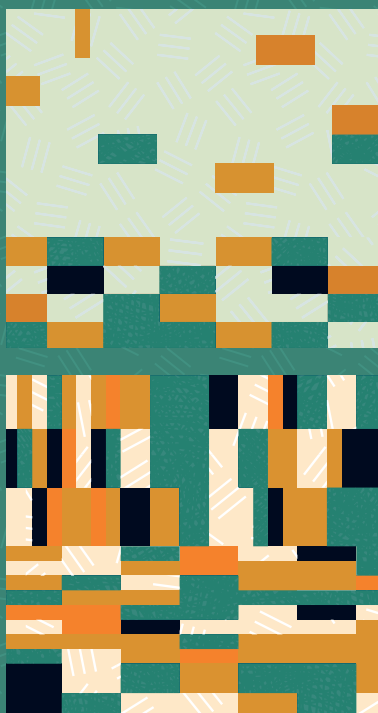


# VECCHIE E NUOVE CERTEZZE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

ELEMENTI ESSENZIALI E METODO GRADUALISTA

DIBATTITO SUGLI SCRITTI DI GIAMPAOLO ROSSI



a cura di  
Francesco Grassi, Omar Hagi Kassim

35

Collana

L'Unità del Diritto



Roma TrE-Press

2021



Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

**VECCHIE E NUOVE CERTEZZE  
NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO  
ELEMENTI ESSENZIALI E METODO GRADUALISTA**

**DIBATTITO SUGLI SCRITTI DI GIAMPAOLO ROSSI**

a cura di  
**Francesco Grassi, Omar Hagi Kassim**

**35**

L'Unità del Diritto  
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



*Roma TrE-Press*  
2021

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

*Comitato scientifico della Collana:*

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

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

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

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grottesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)  
Adobe Garamond Pro (testo)

*Impaginazione e cura editoriale:* Colitti-Roma [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni:* Roma TrE-Press ©

Roma, ottobre 2021

ISBN: 979-12-5977-045-5

<http://romatrepress.uniroma3.it>

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



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

LUO ZHIMIN, <i>Commento alla Guida alla lettura e al Glossario</i>	127
GIAN DOMENICO COMPORI, <i>Tra terre di nessuno e pozzanghere: la via di uscita delle adiacenze (e collaborazioni) possibili tra saperi differenti</i>	129
MATTEO FALCONE, <i>Spunti di riflessione sulla dottrina di Giampaolo Rossi e la digitalizzazione pubblica</i>	139
FRANCESCA GOGGIAMANI, <i>Gli interessi a soddisfazione necessaria e la doverosità amministrativa nel pensiero di Giampaolo Rossi</i>	149
DANILO PAPPANO, <i>Il servizio pubblico nell'opera di Giampaolo Rossi</i>	157
AURETTA BENEDETTI <i>Un nuovo approccio nello studio del diritto</i>	181
ALFREDO MOLITERNI, <i>Il metodo gradualista, il rapporto diritto pubblico-diritto privato e il ruolo della dimensione giurisdizionale</i>	185
GIUSEPPE MANFREDI, <i>Dagli enti pubblici associativi al metodo gradualista</i>	191
CARLO MARZUOLI, <i>Metodo e merito (alcune note)</i>	195
GIUSEPPE PIPERATA, <i>Il territorio nel contesto della semiglobalizzazione</i>	203
ALESSANDRA PIOGGIA, <i>L'organizzazione, fonte e misura dei diritti</i>	209
PIER LUIGI PORTALURI, <i>Del non pensare per diadi: un dialogo di pochi decenni con Giampaolo Rossi</i>	215
SIMONE TORRICELLI, <i>La dinamica degli interessi a protezione necessaria e la complessità amministrativa</i>	227
STEFANO FANTINI, <i>Le applicazioni della teoria gradualistica</i>	233
ANGELO SPIRITO, <i>Costituzione e situazioni soggettive</i>	237
CESARE MIRABELLI, <i>Interessi a protezione necessaria. L'interesse religioso</i>	243
PIER PAOLO FORTE, <i>Osservazioni rapsodiche sugli elementari giuridici e sul gradualismo in Diritto</i>	247

Pier Luigi Portaluri\*

*Del non pensare per diadi:  
un dialogo di pochi decenni con Giampaolo Rossi*

SOMMARIO: 1. Un fuori tema apparente, per iniziare – 2. Il gradualismo di Rossi contro la logica giuridica binaria – 3. Un primo esempio: le molte ibridazioni fra provvedimento e contratto – 4. Un secondo esempio: la soggettività – 5. Un terzo esempio: il diritto dei ‘terzi’ al giudice amministrativo – 6. Poiché il favonio si leva, per iniziare ancora: *der Anfang ist noch*.

1. *Un fuori tema apparente, per iniziare*

Chiedo subito venia se alcune di queste righe principali mostrano troppo il colore di un discorrere personale con Giampaolo Rossi.

È accaduto tempo fa. Cercavo di mettere ordine fra i miei pensieri prima di scrivere la relazione per il convegno di Varenna del settembre 2019.

Mi toccava la sessione di apertura. Avrei dovuto parlare del diritto urbanistico nella traiettoria italiana dalla sfortunata legge del 1942 sino a oggi. Cominciai a percorrerla mentalmente. Davanti ai miei occhi scorrevano norme e categorie giuridiche; uomini generosi, visionari e sconfitti; bassure morali e im/prenditori d’ogni specie; tragedie causate dall’atavica ignavia italiana.

Su tutto dominava quella parola, il grande lemma: ‘piano’. Era il punto di fuga dell’affresco, ma anche una sorta di guida. Un Virgilio oggettivato. Il mio cammino immaginario fu, all’inizio, spedito: persone, sentenze storiche e coeve occasioni perdute (il «chiunque» bloccato dal diritto giurisprudenziale...), grandi arcate concettuali. Tutto era abbastanza al suo posto. Mi sentivo un po’ Casaubon, l’io narrante del *Pendolo di Foucault*.

Avevo quasi terminato la passeggiata. Ecco, stavo per violare la prima pagina bianca, quando mi appare idealmente il Maestro che mi raccomanda di consultare anche l’elenco del telefono. È una frase in codice fra noi: una raccomandazione a scrivere di diritto solo dopo aver ben conosciuto la realtà.

---

\* Ordinario di Diritto amministrativo, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università del Salento.

La risposta mi sembrava pronta. È vero, il piano urbanistico è sì in crisi, e quindi la depianificazione è concetto ormai ricevuto. Ma pur assediato, il grande lemma comunque resiste bene: il tema principale, infatti, resta il dialogo – conflittuale sin che si vuole – fra piani, generali o settoriali che siano. In altre parole – mi dicevo – non è dubbio che si debba comunque affidare alla figura-piano il ruolo di ‘gestire’ (*lato sensu*) il territorio.

Il mio ‘elenco telefonico’, dunque, non era tanto la letteratura, ma sopra tutto la *casistica* urbanistica. Le concrete avventure di frontiera. Giannini diceva infatti che gli urbanisti arrivano *prima* dei giuristi, i quali giungono solo dopo, quando si tratta di costruire categorie ordinali e regolative.

Ho cercato quindi fra i casi di studio, per esempio nelle esperienze raccontate dall’INU. Non presumo neppure un po’ di averle esaminate nella loro interezza, ma quanto basta per averne un’idea non troppo vaga e indistinta.

Mi aspettavo una conferma – o una non-falsificazione – dell’ipotesi di cui ho detto: che cioè (uso l’archeosinistrese) il piano è vivo e lotta con noi.

Temo invece che Giampaolo avesse avuto una buona parte di ragione.

I processi reali, e i loro principi di disciplina, erano e sono ancor meno filtrati – rispetto al passato più lontano – dallo strumento-piano.

I percorsi effettivi sono altri, e sono oggi – ecco il punto – assai fluidi, liquidi. Graduali.

Potremmo cominciare dai gloriosi *standards* del 1968, riesaminati un paio d’anni fa da un gruppo di lavoro costituito in seno al MIT: che ha proposto rapporti non più (o non solo) planovolumetrici, ma basati su indicatori fluidi di prestazioni complessive fornite dalle *reti* sinergiche di attori pubblici e privati.

I nuovi paradigmi urbani dovrebbero essere auspicabilmente, ad esempio, la sostenibilità, il livello qualitativo delle dotazioni urbane e il raggiungimento dell’autosufficienza energetica (anche l’abusatissimo ‘resilienza’, purtroppo).

La stessa figura-piano – stando alle ultime acquisizioni della tecnica urbanistica – dovrà essere valutata per le sue attitudini non tanto conformative, quanto *performative*, ivi inclusa la capacità – fortemente ecossistemica – di generare non costruzione, ma *distruzione*: cioè di incentivare l’eliminazione di manufatti incongrui e di detrattori ambientali.

Il grande lemma, ci dicono gli urbanisti, forse è al tramonto: non più *pianificazione*, non più urbanistica; non più il sogno razionalisticamente lirico dell’«un territorio, un piano». Ma molte *regolazioni*, neppure solo *urbanistiche* e quindi antropocentriche: ma *biocentriche*.

Liquide. Gradualmente ‘processate’ (mi si perdoni il neologismo orrido).

Le quali dialogano mediante processi ancora da studiare, ma che proprio da quella fluidità possono trarre il meccanismo base: quello della *coalescenza*, come le gocce che avvicinandosi tendono a divenire una.

A mio avviso la liquidità, il gradualismo che Rossi ci esorta ad accettare sono – in linea col suo insegnamento – il progressivo, sereno abbandono di categorie del passato.

Quando Bauman ha rivisitato la sua fortunatissima «modernità liquida», ha ricordato che l'unica costante è il cambiamento; l'unica certezza è l'incertezza.

La modernità ottocentesca era aspirare all'immancabile, prossima e definitiva conquista della perfezione; la nostra, invece, è solo un'ansiosa consapevolezza della difficoltà di migliorare, almeno un po', la fragile *conditio humana*.

Forse non solo umana, vorrei aggiungere: ma di ogni creatura, dell'intera biosfera.

## 2. *Il gradualismo di Rossi contro la logica giuridica binaria*

Pensare per diadi: le grandi dicotomie – da Parmenide in poi, si direbbe – sono talvolta un guanciale troppo comodo dove addormentare le menti che hanno smesso di «volare coi piedi per terra», tradendo così l'esortazione che ho appena ricordato.

Uno dei peccati più gravi. E anche fra i più insidiosi, poiché recide il legame con la realtà: per cui sbagliata non sarebbe la mappa che guida lo studioso, ma il territorio che ne è oggetto. Negare la peste, dunque, poiché né sostanza, né accidente.

Il realismo giuridico che ha sempre connotato il percorso intellettuale del Maestro diviene, per i suoi tanti allievi e per le generazioni successive, un monito di severa bonomia: rifuggire da un *Begriffshimmel* algido e distante, confrontando invece le proprie concettuologie con le repliche della vita (spesso impietose), della vita vera.

Discende da qui il metodo gradualista. Una lezione di volo preziosa, insisto nell'allegoria. Perché insegna l'attitudine, la disponibilità a continue cabrate e picchiate: alla ricerca della quota sempre variabile, mai predefinita (mai rigidamente dicotomica, appunto: o cielo o terra), dove poter finalmente intuire traiettorie di pensiero intentate. Inventando sempre costellazioni nuove.

Non credo un caso l'ormai celebre esempio della *pozzanghera*. *Humilitas*, semplicità. Acqua e terriccio, frammisti. Null'altro. Ma – si badi – è raffinata semplicità *d'arrivo*. L'esito di un ininterrotto – ancora lungo – viaggio intellettuale e sentimentale che – come Rimbaud – conduce infine il *bateau* all'«*eau d'Europe*»: alla «*flache*», appunto.

Nella *paidéia*, ferma e mite insieme, impartita da Giampaolo Rossi, alcuni aspetti si stagliano nell'orografia di un percorso di formazione.

Dico subito di un altro Maestro, da lui consigliatoci fra i primi. È Riccardo Orestano, colui che ha insegnato a vivere – ricorda Rossi – le avventure del pensiero come e più di quelle del navigare il mare aperto.

L'incontro avvenne abbastanza presto, quando sono ancora poche e più confuse le figure che popolano il villaggio culturale interiore di un giovane studioso.

Destava sconcerto già il titolo dello scritto, che parla di strani diritti 'senza soggetto'.

Per quel giovane, intriso di dicotomie eleganti, il soggetto era precondizione stessa della pensabilità giuridica. Ma Orestano lo detronizzava inesorabilmente; gli irrideva usando la tagliente figura retorica dell'*elenco*: giustapposte senza ritegno sino a occupare due pagine del saggio, definizioni frutto di sofferte quanto inutili mediazioni linguistico-giuridiche non mostravano il travaglio di due secoli di dottrina, ma solo la vanità vaporeggiante dello sforzo.

Col procedere dei paragrafi, il senso dell'indicazione di Rossi per l'immediata lettura di Orestano si faceva via via più chiaro. Sino al punto di svolta: pochissime parole che dopo venticinque anni ho ritrovato a pag. 194 di *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*. «Basta provarsi ad evadere mentalmente, anche per un momento».

Orestano tramite, Rossi stava dicendo che dalle dicotomie si deve imparare a evadere.

### 3. Un primo esempio: le molte ibridazioni fra provvedimento e contratto

Il gradualismo nel pensiero di Rossi è appunto questo: un criterio metodologico che fugge ogni schematismo e *apriori*. L'osservazione della realtà (ecco l'elenco telefonico) è la scaturigine di una teoria generale – aperta a mille ibridazioni *genitabiles* – che voglia essere descrittiva ed euristica insieme.

Non filosofemi più o meno ideologizzati da infliggere allo scorrere della



vita. Al contrario, il sapersi chinare nel cuore dei processi reali, cogliendone con delicatezza e sensibilità la domanda di regolazione che ne sale.

Le applicazioni di quel metodo sono state – e saranno – assai numerose.

Mi permetto di ricordarne solo tre, per le quali mi sento ancora più astretto al vincolo di riconoscenza (pure) intellettuale.

La prima. La diade provvedimento-contratto.

Ancora negli scorsi anni '80 il pensiero giuridico negava in radice la stessa possibilità logica di *pacta* con soggetti privati in ordine alle modalità di esercizio del potere, per ciò solo ritenendoli *impia*. Delle due l'una, sosteneva una dottrina elegante e irrealistica: o il risultato perseguito dalla p.A. era doveroso, e allora doveva essere raggiunto in via unilaterale, dunque prescindendo dal consenso negoziale del privato; o era antiggiuridico, per cui non v'era accordo che potesse legittimarlo. Ne derivava che al consenso poteva essere riservato solo uno *spazio* giuridico esterno rispetto a un'inaccettabile 'pattuizione sul potere': cioè quello spazio in cui la p.A. agisce *iure privatorum*.

Neppure un secolo di accordi sul potere – a mezzo dei quali, per esempio, interi quartieri delle città italiane erano sorti mediante convenzioni fra Comuni e costruttori – aveva rigato la bellezza imperturbabile di questa algida distaccata teoresi.

Il gradualismo di Rossi ci ha indicato la via, che il legislatore prima del 1990 e poi – in parte – del 2005 ha seguito.

L'*Urtext* della l. n. 241 è infatti ordinato a delineare un diritto comune, sia procedimentale che sostanziale, di tutte le manifestazioni del potere amministrativo in cui il ruolo del privato – andando oltre la tradizionale funzione collaborativa, ovvero di tutela di interessi meramente oppositivi o pretensivi – diviene, a causa del particolare atteggiarsi della fattispecie reale, un fattore strumentale e decisivo, dunque necessario, per il 'successo' della missione amministrativa.

Per quanto mi riguarda, dai suggerimenti di Rossi è disceso nel lontano 1998 uno studio monografico sulla teoria del provvedimento (*Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*), dove ho considerato unitariamente – proprio nella logica gradualistica del *continuum* – sia i provvedimenti (a collaborazione necessaria: *Verwaltungsakt auf Unterwerfung*), sia gli accordi (atti amministrativi su consenso: *Zweiseitiger Verwaltungsakt*).

Una notazione: ancora tre anni prima, C.H. Ule e H.-W. Laubinger (*Verwaltungsverfahrenrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 4. neubearbeitete Auflage, 1995, p. 489) alla teoria saggiamente gradualista del provvedimento bilaterale preferivano semplicisticamente

la costruzione dell'*Akt auf Unterwerfung*, imputando allo *Zweiseitiger Verwaltungsakt* la colpa di annullare l'ontologica differenza fra provvedimento e contratto di diritto pubblico («*weil er die Unterscheidung zwischen Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichem Vertrag aufhebt*»).

Nonostante le resistenze che ho appena ricordato, il regime giuridico dei rapporti formalmente consensuali e di quelli a collaborazione necessaria ha iniziato una traiettoria di tendenziale convergenza, soprattutto per quanto riguarda la sua capacità di precludere o almeno conformare il potere della p.A. di intervenire successivamente per modificare o distruggere il precedente assetto di interessi.

La l. n. 15 ha poi dettato (con poca levità di tocco, ma questa è storia diversa) le norme cruciali sulla *stabilità anche del provvedimento*, prevedendo l'indennizzabilità *tout court* dei pregiudizi derivanti da revoca. Un riscontro, di nuovo, dell'approccio gradualistico recepito dal formante legislativo, questa volta forse paradossalmente sbilanciato – nel moto pendolare fra i due poli estremi dell'autorità e del consenso – troppo a favore del secondo.

La moda filoprivatistica e comunque ostile per definizione alle manifestazioni dell'imperatività trova qui una delle sue più evidenti e meno riuscite epifanie, annunciata dal roboante, ma per fortuna innocuo cannone da parata del comma 1-*bis* inserito nella norma d'apertura della legge. Inutili, purtroppo, i saggi moniti di Rossi: come sul potere come servizio, così sulla perniciosità dello sport di contestare acriticamente il potere, sino all'eccesso di «rifiutare qualsiasi unilateralità, dovendosi tutto ricondurre al 'rapporto' e al consenso».

#### 4. Un secondo esempio: la soggettività

Dicevo di un ulteriore 'luogo' applicativo del metodo gradualistico rossiano.

È la questione del soggetto, della sua capacità; la personalità giuridica, quindi l'ardua teoria del diritto soggettivo.

Anche qui, storie e vicende di diadi. Di «eversori di mura» dannunziani, come il Nostro. E di letture di formazione, ancora. Fra tutti, Rossi indica Angelo Falzea.

Strano consiglio, in apparenza. Falzea, il dogmatico antigradualista, ma tale in modo non meno nobile che reciso: «uno dei più gravi errori teorici, che hanno oscurato e complicato la teoria della capacità giuridica, sta

appunto nel concetto di una capacità giuridica suscettibile di graduazione e limitabile a contenuti determinati»; e ancora: «il nesso che congiunge le due idee, di capacità giuridica e di soggettività giuridica, è così evidente e intrinseco da fare apparire immediatamente chiara e non bisognosa di alcuna dimostrazione la necessità di fondare la prima sulla seconda: di derivare, cioè, la capacità dai modi di essere più generali e costanti del soggetto giuridico».

Rossi avverte subito le radici umanissime di quella nobiltà assiologica, da cui discende la fermezza di penna del giurista messinese; e così ne dice: «sono particolarmente apprezzabili al riguardo le considerazioni di A. Falzea [...], ove si sottolinea come sia una conquista di civiltà la riconduzione della soggettività e della capacità giuridica alla dimensione umana di ogni uomo», al fine di non «legittimare una sostanziale diversità fra gli esseri umani, accettando la tesi di una soggettività giuridica che non coincide senza residui con la personalità giuridica».

L'esigenza etica – rileva Rossi – di non graduare la soggettività, e così di non distinguerla dalla personalità, si sente poco o punto nel diritto amministrativo, i cui attori pubblici non incarnano valori/interessi (come è invece per la persona fisica), ma semplicemente li gestiscono: onde la maggior disponibilità delle *figurae publicae* verso un processo di desoggettivazione che può esser senza problemi sancito dal diritto positivo («un organismo può essere dotato o meno di personalità giuridica e in entrambi i casi può essere intestatario del rapporto di impiego del personale o utilizzare personale di altro ente», egli precisa).

Qui appare evidente – a mio avviso – la saldezza valoriale del gradualismo di Rossi, la cui operatività è sempre subordinata a un ferreo controllo assiologico: mai è in discussione l'*eteropoiesi* di quel metodo, sempre attento ai *Grundwerte*, dai quali deriva anzi la propria dimensione fondativa.

Con questa certezza, possiamo spingere il nostro sguardo verso orizzonti nuovi della soggettività e dei suoi diritti.

Una dicotomia di nuovo s'incontra, quella fra persona e cosa. Dove, per esempio, «cosa» è ancora – per il diritto italiano – la creatura non umana, il c.d. 'animale'.

Se per un verso non è possibile dubitare che il cavolfiore pieno di sangue, racchiuso in osso di teschio e mirabilmente capace di pensiero cosciente (direbbe Lombardi Vallauri) sia inspiegabile (per ora) appannaggio (per ora) dell'uomo; per altro verso la natura senziente, emotiva e culturale di molte altre creature superiori non può rassegnarsi a una reificazione che purtroppo perdura.

Il gradualismo di Rossi – sempre avverso alle «nozioni falsamente

unitarie» – ci aiuta ad accettare con serenità l'idea di personalità/soggettività differenziate: la quale operi non in danno, come un *minus* rispetto al parametro massimo della universale condizione giuridica umana e della sua capacità *generale*; ma come un acquisto, come il frutto di un indifferibile processo di liberazione di nuove soggettività che accedono al mondo del giuridicamente rilevante quali centri d'imputazione di interessi protetti (nel che si risolve peraltro la titolarità di diritti soggettivi). Ecco la lezione di Jhering, prontamente ripresa da Rossi.

I nodi d'apice sono moltissimi, fra cui la decisione terribile della *bright line*: dove e con quali criteri tracciare la linea che separa la persona (non umana) vivente dalla cosa vivente? Quale livello evolutivo la creatura non umana deve possedere e mantenere per entrare nel mondo della soggettività giuridica?

Le problematiche sull'ineliminabile antropocentrismo del diritto appaiono oggi superate, e con esse la questione della capacità d'agire dei 'nuovi' soggetti.

Soccorrono anzitutto tecniche più che bimillenarie: si pensi alla tutela del minore e dell'incapace.

Ma la letteratura giuridica discute ormai apertamente di diritti trans-soggettivi (*transsubjektive Dimensionen subjektiver Rechte*): uno schema che va addirittura oltre lo schermo della soggettività, poiché il soggetto umano attore (*plaintiff*) chiede al diritto oggettivo di superare la cornice nella quale l'ordinamento si colloca come sistema degli uomini.

Secondo Pasquale Femia, «i diritti trans-soggettivi sono diritti che né si terminano in un oggetto, né si esauriscono in un soggetto, piuttosto li attraversano per propagarsi altrove, senza mai soffermarsi su un titolare. Sono diritti senza padrone [...] Il contenuto della pretesa giuridica non si riverbera solo su colui il quale possiede il diritto, ma perché esso rivela la propria natura transizionale».

Occorre dunque superare la logica *binarista* – l'ennesima dicotomia – del diritto soggettivo, che fonda sulla *determinatezza della pretesa*, alla quale proprio Jhering nel *Geist des römischen Rechts* è ancora fermo: «Il giudice civile può proteggere solo gli interessi di coloro i quali mostrano l'immagine di un corpo stabile; quando abbandona questa forma e si trasforma nello stato di aria, quando si perde completamente nell'indeterminato, la sua forza finisce – non si possono catturare le nuvole in un sacco o in una capsula («*man kann Wolken nicht in einen Sack oder eine Kapsel fangen*») – il giudice deve, invece, saper cogliere e afferrare le cose per giudicare con sicurezza».

Si domanda Femia: «l'indeterminatezza è un'incurabile patologia della

effettiva pretesa del soggetto giuridico, da respingere dinanzi al tribunale, oppure è l'incapacità – la cecità epistemica – di andare oltre la forma più rigorosa dei rapporti giuridici?».

### 5. *Un terzo esempio: il diritto dei 'terzi' al giudice amministrativo*

Sto parlando del tormentato criterio della *vicinitas*, oggetto di una recente sentenza di rimessione alla Plenaria da parte del giudice d'appello siciliano (n. 759/21).

Poiché il muro giurisprudenziale contro l'azione popolare non può essere abbattuto (né è certissimo che sarebbe prudente farlo), sembra più ragionevole muovere lungo il crinale della qualificazione e differenziazione del soggetto ricorrente.

Ho proposto recentemente, per saggiare nuove vie di diritto, di unire sussidiarietà orizzontale e legittimazione differenziante, usando la prima per spingerci sino alle propaggini estreme della giurisdizione soggettiva.

Il criterio tradizionale ha un limite che deriva dal suo presupposto implicito: la declinazione della *vicinitas* in senso *fisico* del soggetto ricorrente rispetto al contesto territoriale in cui avviene il fatto (o atto) giuridico che genera la domanda di tutela.

A me non appare impossibile dare rilievo – in termini di meritevolezza specifica – della condotta attiva del soggetto terzo, anteriore all'esercizio del diritto di ricorso.

Ho sostenuto cioè l'opportunità di svincolare la *vicinitas* anche dal radicamento in quel determinato contesto locale dove è avvenuto l'«evento scatenante» e contestato: se non si recide questo nesso, la tutela degli interessi superindividuali conoscerà sempre il paradosso di essere rimessa alla reazione di una cerchia limitata di soggetti.

Intesa – come a me pare preferibile – in senso *assiologico*, la *vicinitas* selezionerebbe anche una platea di soggetti che si qualificerebbero in ragione di un impegno svolto per il perseguimento di interessi generali, prescindendo da un angusto e dunque penalizzante collegamento materiale col territorio di riferimento. Il catalogo, solo provvisorio, potrebbe essere ampio. Personalità di chiara fama della cultura italiana (e non solo) da sempre impegnate a difesa dell'ambiente (*lato sensu* inteso, ovviamente). Associazioni, prive dei requisiti *ex artt.* 13 e 18 citt., le quali agissero a difesa di un interesse specifico – diverso da quello espresso dalla collettività insediata, ma comunque meritevole di

tutela – che sia stato leso dall'azione amministrativa.

Ecco il punto dove il principio gradualista trova applicazione. Mi si potrebbe infatti obiettare che si tratta di un criterio ondivago e generico, donde l'eccessiva discrezionalità del Giudice nel consentire o meno, di volta in volta, l'accesso alla tutela. Non mi pare, però, che il criterio della *vicinitas* 'classica' lo sia molto di meno, fondando anch'esso su concetti indeterminati. A quale precisa distanza comincia e finisce invero la *vicinitas* fisica? *In pari causa*, meglio utilizzarle entrambe, se ne discenda un fronte di legittimazioni più munito.

#### 6. *Poiché il favonio si leva, per iniziare ancora: der Anfang ist noch*

Quelle dolci giornate di maggio del 45 molcevano un po' il suo dolore di padre, chiuso nella villa di Astura. Per non soccombere al pensiero di Tullia, Cicerone si rifugia nella filosofia. Nascono gli *Academica priora*. Perduto il primo, ci resta il secondo dei due libri. Il *Lucullus*. Nella splendida villa digrediente sul mare di Ortensio Ortalo, a Bacoli, è ambientata la scenografia immaginaria. L'Arpinate discorre del sorite, il paradosso dell'acervo: quanti chicchi di grano devono essere via via aggiunti (o tolti) perché se ne formi (o ne rimanga) un mucchio?

Ma questo è un modo sbagliato (*vitiosus*) e scivoloso (*lubricus*) di ragionare, sostiene: «[...] la natura delle cose non ci ha dato alcuna cognizione dei limiti e, quindi, neppure la possibilità di stabilire fin dove si può arrivare in certi argomenti, e ciò vale non solo nell'ambito del 'mucchio di grano', da cui è nato il nome 'sorite', ma neppure quando si pretende da noi una risposta minuziosa in qualche altro campo della realtà – se, ad esempio, uno sia ricco o povero, famoso ovvero oscuro, se gli oggetti siano molti o pochi, grandi o piccoli, lunghi o corti –, noi non abbiamo la possibilità di rispondere con certezza in merito alla quantità che si debba aggiungere o sottrarre («[...] *rerum natura nullam nobis dedit cognitionem finium, ut ulla in re statuere possimus quatenus, nec hoc in acervo tritici solum, unde nomen est, sed nulla omnino in re minutatim interrogati, dives pauper clarus obscurus sit, multa pauca magna parva longa brevia lata angusta, quanto aut addito aut dempto certum respondeamus non habemus*»).

Se dunque il pensiero (giuridico) diadizzante ci allontana dalla comprensione (e regolazione) della realtà, allo stesso modo – ci dice una sola voce che attraversa e congiunge secoli di pensiero – dobbiamo evitare di

distruggerne i poli, gli elementi costitutivi, utilizzando paradossi infecondi e ancor più stranianti.

Le parole sono le stesse: «*aliquid minutatim et gradatim additur aut demitur*». Né diadi, né soriti, quindi. Ma invece la consapevolezza che con quel *gradatim* debba comunque cimentarsi la sensibilità del giurista.

È tempo di chiudere. Cioè di iniziare ancora.

Ci aspettano nuove partenze: «*favonius ipse insusurrat navigandi nobis tempus esse*».

Il magistero di Giampaolo Rossi, tutta la sua avventura intellettuale, è una gioiosa esortazione a farlo.

Sul finire della ‘carriera scientifica’ di uno studioso di un certo rilievo, è d’uso pubblicare in suo onore una serie di scritti. Quanto meno nella prassi invalsa negli ultimi tempi, si tratta di scritti sui temi più vari, che raramente fanno riferimento all’opera dell’Autore. Questa prassi rischia alle volte di non consentire di fare il punto sull’apporto che l’Autore ha dato con il suo lavoro scientifico, nelle discipline diverse dalle scienze umane i contributi scientifici hanno il pregio di essere più misurabili e vi sono strumenti, come le riviste internazionali, idonei a fare il punto sul progredire delle conoscenze. Nel diritto, come nelle altre discipline umanistiche, la valutazione è rimessa al giudizio soggettivo dei lettori. Per evitare che le novità contenute nei suoi scritti non venissero colte con sufficiente chiarezza, Giampaolo Rossi ha scritto una Guida alla lettura e un suo allievo, Danilo Pappano, ha redatto un Glossario delle nuove definizioni e degli apporti principali. Su questi si è aperta una ampia riflessione, con contributi di accademici di varie nazionalità, magistrati e giovani studiosi che qui vengono pubblicati nell’ordine temporale in cui sono pervenuti, redatti con la forma della lettera o dell’intervento nel dibattito. I 43 contributi presenti nel volume non solo evidenziano i profili di innovazione frutto del lavoro dell’Autore ma, in qualche caso, muovono critiche o esprimono la preferenza per un metodo diverso. Come osserva Morbidelli «attraverso questa mobilitazione di letture del percorso dello studioso si dà luogo ad un vero e proprio nuovo genere letterario che seppur non in presenza e non all’impronta evoca la tradizione dei club e dei caffè letterari, in quanto viene comunque a crearsi (così come del resto nei blog) una atmosfera propizia alla fermentazione culturale».

**Giampaolo Rossi** è professore emerito di diritto amministrativo e di diritto dell’ambiente nell’Università Roma Tre e nella China University of Political-Science and Law (CUPL) di Pechino. Ha insegnato all’Università di Perugia, alla Sorbona (Paris I) e alla Lumsa. Ha tenuto inoltre lezioni e conferenze in varie università e centri di ricerca. Ha fondato e diretto il dottorato di ricerca in diritto pubblico nell’Università di Perugia e in diritto di amministrativo nell’Università Roma Tre. Ha fondato e diretto vari osservatori e centri di ricerca. È direttore della Rivista Quadrimestrale di Diritto dell’Ambiente (RQDA). Esercita la professione di avvocato.

**Francesco Grassi** è Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università Roma Tre. Avvocato.

**Omar Hagi Kassim** è Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Università Roma Tre. Avvocato.