

PREMESSA

Avvicinandosi il cinquantesimo dall'inizio della mia riflessione sul diritto amministrativo, avevo pensato, insieme ai miei allievi, di pubblicare la raccolta completa degli scritti esponendoli, come spesso si fa, in ordine cronologico.

Avevamo poi pensato di superare il carattere di documentazione archivistica e celebrativa che hanno queste pubblicazioni, nemmeno del tutto giustificato, in questo caso, dal grado di notorietà raggiunto dall'Autore. L'idea era stata, allora, di raccogliere i lavori in volumi tematici. Erano stati, così, individuati sei volumi (Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza del diritto; Stato e economia: enti e società pubbliche; Principi e vicende del diritto dell'ambiente e dell'energia; Persona, formazioni sociali e stato; Interessi e situazioni giuridiche soggettive, tutele e responsabilità; Enti territoriali, servizi pubblici, istruzione) ciascuno dei quali con una premessa che era stata predisposta dai curatori. Si tratta, come si vede dai titoli, delle tematiche delle quali si occupano gli studiosi del diritto amministrativo in tutti i paesi nei quali si è sviluppata questa disciplina. Erano già state redatte le presentazioni ai volumi dalle quali ho tratto indicazioni utili nella scrittura della Guida. Un "glossario" scritto da Danilo Pappano metteva in evidenza le nozioni e definizioni nuove contenute negli scritti.

Abituati a verificare criticamente le idee che man mano ci si prospettano, abbiamo però rilevato che in questo modo si sarebbe prodotto un piccolo trattato, non sufficientemente compatto per evidenziare i contenuti innovativi, né abbastanza completo per documentare il ciclo storico degli istituti e delle idee maturate in questo periodo.

Ho quindi pensato di modificare l'impianto dell'opera e sono arrivato, con lo stimolo e i suggerimenti decisivi di Carlo Marzuoli, alla conclusione che segue: i saggi e gli scritti vengono raccolti in tre volumi e sono preceduti da una mia Guida alla lettura. Altri scritti non vengono qui ripresi o perché il riferimento al diritto positivo vigente al momento della loro pubblicazione appesantirebbe la lettura o perché gli elementi di novità sono già sufficientemente esposti in scritti precedenti.

Vengono invece compresi nella raccolta i testi di alcuni degli intervenuti a convegni organizzati con colleghi cinesi, che sono ancora inediti in Italia e stanno per essere pubblicati in Cina. Sono una mera esposizione dell'ordinamento italiano, ma la necessità di dare spiegazioni semplici che fossero comprese da un tipo di cultura diversa ha stimolato formulazioni chiare e organiche che hanno fornito all'Autore consapevolezze nuove, come ad esempio quella di individuare la prima funzione del diritto amministrativo nella "giuridicizzazione del potere".

I tre volumi raccolgono in ordine cronologico i saggi e gli scritti scelti, pubblicati in varie riviste o in *ridiam.it* o tratti dalle monografie *La scuola di Stato* (1974), *Enti pubblici associativi* (1979), *Gli enti pubblici* (1991), *Introduzione al diritto amministrativo* (2000), *Diritto amministrativo*, in due volumi (2005), *Diritto dell'ambiente* (2008, II ed. 2011, III ed. 2015 e IV ed. 2017), *Principi di diritto amministrativo* (ed. provv. 2009, I ed. 2010, ed. cinese 2013, II ed. 2105, III ed. 2017). I testi qui pubblicati sono tratti dalle prime edizioni.

Il lavoro complessivo di raccolta e selezione di saggi e scritti è stato svolto da Danilo Pappano. I volumi sono redatti a cura di Daniele D'Alessandro e Danilo Pappano (volume I), Francesca Goggiamani e Francesco Grassi (volume II), Andrea Farì ed Emanuele Guarna Asanti (volume III).

I tre volumi hanno per titolo:

1. *Il metodo e la teoria generale. Nozioni elementari e gradazioni.*
2. *Istituzioni, enti territoriali e società.*
3. *Economia, ambiente, servizi.*

La distribuzione delle opere è frutto in parte di una scelta opinabile per le evidenti interconnessioni che vi sono nelle tematiche.

La Guida alla lettura ha lo scopo di mettere in evidenza il tessuto unitario che collega le diverse opere, espressione di un approccio innovativo nel metodo e nelle applicazioni che ne derivano, tanto da giustificare il titolo che la accompagna: linee di un nuovo diritto amministrativo.

Non si propone quindi come una riflessione generale sull'insieme delle problematiche del diritto amministrativo che avrebbe richiesto una ricognizione più ampia ed esaustiva, ma ne individua i profili di maggiore rilievo che hanno formato oggetto degli studi effettuati.

Sono indicati nelle parentesi i numeri dei volumi e dei saggi o scritti contenuti nei tre volumi. Nella redazione delle note si è mantenuta la diversità dei criteri redazionali delle singole pubblicazioni. Dei lavori con altri autori viene qui riportata solo la parte scritta da me.

Devo fare tanti e sentiti ringraziamenti a chi mi ha aiutato nella redazione di questo lavoro. Ho già detto del contributo decisivo di Carlo Marzuoli e Danilo Pappano e dei curatori Daniele D'Alessandro, Francesca Goggiamani, Francesco Grassi, Andrea Farì ed Emanuele Guarna Assanti. Ringrazio inoltre i miei allievi che avevano redatto la presentazione degli scritti nella precedente ipotesi redazionale in 6 volumi: oltre agli attuali curatori, Auretta Benedetti, Giovanni Maria Caruso, Federico Dinelli, Annamaria Gigli, Omar Hagi Kassim, Alessandra Pioggia.

Ringrazio infine i colleghi e gli studiosi che mi hanno fatto pervenire commenti e osservazioni ad una prima bozza del lavoro: Dian Scheffold, con il quale ho intrattenuto un dialogo intenso e stimolante, Marcos Almeyda Cerreda, Enzo Cardi, Roberto Cavallo Perin, Fulvio Cortese, Chiara Cudia, Pasquale de Lise, Stefano Fantini, Carlo Emanuele Gallo, Cesare Mirabelli, Alfredo Moliterni, Massimo Monteduro, Luca Perfetti, Giuseppe Piperata, Pierluigi Portaluri, Mauro Renna, Girolamo Scullo, Giuseppe Severini, Simone Torricelli, Luo Zhi-min. Un ringraziamento particolare a Guido Corso dal quale mi divide, spesso, il merito delle opinioni e al quale mi unisce, sempre, l'appassionato interesse per il diritto.

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, in parallelo a una maggiore giuridicizzazione del potere, e in quello cinese, dove da alcuni decenni si sta consolidando lo stato di diritto [I, 19, 20].

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 premienza 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 enfattizzazioni che finiscono per avvalorare la prassi burocratica di anteporre l'osservanza formale delle regole procedurali 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 fe-

nomeni tutt'altro che consolidati (come la c.d. globalizzazione dell'economia e delle istituzioni) [III, 6, 24, 25] 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 [II, 1] poi con la monografia sugli enti pubblici associativi [II, 3, 4, 5, 6, 7], con gli studi sul sindacato [II, 2, 9], sulla partecipazione e sulle forme di auto amministrazione all'interno della sfera pubblica [II, 2, 4].

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 [II, 33].

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 [II, 14] 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 [II, 18, 19, 27, 30].

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 esercitano poteri su terzi, estranei sia all'organizzazione rappresentativa sia al gruppo sociale [II, 20].

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 [II, 11].

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" [I, 2,5].

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* [I, 14].

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 un 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 [II, 9, 14].

Di qui la ricerca ricorrente negli scritti delle “ragioni e limiti di una disciplina specifica” [ad es. II, 26] 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 [I, 2, 7].

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 procedurali 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*, l. n.

241/1990, inserito dall'art. 1, l. 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 provvedimenti, 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) [I, 22].

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 inadeguati 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, anziché sul contratto, quindi sugli atti unilaterali, 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 [I, 2, 3, 22].

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 [II, 10].

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 [III, 2].

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 parafiscale) 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 [I, 7], sia pure accompagnata da cautele e problematicità, anche per la consapevolezza di non poter proporre agli studenti nozioni che sarebbero state considerate un errore se esposte nei concorsi. La "suggerimento di una diversa concettualità" era forte. Si riallaccia-

va 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 [II, 28], 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 [III, 3, 10, 27], 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 concluse, 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 [III, 1]. 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 [II, 8]. 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 dilleggiava 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 [I, 1].

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 [II, 16].

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 [II, 5]. 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 ratenersi nel giusto mezzo se non dopo essersi stancato su estremi contrari" [I, 21]. 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 sen-

so) 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 [III, 6, 21].

Da questa impostazione discende la possibilità di contestualizzare la problematica delle imprese pubbliche e di esaminarne i vantaggi e i limiti [III, 7, 11, 19].

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 [v. I, 1], anche se non viene affrontata in termini generali salvo che nel breve scritto sulla polivalenza delle norme giuridiche [I, 25].

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 [I, 26].

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 [I, 4, 18].

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, 13; II, 11]. 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 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. 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 [II, 32].

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 [I, 8].

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 [I, 11, 12].

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 [I, 1, 8; II, 25].

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, i 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 [I, 3, 4; III, 2]).

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 qualifi-

cazione 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 [I, 5]. 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 (vol. III, 29).

Viene così confermato che l'organizzazione è la risposta agli interessi e la matrice dei diritti [II, 24].

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 [III, 28].

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 am-

ministrativo 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 [II, 12, 21, 25, 31; III, 8], fra le esigenze di uguaglianza e differenziazione [II, 22; III, 22], fra la tutela degli interessi a soddisfazione necessaria alla quale devono provvedere i gestori dei servizi pubblici e la preferenza accordata ai modelli concorrenziali [II, 23; III, 9, 20, 29], e ancora nella scelta fra garanzia ed efficienza nei contratti pubblici [III, 5].

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 [I, 10, 12, 15, 16; III, 19].

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" [I, 15], (basta 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 prescindere 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 [I, 24].

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 sala-

rio degli inservienti a un pubblico stabilimento” [I, 21].

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 procedurali 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 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 preconetto 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 [I, 17].

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 [I, 8].

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 [I, 6].

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 i casi può essere intestatario del rapporto di impiego del personale o utilizzare personale di altro ente, può di-

sporre 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 antropomorfa) 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 [II, 15].

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 acquisito 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" [I, 6].

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 i 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 [III, 24].

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 [III, 13, 14, 16, 26]. 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 [I, 25].

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 [III, 14], per cogliere la dinamica degli interessi e per definire le figure e le situazioni giuridiche soggettive che connotano questa disciplina [I, 25].

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 [I, 25].

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 temperamento, 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'*) [III, 23]. La composizione fra interessi confliggenti tutti primari e di rango costituzionale, e quindi incompressibili, 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.

GIAMPAOLO ROSSI