico deve essere ottenuta dalle finalità collettive fissate dalla legge e non deve essere trovata dalle pubbliche amministrazioni (come spesso succede in Brasile).

Con la consapevolezza che l'interesse pubblico deve essere inteso come una finalità collettiva determinata dalla legge ad essere soddisfatta dalle pubbliche amministrazioni sarà sempre possibile spiegare l'ampiezza del diritto amministrativo, la varietà dei suoi strumenti e l'impossibilità di tentare di mettere tutto il diritto amministrativo sotto un regime giuridico di autorità. È un cambio necessario allo Stato contemporaneo.

Massimo Monteduro*

Fattispecie combinatorie 'a gradi' tra organizzazione e attività: riflettendo sul metodo essenziale e gradualista

La ricchissima quanto limpida traiettoria di pensiero delineata dal magistero di Giampaolo Rossi a cavallo tra due secoli (in questo Volume 'distillata' e socraticamente condivisa in forma di dialoghi) naviga oceani di complessità tracciando rotte in grado di orientare, ordinare e, al contempo, dischiudere problemi in sistema.

Tra le plurime suggestioni di questo affascinante tessuto teorico, colpisce soprattutto una sequenza concettuale che emerge chiaramente e ricorre costantemente nella Sua opera, ossia quella tra:

- *doverosità della funzione amministrativa*
- *identificazione dell'attività amministrativa (e del potere amministrativo) nella cura adeguata di interessi a protezione necessaria*
- *crucialità dell'organizzazione amministrativa*.

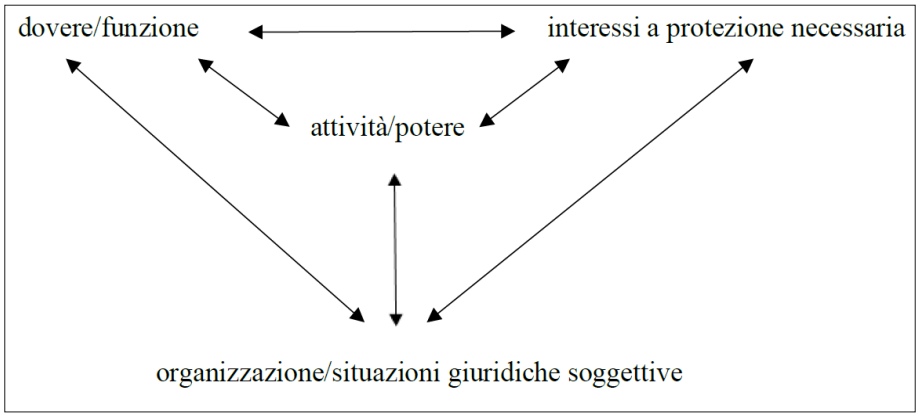
Nel prezioso *Glossario* che raccoglie le definizioni giuridiche nell'opera di Rossi, presente in questo Volume e curato da Danilo Pappano, si conferma (corsivi qui aggiunti in enfasi) che «la nozione di *funzione* amministrativa è correttamente intesa solo se si parte dal *dovere* di perseguire l'interesse pubblico che fonda il potere (e la stessa esistenza dell'amministrazione), e non viceversa», giacché è il «*principio di doverosità* a descrivere meglio la *regola di azione dell'amministrazione e i suoi possibili trabordamenti, a partire dall'eccesso di potere*», ed è sempre la «*doverosità*» a rappresentare il «connotato generale dell'*azione* amministrativa» (v. sul punto, sempre in questo Volume, il contributo di Francesca Goggiamani, la quale sottolinea il concetto di «*dovere-potere*» coniato da Rossi).

Dunque, anche il potere amministrativo si affranca dalla sua concezione di «fenomeno negativo» o «male» da sottoporre esclusivamente a «limitazione», apparendo piuttosto, alla luce del principio di doverosità, un «*potere come servizio*», il cui fine «*positivo*» è la cura degli «*interessi a protezione necessaria*», a loro volta identificati negli interessi «che non possono essere soddisfatti dal singolo individuo e *ai quali corrisponde una situazione almeno potenziale*

* Associato di diritto amministrativo, Università del Salento.

di doverosità da parte di pubbliche amministrazioni». Da qui «la definizione del diritto amministrativo come il settore del diritto che riguarda la giuridicizzazione del potere e la soddisfazione degli interessi a protezione necessaria» e l'individuazione di «un circuito: *interessi – organizzazione – situazioni giuridiche soggettive*»: in tale circuito, come è evidente, è centrale l'*organizzazione* amministrativa (v. sul punto, sempre in questo Volume, il contributo di Alessandra Pioggia), in quanto solo l'organizzazione può consentire, in termini di effettività, la «trasformazione in situazioni giuridiche soggettive» degli interessi a protezione necessaria. Tale trasformazione, infatti, «*si realizza solo quando la doverosità potenziale diventa concreta ed esigibile*» e ciò, secondo Rossi, «si ottiene anzitutto *attraverso una risposta organizzativa*», dato che «*la tutela degli interessi degli amministrati si pone a partire dall'organizzazione*». È perfettamente coerente con tali premesse, perciò, la netta e discussa affermazione di Rossi secondo cui «senza ospedale non vi è il diritto al ricovero», circa la quale nel *Glossario* si osserva che essa «poteva essere percepita come provocatoria», ma «l'attuale emergenza Covid-19 ne ha invece confermato la correttezza». Nel *Colloquio* con Guido Corso ospitato in questo Volume, Giampaolo Rossi, a proposito della «*organizzazione come fonte dei diritti*», ritorna sul punto, al fine di chiarire che «*il termine più corretto non è 'fonte' ma 'presupposto'* […] se si intende per fonte l'atto giuridico che genera diritti e doveri», ma, al contempo, ribadisce e rivendica la propria affermazione secondo cui «senza ospedale non c'è diritto al ricovero», ricordando che non sono solo i testi normativi, in una prospettiva formalista, «l'unica fonte dei diritti e dei doveri», giacché, in una prospettiva realista (si v., sul «metodo realista» nel gradualismo di Giampaolo Rossi, il contributo di Stefano Fantini in questo Volume), piuttosto «lo sono quell'insieme di circostanze normative e fattuali che fanno sì che un interesse possa essere configurato come diritto (lo sosteneva già Romagnosi che ha scritto i primi *Principi di diritto amministrativo*, per molti versi attuali, ben prima che ci fosse una Costituzione)». Nella Sua *Guida alla lettura*, Rossi conclude quindi nel senso che «*l'organizzazione è la risposta agli interessi e la matrice dei diritti*».

Volendo (solo approssimativamente) provare a rappresentare una delle possibili schematizzazioni grafiche di questa architettura concettuale, potrebbe dunque dirsi:



Questo edificio trova evidentemente i suoi luoghi di realizzazione concreta, i suoi presidi effettivi di inveramento, nell'attività e nell'organizzazione: la doverosità in potenza della funzione diviene, in esse, concreto adempimento del dovere amministrativo in atto ed in struttura.

Proprio circa il rapporto tra organizzazione e attività, nel prisma della funzione, il metodo gradualista proposto da Giampaolo Rossi stimola alcune ulteriori riflessioni, anche ricorrendo all'«insiemistica» come da Egli suggerito.

Secondo un'impostazione radicata, che resta tuttora postulata nella dottrina amministrativistica tradizionale, organizzazione e attività rappresenterebbero due insiemi separati: domini nettamente distinti, cioè, seppur interagenti.

Il criterio discriminante tra i due (supposti) insiemi corrisponderebbe alla divisione tra mezzo (organizzazione) e fine (attività), giacché l'organizzazione sarebbe una sorta di «macchina che serve per decidere ed operare» e, dunque, rappresenterebbe uno strumento per l'attività, consistendo in un insieme «di uomini e di mezzi tra loro collegati, e ordinati per assolvere ad un compito o ad una pluralità di compiti»[1]; in sostanza, l'organizzazione verrebbe in gioco come «supporto necessario per lo svolgimento di attività» amministrative complesse[2].

L'idea della separazione tra due insiemi, tuttavia, merita di essere messa in discussione.

Maestri del diritto amministrativo, infatti, hanno in passato utilizzato

[1] V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 7ª ed., Torino, 2019, pp. 88-89.
[2] M. D'Orsogna, *Le strutture organizzative*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, 5ª ed., Torino, 2017, p. 78.

l'evocativo concetto di «continuità» per indicare il rapporto tra organizzazione e attività[3]; di recente, vi è poi chi ha suggerito che l'organizzazione amministrativa, se vista quale «sistema di relazioni», sarebbe essa stessa «sguardo relazionale sull'azione, e non oggetto a questa contrapposto»[4].

È stato osservato, in questa prospettiva, che l'attività amministrativa (in particolare, il procedimento) deve essere intesa come «prospettiva dinamica dell'organizzazione» e «unificazione dinamica dell'organizzazione», tanto che lo stesso procedimento amministrativo potrebbe essere definito come «un'organizzazione in azione»[5].

Il postulato teorico che, sul piano logico, sembra sotteso a tali più avanzate posizioni è quello della 'convertibilità' dell'organizzazione in attività attraverso la 'messa in movimento' della prima[6]; questa impostazione, sul piano logico, implica che la convertibilità tra organizzazione e attività valga anche *a contrario*, nel senso, cioè, che anche l'attività sia convertibile in organizzazione, ossia che l'organizzazione rappresenti la prospettiva statica dell'attività, la 'condensazione' in struttura *ex ante* di un'attività anticipata e prefigurata allo stato potenziale, pronta a 'liberarsi' *ex post* nel momento dinamico[7]. Si tratta peraltro di una lettura che appare sorprendentemente vicina a risultati da tempo acquisiti da scienze non giuridiche quali la fisica – relativistica e quantistica – secondo cui la *massa* (alla quale potrebbe, metaforicamente, farsi corrispondere l'*organizzazione* amministrativa) è convertibile in *energia* (alla quale potrebbe, giuridicamente, farsi corrispondere l'*attività* amministrativa) in funzione della velocità con cui la massa sia posta in movimento[8].

[3] M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 122 ss.; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, *passim.*.

[4] G. Bottino, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Milano, 2008, p. 123.

[5] D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 9ª ed., Bologna, 2018, p. 357 e p. 361.

[6] In questo senso già G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., *passim*; Id., *La struttura procedimentale della pubblica amministrazione*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 444 ss., p. 449, secondo cui il procedimento «realizza e rende sensibile, attraverso la dinamica dell'attività, l'organizzazione».

[7] In sintonia con l'impostazione di M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., pp. 118-120.

[8] La celeberrima formula di Einstein [$E= mc^2$] implica infatti che la massa sia una forma altamente concentrata di energia e che l'energia in quiete si converta almeno parzialmente in massa, così come la massa in movimento si trasformi almeno parzialmente in energia. In base alla fisica quantistica, per altro verso, la materia è composta da gradi discreti (quanti) di energia, dalla doppia natura (contemporaneamente ondulatoria e corpuscolare).

Tale diverso approccio circa il rapporto tra organizzazione e attività, che supera la loro considerazione come insiemi separati, appare preferibile a quello tradizionale: ciò a patto, però, di evitare posizioni estreme – ossia «macroconcetti», secondo la terminologia rossiana, di portata assolutizzante del tipo tutto-o-niente – che riducano l'organizzazione a mero «retrobottega» dell'attività[9] o, all'opposto, assorbano interamente l'attività nell'organizzazione[10].

Il metodo gradualista propugnato da Giampaolo Rossi, ad avviso di chi scrive, potrebbe essere qui proficuamente applicato per dischiudere l'orizzonte a una ricostruzione secondo cui la stessa *funzione*[11] sia da intendersi come *un insieme di molteplici fattispecie caratterizzate da diversi*

[9] L'espressione icastica, usata in chiave critica contro chi propugna simili tesi, è di F. Merloni, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, pp. 57 ss., p. 61 e p. 70.

[10] A giudizio di M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., p. 125, nota 54 (che contesta «il termine finale logico del ragionamento», additandolo nella tesi di un «assorbimento dell'attività nell'organizzazione» e di un «sostanziale annullamento della distinzione tra i due termini»), questo sarebbe l'esito radicale dell'indagine di G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 250, secondo cui «l'organizzazione è il profondo contenuto giuridico dell'attività». Tuttavia l'opera di Berti appare più articolata e complessa: cfr. G. Sciullo, *L'organizzazione amministrativa: principi*, nel *Sistema del diritto amministrativo italiano* diretto da F.G. Scoca – F.A. Roversi Monaco – G. Morbidelli, Torino, 2013, p. 13, nota 62, secondo cui Berti avrebbe «esplicitamente escluso» un integrale assorbimento dell'attività nell'organizzazione.

[11] Si veda l'articolazione della funzione in «funzione-scopo», «funzione-compito», «*funzione-potere*» e «funzione-ufficio», proposta dal contributo di F. Modugno, voce *Funzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 301 ss. (in particolare, pp. 301-307). Per il rapporto tra le nozioni di «attività amministrativa» e di «funzione amministrativa», M.S. Giannini, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, pp. 988-989; F.G. Scoca, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir. (aggiornamento)*, VI, Milano, 2002, pp. 76-77, il quale, dopo aver osservato che «l'essere l'attività volta ad un fine, ossia, nel caso in esame, alla cura di interessi pubblici, evoca la nozione di funzione», ammonisce a «rammentare che funzione è un termine polisenso, che viene assunto dagli studiosi secondo accezioni diverse». Secondo F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, 1959, p. 89, «per chiarezza di espressione … anziché di attività preferiamo parlare di *funzione*» per designare «la trasformazione di un potere giuridico, ipotizzato in una norma, in un atto, ossia in una concreta modificazione della realtà per effetto dell'applicazione di quel potere»; a p. 91, lo stesso Benvenuti sottolinea che, invece, «l'*attività*, in senso proprio, è invece il *risultato della funzione*, ossia l'atto … si chiama attività amministrativa l'*insieme degli atti*, di qualunque funzione siano espressione, posti in essere dalla Pubblica Amministrazione» e precisa che, se si intende «classificare l'attività anche in relazione agli *scopi particolari* che con essa si perseguono … in tal caso anziché di attività è meglio parlare di *azione* amministrativa».

gradi di combinazione tra organizzazione e attività.

Nel dominio unitario della funzione sarebbero cioè rinvenibili, progressivamente, diverse fattispecie combinatorie: combinazioni con maggiore grado di attività e minore grado di organizzazione (ad es., le conferenze di servizi); combinazioni con gradi intermedi di attività e di organizzazione (ad es., gli accordi organizzativi tra pubbliche amministrazioni); combinazioni con maggiore grado di organizzazione e minore grado di attività (ad es., gli organi collegiali permanenti).

Accedendo a questa ipotesi, più in generale, *tutte le fattispecie di diritto amministrativo positivo potrebbero prestarsi ad essere considerate una 'miscela' di gradi di organizzazione e di gradi di attività variamente dosati*, sempre con la presenza di un *grado almeno minimo di organizzazione* (ad es., anche rispetto al procedimento amministrativo, che sembrerebbe essere pura attività, è stabilita la presenza necessaria di una «unità organizzativa responsabile del procedimento» ex art. 4 l. 241/1990) e di un *grado almeno minimo di attività* (si pensi alle relazioni organizzative – interorganiche o intersoggettive – che sembrerebbero pertenere esclusivamente al dominio dell'organizzazione ma che implicano, comunque, l'adozione di atti, quali l'ordine, la direttiva, etc.).

La proposta ricostruttiva di un gradualismo tra attività e organizzazione nell'unitario dominio della funzione, se accolta, condurrebbe a un'ulteriore e conseguente ipotesi di lavoro, con ricadute importanti sul piano sostanziale: ed infatti, *se la distinzione tra attività e organizzazione non è assoluta e qualitativa* (appartenenza a domini separati) *ma relativa e quantitativa* (in quanto gradazioni combinatorie di un medesimo dominio, quello della funzione), allora può ammettersi teoricamente che *tutti i principi* (non le regole di dettaglio, ma i principi) *propri della funzione amministrativa si applichino trasversalmente sia all'attività che all'organizzazione, in quanto entrambe, qualitativamente, funzione*.

In altri termini, accedendo a questa proposta, non avrebbe senso separare principi dell'organizzazione e principi dell'attività, frapponendo ostacoli al 'travaso' reciproco da una sfera all'altra, proprio perché la sfera sarebbe unica, quella della funzione, con la conseguente 'condivisione' dei medesimi principi fondamentali tra attività e organizzazione.

Sempre richiamando la concettuologia di Giampaolo Rossi, e mutuando ancora alcune icastiche espressioni dal *Glossario* in questo Volume, «il metodo essenziale e gradualista, tratto dall'insiemistica, è il più idoneo […] a cogliere *i profili comuni di fattispecie diverse, il 'minimo comune denominatore' che le unisce, e al contempo, i profili comuni e differenziati dei gruppi di fattispecie* e

le diverse polarità che compongono i fenomeni complessi […] *scomponendo le gradazioni* dell'uno e dell'altro polo, riuscendo a cogliere i profili caratterizzanti delle fattispecie e a differenziarle da quelle affini, secondo le scelte effettuate dal diritto positivo. Ciò lo rende particolarmente adatto nell'analisi delle c.d. fattispecie miste […] le fattispecie miste si possono definire solo individuando i dati elementari che le compongono, così come le pozzanghere sono un misto di terra e di acqua, con diverse gradazioni dell'una o dell'altra».

Traslando al discorso qui condotto la suggestiva metafora di Rossi, organizzazione e attività sarebbero, rispettivamente, la «terra» e l'«acqua» che si trovano commiste nella «pozzanghera» giuridica della funzione; il «minimo comune denominatore» che unisce organizzazione e attività sarebbe rappresentato proprio dai principi (tutti i principi) della funzione, veri e propri «dati elementari»; fermo questo comune «nucleo essenziale», a differenziarsi, in base alle scelte effettuate di volta in volta dal diritto positivo, sarebbero appunto le diverse «gradazioni» della funzione risultanti dalla varietà delle possibili combinazioni/commistioni tra la «terra» dell'organizzazione e l'«acqua» dell'attività.

Accettando questa prospettiva, si perviene ad esiti null'affatto scontati. Ed infatti, se è vero che ormai non vi sono dubbi circa la predicabilità sia nell'ambito dell'organizzazione che in quello dell'attività di alcuni principi quali l'imparzialità, il buon andamento o la responsabilità, non altrettanto può dirsi di altri principi quali, ad esempio, la proporzionalità, la tutela del legittimo affidamento, la sussidiarietà o la precauzione, che la maggioranza della dottrina continua a ritenere propri dell'attività, ma non dell'organizzazione.

Aderendo alla proposta ricostruttiva di cui sopra, invece, non vi sarebbero remore di sorta alla loro estensione anche all'organizzazione: ciò darebbe luogo a non irrilevanti possibilità di avanzamento in termini di tutela delle persone, essendo noto che alla violazione dei principi corrisponde, in chiave patologica, l'eccesso di potere come vizio giustiziabile della funzione.

Gli interrogativi circa il sindacato esercitabile, in sede giurisdizionale, sulla discrezionalità organizzativa possono dunque trovare una risposta nuova aderendo alla proposta che assume una continuità gradualistica tra attività e organizzazione. Come si è detto, infatti, da questa ipotesi di lavoro deriva una piena estensione anche all'organizzazione di tutti i principi dell'attività amministrativa, in quanto comuni e condivisi principi della funzione: ciò comporta rilevanti conseguenze sul piano processuale, in quanto ogni scelta discrezionale assunta in violazione dei principi è censurabile *sub specie* di

eccesso di potere[12], quale vizio della funzione che determina l'annullabilità dell'atto amministrativo antigiuridico.

Si pensi, in primo luogo, al *principio di proporzionalità*[13], ampiamente lumeggiato da Giampaolo Rossi sia nei suoi *Principi*[14] che nei Suoi studi sull'attualità del pensiero di Romagnosi[15].

La dottrina e la giurisprudenza, in maggioranza, sembrano postulare che esso sia un principio proprio dell'attività, non dell'organizzazione. Se, però, si entra nella logica unitaria della funzione come *continuum* che include al suo interno fattispecie combinatorie 'a gradi' di attività e di organizzazione, cadono gli ostacoli che finora hanno parzialmente compresso le potenzialità del principio di proporzionalità nella dimensione organizzativa. Nella prospettiva della *proporzionalità organizzativa*, le tre 'componenti' della proporzionalità, ossia l'*idoneità*, la *necessarietà* e la *proporzionalità in senso stretto*, divengono altrettanti grimaldelli che potrebbero rendere penetrante, profondo ed effettivo il sindacato sulla discrezionalità organizzativa. Ciò, tuttavia, può avvenire solo ritenendo che la stella polare (il 'fine') della discrezionalità organizzativa (intesa come paniere alternativo di 'mezzi') debba rinvenirsi nel vincolo di finalizzazione dell'organizzazione alla piena, concreta ed effettiva realizzazione degli «interessi a protezione necessaria» necessitanti di prestazioni amministrative: si tratta, cioè, di intendere l'organizzazione come «la risposta agli interessi e la matrice dei diritti», nelle parole di Giampaolo Rossi. In questa prospettiva, scelte organizzative discrezionali di una p.a. quali, ad esempio, quella di sopprimere, ridurre o accorpare diverse strutture organizzative serventi a diversi diritti a prestazione, o di modificare radicalmente la dislocazione territoriale delle

[12] Sulla concezione (non pacifica) dell'eccesso di potere come violazione di principi generali, in una vasta letteratura (segnata da studi fondamentali, tra i quali quello notissimo di F. Benvenuti, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 2006, p. 991 ss.), v. in particolare G. Corso, voce *Validità (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 84 ss.; M. D'Orsogna, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, 5ª ed., Torino, 2017, p. 310; per una rassegna delle contrastanti posizioni e una proposta ricostruttiva di sintesi differente, cfr. R. Villata – M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, 2ª ed., Torino, 2017, p. 469 ss. e 502 ss.

[13] Sul quale v. S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

[14] G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, 3ª ed., Torino, 2017, pp. 90-91.

[15] Id., *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 1 ss., ora nella raccolta di scritti (coordinata da D. Pappano) *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, Vol. I, Torino, 2019, in particolare p. 352 ss.

medesime strutture, o di diminuire le risorse finanziarie o materiali o il personale a servizio di ciascuna struttura, fuoriescono dal limbo stantìo di una supposta sfera 'interna' del merito amministrativo insindacabile, per esporsi, invece, nel 'campo aperto' della giurisdizione al rasoio del principio di proporzionalità. Grazie a quest'ultimo diviene possibile, anche per il giudice, tracciare non arbitrariamente un *discrimen* tra scelte di organizzazione che superino il triplice *test* di idoneità, necessarietà e proporzionalità in senso stretto rispetto al fine, e dunque legittime, perché *comunque in grado di garantire la realizzazione dei diritti a prestazioni pur a fronte di un mutamento organizzativo*, e scelte invece non idonee, non necessarie o non proporzionate in senso stretto al fine, e dunque illegittime ed annullabili, perché *tali da condurre attraverso il mutamento organizzativo a un'eccessiva regressione dei medesimi diritti delle persone, indebolendone le potenzialità di piena realizzazione*. Ciò senza sconfinare in alcun modo nel cd. merito (se ancora si ritenga teoricamente valido questo concetto, ciò di cui dubita parte della dottrina[16]) ma restando saldamente nell'area della «discrezionalità», organizzativa appunto, e dunque dell'eccesso di potere (come vizio della funzione, quest'ultima intesa quale *continuum* a gradi tra organizzazione e attività).

Non meno rilevante è il principio di *adeguatezza*.

Esso richiama un concetto – quello appunto di «adeguatezza» – che appare centrale nel pensiero di Giampaolo Rossi[17], come risulta chiaro nella Sua *Guida alla lettura* (introduttiva del presente Volume): ivi si sottolinea l'essenzialità di una continua «verifica della *adeguatezza degli strumenti giuridici utilizzati rispetto alle finalità* che sono assegnate alla pubblica amministrazione […] *nell'attività e nell'organizzazione*».

Evocata dall'art. 118 Cost. in ordine al riparto delle funzioni amministrative, l'adeguatezza può e deve declinarsi anche rispetto all'organizzazione, se la funzione viene intesa come continuità gradualistica di attività e organizzazione, anche considerando che l'adeguatezza organizzativa è implicata strettamente dallo stesso principio di buon andamento ex art. 97 Cost.[18]. Non va dimenticato, in proposito, che la l. 59/1997 (art. 4,

[16] B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

[17] Si veda, ad es., G. Rossi, *Le trasformazioni in atto e gli albori di nuovi assetti. Il problema della adeguatezza*, nella raccolta di scritti (coordinata da D. Pappano) *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, Vol. I, cit., p. 275 ss.

[18] Chiarissimo, in questo senso, G. Corso, *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in Aa.Vv., *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna

comma 3, lett. g) aveva sin dall'origine definito l'adeguatezza proprio come «*idoneità organizzativa* dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associativa con altri enti, l'esercizio delle funzioni»[19]. L'adeguatezza organizzativa, riferibile a molteplici parametri quali la quantità e la qualità delle risorse fisiche, finanziarie e tecnologiche a disposizione, l'entità e le specializzazioni del personale, il patrimonio immateriale di esperienze e prassi, il rapporto tra dimensione/copertura delle strutture organizzative e dimensione/estensione del bacino di persone e diritti serviti, richiama canoni di «efficienza ed efficacia» nell'assunzione della scelta organizzativa «in quanto strumentale alla migliore soddisfazione degli interessi delle persone che ne sono destinatarie»[20]. Il principio di adeguatezza consentirebbe di censurare la discrezionalità organizzativa, anche in sede giurisdizionale, *quanto meno rispetto all'inderogabilità in peius di una 'soglia minima' di adeguatezza organizzativa, che sia indispensabile per consentire di soddisfare i diritti a prestazioni delle persone nel loro nucleo incomprimibile*. In questo senso, appare significativa l'attenzione che il diritto societario e bancario[21] (ambiti disciplinari contigui e con rilevanti nessi con il diritto amministrativo soprattutto rispetto al tema dell'organizzazione) riservano al «principio di adeguatezza organizzativa»[22], ed ai correlati concetti di «responsabilità da

1993), Milano, 1995, p. 44 (corsivi aggiunti), secondo il quale la «*adeguatezza delle scelte organizzative alla diversità e peculiarità delle situazioni*», essendo essenziale per la «scelta di mezzi di volta in volta *proporzionati* ai fini», si impone alla luce del principio costituzionale di buon andamento.

[19] Per riflessioni su questo punto, v. M. Renna, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in M. Renna – F. Saitta, (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, spec. p. 285.

[20] Per usare le parole di F. Cortese, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, p. 859.

[21] V. M. Irrera, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005; G.D. Mosco, *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi sociali nella MiFID*, in M. De Mari (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive Mifid: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, 2009, p. 31 ss.; G. Scognamiglio, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2010, p. 137 ss.; A. Minto, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 1165 ss.; A. Luciano, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.,* 2017, p. 317 ss..

[22] Come è noto, l'art. 2381 cod. civ., dopo la riforma del diritto societario, prevede (al comma 3) che «il consiglio di amministrazione […] valuta l'*adeguatezza dell'assetto organizzativo*, amministrativo e contabile della società» e stabilisce (al comma 5) che «gli organi delegati curano che l'*assetto organizzativo*, amministrativo e contabile *sia adeguato alla*

deficit organizzativo»[23] e di «rischio organizzativo»[24].

Anche il *principio di differenziazione* di cui all'art. 118 Cost. è suscettibile di assumere una dimensione organizzativa.

La necessità di riconoscere e valorizzare la differenziazione è più volte richiamata da Giampaolo Rossi: basti solo ricordare, per citare ancora il *Glossario*, che Rossi esorta ad «abbandonare» i «macroconcetti» proprio perché essi operano «appiattendo» inammissibilmente i «profili di differenziazione e specificità».

Il principio di differenziazione richiama una «applicazione 'negativa' del principio di eguaglianza» nella scelta organizzativa, «in quanto destinata a rispondere ad esigenze e bisogni disomogenei» di persone diverse collocate in realtà diverse[25]: da questo punto di vista, potrebbero aprirsi spazi per il sindacato in sede giurisdizionale laddove la p.a. predisponga strutture organizzative unificate ed uniformi a fronte di diritti a prestazioni, invece, fortemente differenziati tra loro, tali da esigere dunque modelli organizzativi anch'essi differenziati.

Lo stesso *principio di sussidiarietà* ex art. 118 Cost. – oggetto di note riflessioni di Giampaolo Rossi[26]–, nella sua accezione 'orizzontale', impone

natura e alle dimensioni dell'impresa»; l'art. 2403 prevede che «il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei princìpi di corretta amministrazione ed in particolare sull'*adeguatezza dell'assetto organizzativo*, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento»; in base all'art. 2409-*octiesdecies*, il Comitato per il controllo sulla gestione «vigila sull'*adeguatezza della struttura organizzativa* della società». Inoltre, il d.lgs. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), all'art. 149, fa riferimento al dovere del collegio sindacale di vigilare sulla «*adeguatezza della struttura organizzativa della società*». Si noti che il principio di «*adeguatezza organizzativa*» è richiamato in materia di società pubbliche dall'art. 11, comma 3, del d.lgs. 175/2016; anche per gli Enti del Terzo Settore costituiti in forma di associazione o fondazione, l'art. 30, comma 6 del d.lgs. 117/2017 (Codice del Terzo Settore) stabilisce che «l'organo di controllo vigila […] sull'*adeguatezza dell'assetto organizzativo*, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento».

[23] M. Rabitti, *La responsabilità da deficit organizzativo*, in M. Irrera (dir.), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, 2016, p. 955 ss.

[24] M.C.M. Mozzarelli, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in Aa.Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società.* Liber Amicorum *Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 728 ss.

[25] F. Cortese, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*, cit., p. 859.

[26] Si veda ad es. G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pp. 99-103; Id., *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo*, cit., p. 336 ss.; Id., *l'ambivalenza del principio di sussidiarietà,* nella raccolta di scritti (coordinata da D. Pappano) *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo*

a ben vedere una sussidiarietà anche organizzativa.

Qualora, infatti, siano già presenti ed attive in un medesimo bacino territoriale varie strutture di soggetti privati, che operino in modo adeguato a servizio di determinati diritti consentendone la piena realizzazione, il principio di sussidiarietà preclude (pena l'illegittimità della scelta contraria) un esercizio della discrezionalità organizzativa che espanda ipertroficamente le strutture dei soggetti pubblici, aumentandone le dimensioni o elevandone i costi, al fine di sovrapporle o sostituirle alle esistenti ed adeguate strutture organizzative private[27]. Ma vale anche l'opposto: i titolari dei diritti a prestazioni, ove manchino nel loro bacino territoriale strutture organizzative di soggetti privati in grado di garantire in modo adeguato i medesimi diritti, potranno agire in sede giurisdizionale contro le pubbliche amministrazioni competenti se queste ultime, violando il principio di sussidiarietà, omettano di intervenire attraverso la predisposizione di proprie strutture organizzative in supplenza sussidiaria, per rimediare a quelle carenze che, manifestatesi in concreto nell'auto-organizzazione della società civile, pongano a rischio la realizzazione di interessi a protezione necessaria.

Un'ultima osservazione riguarda il *principio di tutela del legittimo affidamento*. Anche questo principio può infatti estendersi all'organizzazione.

Le persone in carne ed ossa che si rapportano, per anni o decenni, con determinate strutture organizzative vedono progressivamente accrescersi, con il decorso di questo 'tempo dell'organizzazione', un *legittimo affidamento organizzativo*, in quanto sono sempre più indotte a confidare nel fatto che l'assetto organizzativo sul quale si sono consolidate le loro prassi di interlocuzione e di fruizione resti, almeno nelle sue linee essenziali, tendenzialmente stabile, in quanto si tratta del loro punto di riferimento amministrativo. Il principio del legittimo affidamento può, perciò, rappresentare un ulteriore strumento per sindacare la legittimità (sul piano dell'eccesso di potere) di uno scorretto esercizio della discrezionalità organizzativa in tutte quelle ipotesi in cui la p.a., senza alcuna gradualità temporale e in maniera drastica, rivoluzioni un proprio precedente assetto organizzativo che era rimasto immutato per lungo tempo (ad es., improvvisamente sopprima una struttura che garantiva storicamente alcuni diritti, o la accorpi ad altre strutture con compiti del tutto diversi, o la delocalizzi territorialmente a grande distanza dalla precedente sede, etc.), omettendo di motivare approfonditamente sulle ragioni di tale stravolgimento organizzativo e non prevedendo un congruo periodo

Rossi, Vol. II, cit., p. 797 ss.

[27] In questo senso V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., pp. 74-75.

transitorio che, mitigando l'impatto del riassetto, possa consentire alle persone che lo subiscano di prepararsi ed adattarsi ad esso.

***

Le sommarie considerazioni sin qui svolte, pur nel loro carattere solo esplorativo, mostrano quanto la densità di un insegnamento metodologico profondo e, proprio per questo, cristallino, sia sorgente inesauribile, destinata a restare nel tempo perché continuamente in grado di donare a chiunque vi si avvicini non solo appagamento ma anche, e al contempo, una sempre rinnovata sete. Come suggeriva provocatoriamente Elias Canetti, con parole che a chi scrive ricordano molto la figura, umana ancor prima che scientifica, del Prof. Rossi, «l'ignoranza non deve impoverirsi con il sapere. Per ogni risposta deve saltare fuori – lontano e apparentemente non in rapporto con essa – una domanda che prima dormiva appiattata. Chi ha molte risposte deve avere ancora più domande. Il saggio rimane bambino per tutta la vita, le sole risposte inaridiscono il corpo e lo spirito»[28].

[28] E. Canetti, *Die Provinz des Menschen. Aufzeichnungen 1942-1972* (1973), trad. it di F. Jesi, *La provincia dell'uomo. Quaderni di appunti 1942-1972*, Milano, 1978, p. 17.

Andrea Farì*

Riflessioni sul contributo al diritto dell'ambiente

Caro Professore,
non è facile per gli allievi riflettere sugli scritti del proprio Maestro. Si corre sempre il rischio di una sterile ed affettata enfasi celebrativa, che il più delle volte nasconde l'assenza di un reale tentativo di riflessione e approfondimento. Nondimeno, ogni riflessione è resa più difficile dall'immedesimazione con taluni concetti che la sua guida negli anni ha sempre reso per noi acquisiti e quasi scontati, tanto da correre il rischio di non riuscire a discuterli con sufficiente distacco critico e di finire a scrivere di sé stessi.

Non potendo, quindi, contribuire ad un dibattito più alto che altri e ben più autorevoli studiosi stanno alimentando sui suoi scritti, mi limito ad una riflessione sul ruolo che gli scritti di Giampaolo Rossi hanno avuto per il diritto dell'ambiente, che è l'ambito di studi in cui una maggiore consapevolezza mi consente di tratteggiare l'analisi.

Nel Glossario dei concetti che emergono dai suoi studi non c'è nulla che faccia specifico riferimento all'ambiente. Come mai?

Ho riflettuto a lungo sul motivo di tale assenza, ed ho concluso che in realtà si tratta di una assenza solo apparente e che dipende dal tipo di apporto che i suoi studi hanno fornito al diritto dell'ambiente.

Gli studi su tale ambito del diritto sono stati infatti a mio avviso, finora, differenti rispetto agli altri, dedicati negli anni al diritto amministrativo generale.

Un dato mi appare rilevante. Gli scritti sull'ambiente hanno preso le mosse direttamente dal testo di impostazione manualistica e non da scritti di dettaglio. Hanno seguito cioè un percorso in parte inverso rispetto agli altri, che a partire dagli scritti più risalenti su temi più specifici (scuola, enti pubblici, etc.) sono stati poi ricondotti in una riflessione generale e sistematica condensata da ultimo nel testo sui Principi.

Non solo perché, certamente, il diritto dell'ambiente ha un ambito più circoscritto del diritto amministrativo generale e neanche soltanto per esigenze didattiche, ma perché questo è stato l'angolo prospettico da cui è

* Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università Roma Tre. Abilitato alle funzioni di professore associato. Docente a contratto di diritto dell'ambiente, Università di Roma Tre.

partito il suo apporto allo studio del diritto dell'ambiente.

Si è trattato fin da subito di una riflessione di teoria generale in una materia soffocata dal diritto positivo.

Un diritto positivo ipertrofico e senza sistematicità alcuna, in cui, almeno fino a pochissimi anni fa, si avvertiva forte proprio l'assenza di una consapevole profonda analisi dei giuristi.

In disparte di molte, seppur a volte pregevoli, analisi normative che diversi studiosi avevano dedicato alla materia, solo la dottrina costituzionalista aveva trattato il tema al livello più alto della riflessione scientifica, e tuttavia con un punto di vista per lo più rivolto alla necessità di definizione dell'oggetto del diritto e dell'allocazione dei poteri conseguenti. Allo stesso modo, di ancor più corto respiro erano state le prime applicazioni all'ambito ambientale della dottrina civilistica, sostanzialmente circoscritte al profilo della responsabilità per danno.

Ciò che i suoi scritti fanno è interrogarsi sulla linfa della dinamica giuridica sottesa al tema ambientale, rappresentata dagli interessi, e sugli strumenti che l'ordinamento propone per la loro soddisfazione – divenuta negli ultimi decenni – necessaria.

Nell'analisi che lei ha sempre stimolato ci si deve quindi interrogare non solo su quale apporto il diritto amministrativo possa fornire al diritto ambientale, ma anche e soprattutto quali spazi di riflessione ed evoluzione il tema ambientale possa suscitare nel diritto amministrativo.

Il profilo giuridico della protezione dell'ambiente, nato su livelli di riflessione differenti (costituzionale, civile) è approdato ora grazie anche agli scritti di Giampaolo Rossi nella sede naturale del diritto amministrativo. E di grande valore è stato proprio, ad esempio, in questa direzione il lavoro svolto per l'introduzione di tale punto di vista nella riflessione degli studiosi cinesi con riferimento al loro, già complesso ed eterogeneo, novero di norme ambientali.

Tale approccio ha contribuito, quindi, ad una riflessione fondativa – meglio ri-fondativa dato il momento storico in cui si è inserita ormai 15 anni fa – della materia ambientale.

L'elemento di grande valore fornito dalla sua analisi del fenomeno ambientale è certamente costituito dall'applicazione anche ad esso del metodo 'essenziale e gradualista'.

Su questo vorrei esprimere poche brevi considerazioni, poiché ritengo che la sua applicazione in materia ambientale sia stata molto importante ma possa esserlo ancora di più nei prossimi anni.

Ciò che mi ha sempre colpito del metodo essenziale e gradualista è la

complessità della sua applicazione. Ancorché poi nei suoi scritti si traduca in analisi che possono apparire molto semplici nella forma espositiva, la sua applicazione rigorosa è esercizio di grande profondità e difficoltà.

La gradualità non è altro che realismo, è la fotografia della mutevolezza e prismaticità del reale rispetto al mondo asettico della norma. L'accettazione di tale scala di colori rende l'analisi giuridica più complessa, perché capovolge il paradigma e costringe il giurista a partire dall'analisi del reale e non del diritto positivo. Quest'ultimo è una delle possibili scelte che l'ordinamento offre per la regolazione dei fenomeni, necessariamente più complessi. Da qui un rapporto disincantato e mai ossequioso verso il diritto positivo e la norma contingente.

E la necessità di adesione ad un rigoroso 'realismo' dei fenomeni impone di catalogare e passare in rassegna le fattispecie concrete prima di concentrarsi sull'analisi giuridica. A me pare questo un insegnamento di grande valore, nella sua semplicità. Ed è un approccio che assicura all'analisi giuridica una utilità concreta che solo l'aderenza alla realtà può garantire (ricordo ancora non senza un certo divertimento quando, a margine di una occasione convegnistica palermitana, a chiusura di una discussione sulla rilevanza di una 'scuola' del diritto amministrativo piuttosto che di un'altra, invitò il suo interlocutore a lasciar perdere discettazioni così alte e vuote e invece a 'guardare il mare' per cercare di trovare risposte a partire dal concreto).

Come si può studiare nei suoi scritti, il superamento di un certo modo di fare dottrina, legata al dato positivo e alla ricerca del nuovismo, della certezza definitoria, consente un approccio tutt'altro che dogmatico e perciò solo complesso.

Il metodo essenziale è difficile perché non offre il riparo nella retorica e nella glossa al diritto positivo ma impone di interrogarsi sui fenomeni da regolare, sulla funzione delle norme e, ancora, sull'efficacia delle norme rispetto al fine.

La ricerca dell'essenzialità degli elementi è operazione difficile, e lo è stata in particolare in un ambito normativo, come quello della tutela ambientale, che più di altri ha proposto, fin dall'origine ma con strascichi ancora attuali, una freneticità normativa senza alcuna consapevolezza sistematica, ma spesso finanche con una scarsa consapevolezza degli strumenti del diritto amministrativo di cui pure è intrisa in ogni sua componente.

La ricerca dell'essenziale consente di rifondare nell'ottica dello studioso del diritto ciò che è contorto non per necessità ma per contingenza storica o incapacità di tradurre il fenomeno in assetto di regole efficace.

La stratificazione e schizofrenia normativa in materia ambientale avevano bisogno di questo riassetto e di questo respiro.

L'analisi del fenomeno giuridico a partire dagli interessi ha poi condotto nel suo studio del diritto dell'ambiente ad almeno due ambiti di applicazione particolarmente fertili a mio avviso.

Per un verso quello, certamente non peculiare del diritto ambientale ma che in esso trova le estrinsecazioni più complesse, del procedimento amministrativo. È solo con l'analisi rigorosa e non preconcetta dell'assetto degli interessi coinvolti nei processi decisionali che si può apprezzare la molteplice veste in cui lo stesso interesse ambientale si presenta, talvolta con conflitto intrinseco nella sua stessa protezione (si pensi al caso delle energie rinnovabili e della tutela della biodiversità o del paesaggio, ma gli esempi potrebbero essere davvero molti). E anche la composizione degli interessi non può che muovere dalla consapevolezza di quali essi siano e di come si pongano rispetto alla decisione da assumere. Peraltro, a mio avviso, in considerazione dello stato attuale di pregiudizio e degrado delle risorse naturali e delle conseguenti negatività per la salute dell'uomo oltre che dell'ecosistema in sé, occorre constatare che i meccanismi decisionali non hanno finora assolto efficacemente al loro ruolo di tutela della componente ambientale, ed il riposizionamento verso l'alto di tale interesse nell'ordinamento non potrà che determinare anche un riequilibrio di tali composizioni nei casi concreti assegnando una rinnovata primazia all'interesse ambientale (con buona pace delle teorie sull'assenza di diritti incomprimibili – a partire della nota sentenza della Corte Costituzionale sul caso Ilva – che a me paiono tutt'altro che persuasive).

Per altro verso, l'analisi della dinamica degli interessi è quella che ha consentito di elaborare una concettuologia nuova di superamento della formula dello 'sviluppo sostenibile' per approdare a quella di una tutela dell'ambiente come motore dello sviluppo. Ricordo bene che l'enfasi sullo sviluppo sostenibile non l'ha mai persuasa, ma solo con l'evoluzione storica del tema ambientale e la sua accelerazione negli ultimi anni è stato possibile mettere a fuoco che ci si trova in una fase nuova del ruolo della tutela ambientale per lo sviluppo della società e dell'economia (in un ordine tra queste ultime che una visione pragmatica potrebbe ritenere invertito).

Ma i suoi scritti offrono allo studioso del diritto ambientale anche notevoli spunti per le dinamiche in corso di evoluzione.

Ho accennato a come l'efficacia in concreto delle norme ambientali sia per vero a mio avviso ad oggi messa in discussione dal pessimo stato di conservazione delle risorse naturali. Tra le molte ragioni da cui ciò

dipende, un elemento finora sottovalutato è quello che nei suoi scritti viene indicato come costitutivo delle stesse posizioni giuridiche soggettive, ovvero l'organizzazione.

L'amministrazione ambientale è, quantomeno nel nostro Paese, una delle più deboli e fragili, delle meno consistenti numericamente e per preparazione. L'assenza di una organizzazione forte rende di fatto inesigibili o quantomeno prive di efficacia in concreto alcune posizioni giuridiche assicurate dalle norme, come ad esempio quelle sui controlli o sugli ampi strumenti partecipativi di cui la disciplina ambientale è ricca.

Infine, mi piace sottolineare che il dibattito sulla natura delle posizioni giuridiche soggettive in materia ambientale è tutt'altro che concluso, ed anzi i recenti sviluppi dei c.d. 'contenziosi climatici' dimostrano la necessità di una profonda riflessione di teoria generale. Anche in tale contesto, i concetti che emergono dagli scritti di Giampaolo Rossi potranno fornire una guida di grande valore. Si pensi solo a quanto scritto sul ruolo positivo del potere e sulla fiducia nel ruolo che lo Stato, o in generale il soggetto pubblico, gioca nella soddisfazione degli interessi a protezione necessaria. Assunta ormai la necessarietà della protezione dell'interesse ambientale, i profili di doverosità ad essa connessi trovano nel soggetto pubblico, ed in particolare nello Stato il soggetto incaricato di assicurare il risultato. Nonostante negli anni si siano sviluppate (e poi sopite?) teorizzazioni di grande importanza sull'esistenza di un diritto amministrativo a dimensione globale, le recenti vicende contenziose in tutto il mondo stanno vedendo i cittadini, portatori dell'interesse (diffuso?) all'ambiente, contestare allo Stato – e non ad altri – l'inefficacia delle azioni e delle regole adottate per il contrasto ai cambiamenti climatici. Le pronunce, sempre più interessanti che stanno emergendo, come ad esempio l'ultima del Tribunale costituzionale federale tedesco del marzo 2021, mi pare che mettano ancora una volta al centro il ruolo dello Stato come attore pubblico indispensabile anche per la soddisfazione di un interesse tra i più adespoti come quello ambientale. Allo stesso modo, mi pare che una conferma del ruolo pubblico e della sua necessarietà, da lei sempre valorizzato, trovi sempre nel tema ambientale una ulteriore recente conferma, se solo si guarda all'imponente congerie di strumenti, non solo economici, a ciò dedicati con il *Green Deal* europeo e il *Next generation EU*.

In conclusione, mi pare che l'apporto che i suoi scritti possono fornire, anche in un ambito specifico come la tutela dell'ambiente, sia tutt'altro che esaurito ed anzi sia destinato ad aumentare di valore di pari passo con l'evoluzione ed assunzione di primarietà del corrispondente interesse nell'ordinamento giuridico.

La difficoltà è di chi intende studiarlo con il rigore che il metodo essenziale e gradualista impone. Seguendo l'insegnamento a non abbandonarsi alla retorica del giurista ma a vivere il ruolo del giurista come interprete e strumento per il soddisfacimento degli interessi che emergono dalla società, avendo cura di rimanere avvinghiati al reale ed alla sua prismaticità.

Giovanni Maria Caruso*

Essere allievo di Giampaolo Rossi

Contribuire al dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi è sicuramente un privilegio, ma anche un onere assai gravoso per uno dei suoi allievi.

Per questa ragione, ritengo che sia poco conveniente provare a cimentarmi in qualche tentativo ricostruttivo sulla centralità delle sue opere o, peggio ancora, tentare di misurarne l'impatto sulla scienza giuridica. Non solo perché è stato già brillantemente fatto da autorevoli studiosi, ma soprattutto perché è assai difficile dismettere la veste di allievo per rapportarsi agli insegnamenti del proprio Maestro in modo neutro.

Dopo tutti questi anni passati insieme, infatti, ho inevitabilmente interiorizzato gran parte delle sue impostazioni e non posso che identificarmi in esse, sicché mi sembra molto più utile e genuino offrire la prospettiva di chi è cresciuto con i suoi insegnamenti.

Può apparire una scelta insolita, ma forse dimostra il carattere pervasivo che esercita il pensiero di Giampaolo Rossi: se è vero che ogni situazione giuridica soggettiva è relazionale, ciò vale anche per quelle che non sono strettamente giuridiche. Pertanto, lo studioso che si rapporta al proprio Maestro rimane pur sempre un allievo.

Anche in questa prospettiva, non è comunque semplice sintetizzare i tratti di questa multiforme esperienza. Ma, partendo da poche e solide certezze (come piace a lui), essere allievo di Giampaolo Rossi significa, in primo luogo, essere un osservatore privilegiato. E, quindi, poter accedere alla mente di uno studioso che, condividendo anche le sue più semplici intuizioni, ti lascia assistere e ti rende partecipe del loro processo di trasformazione. Chiunque lo conosce ha apprezzato le sue teorie nel loro divenire, perché è stato necessariamente coinvolto nelle discussioni che ne hanno accompagnato lo sviluppo. E, probabilmente, ne è uscito spesso disorientato.

Infatti, essere allievo di Giampaolo Rossi significa anche mettersi in discussione, perché più che risposte, si troveranno delle domande. Domande dalla semplicità disarmante che non hanno lo scopo di consolidare certezze,

* Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università Roma Tre. Ricercatore di diritto amministrativo, Università della Calabria. Abilitato alle funzioni di professore associato

ma di alimentare dubbi e curiosità, in quanto, scavando nel profondo, ti portano a pensare in modo diverso: ogni confronto con Giampaolo Rossi finisce per scardinare un qualche paradigma cognitivo e proietta il suo interlocutore in nuovi scenari (gli aneddoti da raccontare sarebbero molti e, chi lo conosce ha già intuito che non riguardano necessariamente questioni scientifiche).

Così, volente o nolente, chi si rapporta a Giampaolo Rossi è destinato a cambiare, perché è esposto a tanti di quegli stimoli che dischiuderanno molteplici prospettive, genereranno nuove idee e alternative.

Questo perché, oltre lo Studioso, c'è in primo luogo il Maestro che, come tale, non può essere apprezzato (solo) in funzione delle sue opere, ma soprattutto per gli effetti che ha prodotto sui suoi allievi. Di ognuno di loro ha saputo riconoscere e preservare le diverse attitudini e inclinazioni, orientandoli, senza mai condizionarli, verso un costante percorso di crescita. Professionisti, magistrati e accademici che hanno avuto il privilegio di transitare per le sue cattedre portano oggi la sua indelebile impronta, caratterizzata dall'approccio critico (se non dissacrante) con cui ci ha insegnato a mettere in discussione tutti i paradigmi correnti e confidare nella nostra autonomia di pensiero.

Questi insegnamenti ci sono stati consegnati sia dal Maestro che dallo Studioso, che si è mostrato sempre riluttante ad ogni forma di sudditanza scientifica. Conoscendolo, non stupisce che una delle sue principali opere (*Gli enti pubblici*, 1990) abbia finito per sconfessare le conclusioni proposte dal suo stesso Maestro, giacché M.S. Giannini riteneva che la nozione di ente pubblico, poi ricondotta a unità dal suo allievo, fosse priva di ogni contenuto caratterizzante. Così facendo, Giampaolo Rossi ci ha insegnato a guardare oltre i rapporti di filiazione accademica, per attingere dagli stimoli offerti da altri autorevoli studiosi (peraltro, non necessariamente giuristi). Dalle sue opere è, infatti, possibile dedurre la vicinanza con G. Guarino, apprezzabile soprattutto nella costante attenzione sulle tematiche connesse all'intervento pubblico nell'economia, ma, soprattutto, quella con M. Nigro, la cui impronta è chiaramente riconoscibile negli approcci che hanno contraddistinto gli studi sull'organizzazione pubblica.

Lo stesso volume sugli *Enti pubblici* riprende il criterio della 'necessaria esistenza' che, se M. Nigro aveva richiamato allo stato embrionale rispetto a vicende assai settoriali, viene elevato e sistematizzato nell'ambito di una visione organica, fino a divenire la cifra della natura pubblica; perché traduce nel contesto organizzativo quei profili di doverosità che si legano armonicamente con la nozione di «interesse a protezione necessaria». Ma analoghe influenze, se lette congiuntamente al suo interesse per gli studi di

S. Pugliatti, possono forse rinvenirsi anche nell'approccio sulle situazioni giuridiche soggettive, ove la ricostruzione dell'interesse speculare al potere e ad esso relazionato, ha probabilmente contribuito a stimolare la percezione del carattere relazionale di tutte le situazioni giuridiche soggettive, mettendo in discussione anche lo stesso concetto di diritto assoluto.

La ricchezza di prospettive che ci ha offerto Giampaolo Rossi nella sue opere, evidentemente, non può essere considerata come il frutto di tempi in cui i rapporti accademici non erano retti da criteri di appartenenza a determinate Scuole, ma denota semmai un'autonomia di pensiero di uno studioso animato da una genuina curiosità per la ricerca della conoscenza, poi costantemente confermata nella capacità di distaccarsi dal pensiero dominante per proporre soluzioni sempre originali. E, qui, il pensiero corre anche agli studi dedicati al ruolo economico dei pubblici poteri che, senza cadere nelle tentazioni di approcci totalizzanti o condizionamenti di matrice ideologica, sono stati letti e riletti tenendo conto di quella fisiologica 'oscillazione del pendolo' che, come ci ha insegnato, costituisce la chiave di lettura imprescindibile di questi fenomeni.

Personalmente, essendomi occupato prevalentemente di tematiche affini a quelle del Maestro, sono stato profondamente influenzato da questi studi che, tuttavia, non hanno mai costituito una presenza ingombrante, ma una fondamentale guida metodologica da cui attingere avidamente.

Proprio il volume sugli *Enti pubblici* rappresenta una delle più chiare applicazioni del suo «metodo essenziale e gradualista», idealmente sistematizzato secondo un chiaro ordine sequenziale che impone di individuare, dapprima, gli aspetti nucleari di una nozione per, poi, graduarne gli effetti in funzione delle variabili eventualmente esistenti.

Applicandolo pedissequamente, mi sono più volte cimentato nei processi di scomposizione e ricomposizione che ci suggerisce e ho verificato sul campo la ricchezza di stimoli prodotti da quei continui mutamenti di prospettiva che derivano da un approccio relazionale, ma mai relativistico. Perché il suo metodo, conformemente alla sua indole sostanzialista, è comunque dominato dall'esigenza di scavare dentro l'essenza dei fenomeni, anziché ridursi a quelle soluzioni funzionalistiche che, forse per pigrizia, vengono semplicisticamente esportate oltre i loro confini naturali.

Questo approccio, applicato all'oggetto del mio contributo monografico, mi ha consentito di abbandonare la prospettiva limitante che aveva caratterizzato gli studi sulle società pubbliche che, analogamente a quanto avvenuto per gli enti pubblici, erano state svuotate di ogni significato giuridico. In tale processo, ho ripercorso idealmente gli itinerari già

tracciati dal Maestro che apre la sua opera sugli *Enti pubblici* affermando che «*cercando* l'ente pubblico *può succedere che si trovino, invece,* gli enti pubblici*, tante figure tra loro profondamente differenti. Ma forse c'è una ragione, non solo storica, che spiega il nome che le accomuna; e comunque non bisogna smettere di cercarla*». E a furia di cercare delle possibili qualificazioni unitarie valevoli anche per l'oggetto dei miei studi, mi sono naturalmente trovato a spostare il punto prospettico dell'indagine dalla figura delle società a quella del socio pubblico ed approdare ad una nozione unitaria che, già sul piano definitorio, descrive dimensioni semantiche e postula una necessaria integrazione fra una componente pubblicistica e una societaria.

Per governare la ricchezza di scenari che si sono aperti da questa nuova prospettiva, non potevo che affidarmi alle indicazioni metodologiche del Maestro. Trattandosi di un fenomeno composto, anche per il socio pubblico, era necessario frammentare la fattispecie nei suoi blocchi costitutivi, per poi reintegrare le acquisizioni settoriali secondo un processo di ricomposizione di senso inverso.

Tuttavia, le variabili rilevanti potevano emergere solo grazie all'approccio 'relazionale' valorizzato da Giampaolo Rossi: dove c'è un socio, c'è necessariamente una società; e, nelle società di capitali, il legame fra i due elementi è mediato dalle partecipazioni sociali. Pertanto, si trattava di indagare sul sistema di relazioni che, facendo capo al socio, si sviluppa con la società e le partecipazioni sociali di riferimento, secondo quel modello d'indagine dei sistemi complessi che Giampaolo Rossi riprende anche per spiegare la dinamiche ambientali.

E, qui, è entrata in azione la componente 'essenziale' del suo metodo, che ha operato per individuare gli attributi necessari del socio pubblico e contrapporli agli elementi che potevano caratterizzarlo in via accidentale. Questo processo, mi ha consentito di ricavare il nucleo essenziale della nozione, ossia quel minimo comun denominatore di effetti che si registra quando un'amministrazione assume la veste di socio.

Ma, l'indagine sarebbe stata incompleta se avessi tralasciato la componente 'gradualistica' del suo metodo, in cui si trattava di ordinare i profili differenziali della nozione in funzione delle sue possibili variabili. Così, grazie ad esso, è stato possibile affiancare alla nozione di base ulteriori ipotesi classificatorie, rappresentative di diverse categorie di socio pubblico.

Potrei continuare a descrivere i benefici e le applicazioni del metodo di Giampaolo Rossi, peraltro chiaramente riconoscibili in molte opere dei suoi allievi, ma preferisco concludere rievocando uno degli insegnamenti più significativi ricevuti dal Maestro, ossia che nessuna acquisizione è definitiva.

Soprattutto nel campo del diritto, che è legato alle dinamiche di interessi per loro natura mutevoli. E questo Giampaolo Rossi ce lo continua a ricordare attraverso l'attività di costante aggiornamento che dedica alle sue opere.

Anche la scelta editoriale (ancora una volta poco convenzionale) di pubblicare un Glossario del suo pensiero, accompagnato da apposita Guida alla lettura, traccia un chiaro itinerario scientifico che ci ricorda che la tensione verso la conoscenza non si alimenta di nuove variabili ancillari, ma di pura sostanza. Così, il suo pensiero è sintetizzato e ridotto ai minimi termini, proprio per mostrare tutta la carica identitaria di fenomeni che possono essere compresi solo mettendone in risalto i profili irrinunciabili, perché più ci si avvicina alla loro essenza più si riducono le parole per spiegarli. Questa opera di spoliazione, ovviamente, non porta a negare determinati valori, ma li preserva riportandoli al loro nucleo essenziale, anziché al modo effimero e fragile in cui si manifestano.

Di questi e di tantissimi altri insegnamenti, non solo come allievo, non posso che essere profondamente grato al mio Maestro.

Appendice

Indice
dei tre volumi di
Giampaolo Rossi
Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica
Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi

Coordinamento a cura di D. Pappano,
Giappichelli, Torino, 2019

Volume I
Il metodo e la teoria generale.
Nozioni elementari e gradazioni

1. Alla ricerca dell'ente pubblico, da Gli e*nti pubblici*, Bologna 1981, pp. 1-12
2. Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi, in *Diritto Pubblico*, 1998, III, pp. 661-689
3. L'oggettivizzazione del diritto amministrativo, da *Introduzione al diritto amministrativo,* Torino 2000, pp. 1-6
4. Lo sviluppo della sfera pubblica e del diritto amministrativo, da *Introduzione*, pp. 9-39
5. Interessi e amministrazioni pubbliche. Gli interessi a soddisfazione necessaria, da *Introduzione,* pp. 61-81
6. La questione della "personalità giuridica". La definizione di "organo", da *Introduzione*, pp. 123-133
7. I limiti dell'utilizzabilità degli strumenti pubblicistici e privatistici nella prestazione dei servizi. La suggestione di una diversa concettuologia, da *Introduzione*, pp. 266-271
8. Metodo giuridico e diritto amministrativo. Alla ricerca di concetti giuridici elementari, in *Diritto Pubblico,* 2004, I, pp.1-18
9. Potestà pubbliche e poteri privati, da *Diritto Amministrativo*, Milano 2005, I, pp. 314-316

10. Le gradazioni della discrezionalità amministrativa, da *Diritto Amministrativo*, I, pp. 316-320
11. I provvedimenti amministrativi. Problemi dogmatici e definitori, da *Diritto amministrativo*, I, pp. 372-375
12. Le gradazioni nella natura giuridica pubblica, in *Dir. Amm.*, n. 3, 2007, pp. 685-698
13. La moltiplicazione dei diritti, Relazione al convegno su "*Diritti della persona all'alba del terzo millennio*", Roma, Università La Sapienza, 22 giugno 2007, inedito
14. I caratteri del potere giuridicizzato: doverosità e responsabilità, da *Principi di diritto amministrativo*, Torino 2010, pp. 17-19 e 88-90
15. Le gradazioni delle fattispecie tra provvedimento e contratto, da *Principi*, pp. 266-268
16. La gradazione semplicità-complessità nelle tipologie di procedimenti, da *Principi*, pp. 309-311
17. La qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive e le tutele. Una diversa definizione dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo, da *Principi*, pp. 415-458
18. Le trasformazioni in atto e gli albori di nuovi assetti. Il problema dell'adeguatezza, da *Potere amministrativo e interessi a protezione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino 2011 pp. 63-67 e 71-76
19. La minore giuridicizzazione del potere nei paesi anglosassoni, da *Potere amministrativo e interessi a protezione necessaria,* pp. 36-38
20. Il processo di giuridicizzazione del potere amministrativo in Cina. Dall'attività all'organizzazione, da *Potere amministrativo e interessi a protezione necessaria,* pp. 39-44 e da G. Rossi (a cura di), *Stato e società in Cina. Comitati di villaggio, organizzazione governative, enti pubblici*, Torino 2011, pp. 3-7
21. L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo, *in Diritto Pubblico,* 2012, I, pp. 1-47
22. Riflessioni sulla negoziabilità del potere amministrativo, Comune di Roma 9 marzo 2015, inedito
23. Il "lascito" di M.S. Giannini, inedito
24. Le fattispecie miste pubblico-privato. Chiavi di lettura e questioni di metodo, Università di Coimbra, in *ridiam.it*, 2016
25. Diritto dell'ambiente e teoria generale del diritto, *Relazione al convengo in onore di S. Grassi*, Pisa, 4 dicembre 2017, in *ridiam.it*, 2018
26. La polivalenza delle norme giuridiche e il ruolo del giudice, in *ridiam.it*, 2018

Volume II

Istituzioni, enti territoriali e società

1. Sulla natura giuridica degli istituti di patronato e di assistenza sociale, in *Giur. Cost.*, 1967, pp. 1613-1623
2. Autogestione e partecipazione all'interno della sfera pubblica, in *Annali della Facoltà di scienze politiche*, Università di Perugia, a.a. 1977/1978, pp. 85-91
3. Gli enti pubblici associativi nell'ambito dei fenomeni giuridici prodotti dai gruppi sociali, da *Enti pubblici associativi*, Napoli 1979, pp. 1-19
4. Gli enti e i gruppi professionali, da *Enti pubblici associativi*, pp. 23-77
5. Gli enti e i gruppi sportivi, da *Enti pubblici associativi*, pp. 79-130
6. Enti pubblici associativi ed enti territoriali. Il rilievo del territorio, da *Enti pubblici associativi*, p. 254-263
7. La simbiosi tra legge statale e ordinamento dei gruppi sociali. La scarsa utilizzabilità della teoria della pluralità degli ordinamenti, da *Enti pubblici associativi*, pp. 265-311
8. Sindacato e istituzioni: alla ricerca dei criteri della partecipazione, in AA. VV., *Il sindacato nello Stato*, Roma 1981, pp. 15-30
9. La configurazione istituzionale degli enti erogatori di servizi, in *Atti del convegno "L'INPS come azienda di servizi,* Roma 1981, pp. 56-64
10. La crisi strutturale della nozione di ente pubblico, in *Enc. Giur. Treccani (voce Ente pubblico)*, 1988, vol. XII, par. 1-3
11. Problemi evolutivi delle istituzioni nella società omogenea: il sistema italiano tra patologia e prototipo, in AA. VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, II, pp. 597-614
12. Lo statuto dei comuni nella legge di riforma delle autonomie locali, in *Forum per l'autoriforma del Comune di Città di Castello*, 26/05/1990, Edizione litografata, pp. 9-16
13. Linee della vicenda concettuale degli enti pubblici, da *Gli enti pubblici*, Bologna 1991, pp. 62-105
14. Enti privati di interesse pubblico, da *Gli enti pubblici*, pp. 211-214
15. Tipologia e gradazione delle forme di autonomia e di subordinazione degli enti pubblici, da *Gli enti pubblici*, pp. 230-253
16. Il carattere necessario degli enti pubblici, da *Gli enti pubblici*, pp. 259-275
17. Stato, Regioni, Unione Europea, in *Le Regioni*, 1992, II, pp. 903-919
18. Le organizzazioni non profit nel diritto pubblico italiano, in G. Ponzanelli (a cura di), *Gli enti "non profit" in Italia*, Padova 1994, pp. 221-230

19. L'ambivalenza del principio di sussidiarietà, da *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino 2000, pp. 107-108
20. Autoamministrazione e gestione corporativa della magistratura, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il Consiglio superiore della Magistratura*, Torino 2001, pp. 251-255
21. Una valutazione della mancata riforma, Intervento al Convengo "Le Autonomie territoriali", Roma, Università LUISS, 9 gennaio 2001, in G. Berti, G.C. De Martin, (a cura di), *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, Milano, 2001, pp. 47-49
22. Uniformità e differenziazione: necessità di individuazione del "grado di disuguaglianza accettabile" per l'ordinamento, da G. Rossi, A. Benedetti, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002 (supplemento al n. 1), pp. 22-24
23. Servizi pubblici ed enti territoriali: la definizione dell'ambito della sfera pubblica, da *Diritto Amministrativo*, Milano 2005, vol. II, pp. 51-65
24. La rilevanza giuridica dell'organizzazione, da *Principi di diritto amministrativo*, Torino 2010, pp. 111-113
25. L'articolazione dell'organizzazione pubblica. Unità-articolazione; rigidità-garanzia, elasticità-efficienza, da *Principi*, pp.119-120:123-124; 210-212
26. Beni pubblici. Ragioni e limiti di una disciplina specifica, da *Principi*, pp. 241-251
27. Il ruolo attuale delle formazioni sociali. Problemi e prospettive, relazione al Convengo Eptaforum, Roma, 26 novembre 2011, inedito
28. Giudice e processo amministrativo, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 4, pp. 1211-1236
29. Giustizia, economia, riforme, Roma, Consiglio di Stato, 26 settembre 2013, inedito
30. Lo sviluppo delle ONG in Italia, in G. Rossi (a cura di), *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa in Italia e in Cina. Organizzazioni sociali, autonomie locali, unità di servizi pubblici, autorità ammnistrative indipendenti* (Atti del convegno, Università Roma Tre, 14 novembre 2012), in *Giustamm.it*, 2013, pp. 36-42
31. L'esperienza dei comuni in Italia, in G. Rossi (a cura di), *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa in Italia e in Cina*, in *Giustamm.it*, 2013, pp. 87-92
32. La questione europea. I problemi della governance, in ridiam.it, 2016
33. Il diritto delle associazioni tra "pubblico" e "privato", in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, Napoli 2018, vol. II, pp. 1793-1797

Volume III
Economia, Ambiente, Servizi

1. I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1970, pp. 237-270
2. La scuola di Stato. Problemi storici e giuridici nella prospettiva di riordinamento dei pubblici poteri, Roma, 1974, p. 1-50; pp. 93-145 e 151-180
3. Enti pubblici a struttura di società per azioni, da *Gli enti pubblici*, Bologna 1991, pp. 170-182
4. Le autonomie nella scuola. Presentazione, in G. Rossi, A. Medina (a cura di), *Uniformità e squilibri nel servizio scolastico italiano*, Bologna, 1991, pp. 9-11
5. I contratti delle pubbliche amministrazioni. Una chiave di lettura: le gradazioni rigidità-elasticità, in *Riv. Giur. Quadr. Pubbl. Serv*., 1993, III, pp. 20-21
6. Pubblico e privato nell'economia di fine secolo, in *Quaderni del pluralismo*, 1995, pp. 1-27
7. Riflessioni sulle funzioni dello Stato nella economia e nella ridistribuzione della ricchezza, in *Dir. Pubbl.*, 1997, pp. 289-317.
8. I servizi pubblici locali tra vincoli e autonomie, in *Quaderni del pluralismo*, 1998, pp. 1-22
9. Dove inizia il servizio pubblico. Avvio di una riflessione, in *Riv. Giur. Quadr. Pubbl. Serv.,* 2000, pp. 7-10
10. Gli enti pubblici in forma societaria, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, pp.221-229
11. Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità, in *Servizi pubblici e appalti,* 2006, 2, pp. 185-195
12. Il settore dell'energia nel contesto europeo, in D. Velo (a cura di), *La cooperazione rafforzata e l'Unione economica. La politica europea dell'energia*, Milano, 2007, pp. 138-179
13. Storicità e gradualità della emersione dell'interesse ambientale nella sfera giuridica, in *Diritto dell'Ambiente,* Torino, 2008, pp. 3-10
14. La materializzazione dell'interesse ambientale, da *Diritto dell'ambiente*, pp. 11-20
15. La complessità organizzativa nel diritto dell'ambiente, da *Diritto dell'ambiente*, pp. 101-107
16. L'ambiente come bene giuridico. Danni e tutele, da *Diritto dell'ambiente*, pp. 99-117

17. La tutela dell'ambiente nei contratti pubblici, in *Ambiente e Sviluppo*, 2008, 11, pp.1003-1004
18. Le energie rinnovabili tra complessità organizzative e procedimentali, in A. Macchiati, G. Rossi *La sfida dell'energia pulita*, Bologna 2009, pp. 185-196
19. I "disaiuti" di stato, in *Rass. Avv. Stato*, 2009, pp. 44-47
20. Profili contrattuali e fiscali nella prestazione di servizi pubblici. Il limite delle "idee chiare e distinte", in *Il Diritto dell'economia,* 2010, pp. 249-252
21. L'incerto regime delle imprese pubbliche, Roma, 5 maggio 2010
22. Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna, in *Le istituzione del Federalismo,* 2011, 2, pp. 381-393
23. Ambiente, paesaggio, sviluppo, *Relazione al congresso Italo-brasiliano*, Roma, Accademia dei Lincei, 3 aprile 2013, inedito
24. Le funzioni amministrative in materia ambientale, *Relazione al convegno Italo-cinese* "*Diritto amministrativo dell'ambiente*", Pechino, China University of Political Science and Law, 25 ottobre 2014, inedito
25. Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione, in *Rivista di Dir. Pubbl.*e *Com.* 2014, I, pp. 1-43
26. Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2015
27. Le società partecipate tra "pubblico" e "privato", in S. Fortunato – F. Vessia, *Le nuove società partecipate e in house providing*, in *Quaderni Giur. Comm.*, Milano 2017, pp. 31-44
28. I servizi pubblici in Italia e in Cina, *Intervento al Colloquio italo-cinese* "*Il servizio pubblico in Italia e in Cina*", Roma, Università Lumsa, 6 aprile 2018, inedito
29. Il servizio pubblico postale in un contesto concorrenziale, in *Astrid Rassegna*, n. 16/2018

Sul finire della 'carriera scientifica' di uno studioso di un certo rilievo, è d'uso pubblicare in suo onore una serie di scritti. Quanto meno nella prassi invalsa negli ultimi tempi, si tratta di scritti sui temi più vari, che raramente fanno riferimento all'opera dell'Autore. Questa prassi rischia alle volte di non consentire di fare il punto sull'apporto che l'Autore ha dato con il suo lavoro scientifico, nelle discipline diverse dalle scienze umane i contributi scientifici hanno il pregio di essere più misurabili e vi sono strumenti, come le riviste internazionali, idonei a fare il punto sul progredire delle conoscenze. Nel diritto, come nelle altre discipline umanistiche, la valutazione è rimessa al giudizio soggettivo dei lettori. Per evitare che le novità contenute nei suoi scritti non venissero colte con sufficiente chiarezza, Giampaolo Rossi ha scritto una Guida alla lettura e un suo allievo, Danilo Pappano, ha redatto un Glossario delle nuove definizioni e degli apporti principali. Su questi si è aperta una ampia riflessione, con contributi di accademici di varie nazionalità, magistrati e giovani studiosi che qui vengono pubblicati nell'ordine temporale in cui sono pervenuti, redatti con la forma della lettera o dell'intervento nel dibattito. I 43 contributi presenti nel volume non solo evidenziano i profili di innovazione frutto del lavoro dell'Autore ma, in qualche caso, muovono critiche o esprimono la preferenza per un metodo diverso. Come osserva Morbidelli «attraverso questa mobilitazione di letture del percorso dello studioso si dà luogo ad un vero e proprio nuovo genere letterario che seppur non in presenza e non all'impronta evoca la tradizione dei club e dei caffè letterari, in quanto viene comunque a crearsi (così come del resto nei *blog*) una atmosfera propizia alla fermentazione culturale».

Giampaolo Rossi è professore emerito di diritto amministrativo e di diritto dell'ambiente nell'Università Roma Tre e nella China University of Political-Science and Law (CUPL) di Pechino. Ha insegnato all'Università di Perugia, alla Sorbona (Paris I) e alla Lumsa. Ha tenuto inoltre lezioni e conferenze in varie università e centri di ricerca. Ha fondato e diretto il dottorato di ricerca in diritto pubblico nell'Università di Perugia e in diritto di amministrativo nell'Università Roma Tre. Ha fondato e diretto vari osservatori e centri di ricerca. È direttore della Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente (RQDA). Esercita la professione di avvocato.

Francesco Grassi è Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università Roma Tre. Avvocato.

Omar Hagi Kassim è Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università Roma Tre. Avvocato.

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI