

A proposito di gradualismo e superamento delle dicotomie: una metafora e un binomio da invertire

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Iambrenghi*

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. Certo non si può dimenticare proprio in questa materia il «ruolo dell'Amministrazione quale attore “tecnicamente competente”».

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 Stato¹, illustra nuove vie offerte al diritto amministrativo e propone ragionamenti logici che tanto successo hanno riscosso, anche a noi è consentito un intervento dalla cortesia del suo organizzatore, il prof. Pierluigi Portaluri, autore di un'interpretazione superba del

* 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 Iambrenghi Premessa e paragrafo 1, ad A. Angiuli i paragrafi 2, 3, 4, 5 e 6.

¹ 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 marzo 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, Pierluigi Portaluri, Giuseppe Piperata, Alfredo Moliterni, Simone Torricelli.

contributo di Giampaolo Rossi², 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). E deve tenersi conto – ecco la dicotomia – altresì di un *dovere* prefigurato dall'ordinamento generale

² Cfr. P. 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*, 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 ne loro insieme e nel loro collegamento» (ivi, 357).

Cfr., inoltre, G. Berti, *La giustizia nell'amministrazione pubblica*, in *JUS – Rivista di scienze giuridiche*, 2003, 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 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 in 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: «Sembrebber 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».

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.

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

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, 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.

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, le ragioni del corretto movimento delle persone, le tecniche delle produzioni industriali immediatamente utili alla vita e al benessere di ciascuno e dell'intera comunità rappresenta nel complesso attività o fatti costituente chiara 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.

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 Giam-*

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 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 riconoscimento 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.

paolo Rossi, *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, Torino, 2019, XXXVII-XXXIX; Id., *Servizi pubblici ed enti territoriali: la definizione dell'ambito della sfera pubblica*, da *Diritto Amministrativo*, Milano, 2005, vol. II, 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, 63-67 e 71-76; Id., *Storicità e gradualità della emersione dell'interesse ambientale nella sfera giuridica*, da *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008, 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.

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 potranno 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 rinunciare 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 pozzanghera⁶ – 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 nel-

⁶ G. Rossi, *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, XL, in relazione a *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica*, in *Saggi e scritti scelti*, vol. III, Torino, 2019.

la 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 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 potere⁷.

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 Pierluigi 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. 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 schematico 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, 8-47, l'antigradualismo in materia di capacità giuridica sembra, invece, collegata ad un'esigenza di non favorire l'affermazione di differenze tra persone.

Cfr. altresì dello stesso Autore *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, 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».

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 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 produttiva 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'autoritarità della pubblica Amministrazione e guarda

con favore all'Amministrazione paritaria o almeno alla limitazione della posizione di supremazia dell'organo amministrativo, anzitutto in termini di unilaterali e non autoritari dell'esercizio del potere⁸.

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 nell'essenziale 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 vanno ricondotti in via di principio al concetto di libertà: l'autolimita dell'Amministrazione o il limite voluto dalla normativa anzitutto comunitaria impediscono che l'autore

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'autoritarità 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.

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 vanta 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.

7. *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'esperien-

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, Napoli, 2018, 190.

za 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 aggiungere – 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 salvaguarda 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 territoriali¹¹, 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*, Napoli, 1986.

A proposito di gradualismo e superamento delle dicotomie: una metafora e un binomio da invertire

Lo studio prende in considerazione, nell'ambito degli "Scritti scelti" pubblicati di recente dal prof. Giampaolo Rossi, uno degli apporti metodologici più significativi, definito in termini di "gradualismo" nell'interpretazione dell'ordinamento giuridico "vivente".

Gli autori osservano che anche abbandonando la logica della contrapposizione tra privato e pubblico, diritto soggettivo e interesse legittimo, alcuni aspetti di "dicotomie" e "binarismo" restano alla base dell'ordinamento giuridico generale a garanzia della buona amministrazione cui fa riscontro l'interesse del cittadino.

È questo lo spunto per una rinnovata riflessione teorica, espressa in termini sintetici e con ricorso ad alcune metafore, sul percorso di giuridicizzazione dell'interesse c.d. materiale; e, corrispondentemente, sull'ambito e sui limiti dell'esercizio del potere amministrativo. L'approdo è nel senso che, se ad una dicotomia è necessario ricorrere, l'unica che appare conforme ai principi che reggono l'ordinamento amministrativo è quella espressa in termini di "libertà-autorità" (non già di "autorità-libertà"), atteso che l'origine dell'autorità non può che individuarsi nella volontà profonda del vasto gruppo sociale che in democrazia esercita sovranità. Pertanto, non è configurabile spazio alcuno per l'autorità senza la premessa di un fatto di libertà – produzione del νόμος – che imponga doveri di comportamento alle pubbliche amministrazioni, destinatarie di poteri commisurati alle necessità di assolvere ai compiti di benessere della comunità.

With regard to gradualism and the overcoming of dichotomies: a metaphor and a binomial to turn around

From within the *Selected Writings* recently published by prof. Giampaolo Rossi, the study considers one of his most significant methodological contributions, defined in terms of 'gradualism' in the interpretation of the 'living' legal system.

The authors note that even abandoning the logic of the opposition between private and public, subjective right and legitimate interest, some aspects of 'dichotomies' and 'binarism' remain at the basis of the general legal order so as to guarantee good administration, as reflected in the interest of the citizen.

This is the starting point for a renewed theoretical reflection, expressed synthetically and making some use of metaphor, along the path of the legalization of so-called material interest; and, correspondingly, concerning the scope and limits of the exercise of administrative power. The conclusions drawn suggest that, while a dichotomy is necessary, the only one that appears to comply with the principles governing the administrative system is the one expressed in terms of 'liberty-authority' (not of 'authority-liberty'), given that the origin of authority can only be identified in the profound will of the vast social group that exercises sovereignty in democracy. Therefore, no space can be found for authority without the premise of a degree of freedom – the production of νόμος – which imposes obligations of conduct for public administrations and holders of powers in line with the need to carry out the tasks of community wellbeing.

