

ALDO TRAVI

UMBERTO POTOTSCHNIG:
UN PROFILO ACCADEMICO E SCIENTIFICO*

1. Mi è stato chiesto di presentare il profilo accademico e scientifico di Umberto Pototschnig. Sono ben lieto di accogliere l'invito, in questa prestigiosa Accademia di cui proprio il mio Maestro fu a lungo socio e per alcuni anni anche presidente di Classe. Nello stesso tempo devo subito rilevare che in questo caso il profilo accademico e scientifico non è che una parte di un profilo più ampio: per Umberto Pototschnig l'impegno universitario e l'attività scientifica erano espressione di una umanità profonda e la stessa coerenza nella carriera accademica e negli itinerari di studio rispecchiava un rigore morale che era il suo stile quotidiano e che, nello stesso tempo, nei confronti degli altri, in ogni occasione, era sempre accompagnato da sensibilità e attenzione. Mi riesce quindi particolarmente difficile disgiungere il profilo del professore universitario e dello studioso dall'immagine della persona che cercava sempre di avviare, con quanti incontrava in Università, nell'ambiente professionale, nelle relazioni quotidiane, un dialogo intenso che svelava verità nuove.

Questo dialogo è continuato anche quando, negli anni '90, la malattia ha interrotto dolorosamente i suoi studi e l'insegnamento. In quegli anni di malattia, fino a quando gli è stato materialmente possibile, il suo consiglio è stato prezioso per me e per gli altri allievi che non avevano interrotto l'abitudine di una frequentazione (fra tutti, Martino Colucci e Alberto Roccella) e, quando negli ultimi tempi anche la parola gli è stata preclusa, abbiamo sempre avuto la sensazione che nei nostri incontri il suo sorriso e il suo sguardo ci indirizzassero ancora con lo stesso affetto e lo stesso impegno di sempre.

2. Dopo gli anni degli studi nell'Università Cattolica, conclusi all'inizio degli anni '50 con una tesi sulla Magnifica Comunità cadorina ispirata dal suo primo maestro, Francesco Rovelli¹, l'impegno scien-

* Comunicazione letta il 21 marzo 2016 nell'Odeo Olimpico.

¹ Francesco Rovelli, sacerdote, insegnò Diritto amministrativo nell'Università Cattolica dal 1932 al 1953; morì a Milano il 12 ottobre 1964. Umberto Pototschnig, che gli fu sempre vicino, ne ricordò il percorso umano, scientifico, e accademico nell'«Annuario dell'Univer-

tifico di Umberto Pototschnig fu espresso con una serie di contributi, ancora oggi fondamentali, su vari temi di diritto amministrativo: in tutto oltre 150 pubblicazioni, che hanno spaziato dai temi classici dell'atto e della giustizia amministrativa, a temi assolutamente nuovi, rispetto ai quali è stato l'iniziatore e il protagonista di un approfondimento scientifico². Mi limito qui a ricordare, fra i tanti, il volume sulle Regole della Magnifica Comunità cadorina, che raccoglieva la sua tesi di laurea, pubblicato nel 1953³, la voce dell'«Enciclopedia del Diritto» sull'appello nel giudizio amministrativo (1958)⁴, gli interventi su «Giurisprudenza costituzionale» in tema di istruzione (raccolti in volume nel 1961⁵), la fondamentale monografia sui pubblici servizi (pubblicata in edizione definitiva nel 1964⁶), la relazione al convegno sul centenario dell'unificazione amministrativa sulle espropriazioni per pubblica utilità (1965⁷), il contributo sulla unifi-

sità Cattolica», 1965, pp. 601 ss. Piuttosto trascurato per vari decenni, più di recente è riemersa l'importanza di vari suoi contributi: mi permetto di rinviare, sul punto, al mio *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, II, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 1525 ss.

² L'elenco è riportato all'inizio del volume, nel quale sono raccolti alcuni suoi contributi, pubblicato nel 1999 dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia (UMBERTO POTOTSCHNIG, *Scritti scelti*, Padova, Cedam, 1999). Gli scritti in materia di istruzione sono stati ripubblicati su iniziativa del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento, a cura di DONATA BORGONOVO RE e di FULVIO CORTESE, in appendice al volume *Un diritto per la scuola*, Trento, Università di Trento, 2004, p. 247 (la prima parte del volume raccoglie gli Atti della giornata di studio dedicata a Umberto Pototschnig il 14 maggio 2003 dall'Università di Trento, sul tema «Questioni giuridiche ed organizzative per la riforma della scuola»). Gli scritti non esauriscono però i contributi scientifici di Umberto Pototschnig: non si possono dimenticare, in particolare, le relazioni a convegni, sempre di elevato valore scientifico, spesso non pubblicate. L'opera scientifica di Umberto Pototschnig fu oggetto di un convegno di studi presso l'Università di Pavia il 4 maggio 2001: gli Atti del convegno furono pubblicati dalla rivista «Amministrare», 2001, n. 3, pp. 335 ss. (ivi in particolare i contributi di Aimò, Onida, Casetta, Pastori, Mazzaroli, Sorace e Morbidelli). A Pototschnig fu dedicata una raccolta di scritti, su iniziativa dell'Università statale di Milano (*Studi in onore di Umberto Pototschnig*, voll. 2, Milano, Giuffrè, 2002). Più di recente gli è stato dedicato anche un seminario di studi internazionale sulle situazioni giuridiche soggettive (Milano, Università Cattolica, 19 aprile 2013), i cui Atti sono stati pubblicati nel volume *Colloquio sull'interesse legittimo*, Napoli, Jovene, 2013: ivi, pp. 171 ss., nelle *Conclusioni*, l'intenso ricordo di Alberto Romano.

³ UMBERTO POTOTSCHNIG, *Le regole della Magnifica Comunità cadorina*, Milano, Vita e pensiero, 1953.

⁴ UMBERTO POTOTSCHNIG, *Appello (nel processo amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1958.

⁵ UMBERTO POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, Milano, Giuffrè, 1961.

⁶ UMBERTO POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964 (la prima edizione provvisoria del volume risale però al 1959). Il volume è stato ristampato di recente in edizione anastatica, su iniziativa di Marco Sica (Padova, Cedam, 2014), con la riproduzione anche del contributo di DOMENICO SORACE, *I pubblici servizi*, presentato al convegno di studi presso l'Università di Pavia il 4 maggio 2001, già pubblicato su «Amministrare», 2001, n. 3, pp. 385 ss.

⁷ UMBERTO POTOTSCHNIG, *L'espropriazione per pubblica utilità*, in *Le opere pubbliche. L'espropriazione per pubblica utilità*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, Neri Pozza, 1967, pp. 9 ss.

cazione amministrativa del Veneto al Regno d'Italia dopo la terza guerra d'indipendenza (1967⁸), gli studi sulle autonomie locali, all'origine della relazione al convegno di Varenna del 1975⁹ e di una serie di altri interventi, fra i quali la direzione del gruppo di studio che elaborò la storica proposta di una nuova legge sull'ordinamento delle amministrazioni locali (1977¹⁰), gli editoriali e gli articoli sulla rivista «Le Regioni», di cui fu direttore dal 1978 al 1994, gli scritti sull'istruzione universitaria, che condussero anche all'intenso «Insegnare all'Università: un mestiere diverso» (1982¹¹), la relazione sulla tutela cautelare nel convegno di Varenna del 1985¹², il commento all'art. 51 e all'art. 97 per il Commentario alla Costituzione curato da Branca e Pizzorusso (1994¹³). Per un quarantennio è intervenuto, con sempre maggiore autorevolezza, nel dibattito in corso, proponendo contributi illuminanti, che spesso aprivano prospettive mai prima esplorate, sempre fedele al criterio (esigente, ma emblematico della sua concezione della dignità della ricerca scientifica) secondo cui si può scrivere solo se si sia in grado di presentare un risultato nuovo. I suoi interventi hanno orientato la cultura del nostro Diritto amministrativo in un periodo forse ancora a noi troppo vicino per una indagine storica, ma di cui abbiamo la certezza della straordinaria importanza e vivacità. I grandi maestri del secondo dopoguerra avevano presentato un messaggio nuovo, che aveva superato molte barriere precedenti, ma solo la generazione successiva, e Umberto Pototschnig primo fra tutti, aveva saputo fondere il loro insegnamento con ragioni nuove, tratte dalla Costituzione e dai valori che in base ad essa avrebbero dovuto orientare tutta l'amministrazione¹⁴.

Negli stessi anni a questa intensa attività di ricerca si associava l'impegno universitario: prima presso l'Università Cattolica sotto la guida di Francesco Rovelli e poi di Feliciano Benvenuti; dopo essere

⁸ UMBERTO POTOTSCHNIG, *L'unificazione amministrativa delle province venete*, Vicenza, Accademia Olimpica, 1967, e Pavia, Pubblicazioni dell'Università di Pavia, 1967.

⁹ UMBERTO POTOTSCHNIG, *Per una nuova legislazione comunale e provinciale*, «Le Regioni», 1975, pp. 1072 ss., e con titolo *Esigenze di una nuova legislazione comunale e provinciale*, in Atti del convegno di Varenna, *Gli enti locali nell'ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 257 ss.

¹⁰ *Legge generale sull'amministrazione locale*, a cura di UMBERTO POTOTSCHNIG, Padova, Cedam, 1977.

¹¹ Pubblicato negli *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 984 ss.

¹² UMBERTO POTOTSCHNIG, *La tutela cautelare*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 195 ss.

¹³ UMBERTO POTOTSCHNIG, *L'accesso ai pubblici impieghi: le condizioni di ammissibilità stabilite dall'art. 51*, in *La pubblica amministrazione*, Bologna-Roma, Zanichelli, pp. 361 ss.

¹⁴ Questa considerazione è rappresentata con particolare vigore nelle relazioni sull'opera scientifica di Pototschnig presentate nel convegno di studi presso l'Università di Pavia del 4 maggio 2001 e pubblicate dalla rivista «Amministrare», 2001, n. 3, pp. 335 ss.

risultato a 34 anni vincitore di concorso (1963), come professore di Diritto amministrativo nell'Università di Pavia e per alcuni anni come preside della Facoltà di Giurisprudenza, ma nello stesso tempo anche come titolare di affidamenti ancora nell'Università Cattolica; infine come professore di Diritto amministrativo nell'Università statale di Milano. All'insegnamento dedicava un'attenzione profonda, che richiedeva continuo aggiornamento, ma anche rispetto e cura per gli studenti, in ogni occasione, anche nel momento cruciale degli esami. La didattica non era un'appendice della carriera accademica, come troppo spesso si riscontrava e si riscontra ancora nelle nostre Università, ma era l'occasione di una verifica dei risultati dello studio e della comunicazione di una passione verso l'amministrazione per la sua potenzialità di servizio per le persone. In questo quadro il Diritto amministrativo non era solo una materia di insegnamento, ma era anche il campo di un impegno civico e, prima ancora, etico. Anche per questa ragione la didattica richiedeva un impegno intenso e costante: quando lasciò l'insegnamento per la sua malattia (nonostante che molti gli avessero suggerito di proseguire), mi confidò che aveva preso quella decisione, per lui molto dolorosa, perché si era reso conto di non poter più insegnare come prima e riteneva che gli studenti avessero diritto alle lezioni migliori.

La sua giornata è stata dunque veramente piena. Il modello che ha impersonato, di un impegno serio e continuo, anche in anni non facili e talvolta confusi per l'Università italiana, ha lasciato un segno in tutti quelli che hanno potuto conoscerlo.

3. Ho già accennato al fatto che Umberto Pototschnig è stato il protagonista di un'epoca del Diritto amministrativo che seguì alle riflessioni del secondo dopoguerra, quando una nuova cerchia di studiosi aveva tracciato nuovi modelli di analisi del Diritto dell'amministrazione. Umberto Pototschnig si colloca appunto nella generazione successiva a quella di Benvenuti, di Giannini, di Miele: la sua generazione ha cercato non solo di ricostruire un'armonia fra il Diritto amministrativo e il nuovo assetto istituzionale del Paese, ma anche di rifondare il Diritto amministrativo sui principi costituzionali, rifuggendo da quella logica di autonomia e di separazione alla quale invece indulgeva ancora la dottrina precedente. Intorno a sé riuscì in varie occasioni (ricordo, in particolare, le iniziative per il progetto di riforma delle autonomie locali) a riunire e a dare voce agli studiosi più attenti che si riconoscevano in questo obiettivo. Nello stesso tempo era lui l'elemento motore, non solo per le sue innate capacità di sintesi e di concretezza, ma anche per la conoscenza approfondita del Diritto costituzionale, maturata già nel primo periodo di studi

come assistente e come professore incaricato nell'Università Cattolica e poi sempre coltivata negli anni (non a caso, accanto a una attività professionale, mai assorbente, nel settore del Diritto amministrativo, svolse a lungo un'attività prestigiosa di patrocinio avanti alla Corte costituzionale).

I suoi contributi scientifici, come si è già visto, hanno spaziato su tutti i temi del Diritto amministrativo e della giustizia amministrativa. Hanno segnato profondamente la cultura pubblicistica del nostro Paese, con un'impronta che lo distingue anche dagli altri studiosi della sua generazione.

In primo luogo colpisce subito, nell'esame dell'amplissima produzione scientifica, l'attenzione, oltre che per la "parte generale" del Diritto amministrativo (ambito su cui era concentrata la dottrina italiana), anche per temi particolari: l'istruzione, i servizi pubblici, le acque e l'ambiente, l'amministrazione locale. Questi temi non erano sconosciuti al Diritto amministrativo, ma venivano tradizionalmente affrontati come semplici corollari di una costruzione di maggior dignità incentrata sulle categorie "classiche" dell'atto, delle posizioni soggettive, della discrezionalità. Gli altri profili, che non si potevano risolvere in questi schemi, venivano piuttosto trascurati: anzi, era ampiamente condivisa la convinzione che questa trascuratezza fosse giustificata, se non addirittura doverosa, in forza della distinzione fra «legittimità» e «merito», fra Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione, fra regole giuridiche e canoni di efficienza. Insomma, anche la selezione dei temi, nella cultura del Diritto amministrativo precedente, finiva col rispecchiare una sorta di confine o di barriera che avrebbe dovuto "difendere" l'analisi giuridica dalla contaminazione con elementi di maggiore concretezza, salvandone la purezza.

Umberto Pototschnig ha posto in evidenza, con la sua opera scientifica, l'inaccettabilità di un "perimetro" così riduttivo e ha restituito dignità giuridica a tanti temi che erano trascurati dalla dottrina e che, tuttavia, sono vitali per il rapporto quotidiano delle persone con le istituzioni. La scuola, l'ambiente, i pubblici servizi sono, prima di ogni altro settore, il campo in cui l'amministrazione è chiamata a svolgere il suo compito verso i cittadini. Escludere questi temi da un'indagine scientifica o dedicare ad essi solo una parafrasi descrittiva significa rinunciare a cogliere le dimensioni effettive della amministrazione nella società e, soprattutto, rinunciare a costruire l'assetto e l'attività dell'amministrazione, in questi ambiti, secondo regole giuridiche. Considerazioni simili valgono per l'amministrazione locale, nella quale, più che ad ogni altro livello, il confronto fra il cittadino e le istituzioni dovrebbe superare le logiche della contrapposizione e della separatezza e le ragioni del cittadino dovrebbero dare linfa continua alle istituzioni.

Il rapporto fra la “parte generale” e le discipline di settore viene dunque capovolto: la parte generale non è più il campo di elevate speculazioni (esemplari ma sempre più lontane dal Diritto concreto, fino a risultare in vario modo sovraordinate ad esso) e diventa piuttosto il tessuto in cui si attuano e si coordinano le discipline speciali. Nello stesso tempo, partendo dalle discipline speciali è possibile recuperare anche la concretezza e l'utilità effettiva di una parte generale.

Il riscontro del cambio di prospettiva richiede però alcune precisazioni importanti. Umberto Pototschnig percepiva con chiarezza l'esigenza di una revisione di alcuni caposaldi della scienza amministrativa, ma non si collocava fra quelli che, per affermare nuove prospettive, finivano col cancellare l'esperienza precedente. La sua riflessione giuridica seguiva un orientamento diverso, che non conosceva assolutamente la dottrina precedente e che anzi ne vagliava con attenzione critica i risultati. La sua non era la posizione negativa di chi ambiva a un nuovo inizio e in forza di questa suggestione si permetteva di ignorare i contributi precedenti, ma era la posizione più meditata di chi dalla riflessione critica sui contributi precedenti ricavava itinerari nuovi. Nei suoi contributi, anche quelli più innovatori, si coglie sempre un dialogo con la dottrina precedente. Questo dialogo in alcuni scritti è più evidente: per esempio, nell'importante relazione sulla espropriazione per pubblica utilità nel convegno per il centenario dell'unificazione amministrativa, con cui affrontò in modo nuovo un istituto “classico”, ponendo in luce l'utilizzo sempre più frequente della espropriazione come strumento per orientare le modalità di uso della proprietà privata. Si coglie però anche in tutti gli altri scritti: anche in quelli più innovatori sulla disciplina delle acque, in cui riproponeva, in fondo, l'attenzione per un tema al quale proprio il suo primo maestro, Francesco Rovelli, aveva dedicato la sua ultima opera scientifica¹⁵.

In secondo luogo anche nell'esame di tanti temi “nuovi” Umberto Pototschnig seguiva con rigore un metodo scientifico. L'attenzione per la dimensione dei fatti non giustificava alcuna deroga all'esigenza di un linguaggio rigoroso e asciutto, in cui tutti gli elementi del ragionamento seguivano una logica cristallina. La trattazione dei temi nuovi doveva essere scientifica, e non poteva introdurre alcun compromesso con ragioni diverse. Anche l'interesse di ordine civico e politico, che animava molto spesso i suoi contributi, non giustificava deroghe all'indagine scientifica.

¹⁵ FRANCESCO ROVELLI, *Il regime giuridico delle acque*, Milano, Vita e pensiero, 1945 (Rovelli, per lo meno a partire dall'anno accademico 1937-38, aveva dedicato buona parte dei suoi corsi di Diritto amministrativo all'assetto dei beni demaniali).

Diventa possibile in questo modo cogliere un carattere dell'opera di Umberto Pototschnig, che testimonia ancora in modo esemplare la sua passione per il Diritto amministrativo. I suoi interventi comportavano una revisione del perimetro della cultura amministrativistica, ma questa revisione non rinunciava mai alla dimensione giuridica dei temi trattati. Non aderiva perciò alla tendenza (che avrebbe condizionato una parte consistente della dottrina a partire dagli anni '80 del secolo scorso) che assumeva la dimensione sociologica come componente "formante" dell'assetto dell'amministrazione e, quindi, del suo Diritto. Il suo obiettivo non era neppure quello generale di soddisfare l'esigenza di una comprensione giuridica più ampia. Ricostruire la dimensione giuridica di settori precedentemente trascurati significava invece, per lui, recuperare profili di giuridicità che prima non erano stati colti, ben sapendo che ciò avrebbe determinato modalità nuove della relazione fra i cittadini e l'amministrazione: infatti le ragioni del Diritto sono, innanzi tutto, ragioni di certezza e di garanzia e queste sono anche le basi necessarie per riconoscere dignità giuridica al cittadino. Forse più ancora della critica alla teoria degli ordinamenti cosiddetti speciali, critica sostenuta particolarmente dalla riflessione sulla Costituzione¹⁶, l'opera di Umberto Pototschnig ha contribuito a porre al centro una dimensione di certezza e di garanzia in ogni settore dei rapporti quotidiani dei cittadini con l'amministrazione.

In terzo luogo l'osservazione attenta e sensibile della realtà non era soltanto l'occasione per cogliere l'importanza di temi nuovi e di riscoprirne la giuridicità, ma era anche ragione di stimolo per introdurre una dimensione progettuale nell'indagine scientifica. Il confronto con la realtà non deve determinare una rassegnazione per lo stato delle cose, ma sollecita a reagire, per rinnovare la situazione ed attuare il disegno costituzionale di una piena dignità della persona. Soprattutto per chi studia il Diritto amministrativo, l'attenzione critica deve avere un risvolto progettuale, come per un dovere etico e civico¹⁷. La dimensione progettuale si coglie bene nei contributi di Umberto Pototschnig che molto spesso introducevano ragioni di riforma. Queste ragioni erano talvolta prospettate in termini generali, come negli scritti sull'ambiente e sulle acque, che hanno anticipato molti sviluppi successivi e che hanno permesso la "riappropriazione"

¹⁶ Per l'inquadramento della critica alla figura (e alle ideologie) della supremazia speciale, FABIO MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1965, soprattutto pp. 158 ss.

¹⁷ Viene naturale richiamare (ed Umberto Pototschnig, così appassionato del Vangelo, capirebbe certamente) la parabola dei talenti, che afferma il dovere per ciascuno di far fruttare i doni che ha ricevuto.

da parte dei cittadini di ambiti rispetto ai quali spesso l'amministrazione dialogava soltanto con interlocutori privilegiati. In altre occasioni erano prospettate in termini più stringenti, come nei contributi sull'amministrazione locale, culminati nel progetto di riforma del cosiddetto «gruppo di Pavia», di cui Umberto Pototschnig fu non solo coordinatore, ma anche protagonista in termini di proposte e di idee.

La dimensione progettuale talvolta rischia, però, di trasformare il giurista in un politico: la consapevolezza dell'esigenza di innovazioni può piegare anche la riflessione scientifica a ragioni diverse. Invece nei contributi di Pototschnig la progettualità è stata sempre un risultato, e non ha mai ambito a rappresentare un punto di partenza, né tanto meno una condizione cui subordinare l'indagine giuridica. Le sue proposte nascevano da considerazioni meditate, spesso dal confronto con altri studiosi. Nello stesso tempo venivano esposte e sostenute con fermezza, con coerenza etica, anche in ambienti non sempre abituati ad accogliere suggerimenti o critiche formulate con tanta franchezza. Ho avuto più volte l'impressione che, anche in contesti politici più aperti degli attuali, come per esempio nella Regione Lombardia degli anni '70 e '80 del secolo scorso, Umberto Pototschnig risultasse un personaggio un po' scomodo, ma ciò nonostante il suo valore non poteva essere ignorato, tanto che in quegli anni fu sempre autorevole componente del Comitato legislativo della Regione, allora presieduto da un illustre collega a lui molto vicino e per molti aspetti simile, Giorgio Pastori.

4. Questi caratteri dell'opera scientifica di Umberto Pototschnig emergono bene nella sua fondamentale monografia sui Pubblici Servizi, pubblicata nel testo definitivo nel 1964¹⁸, ma già oggetto di edizioni provvisorie, la prima delle quali risaliva al 1959. Si tratta di un'opera tuttora frequentemente citata e considerata come un modello di riferimento essenziale per chi studi, oltre al tema specifico dei servizi pubblici, anche in più generale l'intervento pubblico nell'economia e l'assetto pubblicistico dell'impresa.

Il tema dei pubblici servizi non poteva dirsi in assoluto un tema nuovo: semmai si poteva osservare che era stato oggetto di studio in modo altalenante, condizionato più dai dibattiti politici che da ragioni scientifiche. Basti pensare agli interventi sui pubblici servizi originati dalla legge sulle municipalizzazioni dell'inizio del Novecento.

È però significativo che, nel momento in cui fu affrontata con maggiore impegno l'esigenza di un inquadramento giuridico, il feno-

¹⁸ POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit.

meno fosse stato incentrato sulla vicenda della “prestazione” resa al cittadino (così, in particolare ad opera di De Valles, nel Trattato Orlando¹⁹). Questa concezione costituiva un riferimento importante e positivo, perché consentiva di ricostruire in termini giuridici una situazione che spesso sfuggiva dalle sistematiche tradizionali: l’ambito della prestazione risultava frequentemente irriducibile in quello contrattuale e l’esclusione della dimensione contrattuale sembrava comportare una perdita inevitabile di garanzia. In questo modo, però, si assumeva come termine centrale quello dell’utilità resa al cittadino, in una dimensione che finiva col trascurare tutto ciò che precedeva, anche se proprio ciò che precedeva era, a ben vedere, decisivo sul piano delle prestazioni. Di conseguenza anche la «pubblicità» del servizio non sembrava suscitare di per sé interrogativi di sorta: era sufficiente riconoscere (come riteneva lo stesso De Valles) che per essere «pubblico» il servizio fosse imputabile almeno indirettamente alla pubblica amministrazione. All’origine di questo disegno vi era la convinzione, che non fu superata neppure con l’entrata in vigore della Costituzione, di una capacità immanente dell’amministrazione di svolgere attività economiche.

È noto come verso la fine degli anni '50 del Novecento questa concezione cominciasse a vacillare. Mario Nigro, nel 1957²⁰, nel corso del dibattito sugli interventi di edilizia sociale che dopo alcuni anni avrebbe condotto all’approvazione di una importante legge di riforma²¹, propose con chiarezza l’opzione verso un modello oggettivo di servizio pubblico, che assegnava rilievo decisivo alla destinazione delle prestazioni, senza distinguere fra enti pubblici e soggetti privati e introduceva come elemento qualificante l’assoggettamento a poteri direttivi di organi pubblici. In questo modo, però, rimaneva aperto il problema di un fondamento costituzionale del servizio pubblico ed era ancora tutta da dimostrare la coerenza fra i principi costituzionali e la ricostruzione amministrativa.

La monografia di Umberto Pototschnig sui pubblici servizi ha coperto questo spazio importante e, su questa base, ha avviato una revisione complessiva della materia, che ha anche consentito di definire meglio le condizioni per identificare un servizio come «pubblico». Sulla linea degli studi in tema di istruzione, viene superata ogni rigida distinzione fondata sulla natura pubblica o privata del soggetto

¹⁹ ARNALDO DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano a cura di V.E. Orlando*, vol. VI, 1, Milano, S.E.L., p. 379 ss.

²⁰ MARIO NIGRO, *L’edilizia popolare come servizio pubblico*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1957, pp. 118 ss.

²¹ Mi riferisco alla cosiddetta legge sulla casa, del 1962 (legge 18 aprile 1962, n. 167).

che eroga la prestazione: determinante diventa il quadro costituzionale. Dalla Costituzione si ricava la possibilità che anche l'attività economica possa essere assoggettata a programmi e controlli per orientarla a fini sociali e la norma costituzionale (art. 41, terzo comma) sottolinea in termini espliciti come questo assetto possa valere sia per l'attività svolta da soggetti pubblici, che per l'attività svolta da soggetti privati. È invece l'intensità degli interventi a disposizione dell'amministrazione per perseguire il fine sociale che consente di identificare il carattere pubblico del servizio reso. Nello stesso tempo, diversamente da quanto si sente spesso affermato, questa costruzione non lasciava senza protezione il diritto d'impresa, perché introduceva una regola negli strumenti adottati che imponeva il rispetto delle ragioni essenziali dell'impresa e sottoponeva anche questi strumenti al principio di legalità.

Di questo assetto si traeva conferma anche in altre norme costituzionali: in particolare nella previsione (art. 43 Cost.) della «pubblicizzazione» di imprese che gestissero servizi pubblici «essenziali». La connotazione come «servizio pubblico» non era dunque ragione sufficiente per una pubblicizzazione; d'altra parte la previsione di una espropriazione delle imprese che svolgessero servizi pubblici essenziali testimoniava l'insufficienza del criterio pubblicistico, perché registrava la possibilità che anche servizi pubblici essenziali facessero capo a soggetti privati. La concezione "oggettiva" della nozione di pubblico servizio trovava dunque una conferma importante nella Costituzione.

L'indagine di Umberto Pototschnig nella monografia del 1964 è stata oggetto di numerosi interventi²², che ne hanno posto in luce l'originalità e, per alcuni profili, l'arditezza, in un contesto in cui la distinzione fra soggetto pubblico e soggetto privato sembrava esprimere una barriera fra due mondi infungibili e collocati su piani diversi. Il servizio pubblico non è la nozione che può giustificare la separazione di questi due mondi. Se il dibattito riguarda profili di sistema, allora è nella Costituzione che va ricercata la risposta e la Costituzione, a ben vedere, in questo caso traccia soluzioni precise.

A me pare, comunque, che uno dei risultati più importanti sia stato quello di superare le frammentazioni precedenti (che invece erano insuperabili, se il tema veniva affrontato nella logica della "prestazione") e di ricondurre a una unità, dal punto di vista giuridico, l'intero settore. Si apre la prospettiva di una ragione comune per relazioni diverse, oggetto tutte di attenzione in chiave giuridica: non

²² Cfr., per un quadro analitico, SORACE, *I pubblici servizi*, cit.

solo le relazioni che concernono il cittadino-utente, ma anche quelle che concernono l'impresa erogatrice e l'amministrazione che adotta programmi ed effettua controlli. Né vi è spazio, in questo contesto, per poteri innominati (oggi li chiameremmo meglio «poteri impliciti»²³), perché la Costituzione, sia nell'art. 41 che nell'art. 43, sottopone alla legge anche gli interventi dell'amministrazione sulle attività economiche. Alla legge è rimessa la “concretizzazione” del «fine sociale» che rappresenta la chiave di volta del sistema.

5. Vari anni dopo, in un convegno a Varenna, Merusi, analizzando l'ordinamento del credito, aveva richiamato le sue critiche alla teoria “oggettiva” di Pototschnig sui pubblici servizi, già illustrate in una nota voce per una enciclopedia giuridica²⁴. Ero rimasto colpito da queste critiche e alla prima occasione le avevo riferite al mio Maestro, immaginando di suscitare una sua replica in difesa della concezione “oggettiva” da lui sostenuta in modo esemplare nella monografia del 1964.

Umberto Pototschnig mi aveva ascoltato con attenzione, come sempre, e mi aveva risposto in termini che in quel momento mi avevano un po' sconcertato. Mi aveva infatti confidato che, se avesse riscritto in quegli anni la monografia sui pubblici servizi, l'opera sarebbe risultata molto diversa. Le critiche suscitavano in lui non lo stimolo per una replica istintiva, come è assolutamente frequente in ambito accademico, ma piuttosto un motivo per una riflessione più intensa. D'altra parte aveva sempre una piena consapevolezza della dimensione “storica” dei suoi contributi: anche le ragioni giuridiche vanno ambientate in un'epoca e sono il risultato di un dialogo con una cultura e con una società che non sono immutabili, seppur scandite in norme positive. Rispetto a molti temi non vi può essere l'ambizione di conclusioni “definitive”: non è questo il piano su cui si misura il valore di un contributo scientifico nel diritto.

Per me, anche se, ormai dopo molti anni, le sue tesi mi sembrano sempre convincenti, questo è stato un insegnamento ancora più importante. Si inquadra perfettamente nella sua testimonianza, rappresentata dalla serietà e dal rigore con le quali affrontava ogni tema, dalla capacità di proporre nuove ragioni di interesse, anche a costo di spezzare le barriere delle concezioni dominanti, dall'esigenza di un'amministrazione fondata sulle logiche del “servizio” e non su quel-

²³ Nell'accezione utilizzata, per esempio, da NICOLA BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, Milano, 2001.

²⁴ FABIO MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Torino, Utet, 1970, pp. 215 ss.

le del potere, dalla sincerità, talvolta disarmante, con cui esponeva le sue tesi, dalla coerenza fra la sua immagine di accademico e di studioso e la sua figura personale. Di queste qualità di Umberto Pototschnig facciamo ricordo oggi, nella convinzione che l'Università, la scienza del Diritto amministrativo, il nostro Paese non possano permettersi di perderne la memoria.