

Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*

Fabrizio Fracchia

SOMMARIO: 1. Premessa: oggetto dell'indagine, sua delimitazione e metodo impiegato.

PARTE I. Una proposta teorica per studiare le frontiere nel diritto e, in particolare, nel diritto amministrativo. – 2. Luhmann e “frontiere”. – 3. Differenziazioni funzionali e codici: l'impianto generale della costruzione teorica. – 4. La teoria al lavoro: condizioni di sopravvivenza del sistema sociale del diritto e mantenimento dei suoi confini. – 5. *Segue*: l'abbattimento dei confini e il rischio di medioevo sistemico (reti, social e AI). – 6. *Segue*: l'amministrazione-organizzazione oggetto di diversi sistemi giuridici che si mantengono nei rispettivi confini; la perimetrazione dell'ordinamento giuridico amministrativo. – 7. *Segue*: il regime del diritto amministrativo e l'ossessione nel tematizzare i problemi (regolamentazione dell'arrogante potere e garanzia di tutela a favore dei privati); il metodo del diritto amministrativo e la semantica del sistema giuridico; la scienza giuridica come cornice predecisionale. – 8. Alcuni corollari (ossia alcuni temi di confine). – 9. Una riflessione di sintesi: un soggetto forte con i deboli, ma (dal punto di vista sistemico) debole con i forti.

PARTE II. Nuove frontiere, diritto amministrativo e (nozione giuridica di) transizione. – 10. Le crisi della modernità e il diritto: una nuova frontiera per l'amministrazione? – 11. Responsabilità intergenerazionali, amministrazione pubblica e diritto amministrativo; la nozione giuridica di transizione (in cammino verso nuove frontiere).

PARTE III. Vecchie frontiere e loro assestamenti: sovranismo e globalizzazione. – 12. La crisi della globalizzazione, il diritto amministrativo e il materiale regolatorio prodotto oltre le colonne d'Ercole della sovranità. – 13. Una lettura sistemica della (crisi della) globalizzazione e delle sue nuove frontiere, tra IA e responsabilità.

* Testo della relazione tenuta al Convegno AIPDA che si è svolto a Napoli il 29 settembre 2023 e destinata a essere pubblicata nei relativi Atti.

1. *Premessa: oggetto dell'indagine, sua delimitazione e metodo impiegato*

Il titolo del convegno richiama esplicitamente il motivo della frontiera e, dunque, la presenza di un “luogo” posto al confine tra territori differenti e, in particolare, tra pubblica amministrazione e “altro”.

Poiché lo spazio della pubblica amministrazione è anche costituito dal quadro regolatorio che ne disciplina modo di essere e di agire, l'indagine può estendersi al diritto e, risalendo ancora, alla scienza giuridica che di esso si occupa. Pure in questa prospettiva, che tende progressivamente a innalzarsi di livello, il motivo dei confini è certamente di interesse e continuamente intercettato dagli studiosi del diritto amministrativo.

Lo spunto è assai stimolante anche perché, allargando lo sguardo al di fuori del contesto giuridico (e, cioè, spostando l'accento dall'oggetto di analisi alla postura e alla collocazione di chi su di esso riflette), ci rendiamo subito conto che siamo attestati su di una serie di confini instabili e critici, che scandiscono “tempi” e perimetrano “luoghi” in una cornice di grande e crescente complessità (v. *infra*, par. 9): stiamo vivendo un tornante della storia (siamo su di un confine, appunto) che ci consente di registrare la fine di una terribile pandemia; al contempo assistiamo a una grave crisi geopolitica, coeva all'avvento di un nuovo assetto internazionale e alla sempre più avvertita crisi climatica, che si configura come frontiera che inesorabilmente avanza; queste situazioni si accompagnano ad altre crisi complesse della attualità, quali l'immigrazione, la transizione energetica, la crescente ingerenza della tecnica, la tenuta dei conti pubblici, l'incremento demografico mondiale (che si contrappone alla crisi della natalità nazionale).

Questo scenario di fondo (unitamente alla sua instabilità) non può non influenzare anche la riflessione relativa alle frontiere (e alle variazioni che le stesse stanno subendo) con cui si confronta l'amministrazione, soggetto che, come appare subito evidente, riveste un ruolo essenziale in tutti i contesti menzionati, configurandosi (spesso quale “primo sportello istituzionale” cui le persone si rapportano e che ha il compito di proteggerle nelle situazioni di crisi) come attore insostituibile nelle e delle crisi medesime, nonché come gestore di imponenti risorse pubbliche (il PNRR, al riguardo, è un esempio lampante).

Nell'accingersi a trattare il tema assegnato, si ritiene opportuno esplicitare un profilo che, invero, caratterizza ogni dimensione dell'esperienza umana e che si traduce anche in un'indicazione di metodo. Ciascuno di noi, cercando di comprenderlo, guarda il (e si accosta al) mondo (e, dunque, anche a un orizzonte problematico assai più ridotto quale è l'oggetto di una relazione scientifica) non già come fosse una sorta di “tabula rasa”, bensì partendo da uno schema interpreta-

tivo predefinito e utilizzando un filtro precostituito¹. In altri termini, l'oggetto dell'indagine non è mai trsguardato in modo ingenuo da parte di un osservatore che possa pretendere di essere un passivo annotatore di un episodio di rispecchiamento oggettivo: facciamo esperienza del mondo sempre condizionati dalle nostre esperienze pregresse.

Pure il quadro che si intende qui tratteggiare e illustrare in generale (considerando che i principali e più interessanti problemi giuridici di "confine" sono oggetto di specifiche relazioni, alle quali non avrebbe senso sovrapporsi), dunque, è influenzato da riflessioni pregresse.

Tre, in particolari, sono i filoni (*recte*: i precedenti studi) che si è ritenuto di riprendere e valorizzare onde farli "confluire" in questa relazione; essi saranno trattati in ordine decrescente di "ampiezza" e di "profondità": I) le riflessioni che applicano le tesi luhmanniane; II) gli studi sulle relazioni intergenerazionali; III) le analisi su sovranismo e globalizzazione.

Questa scelta, come è ovvio, è criticabile e, anzi, nel caso di Luhmann, può apparire arbitraria e frutto di un approccio apologetico: essa comunque trova ragione nel fatto che quelle pregresse riflessioni intercettano tutte il motivo del confine e il problema del ruolo dell'amministrazione.

PARTE I

Una proposta teorica per studiare le frontiere nel diritto e, in particolare, nel diritto amministrativo

2. *Luhmann e "frontiere"*

Particolare attenzione sarà riservata alla prima linea di indagine², per svariate ragioni.

Essa, intanto, si risolve in un approccio forse non così diffuso nel panorama degli studi degli amministrativisti, quanto meno nel senso di applicazione tendenzialmente integrale dell'intera teoria a un ampio spettro di problemi.

¹ Sul tema della precomprensione, il riferimento è ovviamente H. G. Gadamer, *Verità e metodo*, trad. it. di G. Vattimo, Milano 1995. In ambito giuridico, v. G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza*, Milano, 1984.

² Alle tesi di Luhmann si è fatto abbondantemente ricorso in svariati lavori: basti citare, da ultimo, F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti. Spunti per definire un modello tecnico – concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, Napoli, 2020.

Per altro verso, le riflessioni di Luhmann³ sono aderenti all'oggetto del convegno: basti osservare che, secondo il grande sociologo, osservazioni e descrizioni sono fondate su "distinzioni" e che il concetto di confine è costantemente al centro della sua analisi⁴.

La teoria, inoltre, è particolarmente e naturalmente in grado di cogliere l'eccezione di comunicazioni e la *complessità* (e alle stesse di dare un "senso") che caratterizzano il contesto di continua *instabilità* in cui, come sopra indicato, si muove oggi anche l'amministrazione. In particolare, quella teoria spiega efficacemente come viene gestita la complessità (e il connesso sovraccarico di pretese), traducendola in problema trattabile nel perimetro di un sistema sociale, in forza di un meccanismo di selettività che consente la scrematura di alternative e, dunque, la riduzione del mondo complesso in un campo di possibilità più ristretto e perciò maggiormente "confinato".

La tesi di Luhmann offre poi un'unitaria cornice teorica che permette di mettere contemporaneamente a tema i problemi del perimetro dell'amministrazione, delle frontiere del suo diritto e dei limiti della relativa scienza⁵.

Infine, si è convinti che la collocazione di un certo ambito settoriale o sapere rispetto al "tutto" non possa essere colta in seno a quell'ambito e applicandone i concetti e costrutti teorici. Neanche il *proprium* della scienza – per sfiorare un tradizionale problema, invero risolto in senso opposto da neopositivisti o empiristi logici – può essere percepito esaminando scientificamente la scienza. L'osservazione, anche del diritto amministrativo onde tracciarne i confini, deve assume-

³ Si v. almeno le seguenti opere: *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1972; *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974 (trad. it. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978); N. Luhmann-R. De Giorgi, *Teoria della società*, Milano, 1992. Sul pensiero di Luhmann. V., *ex multis*, R. De Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione. Critica dell'epistemologia tedesca da Kelsen a Luhmann*, Bari, 1979; B. Romano, *Filosofia e diritto dopo Luhmann. Il tragico del moderno*, Roma, 1996; A. Febbrajo, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano, 1975; S. Costantino, *La ragione amministrata*, Palermo, 1983; L. Avitabile, *Diritto e osservatore. Un'interpretazione di Jasper in costante riferimento a Luhmann*, Milano, 1998. Riflessioni in parte analoghe a quelle di Luhmann sono state svolte da altri autori, quali G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996 e A. Febbrajo, *Constitutionalism and Legal Pluralism*, in A. Febbrajo and G. Corsi (a cura di) *Sociology of Constitutions: a paradoxical perspective*, Ashgate, 2016.

⁴ R. De Giorgi, *Limiti del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, VI, numero speciale 2017, 5-24. «La questione centrale è la questione dei confini, dei limiti, appunto. Ma si tratta sempre di confini interni: essi sono costituiti all'interno della società, la quale, al di fuori di sé, non conosce altro se non il mondo, che è il suo limite. Ma anche il mondo è un limite che è costruito all'interno, esso si espande o si restringe nella misura in cui la società si espande o si restringe. Il limite è sempre costruito all'interno»: R. De Giorgi, *Le periferie della modernità nella teoria della società*, in M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca (a cura di), *Periferie e diritti fondamentali*, Napoli, 2020, 216. V. altresì R. De Giorgi, *Drammaturgia del diritto. Riflessioni per i primi cento anni della «Rivista internazionale di filosofia del diritto»*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2022, 83.

⁵ Sulla riconducibilità a scienza dell'attività degli studiosi del diritto, sia consentito rinviare a F. Fracchia, *The science of administrative law, juridical method and epistemology: the roles of paradigms in the era of the crisis of modernity*, in *IJPL*, 2013, 5 e ss.

re un punto di vista esterno (di norma questo ufficio – osservazione di secondo livello – è stato assolto dalla filosofia, che ha uno sguardo superiore ai vari saperi). Quello di Luhmann senz'altro lo è.

3. *Differenziazioni funzionali e codici: l'impianto generale della costruzione teorica*

Occorre preliminarmente richiamare, in forma di decalogo, i principali (e ai nostri fini più rilevanti) pilastri di quella teoria⁶.

I) Per il grande sociologo tedesco, l'unità minima ed elementare cui guardare per comprendere la società è rappresentata dalla comunicazione, operazione costitutiva del sistema-società che contiene informazioni e produce senso. Attraverso le operazioni di comunicazione, i sistemi “possono riprodursi autopoieticamente con l'aiuto dei loro prodotti”⁷. In altri termini, l'operazione di comunicazione implica e produce sempre e solo comunicazione. Si chiarisce così anche il concetto di autopoesi: è la comunicazione medesima che consente l'autopoesi del sistema e la sua delimitazione rispetto all'ambiente⁸ (in cui vanno inserite le persone e i relativi stati psichici)⁹.

II) Il sistema sociale racchiude al suo interno altri sistemi, nel senso che genera “universi” in cui si articola. All'interno del sistema si riproduce quella differenza tra società e ambiente¹⁰.

⁶ Non deve stupire il ricorso alle riflessioni di un sociologo. A tacere della grande competenza giuridica di Luhmann, si è al cospetto non già di una sociologia basata su metodologie empiriche, qualitative e quantitative, quanto di una teoria completa che, pur se in qualche misura controintuitiva (basti pensare al fatto che la persona è collocata al di fuori del sistema sociale), spiega in modo convincente le distinzioni tra sistemi sociali, compreso il diritto. Va aggiunto che non si tratterà in questa sede della sua condivisibilità o plausibilità complessiva (indagine che porterebbe al di fuori dell'asse principale del discorso). Ciò significa che chi non la accetti non potrà convenire su nessuna delle osservazioni di seguito svolte, anche se non semplice e molto impegnativa pare la strategia di chi voglia ergersi contro la grandiosa costruzione di un gigante come Luhmann, che certo non può essere superata con una semplicistica scrollata di spalle, guardando atomisticamente a un suo frammento (su cui non si è d'accordo) o proponendo arbitrariamente forme di contaminazione con altre impostazioni. In ogni caso, anche per mantenere lineare e percepibile il ragionamento, la tesi di Luhmann è stata assunta e impiegata senza apportare (ovviamente) alcun adattamento, che risulterebbe un indebito peggioramento e un ingiusto inquinamento di una grandiosa costruzione teorica.

⁷ N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, 318.

⁸ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 26.

⁹ La comunicazione, nella prospettiva dell'autopoesi, è un'operazione che si connette all'operazione precedente. Ogni sistema costruisce quanto usa come informazione (in questo senso è autoreferenziale) e innalza i propri confini, distinguendo ciò che viene attribuito allo stesso e ciò che non lo è: N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 197.

¹⁰ Ogni sistema così enucleato in seno al sistema sociale (politica, scienza, religione, arte, economia, diritto) opera incessantemente in vista di questa differenziazione, costruendo la propria specifica realtà come prodotto della osservazione che compie e presidiando il confine che lo separa dall'ambiente e dagli altri sistemi e, dunque, ispezzando quell'argine.

III) Nelle società moderne, il criterio di differenziazione tra sistemi è costituito dalla funzione¹¹ specificamente assolta da ciascuno di essi (nel medioevo, ad esempio, esisteva un unico centro che concentrava le varie funzioni, stratificandole in un “luogo” sistemico)¹².

Vediamo ora la dinamica con cui opera ciascun sistema, compreso il diritto.

IV) Secondo Luhmann, il sistema elabora come informazione il rumore che proviene dall’ambiente a esso esterno; quel rumore è “filtrato” attraverso un codice binario, che è la forma con cui ogni sistema tratta e riconosce ciò che cade nel proprio campo di osservazione e, dunque, riduce l’infinito e continuo eccesso di complessità¹³. La complessità del mondo si trasforma così in problema interno.

V) Ogni sistema, poi, offre “prestazioni” selettive diverse (il diritto, ad esempio, indica all’economia se un contratto è valido¹⁴).

VI) I vari sistemi, producendo autopoieticamente comunicazione e, “osservando” il mondo (e regolando da sé i temi che trattano¹⁵), creano inoltre anche proprie semantiche e, cioè, modi di espressione condensati¹⁶.

VII) I sistemi vicendevolmente si allineano attraverso meccanismi di accoppiamento¹⁷. L’accoppiamento consente a vari sistemi di comprendersi e ne consente l’interdipendenza, traducendo le comunicazioni prodotte dall’uno in termini appunto comprensibili per l’altro, aprendo a una reciproca osservazione. Si è al cospetto di forme che consentono di stabilire una connessione tra sistemi separati, trasformando un evento esterno in una risorsa sistemica. Il contratto, ad esempio, ha questo “ruolo” nei rapporti tra economia e diritto: la firma del rogito è al contempo economicamente e giuridicamente rilevante o, meglio, è comunicazione condivisa da due sistemi sociali; la Costituzione accoppia sistema politico e sistema giuridico. Le comunicazioni prodotte da un sistema trovano così significato nelle comunicazioni di altri sistemi. Più nel dettaglio, comunicazioni specifiche, condivise contingentemente da sistemi diversi, vengono immediatamente (disaccoppiate e) collegate all’autopoiesi e, cioè, osservate esclusivamente dal loro

¹¹ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 254 e ss.

¹² Nessun sistema può svolgere le funzioni di altri e non vi è la possibilità di rintracciare “luoghi” di rappresentazione in cui, confondendosi, convergono i vari sistemi. Ognuno di essi, cioè, risolve in esclusiva (quasi si trattasse di un’ossessione) un peculiare “problema” in chiave universalizzante.

¹³ Accanto all’orientamento alla funzione (“trattamento” di un solo problema specifico), dunque, si percepisce nel sistema la presenza di un codice (che è ben definito soprattutto in certi sistemi, quali il diritto): una sorta di trasformatore, che muta qualsiasi rumore in informazione e produce continuamente comunicazione: N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 305.

¹⁴ Sotto un profilo diverso, in argomento, v. F. Merusi, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in *Lo Stato*, 2018, fasc. 10, 421 e ss.

¹⁵ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 300.

¹⁶ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 264.

¹⁷ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 30 e ss. e N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 325 e ss.

interno e non determinate dall'altro sistema (esse non sono il risultato della trasmissione di informazioni da un sistema, posto che non vi è accesso alle operazioni reciproche). La parte dell'accoppiamento interna al sistema è irritazione (o perturbazione o disturbo), che viene vagliata dalle strutture specifiche dello stesso: irritazione che, pur derivando da un influsso esterno, rimane costruito proprio del sistema¹⁸.

VIII) Per ottenere risultati comunicativi duraturi (per fare in modo che il sistema comunichi a "proprio nome") occorre invece un'organizzazione, abilitata a produrre comunicazioni che possono essere recapitate all'esterno ed essere comprese. La riduzione della complessità e dell'incertezza passa attraverso la fissazione di predecisioni e, cioè, premesse decisionali per una quantità indeterminata di decisioni future¹⁹. Con le premesse – una sorta di cornice, concernente "una quantità ancora indeterminata di decisioni"²⁰, con cui l'organizzazione costruisce il proprio mondo – le singole decisioni si raffronteranno senza dover "ricostruire l'intera complessità delle situazioni"²¹. Come risulta evidente da quanto fin qui osservato, la tipologia di operazione che è ascrivibile all'organizzazione (e solo all'organizzazione, a differenza dunque dei sistemi nel loro complesso: si pensi a tribunali, Parlamento, università) è la decisione²².

IX) Il diritto può agevolmente essere inquadrato nella prospettiva di un "sistema" e, cioè, di un universo differenziato rispetto al resto della società.

X) A sua volta, il diritto può articolarsi in ulteriori sub-sistemi, che corrispondono alle sue branche (compreso il diritto amministrativo).

È giunto il momento di calare questo costruito teorico nel nostro orizzonte problematico e di indagine.

¹⁸ N. Luhmann – R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 38.

¹⁹ N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 183.

²⁰ N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 184.

²¹ N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 185.

²² L'organizzazione, dunque, è operativamente costituita dalla comunicazione di decisioni: N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 101. Le decisioni sono osservazioni che osservano mediante distinzioni (alternative), indicando quale lato dell'alternativa si preferisce (e deve essere chiarito che entrambi i lati della distinzione sono raggiungibili e possono essere indicati: N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 109). La decisione, dunque, illumina una delle possibilità, informando sia su se stessa, sia sull'alternativa (pag. 117), che è una possibilità scartata. Essa ha la funzione di assorbire l'incertezza, al contempo costruendo una propria complessità secondaria: N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 183. Le organizzazioni si chiudono operativamente rispetto all'ambiente, riducendo la complessità esterna e, contemporaneamente, creandone un'interna. L'accenno consente di confermare che la teoria luhmanniana è particolarmente adatta a trattare il motivo della complessità e, dunque, lo specifico carattere che contraddistingue i problemi della modernità. Ciò vale con riferimento (non solo alle organizzazioni, ma anche e soprattutto) ai sistemi: si è infatti acutamente osservato che, attraverso il codice, il sistema tiene latente la complessità reale perché offre un numero ridotto di alternative entro cui orientarsi: R. De Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione. Critica dell'epistemologia tedesca da Kelsen a Luhmann*, cit., 211.

4. *La teoria al lavoro: condizioni di sopravvivenza del sistema sociale del diritto e mantenimento dei suoi confini*

La teoria di Luhmann rinuncia a qualsiasi apriori o valore fondante extra sistemico; essa, tuttavia, è un ottimo punto di osservazione e, dunque, soddisfa una delle esigenze essenziali dell'indagine accademica, fornendo cioè un filtro teorico convincente per leggere la realtà e i suoi problemi.

Per altro verso, offrendo materiale per riflettere sulle nostre responsabilità come studiosi (ma anche educatori), consente di individuare, per così dire, le condizioni di sopravvivenza – perché strutturanti e distintive rispetto ad altri sistemi – del sistema giuridico e, più specificamente, di quello relativo al diritto amministrativo. In un contesto di continuo cambiamento, il superamento delle condizioni e delle strutture di stabilizzazione di un sistema (ma analogo discorso può estendersi ai sub-sistemi e, in parte, alle organizzazioni) porta alla scomparsa del sistema, che non è più in grado di gestire alcuna complessità e viene fagocitata da altri sistemi.

Si può osservare, ad esempio, che il diritto si differenzia dalla politica in quanto quest'ultima è dotata di un codice binario (disporre di potere/non disporre) e di una specificità funzionale del tutto distinta da quelle del diritto (che osserva il mondo applicando il codice legale/non legale) e non rende analoghe “prestazioni”: solo il diritto, infatti, consente di scegliere aspettative di comportamento in quanto è in grado di determinare in anticipo se qualcosa sarà legale o illegale, offrendo un risultato assai utile, ad esempio, al sistema dell'economia. Al contempo, il diritto stabilizza quelle aspettative, impedendo che vengano problematizzate²³. In sostanza, esso immunizza la società contro se stessa e, cioè, protegge le aspettative dalla delusione²⁴.

Analoghe differenze esistono con il sistema sociale della scienza.

Impiegare codici non propri, smentire la specificità funzionale del proprio sistema o pretendere di fornire prestazioni non tipiche del sistema significa “bloccare” la comunicazione e, dunque, non consentire all'osservatore di comprendere il “senso” di quello che osserva (come accade a chi, in un processo, guardi un avvocato che si rivolge al collegio recitando poesie). Ogni sistema è una sorta di “sguardo” sul mondo (si noti: sulla totalità dei relativi problemi, che vanno dalla pandemia al *climate change*, dalla presenza di organizzazioni sovranazionali all'IA) a partire da un peculiare punto di vista. Se si vuole produrre comunicazione “comprensibile” e pertinente al sistema giuridico, in conclusione, non si possono assumere punti di vista differenti da quello espresso dal codice del sistema.

²³ R. De Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione*, cit., 224.

²⁴ Sul caso limite dell'obbedienza alle leggi ingiuste da parte di Socrate (e, ovviamente, sotto un profilo diverso da quello trattato nel testo), v. G. Corso, *Obbedire alle leggi? La lezione di Socrate*, in *Nuove autonomie*, 2022, 7 e ss.

5. Segue: l'abbattimento dei confini, il rischio di medioevo sistemico (reti, social e AI)

Strettamente legato al motivo del superamento dei confini è un altro tema di cui si occupano in maniera sempre crescente anche gli amministrativisti²⁵: quello delle reti, dei social, dei software e della c.d. intelligenza artificiale²⁶.

Intese come strutture e concrezioni sociali (sistemi di comunicazioni), quelle realtà sono organizzazioni²⁷ in grado di stabilire premesse decisionali e di assumere decisioni che comunicano all'esterno (si pensi ai like e alle valutazioni mediante apps), "parlando a nome proprio" o rendendo prestazioni "intelligenti" (come nel caso dell'intelligenza artificiale). Affiorano cioè decisioni specifiche che altri sistemi non sono in grado di garantire: la "decisione" assunta per mezzo di un algoritmo, la profilazione degli utenti, la predizione dell'insorgenza di malattie (Google Flu Trends) e così via. Le reti esprimono poi una propria semantica (emoticons o altri meccanismi comunicativi compatti).

Il diritto può tematizzare quel materiale nel modo consueto e, cioè, esponendolo al meccanismo di riduzione della complessità costituito dal (e scremandolo con il) codice proprio del sistema del diritto, continuando ad assicurare la propria prestazione. Si pensi alla definizione dei comportamenti leciti e illeciti relativamente all'uso dei dati personali e alle comunicazioni sui social, oppure alla selezione dei margini entro i quali la decisione può essere affidata a un algoritmo²⁸ o vi è possibilità di fare ricorso alla block-chain²⁹, e così via.

Si assiste tuttavia a un fenomeno qualitativamente e quantitativamente diverso. Le reti non si limitano a esprimere decisioni e a porre premesse deci-

²⁵ *Ex multis*, nell'impossibilità di richiamare tutti i contributi, si v. G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Padova, 2023; V. Molaschi, *Algoritmi e discriminazione*, in *Fundamental rights*, 2022, 19 e ss.; G. Pesce, *Funzione amministrativa, intelligenza artificiale e blockchain*, Napoli, 2021; N. Paolantonio, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi (sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Dir. amm.*, 2021, 813 e ss.; G. Carullo, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, n. 3, 431 e ss.

²⁶ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, cit., 131 ss., F. Fracchia, *Le fake news come luogo di osservazione dei fenomeni della tecnologia e delle reti nella prospettiva del diritto*, in www.federalismi.it, 2020, 53 e ss.; Id., *Le reti e i social nella prospettiva del diritto*, in *Scritti in onore di F.G. Scoca*, III, Napoli, 2020, 2119 e ss.

²⁷ Secondo Tar Lazio-Roma, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769, il software sarebbe un «insieme organizzato e strutturato di istruzioni contenute in qualsiasi forma o supporto capace direttamente o indirettamente di fare eseguire o fare ottenere una funzione, un compito o un risultato particolare per mezzo di un sistema di elaborazione elettronica dell'informazione». Ad avviso di Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, «il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo».

²⁸ V. Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 e sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472. L'art. 22, Regolamento n. 2016/679 stabilisce il diritto di non essere sottoposti a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato. Sull'art. 30, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, si tornerà *infra*, nt. 54.

²⁹ Art. 106, d.lgs. 36/2023, cit.

sionali, ma si configurano come un emergente nuovo “sistema” che (e perché) si intesta una funzione e un codice binario completamente differenti da quelli fin qui noti nella società moderna (costituito da una distinzione binaria: appartenenza tecnologica e smart al “mondo virtuale”/non appartenenza a tale contesto), che consente di riconoscere l’appartenenza dell’operazione al sistema e ne permette la chiusura operativa. Esse identificano ruoli (influencer, youtuber), qualificano relazioni, definiscono procedure, anche attraverso algoritmi e programmi. L’AI, in particolare, non è altro che una specifica semantica espressa da quel sistema, che crea un proprio autonomo “mondo” e la relativa autorappresentazione.

A ogni buon conto, ciò che si intende qui lumeggiare è il fatto che le reti reclamano una competenza universale³⁰ (a processare tutti i problemi) in quanto “sistema tecnologico” e creano un proprio mondo, gestendo l’incertezza.

Esattamente a questo proposito emerge il tema dei confini. Intanto, in generale, in rete siamo vittime dell’illusione collettiva di essere (diventati) tutti amici e conoscenti, superando barriere, distanze e “confini”³¹. A proposito di confini, vi è tuttavia qualcosa di maggiormente profondo e che interessa più da vicino il giurista: il rischio che qui si paventa è che i sistemi tradizionali (non solo il diritto, ma anche la politica, l’economia, l’arte e così via) lascino al nuovo “luogo” sistemico (incarnato dalla rete) un importante spazio di soluzione del problema di cui essi si fanno tradizionalmente carico, smarrendo quell’esclusiva che si sono guadagnati nella società moderna.

Anche senza spingersi a trattare il delicato problema della capacità di ChatGPT di generare risposte di testo simili a quelle umane o il problema delle ripercussioni sul lavoro tradizionale dell’AI (lo sciopero di Hollywood del luglio 2023 è al riguardo emblematico), si prospetterebbero la stratificazione funzionale e il ritorno a una sorta di medioevo sistemico, in forza del quale un unico sistema assomma in sé varie funzioni, dall’arte³² (con una preoccupante omologazione del sentire estetico) alla scienza (il “vero” è attestato dalla rete; alla rete ci si rivolge per curarsi o per avere risposte sul *climate change*), dalla storia (con ricostruzioni di complotti e vicende talora francamente inverosimili) all’economia (si ponga mente al fenomeno dei bitcoins, che autorisolve il problema del valore economico all’interno del sistema), per giungere all’etica (caratterizzata dall’affermazione di un acritico pensiero unico, assai pernicioso o dalla definizione, attraverso flus-

³⁰ Sotto un profilo diverso, il problema è colto da D. Donati, *Nello spirito del tempo*, Bologna, 2023, 2022, il quale, tra l’altro, parla di “realtà terza”.

³¹ Spesso – come di recente rilevato – i fruitori del web sono mossi da un atteggiamento giovanilistico che li spinge a condividere qualsiasi contenuto o a “dare del tu” a chiunque, rifuggendo da quel meccanismo di distinzione minimo – letto, solo e sempre in chiave negativa, come ipocrisia – che è costituito dalle buone maniere, mentre nel mondo reale domina il *politically correct*.

³² Sulla nozione di “patrimonio digitale” e di “bene pubblico digitale”, v. P.P. Forte, *Il bene culturale pubblico digitalizzato – Note per uno studio giuridico*, in *Persona e amm.*, 2019, fasc. 2, 245 e ss.

si comunicativi poco controllati, di polarizzati modelli di giudizio su questioni assai sensibili, magari originati da un video di pochi secondi che diventa virale) e financo al diritto (strutturando aspettative). Anche poteri tradizionalmente pubblici, infatti, quale è quello di porre regole e di controllarne l'applicazione, vengono esercitati dalle reti (e dalle organizzazioni che le dominano), come accade, per citare due soli esempi, nei casi delle prescrizioni e dei disclaimers forniti da Twitter e da TikTok.

6. *Segue: l'amministrazione-organizzazione oggetto di diversi sistemi giuridici che si mantengono nei rispettivi confini; la perimetrazione dell'ordinamento giuridico amministrativo*

Il riferimento all'organizzazione e ai suoi limiti può essere di qualche interesse per l'amministrativista sotto almeno due profili.

a) In primo luogo, la nozione di "amministrazione pubblica" può essere riempita di significato luhmanniano configurandola come categoria che denota un insieme di organizzazioni preordinate ad assumere decisioni. Le organizzazioni (la cui perimetrazione consente di misurare lo "spazio" soggettivo della pubblica amministrazione), d'altro canto, cercano spesso rapporti simbiotici con altre organizzazioni, operando in modo reticolare³³, sicché risulta agevole spiegare la tendenza dei giuristi e del sistema del diritto ad aggregare le varie organizzazioni (e le loro componenti) sotto il comune denominatore di "amministrazione pubblica". Va aggiunto che le organizzazioni sono costruite con riferimento a singoli sistemi, anche diversi dal diritto, configurandosi, cioè, come organizzazioni che si formano all'interno di un sistema, di cui assumono il primato funzionale (istituzioni scolastiche, organizzazioni della scienza, organizzazioni dello Stato). Possono però anche darsi organizzazioni "trasversali" a vari sistemi di funzioni le quali approfittano della complessità dei sistemi sociali³⁴. L'amministrazione (anch'essa fornita di una propria cornice predecisionale e chiamata a emanare decisioni) pare appunto un'organizzazione trasversale: ai vari sub-sistemi giuridici (e, infatti, a essa si applicano le regole del diritto amministrativo, ma anche costituzionale o civile) innanzi tutto, ma pure ad altri sistemi (molte organizzazioni amministrative si vincolano anche al codice di altri sistemi, quali la scienza, l'istruzione o l'economia).

³³ N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 335.

³⁴ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 331.

b) In secondo luogo, il riferimento all'organizzazione consente di mettere meglio in luce il tema dei confini degli ordinamenti giuridici³⁵, compreso quello (per coloro i quali, come chi scrive, aderiscono alla tesi romaniana della pluralità degli ordinamenti³⁶) amministrativo.

Uno dei problemi più rilevanti della tesi romaniana consiste nella difficoltà di identificare, nel panorama giuridico, i singoli ordinamenti, che Romano indicava evocando, appunto, anche il tema dell'organizzazione³⁷.

Il discorso può essere articolato nei seguenti passaggi.

b 1) Le indicazioni luhmanniane, sopra ricordate, suggeriscono la necessità che la struttura (per essere "organizzazione" ed eventualmente ordinamento) abbia la capacità di decidere e, prima ancora, di esprimere regole generali per le decisioni future.

b 2) Più propriamente, quando e in quanto, possedendone i caratteri, sia organizzazione, la struttura si "candida" a esprimere la funzione del diritto (ecco il passaggio all'ordinamento romaniano) e, cioè, a "distribuire" i valori del codice binario del sistema del diritto. Tutto ciò è non solo necessario, ma risulta al contempo sufficiente.

Ove l'organizzazione appunto distribuisca i valori del diritto, le norme (espressione della seguente scansione: "prevedere" in vista del successivo "provvedere") dell'organizzazione correlata al sistema sociale del diritto sono giuridiche, in quanto coinvolte nella prestazione tipica del diritto medesimo.

b 3) L'ordinamento generale di cui parla Santi Romano, invece, pare essere null'altro che il sistema sociale del diritto (luhmanniano) in azione, che opera per definire incessantemente i propri limiti (ecco perché al di fuori dello stesso si incontra il "nulla giuridico"), trattando in modo autopoietico come proprie le operazioni passate e future e, in qualche modo, dando loro ordine. Esso è, cioè, ordine senza organizzazione in senso (luhmanniano) tecnico; continua stabilizza-

³⁵ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, cit. V. altresì, sotto profili diversi, A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997 e P.M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990.

³⁶ V. sul punto A. Cioffi, *La norma interna nell'ordinamento giuridico*, in *Dir. economia - www.ildirittoedelleconomia.it*, 2023, 287 e ss.; in part. 293 e ss. L'A., osserva (p. 299) come nell'ambito della l. 241/1990 emerga la formula «secondo i rispettivi ordinamenti»: «per esempio, nel determinare i termini di conclusione del procedimento (art. 2, comma 3), nel determinare l'unità responsabile del procedimento (art. 4, comma 2), nel determinare i criteri per la concessione di provvidenze e ausili economici (art. 12, comma 1)». V. altresì G. Bottino, *Norme interne e discrezionalità della pubblica amministrazione*, *ibid.*, 273 e ss. e V. Berlingò, *Contributo ad uno studio dell'attività amministrativa interna nelle riforme dell'Italia e della Cina*, Napoli, 2018.

³⁷ V. le osservazioni dello stesso Santi Romano, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918, 35, nota 29 *ter*. Secondo N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977, in Santi Romano «la parola-chiave "organizzazione" non viene mai chiaramente definita».

zione di aspettative, senza necessità di assumere decisioni, con rilevanza “esterna”, spettanti alle organizzazioni³⁸.

7. *Segue: il regime del diritto amministrativo quale specifica ossessione nel tematizzare i problemi (regolamentazione dell'arrogante potere e garanzia di tutela a favore dei privati); il metodo del diritto amministrativo e la semantica del sistema giuridico; la scienza giuridica e il suo metodo come cornice predecisionale*

Il discorso non sarebbe completo se non indugiasse ancora più a fondo sul diritto amministrativo e non affrontasse il problema fondamentale del suo regime amministrativo quale fattore di differenziazione da altri subsistemi.

Si tratta di temi in cui si avverte il “clima” da frontiera, nel senso che chi se ne occupa³⁹ discute dei confini⁴⁰ che separano (e che spesso si auspica siano rafforzati o attenuati) il diritto amministrativo dal diritto costituzionale, dal diritto

³⁸ Il passaggio, sintetizzato in modo estremo nel testo, è stato sviluppato in maniera più distesa nel già menzionato saggio F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, cit. In quell'occasione si è ricordato che la nozione di ordinamento generale offerta dal giurista siciliano in termini di organizzazione, a differenza di quanto accade per gli ordinamenti più specifici, appare molto ampia e di meno immediata percezione, tanto che i suoi caratteri sembrano indebolirsi fino quasi a perdere di definizione. La nozione romaniana di ordinamento, invece, è appunto coerente con l'idea di sistema sociale del diritto.

³⁹ *Ex multis*, e senza pretesa di completezza, si v. V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico: contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio 1885-1925*, in V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale*, Milano, 1940, 21 e ss.; M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, II-III, 1940; S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; id., *Alla ricerca del Sacro Graal (A proposito della Rivista di diritto pubblico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 789 e ss.; A. Orsi Battaglini, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discorrendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 639 e ss.; E. Casetta, *Continuità ed evoluzione nello studio del diritto pubblico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1996, fasc. 25, 743 e ss.; L. Benvenuti, *Metodo giuridico, autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 1998, 661 e ss.; A. Romano Tassone, *Pluralità di metodi ed unità della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 1998, 651 e ss.; Id., *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 11 e ss.; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, 2001; A. Travi, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli “altri saperi”*, in *Dir. pubblico*, 2003, 865 e ss.; G. Rossi, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 4 e ss.; A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009; L. Iannotta, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Dir. amm.*, 2003, 133 e ss.; R. Ferrara, *Il “metodo” giuridico negli scritti di Antonio Romano Tassone: il diritto tra regole e regolarità*, in *Dir. amm.*, 2014, 525 e ss.; M. D'Alberti, *Metodo e metodi di studio dell'amministrazione pubblica*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, 2016, 31 e ss.; V. Cerulli Irelli, *Sulla “questione amministrativa” e sulla responsabilità della dottrina*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di D. Sorace*; S. Licciardello, *Metodo giuridico e sistema a diritto amministrativo*, Napoli, 2016. Interessanti riflessioni circa gli studi di G. Miele sono svolte da F.G. Scoca, *Giovanni Miele, teorico generale del diritto*, in *Dir. amm.* 2022, 19 e ss. Di recente, v. F. Francario, *Riflessioni a margine di un dibattito sul metodo giuridico*, in www.giustiziasieme.it, 2023

⁴⁰ C. Franchini, B.G. Mattarella (a cura di), *Sabino Cassese e i confini del diritto amministrativo*, Napoli, 2011 e L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, cit.

privato, da quello internazionale e così via, così come ci si interroga costantemente sul *proprium* del relativo regime.

a) Il monito che pare potersi ricavare dagli studi di Luhmann è il seguente: il diritto amministrativo è in grado di mantenere la propria separazione e autonomia funzionale soltanto a condizione di riuscire a costituire un insieme differenziato di comunicazioni giuridiche scaturenti da una “ossessione” specifica (un “punto di vista”) nel tematizzare i problemi sociali e nel fornire a essi soluzione. Tutto ciò è legato al regime giuridico.

b) Il diritto amministrativo deve cioè essere in grado di creare autopoieticamente una propria autonoma semantica (intesa come comunicazione condensata per essere continuamente riutilizzata), pena la propria dissoluzione.

c) Questa semantica è, appunto, il regime giuridico⁴¹, insieme di criteri che svolgono una duplice funzione essenziale. Il regime, cioè, provvede a strutturare il diritto amministrativo e, al contempo (ecco riemergere il motivo dei confini), a differenziarlo da altri sistemi. Sull’identificazione degli elementi essenziali di questo regime (e di questa semantica), come noto, non sussiste unanimità di vedute tra gli autori. Vi è, ad esempio, chi valorizza il rapporto paritario tra cittadino e amministrazione; chi accentua il tema della discrezionalità; altri ancora pone in evidenza la specifica natura delle relazioni giuridiche. Ciascun paradigma opera selezioni e screature di campo lasciando latente una quota di complessità.

d) Spetta al metodo giuridico sostanzialmente realizzare – ancorché trattando di temi anche più specifici, quali i criteri interpretativi – la strutturazione del regime giuridico⁴², agendo incessantemente al fine di sistematizzare e così distinguere il diritto amministrativo sia da altri settori del diritto, sia, più in generale, da storia, scienza, economia e così via. Il metodo, in definitiva, indica cosa caratterizza il diritto amministrativo e che cosa esso rappresenta. Il metodo è definito e affinato da una particolare organizzazione (trasversale, che è radicata nel sistema educativo e universitario), quella degli studiosi raggruppati in scuole, che operano ininterrottamente per produrre risultati comunicativi “duraturi” e che possano essere compresi.

Ciò chiarito, è possibile tornare al regime di diritto amministrativo siccome ricavabile dall’analisi del dato positivo e dalla nostra tradizione. Esso dà rilievo alla gestione di pretese e aspirazioni condizionata dall’intervento di un soggetto pubblico dotato di particolari poteri in vista di interessi sopraindividuali e, come anticipato, è incarnato da una specifica semantica che ne illumina il duplice signi-

⁴¹ Interessanti indicazioni e spunti sono forniti da M.A. Moraes Alberto, *Métodos do Direito Administrativo: entre a discricionariedade e a constitucionalidade*, in corso di pubblicazione, il quale, a proposito di regime giuridico, ha introdotto la distinzione, ripresa nel testo, tra criteri strutturali e differenziali, proponendo la semantica della costituzionalità in contrapposizione a quella della discrezionalità.

⁴² Devo questa indicazione e M.A. Moraes Alberto, *Métodos do Direito Administrativo*, cit.

ficato strutturale e distintivo. A giudizio di chi scrive, il regime di diritto amministrativo – come detto enucleabile sia dal contesto normativo e costituzionale, sia dalla tradizione – si traduce nella semantica del *potere funzionalizzato* (e, dunque, doveroso) assegnato a soggetti tendenzialmente inseriti in un circuito di indirizzo politico e dotati di specifiche responsabilità, unitamente a quella della tutela del cittadino nei confronti dell'arroganza del potere medesimo.

Dal primo punto di vista (strutturale), si noti che a partire appunto dai poteri si identificano le amministrazioni; lo svolgimento del potere avviene attraverso la dinamica (per citare una felice espressione elaborata dalla dottrina) norma-potere-effetto; il dovere imprime a quella dinamica un carattere non libero; l'amministrazione agisce secondo moduli procedurali ed esprimendo una volontà oggettivata; i poteri autoritativi, attribuiti in vista di specifiche finalità, vanno sindacati anche sotto il profilo delle modalità di conseguimento di quegli obiettivi; i poteri e la loro arroganza giustificano la specificità e la profondità della tutela (con il corredo di ulteriori semantiche: si pensi alla valorizzazione dell'effettività della tutela, alla centralità del giudice amministrativo⁴³, nonché all'estensione della legittimazione ad agire, alla flessibilità della tutela cautelare, alla primazia, pur non assoluta, della tutela costitutiva nel sub-sistema del diritto processuale amministrativo⁴⁴); anche l'attività apparentemente paritaria cela pericolose

⁴³ V. M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione: apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.

⁴⁴ *Ex multis*, su taluni di tali caratteri, v. F. Merusi, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. e processo amm.*, 2019, 281 e ss. Ovviamente il discorso potrebbe ulteriormente svilupparsi – ma i limiti dell'indagine non lo consentono – indulgiando sul “senso” dello spazio assicurato (e criticato da parte della dottrina: v. M. Mazzamuto, *L'allegato E e l'infausto mito della giurisdizione unica tra ideologia ed effettività della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 740 e ss.) al giudice ordinario. Basti notare che il sub-sistema “giudizio ordinario” offre (anche all'amministrazione) una prestazione diversa da quella garantita dal sub-sistema “giudizio amministrativo”. Il primo tutela (“osserva”) la situazione giuridica di diritto soggettivo e opera ai confini del regime di diritto amministrativo (ove vi sia giurisdizione del giudice ordinario, infatti, l'amministrazione agisce in situazione di carenza di potere in concreto oppure, ove abbia potere, nel processo ordinario essa non compare – perché la lite riguarda due privati – o vi compare non con il “ruolo” di soggetto che condiziona la situazione del privato mediando tra le sue aspirazioni e l'interesse pubblico), sicché, in questa prospettiva, per rendere la prestazione (tutelare il diritto soggettivo) è sufficiente (di norma) assegnare al giudice ordinario il potere di disapplicazione dell'atto. Sarà poi l'amministrazione a dovere allineare il proprio flusso comunicativo a quella “prestazione”, agendo in via di autotutela (artt. 4 e 5, l. 2248/1865). Il giudice amministrativo, invece, opera pienamente all'interno del regime di diritto amministrativo e, onde offrire tutela, ha il potere di annullare l'atto, intervenendo cioè direttamente sul risultato della mediazione pubblicistica (si è detto di norma, perché questa semantica non è un codice immutabile del sistema del diritto, e, infatti, l'art. 113 Cost., ammette deroghe al principio, sicché la legge può immettere pienamente il giudice ordinario nel circuito del regime amministrativo, rendendolo partecipe di uno dei criteri strutturali dello stesso). Si potrebbe poi discutere se sia opportuno che la scienza amministrativistica tematizzi (e, cioè, di esso si occupi e studi) il giudice ordinario (che è posto al di là dei confini del regime del diritto amministrativo). Riflettendo sul concetto di persona-assoggettata al potere (che, come si dirà ancora oltre, nel testo, rappresenta una sintesi comportamentale di varie operazioni, agevolando la comunicazione interpersonale con i vari sistemi) si scorge la ragione per cui gli amministrativisti analizzano tutti i risvolti processuali delle vicende che possono interessare la persona in quanto si relazioni con le amministrazioni. Non è un caso che il termine “giustizia amministrativa”

e oscure sacche di autoritatività⁴⁵. Tutto ciò indica strutturalmente le nervature del sub-sistema del diritto amministrativo.

Quanto al criterio distintivo, quel regime e quelle nervature offrono una rappresentazione immediatamente percepibile di ciò che “contraddistingue” il diritto amministrativo rispetto ad altri sistemi e sub-sistemi⁴⁶.

In questo modo, il diritto amministrativo è in grado di ridurre la complessità, garantendo la stabilizzazione della forma della differenziazione sociale che lo caratterizza. Ovviamente rimane latente quanto non catturato da quel criterio selettivo: si tratta di una realtà mascherata, che non pare però in grado di “destabilizzare” il regime e il sistema.

L’abbandono dell’idea dell’esistenza di un regime specifico condannerebbe invece il diritto amministrativo all’indistinzione nei confronti di altri rami del diritto.

8. *Alcuni corollari (ossia alcuni temi di confine)*

Applicando le coordinate teoriche fin qui delineate, sempre nella prospettiva di illuminare confini e limiti, si possono ricavare alcuni corollari, qui elencati trattando quindici temi specifici⁴⁷.

1) *Arginare gli sconfinamenti dei giuristi e i rischi di una malintesa interdisciplinarietà*

indichi un insieme di istituti assoggettati a differenti discipline unificate in ragione della comune finalità, costituita dalla tutela della persona nei confronti della pubblica amministrazione attraverso il riconoscimento, in capo al privato, del potere di rivolgersi ad una autorità al fine di ottenere giustizia.

⁴⁵ Il discorso può estendersi anche al modello di amministrazione condivisa (caratterizzato pur sempre da una regia pubblica, dalla presenza di procedure e competenze amministrative e, dunque, dalla sussistenza di taluni dei caratteri strutturali e distintivi del regime di diritto amministrativo), in ordine al quale v. Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131: «si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell’art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la “co-programmazione”, la “co-progettazione” e il “partenariato” (che può condurre anche a forme di “accreditamento”) si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall’art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull’aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico».

⁴⁶ È sufficiente ricordare l’emancipazione della motivazione dell’atto dal paradigma volontaristico o la ricostruzione dei vizi del provvedimento in modo indipendente rispetto alla sistematica dalle cause di invalidità del contratto.

⁴⁷ Essi non esauriscono, ovviamente, lo spettro dei problemi di “confine” nel diritto amministrativo. In particolare, esiste un ambito tematico di assoluto rilievo (e specifico nel nostro campo di studi) costituito – dopo la stagione non coronata da successo del *New public management* – dal rapporto tra politica e amministrazione, che, per ragioni di spazio, non è possibile qui indagare. Per alcuni spunti, sia consentito comunque rinviare a F. Fracchia, *I fannulloni pubblici e l’irritazione di Brunetta*, Napoli, 2012.

L'interdisciplinarietà non può tradursi – come, in modo discutibile, a giudizio di chi scrive, avviene anche in taluni programmi universitari – in una forma indistinta di comunicazione, che finisca per elevare (in realtà: ridurre) il giurista a un tuttologo, la cui comunicazione non ha senso nel sistema giuridico. Vero è piuttosto che, in disparte la circostanza che la persona (purché ne abbia la competenza⁴⁸ e sia investito del ruolo: si ricordi che le persone stanno fuori dai sistemi) può anche comunicare in altri sistemi, la totalità dei problemi, pur oggetto di differenti punti di osservazione, è suscettibile di essere “tematizzata” anche dal sistema giuridico, a patto però di permanere fedeli al codice. Ecco perché non ha “senso” (non è comprensibile) la comunicazione del giurista che, dichiarando di restare nell'orbita di quel sistema, pretenda di trasformarsi in esperto di scienza, o in economista. Una tipica esperienza che disorienta (“non ha senso” per) l'ascoltatore è quella di assistere a una relazione o a una lezione in cui un giurista tenti di spiegare il *climate change* (oppure, come fortunatamente non accade spesso nei nostri confini, ma non è inconsueto all'estero, voglia utilizzare nel diritto un distorto codice della politica, tematizzando il problema in ragione della forzata contrapposizione tra visioni filo-ambientaliste di sinistra e scetticismo reazionario di destra) o di illuminare l'uditorio sulle regole informatiche di funzionamento della *block-chain*. Questa interazione comunicativa, a tutto volere concedere, ha la stessa rilevanza giuridica che potrebbe avere una generica chiacchierata tra conoscenti.

Tutt'altra questione (e altra possibile – del tutto ammissibile – declinazione dell'interdisciplinarietà) è indagare come si “irritino” vicendevolmente, si allineino e si accoppino i diversi sistemi sociali⁴⁹.

Ciò non scalfisce però la necessità, per il giurista, di non abbandonare il sistema (pena la sua dissoluzione) e la relativa semantica: l'interpretazione del diritto si legittima in virtù di una argomentazione giuridica, non scientifica, o religiosa, o storica⁵⁰.

La digressione interdisciplinare deve sempre “chiudere” sul piano strettamente giuridico⁵¹.

⁴⁸ Non mancano d'altro canto esempi di insigini amministrativisti in grado di efficacemente e con competenza “comunicare” nei sistemi dell'arte (N. Saitta, E. Picozza) o della storia (F. G. Scoca).

⁴⁹ V. *supra*, nt. 17.

⁵⁰ Un cenno in R. De Giorgi, *Le periferie della modernità nella teoria della società*, cit., 216. In argomento, v. in generale M.R. Spasiano, *Il diritto amministrativo nell'era della transdisciplinarietà*, in *Dir. e società*, 2021, 657 e ss.

⁵¹ Tra i molteplici esempi virtuosi, si segnalano A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Napoli, 2021, nonché M. Cafagno, *Analisi economica del diritto e ambiente – Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. economia - www.ildirittoeconomieconomia.it*, 2019, fasc. 2, 155 e ss. e Id., *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 719 e ss.

II) *Arginare gli sconfinamenti tra sistemi*

L'approccio teorico luhmanniano consente di leggere oggi, varcata la frontiera della crisi pandemica, quanto avvenuto negli ultimi anni in termini di confini tra istituzioni, diritto, giudice, politica e scienza. Errato è (ed è stato) pretendere che le scelte politiche dovessero avvenire all'interno del sistema del diritto ed essere operate dalle organizzazioni che lo animano (i tribunali); analogo discorso concerne le grandi sfide ambientali (basti porre mente all'uso delle *climate change litigation*). Errato è (ed è stato) ipotizzare che la scienza potesse fornire dati definitivi⁵² e dovesse farsi carico di assumere decisioni programmatiche della politica; errato è (ed era) pretendere che il politico trattasse i problemi come se fosse uno scienziato⁵³.

Tutto ciò non ha "senso" e, luhmannianamente parlando, provoca irritazione; dal punto di vista dei nostri studi, arreca solo danno e confusione.

III) *Tematizzare il potere fuori dal confine del diritto: il giurista irritante e la reazione del diritto con riferimento alla tecnologia*

Con riferimento al sopra paventato (par. 5) rischio del medioevo sistemico legato alle reti e alla tecnologia, il giurista potrebbe dare il proprio contributo continuando a esporre i problemi al tipico codice del diritto e studiandone i relativi temi restando ancorato alle più solide tradizioni giuridiche.

Si noti che di rilievo sarebbe comunque il risultato di individuare le "carenze" del diritto attuale, incapace di ricondurre la soluzione del "problema" nell'arco delle possibilità perimetrare dal sistema del diritto e, cioè, rendendo le aspettative resistenti alle delusioni, di immunizzare la società contro se stessa. Tornando all'ammissione di incompetenza, essa produrrebbe rumore di fondo, in grado di irritare la politica, inducendola a intervenire secondo i propri codici e rendendo le proprie prestazioni tipiche (programmi decisionali che si traducono in leg-

⁵² V. Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045: «la scienza ad oggi non è ovviamente in grado di fornire certezze assolute circa la totale assenza di rischi anche a lungo termine connessa all'assunzione dei vaccini, ma il legislatore, in una situazione pandemica che vede il diffondersi di un virus a trasmissione aerea, altamente contagioso e spesso letale per i soggetti più vulnerabili per via di malattie pregresse – si pensi ai pazienti cardiopatici, diabetici od oncologici – e dell'età avanzata, ha il dovere di promuovere e, se necessario, imporre la somministrazione dell'unica terapia – quella profilattica – in grado di prevenire la malattia o, quantomeno, di scongiurarne i sintomi più gravi e di arrestare o limitarne fortemente il contagio». Sul punto si tornerà anche *infra*, sub XIII.

⁵³ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 313: «nel caso di una crisi di governo la scienza non può prestare alcun aiuto con le sue verità. Il sistema della politica non dispone di alcuna possibilità sua propria per realizzare il successo dell'economia, per quanto sia politicamente rilevante la dipendenza del sistema della politica da un tale successo e per quanto quel sistema faccia come se potesse davvero riuscire a realizzarlo. L'economia può rendere la scienza partecipe del condizionamento di pagamenti in denaro, ma pur con quanto denaro essa voglia, non può produrre verità. Con prospettive di finanziamento si può allettare, si può irritare, ma non si può addurre una prova scientifica. La scienza onora i pagamenti con 'acknowledgments', non però con argomenti capaci di fornire prove».

gi), per fare sì che, almeno oltre una certa soglia, solo il diritto continui a stabilire ciò che è lecito o illecito.

La c.d. riserva di umanità⁵⁴, in ogni caso, pare inquadrabile esattamente nella prospettiva della salutare reazione del sistema del diritto che, annettendo un problema al proprio campo di competenza, ha il significato di contrastare la pretesa universalizzante del “sistema tecnologico”⁵⁵, liberando e presidiando spazi non occupabili da siffatto sistema.

IV) *Le condizioni che debbono sussistere perché sia possibile perimetrare un ordinamento giuridico*

Da quanto chiarito nel corso del par. 6 deriva che non qualsiasi elemento strutturale dell'amministrazione possa essere qualificato come un'organizzazione e, dunque, nella terminologia romaniana, risulti “visibile” come (o si candidi ad assumere a) ordinamento. Si pensi a un ufficio esecutivo o a un'altra partizione organizzativa che non esibisce la duplice caratteristica di definire cornici decisionali e di intestarsi decisioni che assorbono incertezza; al di fuori dell'organizzazione vi è un magma instabile e non immediatamente rilevante di “concrezioni” sociali e di grumi comunicativi. Per altro verso, a tal fine (per potenzialmente identificarsi, cioè, come ordinamento), non occorre che sussistano i più stringenti caratteri individuati dalla dottrina e, in particolare, da Giannini⁵⁶ (il quale, infatti, relegava al rango di fatti non ordinamentali molte figure che per Santi Romano avevano dignità di ordinamento), così come non è ostativo il fatto che alcune norme che l'organizzazione deve rispettare siano definite dall'esterno: è sufficiente che vi sia distinzione tra “prevedere” e “provvedere” e che una quota delle prescrizioni generali e astratte sia riservata all'organizzazione.

⁵⁴ V. art. 30, c. 3, d.lgs. 18 marzo 2013, n. 36, ai sensi del quale «le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di ...b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata». Sia consentito rinviare a F. Fracchia, *Le fake news*, cit., 57; più diffusamente, si v. G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, cit. Reazioni (solo) in parte analoghe si registrano in altri ordinamenti: *ex multis*, v. Tribunale costituzionale federale tedesco, sentenza del Primo Senato, 16 febbraio 2023 (1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20), che ha censurato una disciplina che autorizzava la polizia a trattare i dati personali in suo possesso (già archiviati) avvalendosi di strumenti di analisi automatizzata (in sostanza, “con un click”, la polizia poteva generare profili completi dei soggetti; il trattamento, secondo il Tribunale, è consentito solo ove serva alla prevenzione di determinati reati e a condizione che il legislatore abbia definito in modo sufficientemente preciso i presupposti che lo giustificano).

⁵⁵ Si consideri che la tecnologia implica una continua “intromissione” nella sfera tradizionalmente considerata come foro interno delle persone e, cioè, negli stati psichici di cui parla Luhmann nel momento in cui colloca le persone e, appunto, i relativi stati psichici nell'ambiente esterno. Il nuovo ed emergente sistema, in altri termini, non solo opera incessantemente per distinguersi dall'ambiente, ma ne annette sempre più gli spazi con un'intensità che solo parzialmente può essere paragonata a quanto in un remoto passato accadeva in ordine alla religione.

⁵⁶ V. M.S. Giannini, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici* (1958), *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici* (1990), *Le organizzazioni, elementi degli ordinamenti giuridici* (1994), scritti raccolti in S. Cassese (a cura di), *Massimo Severo Giannini*, Roma-Bari, 2010, 7-63.

V) *All'interno e all'esterno dei confini dell'ordinamento-organizzazione: le norme interne e la distinzione rispetto al diritto posto da fonti riconosciute dall'ordinamento generale*

La ricostruzione dell'ordinamento-organizzazione spiega la giuridicità delle norme interne (che non sono norme dell'ordinamento giuridico generale) e la differenza rispetto a quelle poste dalle fonti del diritto.

Le prime sono norme ove e nella misura in cui l'organizzazione (che per sua natura prevede per provvedere) distribuisca i valori del sistema del diritto. Pur esibendo il crisma della giuridicità, esse – salvo che non ricorra la situazione che sarà esaminata subito *infra* – non si «amalgamano» tuttavia con l'ordinamento generale e non ne fanno parte integrante, dal momento che «non si uniscono con le leggi e i regolamenti generali a costituire l'ordinamento dello Stato»⁵⁷: siamo, appunto, al cospetto di norme interne.

In taluni casi, invece, in ragione della centralità del processo d'integrazione politica che caratterizza le organizzazioni e che esse esprimono, il (sistema del) diritto attribuisce alle predecisioni o alla “semantica” correlata ad alcune organizzazioni – pur non statali – il valore di norme prodotte da fonti dell'ordinamento generale⁵⁸. Per quanto qui di interesse, si tratta delle fonti soggettivamente amministrative che, per attingere a un'altra felice espressione coniata nella scienza del diritto costituzionale⁵⁹, vengono intese come un «prolungamento dei processi politici in altri processi e atti», sicché il diritto conferisce «loro una capacità rappresentativa generale del processo di integrazione politica»⁶⁰. Il fenomeno ben si coglie nel diritto amministrativo sotto il profilo del vizio della violazione di legge, che scaturisce dal mancato rispetto di una qualsiasi di quelle prescrizioni.

VI) *L'amministrazione nei confini degli altri sistemi sociali (o di altri subsistemi)*

L'analisi dei rapporti e delle differenze tra organizzazione, ordinamento e sistema getta un ponte tra diritto e altri sistemi sociali, nel senso che dà eviden-

⁵⁷ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 197.

⁵⁸ Nel senso che le fonti del diritto sarebbero espressione dei processi di unificazione politica nella sfera dell'ordinamento giuridico, v. G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale. I- Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987, cit., 13 e ss.

⁵⁹ G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 17.

⁶⁰ In tali casi, non si profila un ordinamento propriamente separato sotto il profilo giuridico, posto che l'organizzazione rende una prestazione giuridica (nello specifico: decide premesse decisionali ed esprime semantiche) che, per precisa scelta del diritto, è considerata come parte di un processo politico che include tutto ciò che accade nell'ordinamento generale. Indipendentemente dal contenuto delle norme (si pensi alla distinzione tra norme di azione e norme di relazione), infatti, le stesse si amalgamano pienamente con le altre e non si può parlare, da questo punto di vista, di un ordinamento distinto. Ciò non esclude che, ad altri fini e, spesso per ragioni di semplificazione, si faccia utilmente ricorso al termine ordinamento, spesso evocando un preciso ambito materiale o una peculiare dimensione soggettiva di riferimento: dal punto di vista della dignità della prestazione espressa, tuttavia, non vi sono peculiarità che giustifichino questa distinzione.

za a un elemento intuitivo, ma spesso dimenticato dai giuristi, costituito dal fatto che le organizzazioni non rilevano solo per il (“non sono solo”) diritto (allorché, cioè, si configurino come ordinamenti)⁶¹ o per il diritto amministrativo⁶². Tali strutture sociali possono essere il terminale anche di sistemi (e di funzioni) diversi: si pensi all’Università, che distribuisce valori (o, per usare un’altra espressione, “risolve problemi”) non soltanto giuridici, ma anche educativi, economici, scientifici e talora politici. Nulla di strano (anzi ciò spiega perché delle amministrazioni si occupino anche gli economisti o gli studiosi di altri “sistemi”) e niente che giustifichi una malintesa interdisciplinarietà.

Incidentalmente, si consideri che il discorso si può replicare considerando il punto di vista della contabilità e della finanza pubblica. Anche questo sub-sistema (che impiega un proprio codice e offre prestazioni – e, cioè, osservazioni rese ad altri sistemi – specifici) usa una propria semantica che va però tenuta ben distinta da quella del diritto amministrativo.

In questa prospettiva si spiega la perimetrazione, sulla base del SEC 2010 (sistema europeo dei conti di cui al Regolamento UE n. 549/2013) del settore (S13) delle “amministrazioni pubbliche”: i soggetti in esso inclusi (l. 31 dicembre 2009, n. 196) concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, imponendo vincoli e limiti agli incrementi di spesa⁶³. Assai significativo è il fatto che l’art. 2, l. 24 dicembre 2012, n. 243, nel definire le amministrazioni pubbliche, abbia cura di precisare che ciò avviene ai fini della legge medesima (che dà attuazione all’art. 81, Cost.)⁶⁴. I risultati qualificatori guadagnati utilizzando questo punto di osservazione (nozione finanziaria e allargata di amministrazione pubblica) non dovrebbero dunque essere utilizzati automaticamente da un altro sistema per risolvere i “problemi” (ad esempio la perimetrazione dell’ente pubblico) che questo funzionalmente e in via esclusiva si pone.

⁶¹ Santi Romano, in fondo, ne coglieva forse, ma parzialmente, la rilevanza parlando ora di istituzione – sotto il profilo sociale – ora, dal punto di vista giuridico, di ordinamento. Per Santi Romano, *L’ordinamento*, cit., 35, l’individualità dell’istituzione deve essere «esteriore e visibile». L’A. pare negare che vi sia perfetta coincidenza tra le nozioni di ordinamento, organizzazione e istituzione: pag. 101, nt. 69 bis. Più che un rapporto di sinonimia, dovrebbe farsi questione di «equazione»: Id., *Frammenti di un ordinamento*, voce *Diritto e morale*, cit., 69; ne *L’ordinamento giuridico*, cit., 27, peraltro, l’equazione viene qualificata come assoluta.

⁶² D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2021. V. altresì A. Zito, *Dall’epoca del cambiamento al cambiamento d’epoca: il ruolo delle pubbliche amministrazioni nella prospettiva del giurista*, in *Persona e amm.*, 2019, fasc. 1, 457 e ss.

⁶³ La disciplina, dunque, va inquadrata alla luce dei principi di cui agli artt. 81 e 97 Cost. sull’equilibrio di bilancio e sulla sostenibilità del debito di bilancio.

⁶⁴ Per amministrazioni pubbliche si intendono «gli enti individuati con le procedure e gli atti previsti, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, dalla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica, articolati nei sottosettori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale».

Un'ulteriore conferma di quanto fin qui illustrato si ritrova nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), che si preoccupa di operare un raccordo con i principi di contabilità pubblica⁶⁵. L'art. 177, u.c., dispone che l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat non ne consente la contabilizzazione fuori bilancio; ciò tuttavia (a conferma della diversità del punto di osservazione nel tematizzare i “problemi del mondo”) non implica necessariamente che la fattispecie sia da considerare concessoria ai fini del codice.

VII) *Il confine tra pubblico e privato; il problema del posizionamento dell'ornitorinco rispetto ai confini (cenni)*

Anche gli “ordinamenti” privati, sorti spontaneamente o per gemmazione da altre organizzazioni private, spesso all'interno del sistema economico, sussistono unicamente a condizione che sia ravvisabile un'organizzazione (in grado, cioè, di esprimere cornici decisionali e decisioni concrete). Quella testé indicata è condizione necessaria, ma non sufficiente, affinché si sia al cospetto di un ordinamento dei privati: è all'uopo necessario che l'organizzazione si intesti la funzione tipica del diritto, rispettandone il codice. In tale ipotesi, l'ordinamento dei privati rende le prestazioni tipiche di quel sistema sociale (strutturare e stabilizzare aspettative, in modo tale che le decisioni vengano accettate anche quando quelle aspettative risultino disattese).

Gli ordinamenti privati (non espressione della “politica”), almeno nella loro configurazione prototipica (per anticipare un motivo su cui ci si soffermerà più diffusamente nelle pagine seguenti) vivono anche potendosi disinteressare della presenza di alcuni terzi (ai sensi dell'art. 1372 c.c., il contratto «ha forza di legge tra le parti»).

In linea di principio, sono invece da considerarsi pubblici gli ordinamenti espressione di organizzazioni in senso lato emanazione della politica⁶⁶. Essi occupano uno spazio in cui non sussistono “terzi” (il consenso – preoccupazione della politica, che, va notato incidentalmente, lo ricerca sempre più attraverso i social – non potrebbe d'altro canto “lasciare indietro” qualcuno)⁶⁷.

⁶⁵ Secondo le decisioni Eurostat, le operazioni di partenariato con trasferimento di rischio superiore a una certa percentuale possono essere trattate contabilmente come off balance, dunque evitando di contabilizzare come debito pubblico i relativi costi.

⁶⁶ Il legame tra amministrazione e sistema politico è confermato dal fatto che la Costituzione detta le norme sulla pubblica amministrazione nella sezione dedicata al Governo.

⁶⁷ Mentre le organizzazioni pubbliche sono sempre oggetto di interesse per il diritto in virtù dei principi costituzionali che attivano una serie di principi e di “semantiche” (si pensi ai principi di legalità, buon andamento, imparzialità, garanzia di tutela giurisdizionale nei confronti dei relativi atti, nonché al profilo del rapporto con la politica), ciò non necessariamente accade per l'ordinamento dei privati. Questa conclusione è tuttavia fondata soltanto nei limiti in cui non si superi una certa soglia di rilevanza. In forza di principi quali la cor-

Trattando ora specificamente di ente pubblico (e dei confini di tale categoria⁶⁸), la semantica del diritto amministrativo (disegnando un proprio mondo) può fornire la rappresentazione di ciò che è ente pubblico (organizzazione correlata al sistema della politica, laddove i soggetti privati – e, in particolare, le società – sono organizzazioni che germinano nel sistema dell'economia). Il tema consente di accennare alla nozione “funzionale” e “cangiante” di ente pubblico, in forza della quale si dovrebbe ammettere «che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica» (Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660⁶⁹).

In realtà, si tratta più semplicemente di un problema di esatta ricostruzione del perimetro applicativo soggettivo di specifiche discipline (diritto di accesso, legge 241/1990, trasparenza, contratti pubblici: Cons. Stato, sez. I, 3 giugno 2022, n. 934 e Cass. sez. un., 19 aprile 2021, n. 10244), posto che da quella qualifica non si fanno poi discendere tutte le conseguenze della pubblicità definite dal regime amministrativo.

Il richiamo alla nozione (seppure mutevole) di ente pubblico (forse nata anche per segnare una svolta rispetto alla tradizione, ma che finisce per riammetterla nel circuito comunicativo) dimostra peraltro l'importanza della semantica tradizionale, nel cui costrutto spicca la nozione di ente pubblico. Quella semantica, infatti, è abituata a identificare forma e referenze per i sistemi sociali (la personalità non è altro che una forma⁷⁰ dotata dell'attitudine di riunire in una sintesi comportamentale varie operazioni, agevolando la comunicazione interpersonale con i plurimi sistemi) che si fa difficoltà ad abbandonare, perché immediatamente riconducibili al mondo autopoieticamente costruito dal diritto (anche amministrativo). Peccato che la nozione cangiante fallisca il proprio obiettivo, nel sen-

rettezza e la buona fede, infatti, è arduo immaginare organizzazioni private (che pure assumano il primato funzionale di altri sistemi) le cui decisioni e le cui premesse decisionali sfuggano completamente al sistema-diritto.

⁶⁸ Il tema lambisce anche il problema della definizione delle società in house e delle società pubbliche: in argomento, *ex multis*, v. G. Caia, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 45 e ss., M. Antonioli, A. Bellavista, M. Corradino, V. Donatvi, F. Fracchia, S. Glinianski, A. Maltoni, *Le società in house*, Napoli, 2020; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica – La governance delle imprese partecipate da regioni ed enti locali*, Napoli, 2012.

⁶⁹ Nello stesso senso v. Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2016, n. 3041, secondo cui il soggetto «diviene pubblica amministrazione non sempre e comunque (in maniera fissa e immutabile), ma solo nello svolgimento di quel tratto di attività esplicitamente sottoposto ad una disciplina di diritto amministrativo». Un soggetto può dunque essere «un ente pubblico dinamico, funzionale e cangiante», che «dismette quella veste quando svolge altre attività ...».

⁷⁰ Sicché, ad esempio, essa esclude l'altro lato della distinzione: si pensi ai beni o (nel caso dell'ente pubblico) alle persone non giuridiche, oppure ancora a quelle non pubbliche.

so che consente una limitatissima comunicazione, appunto confinata nel settore normativo da cui viene estrapolata⁷¹.

Incidentalmente (riprendendo l'accento alle categorie), va aggiunto che meriterebbe un ripensamento "sistemico" anche il tema della definizione dei "confini" delle stesse, così frequentemente impiegate nella riflessione giuridica e nella pratica applicativa⁷². Il discorso può essere impostato, ancora una volta, come si diceva, in termini sistemici. Abitudine ricorrente dei giuristi è quella di individuare la categoria, intesa come il campo problematico omogeneo su cui indirizzare la propria analisi, mutuando il concetto dal sistema della linguistica di stampo strutturalistico più risalente nel tempo (per cui le categorie, di ispirazione aristotelica, raggrupperebbero elementi tutti dotati di identiche caratteristiche; per esemplificare il discorso con un esempio collocato fuori dal diritto: uccelli, mammiferi, con il problema, però, di collocare l'ornitorinco). La linguistica⁷³, tuttavia, ha sottoposto a critica le tesi autonomistiche e strutturalistiche adottate nell'ambito delle scienze cognitive e, in particolare, appunto del linguaggio, "osservando" (ed è questa la prestazione che il sistema del diritto può ricevere e utilizzare) come la formazione delle categorie avvenga organizzando gli elementi attorno a un centro prototipico che può estendersi, sfumando, verso i confini delle stesse. È sufficiente pensare ai colori per cogliere il senso di questa proposta teorica.

Il prototipo è il caso più evidente di appartenenza alla categoria (l'ordinamento privato che può disinteressarsi dei terzi, per riprendere il motivo cui si faceva cenno più sopra). L'"organizzazione della realtà" per categorie e per centri prototipici, inoltre, in una prospettiva verticale, avviene in ragione di un principio di

⁷¹ Ipotizzando di scindere, all'interno del subsistema del diritto amministrativo, ulteriori sistemi perimetrali dai principali blocchi normativi, nel caso cui si fa riferimento nel testo si riscontra una differenziazione interna incentrata sul rapporto centro-periferia (con una prevalenza e concentrazione funzionale nel centro rappresentato dal diritto amministrativo generale). Sarebbe invece possibile mappare il "mondo" costruito dai singoli sub-sistemi creati dalle discipline di settore (accesso, procedimento, trasparenza e così via) senza dovere scomodare la nozione di ente pubblico. Va aggiunto che la chiusura operativa di taluni blocchi normativi emerge in modo più nitido. Si consideri l'ambito dei contratti pubblici, in ordine al quale l'art. 4, d.lgs. 36/2023, perimetrando alla stregua di uno specifico ordinamento al cui vertice sono poste norme di valore assiologico più pregnante, stabilisce che «le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3», prescrizioni che disciplinano i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato: in argomento, v. A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione fra specialità e diritto comune*, Torino, 1999 e P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Napoli, 2018. Altri esempi sono costituiti dal codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 52, caratterizzato dalla positivizzazione di un blocco di principi ambientali) e dalla l. 241/1990 sul procedimento, il cui articolo 1 esordisce prevedendo che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

⁷² Sia consentito rinviare a F. Fracchia, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Napoli, 2009, 118 ss.

⁷³ E. Rosch, *Cognitive Representation of Semantic Categories*, in *Journal of Experimental Psychology*, 1975, 192-233.

economia misto a un criterio funzionale: si descrive un oggetto non già come un mobile o un manufatto, bensì come un (lo si riconduce alla categoria di) tavolo, perché quella categoria massimizza le somiglianze con altri membri della stessa e le differenze tra essi e i membri di altre categorie (gli armadi) ed esprime al meglio la sua funzione principale (sul tavolo si può mangiare). Il primo giudizio ha a che fare con le c.d. salienze percettive, nel senso che la realtà offre precise indicazioni onde organizzarla in categorie; il secondo concerne invece i rapporti con la cultura e l'ideologia: tutti i tavoli servono per mangiare e ciò non si può dire, nella nostra tradizione, per altri mobili. In ogni caso, il giudizio di appartenenza alla categoria, definita nei termini indicati, è formulato "avendo in mente" il prototipo.

Sulla base di questa semantica categoriale è possibile risolvere molti problemi giuridici concernenti confini e, cioè, definire il campo di applicazione degli istituti (che sono categorie), applicare l'interpretazione estensiva (che può giungere fino ai confini della categoria) o procedere a una proficua comparazione tra ordinamenti e momenti storici (essa, affrancandosi dal dato – spesso incerto e scivoloso – letterale, deve ricercare adeguate categorie, appunto comparabili alla luce della comunanza di centro prototipico). Queste operazioni, com'è evidente, interessano anche gli studiosi di diritto amministrativo.

VIII) *La latenza nei confini del sistema e dei metodi. Ancora sull'irritazione a fronte del riconoscimento dell'incompetenza del diritto amministrativo a trattare nel proprio perimetro i problemi di potere*

Venendo al metodo e al regime giuridico, il filtro illustrato nel corso del par. 8, che costituisce null'altro che un criterio di riduzione della complessità, consente di trattare e tematizzare qualsiasi problema che si offra allo sguardo degli amministrativisti: dai moduli pattizi alle scelte in situazione di emergenza, dalle relazioni intersoggettive ai poteri impliciti e a quelli vincolati⁷⁴, dall'intelligenza artificiale ai problemi ambientali, dalle imprese pubbliche ai golden powers, dai servizi pubblici alle interdittive antimafia, dall'articolazione delle situazioni giuridiche al riparto di giurisdizione, dalla nozione di autonomia⁷⁵ alla distinzione tra politica e amministrazione, dalle ADR alle concessioni.

Va osservato che le "scuole" (le quali esprimono il metodo, che, a sua volta, struttura e tematizza il regime di diritto amministrativo), come tutte le organizza-

⁷⁴ V. *infra*, par. 8, sub XII.

⁷⁵ Essa va ricostruita evitando di ricorrere alla semantica del diritto privato. V. da ultimo, art. 8, d.lgs. 36/2023: «nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge». L'autonomia contrattuale dei privati, invece, ai sensi dell'art. 1322, c.c. è libera nei fini («le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative»). In argomento, ma con riflessione dal compasso assai più ampio (e con un riferimento al problema del recupero del diritto privato nella disciplina dell'azione amministrativa), v. V. Cerulli Irelli, *Il diritto amministrativo e il codice civile*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2022, 46 e ss.

zioni (che, nel nostro caso, si collegano in rete dell'AIPDA), elaborano rappresentazioni ed esprimono una propria semantica (è sufficiente porre mente alle ricostruzioni di istituti e concetti giuridici, quali l'interesse legittimo⁷⁶), distribuiscono – si consideri la qualifica di Maestro – ruoli, costruiscono la propria specifica realtà autopoieticamente, come prodotto di osservazione universale e operano incessantemente per “ispessire” argini e confini. Esse, come anticipato, soprattutto adottano predecisioni e, quindi, linee di azione e di ricerca: il metodo giuridico sembra appunto riconducibile a un insieme di premesse decisionali, in grado di fornire una cornice che consente di trattare i problemi senza dovere ogni volta “ricominciare da capo”, ma indicando una serie di alternative per ridurre la complessità.

Tali premesse (non coincidendo con il codice dei sistemi) non sono assolutamente immutabili e questo spiega l'evoluzione dei metodi e anche la loro concorrenza/competizione. Non solo: negli interstizi dei sistemi, singoli autori o talune scuole possono “pescare” nella parte rimasta latente e, dunque, indugiare su profili lasciati scoperti (o, meglio, coperti) dal criterio selettivo proprio di altri metodi. Si tratta, d'altro canto, di un meccanismo di sopravvivenza dell'organizzazione, che consente a chi ha in essa un ruolo (lo studioso) di tematizzare la propria esclusione (da un metodo dominante), trasformandola in inclusione (nell'organizzazione che rimane fedele all'idea dell'esistenza di un regime specifico).

Esistono comunque territori “oltre-confine” di cui può occuparsi il metodo e in cui può applicarsi il regime del diritto amministrativo. Si tratta, più in particolare, di quegli ambiti in cui il “soggetto privato” sembra essere collocato in una situazione di prevalenza e in una condizione di superiorità talmente rilevanti che anche l'amministrazione risulta in posizione di soggezione: si pensi ai grandi colossi del mercato o delle comunicazioni e ai loro rapporti con le autorità indipendenti, dotate di strumenti forse insufficienti. In tali casi sembra opportuno considerare i poteri privati alla stregua di quelli pubblici e applicare comunque il metodo indicato. Si potranno così agevolmente cogliere le aree di potere incontrollato e le carenze del sistema di tutela, premessa per elaborare un paradigma più adeguato onde affrontare “giuridicamente” quelle situazioni. Si noti che, anche in questo caso (*supra*, sub III), un risultato di rilievo sarebbe quello di registrare le “carenze” del diritto amministrativo (perimetrandone e ammettendone dunque i “confini”) e la sua incapacità di aggredire quei poteri così arroganti e non sufficientemente controllabili. Ciò produrrebbe rumore di fondo e irritazione della politica, sollecitandola a intervenire con le proprie “prestazioni”, anche tentando di definire (ai vari livelli ordinamentali, non solo nazionali) strumenti

⁷⁶ Non si può al riguardo non citare l'ampia trattazione di F. G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017. Sull'effettiva capacità della dottrina di influenzare i giudici e, in generale, sulla discrezionalità di cui dispone il giudice amministrativo, v. F. Saitta, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 160 e ss.

giuridici più adeguati, ad esempio impedendo all'autoregolamentazione dei privati la creazione di "regole" pregiudizievoli od oscure per i consumatori. In generale, l'esperienza ha mostrato la capacità del giudice amministrativo (unitamente al regime di diritto amministrativo) di "tematizzare" atti di diritto privato delle amministrazioni (si ponga mente al rapporto di lavoro presso le amministrazioni o alle società); ampliando il compasso dell'analisi, la soluzione per aggredire l'arroganza dei grandi poteri privati non pare potere prescindere da un potenziamento del ruolo delle amministrazioni e del regime di diritto amministrativo, evitando di lasciare completamente il campo al regime di diritto privato (audit, controlli interni, autoregolamentazione e così via).

Il ragionamento, rifluendo pienamente nel regime del diritto amministrativo, approda a un ulteriore e inevitabile corollario che suona quale indicazione di fondo per i difensori – così come per i detrattori – del nostro sistema di giustizia: un Giudice amministrativo che decida (o che venga percepito) come un ingiustificato "difensore" del potere pubblico costituirebbe (pur a fronte di sforzi sistematici prodotti dal "metodo") un risultato comunicativo non più comprensibile, perché contrario al regime di diritto amministrativo, rendendolo incapace di differenziarsi e, addirittura, di giustificare il proprio mantenimento.

IX) Restando in seno al regime di diritto amministrativo, il perimetro del merito e i confini tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito

Il confine tra legittimità e merito (inteso come insieme di soluzioni compatibili con il principio di congruità e non sindacabili dal giudice) non può essere colto evocando un caso eccezionale di incursione della semantica della politica nel territorio del diritto e, dunque, qualificando la decisione di merito medesimo alla stregua di comunicazione di una decisione "politica". Come tale, essa sarebbe dettata dall'impulso della ricerca di legittimazione e consenso e si estrinsecerebbe nella elaborazione di programmi⁷⁷ e, cioè, di decisioni "programmanti" (e non programmate).

Restando all'interno della semantica del diritto (e del regime del diritto amministrativo), invece, il merito si spiega osservando che, nella logica della riduzione della complessità e della garanzia della produzione di decisioni, il potere funzionalizzato reclama (e il sistema del diritto garantisce) una certa libertà di svolgimento.

Si è, cioè, al cospetto di uno spazio di "arroganza" non aggredibile (posto al riparo dal sindacato del giudice⁷⁸) e tollerabile perché appunto necessario alla produzione di decisioni in vista dell'interesse pubblico. La complessità risulta

⁷⁷ «Non c'è alcun agire politico al di fuori della politica»: N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 312.

⁷⁸ Anche di quello della Corte dei conti: v. art. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20.

assorbita e arginata e ciò avviene sempre sulla base di alternative che – entro certi limiti: v. subito *infra* – sono graduabili solo in forza di criteri di opportunità e di convenienza. Di quel meccanismo selettivo il sistema del diritto si occupa solo nel senso di ritenerlo legittimo (il sistema della politica potrebbe tematizzarlo diversamente, osservando i vertici politici delle Istituzioni).

Tutto questo accade (e si comunica) a condizione che non entri in gioco la violazione del canone di ragionevolezza: a quel punto, *sub specie* eccesso di potere (che è una tipica semantica del diritto amministrativo), il codice binario del diritto fa improvvisamente lavorare il proprio valore “negativo”, contrastando un’arroganza non più tollerabile e, dunque, qualificata come illegittima, rendendo, al solito, una prestazione anche agli altri sistemi che possono così considerare l’invalidità dell’atto quale presupposto (o quale fenomeno irritativo) delle proprie operazioni.

Vanno aggiunti tre ordini di considerazioni, tutti strettamente e circolarmente legate tra di loro.

Intanto, la decisione è la forma di comunicazione tipica dell’organizzazione.

In secondo luogo, la decisione medesima, in linea con uno dei criteri strutturali del “regime del diritto amministrativo” sopra indicati, che si basa sulla scansione norma-potere-effetto, è assunta primariamente da organizzazioni che sono amministrazioni.

Infine, solo tali soggetti hanno la caratteristica di essere immessi nel circuito dell’indirizzo politico e di risultare sottoposti a una particolare forma di responsabilità.

Da tutto ciò si deduce che l’indebolimento del momento decisivo riservato alle amministrazioni, arrecando disturbo o “danno sistemico” all’organizzazione, va attentamente “confinata”.

Ove il giudice o la legge si sostituissero all’amministrazione (ché queste, in sostanza, sono le due situazioni critiche), realizzando un “salto” di organizzazione, non solo si opererebbe una frattura tra cornice decisionale e decisione concreta, ma si disturberebbe il processo di autopoiesi, nel senso che l’operazione comunicativa conclusiva non si connetterebbe più al sistema di comunicazioni amministrative precedenti. Inoltre, si determinerebbe una concentrazione e stratificazione di funzioni in capo al giudice o alla politica secondo un modello di differenziazione tra sistemi (o sub-sistemi⁷⁹) non più funzionale ma, se non segmenta-

⁷⁹ N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, (a cura di A. Febbrajo), Milano, 1995, 35: i «procedimenti sono in effetti sistemi sociali che adempiono alla funzione specifica di elaborare un’unica decisione vincolante». Per altro verso, «i processi sono sistemi e hanno una struttura». Secondo l’A. «caratteristica tipica del sistema-procedimento e della sua relativa autonomia è l’aver una storia propria, distinta dalla ‘storia generale’» (p. 37).

ria⁸⁰, quanto meno improntata al modello “centro-periferia” (con un centro giurisdizionale o legislativo che assomma più funzioni).

Il sistema del diritto, quindi, ammette soltanto deroghe limitate (trova così ad esempio spiegazione il fatto che la giurisdizione di merito – v. subito *infra* – abbia natura eccezionale e concerna materie tipizzate⁸¹) a quel meccanismo di imputazione di decisioni⁸² e, comunque, ha cura di mantenere la riserva di decisione finale in capo all’amministrazione, impedendo un completo sovvertimento della dinamica giuridica che garantisce la “produzione di effetti giuridici” in capo all’amministrazione

A ogni buon conto, le deroghe o, meglio, gli “allentamenti” del meccanismo sono sostanzialmente riconducibili a tre ragioni particolari: a) la pregnanza di una semantica superiore; b) la necessità che il circuito norma-potere-effetto si chiuda, consentendo all’organizzazione di assorbire incertezza; c) la pressione e l’irritazione arrecate del sistema della politica.

Dal primo punto di vista, si consideri la sopra citata giurisdizione di merito: vero è che nell’ottemperanza si può giungere alla sostituzione⁸³; essa, tuttavia, è giustificata dal principio dell’effettività della tutela che la Costituzione (con la sua prevalente semantica) impone al diritto amministrativo.

X) *Il divieto di pronunciare su poteri non ancora esercitati (cenni)*

Dal secondo punto di vista (la necessità che il circuito norma-potere-effetto si chiuda), occorre preliminarmente accennare al divieto per il giudice amministrativo di (superare un altro confine e, cioè, di) pronunciare su poteri non ancora esercitati di cui all’art. 34, d.lgs. 104/2010⁸⁴. Siffatta regola si spiega per le

⁸⁰ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 260 e ss.

⁸¹ In argomento, sul piano sostanziale, A. Romeo, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. ammin.*, 2018, 569 e, da ultimo, su quello processuale, v. F. Franco, *L’incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito*, in www.giustiziainsieme.it, 22 giugno 2023. A conferma del fatto che il tema centrale è quello della “decisione”, si consideri che gli eterogenei casi riconducibili alla giurisdizione di merito (art. 134, d.lgs. 104/2010) hanno quale denominatore comune il fatto che il giudice (che difetta di collegamenti con l’indirizzo politico ed è soggetto solo alla legge) dispone di maggiori poteri decisori.

⁸² Non va dimenticato che «nell’ambito di un sistema di funzioni nessuna organizzazione può attirare su di sé tutte le operazioni del sistema di funzioni ed eseguirle come operazioni proprie»: N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, cit., 332.

⁸³ L’art. 7, d.lgs. 104/2010 prevede in generale che nell’esercizio della giurisdizione di merito «il giudice amministrativo può sostituirsi all’amministrazione». Ai sensi dell’art. 21, d.lgs. 104/2010, «nell’ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all’amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta».

⁸⁴ Il punto di ricaduta, in sostanza, è il seguente: una volta che l’ordinamento abbia assegnato un potere all’amministrazione, il giudice deve rispettare questa scelta, evitando di intervenire prima che il suo esercizio abbia avuto corso (salvo che l’amministrazione abbia “sprecato” la propria chance di agire fisiologicamente in prima battuta, ad esempio serbandosi un silenzio). Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, ha tratto il seguente corollario: «in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro

medesime ragioni sistemiche sopra illustrate⁸⁵. Essa, cioè, riflette uno dei caratteri strutturali (e va dunque riportata all'interno) del regime di diritto amministrativo; non pare invece scaturire da semantiche diverse, quali quella (costituzionale) riconducibile al principio della divisione dei poteri, anche perché, in ordine ai rapporti tra giudice e amministrazione, il principio non si ricava in termini così netti dalla Costituzione⁸⁶.

Ciò chiarito, ove l'organizzazione non renda le proprie prestazioni decisionali e, dunque, "sprecando" l'opportunità di determinarsi tempestivamente sulla questione, non "comunichi" e non "assorba" incertezza, il giudice può modificare la cornice decisionale sulla base della quale l'amministrazione dovrà decidere (rendendo la propria specifica prestazione, viene, cioè, impartito un ordine giurisdizionale di provvedere). Il soggetto pubblico è così costretto a immediatamente riallineare la "propria storia", decidendo in conformità con l'ordine giurisdizionale⁸⁷.

Si noti che i presupposti e i limiti dettati dal codice del processo amministrativo⁸⁸ affinché si adotti una condanna a provvedere trovano una loro spiegazione "sistemica": la discrezionalità (in presenza del quale l'ordine non può essere impartito), infatti, è sottoposta al regime di diritto amministrativo sostanziale e va dunque tematizzata (ed esercitata) dai soggetti individuati dai criteri strutturali del regime medesimo (e non dal giudice); per altro verso, il procedimento costituisce una modalità di riduzione della complessità che (in particolare nel suo essenziale momento istruttorio) non può essere garantita in un processo.

che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo *munus*.

⁸⁵ Non è dunque possibile una tutela "anticipata" dell'interesse legittimo; la pressione del principio dell'effettività della tutela, peraltro, implica che il divieto riguardi le decisioni di merito e non quelle su istanze cautelari.

⁸⁶ In dottrina si confrontano tesi diverse: basti qui citare le riflessioni di M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 67 e ss.; M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo – Profili critici*, Napoli, 2018 e A. Carbone, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. e processo amm.*, 2022, 244 e ss.

⁸⁷ La stessa esigenza, scaturente dal regime di diritto amministrativo, di attivare e concludere la dinamica norma-potere-effetto (che è un corollario strutturale di quel regime), spiega i meccanismi di semplificazione procedimentale, che, come ancora si dirà nel testo, si caratterizzano non solo per la riduzione di passaggi procedurali, ma anche per l'ansia, che li pervade, di giungere comunque a una decisione.

⁸⁸ Art. 31, comma 3, d.lgs 104/2010: «Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione». Accanto a questa reazione codificata, con riferimento alla fase di cognizione esiste poi il ben più complesso e discusso istituto dell'one shot temperato, di creazione giurisprudenziale e volto principalmente a contrastare lo "stillicidio" decisionale: Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

XI) *Le leggi provvedimento e la riserva di regime di diritto amministrativo*

Giungiamo così alla terza ipotesi di deroga al meccanismo (criterio strutturale del regime) di imputazione di decisioni in capo all'organizzazione-amministrazione.

A tal fine, occorre volgere l'attenzione verso un "confine" diverso, quello che la separa dalla legge.

Il legislatore soprattutto attraverso leggi-provvedimento "occupa" spazi dell'amministrazione⁸⁹, così insidiando quella riserva di amministrazione talora evocata dalla giurisprudenza costituzionale⁹⁰.

Il fenomeno può essere letto come irritazione della politica che mira a raggiungere obiettivi specifici, ritenuti irrinunciabili, tanto da suscitare una specifica disciplina legislativa⁹¹.

Tutto ciò si traduce in un repentino e drastico mutamento di regime giuridico, con fuoriuscita da quello di diritto amministrativo, caratterizzato dalla necessaria intermediazione di un soggetto pubblico nella gestione di pretese e interessi.

Non è un caso che si smarrisca, appunto, quella intermediazione, con i suoi corollari semantici "strutturali" e "distintivi" che caratterizzano il regime amministrativo (*supra*, sub 7), primo tra tutti la tutela offerta dal giudice amministrativo.

Simile è il ragionamento che può essere condotto nei confronti dei meccanismi di "semplificazione" sfrenata e condotta con strumenti plurimi⁹², espressione di un'ansia di provvedere che non trova quiete.

Ovviamente, il giurista non deve limitarsi a registrare il fenomeno della "contrazione" dei confini del diritto amministrativo (ché – per ancorare la rifles-

⁸⁹ Secondo S. Casese, *La nuova discrezionalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 725 e ss., «questa tendenza deriva, da un lato, da sfiducia nell'amministrazione e quindi dall'intento di non lasciare spazio alla discrezionalità amministrativa; dall'altro dall'ambizione di molti legislatori di 'amministrare per legge', ciò che consente ad essi di negoziare con interessi settoriali o microsettoriali, con frequenti fenomeni di 'cattura'. Inoltre, la tendenza alla forte invasione parlamentare degli spazi dell'azione amministrativa è spesso voluta dalla stessa amministrazione e dagli stessi amministratori pubblici, per evitare di prendere responsabilità. La legge provvedimento – per lo più decreto-legge – consente al governo e all'amministrazione di sottrarsi al controllo giurisdizionale (e produce un ulteriore effetto, quello di ampliare il ricorso al giudice amministrativo come strumento di accesso al giudice costituzionale). Allo spostamento di una notevole quantità di decisioni amministrative nell'area legislativa concorrono quindi molti poteri pubblici, comprese le amministrazioni e gli amministratori pubblici il cui ambito di azione viene in tal modo limitato».

⁹⁰ A tale riserva, pur se con riferimento al settore specifico dominato dall'esigenza di garantire la massima diffusione degli impianti alimentati da energie rinnovabili, fa riferimento, da ultimo, Corte cost., 30 luglio 2021, n. 177 (dichiarando l'incostituzionalità di una legge regionale che poneva un divieto generale). In argomento, dal punto di vista generale, v. D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

⁹¹ Sul tema, solo in parte analogo, delle situazioni di emergenza, *ex multis*, v. G. Tropea, *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Dir. amm.*, 2021, 885 e ss. Sulla rilevanza normativa delle ordinanze, v. G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 e ss.

⁹² V. P.L. Portaluri, *Note sulla semplificazione per silentium (con qualche complicazione)*, in *Nuove autonomie*, 2008, 657 e ss., M. Immordino, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale – Il caso dell'autocertificazione*, in *Nuove autonomie*, 2008, 603 e ss. ed E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 e ss.

sione al tema del convegno – di questo si tratta), dovendosi anzi interrogare circa la compatibilità di questo fenomeno con la semantica del diritto costituzionale, ma anche tenendo conto della presenza di interessi primari e di vincoli sovranazionali (v. *infra*, sub 9).

Restando all'interno del sub-sistema del diritto amministrativo, tutto ciò determina una sorta di “sconfessione” della centralità dell'organizzazione-pubblica amministrazione (stratificando, ancora una volta, funzioni al “centro”, nel sistema della politica, e dunque rendendo l'amministrazione un'anonima “periferia”), di cui infatti, soprattutto la dottrina, immediatamente lamenta l'indebolimento e l'emarginazione.

La nozione di “riserva di amministrazione”, cui sopra si è fatto cenno è appunto il risultato dello sforzo volto a identificare un “territorio” di “regime” non intaccabile neppure dal legislatore.

Essa, cioè, tenendo conto che l'esercizio procedimentalizzato dei poteri integra un criterio strutturale del regime di diritto amministrativo, è propriamente una “riserva di regime”.

XII) *La distinzione tra (regime di diritto amministrativo della) discrezionalità e interpretazione (propria del sistema del diritto in generale)*

Si è accennato più sopra (sub X) alla discrezionalità.

La sua analisi consente di mettere a tema (tracciando ulteriori confini) due situazioni e due fattispecie differenti dalla discrezionalità medesima: l'interpretazione e la discrezionalità tecnica.

In riferimento a esse l'amministrazione agisce nel rispetto di un regime (e, cioè, di una semantica) distinta da quella del diritto amministrativo.

Quanto all'interpretazione, può in estrema sintesi osservarsi che si tratta di operazione comunicativa sottoposta a un “regime”, appunto diverso⁹³, riconducibile al sistema generale del diritto, che si ricava dall'art. 12 delle preleggi⁹⁴. Tale regi-

⁹³ V., sul punto, E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. economia*, 1998, 503 e ss., il quale analizza in particolare la diversa tesi di L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986 (e mi piace ricordare che quest'anno cade il centenario dalla nascita del Maestro torinese). Sull'interpretazione, la letteratura è sconfinata. Oltre a M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, *ex multis*, di recente, v. A. Cioffi, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 127 e ss.; M. Monteduro, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, Padova, 2012; A. Romano Tassone, *Sul problema dell'analogia nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 1 e ss.

⁹⁴ «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». In generale, v. M. Fracanzani, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003. Da ultimo, per acute osservazioni in argomento, v. F. Saitta, *Interprete senza partito?*, cit., 97 e ss.

me, vincolante per tutti gli operatori del diritto, guida giudici e amministrazioni nel procedimento, talora molto arduo⁹⁵, di ricostruzione del significato delle norme.

La discrezionalità dell'amministrazione, invece, è "gestita" secondo una semantica diversa, propria del diritto amministrativo, regolata dal principio della ragionevolezza della scelta⁹⁶.

Giova aggiungere – sfiorando un tema su cui vi è profonda divergenza di opinioni in dottrina e giurisprudenza⁹⁷ – che il regime di diritto amministrativo qui delineato si fonda sull'attribuzione di un potere per la cura di interessi pubblici che rimane tale anche se (non discrezionale, e, cioè) vincolato⁹⁸: ciò è confermato dall'art. 21 *octies*, l. 241/1990, che espressamente si riferisce a provvedimenti di natura vincolata e, sotto il profilo della tutela, dall'art. 31, d.lgs. 104/2010, che ammette la possibilità che il giudice amministrativo – che, ai sensi dell'art. 7, sindacava l'esercizio del potere – giudichi di attività vincolate.

Va aggiunto che, in taluni ambiti ("confini"), il diritto pone ulteriori specifici canoni per lo svolgimento della scelta discrezionale. Di interesse, al riguardo, è il caso del settore dei contratti pubblici: ai sensi dell'art. 1, d.lgs. 36/2023, «il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale». Si noti – art. 4 – che tale principio è, al contempo, anche un canone interpretativo (prioritario rispetto agli altri principi della fiducia e dell'accesso al mercato), sicché vi è una sovrapposizione tra "semantiche". Resta però il fatto che solo nel caso della discrezionalità l'ordinamento giuridico si affida al regime amministrativo per la produzione di effetti giuridici in forza di una scelta rimessa all'amministrazione. L'interpretazione, come sopra chiarito, è invece operazione comunicativa che eccede il tema del potere discrezionale, investendo qualsiasi normativa che i soggetti pubblici debbono applicare, anche l'insieme di regole che non concernono il riconoscimento di spazi decisionali in capo alle amministrazioni.

Piuttosto, ancora considerando il settore dei contratti, si può osservare che il principio del risultato costituisce anche «criterio prioritario ... per l'individuazione della regola del caso concreto». Il codice – oltre a confermare che nella contrattazione pubblica vi è esercizio di potere discrezionale, dato che, letto in combinato disposto con la definizione di autonomia contrattuale⁹⁹, attesta la piena ricon-

⁹⁵ Si pensi al caso di «contraddizione o incompatibilità tra norme, sussumibile nella fattispecie generale dell'«antinomia normativa»»: Cons. Stato, ad. plen., 25 gennaio 2022, n. 2. V. altresì ad. plen., 27 luglio 2016, n. 22.

⁹⁶ V., sul tema, i contributi ospitati nel Volume *Discrezionalità e amministrazione*, Atti del Convegno nazionale Aipda, Bologna, 7-8 ottobre 2022, Napoli, 2023. Interessanti e innovativi spunti in ordine al paradigma della razionalità (con riflessi in tema di merito e di sindacato giurisdizionale) sono offerti da A. Zito, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove autonomie*, 2022, 87 e ss.

⁹⁷ Si v., per tutti, C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.

⁹⁸ *Ex multis*, v. Cons. Stato, ad. plen., 24 maggio 2007, n. 8 e Cons. giust. amm. Reg. Sic., 9 dicembre 2022, n. 1279.

⁹⁹ V. *supra*, nt. 75.

ducibilità della materia al regime di diritto amministrativo – distingue, dunque, tra esercizio di potere discrezionale e individuazione della regola del caso concreto (che è, evidentemente, operazione diversa anche dall'individuazione del significato di una norma di cui si occupa l'art. 4). Essa sembra indicare il momento dell'applicazione del diritto al caso concreto nella scansione “norma-potere-effetto” in assenza di un potere discrezionale, là dove l'amministrazione debba valutare fatti complessi per assumere una decisione che, in quanto espressione di autonomia, ha comunque il significato di porre la regola del caso concreto.

Quanto illustrato consente di trattare l'ulteriore tema di confine cui sopra si faceva riferimento.

XIII) *L'organizzazione che rende prestazioni della scienza: distinzione tra valutazioni tecniche e accertamenti tecnici; cenni al tema del sindacato e al criterio dell'opinabilità*

La discrezionalità pura si differenzia da quella tecnica¹⁰⁰. Più nel dettaglio, in una prospettiva sistemica, soltanto in quest'ultimo caso le organizzazioni-amministrazioni si rivolgono a scienza e tecnica: il regime del diritto amministrativo, dal canto suo, “comprende” le osservazioni di un altro sistema; la discrezionalità tecnica, in altri termini, è una forma di accoppiamento strutturale tra scienza e diritto.

L'accenno a questo duplice “confine” (tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica da un lato; tra diritto e scienza/tecnica, dall'altro lato) impone di riflettere sul tipo di prestazione che il sistema della scienza e della tecnica offre al sistema del diritto e al bisogno di decidere che promana dalle amministrazioni.

Giova intanto sfatare un falso mito, evidenziando cioè la difficoltà di contrapporre scienze esatte e scienze inesatte (ovvero, per assumere un complementare punto di vista, quella di separare osservazione oggettiva e valutazione). Pur se probabilmente la scienza ha la verità oggettiva come proprio orizzonte di fondo, essa non è però in grado di accertarla, perché il risultato scientifico dipende dal punto di osservazione. Anche la geometria, come dimostrato dalla relatività gene-

¹⁰⁰ Sull'ambiguità della formula, v. G.C. Spattini, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 133 e ss., in part. 184. In argomento, *ex multis*, v. V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 e ss.; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 687 e ss.; D. De Pretis, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; F.G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. Parisio, Milano, 1998, 11 e ss.; N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 319 e ss.; P. Lazzara, *Autorità amministrative indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 e ss.; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005; F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 791 e ss.; A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica. la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2009.

rale, dipende da certi assunti: vero è che le rette parallele non si incontrano, ma ciò è “vero” soltanto nella geometria euclidea.

Nella prospettiva sistemica, quanto illustrato implica che, se la scienza si definisce come strutturalmente incompetente a rivelare un’oggettività impossibile da conseguire, nessun sistema, neppure quello del diritto, può farsi banale, rassicurato e agevolato portavoce¹⁰¹ di accertamenti oggettivi frutto di “osservazioni” del sistema della scienza.

L’accenno consente di riferirsi anche alla differenza tra discrezionalità tecnica (che rileva allorché, onde operare la qualificazione di un fatto, non sia sufficiente porre in essere una semplice attività di apprendimento e una consequenziale dichiarazione di scienza, ma sia richiesta un’attività di valutazione guidata da regole tecniche) e accertamento tecnico (il fatto “semplice”, quale è, ad esempio, la gradazione alcolica, non è suscettibile di varia valutazione, ma si espone all’applicazione del criterio che si incentra sulla coppia “sussistenza/insussistenza”). Questa distinzione è probabilmente da rivedere, almeno nella misura in cui pretenda di ricevere dalla scienza osservazioni oggettive per tracciare il confine tra le due “operazioni”.

Il sistema del diritto, a ogni buon conto, opera incessantemente e autopoieticamente per risolvere i problemi del rilievo della tecnica dal proprio “punto di vista” e, cioè, sul piano sostanziale strutturando procedure (al riguardo, si consideri ad esempio che l’art. 17, l. 241/1990 è interpretabile come norma che si riferisce anche agli accertamenti) e, sotto il versante processuale, definendo lo spazio del sindacato giurisdizionale¹⁰².

Nell’ottica sistemica, occorre continuare a chiedersi che cosa, a tali fini, possa il diritto chiedere (e ricevere) in termini di “osservazioni” dalla scienza, tenendo conto che la domanda di prestazione è limitata a quanto strettamente necessario a un’organizzazione (l’amministrazione) per “decidere” un problema specifico

¹⁰¹ In generale, v. A. Barone, *La scienza «incerta» davanti al giudice amministrativo: riflessioni introdotte*, in *Dir. e processo amm.*, 2015, 401 e ss. Considerazioni analoghe a quelle svolte nel testo possono essere estese all’economia, ove quel sistema, ad esempio, sia chiamato a definire cosa è esattamente un mercato rilevante.

¹⁰² Si ricordi che, tra i criteri strutturali del regime di diritto amministrativo, vi sono l’identificazione dei moduli procedimentali e la garanzia di una tutela adeguata nei confronti dell’amministrazione (*supra*, sub 7). Varie sono le soluzioni “create” nel sistema del diritto e suggerite dalla dottrina (la letteratura, sul punto, è sterminata; da ultimo, v. A. Moliterni, a cura di, *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell’ordinamento*, Napoli, 2021, la recensione di M. Ramajoli su *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1265 e F. Saitta, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 2020, 3, 749 e ss.): basti qui accennare alla distinzione tra sindacato forte, intrinseco, debole ed estrinseco in ragione del tasso di indeterminatezza della fattispecie, alla teoria della riserva di valutazione tecnica in capo ad alcuni soggetti – autorità indipendenti – dotati di specifica competenza, all’assenza di limiti all’accertamento del fatto quando si faccia questione del riconoscimento pieno delle situazioni giuridiche soggettive.

assorbendo incertezza, evitando, dunque, di esondare da quei confini e da questa esigenza concreta¹⁰³.

Si tratta di una prestazione assai preziosa, pur diversa dall'oggettività. Essa è costituita in primo luogo da uno specifico condensato semantico integrato da regole scientifiche e da protocolli applicativi.

Quel costrutto semantico governa le scelte effettuate dall'amministrazione in relazione a questa porzione dell'attività: come accennato, l'amministrazione è organizzazione rilevante per il sistema del diritto, ma può esserlo anche per altri sistemi, di cui si intesti il codice binario, sicché, sotto questo specifico punto di vista, essa "è organizzazione della scienza e della tecnica (o di altro subsistema)" e rende prestazioni che confluiscono in una successiva e propria decisione amministrativa.

Alla luce di quanto fin qui rilevato, si deve quindi intanto precisare che, in caso di valutazione tecnica, non si fa questione di potere discrezionale, pur essendo necessario effettuare una duplice precisazione.

In primo luogo, talora accade che, per scelta di diritto positivo, l'amministrazione disponga "anche" di poteri discrezionali (che si aprono dopo avere interpretato una norma che lascia uno spazio di scelta in capo all'amministrazione, non predefinendo compiutamente la regola da seguire): solo in tal caso scatta lo specifico regime della discrezionalità, anche sotto il profilo della sindacabilità e dei suoi limiti, ma ciò accade esclusivamente con riferimento all'esercizio di quel potere.

In secondo luogo, vi sono casi in cui discrezionale (e dunque sindacabile alla luce del principio di ragionevolezza) è la scelta, alla luce di un interesse pubblico (ad esempio la finalità pro concorrenziale in relazione a taluni mercati), di uno dei modelli o protocolli scientifici (o economici) forniti dal sistema diverso dal diritto¹⁰⁴: ciò è sufficiente per giustificare il sindacato sulla ragionevolezza della scelta di un modello rispetto all'altro.

Ciò chiarito (tornando all'asse principale del discorso), si può procedere oltre nel ragionamento formulando un'ulteriore osservazione: escluso che il momento applicativo di una regola tecnica a un fatto complesso sia riconducibile al potere discrezionale, esso va qualificato come operazione scientifica (che ha

¹⁰³ Il sistema del diritto, in particolare, non avanza quelle pretese più elevate e rigorose che sono invece presenti nel campo della ricerca pura.

¹⁰⁴ *Ex multis*, v. Cons. Stato, sez. II, 5 ottobre 2022, n. 8523: «pur in presenza di ineludibile discrezionalità dell'Autorità (Areva) nella individuazione e nella disciplina dei criteri utili a determinare la tariffa (vuoi in relazione al riparto capacity/commodity, vuoi a quello entry/exit, o ad altri) – trattandosi di elementi non predefiniti in maniera vincolante dalla normativa di settore – nella specie emerge l'illegittimità del sistema tariffario per cui è causa, complessivamente considerato in quanto, sia per le disfunzionalità (rispetto al richiamato precepto normativo) di detti criteri già adeguatamente evidenziate dal TAR, sia per l'assenza di ulteriori meccanismi perequativi, risultano indubbiamente carenti le misure idonee ad assicurare il perseguimento del più volte menzionato obiettivo di tutela delle aree meridionali del Paese».

senso alla luce della semantica della scienza). Erroneo, allora, è il riferimento al merito e al “trattamento” di questa “forma comunicativa” (insindacabile, come più sopra chiarito, alla luce del regime del diritto amministrativo)¹⁰⁵.

Al solito, come accade nei casi di accoppiamento strutturale, i problemi sono osservati dal sistema con una forma a due valori, che serve a “scremare” il campo delle alternative.

Se il giudizio tecnico è, secondo le regole della tecnica e della scienza, inattendibile per l’insufficienza del criterio o per un vizio del procedimento applicativo, l’“osservazione”, che “irrita” il sistema del diritto, inducendolo immediatamente a riallinearsi, è ritenuta dallo stesso censurabile.

Se, invece, il criterio è stato correttamente individuato e applicato, ancorché il risultato sia opinabile, il giudice deve arrestare il proprio sindacato.

Si spiega così la semantica che fa perno sull’impiego della forma (o criterio) dell’opinabilità¹⁰⁶, la quale, appunto, consente di dividere il campo tra decisioni insindacabili e decisioni sindacabili¹⁰⁷.

Il diritto, in sostanza, per attrazione nell’ambito di un sindacato complessivo sull’azione, assegna al giudice il compito di validazione di semantiche scientifiche e, cioè, della verifica del rispetto, nella decisione scientifica concreta, della cornice predecisionale tipica della scienza che conduce a risultati non oggettivamente inattaccabili, ma solo attendibili. Assai significativo è il fatto che, al fine di svolgere questo ufficio, il giudice si affidi (in particolare, attraverso la consulenza tecnica di ufficio o la verifica¹⁰⁸) a organizzazioni o a “ruoli” riconosciuti nel sistema della scienza e, dunque, a operazioni comunicative a essa riconducibili.

In presenza di realtà fattuali che si espongono a una ricostruzione ritenuta dalla scienza non opinabile, anche se la loro verifica involge profili tecnici, non vi sono limiti al sindacato e all’accertamento sul fatto per verificare l’attendibilità del risultato. Ove il giudice riconosca che la decisione effettuata dall’amministrazione non è “validabile” nel sistema della scienza alla luce delle sue premesse deci-

¹⁰⁵ Quanto osservato nel testo spiega statuizioni quale quella di seguito riportata (Cons. Stato, sez. I, 30 novembre 2020, n. 1958): «La discrezionalità tecnica si riferisce, infatti, al momento conoscitivo ed implica un giudizio e non una scelta, non manifestazione di volontà, che può tuttavia giungere in un momento successivo».

¹⁰⁶ Da ultimo, v. G. Greco, *Discrezionalità tecnica, margini di opinabilità delle valutazioni e sanzioni amministrative*, in Forum Aipda <https://www.aipda.it/wp-content/uploads/2022/10/contributo-Prof.-Greco.pdf>.

¹⁰⁷ Tale criterio, secondo un procedimento che sconta una certa carenza di rigore logico (perché imposta una equivalenza forse non corretta fra natura dell’oggetto di osservazione e caratteri dell’osservazione), dà significato anche al concetto di fatto complesso sopra evocato: è complesso il fatto oggetto di apprezzamenti – frutto di metodi scientifici – opinabili.

¹⁰⁸ In generale, v. G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003; L. Giani, *L’accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo tra valutazioni tecniche ed eccesso di potere giurisdizionale*, in G. De Giorgi Cezzi, G. Greco, G. Morbidelli, P.L. Portaluri, F.G. Scoca (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, Napoli, 2018, 24 e ss.; S. Rodolfo Masera, *Verificazioni e valutazioni tecniche: la “dimensione” processuale del problema*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2021, 406 e ss.

sionali, attiva la reazione tipica del regime del diritto amministrativo, qualificando come illegittimo l'atto finale.

Se invece l'applicazione dei criteri tecnici conduce a un esito appunto opinabile, il giudice potrà censurare la scelta solo se ritenuta inattendibile; a fronte della bontà del criterio tecnico elaborato o applicato, cioè, il giudice non può sostituire a tale criterio un altro che ritenga migliore o più condivisibile.

Il confine, dunque, è qui ancora una volta netto¹⁰⁹ e non corre sul crinale della verità/non verità.

Il giudice deve verificare che l'amministrazione non abbia esorbitato dall'ambito delimitato dal sistema della scienza ("margini di opinabilità")¹¹⁰; per fare questo può e deve identificare i modelli scientifici e (a condizione che l'operazione sia ripetibile¹¹¹) verificare la bontà della loro applicazione e, cioè, applicare una semantica propria del sistema della scienza. In sintesi, il regime del diritto non tollera che l'organizzazione-amministrazione, chiamata a rendere un giudizio tecnico, tradisca la semantica della scienza (o del settore in "nome" del quale agisce¹¹²).

¹⁰⁹ Si v. Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, secondo cui «a differenza delle scelte politico-amministrative (c.d. "discrezionalità amministrativa") – dove il sindacato giurisdizionale è incentrato sulla 'ragionevole' ponderazione degli interessi, pubblici e privati, non previamente selezionati e graduati dalle norme – le valutazioni dei fatti complessi richiedenti particolari competenze (c.d. "discrezionalità tecnica") vanno vagliate al lume del diverso e più severo parametro della 'attendibilità' tecnico-scientifica. Quando la valutazione del fatto complesso viene preso in considerazione dalla norma attributiva del potere, non nella dimensione oggettiva di fatto 'storico', bensì di fatto 'mediato' dalla valutazione casistica e concreta delegata all'Amministrazione, il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a 'definire' la fattispecie sostanziale. Difendendo parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non 'deduce' ma 'valuta' se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto. È ben possibile per l'interessato – oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedurali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere – contestare ab intrinseco il nucleo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica». Per un commento di tale decisione, si v. F.G. Scoca, L. Lamberti, *Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità*, in www.federalismi.it, 6 settembre 2023. Ai sensi dell'art. 7, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 (che ha dato attuazione all'art. 9, par. 1, della Direttiva 2014/104/UE), poi, «il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame è necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima».

¹¹⁰ Secondo Cass. civ., Sez. Unite, 14 maggio 2014, n. 10411, «il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante» (v. anche Cons. Stato, sez. IV, 10 dicembre 2014, n. 6050).

¹¹¹ V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità*, cit., 495 e ss.

¹¹² Il tradimento della semantica può avvenire per ragioni diverse tra di loro: tra le più irritanti vi è quella di piegare modelli e criteri applicativi a un fine che nulla ha a che fare con la scientificità. Anche in tale ipotesi, il giudice dovrebbe censurare quell'uso distorto delle risorse e dei protocolli scientifici. Come chiarito nel

Il divieto di superare il limite indicato, in conclusione, non deriva dall'esigenza di rispettare l'amministrazione o dall'esistenza di una riserva di competenza, ma dalla necessità di non sconfessare la semantica della scienza, il che accadrebbe ove un giudice pretendesse di imporre una propria "verità" o un proprio modello decisionale, dopo che il sistema del diritto si è ancorato alle indicazioni (in termini di regole e criteri applicativi) della scienza medesima, pur se i criteri sono applicati da un'amministrazione¹¹³.

XIV) *Il perimetro del potere amministrativo*

In presenza di una trama normativa che riconosce poteri amministrativi (dunque in relazione a un criterio strutturale del "regime di diritto amministra-

testo, la censura dovrebbe essere definita restando nella semantica e nel regime della scienza; in quel sistema, si noti, sussistono non solo processi di validazione dei risultati, ma anche forme di controllo diffuso della comunità di riferimento, che reagirebbe assai irritata a un uso siffatto di modelli e procedure, che, apparentemente producendo un giudizio solo opinabile, va ben oltre il mero errore in buona fede. Dal punto di vista pratico, risulta difficile (ma forse non impossibile), anche in ragione del tecnicismo e dei limiti dell'indagine processuale, per il Giudice assumere quel ruolo e interpretare quella irritazione (ciò spiega probabilmente perché, onde assicurare giustizia, il giudice non possa fare altro che verificare l'irragionevolezza complessiva della procedura, accostando – e indebitamente sovrapponendo – valutazione tecnica e merito). Resta il fatto (magra consolazione per chi abbia subito un pregiudizio da una valutazione ingiusta) che, dal punto di vista sistemico, quella irritazione potrebbe tradursi in una reazione dell'ordinamento (imponendo trasparenza, diffusione dei dati e così via) e/o della comunità scientifica (compresi i professori universitari), in quest'ultimo caso attraverso osservazioni di censura e di critica nei confronti di chi, avendo un ruolo di decisore, non tanto ha adottato un atto illegittimo, quanto ha tradito la semantica di quel sistema o sub-sistema scientifico. Ciò, tuttavia, non sempre accade, in ragione dei rapporti di forza e dei meccanismi comunicativi che schermano contingenze: ovviamente, tale latenza crea ulteriore irritazione in chi osserva, all'interno delle organizzazioni, come le persone vengono "trattate". Secondo Luhmann, infatti (N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit., 233; sia consentito rinviare ancora a F. Fracchia, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di brunetta*, cit.), nelle organizzazioni diventano rilevanti le carriere. Esse sono considerate alla stregua di strumenti di integrazione che consentono esperienze di tempo, richiedono il concorso di autoselezione ed eteroselezione e operano in uno spazio di incertezza. La carriera, appunto, presuppone che l'individuo "osservi come viene osservato".

¹¹³ Giova osservare che la verità (rilevante ai fini dell'assunzione di talune decisioni) viene costruita all'interno di un procedimento amministrativo. Ciò spiega perché, anche in caso di "osservazioni scientifiche irripetibili", il giudice possa verificare la correttezza di quel percorso istruttorio utilizzando anche la semantica tipica (trasparenza, partecipazione, vizi della motivazione, carenze istruttorie e così via) del regime del diritto amministrativo. *Ex multis*, v. Cons. Stato, sez. II, 27 settembre 2022, n. 8339, secondo cui sulle questioni attinenti la valutazione dell'attitudine militare non possono «essere disposte verificazioni da parte di organi esterni, stante il principio di irripetibilità delle prove concorsuali – che costituisce il principale motivo per cui queste non sono sindacabili in sede giurisdizionale nemmeno negli ordinamenti più avanzati – in considerazione che queste avverrebbero in un contesto completamente diverso rispetto a quello selettivo che incide sulla performance del candidato. Tali giudizi sono sindacabili, in sede di legittimità, esclusivamente sotto il profilo della correttezza del procedimento e dei criteri, senza investire i risultati della valutazione stessa, tranne, ovviamente, i casi, assolutamente eccezionali, in cui questi risultino così macroscopicamente erronei, da essere riconosciuti come tali anche da un non esperto nella materia; evenienza che, tuttavia, non si è verificata nel caso di specie». Residua, cioè, «uno spazio per la verifica disposta in sede giudiziale solo laddove con questa si miri ad accertare che il giudizio della Commissione è stato frutto di travisamento oppure è inattendibile per inaffidabilità delle metodiche utilizzate o per errata interpretazione dei risultati degli accertamenti»: Cons. Stato, sez. IV, 13 settembre 2019, n. 4561.

tivo”), la Cassazione ha di recente ammesso la “coesistenza” di diritti soggettivi fondamentali la cui lesione potrebbe essere sindacata dal Giudice ordinario.

Cass., Sez. un., 27 luglio 2022, n. 23436, che ha giudicato un caso in cui la *causa petendi* risiedeva «non nell’illegittima mancata adozione dell’uno piuttosto che dell’altro provvedimento discrezionale, ma ... nell’abbandono, da parte delle autorità pubbliche, di una posizione di garanzia» e, cioè, «nella colpevole inerzia, nella non-attività», in particolare, ha statuito che “la condotta di mera inerzia addebitata alle amministrazioni convenute rileva come puro fatto».

Così prosegue la Suprema Corte: «La mera inerzia della P.A. non può mettere in crisi il principio di supremazia della persona e il nucleo essenziale e irriducibile di quel diritto»; «di fronte al comportamento materiale di pura inerzia delle autorità pubbliche, rientrando nell’ordinario contributo causale violativo del *neminem laedere*, la posizione giuridica del privato non assume i contorni dell’interesse legittimo»; «alla P.A. è riconosciuta una discrezionalità attiva, attinente cioè alla scelta delle misure più idonee, non anche la discrezionalità nel non agire». Sulla base di questi presupposti, la sentenza statuisce che «manca nella specie qualsiasi manifestazione di autorità della P.A. che evidenzi la coesistenza con il diritto anche di un interesse legittimo correlato al primo. Con la domanda giudiziale non vengono contestati i poteri autoritativi della P.A., perché il danno lamentato è provocato, in base alla causa pretendi, da una mera inattività, da un comportamento puramente materiale».

La tesi di fondo (alimentata dalla commendevole preoccupazione che i diritti fondamentali non vengano “erosi” nel loro nucleo), secondo cui il potere esiste solo se si trasfigura in discrezionalità attiva, mentre la completa inerzia lo “spegne”, non convince proprio perché sconfessa uno dei criteri strutturali (e differenziali) del regime.

La ricostruzione in esame, infatti, qualifica la natura della situazione giuridica (e, in buona sostanza, riconduce o esclude l’attrazione del problema al regime amministrativo) in forza non già della conformazione fornita dall’ordinamento, bensì della scelta episodica del soggetto pubblico di esercitare o di astenersi dall’uso del potere, quasi che tale ultimo accidente (che è tecnicamente una contingenza, nel senso che appare come un’eventualità “possibile” e diversa dal fatto fisiologico dello svolgimento della funzione) elida l’esistenza di un potere assegnato dalla norma, che è invece ragione sufficiente per negare la giurisdizione del giudice ordinario in ragione dell’ambientazione pubblicistica del “problema”.

La tensione a decidere (chiudendo la dinamica norma-potere-effetto), propria del regime amministrativo, viene qui usata dalla Cassazione come grimaldello per uscire dal regime (soltanto) ove l’amministrazione non agisca.

In quanto comunicazione condensata, sembra invece che la semantica (regime giuridico) non possa strutturarsi, modularsi e scomparire con riferimento a fatti episodici e contingenti, i quali, di per sé, attivano piuttosto riallineamenti e reazioni, ma non certo un mutamento completo della precedente cornice decisionale.

XV) *Preclusioni e cedimenti del regime di diritto amministrativo*

Sempre nella prospettiva di porre confini per ridurre la complessità e assorbire l'incertezza, vanno da ultimo menzionati i meccanismi preclusivi (quali quelli introdotti dall'art. 10-*bis*, l. 241/1990) per contrastare l'agire amministrativo reiteratamente e pervicacemente frazionato e ostativo¹¹⁴.

Essi sono riconducibili a premesse decisionali (che, a differenza delle altre cornici predecisionali, non sono fissati in astratto e per un numero indefinito di future decisioni) che impediscono nel futuro (all'interno della stessa "storia"¹¹⁵) all'organizzazione di tornare al punto di partenza per la tematizzazione del medesimo problema amministrativo¹¹⁶.

Dal punto di vista sistemico¹¹⁷, qui come in altri casi in cui il potere si "spegne" totalmente o parzialmente in forza di preclusioni o di altri meccanismi analoghi, che si applicano addirittura a tutte le "storie procedimentali" (si pensi alla Scia¹¹⁸ e alla situazione che si viene a creare decorsi i termini per l'esercizio dei poteri delineati dall'art. 19, l. 241/1990, oppure ancora al termine per l'esercizio dei poteri di autotutela), si può dire che si assiste a un'altra forma di contrazione del regime amministrativo ordinario, che, come illustrato nel corso del par. 7, fa perno sulla presenza del potere. Essa, infatti, si accompagna a una restrizione della tutela (o, comunque, a un mutamento del suo "regime"¹¹⁹), che ben si per-

¹¹⁴ Da ultimo, in argomento, v. A. Zito, *Discrezionalità amministrativa e consumazione del potere*, in Forum Aipda < <https://www.aipda.it/wp-content/uploads/2022/10/contributo-Prof.-Zito.pdf>>. V. poi M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo - Profili critici*, Napoli, 2018 e M. A. Sandulli, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il processo*, 2022, 11 e ss.

¹¹⁵ V. *supra*, nt. 79.

¹¹⁶ Non si tratta dell'unico esempio: basti considerare la nuova disciplina delle concessioni, contenuta nel codice dei contratti, che non contempla più il potere dell'amministrazione di revocarle. Per un caso specifico di preclusione sotto il profilo processuale, v. B. Merola-S. Perongini, *Occupazione acquisitiva: giudicato implicito civile ed efficacia preclusiva nel processo amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 502 e ss.

¹¹⁷ Peraltro, poiché non sempre si tratta di "forme" di differenziazione immutabili (ma di decisioni all'interno di una singola "storia procedimentale"), si spiega anche la reazione della giurisprudenza che consente, in condizioni particolari alcuni temperamenti all'applicazione della disciplina (Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2002, n. 3480).

¹¹⁸ In argomento, v. F. Liguori, *Accesso alla tutela processuale avverso la Scia nella recente giurisprudenza*, in *Persona e amm.*, 2019, fasc. 2, 85 e ss.

¹¹⁹ Secondo Corte cost. 6 febbraio 2019, n. 45, «le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6-ter sono dunque quelle già puntualmente disciplinate dall'art. 19, da esercitarsi entro i sessanta o trenta giorni dalla presentazione della SCIA (commi 3 e 6-*bis*), e poi entro i successivi diciotto mesi (comma 4, che rinvia all'art. 21-novies). Decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la

cepisce ponendosi soprattutto nei panni non già del beneficiario del meccanismo che placa l'ansia ordinamentale di garantire un risultato intangibile (destinatario di autorizzazione o di sovvenzione, segnalante e così via), bensì del terzo pregiudicato dalla misura che pone fine all'incertezza senza (più) offrire così all'organizzazione in sede di autotutela, come al giudice amministrativo in sede processuale, la possibilità di tematizzare l'intero problema e l'esigenza di tutela dell'interesse del terzo.

Il rilievo consente una duplice riflessione più generale: da un lato, esso mostra come il regime di diritto amministrativo offra più tutela al terzo rispetto a quello di diritto comune; d'altro lato, tornando alla Scia, suggerisce che sarebbe più opportuno effettuare una netta scelta di (campo/confine e, cioè, di) regime, evitando forme di ibridazione: diritto privato (liberalizzando davvero alcuni settori di attività, non più condizionati, al momento dell'inizio delle stesse e, cioè, dell'entrata nel "mercato", da titoli o condizionamenti pubblicistici), oppure diritto amministrativo (autorizzazione), con il consueto e completo corredo di forme di tutela incentrata sull'impugnazione di un atto.

9. *Una riflessione di sintesi: un soggetto forte con i deboli, ma (dal punto di vista sistemico) debole con i forti*

L'analisi complessiva dei temi specifici fin qui svolta mostra una certa tendenza, non del tutto rassicurante (e di cui talora gli stessi amministrativisti sono in qualche modo "responsabili": I e II), all'indebolimento del metodo, dei confini del regime del diritto amministrativo, dell'amministrazione o del suo giudice (VI, XI, XIV, XV), pur con salutari reazioni (III); quell'analisi, più in generale, rivela la costante necessità di contenere le esondazioni di altri sistemi (X e XI)

La conclusione è singolare: l'amministrazione è dal punto di vista sistemico un ambito in qualche misura costantemente "sotto attacco"; eppure, essa appare sempre pericolosa e arrogante nei confronti dei privati¹²⁰.

Nonostante il paradosso di un soggetto forte con i deboli e (ma non mancano alcune vistose eccezioni) debole con i (sistemi) forti, quel sistema va presidiato, perché il tracollo dei confini porterebbe pregiudizi assai maggiori degli apparenti benefici così guadagnati: diminuzione di tutela, spazi eccessivi per il merca-

possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l'interesse si estingue». Ancora: «al di là delle modalità di tutela dell'interesse legittimo, poi, rimane il fatto giuridico di un'attività che si assuma illecita, nei confronti della quale valgono le ordinarie regole di tutela civilistica del risarcimento del danno, eventualmente in forma specifica».

¹²⁰ Anzi, proprio questa preoccupazione giustifica la strutturazione di uno specifico regime, che esibisce anche peculiari caratteri sotto il profilo della tutela.

to e per la politica, assenza di voci critiche della dottrina, superamento di una tradizione consolidata e raffinata.

L'arroganza del potere, in altri termini, non verrebbe comunque meno con la scomparsa del diritto amministrativo, del relativo regime o del giudice amministrativo.

PARTE II

Nuove frontiere, diritto amministrativo e (nozione giuridica di) transizione

10. *Le crisi della modernità e il diritto: una nuova frontiera per l'amministrazione?*

Tra i grandi problemi che (anche) il diritto deve tematizzare vi sono le crisi della modernità, che possiamo osservare collocandoci all'interno delle stesse o, talora, sul loro "confine". Come anticipato *supra* (par. 1), infatti, abbiamo appena lasciato alle spalle la crisi pandemica, assistiamo alla crisi geopolitica dell'Ucraina, siamo nel mezzo di una crisi energetica, per non parlare della crisi migratoria, della drammatica crisi climatica e della transizione verde.

Evidente e immediata l'obiezione all'approccio qui prospettato: proprio il "metodo" sopra illustrato, che raccomanda di separare, di distinguere e di essere tecnicamente sorvegliati imporrebbe di non ricondurre tutte queste crisi disomogenee a un unico orizzonte problematico indistinto, pena una pericolosa deriva descrittiva e/o un eccessivo ampliamento del compasso dell'analisi.

In realtà, si ritiene che: a) quelle crisi (sul cui confine ci attestiamo e le cui manifestazioni sempre più frequenti costituiscono motivo di apprensione per chiunque) possano essere trattate unitariamente dai sistemi; b) l'analisi giuridica sia uno strumento concettuale essenziale sia per coglierne caratteri e sviluppi, sia per indicare modelli legittimi di comportamento, potendo a pieno titolo occuparsene, senza abdicare all'economia, alla storia, alla scienza o alla filosofia; c) l'amministrazione e il diritto amministrativo rivestano in questo contesto un ruolo assai importante; d) il metodo sopra delineato consenta di opportunamente "distinguere" e gestire la complessità.

a) Dal primo punto di vista, come più distesamente osservato in altre sedi¹²¹, quelle crisi hanno gli stessi identici caratteri¹²², sorgono di norma legate tra di loro, sono solo apparentemente imprevedibili, hanno effetti analoghi, sono trattati dall'ordinamento accentuando il valore della solidarietà, impattano sul ruolo delle amministrazioni, sui conti pubblici e sui temi della giustizia. Questi dati, colti nel loro complesso, giustificano una trattazione unitaria delle crisi della modernità (che, in realtà, sono ricorrenti nella storia, ma non con la frequenza attuale¹²³). Per altro verso, i sistemi sociali tematizzano qualsiasi problema rientri nel loro campo di osservazione a condizione che possa essere utilizzato il codice e indipendentemente dalla loro estensione: in questo senso “reclamano una competenza universale” e non possono disinteressarsi delle questioni che incessantemente si profilano al loro orizzonte. Ciò non implica alcuna indebita generalizzazione o forma di interdisciplinarietà; quello che è piuttosto necessario è attenersi al codice del sistema e al tecnicismo del metodo.

b) Dal secondo punto di vista, tra i sistemi sociali, il diritto è imprescindibile onde affrontare quei problemi per almeno due ragioni: da un lato, quando (e poiché: ma ciò accade sempre) vengono in evidenza i temi della giustizia, il suo apporto non può essere negato, atteso che la semantica del diritto dà a essa particolare rilievo¹²⁴; d'altro lato (in senso più propriamente luhmanniano), occorre strutturare aspettative e questa prestazione può essere offerta solo dal diritto che, dunque, risolve l'altro grande problema, accanto a quello della complessità, e, cioè, quello della contingenza o pericolo della delusione. Ciò non esclude, ovviamente, che anche altri sistemi (applicando il loro codice) possano tematizzare quei problemi; essi tuttavia non sono in grado di svolgere l'essenziale funzione del diritto. Né l'economia, né la scienza, né la filosofia, né la storia, infatti, possono assolvere questa funzione essenziale nelle “transizioni” (concetto su cui

¹²¹ F. Fracchia-P. Pantalone, Napoli, *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali. Interpretare il presente con il paradigma delle relazioni intergenerazionali nutrite di solidarietà*, Napoli 2022. Quello qui delineato è un vero programma non individuale di ricerca (I. Lakatos, *The methodology of scientific research programmes*. Cambridge, 1978), che implica l'applicazione di un ben definito paradigma e che ha avuto uno sviluppo nel volume di P. Pantalone, *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo*, Napoli, 2023.

¹²² Si ponga mente ai seguenti caratteri: globalità o, comunque, globalità delle cause e dimensione locale degli effetti e viceversa, carattere diffuso del danno, incertezza della tecnica, pluralità di aggressori e di vittime, varietà di concause, disconnessione spaziale e temporale tra causa ed effetto, asimmetrie informative, difficoltà di quantificare i pregiudizi, intreccio con l'etica, rilevanza dell'innovazione tecnologica, difficoltà di individuare i centri decisionali più appropriati, necessità di apprestare risposte multiscalarari e differenziate e di elaborare complesse strategie con orizzonti temporali non immediati.

¹²³ Per l'individuazione dei caratteri distintivi delle crisi della modernità rispetto a quelle analoghe ricorrenti nella storia, v. F. Fracchia, P. Pantalone, Napoli, *Decider(ci) per la morte*, cit., 89 e ss.

¹²⁴ Il concetto di equità intergenerazionale è una leva formidabile per l'applicazione del canone della giustizia: è infatti difficile giustificare un impegno a farci carico delle generazioni future escludendo che ciò imponga di guardare a chi soffre ed è debole qui ed ora.

si tornerà *infra*) che, attraverso il codice giuridico binario “legittimo/illegittimo”, assicura che le decisioni assunte nella gestione delle crisi siano accettate anche se non condivise, senza “andare in piazza” e “fare rivoluzioni”. Solo il diritto permette che le aspettative, ancorché frustrate, rimangano tali e che questa eventualità sia accettata *ex ante*. Per questa ragione il diritto non può “chiamarsi fuori” dal dibattito o venirne escluso.

c) Dal terzo punto di vista, ancora indulgiando sui caratteri dei problemi qui in esame, la centralità dell’amministrazione e delle sue competenze è innegabile (si pensi alla rilevanza delle funzioni amministrative nella lotta al Covid e nella fase successiva¹²⁵, nel contrasto al *climate change* o nel governo dei flussi migratori); questo dato non può non chiamare in causa il diritto amministrativo e chi lo studia e lo sistematizza.

d) Il metodo delineato *supra* (par. 7), infine, fornisce criteri per tematizzare efficacemente i problemi della modernità. Anzi, più in generale, il diritto amministrativo ha già definito una completa “sotto-semantica” che si ritiene essere del tutto idonea (e forse più idonea rispetto a quella riferibile ad altri sub-sistemi, quali il diritto internazionale, il diritto comparato o quello costituzionale) a trattare questi problemi.

11. *Responsabilità intergenerazionali, amministrazione pubblica e diritto amministrativo; la nozione giuridica di transizione (in cammino verso “nuove frontiere”)*

Prima di analizzare questa semantica, va ripreso un dato di diritto positivo che appare innegabile e, cioè, il fatto che le crisi sopra indicate sono osservate dal diritto non già riconoscendo (o, quanto meno, soltanto riconoscendo) intangibili diritti e pretese assolute, bensì attivando doveri e responsabilità comuni ma differenziate, cui la disciplina giuridica offre appunto crescente copertura.

In estrema sintesi, la stella polare è quella della solidarietà e il principio che informa quella disciplina (che possiamo definire come il “diritto delle relazioni intergenerazionali intrise di responsabilità”, che trova applicazione ogni qual volta occorra assumere decisioni con impatti sulle generazioni future), dotata di una sua specifica autonomia, è lo sviluppo sostenibile¹²⁶ che, come noto, esprime appunto un canone di responsabilità intergenerazionale fin dal momento in cui

¹²⁵ V. F. Manganaro, *L'intervento pubblico nell'economia al tempo della crisi pandemica*, in www.astrid-online.it, 2021, fasc. 14.

¹²⁶ Il paradigma è più distesamente illustrato in F. Fracchia, P. Pantalone, *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali. Interpretare il presente con il paradigma delle relazioni intergenerazionali nutrite di solidarietà*, Napoli, 2022. Esso è stato applicato alla crisi pandemica da P.

fu forgiata la famosa definizione da parte della World Commission on Environment and Development presieduta da Brundtland.

Dal punto di vista costituzionale, le coordinate di fondo sono in Italia offerte dall'art. 2, Cost. e dall'art. 9, Cost. L'art. 9, Cost.¹²⁷, in particolare, pur formalmente espresso con riferimento all'ambientale, costituisce oggi il referente di livello più elevato di questo nuovo settore del diritto. Collocato addirittura tra i principi fondamentali, esso impegna la Repubblica nel suo complesso a tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi; se coraggiosamente interpretato (e nel lungo periodo) può fornire solido supporto normativo alla profondità intergenerazionale di decisioni responsabili (che vanno assunte "anche nell'interesse delle future generazioni"¹²⁸), dimostrando che non tutti i valori sono equidistanti e raccomandando la virtù della sostenibilità e, quindi, dell'equità intergenerazionale verso i più deboli. D'altro canto, innegabile è la tendenza ad ampliare il concetto di sviluppo sostenibile (e, cioè, il principio cardine sopra menzionato). Basti pensare all'Agenda ONU 2030 per lo Sviluppo Sostenibile e ai suoi 17 obiettivi: essi non riguardano solo l'ambiente ma, mostrando una tensione espansiva molto netta, coprono molti ambiti diversi. In molte Costituzioni (in Italia, si consideri l'art. 81) la sostenibilità si è allargata fino a includere i temi del debito pubblico e del bilancio (riconducibili a un'altra manifestazione della responsabilità intergenerazionale¹²⁹). L'ampliamento della portata del principio giustifica il tentativo

Pantalone, *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo*, Napoli, 2023.

¹²⁷ Sulla riforma costituzionale, *ex multis*, si v. F. De Leonardi, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Aperta Contrada*, 2022; M. Cecchetti, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum quad.cost.li*, 2021, 285 e ss.; G. Grasso, *L'espansione della categoria dei doveri costituzionali nella riforma costituzionale sull'ambiente*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 2022; M. Delsignore, A. Marra, M. Ramajoli, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2022, 1 e ss.; M. Olivi, *L'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali selvatici*, in *AmbienteDiritto.it*, 4, 2022; A.L. De Cesaris, *Ambiente e Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 2021, 3; T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, *ivi*, 2021; L. Casseti, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, *ivi*, 2021. Sia consentito il rinvio anche a F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Dir. economia - www.ildirittoeconomie.it*, 2022, 1, 15 e ss. e Id., *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, *ibid.*, 2021, 55 e ss.

¹²⁸ Da ultimo, v. le acute riflessioni di V. Caputi Jambrenghi, *Libertà e autorità, II, Dottrine sulle libertà. Diritti delle future generazioni*, Napoli, 2023.

¹²⁹ Secondo Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18, che ha scrutinato la legittimità costituzionale di una disciplina avente a oggetto la riformulazione o rimodulazione dei piani di riequilibrio finanziario pluriennale degli enti locali in predisposto e la restituzione delle anticipazioni di liquidità a essi erogate, «la lunghissima dilazione temporale finisce per configgere anche con elementari principi di equità intergenerazionale, atteso che sugli amministrati futuri verranno a gravare sia risalenti e importanti quote di deficit, sia la restituzione dei prestiti autorizzati nel corso della procedura di rientro dalla norma impugnata. Ciò senza contare gli ulteriori disavanzi che potrebbero maturare negli esercizi intermedi, i quali sarebbero difficilmente separabili e imputabili ai sopravvenuti responsabili». *Ex multis*, si v. A.M. Giampaolino, *Ambiente e generazioni future nella giurisprudenza della Corte costituzionale dell'ultimo decennio*, in G. Colombini (a cura di) *Scritti in onore di Aldo Carosi*, Napoli,

di unificare la prospettiva dell'indagine, in modo da comprendere l'intera gamma di rapporti giuridici coinvolti da tale principio.

Si diceva prima della presenza di una semantica già sedimentata, che pare oggi raccordarsi e rafforzarsi con il sopra menzionato formante costituzionale, consentendo al diritto di "trattare" questi temi nel loro complesso e nei loro molteplici risvolti. Essa è quella propria del diritto dell'ambiente, settore che, in gran parte, è da ricondurre al diritto amministrativo (in forza dei criteri strutturali e differenziali indicati nel corso del par. 7).

L'ambiente e i suoi problemi, in ogni caso, sono percepiti come l'esempio paradigmatico di crisi intergenerazionale moderna e questo spiega perché il relativo diritto sia il fattore trainante della costruzione di una disciplina applicabile alle restanti questioni intergenerazionali. La "forza" della tematica ambientale, così preoccupante nella modernità, dunque, forgia i caratteri del diritto delle scelte intergenerazionali¹³⁰. Nell'orbita della stella polare del dovere e della responsabilità, vengono in particolare in rilievo i principi "chi inquina paga" e di "responsabilità comune, ma differenziata" e, soprattutto, i canoni di prevenzione e di precauzione, tutti precipitati della sostenibilità. Essi si applicano ormai diffusamente e trasversalmente ai vari livelli normativi coinvolti (ché, come ancora si dirà, la risposta taglia verticalmente gli ordinamenti, da quello sovranazionale a quello locale), per la semplice ragione che i problemi intergenerazionali sono "glocali"¹³¹. I canoni in esame, inoltre, sono al contempo principi che vincolano le Istituzioni nell'adozione di politiche pubbliche che impattano sulle generazioni future e criteri per sindacare addirittura la costituzionalità delle scelte legislative che, nel tentativo di contrastare le grandi crisi, più profondamente incidono sull'evoluzione della nostra società¹³².

Non può al riguardo essere negato che, proprio sotto la pressione di quella preoccupazione, stiamo assistendo a un vero cambio di paradigma (si considerino ancora l'Agenda 2030, che esordisce con l'impegno «*transforming our world*», ma anche documenti quali Green New Deal, Next Generation Eu e PNRR¹³³) che,

2021 491 e ss., nonché F. Lillo, D. Siclari, *Prolegomeni sul ruolo della sostenibilità e dell'equilibrio di bilancio in chiave intergenerazionale, alla luce delle pronunce della Corte costituzionale*, *ibidem*, 533 e ss.

¹³⁰ Sia consentito rinviare a F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. economia*, 2002, 215 e ss.; Id., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in <http://www.rqda.eu/>, *Riv. quad. dir. ambiente*, 2010, 12 e ss.; Id. *The Legal Definition of Environment: from Right to Duty*, in *ICFAI Journal of Environmental Law (IJEL)*, April, 2006, 17 ss.; Id., *L'ambiente nella prospettiva giuridica*, in F. Cuturi (a cura di) *La natura come soggetto di diritti*, Firenze, 2020, 159 e ss. e Id., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro*, Torino 2010. Sui principi ambientali, v. P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Padova, 2004 e M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007.

¹³¹ *Supra*, nt. 122.

¹³² Si auspica, cioè, uno scarto normativo (o un'interpretazione creativa) che svincoli la sostenibilità dal riferimento necessario ed esclusivo all'ambiente.

¹³³ V. in generale (e sotto profili diversi) F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici – Verso uno stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163 e ss.; Id., *Sustainable production as a dri-*

pur traendo origine dalle politiche ambientali, investe l'intera società, con effetti evidentemente intergenerazionali.

La semantica delle responsabilità intergenerazionali, indicando che quei problemi vanno affrontati in una prospettiva multiscalare (non esiste né un unico livello normativo competente a “trattare” quei temi, né un unico strumento o meccanismo giuridico atto a gestire i problemi intergenerazionali, né un unico centro decisionale competente ad affrontarli) e adottando strategie con orizzonti temporali non immediati, consente di mettere a tema anche un ulteriore concetto di cui molto si discute proprio per illuminare il cambiamento di fondo che stiamo vivendo: la transizione¹³⁴.

Essa è di interesse ai nostri fini perché indica la direzione di marcia (che coinvolge le amministrazioni) verso nuovi territori e il superamento di confini.

In generale, la parola “transizione” esprime un passaggio da un “prima” a un “dopo”. L'aggettivo ambientale (ma analogo discorso si può estendere alle transizioni energetiche, digitali, sanitarie, demografiche¹³⁵, epidemiologiche) invece, spiega e indica la direzione o l'alveo di questo cambiamento.

Quanto testé osservato non consente di offrire una spiegazione specifica del fenomeno e, soprattutto, non è un concetto giuridicamente utile. Non si è, cioè, al cospetto di un'osservazione diversa da quella che potrebbe essere resa da altri sistemi (storia, economia, scienza). A questo proposito, va notato che le fonti giuridiche nazionali ed europee non propongono alcuna definizione generale.

Occorre guardare dunque oltre, alla ricerca di altri dati di diritto positivo.

Un primo spunto giuridico scaturisce dagli studi sulla risposta alla crisi pandemica e, cioè, sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza che, tra l'altro, contiene un espresso riferimento – elevandola a proprio pilastro – alla transizione eco-

ver for rewriting European Treaties, in *Dir. economia - www.ildirittodelleconomia.it*, 2023, 1, I-XVII; A. Sandulli, *Economic planning and administrative transformations in the ngeu and nrrp: a paradigm shift*, in *IJPL*, 2022, 3 e ss.; S. Vernile, *L'ambiente come “opportunità”. Una riflessione sul contributo alla tutela ambientale da parte del “secondo” e del “quarto settore” tra greenwashing, economia circolare e nudge regulation*, in *Dir. economia - www.ildirittodelleconomia.it*, 2022, 3, 11 e ss. e S. Gardini (a cura di), *Percorsi di circolarità tra diritto ed economia*, *ibid.*, numero speciale, 2023.

¹³⁴ In argomento, v. F. de Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 779 e ss.; M. Petrachi, *La tutela dell'ambiente nel prima della transizione ecologica*, Torino, 2023; G. Severini, *La “transizione” come ordinamento giuridico*, *Giustizia insieme - www.giustiziaiinsieme.it*, novembre 2022; F. Vetrò, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2022, 53 e ss.; S. Masini, *“Transizione ecologica” dell'agricoltura*, in *Dir. agroalimentare*, 2022, 45 e ss.; G. Sgueo, *La visione e la voce nella transizione digitale dei governi democratici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1015 e ss.; B. Boschetti, *Transizione digitale e amministrazione (eco)sistemica*, in *Studi parlamentari e politica costituzionale*, 2021, 209, 53 e ss.; T. Favaro, *Regolare la “transizione energetica”. Stato, mercato, innovazione*, Padova, 2020.

¹³⁵ Vero è che vi è un aumento complessivo della popolazione, ma, a tacere della crisi della natalità in molti Paesi, compresa l'Italia, esso si accompagna a un notevole incremento dell'età media degli abitanti del pianeta, con una sorta di ribaltamento della piramide demografica (il tasso di natalità in Cina, ad esempio, è recentemente diminuito: devo a Pietro Terna alcune suggestioni sul punto.)

gica. In dottrina, il PNRR è stato acutamente considerato come un atto di pianificazione con copertura così legislativa come di diritto eurounitario e, soprattutto, relativo a una serie di attività e di iniziative svolte in vista di un risultato¹³⁶. Il rilievo è importante, considerando che il raggiungimento dei risultati della transizione è una condizione per ottenere fondi europei. Di conseguenza, il risultato deve avere una precisa pregnanza giuridica.

Ciò suggerisce la necessità di forgiare un paradigma teorico in grado di esprimere sia questa “continuità”, sia la rilevanza del risultato (nel caso della transizione energetica, costituito dalla progressiva sostituzione dei combustibili fossili con le energie rinnovabili).

In altri termini, la transizione si configura come un insieme di strumenti, che, dal punto di vista giuridico, sono rilevanti solo se considerati nel loro insieme e nella prospettiva di una continuità funzionalizzata in vista di un risultato.

Ecco dunque affiorare una prima (parte di) definizione che voglia essere specificamente giuridica: la transizione è una “forma di funzione”. In questa espressione di sintesi¹³⁷, il termine “funzione” indica l’attività (considerata nel suo insieme) svolta per raggiungere un obiettivo; il termine “forma” è invece usato per significare che la transizione è la forma giuridica attraverso la quale la funzione può essere “osservata” nel corso del suo “farsi”. Essa è la manifestazione esterna e giuridicamente rilevante di una funzione, ossia, per attingere al lessico luhmanniano, una “forma” dotata dell’attitudine di riunire in una sintesi varie operazioni comunicative.

Siffatta funzione, che per un certo periodo (quello in cui l’attuale Ministero dell’ambiente e della sicurezza energetica si è chiamato Ministero della “transizione ecologia”) ha avuto anche un significativo riflesso organizzativo, coinvolge diversi atti e strumenti giuridici (dalle leggi alle decisioni amministrative, per giungere alle attività concrete, tutte finalizzate alle riforme o al raggiungimento degli obiettivi), nonché molteplici soggetti (a più livelli istituzionali); includendo probabilmente pure i giudici, richiede spesso la collaborazione di attori privati¹³⁸.

¹³⁶ Ci si riferisce a F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice, Giustizia-amministrativa* - www.giustizia-amministrativa.it, 12 novembre 2021. V. altresì L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano e il fondo di ripresa e resilienza*, in *Astrid Online* - www.astrid-online.it, 10 novembre 2020; Id., *L’Amministrazione presa sul serio e l’attuazione del PNRR*, in *Forum Next Generation UE*, aipda.it, 1° aprile 2021; A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all’indirizzo politico “normativo?”*, in *Federalismi* - www.federalismi.it, 28 luglio 2021; N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi* - www.federalismi.it, 12 gennaio 2022; M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Online* - www.astrid-online.it, 21 luglio 2021.

¹³⁷ Essa, ovviamente, si ispira alle riflessioni di F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1952, 118 e ss.

¹³⁸ Il risultato è un vincolo giuridico che nasce dalla legge e che condiziona non solo il Governo e l’intera amministrazione, ma, come osservato dalla dottrina sopra citata (F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità*, cit.), anche gli interpreti.

Lo sforzo di fornire una definizione giuridica della transizione (offrendo, dunque, agli altri sistemi una specifica prestazione del sistema del diritto, in primo luogo, come si dirà, in termini di legittimità della stessa) può a questo punto essere completato compiendo un ulteriore scarto argomentativo.

Si è più sopra a lungo indugiato sulla prestazione che possono offrire i giuristi e il sistema del diritto, attraverso le relative semantiche. Giova riprendere questo spunto e aggiungere che la funzione dei paradigmi giuridici (anche suggeriti dagli studiosi) è duplice: risolvere problemi, indicando conseguenze operative derivanti dai principi giuridici generali; descrivere il “mondo reale” e le caratteristiche dell’oggetto della ricerca.

Circa l’osservazione del “mondo reale”, va ribadito che ciò a cui stiamo assistendo oggi, osservando le transizioni, non è semplicemente una strategia settoriale: il PNRR mira a un cambiamento strutturale della società, poiché delinea un nuovo modello di sviluppo sociale, istituzionale ed economico.

Per altro verso, nelle transizioni (si pensi a quella ecologica, pur se in essa la tendenza di fondo a privilegiare le energie rinnovabili è molto chiara), si coglie spesso una sorta di “stop and go”. Ad esempio, l’irrompere della crisi energetica legata alla guerra ha comportato un “disturbo” della transizione ambientale (basti citare il dibattito sulla riapertura delle centrali a carbone o sulla rivalutazione dell’energia nucleare). Il problema di considerare e spiegare questi aspetti non può essere eluso, così come non va trascurato che la transizione può essere effettuata solo utilizzando un approccio multilivello. Vi è, inoltre, una sorta di “convitato di pietra” nella riflessione sulle transizioni: le future generazioni. Questo riferimento è espressamente contenuto in formule impiegate per indicare programmi quali il “*Next generation EU*” e, comunque, è implicitamente ricavabile dal fatto che l’orizzonte temporale delle strategie è di lungo periodo¹³⁹.

Tutti questi aspetti debbono trovare evidenza e spiegazione all’interno dello sforzo definitorio.

Ciò è possibile tornando circolarmente alla semantica delle responsabilità intergenerazionali e al regime del nuovo ed emergente sistema del diritto delle relazioni intergenerazionali.

La transizione, concludendo l’analisi che ci si era proposti di svolgere, cioè, non è solo “forma della funzione”, ma, anche e soprattutto, una “forma di adempimento di doveri intergenerazionali”, regolata da uno specifico insieme di norme alle quali sono assoggettati tutti gli attori, tutti i comportamenti e tutte le iniziative considerati congiuntamente.

Vediamo il paradigma all’opera.

¹³⁹ Il Piano Nazionale di Transizione Ecologica, ad esempio, fissa al 2050 il momento in cui l’Italia deve raggiungere il chiaro e ambizioso obiettivo di operare a zero emissioni di carbonio.

Quanto all'“osservazione del mondo”, la tesi della forma di adempimento dei doveri dà il giusto risalto, in seno alle transizioni, al “convitato di pietra”, posto che le prossime generazioni sono condizionate dal loro esito. Inoltre, tale paradigma è in linea con l'idea di un cambiamento strutturale della società e del modello di sviluppo (un cambiamento siffatto è propriamente l'esito finale delle scelte intergenerazionali), peraltro calato dall'alto, e con il fatto che, durante il periodo di transizione, spiccano le dimensioni della solidarietà e del dovere (in tema di crisi energetica, ad esempio, siamo stati tutti chiamati a contribuire con sacrifici individuali al contenimento dei consumi e al raggiungimento degli obiettivi). Il paradigma spiega poi l'approccio multilivello, poiché ogni sede decisionale è potenzialmente coinvolta in base alle proprie responsabilità (che sono, appunto, comuni ma differenziate). Anche i momenti di “stop and go” che caratterizzano – e talora frenano – le transizioni sono riconducibili al paradigma: le politiche che hanno un impatto sulle generazioni future sono lunghi percorsi; la responsabilità e la solidarietà intergenerazionale, per loro natura, devono essere adattate e ricalibrate, soffrono momenti di crisi e arresto, pur mantenendo fermo l'obiettivo finale.

A proposito di obiettivo finale, nelle transizioni esso è talmente pregnante¹⁴⁰ da portare a forzature del fisiologico regime di diritto amministrativo (v. *supra*, par. 7, *sub* XI): la politica, cioè, può irritare il diritto fino al punto di sostituire alla dinamica incentrata sull'intervento dell'amministrazione sottoposta al regime del diritto amministrativo meccanismi diversi, quali la legificazione di atti di programmazione (PNRR), lo svuotamento delle sedi decisionali ordinarie o, comunque, alcune deroghe ai regimi tradizionali¹⁴¹.

Nelle transizioni si devono dunque registrare una forma diversa di contrazione del regime del diritto amministrativo e una possibile riduzione di spazi per l'azione delle amministrazioni. Ciò, tuttavia, può avvenire solo entro certi limi-

¹⁴⁰ L'art. 1, comma 2, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito nella l. 29 luglio 2021, n. 108 stabilisce che la sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nel PNRR «assume preminente valore per l'interesse nazionale».

¹⁴¹ Per la “legificazione” dell'elenco degli impianti che ricadono nel PNIEC, v. d.l. 77/2021, conv. nella l. 108/2021. Ai sensi dell'art. 22, comma 7, d.lgs. 199/2021, invece, «le aree non incluse tra le aree idonee non possono essere dichiarate non idonee all'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile, in sede di pianificazione territoriale ovvero nell'ambito di singoli procedimenti, in ragione della sola mancata inclusione nel novero delle aree idonee». Un altro esempio, apparentemente minore, di “deroga” (invero discutibile) al regime ordinario si trae dal d.m. 28 settembre 2021, n. 396, contenente l'avviso relativo alla procedura selezione, di progetti finanziati con i fondi PNRR [in particolare: MISSIONE 2 (M2) Rivoluzione verde e transizione ecologica/ Componente 1 (M2C1) - Agricoltura sostenibile ed economia circolare/PNRR per l'Economia circolare/ Investimento 1.1 - Realizzazione nuovi impianti e ammodernamento di impianti esistenti]: il punto 4 statuisce che «i beni mobili e immobili, materiali ed immateriali, e le opere, previsti per l'attuazione degli interventi proposti ed oggetto del presente decreto dovranno necessariamente rimanere di proprietà pubblica», dunque creando in sostanza un nuovo regime di appartenenza pubblica necessaria e illimitata nel tempo in relazione ai fondi su cui insistono impianti di gestione dei rifiuti finanziati con fondi PNRR.

ti: come insegna l'esperienza del PNRR¹⁴², il regime del diritto amministrativo reclama le proprie ragioni posto che, una volta varate riforme e linee di intervento da parte della politica e della legge, la loro attuazione (la c.d. "messa a terra") non può prescindere dall'intervento delle amministrazioni.

Infine, circa l'altra funzione dei paradigmi (risolvere problemi), la transizione quale forma di adempimento di doveri intergenerazionali retti da uno specifico "diritto"¹⁴³ offre una cornice di principi (pur se assai generici) alla luce dei quali illuminare le politiche pubbliche e, soprattutto, sindacare, da parti delle diverse magistrature, le scelte di transizione, financo quelle consacrate nella legge.

L'applicazione del codice legittimo/legittimo alle transizioni è una prestazione essenziale per gli altri sistemi: la politica, l'economia, la scienza, la storia, l'etica.

PARTE III

Vecchie frontiere e loro assestamenti: sovranismo e globalizzazione

12. *La crisi della globalizzazione, il diritto amministrativo e il materiale regolatorio prodotto oltre le colonne d'Ercole della sovranità*

Il diritto amministrativo ha da sempre dovuto accettare e registrare "aperture" verso forme di regolazione poste al di là dei confini dello Stato¹⁴⁴, gestendo o subendo la ricaduta sul territorio nazionale delle regolazioni ultrastatali che impattano sui poteri pubblici¹⁴⁵.

Il fenomeno è legato a quello della globalizzazione (fatto storico-economico) soprattutto dei mercati, in ordine alla quale, anche alla luce delle recenti crisi e della emergente forte competizione tra Stati, nel dibattito non solo giuridico (basti citare la voce di Paul Krugman, che si unisce a un coro di critiche che a tratti appaiono tardive) si è prospettata la necessità di un profondo ripensamento. La globalizzazione giuridica, d'altro canto, difficilmente può avere un compas-

¹⁴² Si v. F. Cintioli, *Sulle riforme costituzionali e l'Amministrazione in Italia*, in www.federalismi.it, 2023, 2 e ss.

¹⁴³ Essa, come detto, unitamente alla espressione "forma della funzione", è al contempo anche luhmannianamente una "forma" dotata dell'attitudine di riunire in una sintesi varie operazioni comunicative.

¹⁴⁴ In argomento, v. G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009.

¹⁴⁵ Non interessa qui riprendere alcuni dubbi sulla metodologia di studio del diritto globale, sulla sua delimitazione e definizione, sulla sua effettiva capacità di differenziarsi in base a un proprio specifico codice e su quello che può definirsi come slittamento epistemologico (dalla descrizione dell'essere all'indicazione del dover essere): sia consentito al riguardo rinviare a F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in www.federalismi.it, 2018, n. 17.

so più ampio della globalizzazione economica, essendo normalmente incapace di penetrare là dove gli scenari economici sono schermati (si pensi a Cina e Russia).

La crisi del concetto di globalizzazione è stata innescata anche dal fatto che, almeno in certe regioni del globo (si pensi al Sudamerica e, più in generale, al Sud del Mondo), essa è stata percepita come l'esito di una forma di americanizzazione e di occidentalizzazione non democratica o, comunque, come un meccanismo che crea (e che ha finto di ignorare) diseguaglianze, ingiustizie e impatti sull'ambiente. Non può sfuggire, al riguardo, che la globalizzazione e il diritto globale riflettono un approccio post-moderno, che mira a sostituirsi alle narrazioni tradizionali¹⁴⁶: anche il postmodernismo, tuttavia, non è altro che una diversa "narrazione" e consiste nella descrizione di un panorama destrutturato che, però, nasconde interessi, relazioni e obiettivi e che certamente non è neutro e indolore. Non è un caso che di globalizzazione si sia occupato il sistema della politica, collocando tendenzialmente a sinistra i difensori dell'ordine globalizzato (che andrebbe di pari passo con l'affermazione, in basso, di un forte individualismo nella società) e posizionando invece a destra i critici di questa duplice tendenza. A ogni buon conto, anche a volere ipotizzare che, abbattendo barriere e ampliando gli spazi di competizione sul mercato, essa potesse favorire la pace, la severissima risposta della storia (guerra in Ucraina) ha svelato il carattere illusorio di quella convinzione. Chi fa le spese della crisi della globalizzazione, poi, è soprattutto l'occidente globalizzato e dipendente da altri mercati, che ha reagito mettendo in campo politiche protezionistiche (come l'*Inflation Reduction Act* americano, che corrisponde alle analoghe iniziative di Cina e India) e ha focalizzato l'attenzione sulla sicurezza interna.

Più in generale, se ovviamente esistono interessi globali, si può dubitare che sussista davvero una gestione globale degli stessi o di alcuni di essi, in ragione della presenza di numerose barriere e sacche di particolarismo. L'esempio delle crisi della modernità è ancora una volta eloquente: solo una parte del diritto globale compone e ha composto la relativa cornice regolatoria, come dimostrato dalla vicenda della recente pandemia. Le risposte a quelle crisi hanno costantemente messo al centro della scena le politiche statali e le amministrazioni, riducendo gli spazi del mercato globale (PNRR e crisi energetica sono un esempio significativo di questa tendenza) e richiedendo o suscitando una produzione normativa nazionale, se non addirittura locale. Da questo punto di vista, il paradigma del diritto delle responsabilità intergenerazionali, fondato su un approccio multilivello, appare adeguato a descrivere il riflesso giuridico della risposta a quelle crisi e a quei problemi

¹⁴⁶ Tutto viene descritto come frazionato, frammentato, instabile, globalizzato ma anche delocalizzato, senza centro (spesso sostituito da reti e autorità non politicamente responsabili) o baricentro; senza territorio e sovranità; senza distinzione tra diritto privato e pubblico o tra soggetti sovrani e altri attori. V. anche quanto si dirà nel corso del paragrafo successivo circa la riconducibilità della globalizzazione a un "sistema", nonché M. Ramajoli, *A Post-Modern Administrative Law?*, in *Ius-publicum.com*, 2016, 1 e ss.

“glocali” che, appunto, esigono approcci variegati e pluridimensionali. L’accento consente di aggiungere che il diritto (oggettivo) globale, presupponendo l’assenza di confini e quindi di limiti, tende a valorizzare, quali pretese a tutela illimitata, i diritti (soggettivi) umani, fondamentali, intangibili e, appunto, privi di vincoli¹⁴⁷, che infatti, in quel contesto, si moltiplicano. Il diritto (oggettivo) delle responsabilità intergenerazionali, invece, riconosce la presenza dei confini e di limiti (responsabilità comuni ma differenziate) e li valorizza realisticamente attraverso la creazione dei doveri (art. 2 e art. 9, Cost., sviluppo sostenibile e così via).

Il sovranismo, a ogni buon conto, sta innalzando una più densa barriera alla penetrazione di materiale regolatorio non statale. Il diritto nazionale serra le fila¹⁴⁸, anche per irritazione della politica. Legato a questo tema, sussiste un ulteriore fattore che pare minare specificamente la diffusione del diritto globale, insito nel carattere medesimo che ne giustifica l’interesse e, cioè, nel suo carattere antistatale¹⁴⁹.

Si può in ogni caso discutere circa la qualificazione come amministrativo del diritto globale. I settori maggiormente interessati, infatti, sono piuttosto il diritto internazionale o parzialmente il diritto europeo: l’origine delle norme, poi, è spesso privatistica. In ogni caso, le regole globali smarriscono molte delle caratteristiche del regime del diritto amministrativo (la distinzione amministrazione-giustizia, la specificità dei principi, che sembrano piuttosto generali, se non di diritto naturale).

Quanto ai soggetti pubblici nazionali, poi, solo una parte del materiale ultrastatale risulta applicato direttamente dalle nostre amministrazioni. Molte norme, infatti, sono filtrate dal diritto interno¹⁵⁰ o sono di provenienza europea e, dunque, “atterrano” inglobandosi nel nostro ordinamento. Sviate fonti ultrastata-

¹⁴⁷ Invero, al riferimento al diritto non sempre fa seguito il riconoscimento delle pregnanti conseguenze giuridiche che assistono i nostri diritti soggettivi o, comunque, le pretese azionabili davanti a un giudice. Tale richiamo (una tipica “forma” che riduce complessità offrendo uno sguardo sul mondo) appare piuttosto riconducibile alla semantica della politica. Il caso del “diritto” all’ambiente, talora forse frettolosamente salutato come soluzione giuridica finale per i problemi ambientali, magari invocando qualche precedente emerso in contesti giuridici e culturali del tutto differenti dal nostro (in luogo di costruire – certo più faticosi – percorsi di responsabilità), è ancora una volta emblematico: quella prospettiva si basa su di un uso enfatico e poco sorvegliato della categoria (una sorta di *greenwashing* giuridico, che sembra soprattutto finalizzato a placare le coscienze), mentre, per assicurare una vera protezione, occorre continuamente dimostrare l’inadempimento di concreti doveri.

¹⁴⁸ Basti pensare alla disciplina in tema di golden powers, in cui il Governo, sulla base di «un’ampia valutazione geopolitica proiettata a scenari futuri», applica una normativa «tesa, da un lato, a preservare il Paese da possibili fattori di rischio prospetticamente rilevanti, dall’altro, e contestualmente, ad arginare iniziative di Paesi terzi potenzialmente pericolosi» (Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2023, n. 289). V., peraltro, di recente, per una lettura riduttiva della nozione di investimento estero diretto, Corte Giust. UE, seconda sezione, 13 luglio 2023, causa C-106/22, Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. c. Innovációs és Technológiai Miniszter.

¹⁴⁹ Nello scritto già citato (F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo*, cit.) si è fatto al riguardo riferimento a una vicenda culturale che in epoca recente si è prodotta in un settore distinto (quello delle lingue), ma con caratteristiche in parte analoghe al settore giuridico: proprio l’attitudine antistatale è stata una delle cause del fallimento dell’esperanto, lingua concepita forse in una logica top-down senza riuscire né a entrare in empatia con le persone comuni, né a rispondere ai loro bisogni quotidiani.

¹⁵⁰ *Ex multis*, v. art. 13, comma 4, d.lgs. 36/2013.

li pongono eccezioni o limiti al proprio campo di applicazione o barriere rigide e talora rilevantissime, come accade nel settore dei contratti (dove il diritto ultranazionale pattizio conosce eccezioni, introduce soglie di valore e tipizza i soggetti¹⁵¹).

Dal punto di vista dei vari sub-sistemi del diritto, il materiale globale prodotto da regolatori che si collocano oltre le colonne d'Ercole dello Stato risulta attratto dal diritto tradizionale nel cui contesto sorge (internazionale), atterra o con cui interferisce (privato, amministrativo e così via), senza comportare significative modificazioni scientifiche, continuando a essere "vaghiato" secondo gli schemi concettuali propri di quei diritti.

Quel materiale, infine, potrebbe riguardare anche il diritto amministrativo nazionale, che però coglie solo quella quota di regole che si colloca nei suoi confini. Applicando la semantica del relativo regime, in sostanza, il diritto amministrativo osserva il materiale globale e se ne interessa nella misura in cui il giudice amministrativo lo consideri paradigma di legittimità e la sua giurisdizione abbracci le relative controversie. Per il resto, se ne disinteressa totalmente, anche se le regole ultrastatali dovessero esibire alcune caratteristiche affini a quelle del diritto amministrativo.

13. *Una lettura sistemica della (crisi della) globalizzazione e delle sue nuove frontiere, tra IA e responsabilità*

Il diritto ultrastatale applicabile direttamente alle amministrazioni e ai privati, dunque, è solo una parte del tutto (pur culturalmente interessante).

Se tutto ciò è vero, e pur tenendo conto di quanto osservato nel corso del paragrafo precedente sulla crisi della globalizzazione, va però aggiunto che sarebbe un errore negare l'esistenza o, meglio, distogliere l'attenzione dalle aperture dell'ordinamento (pur se parziali e circoscritte e, appunto, secondo logiche pendolari, destinate in alcuni momenti a comprimersi) ai materiali giuridici derivanti dal diritto ultranazionale. Basti porre mente al fatto che, nella crisi pandemica e nella conseguente ricostruzione, l'Europa (con la relativa importante produzione normativa) ha fatto fortunatamente sentire fortemente anche la propria voce e il proprio peso¹⁵², pur non potendo prescindere dalla cornice della sovranità dei vari Stati. Onde rendersi conto del fatto che le amministrazioni sono esposte a regole non prodotte dalle fonti tradizionali, si consideri anche la diffusione della tecnica e dell'intelligenza artificiale¹⁵³.

¹⁵¹ Per un'analisi più distesa, sia consentito rinviare a F. Fracchia, *Fonti internazionali*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, 63 e ss.

¹⁵² Si pensi all'acquisto centralizzato dei vaccini e al Next Generation Ue.

¹⁵³ R. Ferrara, *La globalizzazione e il diritto pubblico*, in *www.federalismi.it*, 2023, n. 19, 23 e ss.

Al riguardo, richiamando quanto già osservato *supra*, par. 5, non si può non sottolineare una significativa analogia tra globalizzazione e sistema della tecnica¹⁵⁴. Anche la globalizzazione, infatti, comporta la sostituzione, rispetto a un approccio differenziale funzionale, di una forma di differenziazione centro-periferia (per esemplificare: G8-resto del mondo; BCE-Stati membri; regolatori globali, soprattutto quelli che impongono standard, contrapposti ai soggetti sovrani; organi tecnici che pretendono di definire come più attendibili risultati scientifici assunti a livello globale e sovranazionale), ove nel centro si stratificano plurime funzioni.

In prospettiva sistemica¹⁵⁵, cioè, la globalizzazione può essere considerata come la tensione verso l'emersione di un nuovo sistema o come una trasfigurazione di quello economico, profilo che, tra l'altro spiega la difficoltà di fornirne un inquadramento giuridico¹⁵⁶. Tale sistema, infatti, elabora (o ha cercato di elaborare) ruoli, modelli comportamentali, forme per ridurre la complessità¹⁵⁷ e per osservare problemi e, cioè, in sintesi, una propria chiara semantica, creando peraltro notevole latenza. Il punto è già stato sfiorato accennando alla crisi ucraina, ma merita di essere ripreso: è stato un errore ipotizzare che tutto ciò potesse soppiantare le sovranità, il sistema della politica e fornire analoghe prestazioni¹⁵⁸. Anche se circola la battuta secondo cui dove passano le carovane dei mercanti non vi sono conflitti, l'economia e il mercato non sconfiggono la guerra e, da soli, non risolvono le crisi (come dimostrato da quella energetica, conseguente alla guerra)¹⁵⁹.

Ancora in chiave sistemica, le difficoltà che attualmente incontra la globalizzazione sono specularmente suscettibili di essere colte e rappresentate come gli esiti di percorsi di disincantata decentralizzazione e di ri-differenziazione di funzioni e sistemi.

Per tornare al ragionamento di fondo, la globalizzazione si configura comunque come una componente strutturale del nostro ordinamento e della nostra storia (tra l'altro presente nel corso dei secoli), in parte indipendente dall'incremento o dal decremento del tasso di sovranismo e davvero è impensabile che essa, pur

¹⁵⁴ Conseguentemente, occorre richiamare l'esigenza che il giurista "vigili" per evitare che il sistema del diritto si ritragga a favore di un fenomeno regolatorio autonomo e che il suo studio sia ridotto a una lettura esclusivamente interdisciplinare.

¹⁵⁵ In generale, v. N. Luhmann, *Globalization or world society: how to conceive of modern society?*, in *International review of sociology*, 1997, 67 e ss.

¹⁵⁶ Sia ancora consentito rinviare a F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo*, cit.

¹⁵⁷ Tra questi vi è uno specifico *medium* linguistico privilegiato, l'inglese, che riduce la complessità, ma anche le possibilità comunicative.

¹⁵⁸ G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022.

¹⁵⁹ I fenomeni della globalizzazione e della tecnica non sono coincidenti, anche se la prima – per così dire – si appoggia alla seconda o di essa si giova e viceversa. L'AI sembra in ogni caso una nuova frontiera (o manifestazione del fenomeno, altrove in parte recessivo) della globalizzazione, sicché gli strumenti concettuali affinati nello studio del diritto globale, ormai sedimentati, potrebbero utilmente essere impiegati per indagare quel settore dal suo interno, registrando però le sacche di resistenza opposte dal sistema del diritto (e dalla politica) che reclamano il proprio ineliminabile punto di osservazione differenziato.

subendo battute di arresto, scompaia dall'orizzonte. Anzi, va ribadito che l'esperienza recente ha mostrato come i problemi intergenerazionali della modernità siano appunto "anche" (ma certamente non solo) globali e tutti tra loro interconnessi.

Occorre in conclusione evitare un duplice errore per eccesso.

Da un lato, costituirebbe una visione eccessivamente angusta l'opzione di utilizzare il punto di vista globale quale privilegiato luogo di osservazione (anche) del diritto amministrativo. Evitando il rischio della sineddoche, il diritto globale non può diventare il "tutto" e, cioè, l'unico dato problematico che interessa il giurista: esso copre situazioni di estensione limitata e variabile nel tempo, mentre gli orizzonti di diritto domestico rimangono evidenti o prevalenti e, in certi momenti storici come l'attuale, sono destinati a dilatarsi.

D'altro lato, sarebbe altrettanto erroneo ipotizzare che la componente ultrastatale del sistema giuridico sia diventata irrilevante.

La globalizzazione (così come l'interdipendenza tra mercati – confermata dalle stime del Pil – e sistemi) non è tramontata. Occorre piuttosto prendere atto che è svanita l'illusione che quel fenomeno possa sostituirsi alla politica, così come è in crisi l'atteggiamento di generico e acritico apprezzamento nei suoi confronti o nei confronti dell'obiettivo della sfrenata apertura dei mercati.

Ciò si traduce, sul piano giuridico, nell'incremento della dimensione del tasso di responsabilità nelle scelte che hanno impatti globali (*recte*: di quella quota che ha carattere intergenerazionale) e nella necessità di impiegare, al riguardo, i principi – chi inquina (o pregiudica) paga, precauzione, prevenzione e, soprattutto, sostenibilità di quelle scelte – sopra illustrati nel corso del par. 8.

Non è un caso che le responsabilità ambientali, cristallizzate anche da materiale regolatorio non statale, in particolare da quello frutto dell'autoregolamentazione dei soggetti che operano sui mercati, penetrino ormai in modo imponente nel sistema dell'economia e condizionino in misura via via crescente i comportamenti delle imprese¹⁶⁰.

Anche in questa ipotesi, l'ambiente funge da fattore trainante e da nuovo corpus (ancorché non esclusivo) oggetto delle regole nate al di fuori dei "confini" della sovranità, pur se anch'esse sembrano destinate a venire "filtrate" da fonti europee o nazionali¹⁶¹ e, cioè, a essere ricondotte all'alveo dei tradizionali regimi di diritto.

¹⁶⁰ Si ponga mente alle regole di protezione ambientale che si applicano anche alle imprese in forza del c.d. *soft law* (devo questa indicazione a M. Allena). Sui rapporti tra ambiente e globalizzazione, v. G. Rossi, *Storicità e gradualità dell'emersione dell'interesse ambientale nella sfera giuridica*, in Id., *Diritto dell'ambiente*, V ed., Torino, 2021, 7 e ss.

¹⁶¹ Si conferma così che il c.d. diritto globale è solo una parte, pur interessante e rilevante, del "tutto-sistema del diritto".

