amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

La monografia scientifica in Diritto Amministrativo

di Guido Clemente di San Luca

(Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. Premessa. – 2. Che cosa si intende per monografia scientifica. – 3. I presupposti per scrivere una monografia di Diritto Amministrativo. – 4. I criteri ed il metodo per scriverla fra certezza e plausibilità del diritto. – 5. Considerazioni conclusive con qualche cenno alla collocazione editoriale, alle Scuole ed alle collane scientifiche.

Abstract

Questioning what a scientific monograph should mean, why it should be written, and how it should be constructed is anything but trivial. And perhaps even more so with specific reference to Administrative Law, considering the peculiar characteristics of this discipline.

It can well be said that every young scholar who sets out to undertake the path of scientific research in the field in question is in some way 'conditioned' by the desire/duty to write it.

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo*

1. Premessa.

Interrogarsi su cosa debba intendersi, perché scrivere, e come vada costruita, una monografia scientifica è questione tutt'altro che banale. E forse ancor di più con specifico riferimento al Diritto Amministrativo, considerate le caratteristiche peculiari di questa disciplina.
Può ben dirsi che ogni giovane studioso che si avvia ad intraprendere il percorso della ricerca scientifica nel campo in parola sia in qualche modo 'condizionato' dal desiderio/dovere di scriverla.
Per ragionare sul tema appare preliminare definire, sia pur convenzionalmente, la monografia scientifica. A seguire occorre soffermarsi sui presupposti necessari per scriverla, *in primis* sulle motivazioni che animano e giustificano il progetto di ricerca, il che è intimamente collegato con il metodo scientifico che s'intende adottare. Bisogna, infine, brevemente accennare al procedimento – all'ordine, al piano, alla scansione metodologica del progetto – da doversi seguire per la sua redazione.

2. Che cosa si intende per monografia scientifica

Il primo dubbio da risolvere è se la monografia scientifica debba costituirsi necessariamente in un libro, o possa consistere anche in un articolo, un saggio. È evidentemente una questione di lessico. Nel Vocabolario Treccani si legge che *saggio* è uno «Scritto di carattere specifico o *monografico*, di *limitata estensione*, in cui l'autore analizza criticamente un testo, un avvenimento, un personaggio, un fenomeno e sim., fornendone una interpretazione personale». Al lemma *monografia*, invece, viene attribuito il significato di «Scritto di carattere storico, letterario, scientifico, che *tratta* un personaggio, un soggetto, *un argomento* determinato, *di solito con criterî scientifici*».
Sembra, dunque, non rinvenirsi una significativa differenza fra i due termini, al punto che, con ogni probabilità, essi potrebbero non erroneamente adoperarsi in maniera sinonimica. La diversità, infatti, si rinviene essenzialmente su base quantitativa. Tanto che un saggio 'corposo', che superi perciò la «limitata estensione», ben potrebbe qualificarsi come 'monografia'. Insomma, il saggio rappresenterebbe sì uno «scritto di carattere monografico», ma «di limitata estensione».
Ad accomunare le due parole, invero, è il fatto che entrambe consistono in uno «scritto». Mentre il primo è caratterizzato dalla analisi critica di «un testo, un avvenimento, un personaggio, un fenomeno», del quale l'autore fornisce «una interpretazione personale». Il secondo ha ad oggetto «un personaggio, un soggetto, un argomento determinato», ma – quel che più conta – trattato «di solito con criterî scientifici».
In definitiva, posto che, ove si tratti di una monografia scientifica, non possono non

seguirsi «criterî scientifici», la monografia affronta, non diversamente dal saggio, lo studio di un tema determinato, offrendo di esso una lettura che restituisce la «interpretazione personale» dell'autore.
Scrivere una monografia, comunque, significa redigere un testo nel quale si sostiene scientificamente una *tesi*. Si tratta, cioè, di formulare una *ipotesi* (su un dato tema) che, attraverso una ricerca basata sul metodo scientifico, viene dimostrata, appunto, in *tesi*. Possono darsi *monografie* meramente 'ricognitive', nelle quali su un dato tema vengono sistemate, secondo logica ed in base ad una lettura critica, le impostazioni e/o le opinioni della dottrina e della giurisprudenza. Possono darsi, invece, *monografie* volte a soddisfare un più ambizioso obiettivo teorico-concettuale: in questo caso il lavoro si risolve – oltre che nella 'ricognizione' (e sulla base di questa) – nella 'ricostruzione dogmatica' del tema.

3. I presupposti per scrivere una monografia di Diritto Amministrativo

L'interrogativo, però, forse più pregnante sta nel domandarsi perché ci si determini nel senso di scrivere una monografia. Il che significa ragionare, da un lato, sulle motivazioni e, dall'altro, su quali presupposti debbano sussistere per farlo.
Quanto al primo aspetto, sarebbe ipocrita non riconoscere che la motivazione più diffusa stia nell'aspirazione – sia chiaro, in sé non disprezzabile – di conseguire un *upgrading* della carriera: in seno alla comunità scientifica di riferimento, invero, è opinione comune che occorra aver pubblicato almeno una monografia per vincere ormai anche un concorso di ricercatore universitario; due per conseguire l'abilitazione scientifica a svolgere le funzioni di professore associato; tre per quella di professore ordinario.
Orbene, è indubbio che siffatta evoluzione sia il frutto della virtuosa ambizione a conseguire la indispensabile moralizzazione dei costumi accademici, avendo tutti, ed *in primis* l'opinione pubblica, dovuto assistere a (e digerire) insopportabili manifestazioni di 'baronia' e nepotismo, non di rado sfacciatamente arroganti[1].

---

* Il contributo è destinato agli *Scritti in memoria di Beniamino Caravita*, in corso di pubblicazione.

** Ho scelto di onorare la memoria di Beniamino Caravita di Toritto con uno scritto volto a rielaborare lo schema e gli appunti predisposti per la Lezione al *Workshop di scrittura scientifica in materie giuspubblicistiche* – iniziativa che prese le mosse da un'idea di Beniamino e meritoriamente portata avanti, dopo la sua scomparsa, dai suoi allievi, e segnatamente da Federico Savastano – su *La monografia scientifica*, con specifico riferimento al Diritto Amministrativo, tenutosi presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma La Sapienza il 27 settembre 2023. Ringrazio le dottoresse Alessandra Camaiani, Antonella Corsale, Lina De Fusco e Giorgia di Nuzzo ed il dott. Mario Paladino, dottorandi di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli, per aver discusso con me il testo ed avermi aiutato nella ricerca bibliografica.

[1] Sui concorsi universitari la letteratura è amplissima. A partire dal più risalente, ed amaramente ironico, contributo di V. ZENO ZENCOVICH, *Di Pietro e il professore*, in *Contratto e impresa*, 1993, pp. 837 ss. Più di recente, fra gli altri, si v.: G. RIVELLINI, *Il reclutamento dei professori universitari e la codifica dei saperi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, fasc. 3, pp. 385 ss.; R. PALLIGGIANO, *Il conflitto di interessi nei concorsi universitari tra "ragion pratica" e principio di*

Cionondimeno, appare inaccettabile cadere nell'eccesso opposto: consegnare, cioè, la valutazione della qualità dei 'prodotti scientifici' a criteri di mera contabilità burocratica[2], oppure intrinsecamente ambigui ed ipocriti[3], per uniformarsi ai quali i più (o meno) giovani studiosi finiscono per perdere l'autenticità del bisogno di studiare e scrivere, non riuscendo, perciò, a tenere in disparte quella vera e propria istigazione a 'corrompere' la necessaria purezza e nobiltà del relativo intento, creatasi per effetto della perversità assunta dal sistema.

---

trasparenza, in *federalismi.it*, 2022, fasc. 27, pp. 259 ss.; G. VISINTINI, *Un tema scottante: il reclutamento della docenza nelle università*, in *Contratto e impresa*, 2021, fasc. 4, pp. 1324 ss.; A. SAPORITO, *La legge n. 240/2010 ed il reclutamento dei ricercatori universitari: la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte costituzionale chiamate a pronunciarsi sulla precarietà di sistema*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2019, fasc. 63, pp. 202 ss.; M. ASARO, *Il reclutamento dei docenti universitari e il contenzioso sull'art. 18 della legge n. 240/2010*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2018, fasc. 3, pp. 215 ss.; F. LUNARDON, *La giurisprudenza amministrativa in tema di reclutamento dei professori universitari*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2018, fasc. 4, pp. 33 ss.; M.D. FERRARA, *La ricerca a termine: problemi e prospettive del reclutamento dei ricercatori universitari*, in *Diritti lavori mercati*, 2017, fasc. 1, pp. 61 ss.; M. ASARO e L. BUSICO, *Le procedure di chiamata dei ricercatori a tempo determinato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, fasc. 1, pp. 56 ss.; A. BELLAVISTA, *Reclutamento universitario e dintorni: tempi difficili, scelte tragiche, incubi giuridici*, in *Munus*, 2016, fasc. 3, pp. 663 ss.; A. SANDULLI, *L'immoto perpetuo: patologie del reclutamento locale dei docenti universitari*, in *Munus*, 2016, fasc. 3, pp. 745 ss.; L. VIOLA, *Commissioni di concorso, sorteggio dei commissari e analisi economica del diritto: un primo approccio*, in *federalismi.it*, 2012, fasc. 23; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La nuova disciplina del reclutamento dei professori universitari alla luce della riforma del sistema universitario*, in *Munus*, 2011, fasc. 1, pp. 211 ss.; C. FRANCHINI, *Il nuovo sistema di reclutamento dei professori universitari e l'apologo di Schopenhauer*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, fasc. 7, pp. 802 ss.; S. QUINTILI, *Il reclutamento dei professori e ricercatori universitari: un bilancio del sistema dei concorsi locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, fasc. 2, pp. 202 ss.

[2] Fondati, appunto, sul numero, sulla 'quantità', di pubblicazioni, quasi che si stesse ordinando dal salumiere il prosciutto per la cena, in base al numero dei commensali.

[3] Anche sulla VQR la letteratura è cospicua. Più di recente, cfr., fra gli altri: C. DE FIORES, *Per una critica della valutazione. Il sistema universitario tra autonomia finanziaria e retorica del merito*, in *Dem. dir.*, 2022, fasc. 3, pp. 13 ss.; E. ROSSI, *Prime considerazioni sulla procedura VQR 2015-2019 (con specifica attenzione ai settori IUS/08, Diritto costituzionale, e IUS/09, Istituzioni di Diritto pubblico)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2022, fasc. 6, pp. 6 ss.; B. RABAI, *C'era una volta il carattere libero ed indipendente del sapere accademico*, in *Nuove Autonomie*, 2020, fasc. 1, pp. 203 ss.; E. RIPEPE, *Introduzione alla prima sessione. Con alcune divagazioni sulla SIFD, sul ruolo [non] riconosciuto alle società scientifiche nel sistema universitario italiano e sulla presunta scientifizzazione delle valutazioni di docenti e aspiranti tali*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, fasc. x, pp. 21 ss.; G. COLOMBINI, *L'università e il cacciatore con il fucile spianato*, in *Dir. soc.*, 2018, fasc. 1, pp. 71 ss.; E. FURIOSI, *La valutazione della qualità della ricerca (VQR) al vaglio del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 2018, fasc. 6, pp. 1087 ss.; P. SERAFINO, *L'Assicurazione della Qualità nel sistema Universitario Italiano: risvolti applicativi*, in *Amministrativ@mente*, 2018, fasc. 7-8; ID., *La valutazione dell'Assicurazione della Qualità nell'Università Italiana. Dal processo di Bologna al sistema AVA*, in *Amministrativ@mente*, 2018, fasc. 1-2; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Valutazione della ricerca, valutazione delle riviste e cooptazione universitaria*, in *federalismi.it*, 2017, fasc. 4; A. SANDULLI, *La classificazione delle riviste scientifiche e la revisione tra dispari*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, fasc. 4, pp. 436 ss.; G. VESPERINI, *L'ANVUR nella "governance" del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, fasc. 4, pp. 431 ss.; E. BALLETTI, *La classificazione delle riviste e le altre sedi editoriali in relazione alle procedure di abilitazione scientifica nazionale*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2016, fasc. 3-4, pp. 399 ss.; S. BELLOMO, *La valutazione della ricerca e della didattica universitaria in corso di carriera e i relativi riflessi economici*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2016, fasc. 3-4, pp. 423 ss.; E. GRAGNOLI, *La mancata valutazione della ricerca scientifica dei professori universitari*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2013, fasc. 2, pp. 129 ss. La questione della valutazione si pone anche sulla qualità della didattica, su cui, da ultimo, si v. N. AVERSANO, M. LUCCHESE, F. DI CARLO et al., *La valutazione della Didattica nelle Università: un confronto tra il modello AVA e il "framework" del capitale intellettuale*, in *Azienda Pubblica*, 2019, fasc. 1, pp. 79 ss.

Lo studio funzionalizzato a scrivere una monografia e poi, per naturale conseguenza, la sua redazione devono conservare come fine del tutto prevalente quello di offrire un contributo allo sviluppo della disciplina scientifica, alla crescita della dottrina in quel determinato campo.
Assume pertanto centralità l'idea, lo spunto, da cui si origina, scaturisce e sprigiona l'energia motrice della ricerca. Che possono essere i più diversi. La genesi, invero, può derivare da una o più sentenze che sembrano segnalare un nuovo orientamento giurisprudenziale, la cui fondatezza va valutata e 'commisurata' al vaglio critico dello scrutinio scientifico. Ovvero può derivare da una riforma normativa, che introduce nuovi istituti, oppure suggerisce una rimeditazione *funditus* di alcuni di quelli esistenti. Ovvero, ancora, da una lettura nuova e diversa di un dato fenomenologico pre-giuridico – economico, tecnologico, sociale, ecc. – che richiede un più o meno significativo aggiornamento, oppure addirittura un radicale mutamento, della ricostruzione teorica del suo assetto giuridico.
È per questo che la originalità rappresenta uno dei principali criteri della valutazione scientifica di un'opera giuridica. Originalità che, però, non deve connotare necessariamente l'oggetto del tema di ricerca. È infatti possibile che essa risieda anche, e forse soprattutto, nel cogliere compiutamente la sua evoluzione.
Talora, infine, può essere utile anche una attenta e rigorosa sistemazione ricognitiva del tema. Tuttavia, è meglio – perché serve di più – offrire un contributo ricostruttivo.

4. I criteri ed il metodo per scriverla

La redazione, naturalmente, deve essere assistita da rigore metodologico, a prescindere dal metodo assunto, che peraltro – com'è noto – non è affatto questione secondaria[4]. Qualunque metodo venga prescelto (che sia quello deduttivo, quello

[4] Il dibattito sul metodo giuridico è tuttora vivissimo. Sul tema chi scrive ha avuto modo di esprimersi in più di una occasione. Si v. i contributi: G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista studioso nel processo di modernizzazione della P.A.*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 2019 ss.; ID., *Emergenza pandemica e strumentario giuridico-istituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2021, pp. 83 ss.; ID., *Il giurista tra accademia e società*, in *Amministrativ@mente*, 2022, n. 4, pp. 90 ss. (in una versione parzialmente diversa ed in lingua inglese, *The jurist between academy and society*, in *IusPublicum*, 2022, fasc. 2), ai quali tutti naturalmente si rinvia. Fra gli altri, senza alcuna pretesa di esaustività, si v. anzitutto, ovviamente: V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo (i presupposti, il sistema, le fonti)*, in ID. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, Società Editrice Libraria, 1900, pp. 3 ss.; T. ASCARELLI, *Dispute metodologiche e contrasti di valutazione*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1953, pp. 115 ss.; F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno al metodo*, in *Scritti giuridici in onore di A. De Marsico*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 154 ss.; N. BOBBIO, voce *Metodo*, in *Nss. Dig. it.*, vol. X, 1964, pp. 602 ss. Poi, senz'altro, L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, pp. 321 ss.; S. RODOTÀ, *Un metodo tra i metodi?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, pp. 273 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *In limine*, in *Dir. pubbl.*, 1, 1995; S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista Diritto Pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, pp. 789 ss.; e ancora A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discutendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 639 ss. Cui *adde*: A. ROMANO TASSONE, *Pluralità dei metodi ed unità della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 1998, pp. 651 ss.; L. BENVENUTI, *Metodo*

induttivo, o quello induttivo/deduttivo, non importa), in ogni caso, va dichiarato ed illustrato nel capitolo introduttivo, ove occorre chiarire in premessa come esso verrà impiegato in modo specifico per dimostrare in tesi l'ipotesi che costituisce l'obiettivo della ricerca.

Si presenta comunque indispensabile l'uso corretto delle fonti. In primo luogo, quelle normative: dalla Costituzione alla regolamentazione europea, alla legislazione statale e regionale, fino alla regolazione amministrativa. A seguire, una ricerca meticolosa della giurisprudenza – tutta, da quella europea, a quelle costituzionale, ordinaria, amministrativa e contabile – che va accompagnata dal suo scrutinio coraggioso. Lo studio di normazione e giurisprudenza, naturalmente, deve essere assistito dalla logica.

Il lavoro, invero, deve restare saldamente dentro i confini, da un lato, delle norme giuridiche (*rectius*: disposizioni normative) e, dall'altro, del modo in cui esse effettivamente vivono nella realtà del cd. 'diritto vivente', lo studio del quale, peraltro, continua ad essere molto influenzato dall'inseguire un vero e proprio mito: la *certezza del diritto*[5].

Un mito che, per gran parte, sembra derivare dal naturale bisogno generale di perfetta linearità concettuale. Ma tale linearità, laddove si lasci il piano puramente teorico per trascorrere su quello del quotidiano vivere delle istituzioni, quasi sfuma,

---

giuridico, autorità e consenso, in *Dir. amm.*, 1998, pp. 661 ss.; N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, pp. 1159 ss.; di nuovo A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 11 ss.; L. IANNOTTA, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 133 ss.; G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, pp. 833 ss.; A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli 'altri saperi'*, in *Dir. pubbl.*, 2003, pp. 865 ss.; G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 1 ss.; S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Annuario AIPDA 2006*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 87 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*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 31 ss.; C. DE FIORES, *Ascesa e declino del metodo orlandiano*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, pp. 21 ss.; G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, pp. 517 ss.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 549 ss. E, più di recente, F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando* reloaded, FrancoAngeli, Milano, 2020, in cui i saggi di: A. MOLITERNI, *Vittorio Emanuele Orlando e le vicende del metodo nella scienza del diritto amministrativo*, pp. 141 ss.; S. PENASA, *Ai confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato della Costituzione*, pp. 171 ss.; M. CASATI, *Irragionevole efficacia o ragionevole inefficacia. Prendere decisioni "matematicamente certe"*, pp. 195 ss.; R. BIN, *Orlando* reloaded?, pp. 395 ss.

[5] Sul tema, si v., di recente, il bellissimo libro di M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, spec. pp. 41-70, e la letteratura ivi richiamata, cui si rinvia. Com'è noto, la bibliografia sul punto è molto vasta. Fra gli altri, si v.: S. PRADUROUX, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Agg., 2014, pp. 65 ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999; M. CORSALE, voce *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VI, 1988; L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, vol. II, 1988, pp. 275 ss.; A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto. II) Profili applicativi*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VI, 1988; F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968; M. LONGO, voce *Certezza del diritto*, in *Nss. Dig. It.*, vol. III, 1966, pp. 128 ss.; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1951, pp. 146 ss.

se non addirittura si dissolve, perché sovente, nel ricostruire il 'giuridico', si determinano obiettive rilevanti difficoltà, dovute, per un verso, al sempre più frequente ricorrere, nel concreto inverarsi dell'ordinamento, di lacune ed antinomie e, per altro verso, al correlato ipertrofico protagonismo dei giudici[6]. Insomma, dovrebbe registrarsi con onestà intellettuale che la *certezza del diritto* – ammesso e non concesso che sia mai stato considerabile ricorrente in modo comprovato il relativo principio[7] –, benché costituisca tuttora un prezioso valore tendenziale dell'ordinamento, rappresenti un mito sul viale del tramonto[8].
La virtuosa aspirazione a conseguirla, con ogni evidenza, non riesce a nascondere – non lo si può non riconoscere – la sua fragilità. Ad un'attenta osservazione della

[6] Bisogna, cioè, acquisire consapevolezza che la tranquillizzante sensazione di armonia concettuale derivante dalle spiegazioni squisitamente teoriche è fallace ed ingannevole, perché, sul piano della realtà, si rivela viceversa illusorio che, in qualche modo, 'tutto torni'.

[7] Fino a qualche decennio fa, a dire il vero, si parlava pacificamente di 'certezza del diritto' come di un sicuro e fondamentale principio ispiratore dell'ordinamento. Sin da allora, peraltro, lo si faceva in maniera acritica, sulla base di un consolidato, ma tralaticio, luogo comune, ben sapendosi che nel diritto non proprio tutto fosse certo. Si fa fatica, del resto, ad intendere per certezza qualcosa che si discosti dall'attitudine a prefigurarsi, fondatamente, l'esito di una controversia in applicazione delle norme vigenti. Epperò, è sufficiente pensare al fisiologico ruolo peculiare della giurisprudenza – la quale ben può, e anzi per certi versi ontologicamente deve, cambiare orientamento – per capire come l'idea stessa di certezza del diritto, se presa in modo assoluto ed integrale, sopporti intrinsecamente un limite: quello di rappresentare una mera aspirazione utopistica. Paradossalmente, se il principio fosse stato sempre effettivamente seguito, dovrebbe esser ancora vigente il diritto romano. Per certezza, dunque, mai si è potuto intendere *fissità* del diritto. Che il principio di certezza del diritto vada sempre più configurandosi come una chimera è l'opinione anche di E. FOLLIERI, *Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars interpretandi*, 2015, n. 2, pp. 103 ss., 103. Non diversamente, A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, 2018, p. 63, evidenzia che la certezza del diritto finisce «per essere utilizzata soprattutto in negativo, nel senso di "non incertezza" del diritto, il che – ad attentamente riflettere – sembra non avere molto senso (oltre che utilità), in quanto pare segnalare che la certezza del diritto costituisca più che altro una categoria ideale, desiderabile sì (perché avvertita come "un'esigenza irrinunciabile"), ma così irrealizzabile da non poter essere effettivamente applicata alla realtà giuridica nella sua accezione positiva».

[8] La tendenza descritta può ben dirsi essere andata in Italia consolidandosi da quando, agli inizi degli anni '90 del secolo scorso, nell'ordinamento italiano si è scelto di intraprendere la strada del sistema elettorale maggioritario in luogo di quello proporzionale, senza però opportunamente adeguare l'impianto costituzionale costruito sulla base di quest'ultimo. Al fine di conseguire l'agognata stabilità di governo, si è finito col perdere la stabilità del sistema: la stabilità del governo per l'intera durata di una legislatura, derivante da una verosimilmente prevedibile alternanza fra i due opposti schieramenti politici, infatti, ha comportato (e in qualche modo fisiologicamente comporta) un andamento costantemente schizofrenico della disciplina di settori fondamentali per la vita della comunità nazionale (sanità, scuola, beni culturali, e così via). Basti pensare – per riferirsi ad un settore che interessa più da vicino gli studiosi accademici – all'ordinamento degli studi universitari. Come è noto, nell'arco di poco più di due lustri, si è passati dal cd. 'vecchio' ordinamento (per Giurisprudenza, corso di laurea quadriennale), dapprima al cd. 'nuovo' ordinamento (quello del 3+2), e poi al cd. 'nuovissimo' ordinamento, che, con l'istituzione della laurea magistrale, in qualche modo ha ripristinato la filosofia del 'vecchio': nessuno può negare che, nel caso di specie, sull'altare della stabilità dei governi si è evidentemente sacrificata la stabilità di sistema. Oggi, quindi, non pare proprio si possa più parlare con ragione di certezza del diritto. Ad ogni elezione, la nuova compagine governativa manifesta l'attitudine a modificare sensibilmente – quando non ad azzerare del tutto – le scelte anche di fondo operate da quella precedente. In una siffatta *koiné* culturale, di che certezza del diritto è dato dunque parlare?

realtà, essa sembra esser stata proficuamente rimpiazzata dalla *plausibilità del diritto*[9]. Un concetto che va di pari passo con quelli di *ragionevolezza* e *proporzionalità*, propri delle civiltà che bandiscono fondamentalismi e totalitarismi d'ogni genere[10]. In definitiva, pare che vada sempre più diffondendosi la persuasione che – in generale, e specialmente per il diritto (*tout court*, non solo per il diritto amministrativo) – non esista una verità assoluta, bensì tante possibili sue versioni che postulano, di volta in volta, la ricerca di quella più verosimilmente convincente: appunto, plausibile[11].

Il lavoro – si diceva – va contenuto nel perimetro segnato, per un verso, dalle disposizioni normative e, per l'altro, dal modo in cui esse trovano effettiva applicazione nella realtà. Ed infatti, il pur indispensabile confronto fra le diverse teorie rischia di apparire come un esercizio – necessario sì, ma in fondo essenzialmente, o forse puramente – 'esibizionistico', e dunque fine a sé stesso, funzionalizzato a dar conto delle conoscenze 'culturali' dell'autore, un esercizio sul quale, perciò, è bene non indugiare più di tanto. Insomma, analizzata attentamente la dottrina, bisogna poi andare oltre, ed operare sul dato di diritto positivo e sulla relativa giurisprudenza, al fine di ricavare da ciò, per via induttiva, una possibile ricostruzione teorica 'innovativa'.

Questo, evidentemente, nella piena convinzione che al giurista tocchi di operare sulle «leggi scritte», quelle cioè «dell'eteroregolazione, nelle quali dovrebbe tradursi il principio di autorità», giacché queste «costituiscono in realtà lo strumento della progettazione e dell'emancipazione individuale e politico-sociale», diversamente dalle «leggi non scritte, le leggi dell'autoregolazione, nelle quali dovrebbe tradursi il principio di libertà», ma che invece costituiscono «lo strumento della conservazione e del predominio degli interessi consolidati». E scegliere la prospettiva della eteroregolazione appare doveroso, «non certo per pregiudizio statalistico e

[9] E conseguire almeno questa – vista l'opera, talora veramente sconcertante, della giurisprudenza – sarebbe già un buon risultato per contenere gli arbìtri e rasserenare l'animo degli studiosi.

[10] Ed invero, preferire a quella della *certezza* la linea-guida della *plausibilità*, lasciandosi definitivamente sedurre dalla cultura del «diritto mite» (per usare l'espressione che dà titolo al ben noto libro di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992), sembra una strada assai più convincente. In proposito, si v. anche N. BOBBIO, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Linea d'ombra, Milano, 1994.

[11] Che il valore tendenziale dell'ordinamento sia, non più la certezza, bensì la plausibilità del diritto, trova significativa conferma, nel diritto amministrativo, dalla elaborazione concettuale della nozione di *interesse pubblico concreto*, che postula di ricavare, di volta in volta, nella singola fattispecie concreta, la strada possibile (perché contemplata dal sistema normativo) che consenta di intelligere il caso nella maniera più razionale, più logica, più ragionevole. Com'è risaputo, è sempre una norma ad attribuire un *interesse pubblico specifico* alla cura della P.A., ma ciò avviene in modo astratto, esso richiedendo sempre di essere storicizzato. L'assetto concreto che l'interesse pubblico dovrà assumere, sfugge ontologicamente alla compiuta previsione della legge, e non può che derivare dall'opera dell'interprete investito del compito, cui spetta di inferirlo dalla composizione di quello primario astrattamente fissato dalla fonte con tutti gli interessi secondari che interagiscono con esso nella fattispecie concreta, ciascuno dei quali concorre a determinare altrettanti segmenti del parametro di legittimità del provvedimento. L'esito di un siffatto processo mediativo appare in sé, per definizione, incapace di garantire certezza (se non per il rispetto dei canoni procedimentali fissati dalla legge), ma appunto soltanto una plausibile prevedibilità.

autoritario, bensì per realismo e – se proprio ha da esservene uno – per pregiudizio democratico, egalitario e libertario»[12].

In altre parole, sembra da respingere la prospettiva secondo cui si deve considerare superato il ruolo assegnato al giurista dalla cultura dello *statute law*, giacché sarebbe necessario prendere le distanze dalla rigidità delle codificazioni ottocentesche, per lasciarsi dominare dalla «effettività» propria del «fattuale» (che predica la «atipicità»), sposando la elasticità e la duttilità funzionali all'«*homo aeconomicus*», generato per effetto della globalizzazione, originatasi nel seno della cultura del *common law*[13].

In quanto si è affermato potrebbe rinvenirsi una contraddizione. Ma non è così. Se non pare revocabile in dubbio la necessità per il giurista di restare ancorato al diritto positivo, ciò non sembra affatto dover necessariamente implicare la supina accettazione della 'certezza del diritto' quale principio caratterizzante in via assoluta e radicale ogni convinta posizione gius-positivistica[14].

Detto altrimenti, resta un'aspirazione virtuosa, e doverosa, considerare la certezza come una «*prospettiva* dalla quale il giuoco dei valori sociali, tradotti in principi costituzionali, dovrebbe essere sempre riguardato, in ragione di quel raccordo pace-

---

[12] Così M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto* cit., pp. 63-65.

[13] È questo l'autorevole insegnamento di P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro It.*, 2002, V, col. 151 ss. Lo stesso A., peraltro, avvertiva dal rischio di lasciare, al potere delle grandi «*transnational corporations*» di prevalente origine nordamericana, la possibile «strumentalizzazione della dimensione giuridica», dimensione che finirebbe così per soggiacere «al soddisfacimento di interessi economici, spesso concretantesi – in un clima di capitalismo sfrenato – nel raggiungimento con ogni mezzo e ad ogni costo del maggior profitto possibile». E non è dubitabile che le tragiche crisi politiche e finanziarie mondiali degli ultimi anni reclamino nuovamente il bisogno – sempre più imprescindibile – di «organismi a proiezione mondiale necessari per fissare principi e definire regole». Ciò che, in buona sostanza, seppur in spazi geografici circoscritti dai confini nazionali, due secoli orsono ha dato vita, in Europa, alle codificazioni.

[14] Come è ben noto, la distinzione tra 'giusnaturalismo' e 'giuspositivismo' – su cui, fra tutti, si v. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, 2011 – sta, con estrema sintesi, in questo: in base al primo modo di intendere il diritto, la norma trova fondamento in una ragione naturale; in base al secondo, invece, la norma trova fondamento nella sua canonizzazione formale. È di tutta evidenza che i diversi modi di concepire il mondo, l'esistenza, o se si preferisce le differenti *Weltanschauung*, impongono un relativismo metodologico tale da suggerire che nessuno di essi può qualificarsi come *il* modo (*la Weltanschauung*) naturale: ognuno di essi pretende di esserlo, così rappresentandosi la ontologica impossibilità di convenire unanimemente su uno. Ciò non toglie, evidentemente, che, laddove si pervenga alla positivizzazione di un valore largamente riconosciuto come naturale – operazione che verrebbe di dire esser propria delle Costituzioni –, all'esito di un siffatto processo può, non senza ragione, qualificarsi come norma naturale quella positivizzata (ma, sia ben chiaro, resta la sua positivizzazione a renderla cogente). Nonostante a prima vista possa apparire il contrario, ad attentamente meditare, quanto appena affermato non è affatto contraddetto dal dramma di Antigone [della quale Sofocle racconta la sofferenza nello scegliere di seppellire il fratello Polinice contro il volere del tiranno Creonte, e la difesa mirabile ed appassionata avverso questi (che ne aveva negate le esequie, a differenza dell'altro fratello Eteocle – nel combattimento fra loro entrambi avendo trovato la morte – , perché era caduto, non per difendere, bensì per conquistare e distruggere la patria)], evocando la superiorità delle leggi divine su quelle umane. Come condivisibilmente osserva M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto* cit., p. 64, «la prospettiva di Antigone era tradizionale/aristocratica e quella di Creonte innovativa/democratica, la prima faceva valere l'immutabilità della legge non scritta; la seconda l'apertura al futuro di quella scritta».

sicurezza-statualità del quale il principio di certezza è manifestazione giuridica»[15]. Ciò nondimeno, è indubitabile che permane un significativo iato fra il *dover essere* astratto del diritto ed il suo *essere* concreto, che si pone come una questione ineludibile e centrale.

È vero senz'altro che «se quel che *è* non coincide con quel che *deve essere* non vuol dire che s'abbia ragione di accettare come fisiologica una patologia»[16]. Tuttavia, lo iato esiste, si manifesta sempre più di frequente, e proprio non si vede come il bisogno/dovere di non rassegnarsi possa interdire l'osservazione della realtà fenomenica, la quale restituisce allo studioso una immagine sconfortante del diritto vivente, costruito dal quotidiano, diuturno, operare delle magistrature (tutte, dalle più alle meno alte). Un operare che si proietta in avanti assumendo in maniera progressiva il ruolo del giudice come creatore del diritto anche oltre il paradigma normativo, derivandosene una crescentemente rilevante scarsa capacità di prevederne le pronunce.

È proprio per questo che allo studioso spetta di verificare nella realtà giuridica positiva se una certa ipotesi deontologica – il *dover essere* di un istituto – corrisponda, o meno, al suo *essere* nel diritto vivente. Giacché, ove ciò non fosse, ove all'esito di una ricerca si rivelasse provata la mancata corrispondenza, non ci si può non chiedere quali conseguenze se ne debbano trarre sul piano teorico. Se la realtà del fatto è determinativa del diritto, o se, viceversa, è illegittima perché contraria al diritto. In altri termini, ci si deve interrogare sul se sia possibile, proprio alla luce del 'dover essere' (s'intende: giuridico), avanzare critiche di profilo giuridico al modo in cui si manifesti l'essere.

Ed invero, il compito dei giuristi non dovrebbe limitarsi a semplicemente registrare, prendere atto della cd. 'effettività', né più né meno che se fossero dei meri 'gazzettieri', o, al più, dei semplici certificatori di fenomeni etero-definiti fuori dal (e determinativi del) diritto, senza che quest'ultimo contribuisca in alcun modo alla loro conformazione definitiva. Perché, pur rinunciando al dogma/mito della certezza, e abbracciando il meno radicale paradigma della plausibilità, c'è spazio, eccome, per il diritto all'infuori della mera effettività.

D'altronde, quando ci si dispone allo studio delle istituzioni e degli ordinamenti giuridici, occorre sempre aver presente la dimensione costantemente in divenire di questi. Una siffatta propensione deve vieppiù assumersi allorquando le istituzioni e gli ordinamenti attraversano fasi di profonda trasformazione, qual è certamente quella contemporanea. In queste circostanze il giurista deve imporsi una specifica sensibilità nell'osservazione dei dati fenomenici, giacché, nel prefigurarsi il modello che si va costruendo, ma che non è ancora costruito, egli deve sapersi 'nutrire' di

[15] Così sempre M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto* cit., p. 54.
[16] Così ancora M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto* cit., p. 56.

quanto non pare obsoleto del modello precedente, attingendovi a piene mani al fine di cogliere gli elementi che meritano di essere tenuti in vita. Nelle stagioni di trasformazione, egli deve approfondire, in modo problematico, la conoscenza dell'ordinamento che era, e che almeno in parte certamente non è più, al fine di potersi prefigurare (così anzi contribuendo a determinarlo) l'ordinamento che sarà, ma che ancora non è. Quando tutto è confuso e in discussione, per immaginarsi l'approdo istituzionale cui la transizione perverrà è indispensabile sapere bene da dove si viene, e perciò capire quali siano stati i fattori che hanno determinato la crisi dell'ordinamento giuridico precedente, comportando il suo superamento verso quello che si va progressivamente costruendo[17].

In altri termini, dentro un dato ordine costituito l'ordinamento (può, e anzi) deve saper metabolizzare i cambiamenti economici e sociali così da rendere diversa, proprio perché da adeguarsi ai tempi, l'attuazione dei valori propri di quell'ordine. Epperò, se questi valori non vengono modificati per effetto di un evento rivoluzionario cruento, un bagno di sangue, dal quale si origini un nuovo potere costituente, essi devono necessariamente rappresentare il paradigma indefettibile del lavoro del giurista. Quel che conta sotto il profilo giuridico è che, per cambiare qualunque scelta di codificazione effettuata in precedenza, si rispettino le procedure stabilite dall'ordinamento.

Ed invero, ben ci si può cimentare sul piano dell'impianto assiologico positivizzato, a tal fine utilmente praticando la interdisciplinarità[18], e dichiarando in maniera intellettualmente onesta quale si ritenga di accogliere. Va precisato, però, che, ove lo faccia, lo studioso deve restare consapevole che ha due opzioni. O si muove sul terreno politico, della *politica del diritto* (che resta politica, perché il diritto costituisce soltanto l'ambito in cui essa si esercita), ed allora sarebbe (quasi del tutto) irrilevante la sua qualificazione professionale. Ovvero, se sceglie di operare sul terreno della *scienza giuridica*, i suoi giudizi di valore dovrebbero rimanere dentro (e non potrebbero debordare da) i margini della interpretazione, dell'ermeneutica, delle norme poste dall'ordinamento vigente, senza confondersi con la pur nobilissima proposizione di soluzioni (più o meno idonee) ai problemi sul tappeto. Ciò inevitabilmente sfocerebbe nel propugnare l'una o l'altra deontologia (non giuridica),

[17] Insomma, con una metafora, è come se, insoddisfatti del mondo in cui si vive, ci si tuffasse dalla sponda di un fiume, confidando che quello che si trova sulla sponda opposta siamigliore. Non è possibile però guadare il fiume, giacché le acque sono profonde e la sponda opposta assai lontana, al punto che nemmeno si può intravederla. Ebbene se, nuotando nel mezzo del fiume, giunti là dove non è più dato scorgere la sponda da cui ci si è mossi né quella opposta, ci si interrogasse su come sarà il mondo di là dal fiume, lo sforzo di immaginazione di quello che vi si troverà non può non risentire, in modo significativo, dell'apparato di conoscenze acquisito nella vita che si è abbandonata. In altri termini, pur sognando un mondo migliore, comunque non ce lo si potrà immaginare privo di quanto di buono c'era in quello dalquale si proviene.

[18] Ma senza perdere di vista la specialità delle diverse scienze sociali – economia, sociologia, politologia, ecc. –, che non possono esser fuse in unasola, in grado di occuparsi 'scientificamente' di tutti i profili.

e dunque nell'abdicare dal ruolo che gli compete, nell'abbandonare il campo del suo 'specifico' professionale.

Per spiegarsi con un esempio, si prenda il caso di un oggetto di studio di notevole importanza per il diritto amministrativo, quello della delineazione del confine tra 'pubblico' e 'privato'[19].

Orbene, con la sintesi e l'inevitabile conseguente estrema semplificazione imposte dalla sede, convenendosi che le due principali 'filosofie' – corrispondenti ad altrettanti modelli ideologici (che nella realtà non di rado si sono combinati e si combinano) –, cui da oltre un secolo si ispirano gli ordinamenti del mondo occidentale, siano quella liberale e quella socialista, si può facilmente capire che l'apprezzamento della misura, del grado di accoglimento dell'una e/o dell'altra in un dato ordinamento sia compito proprio del giurista, qualunque sia la veste operativa che assume (giudice, avvocato, studioso, ecc.). È a lui, infatti, che tocca saper leggere quanto di ciascuno dei due modelli sia stato trasfuso nel dato ordinamento. Non competendogli però, in quanto tale, di prender partito fra l'uno e l'altro, se non nei limiti della interpretazione giuridica delle norme.

È quindi nella prospettiva dell'ermeneutica[20] che la riflessione giuridica può e deve occuparsi della delineazione del confine in parola, e, pertanto, ragionare sulle cause che postulano in oggi l'arretramento del primo[21]. Ma solo al fine di verificare se i rimedi tecnico-giuridici previsti dal diritto positivo (per implementare le scelte politiche di privatizzazione) siano efficaci e coerenti con gli obiettivi che si volevano conseguire. Il profilo – come si comprende – è molto delicato, giacché il discrimine tra la politica del diritto e la scienza giuridica, o, se si vuole, fra l'operare *de jure condendo*, da un lato, e lo *jus conditum*, dall'altro, non di rado si presenta sottilissimo.

Per esprimersi allora ancor più chiaramente, il giurista deve restar fuori dall'esercitare l'opzione fra ciò che merita d'esser compito pubblico e ciò che invece conviene che sia lasciato al privato. Questa opzione in sé consiste in un giudizio di valore che, proprio perché tale, non gli compete. Solo una volta che sia stata effettuata dalla politica, il relativo contenuto, ormai codificato, costituirà l'imprescindibile parametro di riferimento dell'opera del giurista. Più in generale, non gli spetta di stabilire se e quanto, in oggi, lo Stato sociale possa o debba sopravvivere. Nella fisiologia della sua attività, però, rientra a pieno titolo lo studio della funzionalità degli istituti all'uopo predisposti dall'ordinamento. Entro questi limiti, può ben dirsi che la sua azione contribuisca in qualche modo ad integrare la

[19] Al riguardo, non appare revocabile in dubbio che, al fine di comprendere l'ambito di azione del giurista – laddove questi voglia cimentarsi con temi, come appunto la delineazione del confine fra 'pubblico' e 'privato', che affondano le radici, verrebbe di dire, nella filosofia, e quindi implicano la 'politicità' della loro risoluzione –, sia indispensabile interrogare e saper leggere il sistema delle fonti nel suo complesso, perché è in questo che è tenuto a trovare le risposte che cerca.

[20] Senza debordare, perciò, nell'agone politico.

[21] In buona sostanza, inefficienza e corruzione.

scelta politica di delineazione del confine tra 'pubblico' e 'privato'.
Tuttavia, non v'è dubbio che il primo e più elevato livello dell'analisi giuridica abbia ad oggetto l'interpretazione della Costituzione. E, su questo terreno, il giurista deve cimentarsi con i valori e le *Weltanschauung* consacrati nella Carta, perché l'intero ordinamento è da questi informato. Se ne deriva che resta suo precipuo compito valutare, con riferimento al modello costituzionale e alle relative prescrizioni, anche le politiche di privatizzazione[22]. Ciò significa che, mentre non è giuridicamente apprezzabile il giudizio di valore sottostante alla scelta di siffatte politiche, lo è invece il giudizio di conformità, o anche di sola compatibilità, di queste con il paradigma costituzionale[23].
Naturalmente, tutto ciò chiarito, che l'indagine debba, dunque, partire dalla disciplina giuridica positiva non implica affatto che non si possa – e anzi, non di rado, proprio si debba – circoscrivere la 'casistica' dell'osservazione. Ciò risulta per vero – lo si intuisce facilmente – indispensabile. Una volta delimitato l'oggetto, l'ambito materiale, e cioè la 'casistica' su cui concentrare l'indagine, bisogna analizzare la giurisprudenza che ne offre la lettura concreta, e solo in base a ciò provare ad inferire un assunto teorico attraverso l'uso della logica.
In definitiva, sempre che si voglia conservare al giurista una specificità nel panorama allargato dei ccdd. 'scienziati sociali', appare questa la maniera corretta di procedere, e ciò anche rischiando l'accusa di 'formalismo'[24]. Sottoscrivere pienamente tale metodo, peraltro, non significa anche ritenere che le ragioni di una ricerca non

[22] E, perciò, la fissazione del confine tra 'pubblico' e 'privato'.

[23] È per questo che la Costituzione può efficacemente rappresentarsi con una suggestiva metafora. Una volta affermatosi il costituzionalismo, infatti, essa è paragonabile all'àncora che impedisce alla barca (l'ordinamento giuridico) di andare alla deriva: la misura della cima che lega l'àncora alla barca sta ad indicare la metodologia che il marinaio (il giurista) deve utilizzare: egli può scegliere di allungare od accorciare la cima, ma non di andare alla deriva. A meno che non salpi l'àncora, ciò che, fuori dalla metafora, integrerebbe una rivoluzione dell'ordine costituito. Se una Costituzione, ad esempio, predica il valore/principio della uguaglianza (così come fa la Carta italiana del 1948), è in relazione ad esso che il giurista deve misurare la legittimità di ogni scelta legislativa e conseguentemente, valutata quest'ultima come legittima, quella di ogni scelta amministrativa. Il valore/principio dell'uguaglianza persiste finché la Costituzione resta in vita. Tuttavia, un conto era realizzarlo (mediante leggi e, poi, atti e provvedimenti amministrativi) subito dopo la sua entrata in vigore; altro, ben diverso, conto è farlo dopo oltre settant'anni, nel frattempo essendo significativamente mutati gli scenari economico-sociali. Ed è facilmente comprensibile che legislazione e amministrazione vanno adeguate a seconda di come questi scenari cambiano. Il Legislatore, evidentemente, non può essere onnisciente ed infallibile. Non di meno, per valutare la legittimità delle scelte amministrative di regolazione e di gestione (provvedimentale e non), il giurista deve prioritariamente guardare alla legge (nel quadro disegnato dalla Costituzione), senza mai perdere la consapevolezza che questa può non essere costituzionalmente legittima e, per definizione, non può farsi carico di disciplinare ogni possibile situazione della multiforme vita associata.

[24] Il giurista è per definizione specialista della forma. Ma – si badi bene – ciò non significa che il giurista, per ciò solo, meriti l'accusa di formalismo. È formalista lo specialista della forma che la utilizza per tradire la sostanza. Di regola, invece, lo specialista della forma non è affatto formalista: il giurista, infatti, utilizza la forma per garantire, non per tradire, la sostanza. La forma è garanzia della sostanza. Ciò anche se è ben possibile che essa venga usata per svuotarla dei suoi propri contenuti. Il diritto è forma: è evidente che un tale assunto possa degenerare in formalismo, ma questo è il versante patologico di una fisiologia secondo cui, in essenza, il diritto è, e non può che restare, forma.

possano (e anzi forse debbano sempre) trovare genesi in dati pre, o meta, giuridici. E infatti un conto è che esse consistano *anche* di considerazioni non giuridiche, altro, ben diverso, che lo svolgimento dell'indagine sia difforme dal metodo giuridico.
Il rischio di sconfinare dagli ambiti propri del 'giuridico' è altissimo. Soprattutto in epoche caratterizzate da grandi trasformazioni, qual è indubbiamente quella presente, in cui si assiste alla emersione di fenomeni, temi e concetti del tutto nuovi.
Si pensi, ad esempio, alle ricerche, sempre più numerose, in tema di *cyberspazio*[25] e di metaverso[26], nelle quali il fascino della realtà virtuale può facilmente condurre l'autore a soddisfare il bisogno, più che fondato, di esplorare il nuovo ambito, facendosi così consistente il rischio di sconfinamento.
Si pensi, ancora, agli studi aventi ad oggetto *big data*[27], algoritmi[28] ed intelligenza

[25] Che, secondo il *Vocabolario on line Treccani*, è «Lo spazio virtuale nel quale utenti (e programmi) connessi fra loro attraverso una rete telematica (v., per es., internet) possono muoversi e interagire per gli scopi più diversi, come, per es., la consultazione di archivî e banche dati o lo scambio di posta elettronica […]. Per estens., nelle più recenti formulazioni teoriche, lo spazio virtuale costituito attraverso qualunque forma di scambio informativo a distanza, anche una telefonata». Sul tema, fra i tanti, si v.: M. MAURINO, Cybersecurity, *sicurezza nazionale e trattamento dei dati personali*, in R. URSI (a cura di), *La sicurezza nel cyberspazio*, Franco Angeli, 2023, pp. 169 ss.; F. SAMMITO, G. SICHERA, *L'informazione (e la disinformazione) nell'epoca di internet: un problema di libertà*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, fasc. 1, pp. 77-131; M. BETZU, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Diritto costituzionale*, 2020, fasc. 1, pp. 117-133; A. VENANZONI, *"Cyber"-costituzionalismo: la società digitale tra silicolonizzazione, capitalismo delle piattaforme e reazioni costituzionali*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2020, fasc. 1, pp. 5-34.

[26] Che, secondo l'*Enciclopedia on line Treccani*, è «Termine – impiegato per la prima volta nel 1992 da N. Stephenson nel romanzo cyberpunk ***Snow crash*** per indicare un mondo virtuale in 3D popolato di repliche umane digitali – con il quale si definisce una zona di convergenza di spazi virtuali interattivi, localizzata nel cyberspazio e accessibile dagli utenti attraverso un avatar con funzione di rappresentante dell'identità individuale. Superando i concetti di realtà virtuale e realtà aumentata, e come evoluzione dell'ubiquitous computing, la costruzione di un essere in presenza attraverso la tecnologia sociale (di cui Second life può essere considerato la forma prototipica) si avvale dell'interoperabilità fra mondi e piattaforme, in un ambiente di ricerca che crea e interconnette informazioni, soggetti, avatar e oggetti, corrispondendo al concetto di ***onlife*** elaborato da L. Floridi; l'universo costruito attraverso le reti globali di comunicazione trova tra i suoi campi di applicazione il gaming e l'intrattenimento, la formazione e la didattica, il marketing, le arti e le attività professionali. Il termine ha avuto vasta risonanza mediatica nell'ottobre 2021, quando M. Zuckerberg ha mutato la denominazione dell'azienda da lui fondata, che controlla piattaforme quali Facebook, Instagram e WhatsApp, in ***Meta Platforms, Inc.***, con logo il simbolo matematico dell'infinito». Sul tema, fra i tanti, si v.: M. RUBINO DE RITIS, A. FUCCILLO, V. NUZZO (a cura di), *Diritto e universi paralleli. I diritti costituzionali nel metaverso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, in corso di pubblicazione; P. BONINI, *Il 'metaverso'. Questioni e prospettive di diritto costituzionale*, in *GiustAmm.it*, 2022, fasc. 9; A. CELOTTO, *Tema del 'metaverso' e delle sue implicazioni per l'ordinamento giuridico*, in *GiustAmm.it*, 2022, fasc. 7; G. NATALE, *Metaverso: necessità di un diritto reale per un mondo virtuale. Gli aspetti giuridici rilevanti del Metaverso*, in *Rass. Avv. Stato*, 2022, fasc. 1, pp. 237 ss.

[27] Che, secondo il *Vocabolario on line Treccani*, è la «Ingente insieme di dati digitali che possono essere rapidamente processati da banche dati centralizzate». Sul tema, fra i tanti, si v.: L. AMMANNATI, G.L. GRECO, *Piattaforme digitali, algoritmi e "big-data": il caso del "credit scoring"*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2021, fasc. 2, pp. 290-324; M. FRANZONI, *Lesione dei diritti della persona, tutela della "privacy" e intelligenza artificiale*, in *Jus civile*, 2021, fasc. 1, pp. 4-20; M. TRESCA, *Big data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, fasc. 2, pp. 545-557.

[28] La cui definizione, secondo il *Vocabolario on line Treccani*, è diversificata in due: «In informatica, insieme di istruzioni che deve essere applicato per eseguire un'elaborazione o risolvere un problema. - In logica matematica,

artificiale[29], tutti argomenti che, con ogni evidenza, impattano significativamente sulla questione della formazione delle decisioni pubbliche, della riduzione dei margini di discrezionalità che residuano in capo all'autorità amministrativa e della loro più penetrante sindacabilità giurisdizionale.

Si pensi, infine, ai temi – diversi benché connessi – della digitalizzazione dell'amministrazione pubblica, quel processo, cioè, di ammodernamento ed aggiornamento della P.A. allo scopo di migliorare la gestione e la sicurezza delle informazioni, ed il loro accesso[30]; e della amministrazione digitale, o *e-government*[31], attraverso cui, allo scopo di fluidificare i processi amministrativi nella resa dei servizi pubblici riducendone i costi, si adoperano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) in modo da rendere più efficiente l'azione.

Trattando tali temi, è facile lasciarsi sedurre dal loro fascino, perdendo di vista che il giurista deve affrontarli studiandone le ricadute sulla costruzione degli istituti giuridici coinvolti. E dunque, il fatto che l'ipotesi di lavoro riguardi fenomeni e concetti del tutto nuovi, e perciò sia fondata su valutazioni di ordine tecnologico, economico, sociologico o politico-istituzionale, può facilmente indurre ad attendersi

---

qualsiasi procedimento "effettivo" di computo di una funzione o di decisione di un insieme (o predicato), cioè qualsiasi procedimento che consenta, con un numero finito di passi eseguiti secondo un insieme finito di regole esplicite, di ottenere il valore della funzione per un dato argomento, o di decidere se un dato individuo appartiene all'insieme (o soddisfa il predicato)». Sul tema, fra i tanti, si v.: D.U. GALETTA, *L'azione amministrativa e il suo sindacato: brevi riflessioni in un'epoca di algoritmi e crisi*, in *Questione Giustizia*, 2021, fasc. 1, pp. 225-231; G. GIORGINI PIGNATIELLO, *Il contrasto alle discriminazioni algoritmiche: all'anarchia giuridica alle "Digital Authorities"?*, in *federalismi.it*, 2021, fasc. 16, pp. 114-135; G. LO SAPIO, *La trasparenza sul banco di prova dei modelli algoritmici*, in *federalismi.it*, 2021, fasc. 11, pp. 239-252.

[29] Che, secondo l'*Enciclopedia on line Treccani*, è «Disciplina che studia se e in che modo si possano riprodurre i processi mentali più complessi mediante l'uso di un computer. Tale ricerca si sviluppa secondo due percorsi complementari: da un lato l'i. artificiale cerca di avvicinare il funzionamento dei computer alle capacità dell'intelligenza umana, dall'altro usa le simulazioni informatiche per fare ipotesi sui meccanismi utilizzati dalla mente umana». Sul tema, fra i tanti, si v.: G. COMANDÉ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, fasc. 1, pp. 169 ss.; A. CONDELLO, *Il non-dato e il dato. Riflessioni su uno scarto fra esperienza giuridica e intelligenza artificiale*, in *Ars interpretandi*, 2021, fasc. 1, pp. 97 ss.; D.U. GALETTA, ***Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono,* in *federalismi.it*, 2023, fasc. 12, pp. 4-14.**

[30] Si v. in proposito A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Diritto pubblico*, 2019, fasc. 1, pp. 117 ss.; E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, 2019, fasc. 2, pp. 363 ss.; A. NATALINI, *Come il passato influenza la digitalizzazione delle Amministrazioni pubbliche*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2022, fasc. 1, pp. 95 ss.; G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, fasc. 3, pp. 601 ss.; G. SGUEO, *La visione e la voce nella transizione digitale dei governi democratici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2022, fasc. 4, pp. 1015 ss.; nonché da ultimo, L TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023.

[31] Sul tema cfr.: A. CELOTTO, *La burocrazia digitale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, fasc. 1, pp. 265 ss.; P. FALLETTA, *Lo «Stato digitale» la trasparenza amministrativa in rete: le nuove piattaforme digitali per la diffusione di contenuti informativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2021, fasc. 2, pp. 559 ss.; M. SIMONCINI, *Lo «Stato digitale» l'agire provvedimentale dell'Amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2021, fasc. 2, pp. 529 ss.

una ricerca squilibrata sul versante non *stricto sensu* giuridico. Così occorre, sì, partire dalla descrizione degli assunti teorici consolidati; ma solo perché sembra necessario riproporre in qualche modo tali assunti al fine di chiarire in premessa le ipotesi che, attraverso la ricerca, si vogliono dimostrare coerentemente con il metodo induttivo.
D'altro canto, ogni induzione richiede comunque una previa scelta e delimitazione dell'oggetto su cui indagare. E non pare proprio possibile sceglierlo e circoscriverlo se non in base ad un'idea, un'intuizione, di respiro teorico che reclama di essere dimostrata. In particolare, lo spunto non può non nascere dal rinvenire un andamento del diritto vivente che non corrisponde ai principi ed ai valori codificati ed immanenti nell'ordinamento, ponendosi lo scopo di dimostrare se ed in quali limiti tale andamento sia accettabile, ovvero meriti di essere giuridicamente criticato per la mancata corrispondenza al paradigma dei principi e valori codificati dall'ordinamento.
Ecco, la linea prospettica nella quale muoversi sembra essere esattamente questa: verificare se, ed in che misura, nella disciplina positiva e nella accezione di questa da parte dei giudici, si danno casi in cui – al fine (naturalmente non dichiarato) di legittimare uno stato di fatto, che finisce per negare la essenza stessa del diritto – si tradisce il modello deontologico che viene considerato giuridicamente corretto. Modello che, sicuramente, è tale anche in base a valutazioni di corrispondenza ad istanze, in parte, metagiuridiche, le quali, cioè, almeno nella loro prima forma di manifestazione, si 'abbeverano' – e non possono non farlo – alla fonte assiologica, pre-giuridica[32], ma, immanenti nell'ordinamento, sono stati poi da esso positivizzati.
Più in generale, e con ogni necessaria umiltà intellettuale, ci si chiede se i così rilevanti richiamati mutamenti della realtà socio-economica che caratterizzano l'attuale contingenza storica non siano tali da indurre, sì, corrispondenti trasformazioni del 'giuridico', le quali, però, rischiano di realizzarsi perdendo di vista gli indispensabili parametri di riferimento (assiologici, ma) positivamente fissati, in base ad una necessità di adeguamento malintesa, giacché determina la legittimazione di qualsiasi novità, purché sia conforme al cambiamento.
Insomma, sembra proprio che si debba contrastare la tendenza ad utilizzare il diritto in modo strumentale per rafforzare ogni qualunque cambiamento (oggettivamente derivante, sì, dalla mutata realtà socio-economica, ma) a prescindere dalla sua compatibilità con i consolidati istituti giuridici basilari dello Stato di diritto. Tali istituti, infatti, senza dubbio assumono significati nuovi e diversi alla luce della mutata realtà, ma ciò non fa venir meno le ragioni che li hanno generati, fondate su valori inesauribili, le quali richiedono perciò risposte aggiornate, senza, però, che si consentano operazioni di azzeramento, magari surrettizie, proprio per mano dei

[32] La sovranità popolare, la legalità, la democraticità della struttura e della funzione dei pubblici poteri, ecc.

giuristi[33]. Questi, dunque, devono evitare di contribuire a determinare uno stato di cose in cui il diritto finisce col perdere ogni specificità, appiattito sulla politica[34] e sulla obiettiva, in un certo senso naturale, ontologica, confusione di questa con la 'effettività'. Se così fosse, il diritto sarebbe definitivamente spogliato di qualsiasi spazio di garanzia per l'umanità, che ne è la vera ragion d'essere.

5. Considerazioni conclusive con qualche cenno alla collocazione editoriale, alle Scuole ed alle collane scientifiche

In sintesi, per concludere, scrivere una monografia significa dimostrare in tesi una ipotesi di ricerca, adottando un metodo scientificamente fondato (quello preferito da chi scrive combina induzione e deduzione).
La ricerca della verità scientifica, continuamente in divenire, quindi, nel campo del diritto amministrativo, e del diritto pubblico in genere, non può non passare attraverso una scansione metodologica del progetto di ricerca che, esplicitata all'inizio, dovrà essere seguita con coerenza nella redazione.
Ed il progetto non può mancare di articolarsi affrontando del tema prescelto tre profili. Dapprima, il profilo *descrittivo*, che concerne, appunto, la descrizione del vigente assetto della disciplina positiva e la individuazione dei profili problematici che presenta, evidentemente anche attraverso un'attenta rassegna delle opinioni della dottrina. A seguire, il profilo *ricognitivo*, che si risolve nella puntuale ricognizione delle risposte rinvenute nel diritto vivente, quello determinato dall'opera dei giudici, ai profili problematici individuati all'esito della descrizione del tema. Infine, il profilo *ricostruttivo*, consistente nello scrutinio critico delle risposte offerte dai giudici, che sono state oggetto della precedente meticolosa e rigorosa ricognizione, al fine di proporre una originaria costruzione teorico-dogmatica del tema indagato, nel che consiste la dimostrazione in tesi della ipotesi di ricerca secondo le conclusioni dell'autore.
Tutto ciò nella serena consapevolezza che la verità processuale – quella esitante alla vicenda giurisdizionale di ogni singola fattispecie concreta oggetto del giudizio dei magistrati – non necessariamente coincide con la verità scientifica. Quest'ultima è, per antonomasia, continuamente in divenire[35], e dunque fisiologicamente destinata ad esser superata da una nuova opera che, sfidando la convinzione scientifica consolidata, abbia dimostrato perché essa è non più attendibile. È proprio in questo

[33] Così facendo, questi ultimi (siano essi solo sedicenti tali, ovvero, anche inconsapevolmente, abdicanti dal ruolo) si farebbero complici della legittimazione di un disegno la cui realizzazione comporta, non solo l'affermazione di un determinato (non rileva se, e quanto, deprecabile) progetto politico, ma una definitiva sepoltura dei tratti tipici del metodo giuridico.
[34] Intesa in senso lato: che sia fatta di contenuti tecnologici, economici, sociologici, o quant'altro, poco importa.
[35] Con la terminologia dell'attuale, le tesi di Galileo in oggi sarebbero definite *fake news*.

che si rinviene il limite intrinseco della certezza del diritto, la quale, nel suo rappresentare virtuosamente l'aspirazione da rincorrere, si definisce come caratteristica di un futuro mai realizzabile, nell'oggi rivelandosi più veritiera, in suo luogo, quella della plausibilità.

Alla dottrina spetta questo compito, al tempo stesso delicato e difficile. Deve monitorare, con impegno e piglio persino spietati, l'opera della giurisprudenza, altrimenti rischiando di restare nella sua torre eburnea, enunciando dall'alto, dal chiuso recinto della sua ristretta cerchia di eletti, verità concepite a tavolino, sostanzialmente impermeabili ai problemi della vita reale, per tanto incapaci di valere *sub specie aeternitatis*. È esattamente questa la fenomenologia che il giurista deve osservare e studiare, per inferire da essa – alla medesima stregua degli scienziati 'duri' – la verità scientifica.

Guidato dalla fede nella ricerca della verità scientifica, quindi, lo studioso non può appiattire i risultati della sua indagine sulla giurisprudenza: insomma, induzione sì, ma 'bacchettando' (se necessario anche duramente) i giudici, ricorrendo, per rivelarne gli errori, in via deduttiva alla mancata corrispondenza ai paradigmi costituiti essenzialmente dalla *teoria generale del diritto*, dalla *logica giuridica* e dai *principi generali dell'ordinamento*.

Il fuoco dell'indagine, dunque, va posto sulla questione giuridica – ossia sulla vicenda e/o l'istituto giuridico indagati –, senza mai confonderla con le ricadute politiche, tecniche, economiche o sociali che dalla sua risoluzione potranno generarsi. Queste – com'è ovvio – non possono non essere prese in considerazione: ma né come oggetto né come finalità dell'indagine, bensì esclusivamente come le sue ragioni.

Per concludere veramente, è molto importante che nell'introduzione della monografia, l'autore compiutamente illustri tre aspetti. In primo luogo, l'*oggetto* e le *ragioni della indagine*, chiarendo di cosa la ricerca si occupa e quali sono le ragioni (fattuali e giuridiche) che ne suggeriscono la conduzione, spiegando cioè perché è necessario (o solo interessante) farlo. In secondo luogo, l'*obiettivo* e il *metodo della indagine*, esplicitando l'ipotesi scientifica che intende dimostrare in tesi, e come procederà per farlo, dichiarando il metodo (deduttivo, induttivo o induttivo/deduttivo) che adotterà. Infine, il *piano della indagine*, descrivendo in sintesi l'indice del lavoro.

Non resta che fare un rapidissimo cenno al ruolo dell'appartenenza ad una Scuola. Questo aspetto è assai importante, perché le sensibilità e le attitudini si affinano nel confronto dialogante con i maestri ed i colleghi coi quali si condivide la quotidiana esperienza dello studio e dell'insegnamento. Ma anche perché la (non indispensabile, ma preferibile) pubblicazione della monografia in una collana consente all'autore di sottoporsi ad una valutazione scientifica preliminare per l'inserimento sottratta alla non improbabile 'trappola' delle reciproche 'faide' fra scuole diverse.