



7 maggio 2019

“Le applicazioni della teoria gradualistica”

Stefano Fantini



Contributo pubblicato nel blog *ridiam.it*

“Le applicazioni della teoria gradualistica”

di
Stefano Fantini

Il tema concernente “le applicazioni della teoria gradualistica” impone la previa enucleazione dell’effettiva portata di tale teoria; ciò mi legittima a qualche breve considerazione preliminare, senza volere ovviamente ripetere il percorso di altre, precedenti ed autorevolissime, relazioni, più propriamente dedicate a tale scopo.

Occorre dunque muovere dalla “Guida alla lettura” (dei Saggi e Scritti scelti) del prof. Rossi, di sicura utilità pratica per la lettura dei volumi, ma soprattutto di grande pregio scientifico, una sorta di “compendio” del pensiero dell’Autore, dal quale è inferibile il filo rosso che tiene insieme la trattazione degli argomenti di teoria generale e di parte speciale del diritto amministrativo.

La “Guida” fa chiarezza sul fatto che la teoria gradualista attiene al metodo, è ispirata dalla necessità di «cogliere i profili comuni di fattispecie diverse, “il minimo comune denominatore” che le unisce, e quindi a razionalizzare vicende complesse e articolate»; consegue alla esatta rilevazione della sempre maggiore complessità del fenomeno giuridico, ed alla consapevolezza che una coerente risposta non può essere quella «del progressivo ampliamento dei concetti precedenti che, dilatandosi, diventano sempre più evanescenti». Il metodo gradualista, sempre secondo l’indicazione dell’Autore, impone dunque la individuazione delle problematiche, specie nelle zone grigie della teoria dell’attività e di quella dell’organizzazione, la scomposizione analitica dei dati e la ricomposizione dei concetti e delle nozioni più elementari.

Il metodo gradualista diventa lo strumento di lettura della complessità che, di per sé, rischia di condurre ad una deriva asistemica. Sottolinea l’Autore che questo è un problema proprio di tutte le scienze, non solo di quella giuridica; si potrebbe ricordare, alla stregua di esemplificazione, che nella fisica le due più importanti scoperte del Novecento, la relatività generale e la meccanica quantistica, non possono essere ugualmente valide, perché si contraddicono a vicenda, la prima concependo il mondo come uno spazio curvo dove tutto è continuo e la seconda come uno spazio piatto dove saltano quanti di energia, dovendosi pertanto fare ricorso alla teoria della probabilità (Rovelli, Sette brevi lezioni di fisica, Adelphi, 2014).

Tornando a noi, può dirsi che il fine del metodo sia lo stesso : porre un argine alle derive asistematiche, che, nel campo giuridico, schiuderebbero la strada a soluzioni potenzialmente irragionevoli.

Se il fine del metodo gradualista è chiaro, occorre altresì chiedersi quale strumentario possa utilizzare nel perseguire l’obiettivo di “pulizia concettuale”,

reso tanto più arduo dalla complessità del sistema delle fonti, ed anche dal fatto che la tecnica normativa sovente segue sintassi proustiane.

La Guida non offre ex professo risposta a tale quesito (e, d'altronde, non era compito suo), ma pone l'accento sull'adeguatezza del metodo.

Quella di gradualismo, come noto, è locuzione polisemica. Evoca la Stufenbau kelseniana, costruzione che ha al suo vertice la Grundnorm, ma, allo stesso tempo, anche Carrè de Malberg ha elaborato una "Teoria gradualistica del diritto", secondo cui, con approssimazione, ogni teoria giuridica va passata al setaccio dell'ordinamento giuridicamente posto, nel senso che ogni elemento teorico vale nella misura in cui vi corrisponda un dato positivo.

Il gradualismo è sintesi verbale che esprime anche un metodo politico (quello di conseguire obiettivi attraverso riforme graduali) ed economico (che, approssimativamente, si basa su politiche monetarie finalizzate a contrastare l'inflazione e la disoccupazione, in antitesi alla ricorrente proposta di una shock-therapy).

Probabilmente ciascuna di queste declinazioni di gradualismo rientra in parte nella nozione metodologica postulata dal prof. Giampaolo Rossi, ma non la esaurisce.

Il convincimento che ho tratto dalle suggestioni esemplificative, le quali rimandano ai vari contributi raccolti, è che l'espressione metodo gradualista, per Giampaolo Rossi, si scomponga in varie accezioni; principalmente, però, prende corpo come metodo realista, o, forse meglio, essendo la categoria del realismo densa di implicazioni nella filosofia del diritto, come metodo fenomenologico, inteso proprio nel suo etimo greco, che guarda a ciò che appare per evincere l'insite dell'istituto, ovvero della fattispecie giuridica.

La disamina del fenomeno giuridico costituisce il prius del metodo, cui segue la scomposizione dei concetti complessi, per rinvenirne il profilo caratterizzante, l'elemento essenziale, che, mediante le inferenze e le assimilazioni, consente la riconduzione a sistema; il metodo è gradualista in quanto si compone di un prius (disamina e scomposizione analitica della fattispecie) e di un posterius (ricomposizione della fattispecie e suo inquadramento nella categoria tipologica prevalente). Scrive Giampaolo Rossi che «in un contesto di smaterializzazione, mobilità e frantumazione, i criteri ordinatori possono essere individuati facendo ricorso alla nozione di sistema, spesso implicitamente utilizzato del resto dalla scienza giuridica. Come la dottrina ha bene chiarito, il sistema si regge nella complessità perché individua le interrelazioni fra figure, vicende, accadimenti che per un profilo determinato ne fanno parte e per altri profili compongono altri sistemi con altre figure con le quali hanno specifiche omogeneità; non deve necessariamente convergere verso un punto unificante ed è in grado di unire parti frammentate per quanto è possibile nel contesto dato».

Si tratta, a me sembra, di un importante insegnamento di metodo giuridico, che, per certi versi, *mutatis mutandis*, trova corrispondenza nell'attività di analisi che compie il giudice nel suo lavoro quotidiano, e, con particolare evidenza, allorchè scompone la pretesa per cogliere il *petitum* sostanziale al fine di individuare la giurisdizione, ovvero ancora per rinvenire la disciplina applicabile in una fattispecie mista (ad esempio, un appalto misto). In queste evenienze, può bene dirsi che «è il metodo gradualista che consente una articolazione più rispettosa dei caratteri della singola fattispecie, togliendo all'inquadramento nelle categorie quel carattere forzoso e improprio che, altrimenti, comporta».

In questo modo il piano del ragionamento si è naturalmente spostato sulle applicazioni del metodo gradualista.

Appare chiaro che l'Autore sia stato particolarmente sollecitato in questa prospettiva di riflessione dal Suo fondamentale studio su "Gli enti pubblici" (Mulino, 1991), in cui la complessità della ricostruzione giuridica è nota da sempre, al punto da imporre il ricorso agli "indici di riconoscimento", e ha condotto il prof. Rossi ad identificare anche una tipologia che, in prima approssimazione, sembrerebbe descrivere null'altro che un ossimoro, o comunque una contraddizione in termini, quella degli "enti a struttura di società per azioni". La vertigine interpretativa è però superata riconducendo tali enti nel modello civilistico delle società per azioni, eventualmente modificato da norme specifiche; e questo, in applicazione di un gradualismo fenomenologico.

Mi permetto, in conclusione, di ricordare un ulteriore campo di sicura applicazione del metodo gradualista, quello degli accordi amministrativi. Non posso tacere che la riflessione si interseca marginalmente con una vicenda biografica, giacchè tale tema è stato l'oggetto della mia tesi di dottorato di ricerca, svolto, circa trenta anni fa, nell'Ateneo perugino, sotto il coordinamento del prof. Rossi.

Gli accordi amministrativi (integrativi o sostitutivi) possono essere compresi nella loro intima essenza solo scrutando oltre il dato normativo, di quell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, il quale si limita ad affermare che agli stessi si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, salvo che non sia diversamente disposto, ed in quanto compatibili.

Gli accordi si inseriscono nel contenitore procedimentale, forma della funzione amministrativa secondo la felice definizione di Benvenuti, e questo fa intendere come siano qualcosa di diverso dai contratti (per i quali l'evidenza pubblica serve solo alla scelta del contraente); gli accordi sono veicolo di discrezionalità amministrativa (e non già di autonomia privata), come testimonia la complessa elaborazione dottrinale che, per gradi ancora una volta, ha fatto riferimento ora al contratto di diritto pubblico, ora al contratto ad oggetto pubblico.

Mi fermo qui, nel rispetto del limite di tempo assegnatomi, non prima peraltro, di avere espresso un ringraziamento sincero al prof. Rossi, riconosciuto Maestro del Diritto amministrativo, per il Suo insegnamento anzitutto di metodo, icasticamente compendiabile nella metafora materica della pozzanghera, la quale non può essere definita «se non ricorrendo ai due diversi ingredienti, l'acqua e la terra, che la compongono». L'analisi del caso specifico, e, per estensione, dell'istituto specifico, dirà quale dei due elementi deve ritenersi sistematicamente prevalente.