UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Sede Consorziata: Università degli Studi di Trieste

Dipartimento di Scienze Politiche

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
INDIRIZZO UNICO
CICLO: XX

LA POLITICITÀ DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Francesco Gentile
Supervisore: Ch.mo Prof. Lucio Franzese

Dottorando: Fabio Corigliano

DATA CONSEGNA TESI
31 GENNAIO 2008

CAPITOLO PRIMO

Inquadramento ricognitivo: sulla frattura di stato e società

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *Elementi di "statistica amministrativa", tra genesi e consolidamento;* 3. *Cenni di storia dell'evoluzione delle forme di Stato;* 3.1. *L'unico centro: invenzione e definizioni dell'Autorità*; 3.1.1. *Da Marsilio al crollo dell'Antico Regime*; 3.1.2. *"Portando fra nuove rive le medesime acque". Sui nessi tra funzione e rivoluzione: tra continuità e discontinuità.*

1. *Premessa* — Come avviene, analogamente, per tutti quei concetti giuridici che non possono vantare un'origine certa, il tema delle funzioni pubbliche è in grado, di per sé, di scatenare le più esasperate smanie di ricerca di antecedenti storici.

Quivi, tuttavia, onde scongiurare il pericolo di una regressione all'infinito, l'inquadramento ricognitivo occuperà giusto lo spazio necessario a fornire le propedeusi di cui abbisogna il discorrere sui primi piani di quelle stratificazioni successive che — riunite in processo storico — hanno contribuito a formare il termine. Il quale, come si vuol mostrare, riesce a suscitare un certo interesse soltanto a partire dallo Stato moderno: con tutta evidenza si potrebbero rintracciare alcuni precedenti sino a partire dalle prime forme di organizzazione politico-istituzionale, anche le più remote[1]; ma ciò non toglierebbe che il tema

[1] Spiega in effetti Aldo Maria Sandulli che «la necessità di un'azione ponderata, disciplinata e ispirata a sani criteri di convenienza determina l'esigenza di una equilibrata distribuzione delle differenti funzioni di ogni ente tra una pluralità di organi»: tanto più trattasi di «una esigenza tanto vitale, che trova la sua prima estrinsecazione fin da quella fase preliminare, nella quale, prima ancora di assurgere alla qualifica di soggetto di diritto, l'ente è tale solamente di fatto» (A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, p. 11). Comunque v. F. GENTILE, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003, p. 128. Per quanto riguarda, in particolare, la funzione amministrativa, sembra infatti di comune evidenza che «in ogni società umana giunta a un certo grado di evoluzione e di complessità il potere pubblico non può non assumere una serie di funzioni di carattere sostanzialmente "amministrativo"» (L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, p. 6). Cfr. a titolo d'esempio M. G. MAIORINI, *Storia dell'amministrazione pubblica*, Torino, 1997, p. 109, in cui si afferma che «una generica funzione amministrativa esiste presso tutti i tipi di organizzazione sociale»; v. anche G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. 1, Milano, 1954, p. 38; M. S. GIANNINI, *Amministrazione pubblica*, in Enciclopedia del Diritto, II, Milano, 1958, p. 232; J. A. MARAVALL, *Le origini dello Stato moderno*, in E. ROTELLI-P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. 1, Bologna, 1971, pp. 86 ss; F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, 1965, p. 34; P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, in Scritti giuridici varii, vol. 1, Torino, 1926, pp. 31 ss, v. anche ID., *La "gens" e la "famiglia"*, ivi, pp 8 ss., dove l'A. traccia un interessante nesso tra *fas, mos* e *jus*. Per quanto attiene gli studi giuridici o di "archeologia giuridica", sul problema del diritto antico è d'obbligo il riferimento a H. S. MAINE, *Diritto antico*, trad. it., Milano, 1998 e, seppur su un altro piano, soprattutto sotto il profilo metodologico, a J. J. BACHOFEN, *Il matriarcato:*

delle funzioni pubbliche risulta inscindibilmente collegato alla statualità ed alla nozione di ordinamento giuridico come sono venute maturando soltanto a partire dall'epoca moderna.

Si tratta infatti di una serie di attività poste in essere dal soggetto pubblico e in grado di incidere, per definizione, sulla vita dei privati, costituendo modificando od estinguendo situazioni giuridiche e posizioni soggettive[2]; e nel caso che qui interessa, della funzione amministrativa, attraverso provvedimenti che, per struttura unilaterali autoritativi esecutori, rivelano il difetto di simmetria nei rapporti tra la pubblica amministrazione ed il cittadino[3], tra il soggetto pubblico ed i privati[4].

Basta scorrere l'intera disposizione dell'articolo 357 c.p., per avere una definizione in chiave positiva della funzione amministrativa, determinata dal legislatore nel senso di una attività, pubblica, «disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi».

Caratteristica fondamentale della funzione amministrativa in senso moderno, è infatti quella di far capo ad un potere la cui titolarità è svolta in modo da far convergere autoritativamente gli interessi generali della comunità di riferimento verso la nozione virtuale di interesse pubblico — attraverso il potere di indirizzo politico-amministrativo, ed in virtù di una concezione unitaria dello stesso[5].

---

ricerca sulla ginecocrazia nel mondo antico nei suoi aspetti religiosi e giuridici, trad. it., Torino, 1988. Il tema, di rilevante interesse antropologico ed etnologico è stato trattato con rigore dal precursore dello strutturalismo, A.R. RADCLIFFE-BROWN, *Struttura e funzione nella società primitiva*, trad. it., Milano, 1968, nonché da B. MALINOWSKI, *Diritto e costume nelle società primitive*, trad. it., Roma, 1972; E. A. HOEBEL, *Il diritto nelle società primitive*, trad. it., Bologna, 1973; ID., *Fundamental legal concepts as applied in the study of primitive law*, in The Yale Law Journal, 6/1942, pp. 951 ss.

[2] U. FRAGOLA, *Le situazioni giuridiche nel diritto amministrativo*, Milano, 1939; A. M. OFFIDANI, *Contributo alla teoria della posizione giuridica*, Torino, 1952; G. ZANOBINI, *Criteri di classificazione delle varie manifestazioni dell'azione amministrativa*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 3-1954, p. 529 ss. A. BERTINI, *Norma e situazione nella semantica giuridica*, Milano, 1958; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte Generale*, Padova, 1987, pp. 223; A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 26-7 e la relativa nota bibliografica.

[3] F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in Studi in memoria di E. Guicciardi, Padova, 1975. L. FRANZESE, *Feliciano Benvenuti. Il diritto come scienza umana*, Napoli, 1999.

[4] L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova, 2006, p. 76; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004.

[5] L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Padova, 2001, pp. 14-5.

Converrà quindi sottolineare sin da ora un aspetto la cui rilevanza è tale da contornare tutto il discorso che segue, e cioè che «nel diritto dell'Alto Medioevo, nel diritto di Bisanzio, nel diritto romano, nel diritto feudale, né esisteva l'interesse generale, né esisteva un potere unitario vincolante per il diritto»[6], o meglio le due categorie non si presentavano con quella pregnanza che ne ha invece tributato la pervasività in epoca successiva; quella specificità per la quale gli interessi generali sarebbero rilevati solamente a partire dal momento in cui un soggetto dotato dell'autorità necessaria li trasformasse in interessi "pubblici", meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento: un potere politico, appunto, di indirizzo della comunità, giustificato proprio dalla distinzione teorica di pubblico e privato[7].

L'accenno a questi concetti assume del resto un significato, anche storico[8], ben preciso: il lemma "potere unitario vincolante per il diritto" allude all'accentramento politico-amministrativo iniziato con il XVI secolo, ai concetti di sovranità ed autorità, ed alla formazione di un ordinamento giuridico chiuso, autoreferenziale e "geometricamente" suddiviso in centri di produzione e centri di imputazione delle norme. Insomma, quella «realtà politico-giuridica rigorosamente unitaria» che Paolo Grossi qualifica e definisce «sul piano materiale, effettività di potere in tutta la proiezione territoriale, garantita da un apparato centripeto di organizzazione e coazione, e, sul piano psicologico, una volontà "totalitaria" che tende ad assorbire e a far sua ogni manifestazione almeno intersoggettiva che in quella proiezione territoriale si realizzi»[9]. Viceversa l'"interesse generale" — che diviene interesse pubblico in virtù di una ricognizione delle finalità da perseguire, e per mezzo della funzione di indirizzo — corrisponde all'obiettivo dell'attività amministrativa in quanto

---

[6] F. SPANTIGATI, *Introduzione. Gli effetti del pluralismo*, in F. SPANTIGATI (a cura di), *Sulla trasformazione dei concetti giuridici per effetto del pluralismo*, Napoli, 1998, p. 8. cfr. anche W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963.

[7] Di qui la necessità di una riflessione che problematicamente individui le connessioni tra *funzioni pubbliche*, *interesse generale* e *potere unitario vincolante per il diritto*, sviluppatesi per mezzo della riflessione politica e giuridica moderna. Cfr. indicativamente D. PASINI, *Sul rapporto tra Stato-governo e Stato-società*, ora in ID., *Stato-governo e Stato-società*, Milano, 1969, pp. 72 ss.

[8] N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1997, p. 23.

[9] P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2000, p. 42. Cfr. anche, a titolo esemplificativo, G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno in Italia. Lezioni di storia del diritto italiano*, Torino, 1967, p. 43. Sulla «concentrazione dell'autorità politica e giuridica conclusasi con la formazione degli Stati moderni e con la progressiva eliminazione dei centri minori di potere politico e giuridico caratteristici del pluralismo medievale», si è soffermato anche A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche, Parte prima. Il concetto del diritto*, *Milano*, 1979, pp. 10-11.

elemento di differenziazione e caratterizzazione del pubblico rispetto al privato, quindi ad una proprietà essenziale del provvedimento amministrativo, le cui coordinate sostanziali[10] (unilateralità-autoritatività-esecutorietà) è possibile distinguere a partire dalla tradizione tardomedievale dell'*actus principis*[11]. Denotando, per l'appunto, una situazione giuridica oggettivamente e *cromosomicamente* pubblica, volta cioè al soddisfacimento di un interesse pubblico, perseguito mediante un procedimento posto in essere dall'autorità, previa adozione di un atto di carattere normativo[12], che ne specifichi i parametri

[10] Massimo Severo Giannini, stando alla efficace rappresentazione fornita in un volume di storia del diritto amministrativo, presenta «l'atto del Principe come l'immediato progenitore del moderno atto provvedimentale, in quanto già caratterizzato dall'imperatività e dall'esecutorietà, benché ancora atipico e tendenzialmente insindacabile»: ciò che farebbe scorgere come netta cesura tra l'*actus principis* ed il provvedimento amministrativo, l'introduzione di un principio di legalità in grado di tipizzare l'esercizio del potere. Infatti, «la Rivoluzione francese, tenendo ferma la categoria sostanziale dell'*actus principis* ma innestandovi sopra il principio di legalità avrebbe così tenuto a battesimo la nuova figura dell'atto d'amministrazione, come forma moderna in cui l'antico potere assoluto si ripropone all'interno dello Stato di diritto» (L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, p. 41, nota 12, che si riferiscono a M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in Enciclopedia del Diritto, IV, Milano, 1959, p. 158). Per un *excursus* sul passaggio dall'*actus principis* all'*ordinanza*, P. SCHIERA, *Dall'Arte di Governo alle Scienze dello Stato. Il Cameralismo e l'Assolutismo tedesco*, Milano, 1968, pp. 263 ss.

[11] Cui non difettava (con gergo moderno) la funzionalizzazione dell'interesse pubblico e quindi la subordinazione al diritto positivo, nella veste di un principio di legittimità, come si cercherà di spiegare nel capitolo successivo. Sulla scorta delle riflessioni di Irnerio — su cui insiste la testimonianza di Jacopo de Ravanis (Cfr. U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1952, spec. 153 ss.) — Bartolo da Sassoferrato sosteneva che il rescritto corrisponde a ciò che è «ad iuris communis observantiam», a differenza del *privilegium*, che opera «contra ius commune». E. CORTESE, *La norma giuridica*, II, Milano, 1962, pp. 42 ss. ricorda come, in nuce, fu l'insegnamento di Isidoro a stabilire che «*privilegia autem sunt leges privatorum, quasi privatae leges, nam privilegium inde dictum quoad in privato feratur*», da cui, appunto, la distinzione tra privilegio e rescritto, tematizzata da Irnerio. Il privilegio, in quanto atto elusivo del diritto comune, costituisce una delle grandi contraddizioni del diritto intermedio, nonché un ostacolo sulla strada dell'omogeneizzazione dell'ordinamento giuridico — risultato raggiunto, si direbbe, soltanto per effetto della spinta legalitaria dell'Illuminismo giuridico (A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., p. 223). Sembra plausibile, peraltro, come si cercherà di evidenziare nel secondo capitolo, l'idea di accomunare la nozione di rescritto in quanto atto sottoposto alle linee guida del diritto comune e la nozione francese di "*service*" (o amministrazione diretta) da una parte, la "*police*" di antico regime (in quanto amministrazione indiretta) ed il *privilegium* dall'altra, come sembra suggerire la lettura di S. MANNONI, *Une et indivisibile. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, I, Milano, 1994, pp. 146 ss. Cfr. in senso opposto, v. però il contributo di L. MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in Quaderni Fiorentini, 19-1990; V. anche G. SABINI, *I rescritti reali nell'ordinamento giuridico dell'Ex-Regno delle Due Sicilie*, in Scritti giuridici in onore di S. Romano, Vol. IV, Padova, 1940, pp. 545 ss., in cui L'A. ricava nella legislazione d'inizio Ottocento del Regno delle Due Sicilie, la definizione positiva dei rescritti reali; per alcuni esempi, tratti dal diritto positivo del Regno delle Due Sicilie, con particolare riferimento ai periodi Aragonese e Borbonico, P. LIBERATORE, *Introduzione allo studio della legislazione del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1832, pp. 257 ss. e 405 ss.

[12] Il principio di legalità, che impone la tipicità dei provvedimenti amministrativi, funge da causa dell'atto, nel senso (in parallelo con la causa del contratto, ex art. 1325 c.c.) di funzione economico-sociale dello stesso, alla stregua delle finalità da perseguire — come accade, ad

di intervento, la funzione e le finalità di carattere "sociale" — pervenendo così ad eguagliare pubblico politico e sociale[13].

In questo senso, vi è chi ha visto nel principio di legalità[14] «il principio che condiziona ontologicamente l'esistenza del diritto amministrativo»[15], sino a teorizzare una asserita scientificità del sistema stesso, nel quale ogni istituto risulta essere «una necessaria conseguenza»[16] ricavata in modo deduttivo. Tanto da permettere all'interprete di (ri)leggere l'intera storia degli istituti: «il diritto amministrativo è nato quando ci si è accorti che la norma applicata al potere rendeva il suo esercizio tipico e perciò prevedibile»[17] — confondendo il diritto sostanziale con la scienza del diritto amministrativo, dimenticando così la lezione di due grandi Maestri degli studi amministrativistici come Massimo Severo Giannini e Feliciano Benvenuti. È lecito comunque sostenere che, per effetto del principio di legalità, il paradigma della tipicità ha sostituito la dialettica di universale e particolare, superando, quindi, il sistema di diritto comune — proprio per garantire, in virtù della prevedibilità delle situazioni,

---

esempio, nell'art. 1 della legge 8 luglio 1986 n. 349 istitutiva del Ministero dell'Ambiente, che assegna alla costituenda struttura il compito di assicurare «la promozione, la conservazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi agli *interessi fondamentali della collettività*». Avuto riguardo al tema del perseguimento delle finalità tipiche dell'amministrazione pubblica, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, intervenuta con sentenza 22 aprile 1999 n. 4, per dirimere una controversia interpretativa in materia di diritto d'accesso ha stabilito che dall'art. 97 Cost. si può ricavare che «ogni attività dell'amministrazione, anche quando le leggi amministrative consentono l'utilizzazione di istituti del diritto privato, è vincolata all'interesse collettivo, in quanto deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati al perseguimento dell'interesse generale»; si possono quindi rintracciare i caratteri distintivi dell'attività amministrativa «non solo quando l'amministrazione eserciti pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando essa (nei limiti consentiti dall'ordinamento) persegua le proprie finalità istituzionali mediante una attività sottoposta, in tutto o in parte, alla disciplina prevista per i rapporti tra i soggetti privati (anche quando gestisca un servizio pubblico o amministri il proprio patrimonio o il proprio personale)» (p.to 4.1). Allo stesso modo, S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione* di *diritto pubblico» allo «amministrare* nel *pubblico interesse»*, in Il Foro Amministrativo C.d.S., 7/8-2006, pp. 2349 ss., che si riferisce addirittura ad un nuovo "diritto privato speciale", di cui si parlerà nel capitolo conclusivo.

[13] N. MARZONA, *Sull'individualità costituzionale dell'amministrazione*, in Diritto Pubblico, 1-1996, pp. 105-6.

[14] Per una lettura "altra" della legalità, cfr. il numero monografico di Iustitia, 4-1992, interamente dedicato all'argomento.

[15] F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in Quad. Cost., 2-2006, p. 274. Cfr. anche G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in Rivista di Diritto Pubblico, XVI, 1924, I, ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*; M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1965, pp. 94-5; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; L. CARLASSARRE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966. Interessanti le annotazioni di Hans Kelsen sul principio di legalità contenute negli *Hauptprobleme* del 1911, H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, trad. it., Napoli, 1997, p. 548.

[16] F. MERUSI, *I sentieri interrotti*, cit., p. 275.

[17] F. MERUSI, *I sentieri interrotti*, cit., p. 274.

quella certezza del diritto che nelle realizzazioni proprie del cd. *assolutismo giuridico*[18], risponde alla necessità di semplificazione dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive, o meglio, di creazione di un ordine delle relazioni attraverso l'eteroregolamentazione del consorzio umano.

La stessa attività interpretativa del giudice deve arrestarsi alla disposizione del testo di legge ed all'esegesi dello stesso, onde assicurare una linearità tra la legalità e l'effettività della norma, sino a raggiungere l'ambita finalità del controllo sociale per mezzo della tipicità dei comportamenti legittimi[19].

La funzione amministrativa nasce, o meglio trova la sua più completa sistematizzazione (formale e sostanziale), a partire da un lato dall'introduzione, nell'ordinamento delle relazioni intersoggettive, di una nozione di Stato quale soggetto produttore di norme astratte e generali, valide e vincolanti per tutti i cittadini[20], in grado di comportare un sacrificio per gli interessi degli stessi, a favore di un interesse cd. ultraindividuale[21]; dall'altro lato, in virtù della ridefinizione delle funzioni in quanto evoluzione del paradigma giurisdizionale proprio di un sistema di poteri centrato sulla cd. *iurisdictio*[22].

---

[18] P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, XVII (1988).

[19] Adottando la nozione di movimento ascendente e discendente, di derivazione rivoluzionaria, Stefano Mannoni rileva la problematicità insita nel rapporto tra cittadini e legge, «nella misura in cui il principio di legalità, di cui il costituzionalismo rivoluzionario offre la prima moderna definizione, vieta qualsiasi discrezionalità nell'applicazione della legge da parte delle autorità esecutive ed esclude la legittimità di fonti normative subordinate di natura regolamentare: l'unica norma applicabile è la legge nella quale si esprime e si esaurisce l'autonomia della società degli individui politicamente attivi» (S. MANNONI, *Une et indivisibile*, cit., p. 255); cfr. in ogni caso C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, 1971, p. 228 sullo "Stato legislativo"; pp. 51 ss.; G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali*, Bologna, 1921.

[20] A. PALERMO, *Provvedimenti (teoria generale)*, in Novissimo Digesto Italiano, XIV, Torino, 1968, p. 402. Sulla compressione del principio di legalità ad opera di un'ordinanza contingibile ed urgente (ai sensi degli artt. 50 e 54 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267), cfr. ad esempio la sentenza del T.A.R. F.-V.G. 26 maggio 2003, n. 202, in cui il giudice amministrativo ha sottolineato che «il principio di legalità, in questi casi, è compresso nei limiti massimi concessi dall'ordinamento e la deroga al principio di tipicità dei provvedimenti si traduce nell'indicazione legislativa dei soli caratteri della situazione — di necessità ed urgenza — che costituisce il presupposto della misura adottata. L'eccezionalità e la "elasticità" di questi provvedimenti li sottopone a limiti rigorosi, facendone una misura ultimativa, una vera e propria *extrema ratio* dell'agire amministrativo».

[21] Si rimanda a tal proposito, esemplificativamente, alla definizione contenuta nella celebre sentenza della Corte di Cassazione, SS. UU., 22 luglio 1999, n. 500, laddove i giudici hanno sostenuto che «la prevalenza dell'interesse ultraindividuale, con correlativo sacrificio di quello individuale, può verificarsi soltanto se l'azione amministrativa è conforme ai principi di legalità e di buona amministrazione, e non anche quando è contraria a tali principi (ed è contrassegnata, oltre che da illegittimità, anche dal dolo o dalla colpa, come più avanti si vedrà)». A tal proposito conviene comunque rimandare alle riflessioni del capitolo successivo.

[22] Pur con quanto si dirà nel terzo capitolo.

Nondimeno, è necessario aggiungere che è dato di rinvenire un utilizzo «giuridicamente cosciente»[23] del termine "funzione" soltanto a partire dalla distinzione teorica (operata da alcuni esponenti della pandettistica tedesca[24]), tra lo Stato inteso come apparato e l'aggregazione societaria. Sulla scorta delle indicazioni fornite da Gianfranco Miglio[25], Maria Adelaide Carnevale Venchi riconduce in particolare alla figura di Lorenz Von Stein la separazione tra società e Stato — foriera di una spartizione dei ruoli all'interno del medesimo ordinamento giuridico: lo Stato come unico centro di produzione del diritto, la società quale aggregato umano da ricondurre al controllo mediante il diritto[26].

---

[23] M. A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, I, Padova, 1969, p. 221.

[24] In un interessante saggio sul tema della autonomia privata, Salvatore Romano riassume così il contributo dei pandettisti: «il diritto è norma, il potere di emanare norme spetta solo allo Stato ed eccezionalmente ad alcuni "*verbände*" non statuali (…); l'autonomia quindi è figura riferibile soltanto allo Stato con quelle eccezioni; il concetto di autonomia privata, quindi, non esiste»; il che porta naturalmente a concludere che «ai privati compete solo di costituire rapporti sulla base delle norme dispositive statuali; l'attività privata costitutiva di questi rapporti si risolve in fattispecie che ricadono sotto l'impero di quella norma dello Stato» (S. ROMANO, *Autonomia privata (Appunti)*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 4-1956, p. 803). Sul ruolo della pandettistica tedesca nell'evoluzione dei linguaggi e delle tecniche "algebriche", in tutti i campi giuridici, e tanto più nella scienza del diritto, v. M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, in Jus. Rivista di scienze giuridiche, 2-1999, p. 758.

[25] G. MIGLIO, *Le origini della scienza dell'amministrazione*, in AA. VV., *Atti del Primo Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1957, p. 48. Cfr. anche F. DE SANCTIS, *Crisi e scienza. Lorenz Stein – Alle origini della scienza sociale*, Napoli, 1976, pp. 63 ss.

[26] Afferma in primo luogo Lorenz von Stein che «Stato e società non formano solo, in conformità alla loro essenza più intima, due diverse strutture della esistenza umana, bensì sono appunto i due elementi vitali di tutte le comunità umane»: a ciò il professore dell'Università di Vienna fa seguire «una lotta ininterrotta dello Stato con la società e della società con lo Stato» (L. VON STEIN, *Opere Scelte*, I, *Storia e Società*, Milano, 1986, p. 119). Mentre lo Stato ha come suo principio costitutivo ed intrinseca ragion d'essere «lo sviluppo, ossia il progresso, la ricchezza, la forza e l'intelligenza di tutti i singoli attraverso il suo proprio massimo potere» (ivi, p. 122), la società è dominata, in ogni sua manifestazione, dall'interesse individuale dei singoli, portati per loro natura a rendere manifesto quell'«anelito irrefrenabile verso il dominio completo sull'essere esterno, verso il possesso di tutti i beni spirituali e materiali» (ivi, p. 101). Il significato che Lorenz von Stein attribuisce al termine "società", nella sua contrapposizione a "Stato", «costituisce una delle prime e più fondate realizzazioni ermeneutiche del canone dialettico hegeliano» (P. SCHIERA, *Dall'Arte di Governo alle Scienze dello Stato*, cit., p. 87); in particolare, Pierangelo Schiera associa von Mohl e Stein in quanto «hanno individuato l'incontrovertibile superamento dell'antica unità dell'esperienza politica, attraverso la contrapposizione dei due ambiti principali di Stato e società» (ID., p. 86); v. anche E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it., Milano, 1973. La conseguenza più ovvia di questa lotta interminabile tra Stato e società è ravvisabile in ciò che, per «dare un senso di concretezza al diritto si è assunto come determinante il momento della riferibilità delle norme a centri di produzione collocati su un piano sociale di preminenza, in parole povere allo Stato» (P. BELLINI, *Intervento*, in F. SPANTIGATI (a cura di), *Sulla trasformazione dei concetti giuridici per effetto del pluralismo*, cit., p. 81); cfr. G. DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto*, in Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1929, pp. 1 ss.; N. Bobbio, *Istituzione e diritto sociale*, in Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1936. Per una definizione dello Stato quale «organizzazione del potere per tutti i fini della vita associata», v. G. PERTICONE, *Stato (teoria generale)*, in Novissimo Digesto Italiano, XVIII, Torino, 1971, p. 244, che ancora a metà degli anni Sessanta precisava che «il diritto, come ordinamento, è la realizzazione di uno di questi

Si potrebbe azzardare così una ricostruzione dello Stato Moderno — dalla genesi al consolidamento: processo durato almeno tre secoli[27] — come storia parallela rispetto a quella dello sviluppo delle funzioni pubbliche, o ancor meglio, dell'evoluzione di una nozione di funzione in quanto cerniera dialettica tra potere ed atto.

Il tentativo di riportare ad unità queste due vicende, affratellate in ultima istanza dalla elaborazione di una comune concezione dell'essere umano, in entrambi i casi *oggetto astratto* e non soggetto della scena ordinamentale[28], fa sì

---

fini: la pacificazione degli interessi e la compossibilità delle volizioni particolari, e, come volontà, la posizione autorevole di principi di convivenza, sviluppati in leggi obiettive»; sino ad affermare che «lo Stato, come istituzione (reale o fittizia, convenzionale) pone e attua tutte le condizioni di vita in comune e tutti i fini, che trascendono ma orientano la sua attività nella storia» (ibidem). Dove chiaro risulta il collegamento alla tesi di Von Stein sulla ragion d'essere della statualità, o meglio, della amministrazione intesa quale ponte di controllo, attraverso il quale lo Stato scongiura la decomposizione cui la società naturalmente tenderebbe: cfr. F. DE SANCTIS, *Crisi e scienza*, cit., pp. 90 ss. sull'operatività della cd. *Wissenschaft der Gesellschaft* steiniana, tesa a depurare il tessuto sociale dalle proprie pulsioni autodistruttive.

[27] In questo senso, conviene rimandare all'impostazione storiografica di Denis Richet, che per primo — insieme a François Furet, si intende — ha tematizzato l'impiego di un metodo di ricerca non incline al ragionamento logico-deduttivo: rifiutando, cioè, l'*apriori* delle cesure storiche, che costituirebbe il *terminus ad quem* tanto degli studiosi liberali, quanto di quelli marxisti. Così, «il termine "moderno" tende a polarizzare su una rottura — con il Medioevo — un potenziale di mutamenti che durarono per tre secoli»: tanto che, una migliore comprensione dello stesso termine imporrebbe di conservare in esso «tutta la ricchezza della realtà effettiva, nonché il ventaglio delle virtualità che si presentarono, evitando così di mutilare tutte le tendenze che hanno difficoltà ad essere integrate nello schema interpretativo che privilegia lo sbocco finale (la Rivoluzione)» (D. RICHET, *Lo spirito delle istituzioni. Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, Roma-Bari, 1998, pp. 8-9). In questo senso cfr. ad esempio L. MANNORI, *Genesi dello Stato e storia giuridica*, in Quaderni Fiorentini, n. 24 (1995), p. 491, sul «rovesciamento prospettico» cui conducono i «vari bilanci storiografici» presenti nel volume G. CHIOTTOLINI-A. MOLHO-P. SCHIERA (a cura di), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra Medioevo ed età moderna*, Bologna, 1994; P. SCHIERA, *Legitimacy, Discipline, and Institutions: Three Necessary Conditions for the Birth of the Modern State*, in The Journal of Modern History, Vol. 67, Supplement: The Origins of the State in Italy, 1300-1600. (Dec., 1995), pp. S11 ss. Cfr. anche J. H. SHENNAN, *Le origini dello Stato moderno in Europa*, trad. it., Bologna, 1976, p. 9, che si riferisce alla formazione di un concetto di «Stato quale entità astratta che non rappresenta né il governo né i governati né l'unione di entrambi», come ad un «processo che ebbe inizio in Europa agli albori del quindicesimo secolo quando l'autorità personale del Principe stava divenendo la fonte principale del potere politico e che si concluse nei primi decenni del diciottesimo secolo quando il potere del Principe cessò ormai d'essere indistinguibile da quello del suo regno ed il concetto di Stato impersonale (…) stava per cristallizzarsi»; v. A. MUSI, *La storiografia politico-amministrativa sull'età moderna: tendenze e metodi degli ultimi trent'anni*, in A. MUSI (a cura di), *Stato e pubblica amministrazione nell'ancien régime*, Napoli, 1979, pp. 25-26; F. CHABOD, *Scritti sul Rinascimento*, Torino, 1967, pp. 605 ss.

[28] Lo Stato, dice Gino Gorla, in seguito alla conquista del potere da parte della nuova borghesia, «col mezzo delle monarchie accentratrici e poi della rivoluzione francese», assume sempre più «l'aspetto di una "compagnia industriale" che concede e garantisce diritti ai suoi associati» (G. GORLA, *Commento a Tocqueville. "L'idea dei diritti"*, Milano, 1948, pp. 205-6; sul meccanismo che rende lo Stato moderno simile ad una compagnia assicurativa, cfr F. GENTILE, *I doveri fondamentali dell'uomo nella società dei diritti*, in R. ORECCHIA (a cura di), *Atti del XIV Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, Milano, 1984, pp. 117-8; ID., *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, 2006, pp. 97-8.

che in questo primo capitolo si ponga l'attenzione su un dato di primaria importanza: l'elaborazione concettuale dello Stein, tematizzando lo scollamento tra l'istanza statuale e quella societaria, non fa che chiudere una parabola che deve essere esaminata sotto il profilo dell'esperienza giuridica storicamente verificatasi e soprattutto dell'analisi sperimentata da quegli Autori che si rivolsero allo studio della nozione di sovranità — onde incastonarla in un aggregato umano governato unitariamente da uno Stato-persona giuridica capace di detenere il monopolio giuridico della stessa[29].

Risultano così di grande interesse le argomentazioni cui giunge Michael Stolleis, nel concludere un saggio sul parallelismo tra "*Potere legislativo e formazione dello Stato agli albori dell'età moderna*", e che si riportano nella forma schematica scelta dall'Autore, per sintetizzare i rilievi finali dello scritto: «la nascita della moderna ideologia dello stato e della legislazione è un'evoluzione che ha inizio nel cuore del Medioevo. Tuttavia, a metà del Cinquecento si aggiungono nuovi elementi tali da consentire una fase qualitativamente diversa di questo sviluppo. Le parole chiave sono *ragion di stato*, *leges fundamentales* e *sovranità*. Fulcro dello stato moderno che in questi decenni comincia a prendere forma diventa la legislazione. (…) Quanto più è immediata l'affermazione di tale potere, tanto più rapido è il passaggio dall'emanazione di singole leggi a una vera codificazione, a una sintesi del diritto precedente e alla conclusione dell'antico dibattito intorno a *unus codex* e *unum volumen*»[30].

Mutando le parole d'ordine di cui si serve il maestro tedesco di storia del diritto pubblico moderno, nei paragrafi seguenti si cercherà comunque di carpire i segni di rottura, o piuttosto di collegamento, tra sintesi e novità, tra antico e moderno. L'evoluzione della nozione di "Autorità", che ha inizio nel cuore dell'evo di mezzo, per effetto della riflessione di Marsilio da Padova, è fattore

[29] Gino Gorla afferma, in una riflessione che sembra racchiudere la storia del positivismo giuridico di marca continentale, che «la personalità, i diritti soggettivi, sono rappresentati da uomini isolati, come tanti punti uniti solo ad un vertice, lo Stato, ma slegati fra loro, laddove si dono visti in altri tempi fiorire i diritti soggettivi in uno stretto legame; o, se si vuol continuare con un'altra figura che già abbiamo usato, i diritti soggettivi moderni sembrano molecole di un gas racchiuse in una bottiglia, libere perché senza coesione, ma solo tenute insieme dal senso di essere in una bottiglia, o addirittura di essere la bottiglia» (G. GORLA, *Commento a Tocqueville*, cit., pp. 137-8).

[30] M. STOLLEIS, *Potere legislativo e formazione dello Stato agli albori dell'età moderna*, ora in *Stato e ragion di Stato nella prima età moderna*, trad. it., Bologna, 1998, p. 164.

prodromico alla costruzione di un diritto amministrativo in chiave moderna[31] — processo che può dirsi concluso soltanto in seguito al movimento settecentesco per la codificazione, coronato dagli eventi rivoluzionari, tappa non conclusiva dell'evoluzione, e che, a partire dalla rielaborazione della Scuola dell'Esegesi[32], sino alla *scientia juris* dei Pandettisti, introduce quell'esaltazione della legge e quindi del diritto positivo, artefici dell'introduzione di un principio di legalità a monte dell'attività amministrativa[33]. Un principio che fornisce le basi e l'*ontologia* grazie alla quale tipizzare l'esercizio del potere in funzione di un interesse rilevato dal soggetto detentore del monopolio della sovranità e perciò stesso definito e determinato come pubblico.

La stessa azione della pubblica amministrazione, per effetto di quegli sviluppi, non può avvalersi di una struttura pluralistica e di un'organizzazione policentrica, simmetricamente aperta alla partecipazione dei soggetti interessati: la rigida separazione tra centro di produzione e centri di imputazione del diritto trasforma bensì lo Stato nell'unico soggetto abilitato a perseguire l'interesse generale — divenuto quindi interesse pubblico — in forza del finalmente raggiunto monopolio delle fonti di produzione e di cognizione, e quindi di interpretazione del diritto.

2. *Elementi di "statistica amministrativa", tra genesi e consolidamento* — Il riferimento alla tesi di Maria Adelaide Carnevale Venchi dovrebbe anzitutto sollevare un interrogativo di ordine cronologico. Se infatti la prima elaborazione di tipo giuridico-sistematico intorno alla questione delle funzioni è da ascrivere ai giuristi delle Pandette, ciò può significare da una parte che in precedenza, pur potendosi rintracciare dei dibattiti sul tema, essi furono

[31] F. GENTILE, *Politica aut/et statistica*, cit., p. 116.
[32] M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, p. 154, nota che il «duplice rapporto, di derivazione e di distacco, con l'illuminismo giuridico, dà alla Scuola dell'Esegesi la sua caratteristica fisionomia e il suo peculiare significato nella storia delle idee giuridiche: per cui tale corrente da un lato rappresenta il punto terminale, l'ultimo frutto del movimento che ha portato alla codificazione in Francia, dall'altra dà un nuovo indirizzo al pensiero giuridico francese».
[33] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., p. 19. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 168 sulla distinzione tra *scientia juris* e *juris prudentia*, di cui la prima è "razionalità formale", mentre la seconda è una forma di «razionalità materiale, orientata cioè ai contenuti»; sul tema è efficacemente intervenuto P. CAPPELLINI, *Juris prudentia versus prudentia juris: prolegomeni ad ogni futuro «lessico politico europeo»*, in Filosofia Politica, 1-1987, pp. 313 ss. Vedi anche C. SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, ora in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, trad. it., Milano, 1986, pp. 85-6, sulla nozione di meccanismo.

sostanzialmente avulsi da un sistema concettuale rigoroso, in grado di costruire nozioni unitarie per mezzo di una metodologia orientata a circoscrivere i concetti ed a veicolarne l'interpretazione[34]; dall'altra parte si potrebbe altresì credere, però, ad un'estraneità degli studi e delle rappresentazioni suddetti dalla quotidiana pratica di governo, tanto da impedire una riflessione approfondita e, in un certo senso, "giuridicamente cosciente"[35].

Tuttavia, c'è da notare che non mancarono, nell'esperienza degli Stati Cinque-Seicenteschi, episodi di riorganizzazione delle attività degli apparati in chiave "funzionale"[36]; ciò che farebbe credere ad una incapacità dei commentatori di scorgere nell'evoluzione delle forme di Stato una linea di continuità[37]: non avvertendo la specificità di un processo storico che avrebbe condotto ad un accentramento già a partire dal XVI secolo — prodromico alla formazione di un'amministrazione pubblica in senso moderno, caratterizzata

[34] Anche se, a tal proposito, significativo risulta un passaggio della "*Storia*" del Cavanna, in cui si può leggere che la «accezione dogmatica di sistemazione riflessa e razionale dei dati dell'esperienza giuridica appartiene alla fase post-medievale del pensiero scientifico» (A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1979, p. 52). Con il che si escluderebbe la validità di questa prima ipotesi: infatti, come suggerisce Cavanna, quella nozione di metodologia che si è avanzata appartiene alla riflessione giuridica moderna. Cfr. N. MATTEUCCI, *Individuo, società e governo rappresentativo*, in Fenomenologia e società, 5-1979, ora in *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1997, p. 257. Cfr. anche N. IRTI (a cura di), *La Polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004.

[35] Vi è stato chi ha sostenuto che «se per molto tempo non si avvertì la necessità di una tecnica autonoma dell'attività quotidiana di governo, ciò dipese anche dal fatto che sulla natura e soprattutto sui compiti dello Stato esistevano idee pacificamente condivise da tutte le scuole, mentre d'altro canto, nel quadro di tale compatta unità dogmatica, l'"amministrazione", lungi dall'assumere valore speciale, appariva esclusivamente come l'esercizio della stessa potestà politica» (G. MIGLIO, *Le origini della scienza dell'amministrazione*, ora in *Le regolarità della politica. Scritti scelti, raccolti e pubblicati dagli allievi*, 1, Milano, 1988, p. 263. In questo senso l'epiteto venchiano si potrebbe ricondurre al rapporto tra riflessione ed esperienza giuridica. Sulla scorta di G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, 1932; E. OPOCHER, *Il valore dell'esperienza giuridica*, Treviso, 1947.

[36] Tanto da far osservare a Gino Gorla «una certa distribuzione di funzioni (se non una divisione di poteri)» già nel periodo compreso tra il XVI ed il XVIII secolo. (G. GORLA, *«Iura naturalia sunt immutabilia». I limiti del potere del «principe» nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, in AA. VV., *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, II, Firenze, 1982, p. 631). Per quanto riguarda la continuità delle strutture amministrative, rispetto a quelle più immediatamente "politiche", Guido Astuti ha scritto che, «pur senza quella separazione dei poteri che sarà caratteristica del moderno Stato costituzionale, già vediamo svolgersi un processo di differenziazione di funzioni e di moltiplicazione di organi e di uffici, con precise competenze istituzionali in materia finanziaria, ecclesiastica, giudiziaria e via discorrendo, da cui nascerà un nuovo tipo di organizzazione statuale e almeno una parte delle istituzioni fondamentali del nuovo diritto pubblico, che si conserveranno sostanzialmente immutate anche dopo la grande crisi delle riforme rivoluzionarie» (G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno*, cit., p. 32). V. anche D. RICHET, *Lo spirito delle istituzioni*, cit., pp. 30 ss, F. DI DONATO (a cura di), *Da giureconsulti a tecnocrati*, Napoli, 1993, spec. XXI-XXII, Per una posizione peculiare, E. BESTA, *Il diritto pubblico italiano dai Principati allo Stato contemporaneo*, Padova, 1931; W. NÄF, *Le prime forme dello «Stato moderno» nel basso Medioevo*, in E. ROTELLI-P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. 1, cit., p. 64 et passim.

[37] R. SCHNUR, *Individualismo e assolutismo. Aspetti della teoria politica europea prima di Thomas Hobbes (1600-1640)*, trad. it., Milano, 1979, p. 61.

cioè dalla tipicità degli atti emessi in virtù del principio di legalità, e dall'uniformità degli interessi perseguiti, con cui si identifica[38].

Viceversa, un'interpretazione storiograficamente orientata farebbe vedere che «il problema del rapporto tra "stato" e "società" (da intendersi comunque e sempre al plurale)» dovrebbe essere «più correttamente inteso come un problema di comunicazione tra un potere sovrano dislocato centralmente, ma solo con discontinuità identificabile con precisi orientamenti burocratici, e un insieme di società incapsulate a esso variamente collegate»[39]. Talchè la difficoltà nel riscontrare un disegno ricostruttivo unitario da parte degli Autori che si occuparono dello studio delle istituzioni, a cavallo tra il Cinquecento ed il Seicento, sarebbe giustificata proprio da un'intrinseca mancanza di unitarietà e continuità in quello stesso processo di accentramento[40].

È peraltro vero che, adagiando l'intero corso storico di formazione dello Stato moderno lungo i binari costituiti dalla coppia concentrazione-partecipazione, almeno nella prima fase evolutiva, è consentito di scorgere una serie di ambiguità di non poco momento.

Le due diverse ed antitetiche tendenze, secondo la ricostruzione di Ettore Rotelli e Pierangelo Schiera, pur coesistenti, hanno svolto lungo tutto l'arco di sviluppo della moderna nozione di statualità una chiara funzione di demarcazione: «mentre il processo della concentrazione costituisce il connotato essenziale dello Stato moderno, sì che proprio su di esso è posto l'accento in ogni profilo storiografico della sua formazione, la partecipazione serve

---

[38] Cfr. ad esempio M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in Enciclopedia del Diritto, XLVII, Milano, 1990.

[39] A. TORRE, *Stato e Società nell'ancien régime*, Torino, 1983, p. 13.

[40] Di una dottrina a lungo «insensibile alla trasformazione dell'azione pubblica che prendeva corpo all'interno delle categorie tradizionali», parla Stefano Mannoni, che però offre una lettura del fenomeno che ben si inserisce nella ricostruzione appena intentata; infatti, secondo lo storico dell'accentramento amministrativo, «l'incapacità di concettualizzare un involucro dogmatico adeguato alle nuove regole di diritto che emergono in forma di privilegi di giurisdizione accordati in funzione dell'*intérêt public* (…) non è dovuta alla manchevolezza del pensiero giuridico ma all'inesistenza delle condizioni "costituzionali" per delineare i confini di un diritto concepito come rapporto di supremazia tra l'astrazione Stato-persona e i sudditi» (S. MANNONI, *Une et indivisibile. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, I, Milano, 1994, pp. 27-8; v. anche pp. 174 ss. sul rapporto centro-periferia, tra *police* e *service*). Di lentezza, gradualità e contraddittorietà quali caratteri fondamentali dei «processi genetici della statualità» parla L. MANNORI, *Genesi dello Stato*, cit., p. 486; definisce come farraginoso e contraddittorio il processo di concentrazione del potere P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 1, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, 1999, p. 53. Alla inadeguatezza qualitativa degli apparati» preposti al controllo ed al prelievo fiscale, connessa al processo di concentrazione della sovranità e quindi di accentramento amministrativo, si riferiscono L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 97-8.

soprattutto come termine di confronto e di riferimento: è il *prius* e il *post*, è ciò che dallo Stato moderno viene superato e ciò che supera lo Stato moderno»[41].

La peculiarità dei processi di accentramento politico-amministrativo risalenti al XVI-XVII secolo permette di affermare che «concentrazione e partecipazione non appaiono ancora come due proposte, in parte antitetiche, di gestione di una realtà politico-organizzativa già effettuale (lo Stato), ma piuttosto come due momenti, concorrenti fin dall'inizio, dell'instaurazione storica concreta di quella medesima realtà»[42].

C'è del resto da avvertire che, «intesa in questo modo la formazione dello Stato si presenta come una serie — cangiante nel tempo e nello spazio — di tentativi, da parte degli apparati e degli ordinamenti statali, di integrazione politica di territori dispersi e caratterizzati da forti originalità istituzionali, economiche e sociali»[43]; sequenza del tutto priva di congruenza e

---

[41] E. ROTELLI-P. SCHIERA, *Introduzione*, in E. ROTELLI-P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. 1, cit., pp. 11-12.

[42] E. ROTELLI-P. SCHIERA, *Introduzione*, cit., p. 14.

[43] A. TORRE, *Stato e Società*, cit., ibidem. L'analisi dello storico prosegue e offre un interessante contributo all'inquadramento che qui si prova nel nome della teoria generale del diritto. Infatti si può ricavare dalle parole di Angelo Torre un riferimento, seppur velato, al tema della "ragion di Stato" (la quale "ragione" si traduce in un *habitus* che, con Francesco Gentile definiremo di "*statistica amministrativa*"): «in questa prospettiva, la saldatura tra organizzazione statale dell'autorità e le forme di distribuzione locale del potere non avviene tanto — o quanto meno non principalmente — attraverso adesioni ideologiche o attraverso aggregazioni economico-sociali, quanto attraverso specifiche configurazioni sociali formate da individui e caratterizzate dal fatto di conoscere sviluppi nel tempo. Sviluppi che, occorre ribadire, appaiono determinati da dinamiche interne legate al controllo delle tensioni sociali locali, che conoscono il successo quando e fintantoché conseguono la capacità di controllare le comunicazioni tra singole "comunità" o ambiti di potere e di preminenza locali, e il mondo esterno» (A. TORRE, *Stato e Società*, cit., p. 14). Dove il termine importante, sfruttabile anche in questa ricerca, è quello della definizione della Autorità in quanto controllo sociale che si instaura con una forza produttiva di effetti giuridici sulle comunità minori; gli elementi di statistica si rinvengono in effetti nel calcolo razionale, da parte del sovrano, degli effetti suscitati da un'azione di accentramento, in relazione ai mezzi adoperati per ottenerla — sempre più riconducibili nell'alveo del diritto amministrativo, o meglio di un diritto amministrativo in fase di gestazione. Tanto da poter affermare «il carattere repertoristico della letteratura francese di Polizia», che pur nell'apice offerto dall'Opera di Delamare, «malgrado la sua fortuna e la sua diffusione, non fu niente di più di un contenitore di ordinanze e di provvedimenti regolativi» (L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 144-5) — dando conferma del suo carattere classificatorio e genuinamente statistico. Per un'immagine dei rapporti socio-politici, con riferimento all'opera di Roland Mousnier, v. F. DI DONATO, *Critica della "ragione virtuosa". Roland Mousnier: la civiltà giuridica dello Stato assoluto*, in R. MOUSNIER, *La Costituzione nello Stato assoluto. Diritto, società, istituzioni in Francia dal Cinquecento al Settecento*, Napoli, 2002, CXVII ss. Infine, «il diritto di Polizia, in cui pure è giusto indicare l'immediato antecedente storico del futuro diritto amministrativo, per i contemporanei non è altro che un sistema di norme (essenzialmente penali) da attuarsi tramite la stessa tecnica giudiziaria che governa l'applicazione di qualsiasi norma, anche se utilizzando procedimenti semplificati» (L. MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa*, cit., p. 413). V. anche P. SCHIERA, *Stato di Polizia*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO (diretto da), *Dizionario di Politica*, Torino, 1992, p. 1119; cfr. a titolo esemplificativo, P. GOUBERT, *Il gruppo governativo: una classe politica*, in A. MUSI (a cura di), *Stato e pubblica amministrazione*

manifestamente sottoposta al giudizio del *Principe*, il cui parametro operativo corrisponde in questa prima fase all'interesse, anche patrimoniale, della casa regnante[44].

Rientranti appunto nella categoria dei "tentativi di integrazione politica", ovvero ad essi imprescindibilmente subordinati, i pur rilevanti esempi di riorganizzazione amministrativa, o più in genere dell'apparato statuale, furono perlopiù episodi segnati da una forte valenza strategica, compresi in quel novero di scelte schematizzate in virtù del loro collegamento ad una "ragion di Stato"[45] — tale da garantire al monarca il controllo assoluto dei territori assoggettati (politicamente) alla Corona.

Questa accezione, statistica, dell'attività di governo, non può che condurre, diritto, alla «considerazione dell'ordinamento politico delle relazioni intersoggettive, solamente ed esclusivamente, nella prospettiva della "forma stato", cioè della meccanica dello strumento statale, dalla quale non possono uscire se non delle soluzioni virtuali dei problemi, lontane dalla natura delle cose ma, anche, mi permetterei di dire con Machiavelli, dalla "verità effettuale" di esse»[46]. Possiamo dunque definire come "statistica amministrativa" quella primitiva manifestazione di una scienza dell'amministrazione in senso lato, che

---

nell'ancien régime, cit., p. 214, sull'evoluzione storica dei *maîtres des requêtes*, utilizzati già sul finire del XV secolo dal Re di Francia in qualità di «commissari diretti, per percorrere ed ispezionare le province», detentori di una parte dei poteri del monarca; per l'Italia G. GALASSO, *Oligarchia, Principato e Stato moderno*, in A. MUSI (a cura di), *Stato e pubblica amministrazione nell'ancien régime*, cit., pp. 225 ss; G. MIGLIO, *Le origini della scienza dell'amministrazione*, ora in *Le regolarità della politica. Scritti scelti, raccolti e pubblicati dagli allievi*, 1, cit., pp. 258-9.

[44] V. PIANO MORTARI, *Itinera Juris. Studi di storia giuridica dell'età moderna*, Napoli, 1991, p. 82 ss, spec p. 89. Differenza tra amministrazione impersonata ed obbiettivata. Non si riuscirebbe peraltro ad attribuire un diverso significato a I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, pp. 96-104. Uno storico come J. H. SHENNAN (*Le origini dello Stato moderno*, cit., pp. 33 ss.) ha ricavato l'elemento patrimoniale, personal-dinastico dall'equazione: esistenza del Principe come presupposto fondamentale per l'esistenza dello Stato; in altri termini, l'estrema personalizzazione del potere ha condotto ad una situazione per cui «l'obiettivo e l'interesse precipuo del Principe, come quello di un qualunque marito e padre oculato, era senza dubbio di preservare l'integrità del suo Stato, di tentare di estenderne i confini se possibile, ma in ogni caso di impegnarsi perlomeno a trasmettere intatto il suo patrimonio» (p. 34).

[45] Non essendo questa la sede per un approfondimento storico o più specificamente di storia del diritto, si rimanda comunque al bel volume di S. MANNONI, *Une et indivisibile*, citato in precedenza, ricco di documentazione, ed alle informazioni reperibili in L. ORNAGHI-S. COTELLESSA, *Interesse*, Bologna, 2000, 54 ss., L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 144-5.; cfr L. AUCOQ, *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789*, Paris, 1876; M. F. LAFERRIÈRE, *Histoire du droit français précédée d'une introduction sur le droit civil de Rome*, Paris, 1858; V. PIANO MORTARI, *Itinera Juris*, cit.; A. MUSI (a cura di), *Stato e Pubblica Amministrazione nell'ancien régime*, Napoli, 1979.

[46] F. GENTILE, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003, p. 37.

nel nome di una tecnica di comando conosciuta come "ragion di Stato", si caratterizza per ridurre l'attività di governo ed indirizzo al controllo sociale[47]: dimostrando di non scorgere il radicamento del diritto nella società, e quindi nell'esperienza.

Ne risulta certo una rappresentazione ordinamentale astratta e virtuale, un modello operativamente volto alla esclusione di considerazioni metafisiche dal campo delle valutazioni "politiche"[48].

I teorici della ragion di Stato, infatti, fondando la tecnica politico-amministrativa nel segno della statistica, risolvono il problema dei rapporti tra essere e dover essere riducendo l'*ethos* al *kratos*; aprendo la strada, quindi, a quella concezione della natura umana intesa come *particulare* egoità secolarizzata anche rispetto alla sua naturale tendenza alla trascendenza, che esaurisce la propria esistenza nella ricerca e poi nella difesa dell'utile individuale, inquadrato nell'interesse singolare, elevato ad assoluto.

L'amministrazione, gradualmente, assume in modo pieno ed esclusivo il compito di perseguire, coattivamente, l'interesse generale; e in esso si identifica, orientando la propria azione al soddisfacimento di quelle finalità che ancora oggi costituiscono il *principium individuationis* del "pubblico"[49], tale da distinguerlo inequivocabilmente dal "privato". Sicché il "privato", il singolo, è reputato incapace di gestire l'interesse generale — se non investito di una funzione pubblica, o incaricato di un pubblico servizio[50]: tanto da poter

---

[47] Parla proprio di una «disciplina giuridica in grado di fornire un armamentario di ragionamenti deduttivi, volti a legittimare la soppressione di diritti individuali a favore dell'interesse comune», a proposito delle tendenze intrinseche nelle riflessioni sulla cd. ragion di Stato, già a partire dal XVII secolo, M. STOLLEIS, *Stato e ragion di Stato nella prima età moderna*, cit., p. 53 e p. 65.

[48] Si rimanda a Michael Stolleis per un'analisi del rapporto tra Machiavellismo ed antimachiavellismo (od antitacitismo) nella prima età moderna; ivi si può leggere quella riflessione per cui la «crociata contro Machiavelli e per una "cristianizzazione" della politica» si sarebbe configurata come ultimo tentativo, da parte delle istituzioni ecclesiastiche, di «riunire tutte le forze centrifughe sotto un'unica morale»: compito perseguito, da quel momento innanzi, dalla «*summa potestas* del sovrano» e dalla scienza giuridica, «due elementi entrambi aconfessionali, basati su principi universalmente riconosciuti e dotati di precise e regolate procedure» (M. STOLLEIS, *Stato e ragion di Stato*, cit., p. 39).

[49] Si veda, a titolo indicativo, la definizione di "pubblico" che Oreste Ranelletti offre in una celebre Prolusione del 1905, in cui si evince il carattere del rapporto tra Stato e "pubblico", senza dare adito a dubbi: «è pubblico tutto ciò che, direttamente o indirettamente è di Stato» (O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto: Prolusione al corso di diritto amministrativo nell'Università di Pavia*, in Rivista italiana di scienze giuridiche, 1905, XXXIX, p. 337 e ss).

[50] Qualora l'ordinamento reputasse il singolo capace di gestire ed offrire un servizio pubblico, si verificherebbe certo la situazione per cui «la gestione dei servizi da parte del singolo rivela che questi non è più considerato, come accadeva in regime di monopolio dello Stato, semplice fruitore delle prestazioni erogate dagli apparati pubblici, da cui dipendeva la realizzazione delle istanze della società civile» (L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La*

affermare che «si giustifica così l'esistenza dell'insieme di norme applicabili ai soli rapporti cui partecipa lo Stato, quindi di un diritto speciale che, in nome di quell'interesse pubblico appiattito sulla volontà statale, attribuisce al soggetto pubblico, e segnatamente all'apparato amministrativo, una posizione di dominio nei confronti dei privati»[51]. Il che, con tutte le dovute precauzioni, sembra di potersi rintracciare (esemplificativamente) già nelle parole di Luigi XIV, che in un passaggio delle sue *Memorie* si rivolge al Delfino avvertendolo della «differenza che c'è per natura tra l'interesse del Principe e quello dei suoi sovrintendenti», aggiungendo che «quei privati, non avendo nel loro ufficio maggior cura che quella di conservarsi la libertà di disporre tutto a loro arbitrio, impiegano la loro abilità assai più spesso nel confondere che nel chiarire tale materia: mentre un Re, che è padrone legittimo mette per quanto può ordine e chiarezza in ogni cosa, perché ha soltanto da perdere nella confusione»[52].

La differenza tra la posizione di Luigi XIV e quella degli esegeti della scienza del diritto amministrativo è rintracciabile, in buona sostanza, in ciò che, dalla teoria della volontà generale di Rousseau alla Rivoluzione francese si consuma quell'importante cesura tra la persona fisica del *princeps* e l'interesse dello Stato[53], con l'avvertenza che l'interesse soggettivato del Re si trasfigura nell'utilità desoggettivata dello Stato[54], il cd. interesse pubblico — tipizzato attraverso il principio di legalità dell'azione[55].

Così, l'accentramento delle "funzioni pubbliche", o meglio, i tentativi di riorganizzazione degli apparati burocratici, sortiti dai sovrani del Cinque-Seicento, risultano certo significativi, se letti in chiave di graduale

---

sussidiarietà delle istituzioni, Padova, 2006, p. 53); cfr. L. FRANZESE, *Il contratto*, cit., p. 102, che si riferisce alla lettura offerta da P. VIRGA, *Contratto (teoria generale del contratto di diritto pubblico)*, cit., p. 983. Il che sembra condurre ad esiti aporetici…. Cfr anche G. ARENA, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Roma-Bari, 2006, X. Sull'ipotesi secondo cui «almeno alcuni poteri (potere di fare le leggi, adottare provvedimenti in esecuzione di esse, tali da vincolare unilateralmente i privati, pronunziare sentenze che decidono sulle controversie in ordine all'applicazione della legge, ecc.) esclusivi dello Stato o degli enti equiparati non possono mai, nel vigente ordinamento, essere attribuiti ai privati» (A. CERRI, *Potere e Potestà*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, XXII, Roma, 1930).

[51] L. FRANZESE, *Il contratto*, cit., p. 15. cfr. anche G. BERTI, *Le antinomie del diritto pubblico*, in Diritto Pubblico, 1996, pp. 276 ss; P. BODDA, *Studi sull'atto amministrativo*, Torino, 1933, pp. 11-2.

[52] L. DIEUDONNÉ DI BORBONE, *Memorie di Luigi XIV. Le istruzioni del Re Sole al Delfino*, Torino, 1977, p. 57.

[53] E. H. KANTOROWICZ, *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Torino, 1989.

[54] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, in Jus. Rivista di scienze giuridiche, 2-1999, pp. 751-2.

[55] Su cui occorrerà pur ritornare in profondità.

trasformazione del potere "pubblico", cioè dello Stato; viceversa, di per sé, si rivelavano punto espressivi agli occhi dei contemporanei, i quali, in un'eloquente metafora di Niccolò Machiavelli, non potevano far altro che osservare, in qualità di soggetti passivi, l'evoluzione storica della sovranità[56].

L'interpretazione di quella serie di eventi che avrebbero condotto alla formazione dello Stato moderno deve essere associata alla evoluzione storica delle forme di Stato, a partire dal superamento dell'universo feudale; in quel passaggio si ritrova da una parte il tema dell'accentramento e del contingente sviluppo di un apparato (*ante litteram*) amministrativo; dall'altra, per effetto della causa cennata orora, si perviene ad una ridefinizione dell'attività di "governo", con riferimento specifico alle finalità di essa[57].

Entrambe le tematiche sono costitutive quindi di un unico movimento, che deve essere spiegato con qualche cautela, dacché in esso e grazie ad esso si dispiega la connessione tra i concetti di funzione, interesse e, ancor prima, "potere unitario vincolante per il diritto" — con evidente riferimento alle dinamiche più recenti del diritto amministrativo moderno. Il nesso lo si ritrova grazie a Gregorio Arena, che si riferisce alla convivenza, nel nostro sistema, di due modelli di amministrazione: l'uno fondato sul binomio autorità-libertà, «quello dell'amministrazione tradizionale che autorizza, ordina, concede, regola, che usa, cioè come principale strumento di intervento il potere amministrativo», l'altro fondato sul bipolarismo di funzione-interesse, che è «il modello dell'amministrazione di prestazione, che eroga servizi, fornisce prestazioni, dispensa benefici:è quel settore dell'amministrazione in cui ciò che veramente conta non è tanto l'esercizio del potere, quanto lo svolgimento in maniera imparziale ed efficiente di una funzione che è pubblica perché di interesse generale, non perché svolta da un'amministrazione»[58].

---

[56] A dire il vero, Machiavelli collega la capacità di giudizio storico alla posizione, o meglio allo *status*, facendo intendere che il protagonista del processo storico è il Principe, mentre a tutti coloro i quali dimorano *in questi luoghi bassi* è solo consentito di osservare lo svolgersi degli avvenimenti, senza interferire: «perché così come coloro che disegnano e' paesi si pongono bassi nel piano a considerare la natura de' monti e de' luoghi alti e, per considerare quella de' luoghi bassi, si pongono alto sopra' monti, similmente, a conoscere bene la natura de' populi, bisogna essere principe, e, a conoscere bene quella de' principi, conviene essere populare» (N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, Torino, 1995, p. 5).

[57] R. SCHULZE, *La "policy" in Germania*, in Filosofia Politica, 1-1988, p. 76.

[58] G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, 117/118-1997, p. 30.

3. *Cenni di storia dell'evoluzione delle forme di Stato* — Appare ora piuttosto evidente, considerato l'oggetto della presente ricerca, che riflettendo intorno al tema delle forme di Stato, non è possibile evitare di segnalare i fattori di graduale continuità riscontrabili nella progressiva organizzazione dei poteri statuali.

Fissando l'attenzione su quel periodo della storia europea in cui si afferma lo Stato di Polizia, passando attraverso la forma di Stato patrimoniale, è possibile leggere questi passaggi come fossero il preludio ad una concezione moderna del potere: effettivamente vi è chi, come Vincenzo Piano Mortari, scorrendo la storia delle istituzioni statuali europee, rileva che «la tendenza ad instaurare un regime giuridico nuovo era implicita nel più generale programma di trasformazione delle strutture e delle istituzioni dello Stato medievale delineatosi al principio del Cinquecento»[59].

Senza dubbio la novità più evidente consiste nella concentrazione del potere pubblico, e in quell'«esigenza dell'unità politico-amministrativa dello Stato» che combacia, naturalmente, con «le principali aspirazioni del re e dei

[59] V. PIANO MORTARI, *Itinera Juris*, cit., p. 81. Santi Romano, in una celebre Prolusione, ha notato che «mediante una lunga serie di avvenimenti e attraverso infinite e sottili modificazioni nella compagine intima della società, così d'ordine economico come d'ordine morale, venne consolidandosi ed imponendosi il principio, che doveva prima apparire già vigoroso, ma non pienamente maturo, del cosiddetto Stato di polizia, e culminare poi nella figura dello Stato moderno»; il principio in questione consiste in ciò che «lo Stato, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono è un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza che è la forza del diritto» (S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in S. ROMANO, *Scritti minori*, 1, Milano, 1990, p. 381). Questo è, secondo l'illustre parere di Santi romano, l'unico sistema attraverso il quale è permesso allo Stato di sorpassare «la caduca esistenza degl'individui, pure essendo composto di uomini» (ID., ibid.). Francesco Calasso introduce una nozione di Rinascimento medievale — compreso tra l'XI ed il XII secolo — contrapposta a quella, in senso proprio, risalente al XV e XVI secolo, definita Rinascimento moderno; specificando che «in realtà, ci troviamo di fronte a due fenomeni completamente e lontani per la genesi, per le forme, per lo spirito». La differenza risiede in ciò che «il Rinascimento medievale ha interessato e reso solidali e cospiranti tutte le forze vive, ideali e pratiche, e le ha convogliate alla costruzione di un mondo che, superando ogni confine di patrie politiche tendeva a realizzare l'ideale della *patria communis* e tutta un'interpetazione della vita vi si rispecchiava; il Rinascimento moderno ha rappresentato la lussureggiante e sorprendente fioritura di un mondo in disfacimento, e quasi la reazione agli ideali che si dissolvevano, mentre i confini politici tornavano ad ergersi minacciosi come non mai e l'Italia perdeva la sua indipendenza» (F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., p. 38). Ma, al di là delle distinzioni, pur di elevato interesse, tracciate dal Calasso, si vuole riportare un commento dello stesso Autore, secondo il quale «la fase veramente creativa del Rinascimento medievale si conclude a cavaliere del Trecento, e questo secolo preannuncia in pieno ed avvia la crisi finale del Medioevo e il trapasso all'età moderna, che sul cadere del secolo seguente sarà un fatto compiuto» (F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., p. 39).

suoi magistrati»[60]. Risulta così evidente un duplice movimento, ravvisabile da una parte nella tensione verso la concentrazione dei poteri in capo al soggetto virtuale-Stato, in antitesi alla partecipazione, tipica degli ordinamenti precedenti; dall'altra una separazione delle attività di carattere pubblicistico in diverse aree funzionali.

Michael Stolleis, in un bel capitolo del suo volume intitolato allo "Stato e Ragion di Stato nella prima età moderna", pone in evidenza il rapporto sostanziale che intercorre tra «legislazione e nascita dello Stato moderno», osservando che «la legislazione nel senso moderno della parola diventa possibile soltanto quando un legislatore sia in grado di imporre obblighi e divieti uniformi agli abitanti del proprio territorio e sappia farli rispettare almeno in linea di principio»; il che si sarebbe dimostrato del tutto impossibile «senza un minimo di centralizzazione, e tanto meno senza la pubblicazione delle norme e la ripetuta insistenza per farle ricordare; come neppure è pensabile senza una cancelleria e senza giuristi specificamente qualificati come mediatori»[61].

Altresì, mette in luce lo storico tedesco del diritto pubblico moderno, proponendo una considerazione che sembra riassumere i travagli di un'intera epoca, «la norma emessa dal sovrano è essa stessa lo strumento volto a creare la centralizzazione e la fungibilità dell'apparato amministrativo»[62].

E prendendo le mosse proprio dall'organizzazione dell'apparato statuale, tenendo bene a mente le parole dello Stolleis, può risultare utile confrontarsi con la tesi sostenuta in una celebre monografia di *storia del diritto pubblico*, in cui si afferma che «lo Stato di polizia come "tipo" di Stato non è mai esistito: è esistito, invece, un periodo dello Stato assoluto, caratterizzato, da un lato da uno sviluppo prodigioso — nei confronti beninteso del tempo precedente — dell'attività amministrativa, dall'altro da una intromissione ancor più arbitraria ed oppressiva di prima della pubblica Autorità nella vita privata»[63].

---

[60] V. PIANO MORTARI, *Itinera Juris*, cit., p. 82. Cfr. anche l'interessante N. MATTEUCCI, *Jean Domat. Un magistrato giansenista*, Bologna, 1959, pp. 9 ss.
[61] M. STOLLEIS, *Stato e ragion di Stato*, cit., p. 146.
[62] M. STOLLEIS, *Stato e ragion di Stato*, cit., ibidem.
[63] E. BUSSI, *Dallo Stato patrimoniale allo Stato di polizia (Studio di storia del diritto pubblico)*, Como, 1943, p. 88. cfr R. VON MOHL, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsatzen des Rechtsstaates*, 3 voll., Tubingen, 1832-4; cfr. L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 176, che collocano «il passaggio dallo Stato di polizia allo Stato a pubblica amministrazione», nel Settecento. In quel periodo si può assistere alla formazione di una «statualità nuova, che con una forza creatrice e volontaristica sconosciuta all'ordine antico»

Lo Stato di Polizia, in questa accezione, corrisponderebbe cronologicamente all'ultimo periodo dello Stato assoluto; ma sotto il profilo che qui più interessa, cioè dell'organizzazione amministrativa, il passaggio dallo Stato patrimoniale allo Stato di polizia — seppur all'interno di un unico periodo storico determinato dalla forma di Stato a monarchia assoluta — ha comportato un accrescimento di attività della Amministrazione, finalizzato ad una forma «arbitraria ed oppressiva» di controllo ed «intromissione» dello Stato, nella vita associata[64].

In questo senso, Luca Mannori rileva che «quando si parla della crescente "*main mise*" dello Stato sulla società nel corso dell'età moderna si pensa soprattutto al massiccio sviluppo di una penetrante regolamentazione nel corpo sociale attuata dai governanti e dai loro apparati in vista della miglior realizzazione possibile dell'interesse generale»[65], partendo dal presupposto che soltanto il soggetto pubblico può realizzare al meglio gli interessi della comunità[66].

Rivolgendosi alla tematica dei poteri del monarca nel *Polizeistaat*, Bussi conclude che «non vi ha alcuna sostanziale differenza tra Stato patrimoniale od assoluto e Stato di Polizia, poiché, sia in quello che in questo identici sono i principi cui si ispirano i rapporti tra il signore ed i suoi soggetti da un lato, tra il signore ed il territorio dall'altra»: lo dimostra il fatto che in entrambi i casi «i sudditi non sono partecipi della vita dello Stato, ma sono solamente oggetti dell'attività statuale»[67].

Tale lettura, non potendosi riferire alla distinzione tra lo Stato patrimoniale e lo Stato di polizia, considera l'intero periodo sotto la denominazione di Stato assoluto, nel quale «la polizia, voglio dire la amministrazione, prese un grandissimo rigoglio», dovuto alla «necessità di

---

sembra capace di «proiettare la propria meccanica istituzionale sull'assetto sedimentato e naturale dell''antica società di corpi». Cfr. anche J. Sonnenfels, La scienza del buon governo.

[64] O. BRUNNER, *Terra e potere. Strutture pre-statuali e pre-moderne nella storia costituzionale nell'Austria medievale*, trad. it., Milano, 1983, p. 214.

[65] L. MANNORI, *Per una "preistoria"*, cit., p. 405. cfr. la definizione di Polizia offerta da Loyseau; cfr. esemplificativamente C. MOZZARELLI, *Riflessioni preliminari sul concetto di "polizia"*, in Filosofia Politica, 1-1988, p. 13.

[66] L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico*, cit., pp. 15-6; L. ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1985, p. 7; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, p. 26.

[67] E. BUSSI, *Dallo Stato patrimoniale allo Stato di polizia*, cit, p. 84.

porre rimedio alla decomposizione atomica in cui era caduta la società e la vita del popolo, lungo i secoli dell'evo di mezzo»[68].

Interpretando ed emendando, per quanto possibile, l'insigne storico del diritto, c'è da evidenziare che nel periodo considerato difettavano sia un *potere unitario vincolante per il diritto* — e questo risulta in particolar modo quando Bussi riferisce della necessità di «porre rimedio alla decomposizione atomica» —, sia una nozione di *interesse generale*: se pertanto non vi è distinzione tra Stato di polizia e Stato patrimoniale sotto il profilo della forma di Stato e della conformazione del potere regio, certo non si possono non notare quelle modifiche che nel passaggio da una condizione di supremazia dell'interesse concreto del Principe — tutt'uno con l'interesse dello Stato, nel senso di una vera e propria concezione privatistica e patrimoniale del potere e delle finanze[69] — a quello generale dello Stato — nel quale astrattamente viene incorporato quello della Corona — sembrano tutte dirette all'espansione, ed all'affermazione dell'amministrazione pubblica.

Insomma, da una condizione personificata di supremazia, ad una concezione spersonalizzata del potere e degli apparati istituzionali.

La convergenza ed immedesimazione materiale del patrimonio del Principe e di quello dello Stato — che tendevano a ridurre «tutti i bisogni dello Stato a quelli del Signore e della sua casa» mentre venivano tralasciati «i bisogni pubblici, vale a dire della collettività» — avevano comunque come contraltare una diffusione policentrica dell'esercizio di «un certo numero di funzioni, che noi oggi siamo abituati a vedere esercitate dallo Stato», e che

---

[68] E. BUSSI, *Dallo Stato patrimoniale allo Stato di polizia*, cit, pp. 86-87. V. anche S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 381. Rispetto al tema della "decomposizione atomica", Gino Gorla parla di «sbriciolamento della sovranità quale confusione fra diritto privato e diritto pubblico, decentramento, autonomia locale», spiegando che «tale si può definire anche con una certa ragione, perché in termini familiari a noi moderni, la sovranità, il diritto pubblico rappresentano il momento del diritto originario, della personalità originaria» (G. GORLA, *Commento a Tocqueville*, cit., p. 31). V. anche G. BERTI, *Stratificazioni del potere e crescita del diritto*, in Jus. Rivista di scienze giuridiche, 3-2004, pp. 297-8.

[69] Tanto da far dire a Gerber che «non c'era neanche da parlare perlopiù di un'efficacia del potere statale uguale per tutte le classi di sudditi» (C. F. VON GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, ora in *Diritto Pubblico*, trad. it., Milano, 1971, p. 10) — arrivando a sostenere che lo Stato patrimoniale «non è un vero e proprio Stato, ma soltanto una somma di diritti sovrani, di origine storica, fondati su di un titolo di diritto privato, che dovevano stare in luogo del potere statuale» (ID., pp. 8-9). Cfr. G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno*, cit., pp. 46 ss. cfr. L. DIEUDONNÉ DI BORBONE, *Memorie di Luigi XIV. Le istruzioni del Re Sole al Delfino*, cit.

invece «venivano esplicate da altre organizzazioni, le comunità di villaggio, poi successivamente libere associazioni, ma soprattutto la Chiesa»[70].

Dimostrando quindi una profonda continuità con l'ordinamento giuridico feudale, in cui la sovranità risulta divisa in una moltitudine "alluvionale" di centri di potere, intermedi tra l'aggregazione societaria e l'organizzazione centrale[71], dove «è l'umanità stessa dell'individuo che si traduce naturalmente nell'attività e ordinata partecipazione alla vita della comunità»[72].

Un attento studioso ha suddiviso in due fasi successive l'evoluzione anzidetta: «quella del superamento esterno dell'universalismo, del policentrismo e del pluralismo medievali (momento di emersione delle nuove unità politiche con vasta sfera d'azione territoriale: seconda metà del XIV secolo-prima metà del XVI) e quella del superamento interno degli elementi residuali di quei

[70] E. BUSSI, *Dallo Stato patrimoniale allo Stato di polizia*, cit, p. 26. E. ROTELLI-P. SCHIERA, *Introduzione*, in E. ROTELLI-P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. 1, cit., pp. 11-12. Sul passaggio da una dimensione "policentrica" dell'esercizio delle funzioni riguardanti la vita comunitaria, ad un'altra, viceversa monolitica nell'affermare l'amministrazione diretta dello Stato centrale sulla subordinata società civile, si rimanda al capitolo successivo.

[71] Paolo Grossi, tracciando un ficcante parallelo tra l'epoca medievale e quella moderna, regala al lettore un affresco molto incisivo: «la storia, soprattutto quella meno recente, ci propone esempi di organizzazione giuridica risolta all'insegna della più ampia e rigorosa pluralità di ordinamenti, con un recupero della produzione giuridica alla pluralità della forze dell'esperienza e con il risultato di una costruzione del diritto forse incerta, forse alluvionale, forse informe, ma straordinariamente congeniale alle istanze reali di quelle forze, con un meccanismo di fonti non soffocato nella sola forma legislativa, ma aperto in una articolazione giurisprudenziale, dottrinale e soprattutto consuetudinaria» (P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2002, p. 21). Però mettere in evidenza il rapporto rescritto-eteroregolamentazione, con rimando al secondo capitolo.

[72] P. COSTA, *Civitas*, cit., p. 24. Peraltro è lo stesso Pietro Costa a far notare che «siamo ben lontani dall'associazione, per noi familiare, fra partecipazione, consenso, meccanismi elettorali e relativi diritti» (ivi, ibidem); sembra anzi interessante notare come, giusta la coppia paradigmatica di partecipazione/concentrazione di cui si è già detto, sia soltanto attraverso il movimento di concentrazione che, gradualmente, sono stati diffusi ed elargiti i diritti di cittadinanza. In un volume intitolato alla "*Storia del diritto amministrativo*", si mette peraltro in luce che lo Stato moderno «si è costruito e si è celebrato da sempre come l'antitesi di un passato medievale immaginato di preferenza come luogo del disordine e della precarietà, sede di particolarismi esasperati, di poteri privatizzati, di endemiche lotte fazionali, e via enumerando»; proprio per questo motivo «l'affermazione dello Stato è sembrata perciò far tutt'uno con la costruzione di un'amministrazione centralizzata e spietatamente autoritaria, chiamata a spezzare le mille resistenze che si opponevano alla duplice emersione di un potere effettivamente "pubblico" e di una società civile di tipo contemporaneo» (L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 11-2). Gli Autori anzidetti ricavano peraltro l'inesistenza di «alcunché di simile al diritto amministrativo contemporaneo» nel mondo concettuale dello Stato premoderno»: sottolineando che «l'area che in seguito sarà occupata dal diritto amministrativo era frazionata in una pluralità di statuti giuridici differenziati, come differenziati erano i soggetti che in un modo o nell'altro provvedevano a curare gli interessi collettivi» (L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 71).

modelli di organizzazione (la fase propriamente assolutistica: dalla seconda metà del XVI secolo in avanti)»[73].

Ciò significa che la fase di superamento del policentrismo proprio dell'ordine giuridico medievale, corrisponde alle prime forme di organizzazione amministrativa necessaria allo svolgimento di funzioni in precedenza esercitate, come ricorda Paolo Grossi, da quelle autonomie che costituivano il nerbo del sistema feudale. Tanto da condurre a quello Stato assoluto «dal quale il nostro Stato presente ha tratto inevitabilmente le proprie principali caratteristiche strutturali e funzionali»[74] e che inevitabilmente tendeva a proporsi in qualità di Stato amministrativo.

In questo senso si può tranquillamente affermare che «la caratteristica dello Stato, in seguito alle sollecitazioni assolutistiche, è data dal fatto che questa concentrazione e questa unificazione del potere avvengono all'insegna di una sempre maggiore razionalizzazione del suo esercizio al fine di ottenere una maggiore efficienza: abbiamo così una progressiva differenziazione degli uffici burocratico-amministrativi, con la conseguente specializzazione dei diversi ruoli»[75]. Nicola Matteucci rintraccia in questa riflessione lo spunto per poter ravvisare la separazione, il dualismo, addirittura «la tensione tra Stato e Società: il primo è "artificiale", perché costruito con apparati burocratici, la seconda "naturale", dato che era stata sempre intesa e sentita come un corpo»[76], con la conseguenza, ovvia, che lo Stato, *machina machinarum*, è in grado di stabilire i parametri validi per l'integrazione umana mediante un'opera di controllo sociale senza precedenti[77].

---

[73] A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., pp. 69-70. L'assolutismo potrebbe però essere valutato alla stregua di «una variabile interveniente, la quale accelera — in modo diverso e in tempi diversi a seconda dei diversi paesi — processi istituzionali già in svolgimento» (N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, cit., p. 18).

[74] F. BENVENUTI, *Autotutela*, in Enciclopedia del Diritto, IV, Milano, 1959, p. 538. Il Bussi arriva a dire che «allo stesso modo che non esiste differenza tra lo Stato assoluto e quello di polizia, non esiste nemmeno una linea netta di demarcazione fra questo e lo Stato così detto di diritto, che sarebbe quello ove (…) si realizza il governo delle leggi al posto del governo degli uomini» (E. BUSSI, *Dallo Stato patrimoniale allo Stato di polizia*, cit, pp. 85-86).

[75] N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, cit., p. 19.

[76] N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, cit., ibidem.

[77] Natalino Irti, in un recente articolo sul tema dell'artificialità dello Stato, *machina machinarum*, conclude che «Stato e leggi non appartengono al mondo della natura, all'esterna datità (ancorché possano imitarla e riprodurla), ma ad una vita artificiale, ai prodotti decisi dalla volontà e costruiti secondo la ragione calcolante degli uomini» (N. IRTI, *Lo Stato: machina machinarum*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2-2004, p. 312). E tanto più, quasi ad adombrare il binomio autorità/libertà, Bussi rileva «tra l'ordine pubblico che è da conservare e la libertà civile degli individui che pure è da guarentire», il formarsi di «una intima contraddizione che fece apparire la Polizia, cioè la amministrazione, come la naturale nemica

Si scorge in questo modo che l'unitarietà del diritto nella sua positività — da relazionare al processo di allocazione della potestà "pubblica" in un unico soggetto produttore, lo Stato — e l'invenzione storica di un interesse definibile come generale, viaggiano su binari paralleli e costituiscono il substrato sul quale si innesta, poi, la forma-Stato moderno.

In questo istante si cerca di vivisezionare la vicenda storica, passando al setaccio i dati dell'esperienza, e ci si rivolge alla nascita ed allo sviluppo delle funzioni pubbliche, dall'originaria frammentazione sino all'affermazione di un effettivo "potere unitario vincolante per il diritto", lo Stato moderno, unico centro produttivo, detentore di tutti i poteri — schematizzato nella fulgida interpretazione di John Locke, dapprima, sino alla sistematizzazione operata da Montesquieu[78] — e materialmente titolare di tutte le funzioni in cui si esplica la cura dell'interesse generale. Ma, occorre insistere, i primi tentativi di accentramento amministrativo, non corrispondono alla nascita del diritto amministrativo, né alla configurazione di uno Stato moderno, per la quale occorre invece attendere la procedimentalizzazione dell'*actus principis* attraverso la totale funzionalizzazione degli interessi.

Persino uno storico come il Mitteis, che pur ritrova nel "diritto feudale" «uno Stato autentico, in cui il sovrano, nella sua veste di capo del popolo a lui legato da vincoli di fedeltà, manteneva il potere statale nel vero senso della parola»[79], non può non rilevare come «un esame delle origini storiche della vita statale in Europa non deve però partire da quel concetto di Stato, rigidamente dogmatico, che ha dominato a lungo la scienza politica moderna; ma che non trova rispondenza di fronte alla realtà dei fatti»; tanto più «lo storico non può

---

del privato» (E. BUSSI, *Dallo Stato patrimoniale allo Stato di polizia*, cit., p. 87); una prima formulazione, insomma, del paradigma bipolare, che si può ritrovare addirittura, come si vedrà tra poco, tra le pagine di Marsilio da Padova (cfr. R. SCHULZE, *La "policy" in Germania*, cit., p. 73); Sabino Cassese sottolinea come «secondo il punto di vista tradizionale, lo Stato ed il diritto pubblico sono dominati dal conflitto Stato-cittadino, due poli irriducibili e in contrasto tra di loro», che è appunto il disegno di quello che è stato definito dallo stesso Autore come "paradigma bipolare", intorno al quale «si sono formati e sviluppati i modi dello studio e del sapere giuridico, per cui può dirsi che ogni pur remoto suo angolo è influenzato da questa fondamentale contrapposizione» (S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 77).

[78] V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in Studi Urbinati. Serie A, Rivista di scienze giuridiche, 1939, p. 76; L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 146 ss. M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., p. 745.

[79] H. MITTEIS, *Le strutture giuridiche e politiche dell'età feudale*, Brescia, 1962, pp. 512-3, arrivando in conclusione a sostenere che «tra le prerogative sovrane vi era anche la posizione di feudatario supremo, per cui anche il diritto feudale fa parte, secondo l'uso linguistico moderno del diritto pubblico o sovrano medievale» (ibidem).

sperare di trovare già riuniti nel Medioevo tutti quegli elementi che caratterizzano lo Stato Moderno»[80].

Elementi che, appunto, definiscono in modo pervasivo la nuova forma di organizzazione centralizzata ed accentratrice, assoluta e sovrana[81], ma che rappresentano solamente l'inizio di un processo storico-giuridico, sfociato, nel

[80] H. MITTEIS, *Le strutture giuridiche*, cit., p. 15; vale qui la nozione "storico-tipologica" di Stato moderno offerta da Nicola Matteucci in un celebre lemma della Enciclopedia del Novecento (vol. XII, Roma, 1984) secondo la quale caratteristica primaria dell'impianto statuale è quella del «monopolio del politico», che conduce ad una «identità tra lo Stato e il politico»; le implicazioni sono notevoli, e comportano l'esercizio del suddetto monopolio «attraverso procedure e mezzi razionali: da un lato il diritto che stabilisce norme astratte, generali e impersonali, per evitare ogni forma di arbitrio e, dall'altro, un'amministrazione burocratica, basata sulla gerarchia e sulla professionalità: tutto questo garantisce la legalità, cioè l'obiettività e la prevedibilità del processo politico-amministrativo» (ora in N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, cit., p. 15). Per una panoramica, L. BLANCO, *Note sulla più recente storiografia in tema di Stato moderno*, in Storia Amministrazione Costituzione (Annale I.S.A.P.), 2-1994, pp. 262 ss. v. anche M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in Enciclopedia del Diritto, XLVII, Milano, 1990, p. 708. v. O. BRUNNER, *Terra e potere*, cit., pp. 157 ss., 162, 199. Cfr. G. POGGI, *La vicenda dello Stato moderno*, Bologna, 1978, p. 50 e p. 63, nota 11, che accomuna il Mitteis e Theodor Mayer in quanto esegeti di una posizione anacronistica all'interno della «diatriba storiografica in merito all'opportunità di designare come "stato" il sistema feudale di dominio»; cfr. la recensione fortemente critica di C. ANTONI, in Studi Germanici, V, 1941. V. a titolo esemplificativo T. MAYER, *I fondamenti dello Stato moderno tedesco nell'Alto Medioevo*, in E. ROTELLI-P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. 1, Bologna, 1971, pp. 21-50, che però a proposito dello "Stato per associazioni personali", cui a suo avviso è riconducibile l'intera esperienza giuridica medievale, dice: «tuttavia ci si trova sempre davanti ad uno Stato fondamentalmente diverso dallo Stato moderno e che non può essere misurato col metro dello Stato del XIX secolo, come se quest'ultima fosse l'unica e più vera forma di Stato» (ivi, p. 27): nello Stato moderno, recita icastico lo storico tedesco, «il carattere istituzionale si è sviluppato a tal punto da renderlo uno Stato di dominio territoriale monastico. Esso non riconosce all'interno del territorio da lui dominato nessun diritto e nessuna funzione statale che non siano stati da esso stesso conferiti o derivati. Al suo interno non esiste alcun ceto con diritti e funzioni sovrane autonome. I diritti sovrani sono esclusivamente diritti statali il cui esercizio viene fondamentalmente curato da organi statali; perciò lo Stato moderno si situa su un piano totalmente diverso e non è possibile pensare che si sia potuto sviluppare semplicemente dallo Stato del primo Medioevo (ivi, p. 29). Ancora, v. F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., pp. 36 ss. F. ORESTANO, *Filosofia del diritto*, Milano, 1941, p. 236. Sul sistema feudale, oltre ai celebri saggi di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006, ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, ID., *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968, v. anche F. L. GANSHOF, *Qu'est-ce que la féudalité*, Bruxelles, 1957. Cfr infine l'interessante posizione di Paul Amselek, che nota quasi di passaggio come risulti fuorviante «réserver (…) cette notion d'État aux seuls États-nations de l'époque moderne»: tra lo Stato moderno e le forme di statualità premoderna, secondo il professore dell'Università parigina di Diritto, economia e scienze sociali, «il n'y a pas plus de fossé infrachissable entre les deux qu'il n'y en a, en dépit d'une autre idée couramment répandue et particulièrement tenace dans la littérature juridique entre les règles ou normes générales et les règles ou normes individuelles ou particulères : c'est le même paralogisme, précisement, la même confusion de l'espèce et du genre, qui amène à soutenir que seules les règles ou normes générales sont des règles ou normes et que seuls les États des sociétés politiques-nations sont des États» (P. AMSELEK, *Peut-il y avoir un état sans finances?*, in Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Mars-Avril 1983, p. 269).

[81] Cfr ancora L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 166 ss: ad esempio per un *excursus* sulla concezione volontaristica ed individualistica dell'interesse generale sviluppatosi con la rivoluzione Francese: si rimanda al secondo capitolo.

passaggio tra il XIX ed il XX secolo, in quello *Stato moderno amministrativo*[82], le cui caratteristiche debbono essere qui ricostruite con riguardo all'evoluzione, complanare, delle funzioni pubbliche[83].

Anzi, si potrebbe aggiungere che il passaggio da una situazione di proliferazione, tipica dell'evo di mezzo, delle fonti e dei centri di produzione — ed attuazione *lato sensu* amministrativa — ad una sostanziale uniformità degli stessi, che caratterizza, invece, la struttura dello Stato moderno, come si è già detto, non è stato né immediato, né netto[84]. Alcuni Autori scorgono nella rivoluzione francese l'avvenimento storico in grado di recidere il legame del *nouveau régime* con l'antico ordine delle autonomie e dei privilegi, sino ad esprimere, l'«esigenza di un ripudio integrale delle istituzioni giuridiche tradizionali, e la necessità della codificazione, intesa come formazione di un ordine giuridico nuovo, conforme a ragione e giustizia, senza contraddizioni e senza lacune»[85]. Che avrebbe sicuramente condotto — dacché ne conteneva in nuce il presupposto teoretico — ad una sempre crescente moltiplicazione quantitativa della legislazione, una vera e propria «elefantiasi del diritto positivo scritto», favorita e motivata da un parallelo graduale aumento delle funzioni dello Stato nelle più disparate materie della vita associata.

---

[82] Su cui è intervenuto ad esempio Hans Kelsen, definendo lo Stato moderno, appunto, in quanto Stato amministrativo. Sul pericolo insito nella trasformazione dello Stato sociale in Stato amministrativo, F. P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 4-1971, p. 1470; A. SCOGNAMIGLIO, *Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimento amministrativo*, nella medesima Rivista cit., 1-1983, p. 290.

[83] Guido Astuti (*La formazione dello Stato moderno*, cit., pp. 16 ss) propone un'interessante riflessione intorno ai caratteri tipici ed essenziali dello Stato moderno; essi sono l'indicazione dello Stato quale ordinamento giuridico primario, sovrano, esclusico, unica fonte del diritto, la conseguente considerazione della attività legislativa quale unica fonte di produzione, la qualificazione, nelle esperienze costituzionali dell'Europa occidentale, dello Stato, come Stato di diritto.

[84] E proprio con riferimento a questo sviluppo Guido Astuti arguisce che «anche nell'età dell'assolutismo e nei maggiori Stati europei, la legislazione monarchica non conseguì mai importanza e funzione preminente nel sistema delle fonti giuridiche, di fronte alla complessa realtà degli ordinamenti positivi, vigenti spesso da secoli» (G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno*, cit., p. 21).

[85] G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno*, cit., p. 22. Bisogna in ogni caso esprimere tale cesura in modo piuttosto guardingo, giusta la posizione dei Richet che punta al rifiuto del metodo ipotetico deduttivo nelle analisi e ricostruzioni storiche; in fondo «la polizia non [è] un escogitato de'moderni legislatori, ma un bisogno tanto antico quanto la stessa società civile», anche se «non t'incontrerai facilmente nel vocabolo percorrendo l'istoria civile de'popoli, ma rinverrai certamente l'idea in altri termini espressa. Forse ancho spesso in tempi di minore sviluppo la polizia venne colla giustizia confusa; ma ciò non fa ostacolo alla sua vecchia esistenza» (R. ZERBI, *La polizia amministrativa municipale del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1846, p. 30).

Così il problema, o meglio il problema dei problemi dello Stato moderno, riguarda «l'estensione nei campi più vari, e soprattutto in quello economico-sociale, della funzione amministrativa, e quindi il continuo sviluppo quantitativo e qualitativo degli organi della pubblica amministrazione, cioè della cosiddetta burocrazia»[86].

Il parallelismo tra lo sviluppo di una concezione moderna dello Stato e la nozione di funzioni pubbliche si invera nel perseguimento di un interesse generale per mezzo di un apparato amministrativo subordinato ad un centro di produzione del diritto che via via cerca di avocare a sé tutti i poteri frammentati in una miriade di enti e formazioni sociali il cui esercizio di funzioni risente ancora di un impianto feudale nella spartizione del potere.

In altre parole il perseguimento di interessi generali — che diviene la finalità esterna della nuova fase, detta di "Polizia" — rende imprescindibile la funzionalizzazione delle attività dello Stato[87].

Perdipiù, l'affermazione del Bussi secondo cui l'incuria dei bisogni della comunità ha reso necessario l'intervento di soggetti diversi dallo "Stato", per l'esplicazione degli stessi, rende più chiara la connessione tra diritto e società, empiricamente immersa nell'esperienza per il tramite delle funzioni amministrative.

Al fine di accostarsi alla tematica dell'accentramento organizzativo, sembra doveroso tenere a mente i due momenti della invenzione e della definizione della nozione di autorità.

Ricordando ancora una volta il contributo di Emilio Bussi, si nota che in un capitolo del celebre studio di storia del diritto pubblico viene esposto un breve elenco di elementi della trasformazione dello Stato patrimoniale. La partizione compendia fattori filosofico-religiosi[88] (cioè la Riforma Protestante e le sue conseguenze), di natura politica, di natura giuridica e di indole amministrativa.

---

[86] G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno*, cit., p. 27. cfr. Pastori sulla burocrazia; O. BRUNNER, *Terra e potere*, cit., p. 199.

[87] G. GORLA, *«Iura naturalia sunt immutabilia»*, cit., p. 631.

[88] È stato Harold Lasky a spiegare che «the modern state is, clearly enough, the offspring of the Reformation, and it bears upon its body the tragic scars of that mighty conflict» (H. LASKY, *Authority in the modern state*, Archon Books, 1968, p. 21); emblematicamente egli continua a dire che «the state, for instance, to its members, is essentially a great public service corporation» e ciò che bisogna chiedersi non è tanto «what the state set out to do, but what, in historic fact, has been done in its name» (ID., p. 31).

Ed è proprio in questo ordine di ragionamenti che si può affermare, con Mario Galizia, che «il pensiero politico giuridico del XVI secolo, se è il punto di partenza del mondo moderno, è anche e soprattutto il momento culminante di tutta l'elaborazione medievale, a cui è intimamente collegato»[89].

3.1. *L'unico centro: invenzione e definizioni dell'Autorità* — Prima di passare all'analisi di quei passaggi del pensiero politico-giuridico che hanno contribuito alla trasformazione, è necessario spiegare, seppur brevemente, per quale motivo ci si riferisce proprio alla nozione di autorità[90]. La scelta, non certo casuale, deriva dalla constatazione che qualsiasi discorso sul diritto pubblico, in epoca moderna, non può prescindere dal paradigma fornito dai termini autorità e libertà[91].

Non solo. Il diritto amministrativo, la nozione di funzione, non possono assolutamente prescindere dall'autorità: essa spiega i caratteri tipici del provvedimento amministrativo (unilateralità, autoritatività, esecutorietà)[92],

---

[89] M. GALIZIA, *La teoria della sovranità. Dal Medioevo alla rivoluzione francese*, Milano, 1951, p. 127. Enrico Bussi ha icasticamente commentato: «una idea che lo Stato di polizia ha lasciato in eredità allo Stato moderno è, a mio avviso, quella espressa dai suoi teorici, i quali credevano nella onnipotenza della legislazione e nei benefici della medesima» (E. BUSSI, *Dallo Stato patrimoniale allo Stato di polizia*, cit., p. 92) — laddove, come si è già spiegato, il Bussi rintraccia nello Stato di polizia l'ultima fase dello Stato assoluto, prodromico alla formazione dello Stato moderno. Di certo è evidente il passaggio dalla "onnipotenza della legislazione" al mito della legislazione universale, proprio del periodo illuministico e sfociato nei grandi progetti di codificazione del decennio 1794-1804. A ciò si può aggiungere che, «movendo da terreno della *prudentia civilis* e dalla dottrina luterana dell'autorità, la polizia assume contenuti sostanzialmente nuovi, più marcatamente normativi e istituzionali, a partire dall'indomani della guerra dei Trent'anni, per poi accompagnare tutto il percorso settecentesco dell'assolutismo illuminato» (L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 155); cfr., sul mito della legislazione universale, parallelo all'affermazione di una moderna nozione di pubblica amministrazione, L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 212. Guido Astuti spiega, in particolare, che il periodo delle guerre di religione, della Riforma e della Controriforma, è molto importante per quanto attiene la formazione dello Stato moderno, dacché in esso «si afferma l'esigenza del rispetto della libertà di coscienza e di culto dei singoli, e, successivamente la libertà religiosa come principio giuridico» capace di espandersi, costituendo «la base di tutte le altre libertà politiche e civili» (G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno*, cit., p. 127).

[90] La spiegazione, pur nella sua incompletezza, non può non tener conto del rilievo per cui il termine "autorità" «non ha significato tecnico preciso», e rimane, con riferimento all'autorità degli atti pubblici, «un'entità sfuggente e misteriosa» (A. ROMANO-TASSONE, *Brevi note sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in AA. VV., *Scritti per Mario Nigro, Volume Secondo, Problemi attuali di diritto amministrativo*, Milano, 1991, p. 365).

[91] H. LASKY, *Authority in the modern state*, cit.; V. E. ALFIERI, *Autorità e libertà nelle moderne teorie della politica*, Milano, 1947; C. LAVAGNA, *Autorità*, cit., p. 447; M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 290; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 77; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., pp. 24-5; R. DE STEFANO, *Il problema del potere*, Milano, 1962.

[92] C. LAVAGNA, *Autorità*, cit., p. 485 ss.

consente di distinguere, ex artt. 357-8 c.p. le funzioni dai servizi pubblici[93], permette infine di separare ciò che è privato da ciò che è pubblico, ricordando che «porre ordine nelle relazioni intersoggettive è dunque prerogativa di un soggetto altro rispetto ai privati, un soggetto autoreferenziale, capace di imporre norme ai consociati in quanto dotato della forza necessaria per sottomettere i recalcitranti»[94].

Quella forza è appunto l'autorità, «intesa come massima potestà di impero: cioè come somma di poteri originari e illimitati (almeno dall'esterno) del soggetto o dei soggetti che in ogni ordinamento, e nella maniera più diversa, possono incidere sugli innumerevoli rapporti umani, regolandoli (legislazione) o adattandoli alle norme preesistenti (amministrazione e giurisdizione)»[95].

Ancora, l'autorità è la forza connessa all'esercizio della sovranità da parte dello Stato: tanto che anticamente la dottrina canonistica considerava l'autorità in quanto elemento costitutivo del *genus* sovranità; in questa accezione, si soleva indicare negli attributi della *administratio* e della *auctoritas* le due diverse *species* costitutive della nozione di sovranità. Come ricorda Ennio Cortese nella voce redatta per l'Enciclopedia del diritto, l'*auctoritas*, «antico segno distintivo del Senato e del Principe, continuando a rappresentare la fonte carismatica e legittimante di ogni diritto di governo», si rendeva protagonista di un «sommesso rientro sulla scena dottrinale»[96], nel celebre binomio romanistico di *auctoritas-potestas*[97].

E pur rilevando che, nel diritto vigente, «la distinzione fra autorità dello Stato e sovranità è, infatti, solo esteriore, legata a circostanze più ideali che giuridiche»[98], come fa Carlo Lavagna, non si può certo mancare di evidenziare la diversa operatività dei due termini autorità e sovranità[99], annotando che la loro diversa storia conduce ad indicare con "autorità" il titolo che abilita lo Stato

---

[93] C. VITTA, *Autorità*, in Novissimo Digesto italiano, vol 1(2), Torino, 1957, p. 1564. cfr. L. M. GIRIODI, *I pubblici ufficiali e la gerarchia amministrativa*, in Primo Trattato completo di diritto amministrativo, vol. 1, Milano, 1900, p. 221 ss.

[94] L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, cit., p. 21. Sulla «capacità organizzatrice, ordinatrice della comunità» della libertà, F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., pp. 146-7.

[95] C. LAVAGNA, *Autorità*, cit., p. 481.

[96] E. CORTESE, *Sovranità*, cit., p. 217.

[97] E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Milano, 1964, pp. 207 ss.

[98] C. LAVAGNA, *Autorità*, cit., p. 481.

[99] F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Atti del XLVII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2001, p. 42.

ad intervenire nella eteroregolamentazione della società sottostante, mediante ricorso alla sovranità, che a partire dalla *fictio* dello Stato di diritto postrivoluzionario, appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti consentiti dall'ordinamento[100].

In questo senso opera l'art. 3 della "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" del 26 agosto 1789, sancendo cioè al primo comma che «il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella Nazione»[101], concetto astratto e virtuale attraverso il quale incanalare in modo diretto la cd. volontà generale che emergerebbe dal "corpo sociale", sino a raggiungere le più alte vette della sua espressione, il Verbo laico che è la legge (art. 6). È interessante notare, peraltro, come il secondo comma dell'art. 3 preveda che «nessun corpo o individuo può esercitare un'autorità che non emani espressamente da essa», cioè, ancora una volta, dalla Nazione[102].

Quindi, il principio della sovranità che risiede essenzialmente nel corpo sociale-Nazione è la sostanza della rappresentanza politica, la quale non ammette l'esercizio dell'Autorità da parte di singoli o formazioni esponenziali del singolo, se non autorizzato dalla legge[103], forma palpabile in cui si sostanzia l'elemento della volontà generale. Gino Gorla commenta, caustico, che «all'atto stesso in cui si diffonde l'idea che l'organo legislativo rappresenti la volontà generale, si manifesta la pericolosa tendenza a non porvi limiti, fuorché quelli imposti dal legislatore a sé stesso, appunto perché questi rappresenta quella volontà generale che non può sbagliare»[104].

In altri termini, il popolo risulta quindi attributario della sovranità, per l'esercizio della quale, però, non è dotato di Autorità, il che significa che l'entità astratta "popolo", a differenza dello Stato, non può imporre il proprio giudizio

---

[100] E. CORTESE, *Sovranità. a) Storia*, in Enciclopedia del Diritto, XLIII, Milano, 1990, p. 216 ; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., p. 27; A PALERMO, *Provvedimenti (teoria generale)*, cit., p. 401, sull'art. 1 Cost. cfr. R. DAVID, *La souverainété et les limites juridiques du pouvoir monarchique du IX au XV siècle*, Paris, 1954, spec. pp. 16-86.

[101] Per un interessante *excursus* sul rapporto tra Stato moderno ed idea della nazionalità, v. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Torino, 1967, pp. 246 ss.

[102] R. MARTUCCI, *1789. La Repubblica dei foglianti. Dal re d'antico regime al primo funzionario dello Stato*, in Storia Amministrazione Costituzione, Annale I.S.A.P., 1-1993, pp. 80 ss., commenta: «con la *Déclaration des droits* poteva dirsi chiusa la partita con l'antico regime istituzionale, nel senso di una transizione della sovranità dal re ad un nuovo soggetto politico collettivo».

[103] V. MARSILIO DA PADOVA, *Il difensore della pace*, Torino, 1975, di cui si parlerà nelle prossime pagine; cfr. A PALERMO, *Provvedimenti (teoria generale)*, cit., p. 402.

[104] G. GORLA, *Commento a Tocqueville*, cit., p. 224.

in maniera vincolante ed autoritativa[105]. Il rapporto tra l'ente-Stato e la compagine societaria risulta così asimmetrico e ricorda l'istituto privatistico della rappresentanza indiretta, ovvero lo schema del mandato senza rappresentanza (artt. 1705 ss. cc.): la sovranità, si dice, appartiene al popolo, che però non dispone di alcuno strumento per renderla vincolante; dal momento che l'efficacia di un potere viene misurata in base alla vincolatività e coercibilità ad essa connessa, la riflessione giuridica moderna, quando si accosta al tema della sovranità popolare sembra condannata ad imbattersi in un'aporia[106]. Del resto lo stesso Lavagna è costretto ad ammettere che «è più corretto definire la sovranità come una qualità dell'autorità statale, distinguendosi appunto quest'ultima, fra tutte le autorità, per il fatto di essere sovrana, cioè superiore ad ogni altra o, quanto meno, indipendente»[107].

3.1.1. *Da Marsilio al crollo dell'Antico Regime* — L'emersione, nel diritto pubblico ed amministrativo, di una nozione di autorità in grado di superare la complessa articolazione dei poteri tipica dell'evo di mezzo, è certamente da leggersi in quanto storia dello Stato moderno, alla stregua di un «itinerario della salvezza in versione secolarizzata»[108].

Resta da rintracciare il *locus* della anzidetta trasformazione, ovvero i *loci* nei quali si possano intravedere dosi di lievito sufficienti a far fermentare il composto. A mio giudizio è necessario partire dalle prime messe in discussione dell'universalismo di origine medievale, sufficienti, per sé sole, a porre in crisi un sistema e contestualmente a costruirne un altro, nuovo.

---

[105] Ci si trova d'innanzi all'ennesima dimostrazione della pervasività insita nel rapporto tra privato e pubblico nella riflessione giuridica moderna: si leggano ad esempio le pagine di Lucio Franzese su "*Il contratto tra privato e pubblico nella scienza giuridica moderna, ovvero la storia di un «patto leonino»*", in cui si mette in luce l'attitudine di certa dottrina a considerare assiomaticamente «la preminenza riconosciuta dal diritto pubblico all'interesse che fa capo allo Stato e agli altri enti che compongono l'organizzazione amministrativa» (L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico*, cit., p. 90). Cfr. anche F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., pp. 26-7.

[106] Sembra condurre ad esiti quantomeno aporetici anche la posizione di chi, come Gregorio Arena, vede nella sussidiarietà ex art. 118 Cost. un'applicazione "in forme nuove" del principio della sovranità popolare (G. ARENA, *Cittadini Attivi*, cit., XI). Se da un lato la sovranità popolare è frutto del pensiero politico e giuridico moderno, ed ha come postulato la completa separazione di società e Stato, di pubblico e privato, il principio di sussidiarietà corrisponde ad un paradigma — politico, prima che amministrativo — che si ispira a tutt'altro modo di concepire la composizione di interessi, e realizza un diverso rapporto tra uomo e istituzione, sino a ridefinire il brocardo "*ubi societas ibi jus*".

[107] C. LAVAGNA, *Autorità*, cit., p. 481.

[108] L. FRANZESE, *Il contratto*, cit., p. 53.

A questo fine sembra inevitabile di individuare delle chiavi di lettura, pur senza indugiare troppo nella ricerca storica, la quale è solamente propedeutica alla comprensione — sino a scorgere i primi segni della frattura tra l'istanza statuale e quella societaria, la conseguente comparsa del binomio autorità/libertà, e quindi l'individuazione di un principio di legalità capace di divenire premessa ontologica dell'intero ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive[109].

In questo senso, all'interno della distinzione tra «la via dei moderni e la via degli itinerari esemplari», di cui parla Pietro Costa a proposito del discorso storico[110], si sceglie la seconda, con l'idea di apprezzare quel raffinato gioco di differenze e ripetizioni di cesure evidenti e di sotterranee continuità[111], prendendo le mosse da quell'Autore che più volte è stato identificato come il precursore della nozione di sovranità popolare e che qui invece si indaga per il ripensamento, che egli ci offre, della struttura della *communitas*.

Quella che Marsilio da Padova definisce come "*perfecta communitas vocata civitas*", la comunità politica, ritrova la propria intrinseca finalità nel "*vivere et bene vivere*", cioè nella conduzione, da parte di ognuno, di un'esistenza degna dell'essere umano[112]; ma, continua lo studioso padovano, «poiché tra gli uomini così riuniti sorgono litigi e risse che, non regolate da una norma di giustizia, causerebbero dispute e divisioni tra gli uomini (*pugna et hominum separacionem*) e, in questo modo, lo sgretolarsi della comunità politica, gli uomini hanno dovuto stabilire in questa associazione una legge e il suo custode o autore» (cap. II, par. II)[113].

Di qui alla separazione, all'interno della comunità politica, tra un centro abilitato alla produzione e garanzia dell'applicazione delle norme di condotta, ed un altro, viceversa, mero destinatario di tali comandi, il passo è breve. Infatti, più avanti, è lo stesso Marsilio ad affermare che «in un'unica comunità politica ci deve essere soltanto un unico governo, o, se ci sono più governi per numero e tipo, così come sembra che accada nelle grandi comunità politiche (…), è

[109] M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 34.
[110] P. COSTA, *Civitas*, cit., XI.
[111] P. COSTA, *Civitas*, cit., XIII.
[112] Marsilio aggiunge che «*omnes scilicet homines non orbatos aut aliter impeditos naturaliter sufficientem vitam appetire huic quoque nociva refugere et declinare*» (MARSILIO DA PADOVA, *Il difensore della pace*, cit., Libro I, cap. IV, par. II).
[113] Cfr., O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, cit, passim; L. FRANZESE, *Il contratto*, cit., p. 97.

necessario che tra questi vi sia un governo supremo, unico numericamente (*unicum numero esse supremum omnium*), al quale gli altri governi vengano ricondotti, che li regoli e che corregga gli errori che vi accadono»[114].

Si tratta, come si può ben vedere, di un'anticipazione, neanche tanto astratta, di quegli stilemi sopra i quali il giusnaturalismo moderno ha costruito la propria ragion d'essere[115]: ci si può utilmente riferire in tal senso ad Autori come Hobbes[116], che per primo ha ricondotto all'unità della potestà sovrana la sola possibilità, per lo Stato, di esercitare il dominio evitando la guerra civile e Rousseau, che «ponendo con tanta energia l'accento sulla legge dello Stato (...) conclude, se così può dirsi, un plurisecolare travaglio di pensiero, incominciato fin da Marsilio da Padova, e dà l'avvio, in forme indirette, all'intero movimento per il diritto scritto statale, che ha nelle Costituzioni e nei Codici le sue istituzioni più rappresentative»[117].

Quel governo supremo, "unico di numero", contiene in nuce una critica piuttosto aspra all'universalismo e pluralismo propri dell'esperienza giuridica medievale; e costituisce la più solida giustificazione di quel potere temporale sfociato negli Stati nazionali territoriali dell'assolutismo regio[118].

Se il governo non fosse "uno", unico di numero, «verrebbe a mancare il giudizio, l'ordine e l'esecuzione di ciò che è utile e giusto e, di conseguenza, poiché le ingiustizie tra gli uomini rimarrebbero impunite, ne scaturirebbe la lotta, la divisione e alla fine la corruzione della comunità politica (*hominum pugna, separacio et corrupcio*)»[119]: conseguenza questa, come si diceva, della "pluralità dei governi".

La dialettica di universale e particolare, che costituisce l'*humus* sopra il quale si è innestato quel rapporto tra *jura propria* e *jus commune* caratterizzante l'ordine giuridico medievale è messa radicalmente in discussione attraverso la

---

[114] MARSILIO DA PADOVA, *Il difensore della pace*, cit., cap. XVIII, par. I

[115] P. PIOVANI, *Il problema del «contratto sociale»*, ora in *Indagini di Storia della filosofia. Incontri e confronti*, Napoli, 1990, p. 83.

[116] P. SCHIERA, *Legitimacy, Discipline, and Institutions: Three Necessary Conditions for the Birth of the Modern State*, cit., p. S19, dice che «the term *civitas* used by Marsilius means the same as "commonwealth" used by Hobbes three centuries later, not only lexically but with very profound affinities of content».

[117] P. PIOVANI, *Il problema del «contratto sociale»*, ora in *Indagini di Storia della filosofia. Incontri e confronti*, Napoli, 1990, p. 83, tanto più che «la fiducia nella legge dello Stato è la premessa della nuova fiducia nello Stato»

[118] Così ad esempio F. BATTAGLIA, *Modernità di Marsilio da Padova*, in A. CHECCHINI E N. BOBBIO (a cura di), *Marsilio da Padova. Studi raccolti nel VI centenario della morte*, Padova, 1942, pp. 106-7.

[119] MARSILIO DA PADOVA, *Il difensore della pace*, cit., Cap. XVII, par. 3.

contestuale elaborazione di un nuovo paradigma politico-giuridico: quello dell'unità numerica.

In Marsilio la comunità politica ed il governo sono unità numeriche separate; la prima è «una unità d'ordine (*hic unitas est ordinis, non simpliciter unitas*) non una unità assoluta, bensì una molteplicità di individui che viene detta "una"», talchè «queste persone vengono dette "uno di numero" non perché lo siano formalmente in relazione ad una qualche forma, ma perché lo sono in relazione ad una cosa che è una di numero, cioè il governo al quale vengono ordinati e dal quale sono governati»[120], tanto più che «gli uomini di una comunità politica vengono definiti come "una" comunità politica poiché *vogliono* un governo unico di numero»[121].

Il volontarismo (che si scorge anche nell'uso del verbo *volunt*) di queste unità numeriche incardinate in una comunità politica, unica di numero, conduce diritto alla formazione di un governo "unico di numero", dotato della autorità necessaria per sottomettere i recalcitranti: l'unico centro, l'ente sovrano, lo Stato.

La potestà d'imperio «non spetta a nessuna persona, di qualsiasi valore o condizione sia, e neppure a qualsiasi corporazione, qualsiasi governo o giurisdizione coercitiva in questa vita su qualsiasi persona, a meno che non sia stata concessa direttamente dal legislatore divino o umano»[122]. Seguendo, in un certo modo, una sorta di principio di legalità[123] *antelitteram*, precedendo, per molti versi, non solo l'art. 3 co. 2 della Dichiarazione citata in precedenza, ma, sembra addirittura i concetti di tipicità e nominatività dei provvedimenti in cui si esprime l'attività amministrativa contemporanea, sino ad arrivare alla formulazione dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che testualmente prevede che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge». Dando atto a quanti, come Sabino Cassese, ravvisano nel principio di legalità un criterio ordinatore e dell'organizzazione amministrativa (ex art. 97 Cost., primo comma) e dell'attività[124]. Così per Marsilio la potestà d'imperio non può essere

[120] MARSILIO DA PADOVA, *Il difensore della pace*, cit., Cap XVII, par. 11.
[121] MARSILIO DA PADOVA, *Il difensore della pace*, cit., ibidem.
[122] MARSILIO DA PADOVA, *Il difensore della pace*, cit., Cap. XVII, par. 13.
[123] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., p. 19, spiega che «l'origine del principio è antichissima, e addirittura, se si volesse considerare il profilo della tutela del cittadino non nei confronti del potere amministrativo, ma in generale del potere pubblico, si potrebbe asserire che esso è sempre esistito».
[124] La legalità regola entrambi gli aspetti: organizzazione ed attività.

esercitata se essa non viene dapprima concessa dal legislatore — divino o umano che sia, poco importa ai fini dell'effettività dell'azione, il cui unico presupposto è dunque di legittimità, competenza e forma, non di sostanza.

L'equiparazione, netta, delle due diverse fonti di questo peculiare "mandato imperativo", apre le porte ad una riflessione intorno al potere ed all'autorità, che da Machiavelli in avanti concentra la propria attenzione sull'indipendenza di *ethos* e *kratos*.

È così che prende avvio la riflessione intorno alla ragion di Stato: negando la necessaria connessione tra etica e politica, morale e diritto, qualora le esigenze dell'interesse dello Stato richiedano decisioni che per loro stessa natura appaiano perseguire l'utile, anche a scapito della giustizia — *remota iustitia*, appunto.

Federico Meinecke, nel suo volume sulla ragion di Stato nella Storia moderna, indica proprio Nicolò Machiavelli come «il primo ad assolvere questo compito»; lo storico tedesco soggiunge che sebbene il segretario fiorentino «non concentrò in un termine unico i suoi concetti intorno alla ragione di Stato», tuttavia «ciò che qui importa è la sostanza della cosa, non la parola che manca ancora in lui»[125]. Ma quella sostanza lo fa giungere ad un'importante conclusione: «gli è tanto discosto da come si vive a come si doverrebbe vivere, che colui che lascia quello che si fa per quello che si doverrebbe fare, impara più presto la ruina che la perservazione sua: perché uno uomo che voglia fare in tutte le parte la professione di buono, conviene che ruini in fra tanti che non sono buoni. Onde è necessario, volendosi uno principe mantenere, imparare a potere essere non buono e usarlo e non usarlo secondo la necessità»[126].

In ciò, effettivamente, «la necessità empirica soppianta la necessità superempirica»[127], ed all'altare del bene dello Stato si sacrifica qualsiasi convinzione metafisica acquisita nel corso dei secoli: «il demonio penetra nel regno di dio», con la conseguenza di iniziare «tutto il dissidio della civiltà moderna, il dualismo di principi di valori superempirici ed empirici assoluti e relativi di cui soffre»[128]. Meinecke annota quindi, con una capacità di sintesi ed un tratto realistico non comuni, il passaggio epocale: «lo Stato moderno,

[125] F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato nella storia moderna*, Firenze, 1942, p. 45.
[126] N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, cit., Cap. XV, par. 6.
[127] F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato*, cit., p. 58.
[128] F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato*, cit., p. 59; M. STOLLEIS, *Stato e ragion di Stato*, cit., p. 37.

seguendo il suo più intimo impulso di vita, ha potuto così finalmente liberarsi da tutte le catene spirituali che lo opprimevano e, quale forza terrena autonoma, realizzare meraviglie di una organizzazione razionale che, inconcepibile nel Medioevo, ormai doveva accrescersi di secolo in secolo»[129].

Ma è anche necessario annotare quell'accentuata discrasia già presente in Machiavelli: «quanto alto s'erge lo Stato e quanto basso sta l'individuo umano nel suo giudizio!»[130], due piani distinti separati incomunicanti, tanto da poter scorgere «l'intima sorgente spirituale del machiavellismo», come si è già anticipato, in ciò che «nella pratica politica siano giustificati anche i mezzi immorali se si tratta di acquistare o di affermare potenza necessaria allo Stato», il che conduce ad una visione dell'uomo «privato di ogni luce divina, trascendente e lasciato solo nella lotta con le forze demoniache della natura, che ora, sentendosi egli stesso come forza naturale demoniaca, ripaga della stessa moneta»[131].

---

[129] F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato*, cit., ibidem. Allo stesso modo, Jacques Maritain ha notato che «just as his horizon is merely terrestrial, just as his crude empiricism cancels for him the indirect ordainment of political life toward the life of souls and immortality, so his concept of man is merely animal, and his crude empiricism cancels for him the image of God in man — a cancellation which is the metaphysical root of every power politics and every political totalitarianism». Lo stesso filosofo francese traccia un interessante parallelo tra la concezione morale machiavelliana e quella cartesiana: «Descartes, in the provisory rules of morality which he gave himself in the Discours de la Mithode, made up his mind to imitate the actual customs and doings of his fellow-men, instead of practicing what they say we ought to do. He did not perceive that this was a good precept of immorality: for, as a matter of fact, men live more often by senses than by reason» (J. MARITAIN, *The End of Machiavellianism*, in The Review of Politics, 1-1942, p. 4).

[130] F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato*, cit., p. 51; cfr. Dedica de Il Principe, parr. 5-7.

[131] F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato*, cit., p. 55. Romano Guardini individua, anche in questo aspetto, una notevole cesura tra l'impostazione medievale e moderna del problema del "luogo dell'esistenza umana"; l'evo di mezzo considera l'uomo da un lato in qualità di «creatura di Dio, sottomesso a Lui, completamente affidato nelle sue mani, dall'altro egli portava in sé l'immagine di dio e a Dio era direttamente riferito per un eterno destino» (R. GUARDINI, *La fine dell'epoca moderna. Il potere*, Brescia, 1993, p. 49) — tanto da renderlo allo stesso tempo inferiore e sottomesso a Dio, ma superiore e sopraelevato rispetto alle altre creature. La pagina di Guardini termina spiegando (e merita di riportarne integralmente il testo) che, di conseguenza, «il posto che l'uomo occupava nel sistema del mondo era l'espressione di questa sua situazione nell'essere. Da ogni lato egli stava sotto lo sguardo di Dio, ma in ogni direzione egli esercitava l'atto del suo dominio spirituale sul mondo. La trasformazione dell'immagine del mondo rimetteva in questione questa posizione dell'uomo e l'uomo diveniva sempre più un essere contingente, situato in un luogo qualsiasi». Per contro, «l'epoca moderna si sforza di sloggiare anche spiritualmente l'uomo dal centro dell'essere. Secondo le nuove concezioni l'uomo non è più sotto lo sguardo onniveggente di Dio che abbraccia il mondo, ma è autonomo, libero di fare ciò che vuole, di andare dove vuole; non è più il centro della creazione, ma una parte qualsivoglia del mondo. Da un lato il pensiero moderno esalta l'uomo a spese di Dio, contro Dio; dall'altro prova un piacere distruttore a farne un frammento della natura, il quale non si può distinguere fondamentalmente dall'animale o dalla pianta» (ibid). Cfr. anche G. CAPOGRASSI, *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi*, ora in *Opere*, I, Milano, 1959, pp. 169 ss.

Ispirando quindi quel distacco tra privato e pubblico, che costituisce il nodo centrale della riflessione gius-politica moderna[132]: è quindi possibile notare già nella produzione del Segretario fiorentino la tendenza ad estromettere dalla scena «quella serie infinita di mediazioni, in cui si articolava nel Medioevo il potere, per lasciare uno spazio vuoto fra il "sovrano", che poi è quasi sempre il re, che aspira al monopolio del politico, e un individuo sempre più solo e disarmato, ridotto alla mera sfera privata»[133], che Matteucci associa più in generale all'evoluzione della forma-Stato.

Naturalismo volontarismo razionalismo, sono le basi e costituiscono il nerbo di questa costruzione virtuale, della ragion di Stato[134]. Ed è realizzazione che sembra anticipare i fasti di certo positivismo giuridico[135]: si pensi solamente a quella notazione del Segretario fiorentino, per cui la ragione è un'entità materiale che attraverso l'utilizzo strumentale della volontà, cerca di indirizzare a suo piacere le *forze naturali della vita*. Nella volontà vi è la necessità di ben equilibrare virtù e fortuna: ed il risultato è che la condotta umana non dipende che per metà dalla virtù, la metà rimanente essendo preda della fortuna, che si può cercare di domare, ma in nessun caso vincere. L'uomo, vittima delle proprie più varie passioni, si ritrova proiettato in un vicolo cieco; incapace di controllare gli eventi, inerme di fronte al dispiegarsi della necessità storica reale, non gli

---

[132] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., p. 24.

[133] N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, cit., p. 29.

[134] Cfr. F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato*, cit., pp. 56-59. Cfr. anche G. FERRARI, *Histoire de la raison d'État*, Paris, 1860; R. DE MATTEL, *Il problema della «ragione di Stato» (locuzione e concetto) nei suoi primi affioramenti*, in R. DE MATTEL (a cura di), *Il problema della della «ragion di Stato» nell'età della Controriforma*, Milano-Napoli, 1979; M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 13.

[135] U. Scarpelli, Il positivismo. Cfr. J. MARITAIN, *The End of Machiavellianism*, cit., p. 11, che si riferisce principalmente a due modalità interpretative del pensiero machiavelliano: in un primo significato, storicamente, «there was a kind of more or less attenuated, dignified, conszrvative Machiavellianism, using injustice within "reasonable" limits, if I may put it so; in the minds of its followers, what is called Realpolitik was obfuscated and more or less paralyzed, either by a personal pattern of moral scruples and moral rules, which they owed to the common heritage of our civilization, or by traditions of diplomatic good form and respectability, or even, in certain instances, by lack of imagination, of boldness, and of inclination to take risks. If I try to characterize more precisely these moderate Machiavellianists, I should say that they preserved in some way, or believed they preserved, regarding the end of politics, the concept of common good-they were unfaithful to their master in this re-gard; and that they frankly used Machiavellianism regarding the means of procuring this common good»; in un secondo significato, invece, definito da Jacques Maritain in quanto *absolute Machiavellianism*, e teoreticamente, «intellectually prepared, during the XIXth Century, by the Positivist trend of mind», la politica diviene «not a mere art, but a mere natural science, like astronomy or chemistry, and a mere application of so-called "scientific laws" to the struggle for life of human societies — a concept much less intelligent and still more inhuman than that of Machiavelli himself». V. anche MARIO A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 14, n. 4.

resta che erigere una muraglia in grado di fornirgli sicurezza ed ordine — pur rinunciando alla propria libertà "animale": e le prime pietre di quell'edificio che è lo Stato moderno, sembrano contenere, già, nell'impasto, la suggestione dello stato di natura, anche perché è «proprio attraverso questa visione individualistica della virtù politica che si compie un passo decisivo verso l'individualismo moderno»[136].

Vero è, inoltre, che una tal concezione dell'uomo può condurre solo all'assolutismo regio, di cui Bodin, in un breve torno d'anni, diviene il cantore più eminente. Ma come osserva il Meinecke, «Machiavelli e l'età sua ignoravano le mire del posteriore assolutismo livellatore. È vero che il machiavellismo ne fu il precursore, ma non lo scorse tuttavia da sé»[137].

Mario Galizia, in un bel volume dedicato alla storia della teoria della sovranità si spinge, tuttavia, ad affermare che «lo Stato di Machiavelli è il vero fondamento dello Stato moderno, il momento conclusivo della nuova concezione dello Stato sovrano integrante in sé tutti i fini individuali»; la sovranità — ma secondo Galizia si può parlare di libertà — dello Stato, nella riflessione politica del Segretario fiorentino, «è assolutamente piena ed esclusiva nell'ambito del suo territorio; i vecchi vincoli di diritto naturale, impero, chiesa, corporazioni, sono tutti caduti; nessun campo è ormai precluso alla sua azione»[138]: lo si vedrà nel prossimo capitolo, con riferimento alla figura del *rescritto*, atto che pur sottoposto al diritto comune nella lezione dei maggiori glossatori, può agire in deroga ad esso, qualora il *Princeps* realizzi per il suo tramite un *interesse pubblico*, com'è il caso, appunto, del provvedimento di espropriazione per causa di pubblica utilità[139].

Il machiavellismo, rimossa la subordinazione della politica a finalità ultraterrene, diviene pietra di paragone per tutto il pensiero occidentale.

Anche se soltanto con Guicciardini[140] e Monsignor Della Casa, di poco posteriori, si pone con tutta forza un inquietante quesito: «se la ragione, che

[136] M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., p. 130.
[137] F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato*, cit., p. 64.
[138] M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., p. 132.
[139] U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, cit., pp. 153 ss.
[140] G. FERRARI, *Histoire de la raion d'Etat*, cit., pp. 277 ss.; F. Ercole, Guicciardini e la ragion di Stato, in Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1942.

governa gli Stati attende soltanto al comodo e all'utile, sprezzando ogni altra legge, in che cosa si distinguono i tiranni dai re, gli uomini dalle fiere?»[141].

La risposta più incisiva ai dubbi sollevati dal machiavellismo, ed alle angustie in cui si dibattevano le dottrine della ragion di Stato, fallito il tentativo di Gentillet di recuperare una dimensione metafisica[142], proviene da Jean Bodin, che viceversa supera il naturalismo del segretario fiorentino attribuendo al diritto positivo il compito di «ridonare lo Stato a sé stesso: ecco l'aspirazione cui Bodin servì con mezzi strettamente giuridici»[143].

Ritorna alla mente quel passaggio in cui Uberto Scarpelli sostiene che carattere fondante del positivismo giuridico è che «la volontà è al servizio della ragione, gli atti di volontà pongono e fanno entrare nei sistemi di diritto positivo norme che con le loro strutture e relazioni sono prodotti di ragione, una ragione che non scopre, bensì crea il suo ordine, associandosi pertanto con la volontà»[144]; mentre Machiavelli propone solamente un disegno dei rapporti tra l'atto volitivo e l'atto conoscitivo, Bodin inserisce quella raffigurazione teoretica in una più marcata corrispondenza tra l'atto volitivo ed il diritto positivo: tale da far dipendere la validità di una norma dalla sua sottoposizione alla volontà del sovrano.

---

[141] F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato*, cit., p. 70; lo stesso Autore paragona la dottrina scaturita dagli scritti di Machiavelli ad un «pugnale che, conficcato nel corpo politico della umanità occidentale, le strappò grida di dolore e di ribellione» (id., p. 71). Cfr. M. STOLLEIS, *Stato e ragion di Stato*, cit., p. 35. M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., p. 151, spiega che «i limiti di giustizia, del diritto divino, del diritto naturale, pur sussistendo ancora, non sono ormai sul terreno giuridico positivo che un mero residuo storico, senza alcuna efficacia e rilevanza pratica».

[142] Bisogna in ogni caso notare che la finalità dell'opera antimachiavelliana di Gentillet, è palesemente e dichiaratamente tesa a screditare la politica francese dell'epoca: v. ad esempio P. JANET, *Histoire de la philosophie morale et politique dans l'antiquité et les temps modernes*, 1, Paris, 1858, pp. 532 ss.

[143] F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato*, cit., p. 82. cfr. G. Fassò, pp. 54-5, riferimento a Domat. Cfr. M. STOLLEIS, *Stato e ragion di Stato*, cit., p. 68.

[144] U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo*, cit., pp. 138-9. L'esegeta della cultura giuspositivistica rintraccia «nel mutamento, nel passaggio da una razionalità data ad una razionalità creata», invero, «una sicura continuità ideale fra il positivismo giuridico e il razionalismo e l'illuminismo dell'età della ragione: la razionalità del diritto, la scienza e la pratica del diritto volte ad attuare e mantenere l'ordine razionale imposto con il diritto alla società costituiscono una parte primaria del loro retaggio» (ivi, ibidem). Cfr. Cartesio e la distinzione tra *res extensa* e *res cogitans*. Carl Schmitt sull'importanza di Cartesio, negli scritti su Hobbes, e in C. SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, ora in ID., *Le categorie del politico*, trad. it., Bologna, 2005, pp. 69-70; M. HEIDEGGER, *I problemi fondamentali della fenomenologia*, trad. it., Genova, 1999, p. 118. L'ordine del discorso, stando alle considerazioni svolte dallo stesso Scarpelli in altra occasione, conduce chiaramente, anche nel campo del diritto, ad affermare che «la conoscenza elaborata dalla scienza ha dunque un carattere condizionale, e la sua forma logica è quella di un discorso assertivo-condizionale» (U. SCARPELLI, *Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali*, in Quaderni di filosofia analitica del diritto, 2-1981, pp. 12-13.

In senso opposto a Gentillet, quindi, l'accantonamento delle questioni morali avviene attraverso l'esaltazione della potestà di imperio dello Stato: secondo l'autorevole giudizio di Federico Meinecke, Bodin «stabilì i caratteri giuridici della suprema autorità statale e pervenne così a quel concetto della sovranità che doveva segnare una pietra miliare e che era stato intuito prima di lui, ma che nessuno aveva visto con tanta chiarezza e con tanta esauriente ricchezza di contenuto»[145].

Non si deve tuttavia credere ad un'assoluta estraneità di un principio di legittimità dalla dottrina bodiniana della sovranità; allo Stato spetta l'esercizio del potere sovrano, dove appunto, «per sovranità si intende quel potere assoluto e perpetuo dello Stato»[146], nell'accezione bartoliana di *superiorem non recognoscens*; ma Bodin non è ancora Hobbes, e pur rilevando che «chi è sovrano, insomma, non deve essere in alcun modo soggetto al comando altrui e deve poter dare la legge ai sudditi, e scancellare o annullare le parole inutili in essa, per sostituirne altre, cosa che non può fare chi è soggetto alla legge o a persone che esercitino potere su di lui», egli non manca di specificarne la subordinazione alle leggi naturali e divine cui «tutti i principi della terra sono soggetti»[147].

Il commento apposto da Margherita Isnardi Parente fa notare, altresì, che i limiti al potere assoluto «non vengono solo dalla legge di Dio e dalla natura: vengono anche da leggi fondamentali del Regno, quali la devoluzione statutaria del Regno stesso, la legge salica, l'inalienabilità del territorio dello Stato, l'impossibilità di abolire gli Stati del Regno»[148]. Ciò che farebbe collegare

---

[145] F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato*, cit., p. 82.; Cfr. M. STOLLEIS, *Stato e ragion di Stato*, cit., p. 68.
[146] J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, 1, Torino, 1964, cap. VIII.
[147] J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, 1, cit., cap. VIII, pp. 353 ss.
[148] M. I. PARENTE, *Introduzione*, in J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, 1, cit., p. 32; cfr. R. MOUSNIER, *La costituzione nello Stato assoluto. Diritto, società, istituzioni in Francia dal Cinquecento al Seicento*, Napoli, 2002, pp. 62 ss. per un interessante excursus. ma vedi anche D. RICHET, *Lo spirito delle istituzioni*, cit., p. 22, che riporta una massima esposta dal Primo Presidente del Parlamento di Parigi, Achille de Harlay, che nel 1586, in presenza di Enrico III pronunciò le seguenti parole: «abbiamo, Sire, due tipi di legge: da una parte vi sono le leggi e le ordinanze del re; dall'altra vi sono le ordinanze del regno che sono inviolabili e immutabili e per effetto delle quali voi stesso siete salito al trono. Dovete perciò osservare le leggi dello Stato, leggi che non possono essere disattese senza revocare in dubbio la vostra stessa potestà sovrana».

Bodin alla tradizione giusnaturalistica medievale, il cui universo metafisico egli ancora non appare in grado di superare[149].

Tuttavia, si tratta di uno scrittore immerso nella storia, protagonista ed acuto osservatore del suo tempo: tanto che la teoria della sovranità si inserisce a pieno titolo nella diatriba accesasi circa un secolo prima in Francia, sull'opportunità di redigere le *coutumes* da parte del Re[150].

Ora, mentre nella *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* del 1566, l'essenza della autorità sovrana è indicata principalmente nella funzione di *iurisdictio*[151], i *Six Livres* (di dieci anni successivi) spostano l'attenzione sull'attività normativa: «nella stessa epoca in cui nel campo politico si accentrava il movimento diretto a costruire un ordinamento statale accentrato ed unitario, insofferente della persistenza nel suo seno di organismi autonomi, cominciò a delinearsi sempre più chiaramente anche il movimento volto in primo luogo a porre sotto il controllo dello Stato, impersonato dalla monarchia, la produzione del diritto positivo»[152].

---

[149] Cfr. J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, Milano, 1981, p. 37, n. 2. Luca Mannori, nel passaggio da Bodin a Loyseau, rileva che, comunque, «la grande ipoteca della cultura giuridica medievale non è stata cancellata ancora dalla coscienza dei giuristi moderni, ma si è piuttosto compenetrata con gli elementi innovativi che questa coscienza ha prodotto» (L. MANNORI, *Per una "preistoria"*, cit., p. 407).

[150] Giovanni Tarello peraltro addebita proprio a Jean Bodin la teorizzazione della «rottura dell'equilibrio giuridico all'interno di ciascuno Stato territoriale a favore di un potere centrale e supremo e a sfavore di tutte le altre istituzioni dell'universo giuridico medievale e rinascimentale, come i ceti, le città, la chiesa, le corporazioni» (G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, p. 48). Sopra quella rottura di cui parla Tarello si sarebbe costituita quella forma di accentramento assolutistico sfociata nell'unificazione e razionalizzazione giuridica del XVII-XVIII secolo. Cfr anche G. REBUFFA, *J. Bodin e il "princeps legibus solutus"*, in Materiali per una Storia della Cultura Giuridica, 1972, pp. 89-123. Sulle origini del *droit coutoumier* e le sue redazioni, P. CRAVERI, *Ricerche sulla formazione del diritto consuetudinario in Francia (Secc. XII-XVI)*, Milano, 1969, spec. pp. 188-208; V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano, 1962; ID., in Quaderni Fiorentini, 1-1972, p. 134 ss.

[151] Sulla scorta della tradizione bartolo-baldiana, che riconosceva nel modulo "processuale", o comunque giudicante, non solo il nucleo centrale dell'*imperium*, ma anche l'essenza della paleo-funzione pubblica, nel senso di attività caratterizzante il potere. Cfr. ad esempio L. MANNORI, *Per una "preistoria"*, cit., pp. 353 ss. e soprattutto A. MARONGIU, *Un momento tipico della monarchia medievale: il re giudice*, ora in *Dottrine e istituzioni politiche medievali e moderne. Raccolta*, Milano, 1979, p. 141.

[152] V. PIANO MORTARI, *Itinera Juris*, cit., p. 308. Michael Stolleis identifica in Bodin «l'Autore con il quale tutti i dotti del Seicento che si occupavano del nesso tra legislazione e sovranità dovevano fare i conti» (M. STOLLEIS, *Stato e ragion di Stato*, cit., p. 139); ricollegandolo al più ampio movimento del pensiero giuridico e politico che ha condotto alla redazione della *Lex Regia* e poi della Costituzione danese (*Danskelov*), rispettivamente del 1665 e 1683, esempi paradigmatici del tentativo, esperito nel corso della formazione dello Stato moderno, di risolvere, mediante l'autoreferenzialità del diritto positivo, le lacune derivanti dall'esclusione dell'*ethos* nelle considerazioni sul *kratos*, ipotizzando un parallelismo forzoso tra produzione ed interpretazione della legge (*condere leges et interpretari*). In questo senso, v. ad esempio Mario Alessandro Cattaneo, che rintraccia nella maggior parte della produzione illuministica un

La realizzazione dell'unità nazionale del diritto, che va di pari passo con i tentativi di accentramento politico-amministrativo del XVI[153] secolo trova un'importante affermazione nella esaltazione della sovranità di marca bodiniana, in cui il sovrano, unico centro di produzione del diritto positivo «non deve giuramento ad altri che a Dio, da cui ha ricevuto lo scettro ed il potere»[154].

Dove il carattere assoluto del potere regio sta proprio ad indicare la separazione del sovrano dal corpo sociale: *ab-solutum* significa non solo libero da limiti e regole, ma anche libero da legami, distaccato. Il sovrano, lo Stato, risulta separato[155] e sovraordinato rispetto al consorzio umano; e in questa asimmetria risiede la sua autorità, il potere d'imperio, di emanare norme capaci di costituire modificare estinguere unilateralmente le situazioni ovvero le posizioni giuridiche dei sudditi[156].

Così, le *coutumes* redatte dal Re, hanno valore di ordinanze regie, vincolanti e gerarchicamente sovraordinate rispetto alle consuetudini sfornite del sigillo reale[157].

Lo stesso Bodin, infatti, in un capitolo dedicato alle "vere prerogative della sovranità" avverte che «la consuetudine ha vigore solo per tolleranza e finchè piaccia al principe sovrano, che può farne, omologandola, una legge; e

---

intendimento negativo dell'interpretazione giudiziale — ammettendo quindi il solo caso di un'interpretazione autentica, promossa dal legislatore — che risalirebbe addirittura a Francesco Bacone (M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 16), e la cui conseguenza a livello di diritto positivo, può certamente essere rinvenuta nell'istituto "rivoluzionario" del *référé législatif* obbligatorio, ovvero facoltativo (ivi, p. 113). L'esempio danese, nell'interpretazione di Stolleis, «dimostra — quasi fosse un esempio da manuale — il nesso tra sovranità e potere legislativo, assolutismo e codificazione unitaria delle leggi» (M. STOLLEIS, *Stato e ragion di Stato*, cit., p. 162), che si pone per l'appunto come il punto di partenza della riflessione dell'Autore citato. V. anche N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, cit., p. 29, sull'influenza giocata dagli eventi storici nel pensiero di Bodin.

[153] Lo Stolleis, a tal proposito, parla di una «intensificazione dell'attività legislativa» che risulta essere «paradossalmente, sia conseguenza che premessa della nascita dello Stato moderno nei territori europei» (M. STOLLEIS, *Stato e ragion di Stato*, cit., p. 146). L. MANNORI, *Per una "preistoria"*, cit., pp. 408 ss., sulle misure che, a partire da Richelieu hanno accresciuto «l'ubiqua autorità del monarca in ogni punto della periferia», tanto da «modificare profondamente la fisionomia del Regno, avviandolo davvero a divenire uno "Stato amministrativo"».

[154] J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, 1, cit., cap. VIII, p. 377.

[155] «As regards political command, separation is truly and genuinely required only as an existential status or condition for the exercise of the right to govern. But with Sovereignty separation is required as an essential quality, one with the very possession of that right, which the people have supposedly given up entirely, so that the essence of power-henceforth monadic, as indivisible as the very person of the Sovereign-resides in the Sovereign alone. It is no wonder that an essence other than common humanity was finally to be ascribed to the person itself of the Sovereign» (J. MARITAIN, *The Concept of Sovereignty*, in The American Political Science Review, 2-1950, p. 347.)

[156] J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, p. 40.

[157] J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, 1, cit., 10; F. Hotman: bibliografia.

tutta la validità sia delle leggi sia delle consuetudini risiede nel potere del principe sovrano»[158]. Il riferimento va, come è pure chiaro, alla *Ordonnance de Montil-Les-Tours*, disposta da Carlo VII nell'aprile del 1453 con la quale ha per l'appunto inizio il processo di redazione regia delle consuetudini; è chiaro che l'affermazione della supremazia del «potere di dare e annullare le leggi» veicolandone l'interpretazione e quindi le possibilità di modificazione, rientra a pieno titolo nella vicenda storica anzidetta — offrendo all'analisi una traccia piuttosto evidente di quel movimento di *longue durée* che dal 1453 ha raggiunto la codificazione napoleonica. Costituendo quindi la base teorica di quel principio di legalità, cui è sottoposta l'attività della amministrazione moderna, e per la quale la legislazione mantiene un carattere di superiorità e di indirizzo nei confronti dell'azione amministrativa[159].

Riccardo Orestano, nel corso di un intervento durante il Primo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto ricorda che il pensiero giuridico del XVI secolo è fortemente influenzato «da quell'umanesimo giuridico italiano del XV e dei primi decenni del XVI secolo, il quale, più che un precorrimento, rappresenta una vera e propria preparazione dei rivolgimenti che la Scuola francese e le sue propaggini verranno operando»[160]. E tra le direttrici in grado di manifestarsi con maggior forza, sino a rappresentare una sorta di «*leit motiv* nell'immensa produzione di questa scuola durante tutto il secolo», vi sono la «ricerca di una nuova sistematica», da collegarsi, in ultima istanza, ad una specie di «vagheggiamento di nuove codificazioni»[161].

---

[158] J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, 1, cit., cap. X, p. 493.

[159] Supremazia scalfita, certo, dalla sentenza 303/2003 della Corte Costituzionale, di cui si parlerà nel capitolo successivo, che ha sconvolto definitivamente l'interpretazione del principio di legalità. Quando ci si rivolge a quella fase storica sembra però più corretto evitare di riferirsi ad una funzione amministrativa, intorno alla "preistoria" della quale occorre svolgere più di una precisazione, compito che si cercherà di approfondire nel secondo capitolo, a proposito del superamento della nozione unitaria di *iurisdictio*, sebbene «l'Editto di Saint Germain del febbraio 1641 con il quale il monarca vieta alle Corti di conoscere degli "*affaires d'Etat, administration et gouvernement*" va[da] collocato all'interno di questo conflitto secolare intorno alla suprema potestas senza che in esso si possa ravvisare, come pure è stato fatto, lo spartiacque tra la "giustizia" e l'"amministrazione"» (S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, I, Milano, 1994, p. 14). Cfr l'*arrêt* dell'8 luglio 1661 del Consiglio del Re, nel quale Luigi XIV vieta alle Corti di conoscere degli affari e processi di competenza della giustizia ritenuta del Re; cfr. anche Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public général, Paris, 1911, pp. 72 ss.

[160] R. ORESTANO, *Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, ora in *Scritti*, Vol. III, Napoli, 1998, p. 1644.

[161] R. ORESTANO, *Diritto e storia*, cit., p. 1645.

Ma, nonostante possa segnalarsi, effettivamente, un movimento volto alla unificazione e codificazione del diritto pubblico, «nessun tentativo di codificazione ebbe successo» prima di Napoleone[162]; tanto da far concludere che i tentativi di unificazione legislativa, nel campo del diritto pubblico «dovettero sempre fare i conti con la struttura dei privilegi sociali e con il carattere contrattualistico dello Stato monarchico: il reticolato degli accordi che legavano il re alle province, alle città e ai corpi non avrebbe potuto mai permettere il successo di questi tentativi»[163].

Tanto più sembra evidente come il Codice Napoleone rappresenti, a conti fatti, «il più raffinato prodotto giuridico di una concezione statistica dell'ordinamento politico», resosi addirittura «il modello di ordinamento giuridico per tutti gli Stati europei negli ultimi due secoli»[164].

Riassumendo, l'equiparazione di diritto positivo e Stato, o meglio la esclusiva discendenza del primo dal secondo, insieme alla distinzione di privato

---

[162] D. RICHET, *Lo spirito delle istituzioni*, cit., pp. 30-1. E ciò «malgrado gli sforzi di Francesco I (il quale nominò nel 1527 una commissione con l'incarico di mettere ordine nella congerie degli atti regi), nonostante le conclamate esigenze degli Stati Generali (1560, 1576, 1614) e benché Colbert fosse stato quasi sul punto di riuscirvi, realizzando però solo un successo a metà» (ivi, p. 31); Richet infatti continua a spiegare che «la codificazione resterà un'opera parziale di carattere privato: tutti i cosiddetti "codici" pubblicati nel XVI secolo (il "*Code Henri III*" del Presidente Brisson, nel 1587; la "*Conférence des ordonnances royaux*" di Guénois, del 1593); o nel XVII (il "*Code Louis XIII*" di Corvin nel 1628), rimasero semplici raccolte prive di sanzione ufficiale» (ivi, ibidem). Per le compilazioni di testi di leggi in Spagna, cfr. J. A. MARAVALL, *Le origini dello Stato moderno*, in E. ROTELLI-P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. 1, cit., p. 85. Cfr. a tal proposito P. Caroni, Saggio sulla storia della codificazione, Milano, 1998; P. Cappellini-B. Sordi (a cura di), Codici – una riflessione di fine millennio, Milano, 2002, nonché P. GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in Quaderni Fiorentini, 35-2006, tomo 1, p. 85, che definisce «se non indebito almeno altamente equivoco continuare, per le produzioni prenapoleoniche (…), a qualificarle come codificazioni». Cfr. J. VAN KAN, *Les Efforts de codification en France: Etude historique et psychologique*, Paris, 1929; V. Piano Mortari, Gli inizi del diritto moderno in Europa.

[163] D. RICHET, *Lo spirito delle istituzioni*, cit., p. 31.

[164] F. GENTILE, *Politica aut/et statistica*, cit., p. 119. v. anche M. E. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino, 1967, p. 39 che nota come il codice del 1804, «in una parola, era la concertazione dei principi rivoluzionari sulla base del diritto francese antico», cioè, di quei principi rivoluzionari che trovano nel giusnaturalismo la loro ragion d'essere (Id., p. 34); cfr. P. Del Giudice, Fonti legislative e scienza giuridica dal secolo XVI ai giorni nostri, Milano, 1923. Cfr. M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., pp. 123-124, che schematizza gli elementi più significativi di novità, ovvero di conservazione, dell'opera napoleonica. Cfr. A. DI NITTO, *Intervento* nel corso del seminario dal titolo "*Norma e Stato per tradizione sistematica e nella realtà operativa*", in F. SPANTIGATI (a cura di), *Sulle trasformazioni*, cit., pp. 74-5, sul modello di diritto positivo post-codiciale e «l'ideale geometrico del sistema formale». Cfr. ora, ad esempio, il Decreto Legislativo 31 dicembre 1992, n. 546 (recante "*Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413*"), che all'art. 8 prevede la non applicabilità, da parte delle commissioni tributarie, delle «sanzioni non penali previste dalle leggi tributarie quando la violazione é giustificata da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni alle quali si riferisce», che fa crollare un altro caposaldo del formalismo giuridico.

e pubblico — attraverso il parametro della *summa potestas*, assente nel primo, presente nel secondo — donano alle riflessioni bodiniane un accento squisitamente moderno, sino alla considerazione per cui la nozione di sovranità si distingue per essere «l'arma più raffinata per vincere tutte le possibili resistenze dal basso, ma sancisce anche la separazione dello Stato dalla società, non più padrona del suo *jus*»[165]. Francesco Gentile, commentando i caratteri della codificazione napoleonica, soggiunge che questa dimostra di possedere una finalità squisitamente statistica, tesa cioè a «tagliare la vena che congiunge la legge positiva dello Stato al diritto naturale della comunità come alla sua fonte originaria»[166].

In questo modo la partizione di diritto pubblico e privato riceve le sue più coerenti e conseguenti basi teoriche. Il contesto intorno al quale gravita il diritto pubblico «si riferisce allo *Status Rei Publicae* e ha come fine l'interesse pubblico: questo apre la strada alla spersonalizzazione del potere, per cui sovrano è lo Stato e non il re, che non ha la libera disposizione del proprio regno, perché non è un suo possesso o dominio privato»[167].

Grazie a Bodin, si legge in un saggio sul tema delle origini del costituzionalismo, si sviluppa quel «concetto di sovranità statale che si trattava di ricostruire rispetto alla frantumazione che essa aveva subito ad opera

---

[165] N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, cit., p. 30. È anche grazie a Jean Bodin, che si afferma «in tutta Europa il principio volontaristico della legge, concepita come il prodotto dell'autonoma volontà del sovrano» (M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., p. 151).

[166] F. GENTILE, *Politica aut/et statistica*, cit., pp. 119-120.

[167] N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, cit., ibidem; v anche F. Benvenuti e G. Berti su amministrazione obbiettivata. Seguendo le indicazioni di Mannori, spiegare che la differenza tra amministrazione impersonata ed amministrazione obbiettivata è resa possibile in virtù della funzione amministrativa (moderna). Quella sentenza, pronunciata con grande efficacia da Meinecke per cui «nulla può risultare vergognoso, che torni a bene dello Stato» (F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato*, cit., p. 87), non poteva far altro che esasperare gli studi giuridici, conducendoli in quella secca che è la riflessione sul fondamento metafisico del diritto, superata, invero, soltanto attribuendo un ruolo prioritario al momento imperativo del potere, fino a trovare che *auctoritas et non veritas facit legem*: è tutta qui la modernità. (v. a proposito J. Bodin, Libro V, cap. V, p. 891). Ci si trova così di fronte a quello che Romano Guardini definisce come lo sviluppo storico del potere: «si forma un tipo di uomo che vive alla giornata, ha un carattere allarmante di arbitraria sostituibilità, ed è esposto alle pretese del potere» (R. GUARDINI, *La fine dell'epoca moderna. Il potere*, cit., p. 159), tanto da affermare che «l'uomo vivo recede; l'apparato avanza» per effetto di «una tecnica sempre più affinata dell'inventario, della registrazione organizzativa, della amministrazione burocratica e, per esprimersi senza veli, una sempre più netta "economicizzazione" dell'uomo» che finiscono per «trattare l'uomo nello stesso modo con cui la macchina tratta la materia da cui ricava i suoi prodotti» (p. 159). Nelle pagine successive Guardini abbozza un'interessante tematizzazione del concetto di "disponibilità" dell'essere umano, nel senso che «sempre più nettamente si delinea una situazione in cui l'uomo tiene in suo potere la natura, ma insieme l'uomo tiene in suo potere l'uomo e lo Stato tiene in suo potere il popolo e il circolo vizioso del sistema tecnico-economico tiene in suo potere la vita» (p. 160).

dell'Impero, del Papato, dei corpi locali, feudali o municipali»: sui due pilastri della "autonomia della sfera politica e della sovranità", che originano dalle riflessioni contenute nei *Six Livres de la République*, «poggeranno le filosofie contrattualiste, sia quelle liberali, sia quelle democratico-radicali»[168]. Di modo che risulta possibile affermare, senza tema, che i motivi ispiratori del pensiero politico e giuridico moderno — con particolare riferimento al tema dell'individuazione e definizione dell'autorità — sono già stati fissati, in nuce, dagli Autori sinora citati; Pierangelo Schiera, in una voce del Dizionario della Politica, scrive che «con Bodin (…), e con Hobbes, che mezzo secolo più tardi porta a conclusione su basi ancor più rigorose e moderne un discorso analogo, la fondazione mondana del potere, unitario e accentrato, totalitario e assoluto, è compiuta»[169].

Una disquisizione filosoficamente orientata intorno all'argomento delle funzioni pubbliche, ed in ispecie della funzione amministrativa, deve tener conto infatti dei due momenti formativi del potere unitario vincolante per il diritto, identificato nella costituzione della nozione di autorità, e dell'interesse generale, in qualità di fine supremo dell'attività pubblica[170].

Ora, poiché ci si è orientati a scoprire la frattura che ha fatto emergere il modello di Stato moderno[171] e di un'amministrazione pubblica, di conseguenza, accentrata, detentrice di tutte le funzioni erogate dall'apparato centrale — sottratte con successo a quelle autonomie che per tradizione erano abilitate ad esercitarle, sino ad identificare pubblico, politico e sociale — sembra

---

[168] A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale coordinati da Augusto Barbera e Gianfrancesco Zanetti*, Roma-Bari, 1998, p. 14.

[169] P. SCHIERA, *Stato Moderno*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO, *Dizionario di Politica*, Torino, 2004, p. 1130.

[170] S. Mastellone, La naissance de l'Etat administratif, in Aa. Vv., Théorie et pratique politique à la Renaissance, Paris, 1977

[171] P. SCHIERA, *Stato Moderno*, cit., p. 1130. Ci si può riferire proprio ad un "modello di Stato moderno", contrapposto al sistema pluralistico tipico delle società medievali; la frattura viene riconosciuta, tra gli altri, anche da Norberto Bobbio, il quale in una serie di lezioni dei primi anni Sessanta dedicate proprio al positivismo giuridico, affermava che «la società medievale era una società pluralistica, in quanto era costituita da una pluralità di raggruppamenti sociali ciascuno dei quali aveva un proprio ordinamento giuridico: il diritto vi si presentava come un fenomeno sociale, come prodotto non dallo Stato, ma dalla società civile. Con la formazione dello Stato moderno la società assume invece una struttura monastica nel senso che lo Stato accentra in sé tutti i poteri, *in primis* quello di creare il diritto: esso non si accontenta di concorrere a questa creazione, ma vuole essere il solo che pone il diritto, o direttamente attraverso la legge, o indirettamente attraverso il riconoscimento e il controllo delle norme di formazione consuetudinaria» (N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, p. 15).

immancabile un riferimento alla scuola moderna del diritto naturale[172] che ha indirizzato, attraverso i suoi più autorevoli esponenti, gli studi giuridici successivi, gettando le fondamenta di quello che è stato definito come il positivismo giuridico[173].

La riflessione intorno al fenomeno giuridico propria dei giusnaturalisti moderni, è cioè creditrice nei confronti delle dottrine del costituzionalismo e della codificazione civile che hanno significato la tappa finale nella costruzione dello Stato moderno.

Si crede pertanto di riportare alcuni dei motivi ricorrenti riscontrabili nelle Opere dei contrattualisti, con riferimento al metodo ed ai contenuti ivi presenti[174].

Per quanto riguarda l'approccio allo studio del diritto — e più in generale, della politica — è da sottolineare il contributo di Thomas Hobbes, la cui teoria politica è definita come «l'autocoscienza dello Stato moderno»[175], che a differenza dei suoi predecessori non ricorre all'autorevolezza delle fonti citate

---

[172] È stato Guido Fassò ad affermare, in una nota voce enciclopedica, che, sebbene il termine giusnaturalismo nella sua accezione più generica rimandi alla validità del diritto naturale, «è invalso tuttavia l'uso di designare con la parola giusnaturalismo un gruppo di dottrine dei secoli XVII e XVIII, fra le quali esistono, nonostante l'autonomia di ciascuna di esse ed anzi le differenze spesso notevoli fra l'una e l'altra, elementi comuni, caratteristici del loro tempo, che le hanno fatte riunire, anche se con una certa artificiosità, nella cosiddetta "scuola del diritto naturale"» (G. FASSÒ, *Giusnaturalismo*, in Novissimo Digesto italiano, VII, Torino 1968, p. 1106). In una voce enciclopedica parallela, e di pochi anni successiva, viceversa, Sergio Cotta, dopo aver negato la possibilità di rintracciare nella riflessione giuridica giusnaturalistica un "universo comune di discorso", tuttavia asserisce che «assai più interessante appare un altro tentativo di interpretazione storica unitaria del giusnaturalismo: quello che gli attribuisce, malgrado la varietà contenutistica delle sue dottrine e dei suoi metodi, una complessiva unità di funzione in tutto il corso della storia umana»; in questo senso, continua Cotta, «non si può non rilevare che non poche teorie giusnaturalistiche mirano piuttosto a fondare e quindi a legittimare il potere anziché limitarlo» (S. COTTA, *Giusnaturalismo*, in Enciclopedia del Diritto, XIX, Milano, 1970, p. 514).

[173] Di Hobbes dice Tarello che «la sua concezione della legge è la prima espressione del "positivismo giuridico" moderno; il suo modello teorico dell'organizzazione giuspolitica, che è quello del più coerente assolutismo, è una delle premesse culturali dello Stato moderno» (G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, p. 59). Cfr. con le parole pronunciate da Pio XII presso il Tribunale della Sacra Rota, il 13 novembre 1949 (tratto da *http://www.vatican.va/holy_father/pius_xii/speeches/1949/documents/hf_p-xii_spe_19491113 _roman-rota_it.html*) e che Uberto Scarpelli definisce come «la dura condanna del positivismo giuridico, indissolubilmente congiunto all'assolutismo di Stato» (U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 135).

[174] N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in AA.VV., *La formazione del diritto moderno in Europa (Atti del III Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto)*, I, Firenze, 1977, spec. pp. 80-82.

[175] N. BOBBIO, *Introduzione*, in T. HOBBES, *Opere Politiche*, vol. 1, Torino, 1988, p. 19, ha scritto che «un hegeliano direbbe che nel pensiero di Hobbes lo Stato moderno per la prima volta acquista piena coscienza di sé stesso o, se si preferisce, che la teoria politica di Hobbes è l'autocoscienza dello Stato moderno».

onde supportare le sue tesi, bensì alla razionalità delle costruzioni logiche[176] e concettuali; egli stesso, nella prefazione al *De Cive*, conferma le sue intenzioni: *non enim dissero sed computo*. Le dottrine politiche e quelle giuridiche debbono mantenersi ben lontane dalle costruzioni astratte della metafisica, ricorrendo piuttosto all'utilizzo di un metodo scientifico, quello proprio di materie come la matematica e la geometria: ipotetico-deduttivo e con finalità squisitamente operative.

Per quanto attiene, viceversa, ai contenuti, è possibile enucleare, anzitutto, la dicotomia stato di natura/stato di società, la quale costituisce il nucleo originario del binomio pubblico/privato[177].

Guido Fassò avverte che «lo sviluppo rinascimentale e moderno della dottrina del diritto naturale avviene sotto il segno del soggettivismo nato con l'umanesimo, e la "natura" a cui il giusnaturalismo si richiama è la natura umana intesa come autonoma ragione: il che imprime alle dottrine giusnaturalistiche quel carattere di spiccato individualismo che le differenzia nettamente dalla dottrina del diritto naturale, prettamente oggettivistica, tanto classica quanto medievale, ed a determinare il quale concorre, soprattutto fra i giusnaturalisti inglesi — la cui opera deve d'altra parte l'efficacia politica maggiore — lo spirito del protestantesimo, che si richiamava immediatamente alla coscienza dell'individuo»[178].

La nozione di contratto sociale (nelle due fasi della procedura di stipula: *pactum subiectionis* e *pactum societatis*) figura quale unico strumento in grado di condurre il consorzio umano da uno stato di natura — variamente interpretato — ad uno stato di società. Il che, nel tentativo di oltrepassare le costruzioni medievali dell'ordine giuridico, significa superare il particolarismo di una fittizia condizione umana prestatale, caratterizzata dall'anomia e dall'incertezza (sino alla guerra totale di Hobbes) onde sostituirla con una struttura artificiale, detentrice dell'autorità e verso la quale i consociati destinano la loro autonomia, cui volentieri rinunciano, pur di salvaguardare la vita, la proprietà e la certezza delle relazioni.

Il "modello hobbesiano", «chiaramente dicotomico, perché delinea due situazioni fondamentali — lo stato di natura e lo stato civile — fra loro

[176] G. FASSÒ, *Giusnaturalismo*, cit., p. 1106.
[177] Cfr. G. FASSÒ, *Giusnaturalismo*, cit., p. 1107.
[178] G. FASSÒ, *Giusnaturalismo*, cit., pp. 1106-1107.

contrapposte per struttura»[179], rileva non tanto sul piano delle definizioni storico-sociologiche: Sergio Cotta, nella Prolusione al XXX Convegno Nazionale dei Giuristi Cattolici, ha piuttosto inquadrato le due situazioni sotto il profilo, certo più ficcante, della loro più intima "essenza teoretica".

Il filosofo del diritto infatti considera lo stato di natura non soltanto come «situazione in cui gli individui vivono e agiscono nella asocialità»; bensì, conferendogli un valore più intrinsecamente metafisico, come quella «situazione antropologica pensata o costruita ponendole a fondamento il dato fenomenico dell'io chiuso nella egoità individuale, il quale si comporta secondo la propria individuata potenza»[180]. Viceversa nello stato di società o stato civile, si appalesa «una situazione antropologica pensata ponendole a fondamento il dato fenomenico dell'ente politico, la cui nascita è rappresentata mediante il simbolo del patto sociale, in cui la coniugazione di volontà e ragione superano la passionalità individuale dando quindi luogo al noi, a sua volta simboleggiato nel "corpo (od organismo) politico"»[181]. Donde, seguendo la lezione di Sergio Cotta, è evidente che, pur nelle diverse valutazioni dello stato di natura e financo dello stato di società, rimane che il primato sul piano assiologico va comunque attribuito alla «situazione politica, al noi», o, con altre parole, al pubblico, il sovrano[182].

Si capisce che in questa accezione non è possibile parlare di rapporti umani, se non vengono tutelati dalla legge dello Stato, che si occupa di sovrintendere al mantenimento dell'ordine pubblico mediante l'organizzazione burocratica sopra la quale poggia, individuando perciò stesso gli interessi da perseguire, in quanto soggetto terzo.

Stato e società, autorità e libertà, pubblico e privato: la catena che si viene a creare fonda e legittima il potere anziché limitarlo, come pur suggerisce lo stesso Cotta, strutturandosi su di una teoria che, negando la possibilità di un'innata giuridicità insita nell'essere umano, considera quest'ultimo alla stregua di un'egoità portata al soggettivismo disgregatore ed alla dispersione statistica.

---

[179] S. COTTA, *La dimensione sociale nell'alternativa tra il pubblico e il privato*, in Rivista di Diritto Civile, 2-1980, p. 129.
[180] S. COTTA, *La dimensione sociale*, cit., p. 129.
[181] S. COTTA, *La dimensione sociale*, cit., ibidem.
[182] S. COTTA, *La dimensione sociale*, cit., p. 130; v. anche R. SCHNUR, *Individualismo e assolutismo*, pp. 75, 87-8.

L'ordine giuridico medievale, supportato dalla dialettica imperitura di universale e particolare, lascia definitivamente il posto all'età del "*particulare*", dell'individuale. Il Seicento è in ispecie l'epoca in cui l'accentramento monarchico condotto sotto le insegne dell'assolutismo, onde pervenire alla completa ed integrale (oltrechè indiscussa) esaltazione della sovranità ed autorità statuale, giunge quasi al termine di quella battaglia contro le autonomie feudali — conclusasi con la Rivoluzione francese e la codificazione che ad essa è seguita[183].

Dice infatti Tarello, per rendere l'idea della transizione secentesca, che «i sistemi giuridici che il secolo XVII lasciava in eredità erano, parlando in generale, complessi a causa della concorrenza di una pluralità di fonti, complicati a causa dell'estrema varietà delle discipline dei soggetti e dei beni; antinomici e incoerenti a causa dei frequenti conflitti di norme e di giurisdizioni; incerti a causa di tutto ciò»[184]. L'unico fattore in grado di mettere ordine nell'accidentato materiale normativo, continua l'insigne storico, è l'assolutismo monarchico, «che svolge una politica che ben può chiamarsi di accentramento giuridico»[185].

Da Hobbes a Pufendorf — sino, più tardi, a Thomasius — la dottrina dei secoli XVII e XVIII, memore dell'insegnamento bodiniano, giustifica ed anzi richiede l'intervento del sovrano nella redazione delle fonti normative, considerato l'indispensabile suggello onde poter attribuire alle stesse efficacia vincolante fra i sudditi[186].

Il monarca, forte di questo appoggio dottrinale, «si considerava titolare di un potere diretto, immediato e tendenzialmente illimitato»[187], attributario, altresì, di tutte le funzioni dello Stato.

La "spersonalizzazione del potere" cui allude Nicola Matteucci, prodromica alla nascita del diritto pubblico, non fa che rendere più evidente il legame indissolubile tra Stato, legge, amministrazione, interessi, relegando tutto

---

[183] V. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, pp. 49 ss.
[184] G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 47.
[185] G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 48.
[186] Vi è chi, come Pietro Costa, avverte che «le sfere della società e della sovranità sono ormai nettamente distinte (e, da questo punto di vista, è ormai consumato il distacco dal modello aristotelico-tomistico): la rappresentazione dell'ordine complessivo ha un netto carattere dicotomico, che non esclude però il ricomporsi dell'unità dal momento che il governo, pur distinto dalla società, è legato funzionalmente ad essa» (P. COSTA, *Civitas*, cit., p. 541).
[187] G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 50. V. anche pp. 52 ss. sulle funzioni amministrativa e giurisdizionale.

ciò che è sociale a materia di competenza del soggetto pubblico — l'amministrazione risultando come quello strumento di cui si serve il potere onde perseguire i propri interessi.

Lo Stato inteso in senso moderno, non ancora uniformemente consolidato sino agli anni della Costituente di Francia, «continuava a sovrapporsi a una quantità di contratti particolari disposti a tela di ragno e ai privilegi di corpo, di città e province, il che riduceva sensibilmente la sfera di applicazione del diritto statale»[188].

Il movimento illuministico, viceversa, pur conservando «un atteggiamento razionalistico in relazione al diritto naturale», porta alle estreme conseguenze le intuizioni dei capistipite del giusnaturalismo moderno, avallando «un atteggiamento volontaristico in relazione al diritto positivo»[189]. Il che conduce i maggiori esponenti del pensiero pre-rivoluzionario a difendere il principio della certezza del diritto unitamente alla divisione dei poteri, affermando quindi la supremazia del potere legislativo in quanto espressione della "volontà collettiva"[190].

Sostiene Paolo Grossi che la storia dell'illuminismo giuridico rimanda ad una serie di posizioni che possono essere ricondotte ad un denominatore comune costituito da «fiducia nel Principe, fiducia nello Stato, congiunta ad una costante sfiducia nel sociale, in una società che — come fatto globale complesso — risulta difficilmente controllabile, difficilmente inquadrabile in un'orditura razionale»[191].

Sembra quindi di poter parlare di uno «stretto legame fra il concetto di libertà e il concetto di legge», sino a «porre la legge a fondamento della libertà»[192].

Che equivale a dare una lettura del retaggio illuministico in chiave assolutamente moderna, evidenziando perciò il nesso costitutivo intercorrente

---

[188] D. RICHET, *Lo spirito delle istituzioni*, cit., p. 34.
[189] MARIO A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 13.
[190] N. BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Torino, 1957, p. 241.
[191] P. GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, cit., p. 88. A cui si fa seguire il seguente ragionamento: «la soppressione dell'ordine antico, la stessa creazione del corpo unitario della Nazione, richiederanno che il potere legislativo divenga l'espressione della volontà generale, non la semplice dichiarazione di dati già definiti nell'ordine naturale» (L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 199); cfr. E. BUSSI, *Dallo Stato patrimoniale allo Stato di polizia*, cit, p. 92, sull'onnipotenza della legislazione come eredità che i teorici dello Stato di polizia hanno lasciato allo Stato moderno.
[192] MARIO A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 34.

tra i concetti di autorità e libertà, che struttura un paradigma tuttora funzionale allo studio del diritto positivo.

L'autorità, unico soggetto abilitato a creare interpretare ed applicare il diritto è, allo stesso tempo, in virtù delle sue qualità strutturali, altresì l'unico soggetto in grado di garantire l'esplicarsi pacifico delle libertà dei cittadini.

Allo stesso modo le libertà in capo ad essi costituite, possono coesistere soltanto in virtù del controllo sociale esercitato dallo Stato: sono queste le premesse per uno sviluppo progressivo del diritto amministrativo e financo del diritto privato, sino all'affermazione per cui nel secolo XVIII «l'idea del diritto soggettivo derivato è stata alimentata e poi giustificata con quella della legge come volontà generale»[193]; e sino a tracciare un parallelo tra una primitiva formulazione del principio di legalità ed alle connesse situazioni giuridiche soggettive ad esso collegate e da esso, appunto, derivate[194]. Il diritto soggettivo, *in primis*, non è pensabile se non in rapporto alla volontà del soggetto pubblico, che ne stabilisce in forma di legge l'istituzione ed i limiti.

La svolta codicistica non è quindi valutabile soltanto nei termini di una affermazione della certezza del diritto, quale aspetto prodromico all'esercizio delle libertà da parte dei privati, bensì assume le sembianze di un vero e proprio innesto legalistico nella trama dell'ordinamento giuridico delle relazioni — sino a conferire al diritto amministrativo quell'aspetto di sottoposizione alla supremazia della legge positiva che ne costituisce il nerbo ancora oggi[195].

Si può così concludere che, «come la legge è diventata l'unica forma di determinazione politica, drasticamente riducendo alla volontà generale della nazione sovrana ogni espressione del politico, così, l'amministrazione diventa *una*, ingloba e invera le tante amministrazioni dell'ordine antico, si fa potere nazionale, in posizione ormai subalterna alla legge, ma con la stessa identica proiezione, affermando un monopolio amministrativo nella realizzazione dei fini collettivi inconcepibile nel pluralismo istituzionale e corporativo dell'antico regime», tanto da poter arguire che «le tessere dell'antico mosaico istituzionale si sono dissolte, fuse nel nuovo quadro nazionale dell'autorità pubblica»[196].

---

[193] G. GORLA, *Commento a Tocqueville*, cit., p. 71.
[194] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., pp. 24-5.
[195] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., p. 19.
[196] L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 212.

3.1.2. *"Portando fra nuove rive le medesime acque". Sui nessi tra funzione e rivoluzione: tra continuità e discontinuità* — «Si può pensare, in una parola, alla rivoluzione come luogo storico in cui si produce la forma-Stato "moderna", per il duplice tramite delle codificazioni, civili e costituzionali, e della creazione di una amministrazione centralizzata finalmente capace di spezzare la struttura pluralistico-cetuale della costituzione tradizionale, di imporre fini collettivi di lungo periodo ormai del tutto svincolati dall'adesione consociativa degli interessi organizzati»[197]. Così Maurizio Fioravanti, nel compilare il lessema "Stato", riporta una posizione che, se patrocinata negli studi di storia del diritto, importerebbe la negazione di un lungo processo, tratteggiato nelle pagine precedenti, che ci ha fatto scorgere la lenta formazione di una proto-funzione amministrativa.

Tuttavia, anche se in un primo momento può apparire come un azzardo, non è difficile vedere come il processo di completamento di una funzione amministrativa (e quindi dell'apparato della pubblica amministrazione) in senso moderno, segue un itinerario che, dalla nota affermazione di Louis XIV «lo Stato sono io»[198], alla formula dell'Abbé Sieyés secondo cui la Nazione è la legge stessa perché la sua volontà è sempre legale[199], sembra caratterizzarsi più per le note di continuità che per le fratture dell'ordine precedente: in fondo «non vi era stata soluzione di continuità tra lo Stato cd. assoluto ed il nuovo Stato, nato dalle rivoluzioni, nel senso che, governato dal parlamento e disciplinato dalla legge, era in esso soltanto mutato il soggetto che deteneva (o almeno esercitava) il potere supremo»[200].

Sotto il profilo amministrativo, il passaggio da una nozione personificata del "soggetto Stato", tipica dell'Antico Regime, ad una vera e propria

---

[197] M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in Enciclopedia del Diritto, XLIII, Milano, 1990, p. 751.

[198] A questo proposito è utile ricordare che «questa espressione viene di solito interpretata in termini strettamente patrimoniali che sottolineano l'assoluto potere del re di agire come meglio credeva; in realtà è altrettanto valida l'interpretazione opposta che vede in tale espressione l'obbligo di Luigi di agire nell'interesse dello Stato anche quando le sue inclinazioni personali andavano in tutt'altra direzione» (J. H. SHENNAN, *Le origini*, cit., p. 144). Cfr le Memorie di Luigi XIV, cit., p. 187: «i re sono i signori assoluti e possono liberamente disporre di tutti i beni tanto dei secolari quanto degli ecclesiastici per curarli da saggi amministratori cioè a dire secondo i bisogni dello Stato» — nel che si scorge un intreccio col tema dei rescritti *contra ius*: v. U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, cit., pp. 153 ss

[199] E. J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le tiers état?: Précédé de l'Essai sur les privilèges*, Paris, 1822, p. 159.

[200] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., p. 101.

spersonalizzazione del potere di può dire concluso soltanto nel momento in cui i compiti affidati all'amministrazione trovano «un soggetto, un apparato organizzativo in grado di realizzarli in via monopolistica, a esclusione di altri attori qualificabili come pubblici; un soggetto che proprio per questo può essere definito come "amministrazione generale", amministrazione pubblica»[201]. Dove, proprio per effetto di una moderna concezione della "funzione pubblica", ciò che è generale, viene unilateralmente definito in quanto pubblico, cioè dallo Stato. Così, «l'ideale di un'umanità interamente capace di governarsi da sé stava ormai per lasciare il posto al suo esatto reciproco — cioè a quello di uno Stato apparato che, accreditatosi come unico interprete della volontà legale, avrebbe espropriato la società civile dalla cura di qualsiasi interesse collettivo»[202], in un lungo processo storico che vede la sua più completa e coerente definizione — o, imposizione — nella redazione di un *code civil* che esautora la società anche dalla disciplina dei rapporti interni a sé stessa, come sono i diritti di proprietà e delle obbligazioni tra i membri del consorzio umano.

Inoltre, se ci si accosta alla successione storica delle forme di Stato, ci si può rendere conto che già «nello Stato patrimoniale il Principe detiene ed esercita i poteri sovrani come diritti personali e patrimoniali a tal segno da considerare — al limite — gli stessi elementi materiali dello Stato, territorio e popolazione come beni liberamente disponibili, nonostante ogni legge o consuetudine contraria»[203], sino a disciplinare la vicenda della successione al trono, spesso, in forma testamentaria, atto *personalissimo* per natura. Il che riesce a dar conto di quel fenomeno che potremmo richiamare come processo di personificazione del potere, proprietà del sovrano[204].

Secondo l'Astuti, «solo nel corso del secolo XVIII, col generale diffondersi anche in Italia dell'assolutismo illuminato, si potrà affermare, pur senza eliminare tenaci residui storici negli ordinamenti positivi, una nuova nozione giuridica della sovranità dei principi, come mera potestà pubblica di

[201] L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 213. Sul monopolio amministrativo colto nel suo sviluppo storico, dev'essere citato l'Editto di Saint Germain-En-Laye del febbraio 1641, che proibiva ai Parlamenti ed alle altre Corti di Giustizia di conoscere degli affari dello Stato e dell'amministrazione, su cui ad esempio R. MOUSNIER, *The Institutions of France Under the Absolute Monarchy*, 1598-1789, 1, Chicago, 1979, p. 603.
[202] L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 231.
[203] G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno*, cit., p. 59.
[204] Cfr. J. H. SHENNAN, *Le origini dello Stato moderno*, cit., pp. 33 ss.

governo, completamente distinta da ogni riflesso di natura patrimoniale»[205] e, diremmo, anche personale.

La richiesta illuministica di razionalizzazione del potere, la Rivoluzione francese e l'emanazione del Codice Napoleone stabiliscono in modo definitivo i margini di operatività di privato e pubblico. Definendo una spersonalizzazione del potere pubblico che rimane un'entità astratta e virtuale, composta da uomini solamente nella misura in cui tra pubblico e privato sussista un rapporto organico, ovvero di servizio.

Il modo di esercizio — anche se, forse, sarebbe più corretto riferirsi all'invenzione, in senso moderno — dell'attività amministrativa risente quindi di un cambiamento graduale, una metamorfosi evolutiva che a partire dal superamento dello Stato patrimoniale, sino agli eventi posteriori al 1789, riflette una trasformazione che dalla personificazione del potere (e degli apparati), giunge sino alla spersonalizzazione nell'esercizio dello stesso[206] — seguendo un'evoluzione storica lineare, che può essere spiegata ricorrendo, per primo, ad una nota posizione di Alexis de Tocqueville, il quale, nel volume intitolato proprio "*L'antico regime e la rivoluzione*", «seppe proporre alla nostra attenzione il fatto di una sotterranea continuità tra l'Ancièn Régime, la Rivoluzione e il dopo Rivoluzione, perdurante continuità rappresentata da quella struttura che noi chiamiamo amministrazione»[207].

---

[205] G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno*, cit., p. 60.

[206] Cfr. ad esempio G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno*, cit., p. 178.

[207] F. BENVENUTI, *Il filo dell'amministrazione prima durante e dopo la Rivoluzione francese*, in AA. VV., *Scritti per Mario Nigro*, p. 59. Significativamente M. G. MAIORINI, *Storia dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 41, asserisce che «avvenimenti rivoluzionari dal punto di vista politico non incidono con lo stesso effetto dirompente sulla struttura amministrativa». Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, ora in *Scritti politici*, 1, Torino, 1996, pp. 640 ss., in cui l'Autore traccia una linea retta tra l'amministrazione pubblica francese dell'Antico Regime e quella post-rivoluzionaria: sostenendo che la Rivoluzione non ha creato l'accentramento amministrativo, bensì l'ha solo utilizzato, in quanto esso sussisteva da almeno quarant'anni prima. V. anche M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 131, che mette in evidenza il contributo della teoria marxiana: sorprende, infatti, leggere nell'ottavo capitolo de "*Il XVIII Brumaio di Luigi Bonaparte*" una serie di riflessioni intorno al tema dell'accentramento amministrativo sviluppatosi durante e per effetto della "prima" Rivoluzione francese — che rendono certo evidente come l'evoluzione dell'accentramento, problema sollevato da Tocqueville a proposito dell'apparato amministrativo francese, non incontri nell'evento rivoluzionario alcun ostacolo alla sua totale ed indiscussa affermazione. Karl Marx, in effetti, pur attribuendo, a livello filosofico, all'evento "Rivoluzione", una portata dirompente, perché in grado di accelerare il corso della storia, deve ammettere che «questo potere esecutivo, con la sua enorme organizzazione burocratica e militare, col suo meccanismo statale complicato e artificiale, con un esercito di impiegati di mezzo milione accanto ad un esercito di mezzo milione di soldati, questo spaventoso corpo parassitario che avvolge come un involucro il corpo della società francese e ne ostruisce tutti i pori, si costituì nel periodo della monarchia assoluta, al cadere del sistema feudale, la cui caduta aiutò a rendere più rapida» (K. MARX, *Il 18 Brumaio*

In questo senso lo storico François Furet, in una celebre voce del dizionario che ha contribuito a curare, dice che in Tocqueville la Rivoluzione francese è «il prodotto di una storia che ingloba i due avvenimenti: quella dell'espropriazione della società a vantaggio di uno Stato amministrativo»[208]; sottrazione e ridefinizione della geografia dei poteri, che si pongono come eventi conclusivi di una lenta evoluzione storica, dall'ordine giuridico medievale sino al prototipo dello Stato moderno, riproponendo il paradigma concentrazione-partecipazione lungo la cui retta, come si è visto, è possibile iscrivere l'intera vicenda[209].

Se l'idea di partenza è dunque un diffuso pluralismo cui riportare l'allocazione delle funzioni — non riconducibili, peraltro, ad un unico centro-potere unitario e vincolante per il diritto — il punto di arrivo è costituito viceversa da una società sostanzialmente priva di articolazioni interne, e compatta di fronte allo Stato.

L'espropriazione ha proprio questo significato: separare distintamente i due momenti della produzione e dell'imputazione del diritto, esonerando i destinatari delle norme giuridiche dalla formazione delle stesse.

Questo risultato, giunto a sublimazione soltanto a partire dalla codificazione napoleonica, è preconizzato dalla strenua lotta dei teorici rivoluzionari contro i privilegi feudali; il 1789 segna in questo senso un punto di passaggio, che dall'assolutismo monarchico di Luigi XIV conduce diritto al centralismo amministrativo ed all'assolutismo giuridico-legislativo di cui il *Code Civil* è monumento spettacolare.

A questo proposito Mario Alessandro Cattaneo si riferisce alle due fasi della Rivoluzione francese, come a due momenti distinti: nel primo periodo, riconducibile grosso modo al 1789-1791, sarebbe prevalsa «una mentalità individualistico-liberale, che avrebbe la sua matrice nel pensiero di Locke e di Montesquieu», mentre invece la successiva tendenza, quella degli anni 1793-1794 risulterebbe più vicina ad una sorta di nazional-statalismo, che

---

di Luigi Bonaparte, Palermo, 1964, p. 64). Su Tocqueville cfr. anche P. Piovani, La teodicea sociale di Rosmini, Padova, 1957, A. Mignoli, Democrazia e diritto soggettivo, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, III, 1949, W. Bigiavi, Cose lette. Tocqueville e il diritto romano, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, I, 1947.

[208] F. FURET, *Ancièn régime*, in F. FURET-M. OZOUF (a cura di), *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, Milano, 1989, p. 567.

[209] E. ROTELLI-P. SCHIERA, *Introduzione*, in E. ROTELLI-P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. 1, cit., pp. 11-12.

«costituirebbe il ritorno della teoria della ragion di Stato»[210]. Come si può facilmente scorgere, due fasi caratterizzate dalla medesima impostazione per quanto attiene alle categorie di privato e pubblico, tipiche della riflessione politica e giuridica moderna.

L'analisi dell'*ancièn régime* proposta da Tocqueville mette peraltro in evidenza il particolare dualismo in cui esso è costretto: «da una parte ha annullato qualsiasi partecipazione regolata della società alla gestione collettiva dei suoi interessi, e ha reso uguali tutti i francesi ponendoli sotto l'uniformità della sua tutela, dall'altra parte, la vendita degli impieghi pubblici contro i privilegi, a cui l'hanno condotto le sue esigenze finanziarie, ha reso la struttura della società più rigida, persino castale»[211].

Un disegno che, soprattutto nella misura in cui anticipa il concetto di uguaglianza di fronte alla legge, consente di escludere l'idea della *tabula rasa* — che nella vulgata post-rivoluzionaria indica lo smantellamento delle istituzioni proprie dell'antico regime.

Essa stessa assume le forme di un'illusione, «poiché la rivoluzione, nata dal lavoro dello stato amministrativo sulla vecchia società, si chiude con il dominio assoluto di questo stato sulla società moderna. Bonaparte realizza un sogno di Luigi XIV»[212].

Allo stesso modo, come ebbe modo di scrivere il Mirabeau a Luigi XVI in una lettera datata 10 maggio 1790, «l'idea di formare un'unica classe di cittadini sarebbe stata gradita a Richelieu: tale superficie uguale facilita l'esercizio del potere. Parecchi governi di regno assoluto avrebbero fatto meno, a pro dell'autorità regia, che questa sola annata di rivoluzione»[213].

---

[210] M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 130. Grosso modo si tratta delle due distinte fasi di cui parla lo stesso Alexis de Tocqueville, le quali sarebbero accomunate dal fatto che «gran numero di leggi e di abitudini politiche dell'Antico Regime spariscono bruscamente nel 1789 per riapparire qualche anno dopo, come certi fiumi sprofondano nella terra per riaffiorare poco distante, portando fra nuove rive le medesime acque» (A. DE TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, cit., p. 28).

[211] F. FURET, *Ancièn régime*, cit., p. 567.

[212] F. FURET, *Ancièn régime*, cit., p. 568.

[213] Riportata da A. DE TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, trad. it., Milano, 2006, p. 43. Paolo Grossi, collegando in modo diretto l'illuminismo giuridico alla Rivoluzione, dice che «il riduzionismo illuministico si attua nella bipolarità esclusiva di Stato e individui fisici; al di sotto di un forte potere politico sta una realtà ugualitaria, individui astratti privi di ogni carnalità storica e pertanto tutti giuridicamente uguali, beni non più contraddistinti da qualità giuridiche diversificanti, non più allodii o feudi, ma oggetti indiscriminati, a livello pubblico, di sovranità e, a livello privato, di proprietà» (P. GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, cit., p. 89). L'uomo che esce dal Codice del 1804, dice lo storico del diritto, «è il soggetto unitario di diritto civile e coincide con l'individuo astratto del diritto

Riprendendo il discorso sull'art. 3 della Dichiarazione del 1789, si può certo sostenere che gli istituti e le strutture impostesi attraverso la Rivoluzione «vennero maturandosi con un lento e secolare processo, di cui la Rivoluzione non fu che il momento culminante e decisivo»[214]; è così che Santi Romano perviene a dire che l'enunciazione del monopolio della sovranità da parte dello Stato — «l'unica fonte, se non l'unico subbietto, di ogni potere pubblico» — pur nella sua proclamazione di principio, «in verità non faceva che delineare una situazione giuridica che ormai emergeva evidente e si imponeva in modo categorico»[215].

Quando Santi Romano rinviene quindi nell'art. 3 della Dichiarazione, quel principio cardine dello Stato moderno, per cui «lo Stato, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura, e dalla sua forza, che è forza del diritto»[216], sembra di sentire il rimbombo delle parole scritte da Lorenz von Stein quasi cent'anni prima, e che concludono, in certo senso, la traiettoria che qui si è voluta disegnare.

Lo Stato «sorpassa la caduca esistenza degli individui, pure essendo composto di uomini; si eleva al di sopra degli interessi non generali, contemperandoli e armonizzandoli»[217]: come ha scritto lo Stein, lo Stato, «nel dedicarsi al benessere di tutti (…) ha cura di sé stesso; anzi essendo egli unità di personalità, non ha alcuna altra via per raggiungere il proprio progresso»[218]. Si deve intendere proprio questo con la dizione «impersonalità del potere pubblico o, meglio, la personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso

---

naturale, più un modello di individuo che un personaggio in carne ed ossa storicamente condizionato; pertanto, caratterizzato da una assoluta uguaglianza giuridica» (ID., p. 97). In questo senso, L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 199, in cui la fase rivoluzionaria viene icasticamente descritta in questi termini: «la descrizione del territorio e la sua unificazione in un unico corpo sociale non viene più affidata soltanto agli strumenti rappresentativi, ma fa ora perno su una sovranità geometrica che razionalizza il territorio e innesca un processo discendente che ramifica il potere esecutivo dall'alto verso il basso»; così da poter ravvisare che «all'uniformità individualistica della società fa ora da contrappasso l'unitarietà dell'amministrazione», sino ad assistere ad una vera e propria «rivincita dell'etero-amministrazione».

[214] S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 380-381.

[215] S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 381.

[216] S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., ibidem.

[217] S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., ibidem.

[218] L. VON STEIN, *Opere Scelte*, I, cit., p. 122.

stesso come persona»[219]: è addirittura strabiliante la lucidità con la quale Santi Romano analizza, nei primissimi anni del Novecento, la trasfigurazione storica dello Stato, la semplificazione, seguita alla Rivoluzione francese, dell'ordinamento politico delle relazioni intersoggettive, statisticamente catapultate nella dimensione assai poco umana delle grandi divisioni dicotomiche. Le fratture, virtuali, tra privato e pubblico, tra libertà ed autorità, tra società e Stato: «scomparsi e soppressi ceti e corporazioni, ridotti alla minima espressione persino i Comuni, non si volle porre di fronte allo Stato che l'individuo»[220].

Ma la semplificazione[221] ordinamentale suddetta, pur essendo stata messa in completa evidenza soltanto a partire dagli avvenimenti seguiti al 1789,

---

[219] S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 382.

[220] S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., ibidem. Gino Gorla propone un'analisi per cui dal «processo medievale di riaffermazione della personalità escono di nuovo, con l'evo moderno, l'idea e l'azione della società, dello Stato, della ragion di Stato (…), di nuovo escono quell'idea e quell'azione dello Stato e si fanno tosto prepotenti e minacciose; onde le personalità "locali" sembrano cedere; e l'idea e la pratica del contratto tra diritti soggettivi originari sembra far posto alla idea e alla pratica di una autorità», la quale «vuol di nuovo stabilire la concessione come fondamento della personalità e dei diritti soggettivi, vuol restaurare in nuove e originali forme l'idea e la pratica che i diritti soggettivi sono diritti derivati (derivati da un diritto positivo, che i identifica con la volontà del sovrano)» (G. GORLA, *Commento a Tocqueville*, cit., p. 35). D'altra parte si può anche notare come «lo Stato moderno tende a disconoscere la giuridicità ed autonomia degli ordinamenti minori, specie quando scorga in essi una menomazione della sua sovranità e del carattere unitario e accentratore del suo ordinamento: e conseguentemente tende a porsi quale unica fonte del diritto, ed afferma decisamente la necessità del proprio riconoscimento e controllo di fronte ad ogni forma di organizzazione sociale politicamente rilevante, e il requisito dell'approvazione, della recezione, o del rinvio formale, come sanzione della giuridicità di ogni norma che esso non abbia direttamente emanato, sia che provenga da un ordinamento infrastatuale, sia anche da un ordinamento extrastatuale» (G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno*, cit., p. 16), che ricorda V. E. Orlando, ora in Diritto Pubblico generale, 1954, p. 236. In questo senso gli esempi possono essere, da una parte il conferimento della personalità giuridica ex art. 12 cc. prima della sua abrogazione per effetto dell'art. 11, co. 1, lett a), del D.P.R. 16 febbraio 2000, n. 361; l'art. 12 recitava: «le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento concesso con decreto del Presidente della Repubblica»; lo stesso discorso vale, ad esempio, per l'art. 2329, co. 1, n. 3 cc. a proposito delle "autorizzazioni governative". Dall'altra parte, per quanto riguarda il recepimento di norme giuridiche provenienti da ordinamenti extrastatuali, basterà citare, nell'ordine, l'art. 10 co. 1 Cost., la legge cd. "La Pergola", la registrazione-deposito dei lodi arbitrali del commercio internazionale. In questo contesto parla di «pluralismo assistito, inteso come concessione da parte dello Stato di privilegi e condizioni di favore alle formazioni sociali che adempiono requisiti puramente formali, senza che venisse però riconosciuto uno "spazio" giuridico ai soggetti privati nella cura degli interessi della comunità», C. GOLINO, *Enti non profit, attività di impresa e concorrenza*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 3-2006, p. 800. Cfr. F. Rigano, La libertà assistita. Conviene rimandare, a tal proposito, alla differenza che intercorre tra il sistema di concessione di funzioni tipico dell'ordine medievale (G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno*, cit., p. 58, si riferisce ad esempio all'«esercizio di poteri giurisdizionali e di diritti di ordine pubblico, o implicanti potestà d'impero», su cui appare utile citare anche Mousnier sugli intendenti, p. 196) ed il modello di conferimento di personalità giuridica, libertà ed altri diritti, tipico della modernità.

[221] Di spazio politico che «si vuota e si semplifica», parlano, ad esempio, L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 191-2. Cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del*

o meglio, istituzionalizzata e positivizzata soltanto a partire da quegli eventi, ha radici antiche, che nelle pagine precedenti si sono volute dissotterrare, onde comprenderne a fondo la peculiarità.

Ora si può finalmente chiudere la parabola intravista nella premessa, quella parabola, cioè, che trova nell'Opera di Lorenz Stein la sua più completa e raffinata tematizzazione. E che non a caso, permette allo stesso Autore di dedicarsi allo studio della *Wissenschaft der Gesellschaft*[222], una scienza della società capace di spiegare «cosa è la società e come essa si rapporta allo Stato», onde depurare il tessuto — *rectius*, con lo Stein, il *movimento* — sociale da quelle contraddizioni che lo condurrebbero alla decomposizione ed alla lacerazione. Francesco de Sanctis sintetizza icasticamente: «la distinzione società-Stato lungi dall'istituzionalizzare l'indipendenza della prima (avallando così il processo di decomposizione politica di cui secondo Stein la Francia era testimone) serve proprio ad individuare il modo in cui lo Stato possa 'controllare' meglio (scientificamente) processi che abbandonati al libero gioco degli elementi sociali pongono in crisi la sua stessa struttura»[223].

---

diritto, Milano, 1968, pp. 69 ss. sulla semplificazione post-rivoluzionaria, sino a sostenere che «quella della complicatezza è una delle note caratteristiche dell'epoca contemporanea così dell'uomo contemporaneo; il suo originario impeto irrazionale spinge quest'ultimo a scostarsi dal semplice e dal lineare per avvicinarsi al complicato ed al tortuoso»; per un paradosso, infatti,a la semplificazione porta alla creazione di schemi che appesantiscono la realtà, sino a complicarla inutilmente: «per noi, uomini viventi nel colmo della modernità, con all'intorno una società incredibilmente complessa sotto ogni profilo (non ultimo quello tecnico) tutto è coperto da quegli irrigidenti apparati di potere e, conseguentemente da quelle sofisticate gerarchie di comandi escogitate per dominare e governare la complessità» (P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2004, p. 31). In questo senso si è svolto un memorabile intervento del professor Francesco Gentile, durante un seminario intorno al tema del realismo giuridico, tenuto dal prof. Felix A. Lamas a Padova nel corso del 2006. ma v. anche P. Schiera, p. 268.

[222] L. VON STEIN, *System der Staatswissenschaft*, Stuttgard und Tubingen, 1852.

[223] F. DE SANCTIS, *Crisi e scienza*, cit., p. 107. Per una lettura politologica e fortemente "scientifica" della "grande dicotomia", v. P. F. Lazarsfeld, L'algebra dei sistemi dicotomici, in R. Boudon-P. F. Lazarsfeld, L'analisi empirica nelle scienze sociali, II, Bologna, 1969, pp. 353 ss.; ID., *Notes on the History of Quantification in Sociology. Trends, Sources and Problems*, in Isis, 2/1961, p. 277, laddove l'Autore afferma che «quantification in the social sciences includes mere counting, the development of classificatory dimensions and the systematic use of "social symptoms" as well as mathematical models and an axiomatic theory of measurement»; il sociologo della Columbia University procede analizzando l'apporto dei cosiddetti "Political Arithmeticians", quegli scienziati sociali che adottano, appunto un metodo matematico per la miglior comprensione della realtà umana, che a partire dal XVII secolo si sono rivolti alle analisi quantitative: «there are conventional explanations for this emergence: the rational spirit of rising capitalism; the intellectual climate of the Baconian era; the desire to imitate the first major success of the natural sciences; the increasing size of different countries which necessitated *a more impersonal and abstract basis for public administration*. More specifically, one can point to concrete concerns: the rise of insurance systems which required a firmer numerical foundation, and the prevailing belief of the mercantilists that size of population was a crucial factor in the power and wealth of the state» (p. 279, corsivo mio). Le cause di questa "emergence" sono state studiate da H. R. TREVOR-ROPER, *The General Crisis of the 17th Century*, in Past and Present, 16/1959, pp. 31 ss.

La "nuova" scienza della società è una riedizione della "vecchia" ragion di Stato[224], il cui modulo operativo di carattere statistico ha come corollario metodologico il criterio della prevalenza della Scienza sulla storia, nel senso che la costruzione di una teoria sulla base di un procedimento ipotetico-deduttivo, convenzionalmente volto alla operatività degli assunti formulati, prevale sulla esperienza del reale[225].

Il diritto amministrativo in senso proprio (formale e sostanziale) nasce all'ombra della *summa divisio* di cui si fa latore Lorenz von Stein.

[224] C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, p. 79.

[225] Cfr. F. DE SANCTIS, *Crisi e scienza*, cit., p. 111, che ricostruisce con precisione il metodo steiniano: «il procedimento scientifico, nello specifico ambito delle 'cose umane', si scinde in due momenti; il primo, preparatorio, prescientifico, tendente all'osservazione, collazione e contestualizzazione dei 'fatti' e 'fenomeni' fino a che non si 'presuma' (…) il nesso che avvince questi fenomeni e fatti, da questo nesso si sviluppa poi un concetto 'indipendente', chiaramente proprio dai fenomeni e dai fatti di cui si è rintracciato il nesso; vale a dire che questi hanno il loro fondamenti nel concetto (altrimenti sono insensati), mentre il concetto è autofondato ed indipendente da quelli; è il riflesso nemmeno speculare ma proprio identico della legge eterna che domina le 'cose umane', quindi è la legge stessa, perciò è il vero cominciamento della scienza. La storia è appunto il luogo di reperimento di tutti i fatti e fenomeni dal cui nesso, che il soggetto indagante presume, si sviluppa il concetto indipendente, oggettivo. Questo è il punto di partenza della scienza, da questo punto in poi la storia si espone a partire da tale principio concettuale come una piramide a testa in giù, radicata nel punto-concetto da cui si costruisce il sistema, da questo punto in poi il non-senso dei fatti e dei fenomeni reali acquista senso in virtù dell'autonomia del concetto che non è coinvolto nel fluire dell'accadere, che è tratto in salvo dal *caos* della storia nel *cosmos* della scienza in cui invero proprio la storia reale non decide più nulla. Quest'ultima, una volta trovato il concetto, si pone docilmente al suo servizio — è solo lo sviluppo necessario della potenzialità che è già tutta nel concetto-legge. Questo è assoluto in un senso specifico, *historiae legibus solutus*». Sull'influenza del metodo steiniano nello studio della scienza del diritto amministrativo, cfr. a titolo esemplificativo M. S. GIANNINI, *Prefazione* a V. KNAPP, *La scienza del diritto*, trad. it., Roma-Bari, 1978, XIII-XIV; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, pp. 34-5.

CAPITOLO SECONDO

Il rescritto in quanto "provvedimento" anteriore alla funzione

1. *Premessa* — Una storia della funzione amministrativa (così come, è stato notato[226], una storia della giustizia amministrativa) è di là da venire; in questo senso non sembra neanche possibile — chè le medesime fonti non lo acconsentono — redigere un discorso completo ed esaustivo sulle origini della odierna amministrazione pubblica, tanto meno sul nesso tra la funzione pubblica ed i suoi precedenti storici.

Quel che invece si può fare, è cercare di capire attraverso quale evoluzione di lunga durata si sia creato quel monolitismo del soggetto pubblico che tanta parte ha nello studio dello Stato moderno.

Le coordinate, in qualche modo, sono già state tracciate nel capitolo precedente: l'evoluzione della nozione di autorità insieme alla tematizzazione di quell'individualismo che rende ogni soggetto nemico o strumento per la soddisfazione di utilità ed interessi altrui, hanno gettato le basi per il superamento dell'universalismo caratteristico dell'antico ordinamento delle relazioni intersoggettive[227]. Le due parole chiave, in grado di offrire un'idea del percorso seguito sono, esemplificativamente unicità e tipicità: attraverso l'ipotesi di un individuo "unico", slegato dall'universo politico di cui era pertinenza — analogamente a quanto accadeva nel diritto delle proprietà rurali[228] — in fisiologico conflitto con l'"unico" governo del territorio — anch'esso una novità — l'uomo risulta estrapolato dall'ordine dell'essere di cui era parte integrante, sino a fungere da mero vettore di ordini esterni, posto forzatamente di fronte ad un'astratta istituzione, lo Stato, di cui può divenire organo, ma mai parte integrante[229].

---

[226] P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa: consigli di Prefettura e Consiglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Milano, 1990.

[227] La sostituzione del paradigma *ius commune-iura propria*, seppur lentamente e senza grandi scossoni, ha la medesima origine e da vita agli ordinamenti particolari degli Stati nazionali.

[228] P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale: corso di storia del diritto*, Padova, 1968; ID., *Proprietà e contratto*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2002.

[229] Lo rileva già Meinecke a proposito di Machiavelli: cfr. F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato nella storia moderna*, Firenze, 1942, p. 51; v. anche, ad esempio, S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in S. ROMANO, *Scritti minori*, 1, Milano, 1990, p. 382; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, p. 26.

La dicotomia di società e Stato rende necessario per il secondo di affidare la legittimità delle proprie decisioni ad un principio di prevedibilità delle situazioni da inquadrare, senza di che ogni ordine gli risulterebbe vano.

La tipicità è così il sistema col quale assoggettare la complessità umana ad una semplificazione ed omogeneizzazione in quanto opera necessaria onde esercitare un capillare controllo dell'umano.

Ciò che caratterizza e distingue la riflessione moderna sulla funzione amministrativa è quindi la necessità, ad essa coessenziale, di ascriverne l'esercizio ad un unico soggetto, unitariamente riconducibile al soggetto pubblico, e ad esso circoscritto. Che svolge l'attività assegnatagli dalla legge, contestualmente con la finalità che gli è propria, appartenendogli in via esclusiva: il perseguimento dell'interesse generale, che comporta una definizione unilaterale dell'interesse pubblico.

Si percepisce in tutta la sua rilevanza il necessario collegamento tra un centro unitario-soggetto, pubblica amministrazione, e la finalità cui è rivolta l'azione, l'interesse da perseguire: elementi certo dotati di fondamentale importanza, ove disgiunti, ma decisivi onde comprendere il fenomeno amministrativo, se congiunti nel duplice nesso causale e finale.

E questo non di certo nel senso di stabilire un rapporto di necessaria ed esclusiva coincidenza "organica" tra la pubblica amministrazione intesa in senso soggettivo e nella sua accezione oggettiva — gli organi e l'azione — di cui si dovrà pur parlare; ma piuttosto con l'intenzione di risalire al significato, anche storico, della tendenza ad ascrivere ad un unico centro il perseguimento dell'interesse pubblico[230].

Per farlo, in questo secondo capitolo ci si propone di studiare il problema ricorrendo ad un doppio argomento: da una parte l'evoluzione del concetto di provvedimento amministrativo, rintracciandone i presupposti nel cd. *rescriptus principis*, come sviluppato durante il periodo del diritto intermedio; dall'altra parte si tenta una ricostruzione evolutiva del "potere amministrativo", dal potere inteso in quanto attività, al potere in quanto funzionale alla

[230] M. R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la «regola del caso»*, in Diritto Amministrativo, 1/2000, p. 131, che riassume: «è affermazione condivisa che i due aspetti dell'organizzazione e dell'attività della p.a. risultano, ad un attento esame, intimamente connessi, posti in un rapporto di interdipendenza funzionale».

prestazione[231] — che trova il proprio titolo esecutivo nell'atto finale, il provvedimento.

In ciò si cerca di descrivere un passaggio essenziale nella costruzione del diritto amministrativo moderno, quello cioè, da una nozione oggettiva dell'attività in cui rilevano nella stessa misura l'azione, l'atto, la prestazione, ad una concezione soggettivistica, in cui l'atto rileva separatamente in quanto titolo esecutivo[232] — prodotto da un soggetto abilitato a farlo, secondo l'impiego di regole prefissate (principio di legalità). Ciò che ci conduce a riconsiderare la specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune agli altri soggetti, a partire dalla figura del rescritto *contra ius*, quale titolo abilitante il principe ad esercitare l'autorità "ablatoria" nei confronti delle proprietà dei privati.

Rimane in sospeso una domanda, che sin dal primo capitolo non permette di approfondire l'analisi; se la definizione di funzione amministrativa è quella di un'attività «disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi» (art. 357 c.p.) — un'attività, cioè, sostanzialmente e formalmente amministrativa — come possono essere definite le attività *lato sensu* "amministrative" prima della nascita di una scienza del diritto amministrativo?

Sembra infatti evidente che la caratterizzazione e tematizzazione formalistica degli istituti del diritto amministrativo risale alla sistematizzazione dogmatica degli stessi, come insegnano, pur da posizioni distinte Massimo Severo Giannini e Feliciano Benvenuti, sino ad affermare, come alcuni ha proposto, che «la storia della dottrina dell'atto amministrativo (e forse addirittura si potrebbe dire dell'atto amministrativo stesso, rinunciando alla mediazione operata dalla dottrina e riconoscendo ad esso realtà, almeno quel

---

[231] G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, 117/118-1997, p. 30.

[232] Nel momento in cui si afferma l'importanza esclusiva dell'atto nella produzione di effetti giuridici, l'attività necessaria a porlo in essere subisce una "dequotazione", in quanto neutra rispetto all'efficacia finale: lo ha riscontrato la dottrina italiana che si è trovata a dover definire il procedimento amministrativo appena negli anni Trenta-Quaranta del Novecento: come rilevava M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 326; cfr. anche C. Vitta, Diritto amministrativo, I, p. 367; U. Forti, Atto e procedimento amministrativo, in Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti, I, Padova, 1931, p. 456; A. De Valles, Elementi di diritto amministrativo, Firenze, 1937, p. 181; A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, pp. 14 ss. Mozzarella, Il titolo esecutivo, Milano, 1965.

tanto che è sufficiente a caratterizzare un'epoca storica) si presenta cioè nei termini di una storia degli sforzi compiuti per catalogare, conoscere e disciplinare i vari modi in cui lo Stato agiva amministrativamente, mediante manifestazioni di volontà»[233].

Il che potrebbe anche significare che, negli ordinamenti di Antico Regime, non è dato di rintracciare una riflessione "giuridicamente cosciente" intorno a quelle attività sostanzialmente amministrative, ma non formalmente inquadrabili in quanto tali.

2. — L'attività amministrativa in senso moderno, come modalità di azione e di raggiungimento dei fini dello Stato, è quindi caratterizzata dalla funzione[234]: infatti, sino al XIX secolo possono indubbiamente scorgersi modi di esplicazione del potere che possono definirsi in buona sostanza come "amministrativi", pur senza risultare formalmente e sostanzialmente tali; è infatti da rilevare, con Luca Mannori, che «l'esistenza di un'attività materialmente amministrativa non implica affatto quella di un contestuale diritto amministrativo»[235].

Questa constatazione di senso comune significa da una parte, che l'esistenza di fatto di un "diritto" proprio dell'amministrazione distinto dallo *ius commune* — ed anzi in deroga ad esso — non implica la sua collocazione in un sistema scientifico di nozioni interrelate; dall'altra, ci permette di soppesare la vicenda dell'universo giurisdizionale del periodo medievale. Ma è bene procedere con ordine, poiché i due lati della questione sono fittamente intrecciati.

Filippo Satta, nel delineare le matrici dalle quali è scaturito il diritto amministrativo, si riferisce all'idea di autorità ed al concetto di atto giuridico, compreso nella sua astrattezza. Per quanto concerne l'individuazione del primo punto, si è già notato che le fasi alterne e a volte contraddittorie del moto di accentramento politico amministrativo, a partire dal Cinque-Seicento, rendono difficoltoso, per l'interprete contemporaneo, il rinvenimento di un unico centro deputato alla produzione delle norme e di un unico soggetto abilitato a

[233] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., p. 104.
[234] Funzionalizzazione – interesse pubblico – soggetti che possono perseguire l'interesse pubblico secondo l'ordinamento: rimando al terzo e quarto capitolo.
[235] L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 10.

perseguire l'interesse pubblico; anche se, lo stesso Satta asserisce che «al di là di ogni discussione teorica che si può fare su questo tema, autorità esprime il potere dell'uomo sull'uomo, e quindi individua una posizione di supremazia che consente a taluno — al portatore di potere e dell'autorità, appunto — di imporre il proprio giudizio e più semplicemente la propria volontà agli altri»[236].

Con il che ci è dato di fare riferimento al *Princeps* in senso astratto, ovvero a quel soggetto — il Re, il Signore, il Principe, a seconda delle latitudini — che di fatto (e di diritto) deteneva il potere; quel potere il cui esercizio veniva richiesto a gran voce dai giuristi dell'epoca onde pervenire alla produzione di norme capaci di omogeneizzare la caotica segmentazione delle fonti, sino alla loro efficace applicazione su tutto il territorio[237].

A questo proposito viene in mente un passaggio della Glossa accursiana[238] in cui si specifica che la *iurisdictio* consiste in ciò che *potestas habet homines de districtu in potestate*, che fornisce il nucleo teoretico a Bartolo, il quale «nella prima metà del XIV secolo, ereditando e fortemente arricchendo un pensiero pubblicistico già articolato e maturo, sente l'esigenza di definire la rilevanza politica del potere»[239].

Per quanto attiene invece l'emergere di una nozione astratta di "atto giuridico", sembra opportuno e funzionale al discorso, emendare la voce enciclopedica di Filippo Satta con un'intuizione di Massimo Severo Giannini intorno alla nascita dell'atto amministrativo, un tipo particolare di atto giuridico, per l'appunto.

L'amministrativista si riferisce in particolare alla rilevanza dei principi della separazione dei poteri, della legalità cui è subordinata l'azione dell'amministrazione e di «azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti

---

[236] F. SATTA, *Atto amministrativo. 1)Diritto amministrativo*, in Enciclopedia Giuridica, IV, Roma, 1988, p.3.
[237] P. GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, cit., p. 88
[238] Cfr. edizione critica della glossa accursiana, Torelli, 1934; cfr. anche Kantorowicz, Accursio e la sua biblioteca, in Riv. Stor. Dir. Ital., traduz. Mochi Onory, 1929, II.
[239] P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Rist., Milano, 2002, p. 120; v. anche p. 175. Da un altro punto di vista bisogna aggiungere che «le forme tipicamente giuridiche di Autorità nascono con la istituzionalizzazione della società: con la creazione di enti superiori ai singoli associati, o con la semplice *funzionalizzazione* delle attività» (C. LAVAGNA, *Autorità (dir. pubbl.)*, in Enciclopedia del Diritto, IV, Milano, 1959, p. 481, corsivo mio), il che ci riconduce al discorso di Carl Schmitt intorno alla neutralità delle istituzioni in quanto meccanismi. Nel XIV secolo si assiste ad una doppia riflessione sul tema del potere e della sua rilevanza: tecnico-giuridica con Bartolo; politico-filosofica con Machiavelli.

dell'amministrazione»[240], insistendo sul fatto che «questi tre principi non avrebbero, da soli, aperto la problematica dell'atto amministrativo, se le norme regolative dell'azione dell'amministrazione, innestandosi ai precedenti ordinamenti generali positivi del tipo "ad atto del Principe", non avessero, cancellando quanto non più consono ai principi istituzionali della nuova struttura statale, e conservando invece quanto ad essa adattabile, introdotto la nuova figura reale, sostanziale, dell'atto amministrativo»[241].

Si tratta di specificare, quindi, in che cosa consistesse questo "atto del Principe" di cui parla il Giannini, pur senza dilungarsi troppo sulle fonti romanistiche[242].

2.1. — A partire dal periodo Imperiale l'attività del Princeps, assistito da un *Consilium* di esperti, riceve una sua consolidazione formalistico-positiva nelle cosiddette *constitutiones*. Esse, distinte in Editti, Decreti, Rescritti e Mandati, risolvono le varie forme di intervento del sovrano nella vita associata: quelle che oggi definiremmo come funzioni.

È utile consultare, tra le altre[243], l'opera di Federico Carlo di Savigny per ottenere un rapido *excursus* del rescritto[244], a sua volta distinto in

---

[240] M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in Enciclopedia del Diritto, IV, Milano, 1959, p. 159.

[241] M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., ibidem. Tuttavia, a completare quanto sinora sostenuto, si può concludere, ancora con Giannini, ricordando che «il gioco dei tre principi detti sopra, rappresenta quindi l'occasione che portò alla soglia di coscienza dei giuristi la realtà dell'atto amministrativo, aprendo la relativa dottrina, ma la realtà già esisteva nel diritto positivo, allo stato criptico» (ID., ibid.). una riflessione sul passaggio dalla materialità dell'*actus principis* alla immaterialità ed astrattezza dell'atto amministrativo. Cfr *infra*, riflessioni sulla cd. spersonalizzazione. Apparentemente in contrasto con la tesi di Giannini sull'origine dell'atto amministrativo, F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., pp. 103 ss., che però non offre una convincente soluzione alla questione per cui, l'atto amministrativo nato in virtù del cd. *Rechtstaat*, non sembra coerente con l'affermazione «il nuovo diritto non aveva modificato le strutture dello Stato precedente e non si era posto rispetto ad esso come creatura veramente nuova, quale si pretendeva che fosse».

[242] J.-P. CORRIAT, *La technique du rescrit à la fin du principat*, in Studia et documenta historiae et iuris, 1985; G. G. ARCHI, *Problemi e modelli legislativi all'epoca di Teodosio II e di Giustiniano*, in Studia et documenta historiae et iuris, 1984; ID., *La legislazione di Giustiniano e un nuovo vocabolario delle Costituzioni di questo imperatore*, in Studia et documenta historiae et iuris, 1976; F. SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno*, in Rivista di Diritto Civile, 2-1982, pp. 170 ss.; C. A. MASCHI, *Diritto europeo e principi romanistica*, in Archivio Giuridico, 1/2-1978; G. NOCERA, *Fonti del diritto e letteratura giuridica*, in Iura, 1-1971, pp. 83 ss.; E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, Firenze, 1971.

[243] Ad esempio G. F. PUCHTA, *Corso delle istituzioni*, I, trad. it., Napoli, 1854, pp. 164 ss.;

[244] F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto Romano attuale*, traduzione dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja, vol. 1, Torino, 1886, pp. 139 ss., elenca quattro tipi di costituzioni; gli editti, dotati di legis vicem, «poiché (…) come vere leggi dovevano avere forza obbligatoria generale, a differenza dalle altre costituzioni era importante di poterli riconoscere per mezzo di segni determinati», i quali, in un editto dell'epoca di Teodosio II e Valentiniano III «sono così enunciati: il nome di *edictum* o *generalis lex*; la comunicazione al senato per mezzo di

adnotatio/subscriptio, *epistula* e *pragmatica sanctio*. Il rescritto corrisponde inizialmente ad una richiesta (*preces*) rivolta al sovrano da parte di un privato o di un magistrato al fine di ottenere un parere (in via incidentale ovvero in via di azione) su di una fattispecie concreta, valido quindi per il singolo caso concreto per il quale fosse stato richiesto l'intervento consultivo[245]; nel corso del tempo, a partire dal II secolo, l'atto estende la sua portata[246], sino ad acquisire quell'efficacia vincolante *erga omnes* che ha fatto sostenere: *generalia sunt rescripta*[247].

Ora, quel che ci interessa di scoprire è come, attraverso l'evoluzione del diritto romano — e quindi a partire dalla glossa accursiana al *corpus iuris civilis*

---

un'*oratio*; la pubblicazione per mezzo di luogotenenti nelle province; finalmente la disposizione aggiunta alla costituzione, che essa debba avere forza obbligatoria per tutti: ognuno di questi segni doveva per sé stesso bastare anche senza i rimanenti» (p. 139). I decreti invece corrispondevano a quegli atti emessi «dall'autorità giudiziaria imperiale, sia con sentenze interlocutorie, sia con sentenze definitive» (pp. 140-1); nel periodo post-giustinianeo, le sentenze definitive avevano forza di legge generale. I mandati corrispondevano ad una sorta di diritto criminale o di polizia, limitati territorialmente. I rescritti, sono invece distinti dal Savigny in adnotatio o subscriptio, epistula, pragmatica sanctio (su cui v. anche Renier e Dell'Oro). Per quanto riguarda l'ultima delle cennate forme attraverso le quali si estrinsecava la fonte rescrittizia, si può leggere che essa «doveva usarsi soltanto nelle occasioni più importanti, ossia nei rescritti in materia di diritto pubblico e delle corporazioni» (p. 144, nota b), ciò che appunto si ricaverebbe da CJ.1.23.0., *De diversis rescriptis et pragmaticis sanctionibus*, che, al paragrafo CJ.1.23.7.2, detta: *pragmaticas praeterea sanctiones non ad singulorum preces super privatis negotiis proferri, sed si quando corpus aut schola vel officium vel curia vel civitas vel provincia vel quaedam universitas hominum ob causam publicam fuderit preces, manare decernimus, ut hic etiam veritatis quaestio reservetur*. Il Maestro tedesco cita inoltre, significativamente, il caso della *Epitome constitutionum Iustiniani de reformanda Italia*, meglio nota come *Pragmatica sanctio pro petitione Vigilii*, sull'organizzazione politico-amministrativa d'Italia dopo il crollo dell'Impero romano, emanata dall'Imperatore Giustiniano per effetto della richiesta di Papa Vigilio di riportare l'Italia sotto il dominio romano. Le Epistulae, posseggono talvolta portata generale, tanto da far parlare a Savigny della loro «natura di polizia. Questi rescritti erano ciò che noi chiamiamo circolari dirette contemporaneamente a molti funzionari» (p. 146 nota d); è interessante notare, nella traduzione dell'opera di Savigny offerta da Ciro Moschitti (sotto il titolo italiano di *Il diritto romano. Prima versione italiana col confronto della legislazione delle due Sicilie*, vol. 1, Napoli, 1847) una sorta di proto-distinzione tra attività vincolata ed attività discrezionale, laddove si legge che «qualche volta la regola applicata nel rescritto trovavasi di già formulata, ed allora l'Imperatore figura da giureconsulto. Qualche volta ancora questa regola modifica il dritto per via di libera interpretazione. Questi ultimi rescritti sono ordinariamente dettati da ragioni di ordine pubblico e di economia politica, e non riguardano i dritti dei terzi» (p. 48). Interessante notare, infine, a proposito dell'efficacia del rescritto, la costituzione CJ.1.22.6, contenuta sotto il titolo generale del capitolo *Si contra ius utilitatemve publicam vel per mendacium fuerit aliquid postulatum vel impetratum*, e che recita: *Omnes cuiuscumque maioris vel minoris administrationis universae nostrae rei publicae iudices monemus, ut nullum rescriptum, nullam pragmaticam sanctionem, nullam sacram adnotationem, quae generali iuri vel utilitati publicae adversa esse videatur, in disceptatione cuiuslibet litigii patiantur proferri, sed generales sacras constitutiones modis omnibus non dubitent observandas*.

[245] C. DE FERRIERE, *La Jurisprudence du digeste, conferée avec les ordonnances royaux, les coutumes de France, et les décisions des cours souveraines*, Paris, 1688, p. 19.

[246] N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C.: l'efficacia processuale dei rescritti imperiali*, Milano, 1974.

[247] Il rimando alle fonti è doveroso per comprendere i profili di generalità del rescritto: cfr D. 28,5,9,2; D. 35,2,89,1; D. 48,2,22.

— si sia creato un sistema di "diritto amministrativo" allo stato criptico, che in un'ideale traiettoria storica, costituisce il precedente del moderno provvedimento amministrativo.

E qui non basta specificare che il rescritto, in quanto atto proveniente dalla *potestas* insita nella *iurisdictio* del sovrano (Irnerio *docet*: la *iurisdictio* corrisponde alla *potestas cum necessitate iuris reddendi aequitatisque statuende*)[248] è dotato dei caratteri di autoritarietà, unilateralità ed esecutorietà, per renderlo comune alla figura del provvedimento amministrativo moderno.

Infatti questa prima constatazione deve essere articolata e completata inserendola in un più ampio discorso sul superamento dell'universo della *iurisdictio* proprio dell'esperienza giuridica medievale. Altrimenti non si riuscirebbe a percepire il passaggio da un sistema in cui le attività del sovrano, caratterizzate dall'elemento della *potestas*, rilevano di per sé, ad un altro in cui l'attività rileva, viceversa, soltanto nella misura in cui è diretta alla produzione di un atto.

In altri termini, ancora alla fine degli anni Cinquanta del Novecento si poteva sostenere da parte della dottrina predominante che «l'attività come tale non può formare oggetto di qualificazione se non attraverso la mediazione degli atti nei quali si manifesta, i quali vengono così a costituire come dei punti di affioramento della rilevanza giuridica»[249] nel senso che l'attività, di per sé, non può complessivamente dirsi rilevante, se non in quanto finalizzata alla produzione di atti, in una soluzione del problema amministrativo tipicamente moderna[250].

Cosicché tutta l'attività amministrativa svolta al di fuori dell'atto giuridico risulta inesistente, come se non vi fosse stata, *tamquam non esset*.

Tutto questo non si può dire a proposito di quelle attività soltanto sostanzialmente rivolte alla risoluzione di problemi *lato sensu* amministrativi,

---

[248] E. Besta, L'opera d'Irnerio. Contributo alla storia del diritto italiano, Torino, 1896. E. Spagnesi, Wernerius Bononiensis Iudex. La figura storica d'Irnerio, Firenze, 1970; A. Torrent, La iurisdictio de los magistrados municipales; M. La Torre, Il potere ambiguo, in Sociologia del diritto, 2-1999, pp. 37 ss.

[249] M. S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in Enciclopedia del Diritto, III, Milano, 1958, p. 988.

[250] Ha sottolineato il carattere "relativo" e quindi "neutrale" del procedimento amministrativo rispetto alla fattispecie alla quale esso si riporta, cioè l'effetto giuridico, il provvedimento, il padre della dottrina formale sul procedimento, A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 42; cfr. anche, esemplificativamente, P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, sugli atti endoprocedimentali. Sulla "neutralità" del procedimento, e quindi della funzione nell'impostazione moderna, si rimanda al terzo capitolo.

che, in assenza di un sistema scientifico capace di raccoglierli in sistema, pur esistevano in un'indefinita epoca premoderna. Distinzione temporale e sostanziale che non si può comprendere se non disincrostando quel linguaggio giuridico che caratterizza la nostra comprensione dei fenomeni.

Si tratta quindi di ricavare la nozione di *iurisdictio*[251] in quanto processo di potere, eliminando, ovviamente, tutti gli elementi costitutivi del moderno, e cioè la divisione dei poteri, la supremazia del principio di legalità in quanto esclusiva autorità del diritto positivo, l'azionabilità delle pretese soggettive di fronte ad un giudice speciale, avverso gli atti o i fatti lesivi dei privati, provenienti dalla pubblica amministrazione.

Ci si ritrova così di fronte ad un intreccio di *potestates* convergenti nel modulo giudiziale — strutturato perlopiù nella formula della *quaestio*[252]; è del tutto assodato, però, che «giudicare non voleva dire (come oggi, almeno nei paesi a prevalente diritto scritto o diritto legale) soltanto trovare la norma giuridica da applicare al caso concreto controverso, bensì dire e fare giustizia in ogni caso, facendo, eventualmente, scaturire dalla propria coscienza il criterio per la decisione e senza la preoccupazione o la necessità di agire sul piano strettamente giudiziario, anziché amministrativo o altro»[253].

2.1.1. — Detto ciò, è opportuno specificare che la bibliografia italiana essendo piuttosto scarsa intorno al tema del rescritto in quanto atto precorritore del moderno provvedimento amministrativo, è sembrato opportuno operare un

---

[251] cfr. anche G. BERTI, *Stratificazioni del potere e crescita del diritto*, in Jus. Rivista di scienze giuridiche, 3-2004, p. 299, che si rivolge alla "*stratificazione del potere o dei poteri*" intendendo che «il potere si divide cioè non in ragione di classi di comandi o espressioni di sé stesso come potrebbe essere il fare le leggi, il governare, l'amministrare, l'impartire la giustizia, ma in virtù di coesistenza e talora di sovrapposizione di organismi o figure della più varia specie: la Nobiltà, il Clero, il Popolo; oppure il Feudatario, il Duca, i *comites*, il Comune, senza che i ruoli di queste entità fossero prefigurati o in qualche modo precostituiti, ma dovessero essere di volta in volta sperimentati e quindi cercati e talora aggiustati».

[252] Le *preces* da cui scaturiva un rescritto rispecchiavano anch'esse la struttura dialettica della *quaestio*: cfr. in questo senso l'interessante capitolo del *Vocabulaire* di Émile Benveniste sul rapporto tra *quaestor* e *prex*, in É. BENVENISTE, *Il Vocabolario delle Istituzioni indoeuropee, II. Potere, diritto, religione*, trad. it., Torino, 2001, pp. 399 ss. Sul tema della *quaestio* nella procedura romana, G. Provera, Il principio del contraddittorio nel processo civile romano, Torino, 1970; A. Biscardi, Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana, Milano, 1973; S. Tondo, Note esegetiche sulla giurisprudenza romana, in Iura, 1979; A. Giuliani, L'ordo judiciarius medievale, in Rivista di Diritto Processuale, 3-1988, pp. 598 ss.; G. Gorla-F. Roselli, Per la storia del potere dei giudici in Italia fra il secolo XVI e i secoli XIX-XX fino alla cessazione dello Statuto albertino, in Il Foro Italiano, 3-1986.

[253] A. MARONGIU, *Un momento tipico della monarchia medievale: il re giudice*, ora in *Dottrine e istituzioni politiche medievali e moderne. Raccolta*, Milano, 1979, p. 141.

collegamento tra la insuperata monografia di Ugo Nicolini sull'espropriazione per pubblica utilità e la nascita del diritto amministrativo moderno.

In particolare, pare degna di considerazione, in quanto punto di partenza, la constatazione secondo cui «ordinanze, comandi, divieti e concessioni si confondono e si raggruppano nella mente dei nostri giuristi medievali in un unico tipo di atto, modellato sulle fonti romane relative al rescritto imperiale»[254] e a proposito del quale, sostiene l'Autore, «non si può dire con certezza — data la imprecisione terminologica della letteratura giuridica medievale — se fosse concepito come legge particolare o come ordine amministrativo; e la difficoltà del quesito dipende — come nel diritto canonico — dalla unicità della persona del principe che in sé raccoglie le varie potestà statali»[255]. Mentre invece è proprio l'unicità della persona del Principe che consente di rintracciare l'unitarietà dell'interesse perseguito, pur in un'epoca di *privilegia*, e quindi di estrema frammentazione dei centri produttivi di *iura propria*, i quali, proprio perché tendenti a perseguire degli interessi relativi e non universali, possono essere definiti, con termine moderno, come delle autonomie funzionali, in quanto l'attività degli stessi è funzionalizzata al perseguimento di un interesse autonomo od *utilitas*, non esistendo ancora la nozione di interesse generale, né tantomeno quella di interesse pubblico[256].

Ciò che importa è in ogni caso di stabilire che «la dottrina giuridica intermedia concepisce il rescritto come la forma di ogni manifestazione della volontà statale rivolta ad un caso concreto, emanata in base alla indipendenza del principe dalla leggi»[257] — indipendenza, come vedremo, niente affatto assoluta.

Un atto di imperio, insomma, che al di là delle sovraesposizioni linguistiche cui condurrebbe il nome di "provvedimento amministrativo", deve

---

[254] U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milano, 1940, p. 182.

[255] U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, cit., ibidem. A tal proposito cfr. C. Esposito, La validità delle leggi, che sostiene come, da un punto di vista sostanziale — non formale quindi — ogni atto di impero è insieme legislativo, amministrativo e giurisdizionale.

[256] Ritornano utili le riflessioni del primo capitolo, sulla scia di quella constatazione per cui «nel diritto dell'Alto Medioevo, nel diritto di Bisanzio, nel diritto romano, nel diritto feudale, né esisteva l'interesse generale, né esisteva un potere unitario vincolante per il diritto» (F. SPANTIGATI, *Introduzione. Gli effetti del pluralismo*, in F. SPANTIGATI (a cura di), *Sulla trasformazione dei concetti giuridici per effetto del pluralismo*, Napoli, 1998, p. 8). G. Longo, Utilitas publica, in Labeo, 1-1972, pp. 7 ss.

[257] U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, cit., ibidem.

essere studiato in un momento tipico del rapporto tra autorità e libertà, in quanto in esso si evidenzia la specialità di un modulo operativo: l'espropriazione da parte del princeps di una proprietà privata onde perseguire una pubblica utilità.

Ciò potrebbe significare che il rescritto adoperato nel periodo intermedio, con finalità ablatoria di diritti soggettivi privati costituisce il modello sopra il quale si è costruita, in sede operativa, prima ancora che dottrinale, la figura sostanziale del provvedimento amministrativo. Cui l'accostamento al negozio giuridico operato dai pandettisti è servito in quanto corollario formalistico di uno schema già in uso[258].

2.1.1.1. — Sulla relazione tra le *potestates* pubbliche ed i diritti (in quanto libertà non-negative) dei privati si sono concentrati in ogni tempo, sia i cultori della politica, che gli studiosi delle materie giuridiche[259].

Lo si guardi attraverso il prisma di autorità[260] e libertà, ovvero mediante la coppia *potestates*/libertà, il cosiddetto paradigma bipolare resta il modello più efficace ed adatto a rappresentare il fenomeno del diritto pubblico moderno[261].

In effetti qui si cerca di ricostruire il diritto amministrativo facendo ricorso proprio ad una figura che nel periodo del diritto intermedio ha condensato mirabilmente i rapporti tra l'autorità del princeps ed i diritti dei

[258] Per il diritto canonico fondamentale è la lettura di O. GIACCHI, *Natura giuridica dei rescritti in diritto canonico*, in Studi senesi, 1937, pp. 211 ss. Per l'influenza dei pandettisti sulla scienza giuridica italiana, cfr. J. H. Merryman, Lo stile italiano, in RTDPC 1967 p. 719. V. anche W. Wilhelm, Metodologia giuridica nel secolo XIX, Milano, 1974; Mengoni, Diritto e valori, Bologna, 1985, pp. 87-8. F. Spantigati, Le tre scuole di diritto pubblico oggi (1994) in Italia, in Giurisprudenza italiana, 2/1996, pp. 54-60; M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, cit., pp. 80-1; Raggi, Sull'atto amministrativo, p. 186; Cammeo, Corso di diritto amministrativo; Trentin, L'atto amministrativo, Roma, 1915; M. S. Giannini, Atto amministrativo, in Enciclopedia del Diritto, p. 157. Per la Francia, essenziale citare A. F. A. VIVIEN, *Études administratives*, I, Paris, 1859, pp. 309 ss.

[259] Relazione che è stata autorevolmente definita come «l'unico grosso problema di fondo che, in ogni esperienza sociale, ha necessariamente condizionato il campo dei diritti reali: il problema cioè della frizione primordiale fra due mondi, quello del soggetto e quello degli oggetti, della eterna dialettica tra volontà e natura, tra individuo e dati fenomenici» (P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova, 1968, VI. Cfr. B. Sordi.

[260] Si riferisce all'*auctoritas* in quanto autorità sovrana già il Baldo, commentando D.1,4,1 (*De const. Princeps: quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*), nella glossa n. 10 e ss.; cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, trad. it., Milano, 1984, pp. 109-10, nota 1, sulla distinzione tra *auctoritas* e *potestas*, richiamato anche da G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, p. 98. Tralasciando la fonte classica dell'*auctoritas*, sembra che nelle raffigurazioni più recenti il paradigma bipolare assuma un significato più "sociologico" che giuridico: cfr. anche F. BENVENUTI, *Disegno della amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p. 72.

[261] F. BENVENUTI, *Disegno della amministrazione italiana*, cit., p. 1. Così anche S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, cit., p. 77.

soggetti "privati": il rescritto mediante il quale il princeps ordinava l'esproprio di una proprietà privata per ragioni di utilità pubblica.

Che cosa si debba intendere per volontà del sovrano, si è già cercato di chiarire spiegando l'inefficacia di concetti quali potere esecutivo ovvero autorità amministrativa, per la dottrina dell'evo di mezzo.

Il lemma *iurisdictio*, infatti, intraducibile con termini a noi più vicini, concentra tutti quei processi di potere che, stando all'interpretazione di S. Isidoro di Siviglia, sono determinati dall'elemento della *Iustitia* e della *Pietas*, e che pongono in essere norme applicative dello *ius naturalis*, ovvero dello *ius gentium*, o infine dello *ius divinum*. La norma creativa di diritto, *ex nihilo*, non è infatti contemplata, in quanto anche lo *ius civile* deve attenersi al principio della gerarchia delle fonti, non potendo essere in contrasto né col diritto delle genti, né, tantomeno, col diritto naturale o con il diritto divino[262].

Ciò significa che l'intero tema dell'esproprio e quindi degli atti ablatori, è sottoposto a quelle regole giuridiche — e non può contrastarle se non ponendosi in qualità di atto d'arbitrio. Ma a noi non interessa, in questa sede, l'analisi degli atti arbitrari, bensì di quelle attività che, pur essendo descrivibili in quanto *contra ius*[263], posseggono caratteristiche tali da renderle legittime, nella loro rilevante ed evidente specialità[264].

È in questo modo che il diritto comune diviene — nella materia dell'espropriazione, almeno — disciplina da applicarsi esclusivamente ai rapporti tra "privati", sussistendo viceversa per i "pubblici" uffici ragioni tali da richiedere l'intervento di una materia speciale[265]. In altri termini, «l'attività di governo o amministrativa — poiché di questa si tratta, come sappiamo — non può praticamente esplicarsi *secundum leges civiles*, ed i giuristi sentono la necessità di determinare come il principe possa venir meno all'obbligo di rispettare l'ordinamento giuridico vigente; d'altro lato l'attività amministrativa

[262] Secondo Giorgio Agamben «ogni creazione è sempre co-creazione, così come ogni autore è sempre co-autore» (G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 98); il diritto moderno supera questa impostazione classica: *auctoritas et non veritas*, nel senso che il diritto è creazione, l'autore è umano (*auctor iuris homo*); É. BENVENISTE, *Il Vocabolario delle Istituzioni indoeuropee, II. Potere, diritto, religione*, cit., pp. 396 ss..

[263] Si segue peraltro l'indicazione metodologica di U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, cit., p. 182, n.2.

[264] Similmente, M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, pp. 13-4 (ora in ID., *Scritti*, I, Milano, 2000).

[265] C. MARZUOLI, *Un diritto "non amministrativo"?*, in Diritto Pubblico, 1-2006, pp. 133-4.

deve spesso, in speciali circostanze, derogare alla legge divina e naturale o ledere un istituto *iuris gentium*»[266].

Bisogna però intendersi su un particolare di estrema rilevanza: la massima ulpianea secondo la quale *princeps legibus solutus est*[267] riguarda, nel diritto intermedio, «il problema della liceità di un comportamento del principe che fosse contrario alla legge e nello stesso tempo lesivo del diritto di un terzo, cioè di un atto del principe che garantisca un diritto al privato»[268].

Quindi, da tutto ciò si evince che il princeps intermedio risulta *legibus solutus* soltanto in un senso limitato, non essendogli consentito, ad esempio, nei confronti della proprietà dei privati, di compiere atti arbitrari. Così Ugo Nicolini ci fa intendere che «l'attività del sovrano alla quale guardano i giuristi italiani quando si chiedono se egli sia *legibus solutus* non è dunque né quella legislativa, né per così dire l'attività privata che non arriva coi suoi effetti ad interessare i terzi»: riguardo al modo in cui si estrinseca la prima si è già detto, mentre invece per quanto attiene la seconda, si intendono quei campi di attività nei quali il principe agisce in qualità di privato, facendo uso, si badi bene, del diritto comune ai privati; ciò che significa, già *in apicibus*, tracciare una linea di confine tra il diritto comune in quanto diritto privato, ed un diritto speciale in quanto diritto pubblico-amministrativo[269].

Infatti, spiega il Nicolini, ciò che importa è «piuttosto un'attività che potremmo grossomodo chiamare amministrativa, la quale si esplica in singole manifestazioni di volontà, cioè in ordinanze, comandi, divieti, dati per il caso

---

[266] U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, cit., pp. 179-180.

[267] Si rimanda alla già citata massima rintracciabile in D.1,4,1, che pur risultando in origine riferita alle sole *leges Julia* e *Papia Poppaea*, fu estesa da Giustiniano a tutte le *leges*.

[268] U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, cit., p. 139. cfr. anche R. Orestano, Il potere normativo degli imperatori; Curcio, Concetto di legge nel pensiero italiano del secolo XVI, in RIFD, 3-1926, p. 388; De Francisci.

[269] Con il che si deve intendere «da un lato quel complesso di norme che da sempre e ovunque ha abilitato i pubblici poteri a disporre delle libertà e dei beni dei sudditi; e dall'altro quell'insieme di diritti e privilegi derogatori rispetto al regime del diritto comune che la parte pubblica si è vista altrettanto spesso riconoscere nel corso della sua attività negoziale con gli altri soggetti dell'ordinamento» (L. MANNORI, *Diritto amministrativo dal Medioevo al XIX secolo*, in Digesto delle discipline pubblicistiche, V, Torino, 1990, p. 172). È da interpretare in questo modo la precisazione di Renato Alessi, per cui «la contrapposizione tra diritto amministrativo e diritto privato, non va intesa nel senso che il diritto amministrativo costituisca un complesso di norme eccezionali, un sistema giuridico speciale, di fronte all'jus commune rappresentato dal diritto civile; al contrario il diritto amministrativo, rispetto ad una serie determinata di rapporti (quelli appunti inerenti all'espletamento della funzione amministrativa) costituisce esso stesso l'jus commune, vale a dire un sistema giuridico autonomo, parallelo al diritto privato» (R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo. 1. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, cit., p. 19).

concreto»[270]. Attività che si estrinseca in forma di rescritto, in quanto in esso «si concreta ogni manifestazione della volontà sovrana, occasionata da circostanze determinate e valida per il caso concreto. Così l'indipendenza del princeps dalle leggi si spiega non in relazione alle leggi astratte e generali — dacchè, peraltro, *non omnis vox principis est lex*[271] — bensì nel senso di poter derogare alla legge nel caso particolare.

Ma, occorre prestare ulteriore attenzione, qui si parla di una deroga alle leggi nel caso concreto, il che, appunto, deve essere accuratamente distinto, ancora una volta, dall'atto d'imperio arbitrario, in quanto nell'azione derogatoria del principe debbono rilevarsi dei parametri di liceità: in altre parole, «gli ordini o le leggi particolari che colpiscono il diritto di un singolo sono particolarmente odiosi e possono dar luogo a soprusi o favoritismi», ed in quanto tali debbono essere limitati, circoscritti, «richiedendo per la loro validità determinati requisiti e formalità»[272].

E, inoltre, conviene tenere a mente l'invito di Ugo Nicolini a rivolgersi esclusivamente ai rescritti *contra ius* e non invece ai rescritti *contra utilitatem publicam* ovvero *contra ius publicum (scilicet fiscale)*; soltanto i primi, infatti, ponendosi proprio al centro del paradigma bipolare, riescono ad offrire un disegno del diritto amministrativo premoderno.

In questo senso occorre indagare i requisiti che la dottrina ritiene sufficienti a derogare il diritto divino, naturale, delle genti e civile.

Per iniziare, rifacendosi a quegli studi canonistici[273] che esoneravano in particolari circostanze il Pontefice dalla subordinazione di un rescritto allo *ius*

---

[270] U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, cit., p. 140.
[271] Su cui M. Cavalieri, Di alcuni fondamentali concetti, in Arch. Giur., 1910, p. 156.
[272] U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, cit., p. 142. Deve ricordarsi sempre quel passaggio di una Costituzione di Teodosio II e Valentiniano III, che risale al V secolo e che nell'interessante interpretazione del Nicolini, è in grado di mitigare la massima ulpianea sull'indipendenza del princeps dalle leggi: «*digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri: adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas. et re vera maius imperio est submittere legibus principatum*» (C.1,14,4). Il quale contrasto tra la versione ulpianea — o meglio veteroulpianea, nella trascrizione del corpus iuris civilis — e quella degli Imperatori Teodosio e Valentiniano avrebbe tenuto occupata la dottrina intermedia, che di fatto superava l'universo giuridico medievale interrogandosi su quella che con termini odierni si potrebbe definire come la prima forma del paradigma bipolare. Per un esame piuttosto particolareggiato, si rimanda ancora una volta a U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, cit., pp. 145 ss. cfr. I due corpi del Re.
[273] Ad esempio Enrico da Susa, Cardinale Ostiense (Summa d. Henrici cardinalis Hostiensis, in tit. De rescript., ver quas vires, 11 ss.). cfr. R. TORFS, *Auctoritas - potestas - iurisdictio - facultas - officium - munus: un'analisi dei termini*, in Concilium, 3-1988, pp. 93 ss. ; E. B. GANGOITI, *I termini ed i concetti di «auctoritas, potestas, iurisdictio» in diritto canonico*, in Apollinaris, 51 (1978), pp. 562 ss.

divinum, Baldo elabora ed estende l'interpretazione di Iacopo de Ravanis e di Cino da Pistoia, affermando che il principe può derogare al diritto divino (*scribere contra ius divinum*) soltanto per ragioni di pubblica utilità. Influenzando così le posteriori glosse, sia con riguardo alla deroga dello *ius divinum*, che dello *ius naturale* e dello *ius gentium* — le quali tutte ammettevano una deroga motivata specificamente per motivi di pubblica utilità; e a proposito della *iusta causa* che motiva la liceità di una deroga, il Nicolini commenta: «tanto era grande il desiderio di frenare l'arbitrio dell'autorità sovrana, alla quale, d'altro lato, per amore del pubblico bene, non si negava il diritto di ingerirsi entro certi limiti nella sfera del dominio»[274].

Non è questa, in nuce, la giustificazione del diritto amministrativo?

Ma vediamo il caso dei rescritti *contra ius civile*, la cui disciplina è in parte diversa; in tale circostanza occorre riferirsi dapprima al concetto di *honestas*, che sottopone il princeps alla legge generale, pur nell'interpretazione di Accursio ed Azione, i quali nelle loro glosse sostenevano esser valido un rescritto contra *ius civile* se motivato espressamente *non obstante tali lege*, ovvero *non obstante lege aliqua*[275]. Indicando esplicitamente, cioè, la volontà del princeps (non tacita, ma espressa, appunto) di derogare ad una certa norma dello *ius generale*.

Le deroghe di cui si è parlato sinora rivestono un'importanza capitale nello studio del diritto amministrativo: anzitutto si tratta di deroghe e non di atti di arbitrio, per cui l'indicazione *contra ius* deve essere intesa come specialità della norma riferita all'amministrazione, nel solco di quella legittimità di cui si è pur detto.

Inoltre, la deroga al diritto comune ha un significato di non poco momento, in quanto avviene al fine di perseguire una *utilitas publica* stabilita unilateralmente ed autoritativamente dal sovrano — trasformando in un interesse pubblico una misura di carattere imperativo.

---

[274] U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, cit., p. 195. In fondo è il medesimo ragionamento ricorrente quando si parla di "giusto procedimento", su cui v. ad esempio la sentenza della Corte Costituzionale 2 marzo 1962, n. 13, che nel commento di Vezio Crisafulli è stata la prima occasione per i giudici di costituzionalità, di operare «francamente il tentativo di tradurre nell'ordinamento italiano la clausola del XIV emendamento della costituzione statunitense nella interpretazione sostanziale affermatane dalla giurisprudenza della Corte federale», (V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in Giurisprudenza Costituzionale, 1962, p. 130).

[275] Sulle altre clausole derogatorie, come ad esempio quella *ex certa scientia* e quella *motu proprio*, cfr. U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, cit., pp. 203 ss.

Non sembra quindi modificare notevolmente tale impostazione la posizione di Luca Mannori, il quale, a proposito della *ratione publicae utilitatis* in virtù della quale la dottrina intermedia giustificava gli atti di natura ablatoria da parte del soggetto detentore del potere, precisa che gli stessi giuristi del tempo, tuttavia, non erano in grado di distinguere il soggetto a favore del quale operava il trasferimento coattivo del bene, considerata «la concezione essenzialmente obbiettivistica della *utilitas publica*, che non è l'*utilitas* del soggetto-Stato, ma è una somma di *utilitates* private»; anzi, puntualizzando, «un soggetto-Stato vero e proprio non esiste neppure nella dogmatica, ed in suo luogo esistono soltanto alcuni centri di imputazione di interessi collettivi determinati (come il "*fiscus*" o la "*civitas*")»[276].

Obiezione che non sembra in grado di spiegare l'astrazione convenzionale che ricava da «una somma di *utilitates* private» un'unica *utilitas publica*, allo stesso modo in cui, parallelamente, un insieme di interessi generali vengono trasformati in un unico interesse pubblico per effetto di una decisione sovrana[277].

Ed è anzi interessante notare come in quel determinato processo di potere, attraverso il quale le *utilitates* vengono assorbite virtualmente in un unico centro di gravità che è l'utilità pubblica, o l'interesse pubblico, si estrinsechi un atto come il rescritto, che fonda la sua specialità derogatoria, proprio sul necessario collegamento tra l'imperatività ed il perseguimento dell'interesse — che coincide con l'interesse dell'amministrazione[278].

La frattura interna all'unitarietà del diritto, non più comune a tutti gli operatori giuridici ha un significato fondativo, nel senso che attesta la nascita del diritto amministrativo moderno — e ne segna il cammino, se è vero che si può parlare di un'inversione di tendenza soltanto a partire dall'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che introduce la materia degli accordi integrativi e/o sostitutivi del provvedimento amministrativo[279], costringendo

[276] L. MANNORI, Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune, in Quaderni Fiorentini, 19-1990, p. 460, n. 345.

[277] La critica a Mannori: non mette in evidenza il processo di funzionalizzazione delle singole utilitates. Cfr. anche C. Schmitt.

[278] Ancora il Mantellini, Lo Stato e il codice civile, Firenze, 1880, p. 679, osservava come in ogni contratto dello Stato, la "ragion politica" «sorpassa la considerazione delle private utilità», tanto da acconsentire addirittura uno speciale regime interpretativo.

[279] Cfr. in tal senso la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione sesta, n. 2636 del 15 maggio 2002, in cui si dice che «non v'è dubbio che l'introduzione della figura dell'accordo appare una

l'Amministrazione a comportarsi secondo le norme di diritto privato[280]. Non si può tuttavia intravedere il termine di quell'inversione, se è vero che tutto ciò che gravita intorno agli schemi del diritto amministrativo viene sottoposto a quella funzionalizzazione all'interesse pubblico che ne altera completamente la natura — ne sono un chiaro esempio le nozioni di "privati amministrativizzati" e di "amministrativizzazione del mercato" che la dottrina ha introdotto negli ultimi anni proprio per cercare di spiegare il magnetismo della funzione amministrativa[281].

---

delle più rilevanti novità della legge sul procedimento amministrativo collegata ad una tendenza di lungo periodo, specie nel campo della disciplina dell'economia, a valorizzare i moduli dell'azione amministrativa capaci di acquisire il consenso degli amministrati rispetto all'imposizione di misure coattive».

[280] Se non fosse che, come ha notato Lucio Franzese, il recesso dell'amministrazione per questioni di interesse pubblico rappresenta un passo indietro rispetto alla possibilità di assoggettare l'attività amministrativa al diritto privato. Sulla "despecializzazione" del diritto amministrativo, v. G. Morbidelli, in Diritto Pubblico, 1997. Vittorio Domenichelli, soffermandosi su una nozione di «diritto amministrativo meno speciale», da una parte spiega che il riferimento ad esigenze o ragioni di pubblico interesse nelle norme che aprono l'amministrazione al diritto "comune", comporta «qualche rischio di inquinamento delle stesse regole privatistiche, con non pochi rischi anche per l'efficienza e la funzionalità che si vorrebbero perseguire con la "privatizzazione" dell'azione amministrativa» (V. DOMENICHELLI, *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo «meno speciale» o un «diritto privato speciale»?*, in Diritto Amministrativo, 1/1999, pp. 195-6). Dall'altra si rivolge alla "privatizzazione" o "despecializzazione" del diritto amministrativo con una certa cautela, se non addirittura con sospetto, spiegando che essa «deve essere sicuramente controllata con molta attenzione, perché si rischia di perdere insieme la certezza della regola, la funzionalità della regola rispetto ai suoi fini peculiari, ma soprattutto il bene della "irrilevanza giuridica", della "liceità", che è l'ubi consistam del diritto privato, in una gigantesca marmellata in cui tutti sono privati, ma nessuno è privato veramente perché tutti sono soggetti a qualche regola amministrativa posta ovviamente nell'interesse pubblico» (V. DOMENICHELLI, *Diritto amministrativo e diritto privato*, cit., pp. 199-200).

[281] Lo stesso art. 1-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 1 della legge 11 febbraio 2005, n. 15, si riferisce molto modestamente alla sottoposizione dell'amministrazione alle norme di diritto privato, soltanto nell'adozione di atti di natura non autoritativa, ricordando un'analoga previsione contenuta nel testo di riforma della Costituzione, risultante dalla pronuncia della Commissione Bicamerale del 4 novembre 1997, che all'art. 106, co. 2, stabiliva che «le pubbliche amministrazioni, salvo i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme del diritto privato». Il che significa, in ogni caso, che la specialità dell'attività amministrativa non può essere eliminata con un semplice tratto di penna, tanto più se il legislatore non specifica che cosa si debba intendere per "atti di natura non autoritativa". Infatti, in questo caso, è possibile distinguere tra "atti di natura autoritativa" — che costituiscono la ragion d'essere dell'amministrazione (?) —, "atti non autoritativi" ed infine "atti di diritto privato"? Oppure gli atti di natura non autoritativa corrispondono agli atti di natura privatistica? E se non fosse così, quale spazio risulterebbe riservato alla nuova categoria di atti non autoritativi introdotta dal legislatore nel 2005? Il timore che l'art. 1-bis, invece di costituire una novità eversiva dell'ordine antico dei principi dell'attività amministrativa, si ponga come un'ovvietà è piuttosto accentuato dal confronto, ad esempio, con gli artt. 357 e 358 del c.p., laddove si definisce "pubblica" la «funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi» (art. 357, co. 2), mentre si specifica che la mancanza dei poteri tipici della pubblica funzione degrada l'attività in un pubblico servizio (art. 358). Incline a considerare la novella in esame secondo il suo profilo sostanziale, e cioè la «finalizzazione dell'attività al perseguimento dell'interesse pubblico», decretandone, quindi, la sottoposizione alla

2.2. — Visto da un'altra prospettiva, il discorso sul rescritto ancora non sembra sufficiente a dare un quadro esaustivo della genesi del diritto amministrativo.

Infatti, l'emergere di un atto unilaterale autoritativo esecutorio funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico spiega soltanto in parte la rottura della *iurisdictio* in quanto processo di potere teso all'applicazione di una norma, abbracciando oggettivamente le diverse fasi di azione atto e prestazione; ciò che ci resta da chiarire è proprio il passaggio ad una nozione "soggettivata" dell'amministrazione, sino a giungere ad una situazione in cui «il soggettivismo formale pandettistico metteva in moto il solito circolo definitorio tautologico tra soggetto e atto: dalla definizione soggettiva della pubblica amministrazione come autorità, in quanto volta alla cura dell'interesse pubblico, derivava la qualificazione delle autorizzazioni e delle concessioni come atti unilaterali d'impero e, viceversa, la qualificazione imperativa dell'atto predicava il carattere autoritativo del soggetto amministrativo»[282].

Così occorre rivolgersi ad un sistema di amministrazione materiale che da una parte si adagia sull'elemento del privilegio in quanto metodo di conferimento del potere; dall'altra, a quelle manifestazioni d'impero che per prime hanno trasformato l'attività di *police* dell'amministrazione in un moderno procedimento di *service*, sino a preludere alla amministrazione per prestazioni,

---

discrezionalità amministrativa perché in ogni caso funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico, S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione* di *diritto pubblico» allo «amministrare* nel *pubblico interesse»*, in Il Foro Amministrativo C.d.S., 7/8-2006, p. 2356. *Contra*, C. MARZUOLI, *Un diritto 'non amministrativo'*, in Diritto Pubblico, 1-2006, pp. 142 ss., che mette in evidenza il fatto che «la norma pone (o ri-pone) in modo generale, centrale e diretto il tema della specialità del diritto amministrativo», concludendo da una parte che «l'equazione fra principio di legalità (irrinunciabile, ancora una volta) e diritto amministrativo non è un dogma, con il che subito si ripresenta il tema della specialità del diritto amministrativo, probabilmente nel tratto veramente determinante» (p. 144), dall'altra che la riforma del 2005 permette di far cadere il dogma «della non configurabilità dell'Amministrazione, almeno in certi casi (nel silenzio della legge), come un soggetto alla pari degli altri» (p. 145). Prima ancora della novella, Franco Scoca evidenziava efficacemente che «tutta l'attività dell'amministrazione, sia autoritativa che consensuale, non può che perseguire il pubblico interesse» (F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Atti del XLVII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2001, p. 39, v. anche p. 42): assunto che anche dopo la riforma, nonostante alcune voci discordi (F. SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, in Giustizia Amministrativa. Rivista di Diritto Pubblico, 6/2005 (reperibile presso l'U.R.L. *www.giustamm.it*) non si può reputare abbandonato. Il che comporta, come si vedrà meglio nel terzo capitolo, un approccio allo studio del diritto amministrativo e segnatamente della funzione amministrativa in grado di comprometterne l'apertura alla società.

[282] G. Cianferotti, in M. Ascheri, 1990, cit. in appunti, pp. 533-534. Ancora M. Bellavista sulla funzione come compito.

che del paradigma otto-novecentesco costituisce il punto di arrivo[283], o meglio, lo sviluppo[284]. In qualche modo il discorso potrebbe ricollegarsi a quanto sostenuto da Renato Alessi, che nell'esaminare la funzione amministrativa individua due sistemi o due profili dell'analisi: il primo è quello che consiste nello studio dell'atto, quasi fosse un fotogramma od una radiografia; il secondo metodo, che l'Autore accosta alla dinamica cinematografica, deve riuscire a dare «rilievo a tutto quanto il fenomeno, unitariamente considerato, della esplicazione della funzione», ricomprendendo in quanto parte integrante una «teoria dei servizi pubblici e delle prestazioni amministrative ai privati»[285].

2.2.1. *Attività di police, prestazioni di service* — Hans Kelsen, nel distinguere le diverse modalità operative attraverso cui si estrinseca l'attività amministrativa, si riferisce ad un intervento indiretto dei pubblici poteri e ad un altro, viceversa, attivo e diretto: «nell'amministrazione, lo Stato — per usare la terminologia corrente — non può limitarsi ad obbligare i soggetti ad un determinato comportamento — che favorisca i fini di sviluppo civile o politico — e a perseguire quindi i fini amministrativi solo in via indiretta, ma può curare direttamente esso stesso le fattispecie che favoriscano quei fini»[286]. In tal senso, continua il giurista austriaco, lo Stato, l'amministrazione, «può costruire ospedali e curarvi i malati, erigere scuole ed impartirvi l'insegnamento, gestire ferrovie ecc.», trasformando, appunto, il suo ruolo, in quello di un soggetto erogatore di beni ed utilità in vista dell'interesse pubblico; tuttavia, «anche in questo caso il comportamento desiderato viene garantito solo mediante norme coercitive generali e individuali», distinguendosi solamente in virtù del fatto che «il comportamento desiderato costituisce un dovere di organi professionalmente adibiti a tale attività e retribuiti con denaro dello Stato»[287]. Ciò che evidentemente deve far riflettere sul rapporto intercorrente tra l'attività amministrativa e la composizione "organica" del potere amministrativo stesso — e, si direbbe, addirittura, su processo di trasformazione del potere in atto.

---

[283] A. De Valles, in Trattato Orlando; G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, 117/118-1997, p. 30.
[284] S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione* di *diritto pubblico» allo «amministrare* nel *pubblico interesse»*, cit., p. 2352.
[285] R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo. 1. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, cit., p.297.
[286] H. Kelsen, Il primato, cit. in appunti, p. 97.
[287] H. Kelsen, cit. in appunti, pp. 97-98.

Il Kelsen osserva infatti come risulti «certamente assai diverso, sul piano tecnico giuridico, che alla costruzione di una scuola, all'assunzione degli insegnanti ecc., siano obbligati dei privati, mediante la comminazione di una pena, o che tutto ciò formi il contenuto di doveri d'ufficio sanzionati in via disciplinare, che alle spese si provveda con denaro privato o attingendo alle casse dello Stato»; così, «se in questo ultimo caso si parla di scuole statali, di ferrovie statali e quindi di una corrispondente attività dello Stato, di amministrazione dello Stato, mentre nel primo caso ci troviamo solo di fronte a scuole private, ferrovie private e quindi ad un'attività, ad un'amministrazione soltanto privata, è chiaro che viene introdotto un concetto di Stato del tutto diverso da quello che sta nella concezione formale di funzione statale», un concetto, anzi, «affatto speciale, assai complesso ed esclusivamente sostanziale»[288].

I termini di paragone cui si riferisce il Kelsen — la stessa concezione "esclusivamente sostanziale" di Stato — appaiono fondamentalmente le nozioni di privato e pubblico quali si sono venute formando nel corso dell'epoca moderna. Risulta quindi necessario, dapprima, riferirsi a quel rilievo per cui «lo Stato di antico regime, amministrando foreste, fabbricando armamenti, mantenendo manifatture d'arte, gestendo il servizio postale e così via, produce utilità economiche di primaria importanza per la vita civile del tempo, in modo non dissimile da ciò che si prefiggono assai spesso anche le amministrazioni dei giorni nostri»; ciononostante le attività suddette vengono percepite «nei termini di una amministrazione privata dello Stato; essa risulta funzionalizzata, cioè, non all'espletamento di un compito istituzionale, ma alla gestione dei redditi di cui la persona politica è titolare: l'utilità che i privati ne possono talora ritrarre (si pensi al caso ora ricordato dei servizi postali) è puramente incidentale rispetto al vero scopo per cui l'attività è intrapresa, che è sempre di natura economico-fiscale»[289].

[288] H. Kelsen, cit., ibid.

[289] L. Mannori, ad vocem, cit. in appunti, p. 174. Lo Stato di antico regime — ma è ovvio che con questa nozione si abbraccia un periodo storico approssimativamente troppo ampio — nella lettura di Luca Mannori, non possedendo una propria personalità giuridica astrattamente distinta dalla persona fisica del sovrano, non può offrire una nozione dell'attività amministrativa in quanto azione complessivamente rivolta a soddisfare interessi diversi da quelli del sovrano, il quale gestisce l'azione di governo in modo privatistico-patrimoniale. Ma se provassimo a trasfigurare per un solo istante l'affermazione del Mannori, sostituendo la figura del sovrano con quella dello Stato, se ne ricaverebbe che l'attività dell'amministrazione è funzionalizzata alla gestione dei redditi di cui la persona politica è titolare:l'utilità che i privati ne possono

Appunto che ci fa ricordare, ancora una volta, come la funzionalizzazione dell'interesse pubblico costituisca il nucleo pulsante della moderna funzione amministrativa, la quale sancisce una grossa frattura tra un sistema policentrico come quello medievale, ed un sistema viceversa monolitico come quello moderno.

Nel primo modello gli interessi o *utilitates* — per utilizzare un termine di paragone adoperato dallo stesso Luca Mannori — vengono perseguiti dagli operatori giuridici in modo autonomo, ovvero in dialettico rapporto con le istituzioni superiori[290]: «mentre l'Amministrazione statale (comunale, signorile o oligarchica) si occupava delle attività che assumevano un interesse generale, dall'ordine interno, alla finanza, alla difesa dei confini per scopi non solo militari ma anche commerciali (contrabbando), le corporazioni agivano all'interno del sistema economico con delle forme che ben si possono chiamare di auto-governo»[291]. Allo stesso modo, Massimo Severo Giannini, in un celebre saggio dedicato ai temi dell'autonomia locale e dell'autogoverno, a proposito del «complesso delle funzioni svolte dai pubblici poteri nel periodo dello Stato assoluto e in quello dello Stato liberale», dopo aver chiarito che «le relazioni internazionali e la difesa non potevano essere svolte che da un apparato centrale, e quindi dall'apparato statale», insieme alla "giurisdizione superiore", e dopo aver configurato le modalità di svolgimento delle «limitate funzioni di protezione sociale (nella forma di beneficenza)»[292], rappresenta efficacemente il rapporto tra l'apparato centrale e l'insieme degli apparati locali di autogoverno. All'interno di esso si potevano distinguere quelle «funzioni di polizia nel senso più ampio del concetto, di rimozione delle turbative della convivenza quotidiana derivanti dall'esercizio, anche lecito, di attività dei consociati; quindi polizia dei commerci e delle fiere, dei mestieri, dei costumi, dei trasporti, delle comunicazioni, dell'agricoltura, e così via»[293]. Con la conseguenza che la maggior parte delle attività "amministrative" venivano esercitate da quegli stessi

talora ricavare è puramente eventuale rispetto al vero scopo per cui l'attività è intrapresa, che è sempre l'interesse pubblico; tale posizione dei privati nei confronti della pubblica amministrazione è definita in quanto interesse legittimo. Cfr. a tal proposito E. Kantorowicz, I due corpi del re.

[290] Cfr Tocqueville p. 135

[291] F. BENVENUTI, *Disegno della amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1966, p. 14.

[292] M. S. GIANNINI, *Autonomia Locale e autogoverno*, ora in Storia Amministrazione Costituzione. Annale dell'I.S.A.P., 13-2005, p. 18.

[293] M. S. GIANNINI, *Autonomia Locale e autogoverno*, cit., ibidem.

poteri locali, e «per isvolgerla, due erano le vie astrattamente possibili: o attribuirla ad enti locali (figure soggettive), separati dallo Stato, o attribuirle ad organi locali dello Stato stesso»; nel primo caso si prospettano «i vantaggi di scaricare certe responsabilità politico-amministrative dallo Stato ad altri enti e, anzi, utilizzando la figura organizzatoria dell'autoamministrazione, affidarle agli stessi interessati; ma presenta gli svantaggi dell'ineguaglianza distributiva, del maggior costo dell'economia generale, di certe irrazionalità tecniche»[294]. Nel secondo caso invece, i rischi e le certezze, gli svantaggi ed i vantaggi sono del tutto inversi. Cionondimeno, Giannini nota che negli Stati dell'Europa continentale «nessuna delle due vie si è seguita in termini assoluti: si sono seguite vie intermedie», e sono stati quindi «istituiti, o riconosciuti, enti locali territoriali, giustapponendo però ad essi degli organi locali statali in funzioni di controllo e di coordinamento attuato con strumenti per lo più indiretti»[295]; in questo senso è evidente la possibilità di praticare un confronto con le categorie kelseniane di cui si è dato conto poc'anzi. Risulta comunque difficile in questo sistema intravedere momenti unitari in cui gli interessi e le richieste provenienti dal tessuto sociale vengano trasfigurati in una nozione di interesse pubblico valida e legittima in quanto perseguita dal sovrano; ma ciò non significa che non esistano, ed infatti i rescritti del Principe tendenti a soddisfare una "pubblica utilità" ne sono un vivo esempio.

Tra poco, inoltre, occorrerà riferirsi a quelle utilità fornite direttamente dal centro politico-amministrativo, in quanto tendenti ad assicurare e garantire universalmente delle prestazioni essenziali — funzionalizzando, come si vedrà, proprio l'interesse pubblico[296].

Si tratta di preludi episodici, benché rilevanti in quanto in grado di fungere da esempio per modello monolitico di Stato moderno, in cui gli interessi o utilitates vengono perseguiti da un unico centro, la pubblica amministrazione, in modo eteronomo.

Così, tenendo bene a mente la distinzione tra amministrazione diretta ed indiretta, Stefano Mannoni propone di incrociare le due categorie kelseniane di cui si è parlato in precedenza, con le nozioni, tipiche dell'esperienza

[294] M. S. GIANNINI, *Autonomia Locale e autogoverno*, cit., ibidem.
[295] M. S. GIANNINI, *Autonomia Locale e autogoverno*, cit., ibidem.
[296] G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, 117/118-1997, pp. 30 ss., sui due paradigmi; il primo si è visto anche nel primo capitolo; il secondo è uno sviluppo del primo.

amministrativa francese, di *Police* e di *Service*; «pur non essendo del tutto speculari, le due coppie di categorie possono essere utilizzate insieme nel nostro contesto in quanto concettualizzano la stessa intuizione: e cioè che un apparato centrale può provvedere ai bisogni della collettività mediante una attività di regolamentazione assistita da comandi-sanzione (amministrazione indiretta, "police") oppure assumendo direttamente il compito di erogare determinate utilità avvalendosi di proprie risorse fiscali e di una burocrazia professionale (amministrazione diretta, "*service*")»[297].

Sembra quasi inutile aggiungere che lo stesso Mannoni associa la prima coppia di categorie all'esperienza dell'ancien régime, mentre rintraccia l'affiorare della seconda coppia già a partire dal periodo pre-rivoluzionario, e quindi, in buona sostanza, a partire dal XVIII secolo. Sembra anche abbastanza chiaro che nel sistema "pre-amministrativo" di regolazione dei rapporti tra governante e governati, la gestione degli interessi o delle utilitates segue la logica dei «centri di imputazione di interessi collettivi determinati»[298], come suggerisce Luca Mannori, che fa apparire quindi pur sporadica ogni misura volta al perseguimento di un unico ed individuato fine, mediante l'intervento diretto del sovrano, come un atto di interesse pubblico. Nel che si può vedere l'anticipazione di quell'attività amministrativa moderna che, soggettivando la persona pubblica, funzionalizza, con lo stesso movimento, l'interesse perseguito[299].

Il modulo di amministrazione indiretta-"*police*", asserisce Stefano Mannoni, «ha una facile spiegazione nella "costituzione" della monarchia che rappresenta il sovrano come punto di unione e giudice supremo della catena cetual-corporativa»[300]. Quella costituzione riconosce nella poliedricità dell'esperienza politica un carattere necessario ed ineliminabile dell'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive — coonestando benefici e privilegi ed acconsentendo quindi alla rappresentazione della *communitas politica* come sistema policentrico dominato da ampie zone dotate di uno statuto speciale, e in alcuni casi di supremazia ed indipendenza.

---

[297] S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, I, Milano, 1994, p. 146; si potrebbe però aggiungere anche una terza modalità, "post-moderna", quella dell'autoamministrazione: cfr. capitoli successivi.
[298] L. MANNORI, *Per una preistoria*, cit., p. 460, n. 345.
[299] Presutti, Istituzioni di diritto amministrativo, I, 1934, pp. 198 ss.
[300] S. MANNONI, *Une et indivisible*, cit., p. 146.

In questa frammentazione di poteri ed autonomie, «il potere edittale si suddivide ed articola dalla "grande police" del sovrano, massima espressione della volontà di "disciplinamento", in quella esercitata dai municipi, dalle corporazioni, dai parlamenti, dai signori» ed appare più che «logico che la monarchia agisca prevalentemente attraverso un'accorta direzione della società corporativa, salvaguardandone l'autosufficienza economico-patrimoniale e orientandone i comportamenti mediante una dettagliata regolamentazione»[301].

Tra le norme di "*police*", o di amministrazione indiretta, Stefano Mannoni cita due esempi o casi emblematici; il primo è rappresentato da quel provvedimento sovrano che rendeva obbligatorio, per le comunità, di istituire la figura di guardaboschi, mentre il secondo esempio è quello riguardante la politica di repressione della mendicità per la quale il sovrano riconosceva «importanti prerogative autoritative»[302] di amministrazione materiale agli enti ospedalieri che potevano fermare ed arrestare i mendicanti con le proprie forze di polizia — agendo, per l'appunto in qualità di "autonomia funzionale", si direbbe.

Occorre notare che, negli esempi riportati delle norme più rappresentative del modello "*police*" o amministrazione indiretta, si riscontra un esercizio del potere, che parte dall'amministrazione centrale, di tipo direttivo o addirittura programmatico. Più che di una delega di esercizio funzionante mediante lo schema comando-sanzione e attraverso l'attribuzione di un potere vincolato, si tratta piuttosto di direttive impartite dal centro onde raggiungere dei risultati, cui le comunità pervengono dotate di ampi margini di discrezionalità (*an, quid, quomodo, quando*).

Questo modello di governo, detto appunto "*police*", viene però superato mediante una funzionalizzazione degli interessi che conduce il sovrano ad emanare dei provvedimenti vincolanti *erga omnes* in modo da garantire in modo diretto l'uguale esecuzione delle misure in essi contenute, in tutto il territorio del regno.

[301] S. MANNONI, *Une et indivisible*, cit., pp. 146-7.
[302] S. MANNONI, *Une et indivisible*, cit., p. 156.

Tra di essi vi sono quei provvedimenti riguardanti le infrastrutture ed opere pubbliche, l'istruzione, il settore assistenziale ed ospedaliero — insomma, in nuce le funzioni dell'amministrazione per prestazioni moderna[303].

Stefano Mannoni traccia un profilo per ognuno di questi campi d'intervento a cominciare dall'esempio dei *Ponts et Chaussées*, in cui si può scorgere «l'esempio del tesoro reale nella creazione delle infrastrutture e la pianificazione delle opere su scala nazionale da parte di una burocrazia tecnicamente qualificata»[304].

Quindi per quanto riguarda l'istruzione pubblica, l'intervento statale avviene in un «settore nel quale il centro è sostanzialmente assente, fatta eccezione per la sovvenzione delle istituzioni di rilievo nazionale e l'assegnazione di un numero limitato di borse di studio»[305]; infine «l'altro grande banco di prova sul quale occorre misurare la modernità dell'assolutismo francese»[306], è quello dell'assistenza pubblica — che insieme ad un editto del 1662 con cui Luigi XIV ordina la fondazione di ospedali in tutte le città che non

---

[303] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., pp. 36 ss.; Spagnolo-Vigorita, L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico, Napoli, 1959; Predieri, Pianificazione e costituzione, Milano, 1963; Pototschnig, I pubblici servizi, Padova, 1964.

[304] S. MANNONI, *Une et indivisible*, cit., p. 147. Il settore in parola, inoltre, segue il modulo formativo dell'école, che tanta fortuna ha riscontrato in Francia nella preparazione dei dipendenti pubblici (ins bibliografia di scienze dell'amministrazione). In parallelo, è da leggersi la fondazione dell'*École nationale des mines*, risalente al 1783 — su cui, v. ad esempio, *http://www.annales.org/archives/x/c1.html*. Sulla storia delle infrastrutture ed opere pubbliche francesi, la bibliografia essendo sterminata, può essere molto utile consultare i seguenti volumi: ANDRE BRUNOT, *Le Corps des Ponts et Chaussées*, CNRS Editions - Histoire de l'administration française, Paris (France), 1982; GUY CORIONO, *250 ans de l'Ecole des Ponts en cent portraits*, Presses de l'école nationale des Ponts et Chaussées, Paris (France), 1997; JEAN-PIERRE GIBLIN, *L'art de l'ingénieur de Perronet à Caquot*, Presses de l'Ecole nationale des Ponts et Chaussées, Paris (France), 2004; JOSEPH GIES, *Bridges and Men*, Doubleday & Company, New York (Etats-Unis), 1963; BERNARD MARREY, *Écrits d'ingénieurs*, Éditions de Linteau, Paris (France), 1997; ID., *Les ponts modernes - 18e et 19e siècles* (1ère édition), Picard Editeur, Paris (France), 1990; YVON MICHEL, *Jean-Rodolphe Perronet (1708-1794)*, in "Monuments Historiques", avril - juin 1987, n. 150-151; ANTOINE PICON, *Architectes et ingénieurs au siècle des Lumières*, Editions Parenthèses, Paris (France), 2004; ID., *L'art de l'ingénieur*, Éditions du Centre Georges Pompidou, Paris (France), 1997; CLAUDE VACANT, *Jean-Rodolphe Perronet (1708-1794). "Premier inégénieur du Roi" et directeur de l'École des ponts et chaussées*. Paris, Presses de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, 2006. Per avere maggiori informazioni sulla storia dell'*École nationale des Ponts et Chaussées*, si possono consultare i siti istituzionali ad essa espressamente dedicati (cfr., ad esempio, *http://www.enpc.fr/fr/index.htm*, oppure *http://www.pch.public.lu/index.html*, o ancora *http://www.lcpc.fr/fr/home.dml*, ed infine *http://www.ponts.org*).

[305] S. MANNONI, *Une et indivisible*, cit., ibidem.

[306] S. MANNONI, *Une et indivisible*, cit., ibidem. Stefano Mannoni cita, tra le altre, una misura di *Police des corporations*, che ha da una parte la finalità «di perseguire gli obbiettivi produttivi assegnati dal potere centrale al settore manifatturiero», e dall'altro quello di calmierare i prezzi finali dei prodotti onde «salvaguardare gli interessi dei consumatori» (S. MANNONI, *Une et indivisible*, cit., p. 148).

ne avevano, sembra condurre ad un'evoluzione del sistema verso la nozione moderna di *service public*[307], che, nell'interpretazione offerta da Fabio Merusi, sembra proprio corrispondere a quanto detto sinora. Egli dice che, nell'ordinamento francese la dottrina e la giurisprudenza, pur senza offrire una definizione dogmatica della nozione, ne hanno messo in luce, volta a volta, tre punti di vista distinti: un punto di vista materiale — per cui «si intende per servizio pubblico ogni attività avente per oggetto la soddisfazione di un bisogno di interesse generale» —, organico — in quanto con essa si intende alludere ad un «organismo di diritto pubblico che esercita un'attività di interesse generale»[308] —, e infine formale — per cui con essa ci si riferisce a tutte quelle attività sottoposte ad un regime speciale, in deroga al diritto comune.

2.2.2. — Rileva con lucidità Stefano Mannoni che «l'impulso dell'apparato centrale a provvedere a bisogni sociali che la vecchia amministrazione indiretta ("*police*") non è più in grado di soddisfare da sola, trova un ostacolo formidabile nella catena cetual-corporativa da lui stesso alimentata intorno al principio del privilegio»[309], che si distingue in modo netto da quanto scritto a proposito del rescritto.

Infatti, pur constando di una disciplina derogatoria al diritto comune, il rescritto si configura comunque in quanto "*ad iuris communis observantiam*"[310], proprio perché funzionale al raggiungimento di un "interesse pubblico" — non una semplice somma di interessi ed utilitates private, quindi, bensì la trasfigurazione di esse.

Il privilegio, invece, in quanto norma particolare volta ad ampliare la sfera giuridica dei destinatari, consiste in un atto "*contra ius commune*" — nel qual carattere si riscontra la differenza con il *beneficium*, anch'esso norma particolare — ma unicamente inteso a soddisfare interessi particolari.

L'immedesimazione (o funzionalizzazione) di un atto imperativo con l'interesse pubblico rende ragione, nel caso del rescritto del fatto che un atto in grado di derogare la legge generale risulti comunque conforme al diritto. In una nozione ampia del diritto, che grossomodo è tutt'uno con il tema della

[307] Bibliografia.
[308] F. MERUSI, *Servizio Pubblico*, in Novissimo Digesto Italiano, XVII, Torino, 1970, p. 216.
[309] S. MANNONI, *Une et indivisible*, cit., p. 175.
[310] Secondo la nota definizione di Bartolo.

legittimità — a differenza di quanto accade, viceversa, con il moderno principio di legalità, che, da solo, non è in grado di esaurire il discorso sull'esperienza giuridica.

Per questo motivo i *privilegia*, da considerarsi illegittimi, si pongono fuori dall'esperienza giuridica, ed obbligano i sovrani — pur dopo averne avallato l'istituzione in un contesto di autonomie cittadine, corporative, cetuali o signoriali — ad inquadrarne il ruolo in un nuovo ambito di accentramento politico ed amministrativo, e di omogeneizzazione giuridica. In questo senso Adriano Cavanna rileva che «la concezione laica, monocratica e razionalistica che alimentava la formazione del potere assoluto e dello Stato moderno conferì in realtà al particolarismo politico-sociale ereditato dal Medioevo caratteri nuovi: un carattere di contraddittorietà con i programmi di concentrazione del potere dell'assolutismo là ove generava di fronte a quest'ultimo resistenze centrifughe; un carattere di immobilismo conservatore, ora che i gruppi e i ceti andavano via via svuotandosi di quel significato politico e di quei compiti comunitari che in questo senso avevano reso funzionale alla organizzazione civile medievale il "privilegio"»[311].

Sembra pertanto necessario osservare che «l'Assolutismo avrebbe cercato in parte di combattere e in parte di utilizzare ai propri fini questa situazione, contro la quale però solo l'individualismo illuministico avrebbe aperto, al tramonto del secolo XVIII, la vera battaglia»; in quel momento storico preciso «si sarebbero contrapposti il vecchio e il nuovo modello di ordine civile: quello dello Stato assoluto e del regime particolaristico delle fonti e quello dello Stato liberale, delle costituzioni e dei codici»[312].

[311] A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1979, pp. 222-3; sul particolarismo, v. pp. 216 ss.
[312] A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., p. 223.

CAPITOLO TERZO

Il farsi dell'interesse pubblico tra fatto e diritto:a monte della legalità

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *Annotazioni metodologiche;* 3. *Funzionalizzare gli interessi, ovvero dal fatto al diritto senza superare l'antica unitarietà del processo di potere*; 3.1. *Un paradosso sistematico e metodologico*; 4. *Disciplina della funzione*; *4.1. Emersione della politicità: "linee positive"; 4.2. (Segue)…e prospettive*

1. *Premessa* — Le note redatte sino a questo momento sono risultate necessarie — *in primis* per chi le ha scritte — per comprendere più ampiamente alcuni fondamentali aspetti del diritto amministrativo contemporaneo.

Non si è trattato infatti di informazioni finalizzate unicamente alla ricostruzione storica degli istituti, bensì di annotazioni, certo di carattere storiografico, necessarie però alla rappresentazione che si intende offrire della funzione amministrativa moderna.

Non importa, in questa sede, l'operazione di scavare in un istituto, sino a scoprirne le origini, se questa ricerca è fine a sé stessa; interessa, bensì, ricollegare il tema stesso delle origini e dei fondamenti alla funzione attuale degli istituti. In questo senso la storia della funzione amministrativa interessa oggi per meglio comprendere la ancora insuperata — ed in alcuni ambiti del diritto amministrativo, attualissima — immagine monolitica del pubblico potere come unico titolare legittimato al perseguimento degli interessi pubblici[313]. Immagine che culmina in una nozione di funzione amministrativa intesa in quanto evento di trasformazione di un potere[314] in un provvedimento produttivo di effetti nel mondo della realtà fenomenica.

[313] Cfr. Giorgio Berti; L. Franzese.

[314] Titolare, a sua volta, della funzione politica di indirizzo della comunità, da cui risulta chiaramente esclusa la società: «lo Stato, l'amministrazione, preesiste assolutamente al singolo nelle forme di vita e di organizzazione sue proprie; il popolo arriva allo Stato; ottiene il controllo delle leve del comando; ma si può veramente dire che esse non divengono mai sue a titolo originario», anzi, «gli appaiono piuttosto sempre concesse nella misura in cui riesce a prendersele, e pare che egli sia (in realtà è) pienamente convinto di questo stato di cose, di questa intrinseca limitazione della sua vittoria, perché non ha alcun interesse a stravincere, ad assumersi l'immenso peso della responsabilità amministrativa del paese, che renderebbe ogni cosa pubblica e quindi pubblica, dedicata alla *res communis omnium*, in ogni singolo momento la sua vita» (F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, pp. 26-7).

Il che implica, ove possibile, una partecipazione all'istruttoria procedimentale di soggetti "privati" asimmetricamente posti su un piano di subordinazione rispetto all'interesse pubblico, portatori di interessi privati, egoistici[315]: il paradigma autorità/libertà, e l'evoluzione di esso nella relazione di funzione ed interesse[316], non prevede costitutivamente uno spazio per istanze diverse da quelle poste attraverso la dicotomia pubblico-privato[317]. In altro senso, ma evidenziando dei problemi ed «interrogativi ai quali i giuristi dovrebbero fare attenzione, anche per sapere se essi possono rispondervi con le loro armi tradizionali», Sabino Cassese conferma di non poter ignorare, tuttavia, «che il procedimento e la sua struttura non sono politicamente neutrali»[318], tanto da citare, a sostegno, un saggio di analisi economica del diritto che si intitola, anodinamente, proprio "*Le procedure amministrative come strumento di controllo politico*"[319]. Il che, al di là delle intenzioni degli estensori del testo citato, sembra significativamente alludere al punto che qui si vuol sviluppare: la struttura stessa del procedimento amministrativo, o ancora meglio, la funzione amministrativa, per motivi che tra poco si cercherà di capire, non permette di superare gli stati di asimmetria tra soggetto pubblico e soggetti privati, dacchè nel rilevare politicamente gli interessi della comunità di riferimento, lo Stato esercita una ineludibile funzione di controllo sociale.

---

[315] L. Franzese; F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Atti del XLVII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2001, p. 29; cfr. quanto si dirà sulla nozione di giusto procedimento; cfr. luci ed ombre delle novelle alla legge 241; cfr. Presutti, Istituzioni di diritto amministrativo, I, 1934, pp. 198 ss.

[316] G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, 117/118-1997, p. 30.

[317] La cui derivazione dal pensiero rousseauviano risulta piuttosto esplicita, come si dirà in seguito.

[318] S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 3-2006, p. 598. Allo stesso modo Renato Alessi ha definito l'attività amministrativa ponendo l'accento sul fatto che essa corrisponde «a forme di attività di carattere ideologico»: infatti «il soggetto amministrativo, in causa della sua natura astratta, può svolgere soltanto forme di attività ideologica e giuridica» (R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo. 1. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, cit., pp. 299-300).

[319] M. MCCUBBINS-R. NOLL-B. WEINGAST, *Le procedure amministrative come strumento di controllo politico*, in D. FABBRI-G. FIORENTINI-L. A. FRANZONI (a cura di), *L'analisi economica del diritto. Un'introduzione*, Roma, 2000, pp. 261 ss.; in questo caso, gli Autori si occupano, da un punto di vista dell'analisi costi-benefici, delle possibilità di controllo che le "procedure amministrative" offrono ai politici, onde poter seguire il lavoro dei burocrati. Poiché lo studio si riferisce al rapporto che si instaura tra le Agenzie ed i rappresentanti eletti nell'ordinamento giuridico nordamericano, appare piuttosto evidente che si tratta di riflessioni del tutto incompatibili con la natura della Pubblica Amministrazione italiana. Rimane la disponibilità del titolo scelto per il contributo a prestarsi a diverse interpretazioni, come, ad esempio, quella per cui il procedimento amministrativo, pur rappresentando una garanzia per i cittadini, si configura allo stesso tempo in quanto strumento di controllo sociale.

Paradossalmente, anche la nozione di sussidiarietà, introdotta nell'ordinamento italiano dal legislatore delegato prima, e da quello costituente poi, soffre di una certa ristrettezza teoretica[320]; i soggetti che l'ordinamento favorisce nello svolgimento di attività di interesse generale[321], sono considerati pur sempre portatori di interessi "privati", "anomici", che l'ordinamento medesimo, quindi, ritiene di limitare nella completa espressione dell'autonomia[322]: un esempio di questo atteggiamento asfittico può essere costituito dall'art. 117 co. 2, lett m) Cost., laddove si prevede, in netta contraddizione rispetto al principio di sussidiarietà, che rientra tra le materie di esclusiva competenza statuale, la "*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*"[323]. Come inquadrare, dunque, questa previsione, sotto il profilo delle funzioni amministrative svolte in regime di sussidiarietà[324] — considerando inoltre l'oggettivo ripensamento del principio di legalità imposto dalla Corte Costituzionale con la sentenza 303/2003[325]?

---

[320] Filippo Pizzolato individua una vera e propria aporia che chiama in causa proprio il principio di legalità, riferendosi alla «non-autoapplicatività della sussidiarità espressa dall'art. 118 Cost. che, pur riconoscendo un'originaria e generale competenza in capo agli enti locali (il Comune *in primis*) per le funzioni amministrative, richiede comunque un'attribuzione di fonte legislativa, e cioè, in base al riparto delle competenze *ex* art. 117, di una legge statale o regionale» (F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, cit., p. 386). L'aporia, dichiara il giuspubblicista, «chiama in causa il principio di legalità, che non a caso di è rivelato il luogo di emersione delle suddette contraddizioni, come ha dimostrato la sent. 303/2003 della Corte Costituzionale, in cui, proprio facendo leva su quel principio, accoppiato all'idea della dimensione degli interessi, si è acconsentito a un travaso di competenze, anche legislative, dalle Regioni allo Stato, al di là della stessa collocazione della materia in oggetto entro la potestà concorrente o persino esclusiva delle Regioni» (F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, cit., ibidem). Per un approfondimento del tema si rimanda alla Postilla, al termine del presente capitolo.

[321] Cfr. la bella definizione dell'art. 118 Cost, co. 4: "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

[322] E per soggetti titolari dell'autonomia si intendono quegli stessi soggetti che l'art. 118 Cost, co. 4 reputa capaci di perseguire l'interesse generale: «cittadini, singoli ed associati»; per quanto concerne l'aspetto "associativo" delle attività di interesse generale, è utile riferirsi all'art. 2 Cost, che definisce le formazioni sociali intermedie come centri ove si svolge la personalità dell'uomo, intendendo per tali, dunque, anche quelle autonomie locali, funzionali e sociali, che permettono proprio l'esplicarsi organizzativo dell'autonomia, fungendo da centri di indirizzo della vita sociale.

[323] Sono definibili in quanto "prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" le funzioni amministrative?

[324] Si pensi alle attività di quei soggetti come le Ipab.

[325] Di una tensione in atto nell'ordinamento italiano in seguito all'introduzione del principio di sussidiarietà parla Filippo Pizzolato, che anzi si sofferma ad osservare, «che questa tensione sia in atto è stato plasticamente rivelato da recenti vicende dell'ordinamento, le quali hanno mostrato come l'innesto parziale, sul piano dell'amministrazione, del principio di sussidiarietà, abbia prodotto un corto circuito con i criteri di riparto delle potestà legislative nel punto specifico del principio di legalità, ove cioè le differenti visioni dell'atto normativo escono allo

Ma sono tutti argomenti su cui occorrerà tornare più ampiamente in seguito; per ora basta constatare come la funzione amministrativa costituisca un momento esemplificativo e distintivo della riflessione giuridica moderna. Non perché un'attività d'imperio esercitata dal soggetto pubblico mediante poteri eccezionali che esorbitano dalla sfera del diritto comune, onde perseguire l'interesse pubblico, non fosse presente negli ordinamenti giuridici prerivoluzionari[326]; ma piuttosto perché faceva difetto, in essi, una scienza del diritto amministrativo capace di sistematizzare gli istituti sino ad inserirli in un ordine di concetti astratto e generale.

Un sistema, insomma, dotato di uno statuto speciale, onde differenziarlo da tutte le altre discipline giuridiche[327].

2. *Annotazioni metodologiche* — È abbastanza evidente, nonostante alcune voci dissenzienti[328], che i concetti fondamentali della dogmatica moderna non possono essere addebitati all'opera della giurisprudenza classica «giustamente celebrata come un esempio insigne di sviluppo culturale e di organizzazione produttiva del diritto per la operosità dei suoi giureconsulti», ma che rimane tuttavia compresa nell'ordine metodologico di una «tecnica di comando, di controllo e di comunicazione sociale dei comportamenti per mezzo delle *leges*, delle *actiones* e dei *responsa*»[329].

A tale proposito Feliciano Benvenuti, nel corso della celebre relazione svolta nel Salone dei Cinquecento, a Firenze, in occasione della ricorrenza del Centenario delle leggi di unificazione del Regno, ha sottolineato come, «specialmente per quanto attiene al diritto pubblico un pensiero giuridico, tecnicizzato, come si concepisce oggi, non poteva neppure esistere nel Settecento, non solo per la ben nota commistione di teorie politiche e di tesi

---

scoperto» (F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in Politica del Diritto, 3-2006, p. 385 e 387). L'impatto della sentenza n. 303 del 2003 sarà trattato più ampiamente nella Postilla successiva al presente capitolo.

[326] Il c.d. Stato moderno d'antico regime: cfr. G. Galasso, M. Fioravanti, A M. Hespanha.

[327] Ha evidenziato che «lo sforzo di sistematizzazione è per così dire connaturale ad ogni riflessione fenomenica e, quindi, coessenziale ad ogni tentativo di elaborazione scientifica della stessa», G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, p. 8 e la relativa nota problematica. Cfr. Benvenuti nella prefazione a Chevallier, in appunti. Cfr anche primo capitolo.

[328] Cfr. G. La Pira, La genesi del sistema nella giurisprudenza. Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica, in Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "V. Scialoja", 1936/7, pp. 131 ss.

[329] V. FROSINI, *Scienza giuridica*, in Novissimo Digesto Italiano, XVI, Torino, 1969, p. 696.

giuridiche, queste ultime in funzione di sostegno delle prime, ma anche per la mancanza di un corpo omogeneo di leggi e, in definitiva, per la mancanza di una concezione costituzionalistica dello Stato»[330]. Cioè, per la strutturale mancanza di un vero oggetto di studio, senza il quale le determinazioni della scienza non possono neanche essere pensate[331].

La scienza giuridica, e ancor di più la scienza del diritto amministrativo, è un'invenzione prettamente moderna, tanto ché, un volume come la *Methodenlehre der Rechtwissenschaft* di Karl Larenz fa partire la propria indagine proprio dalle lezioni di Marburgo che Friedrich Karl Savigny potè tenere in giovane età nel semestre estivo dell'Anno Accademico 1802/3 con un corso intitolato alla metodologia giuridica, di un'ora alla settimana[332]. Considerando che il giovane Savigny teneva le sue lezioni secondo il modulo *Nach Einem Eigenen Plan* — cioè senza usufruire di un libro di testo —, ciò ci permette di comprendere la novità del pensiero dogmatico[333] rispetto alla riflessione preilluministica, metafisica, sul ruolo del diritto e della politica nell'esperienza umana.

Intraprendendo per un istante il discorso metodologico in quanto funzionale al ragionamento successivo, è necessario distinguere due diversi modi di approcciarsi allo studio del diritto, legati ad una nozione di *diritto-come-scienza* ovvero di *diritto-come-insieme-di-fatti*: nel primo caso ciò che conta è l'osservatore, dacché per la filosofia moderna l'opinione prevalente è che «l'ente che noi stessi siamo costituisca per colui che conosce il primo dato e l'unica certezza, che il soggetto sia immediatamente accessibile e certo, che risulti più noto di ogni oggetto»[334]. Il primo metodo è infatti quello proprio del tentativo di "purificazione"[335], di *asepsi*[336], che «puntando più sulla definizione

[330] F. Benvenuti, Cit. in appunti, p. 101.
[331] M. HEIDEGGER, *I problemi fondamentali della fenomenologia*, trad, it., Genova, 1999, p. 118.
[332] K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Milano, 1966, p. 5; G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966, pp. 44 ss.; cfr. anche H. Kantorowicz; H. Thieme; G. Wesenberg; F. Wieacker; v. anche B. De Giovanni, L'esperienza come oggettivazione delle origini del problema moderno della scienza, Napoli, 1962.
[333] Benché proprio il Larenz ne mettesse in evidenza la commistione di pensiero filosofico e pensiero scientifico, chiedendosi proprio: «si tratta ancora di un "residuo" giusnaturalistico nel pensiero di Savigny, che egli ha in seguito superato, ovvero di un collegamento a cui il Savigny è rimasto fedele in modo duraturo?» (K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., ibidem).
[334] M. HEIDEGGER, *I problemi fondamentali della fenomenologia*, trad, it., Genova, 1999, p. 118.
[335] Per tutti, V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico. Contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio 1885-1925*, in Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena, 1925, e contenente

scientifica che sull'osservazione spregiudicata della realtà, qui comprese le regole formali», corre però il rischio di rincorrere astrazioni, dalle quali è poi difficile ricevere garanzie, prestazioni, ausilio e quant'altro ci si attenda»[337]; poiché «la scienza ha bisogno di referenti precisi», ne consegue che «è facile che dal diritto si passi a contemplare delle strutture, le quali contengono il diritto, come sono gli Stati, e si finisca così per concepire come diritto solo ciò che è etichettato con questo nome da quella macchina creatrice di potere che è appunto lo Stato»[338].

Il secondo modo di approcciarsi allo studio del diritto «prescinde almeno inizialmente dal concedere il primato alla costruzione scientifica», e pertanto «si limita a raccogliere tutte le cose che approssimativamente appaiono come regole di rapporti oppure come rapporti o figure istituzionali»; va da sé che questo secondo approccio corre un rischio, specularmente inverso a quello del primo indirizzo, e che consiste nel «lasciarsi andare a inseguire la realtà o ad osservare delle cose che esistono, senza cercare alcun principio o alcun valore cui saldare, per averne dei significati, tutto questo informe complesso»[339] — sino a condurre l'interprete a riferirsi alla *misura* piuttosto che alla *norma*[340].

---

la celeberrima Prolusione ai corsi di Diritto Costituzionale ed Amministrativo, letta nella It. Università di Palermo nel gennaio 1889 (ora più agevolmente reperibile presso l'U.R.L. *http://www.lex.unict.it/didattica/materiali06/storiamed_mz/c/03/1889_V_E_%20Orlando.pdf*). Cfr., più di recente, R. Marrana, l'organizzazione pubblica, p. 343.

[336] Si riferisce, conseguentemente, ad una forma di sostanziale «asepsi dell'organizzazione amministrativa», M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, in Jus. Rivista di scienze giuridiche, 2-1999, p. 763.

[337] G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, 1994, p. 17.

[338] G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit., ibidem. Antonio Romano-Tassone sottolinea che «il metodo giuridico, la cui introduzione nella moderna scienza italiana del diritto pubblico si fa risalire ad Orlando, finisce dunque con l'apparire funzionale, storicamente, all'affermazione dello Stato accentrato, ed entra in crisi con l'eclissi di quest'ultimo» (A. ROMANO-TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in Diritto Amministrativo, 1/2002, p. 13). A questo tema si sono ampiamente dedicati gli storici ed i filosofi del diritto, per cui la bibliografia risulta pressoché sterminata; si citano, a titolo esemplificativo P. Grossi, A. Cavanna, G. Capograssi, F. Lopez de Oñate, R. Guardini, J. Maritain.

[339] G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit., ibidem, e pp. 11 ss.; cfr. anche A. Cavanna. In un'ottica di "abbandono del metodo giuridico", M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, pp. 1 ss.

[340] Tralasciando, per l'appunto, l'ordine dei principi: ancora M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., pp. 17-8. Il che condurrebbe viceversa l'interprete a dare importanza ai singoli fatti, presi nella loro emergenza e nella loro solitaria distanza dalla riconducibilità ad unità: è in fondo il rischio cui perverrebbe certo decisionismo, che passa da una concezione della Costituzione in quanto regola dei rapporti (C. Schmitt, La dottrina della Costituzione), alla tematizzazione del principio del diritto d'emergenza, totalizzando l'influenza dell'urgenza sino a vedere in essa l'indice e la localizzazione del potere (C. Schmitt, Le Categorie del politico). Si tratta in fondo dello stesso problema riscontrato da Immanuel Kant nello studio della teoria della conoscenza: infatti, secondo il filosofo tedesco, i due tipi di conoscenza proposti dal pensiero moderno — in seguito alla distinzione cartesiana di *res extensa* e *res cogitans*, diremmo noi — sono inquadrabili

Mario Dogliani, cogliendo gli aspetti fondamentali di questo sistema di misure *emergenziali*, che emergono dal fatto, spiega acutamente che «il diritto delle emergenze non viene qui in considerazione in quanto determinato dalla necessità di dettare discipline urgenti, richieste come improcrastinabili nella loro particolarità, e dunque dominato, potenzialmente, dal principio di eccezione, ma piuttosto come diritto che si qualifica per i propri contenuti concreti in relazione ad attese specifiche»[341]. Il costituzionalista annota, peraltro, che in questo caso il diritto diverrebbe «strumento per appagare sostanzialmente delle domande, e non per stabilire, innanzi tutto, condizioni certe all'agire, definendo un quadro stabile e prevedibile di aspettative»[342]. Sembra essenziale notare, invero, che la frammentazione cui condurrebbe un sistema giuridico di tipo "emergenziale", eccezionale, sarebbe contraria a qualsiasi misura in grado di realizzare un concreto sviluppo dell'integrazione umana sulla base del principio di solidarietà[343] — ripetendo sul versante opposto della disgregazione anomica, il difetto di unilateralismo proprio del primo indirizzo, cioè quello del *diritto-come-scienza*.

Entrambe queste modalità qualificative ed interpretative rimandano dunque al rapporto che l'osservatore instaura con la realtà, o meglio con l'esperienza giuridica che si ritrova sotto gli occhi: rapporto scientifico-positivo nel primo caso, in cui per l'appunto lo scienziato adotta un metodo d'indagine ipotetico-deduttivo e con finalità meramente operative; rapporto ricognitivo-descrittivo, viceversa, nel secondo caso, in cui l'investigatore si rapporta alla realtà (r)accogliendone i fenomeni mediante il metodo induttivo.

Sono, queste, modalità di svolgimento che, oltre a riguardare il rapporto soggetto-oggetto[344], implicano la costituzione di un secondo livello di

---

rispettivamente in procedimenti fondati su giudizi analitici a priori ovvero su giudizi sintetici a posteriori.

[341] M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., p. 19. Per un'altra impostazione del cd. diritto dell'emergenza, rispetto all'emergere dei fatti, v. da ultimo P. MINDUS, *Nostalgia per Cincinnato? Elementi per una fenomenologia dell'emergenza*, in Materiali per una storia della cultura giuridica, 2/2007, pp. 481 ss.

[342] M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., ibidem.

[343] C. Schmitt, La dittatura, trad. it., Bari, 1975; sul tema dell'eccezionalità, v. anche le dense pagine di R. SCHNUR, *Individualismo e assolutismo. Aspetti della teoria politica europea prima di Thomas Hobbes (1600-1640)*, trad. it., Milano, 1979, pp. 48 ss.; cfr. anche C. Galli, Genealogia della politica: Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno, Bologna, 1996.

[344] A. Ross, Direttive e norme, trad. it., Milano, 1978, pp. 118 ss.; cfr Cartesio; i realisti scandinavi; G. Tarello, Realismo giuridico, in Novissimo Digesto Italiano, XIV, Torino, 1967; S. Castignone (a cura di), Il realismo giuridico scandinavo e americano, Bologna, 1981; J. W. F.

determinazione dei concetti, se è vero che la scienza giuridica ha la riconosciuta peculiarità di influenzare il suo oggetto di ricerca, sino a costituirlo, modificarlo, integrarlo in nuovi sistemi di istituti e nozioni[345]: e questo perché qualsiasi discorso sul diritto amministrativo, prima ancora di riferirsi all'autorità ed alla sua "trasfigurazione" in un provvedimento concreto, ha a che fare con la più elementare relazione giuridica tra fatto e diritto, quella che i positivisti definiscono una sussunzione[346] e che si configura, kantianamente, come una deduzione[347].

Sundberg, L'irrealismo scandinavo, in Materiali per una storia della cultura giuridica, 1-1984; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., p. 8.; Kant ed Heidegger sull'appercezione.

[345] Nella prefazione alla celebre ricerca commissionata dall'Unesco a Victor Knapp, Massimo Severo Giannini ricorda come «la scienza del diritto influisce continuamente sul proprio oggetto, secondo una vicenda di cui almeno la fattualità è, nel complesso, pacifica: essa infatti assume i suoi dati negli istituti giuridici e nelle normazioni giuridiche, per induzione ne trae delle nozioni — o concetti: il punto è discusso — costituenti generi e specie, regole ed eccezioni, e con essi elabora via via i campi di dati che non hanno ancora formato oggetto di conoscenza» (M. S. GIANNINI, *Prefazione* a V. KNAPP, *La scienza del diritto*, trad. it., Roma-Bari, 1978, XIII-XIV). Ogni dato fenomenico dev'essere chiaramente depurato «dalla carica esistenziale che lo renderebbe unico e non comparabile», procurando in questo modo «la sua collocazione in un contesto di significato di più ampia portata» (A. ROMANO-TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, cit., p. 17): il che, in fondo, ci riporta allo schema del soggetto che governa l'oggetto con atti d'arbitrio, come nota lo stesso Antonio Romano-Tassone. (cfr anche il suo studio su dir amm 99). Ma anche la soluzione avanzata dall'insigne amministrativista dell'Università di Catanzaro non sembra risolvere il problema di fondo; se infatti la conclusione è che «la possibilità di operare la traduzione del dato fenomenico in dato problematico sulla base di uno qualsiasi degli schemi assiopratici presenti nell'ordinamento, esclude gli eccessi formalistici dell'originaria impostazione orlandiana, e consente un'ampia apertura della scinza giuridica verso la realtà sociale» (A. ROMANO-TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, cit., p. 21), si capisce che in ogni caso è sempre per effetto di una scelta discrezionale, ove non arbitraria od autoritaria del soggetto, che l'oggetto assume una sua specifica rilevanza e meritevolezza giuridica. La cosiddetta "aleatorietà" nel momento di determinazione del problema, infatti, si presta a qualsiasi tipo di impostazione (ed anche di conseguenza operativa) e sembra piuttosto chiaro che il sistema, in questo modo, non si discosta dall'eccessivo formalismo orlandiano, ma ne ripropone i fasti solamente dimostrando una maggiore inclusività, ma ereditandone, di fatto, lo schematismo proprio dei sistemi geometrici riduttivi della realtà, in nome di un'ipoteticità che serve solamente a giustificare l'operatività delle regole. Lo si può agevolmente constatare leggendo che «la sottoposizione dello schema prescelto al vaglio della ricostruzione sistematica serve infine a connotarne la meritevolezza, ossia la capacità di "farsi ordinamento" e di ergersi a momento di unificazione, sia pure ipotetica e provvisoria, della complessità ordinamentale» (A. ROMANO-TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, cit., ibidem).

[346] Sulla cd. sussunzione giudiziale, nella fattispecie delle supreme magistrature, con grande attenzione alla dottrina tedesca ed insieme al contributo dello Stein alla "concezione logicistica del processo", cfr. G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1964, pp. 70 ss. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970; Lazzaro, Storia e teoria della costruzione giuridica.

[347] Cfr. la deduzione trascendentale, ed il ruolo cardinale dell'*Ich Denke*, nel senso che nel rapporto tra soggetto ed oggetto, il soggetto conoscente ordina in modo assoluto la realtà conosciuta. Di modo che la stessa esperienza, una volta conosciuta, si trasforma in una proiezione soggettivata e perde la sua naturale ed intrinseca oggettività. In altro senso si può invero ricercare nell'elemento positivistico della "sussunzione" uno svolgimento della induzione scientifica, tema caro alla scienza computazionale, che sul tema della *subsumption* si è

Il metodo giuridico, che attraversa con moto pendolare lo spazio compreso tra una visione del *diritto-come-scienza* e l'altra, antitetica, del *diritto-come-insieme-di-fatti*, corrisponde in ogni caso, in primo luogo, ad un processo di determinazione dell'esperienza, laddove il termine "determinazione" ha il significato di stabilire, fissare o indicare con esattezza i confini dell'oggetto di studio[348], cioè della realtà fenomenica[349]; la scienza del diritto amministrativo, quindi, non può che occupare un secondo livello: se il primo livello è costituito dai dati "informi", non raffinati, dell'esperienza giuridica, il secondo è per forza di cose composto dall'elaborazione "scientifica" di quei dati[350]. Estendendo quanto Mario Dogliani riferisce a proposito del diritto costituzionale, anche nel diritto amministrativo, peraltro (*rectius*, nella scienza del diritto amministrativo), «"fatto" non significa mai dato grezzo, avvenimento chiuso nella sua particolarità e accidentalità, ma fenomeno complesso, che non esiste se non interpretato, ricostruito e ricondotto a un "tipo", a un modello che lo definisce»[351], ricostruzione che ricorda molto

---

soffermata sino a riconoscerne la centralità nella formulazione degli algoritmi, su cui, ex multis, G. PLOTKIN, *A note on inductive generalization*, in Machine Intelligence 5, 1969, pp. 153 ss.

[348] A. ROMANO-TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, cit., p. 13.

[349] Una risposta in grado di superare le ristrettezze teoretiche cui condurrebbero le opposte tendenze è, nel diritto amministrativo l'istituto degli accordi di diritto comune deprocedimentalizzati, i quali favorirebbero quel capovolgimento di politica ed amministrazione di cui si dirà nel capitolo successivo. Nel diritto commerciale, invece, ci si può agevolmente riferire alla risposta offerta, ad esempio dalle norme dell'Istituto Unidroit. In quel caso ci si trova d'innanzi un esempio di accumulazione dell'esperienza convenzionale al fine di consolidarla in testi scaturiti dall'esperienza stessa, i quali si limitano a riconoscere nella datità fenomenica del reale un'unità; è il caso, ad esempio, della *Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise*, nel cui preambolo si può trovare, testualmente, il riconoscimento «che il franchising gioca un ruolo crescente in un gran numero di economie nazionali», e la presa di coscienza «che nella procedura di tipo legislativo il legislatore dovrebbe considerare diversi elementi tra cui se esiste un problema reale, qual è la sua natura e quale azione sarebbe eventualmente necessaria».

[350] M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., pp. 34-5; M. Weber, L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale, ora in Il metodo delle scienze storico-sociali, Torino, 1958, pp. 55 ss., 113 ss.; E. Di Robilant, Modelli nella filosofia del diritto, Bologna, 1968, pp. 87 ss; L. Benvenuti. Vi è chi ha sostenuto, di recente, che «il mancato sviluppo della distinzione fra diritto e scienza del diritto e lo scarso interesse per i problemi di epistemologia giuridica hanno finito, salvo poche eccezioni, per perpetuare e generalizzare la confusione fra diritto come oggetto di un processo di produzione — il diritto positivo — e diritto come oggetto di conoscenza», sino a operare «anche come limite allo sviluppo del realismo, spesso costretto nel descrittivismo e privato di capacità ricostruttiva e di ambizione sistematica» (L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 4/2001, p. 1105).

[351] M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., p. 35.

da vicino la metodologia della *Wissenschaft der Gesellschaft* di Lorenz von Stein[352].

La localizzazione della scienza amministrativistica ad un secondo livello non implica una considerazione diminutiva sull'efficacia della stessa: anzi, è proprio questo particolare statuto che permette alla scienza del diritto amministrativo di sviluppare gli istituti e le nozioni dell'amministrazione materiale e del suo relativo diritto[353].

Il principio di razionalità[354] che investe tutto l'ordinamento permette ai giuristi di avvicinarsi al diritto dell'amministrazione[355] constatandone la specialità[356] e quindi il carattere di scienza autonoma, modellandone gli istituti,

---

[352] F. DE SANCTIS, *Crisi e scienza. Lorenz Stein – Alle origini della scienza sociale*, Napoli, 1976, p. 111. Risulta piuttosto evidente, quindi, il rapporto che la scienza del diritto amministrativo ha intrattenuto con i dati dell'esperienza giuridica: «questa esperienza cioè è stata vista non come formarsi e svilupparsi dell'azione amministrativa, in un quadro caratterizzato dal conflitto di interessi tra coloro su cui doveva incidere l'azione stessa — cioè come esercizio della competenza, astrattamente affidata da una norma; al contrario questa esperienza è stata vista come azione già svolta, resa "atto", al quale si era giunti in qualche modo (procedimento), che era espressione di qualche autorità (potere discrezionale), aveva certe conseguenze (ad es. imperatività), permetteva determinate reazioni (ricorsi amministrativi e giurisdizionali)», insomma, un modo di operare che Filippo Satta non esita a definire «in termini di formalismo: intendendo con questo non già muovere una critica di metodo o addirittura morale (ciò che non avrebbe senso di fronte ad una realtà storica), ma semplicemente osservare che esso era reso possibile dalla certezza, forse inconscia, nell'operare di certi valori» — alludendo a quel "formalismo del legislatore", che ha reso possibile la creazione di «meccanismi sempre più complessi e lenti di controllo dell'azione amministrativa (procedimenti e giustizia interna), pur di non rinunziare all'ideologia dell'autorità che aveva ereditato» (F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., pp. 145-6, e nota di p. 146).

[353] A tal proposito, risulta molto utile il confronto con le pagine di M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, pp. 42 ss, laddove l'Autrice mette in rilievo «il ruolo decisivo che si ritiene vada assegnato alla conoscenza che, se intesa come risultato di una metodica e sistematica opera di apprendimento strumentale ad ogni attività umana implicante l'adozione di una decisione, perciò stesso costituisce parte integrante del potere di provvedere in ordine ai casi concreti conferito alla pubblica amministrazione, agendo come necessario e imprescindibile supporto della determinazione volitiva e dell'antecedente processo di elaborazione di essa attraverso cui l'esercizio di suddetto potere sostanzialmente si manifesta». Cfr. ad esempio, L. Mengoni, Diritto e valori, Bologna, 1985, part. pp. 58 ss.

[354] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, in Jus. Rivista di scienze giuridiche, 2-1999, p. 758.

[355] Ad esempio alla figura del rescritto.

[356] Poiché «la riflessione sui modi e le condizioni di conoscenza del diritto frequentemente è assorbita e scompare nel riduzionismo positivistico, riecheggiando (e banalizzando) così l'aspirazione kelseniana alla "purezza" di una scienza finalizzata alla descrizione e all'analisi di un oggetto, il diritto, appunto, osservato "dall'esterno"», si può sostenere, a parere di Luisa Torchia, che «ancora oggi il dilemma della scienza del diritto amministrativo, formulato non più nei termini della "questione del metodo", ma nei termini della "questione dell'oggetto"» riguarda «una scienza ormai lontana dai problemi della fondazione e che non ha più bisogno, quindi, di definirsi per distinzione», cercando «di individuare il suo *proprium* nel riferimento ad una specifica realtà, che coincide, in termini generali, con l'amministrazione e con le regole che ad essa si applicano e che l'amministrazione stessa applica»; ciononostante «la discussione è, peraltro, aperta su tutti i termini di questa generica e lata definizione, dibattendosi di cosa sia

quindi, alla luce proprio di quel principio formale, per cui ogni atto amministrativo, sottoposto obbligatoriamente alla legge, corrisponde altrettanto necessariamente al perseguimento di un interesse pubblico, captato dal legislatore tra i molti interessi sociali e tipizzato dallo stesso sotto forma di indirizzo da imprimere alla subordinata società civile[357]. Il ruolo dell'amministrazione, quindi, è proprio quello di trasformare quell'astratto potere in un atto unilaterale, autoritativo ed esecutorio, mediante un procedimento speciale, il procedimento amministrativo[358].

E in questo è prioritario ricordare come sia stata proprio la scienza del diritto amministrativo a costruire quell'impalcatura attraverso la quale sono state via via introdotte le nozioni di amministrazione pubblica, atto e provvedimento, procedimento, potere discrezionale e via dicendo, in quanto termini di paragone per ogni esperienza amministrativa continentale contemporanea; grazie ad essa, inoltre, si è compiuta quell'operazione di

---

l'amministrazione e quali siano i suoi confini sul piano funzionale e strutturale, dell'esistenza di regole proprie e distintive, della configurazione dei suoi rapporti e delle sue relazioni con il mondo esterno e, anzi, proprio della distinzione fra interno ed esterno sulla quale si è fondata tanta parte della costruzione tradizionale basata sulla specialità come carattere tipico del diritto amministrativo» (L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, cit., ibidem). In ciò si può notare una malcelata insistenza sulle categorie di diritto privato e diritto pubblico in quanto termini di paragone per una sorta di *range* parametrico (N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, ora in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 126 ss.), col quale si cerca di far coincidere ogni aspetto della vita e dell'esperienza giuridica, forzando la naturale inclinazione della persona umana ad agire mediante moduli viceversa caratterizzati da una intrinseca autonomia, anche formale (E. Betti, Teoria generale del negozio giuridico). In questo senso, soltanto una teoria generale del diritto amministrativo filosoficamente orientata può far comprendere appieno la complessità dell'esperienza: in effetti, «solo riportando la riflessione giuridica sul terreno del sapere an-ipotetico e non operativo si potranno superare le aporie in cui s'imbattono le concezioni che riducono il fenomeno giuridico a materia disponibile dallo Stato, che la plasma a seconda dei suoi intendimenti» (L. FRANZESE, *La giuridicità del nuovo ordine economico*, in L'icocervo. Rivista elettronica italiana italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e diritto dello Stato, n. 2/03), volta a volta riconoscibili nell'efficienza economica, amministrativa, commerciale, costituzionale; intendimenti che caratterizzano la meritevolezza delle misure di diritto positivo in base alla loro meccanica strumentalità e non nella prospettiva dello sviluppo della persona umana — dimenticando, si direbbe con Domenico Coccopalmerio, la diakonalità del diritto stesso (D. COCCOPALMERIO, *Il diritto come diakonía*, Milano, 1993).

[357] Pur da un'altra prospettiva, A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in Diritto Amministrativo, 1/1999, p. 127.

[358] F. BASSI, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, 1996, pp. 243 ss; sul ruolo della dottrina, V. E. Orlando, in Archivio Giuridico, 1889, pp. 107 ss. e la lettura offerta da M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., p. 749. Ciò che permette di capire come, anche per la funzione amministrativa, ciò che importa, in fin dei conti, è la qualificazione del fatto come diritto — mediante l'attività di trasformazione degli interessi dei bisogni e delle richieste di utilità provenienti dal consorzio umano in interessi meritevoli di essere perseguiti da parte dell'amministrazione pubblica. Cfr. P. BIONDI, *Fatto sociale, scienza del diritto e diritto costituzionale*, ora in *Studi sul potere*, Milano, 1965, pp. 157-161.

sottoposizione al diritto positivo di ogni settore di attività dello Stato[359], in virtù della quale si è gradualmente definita la concezione di funzione amministrativa: inizialmente concepita in quanto strettamente subordinata agli organi preposti alla determinazione dell'indirizzo politico[360], ciò che rendeva l'amministrazione mero apparato servente[361] ed il procedimento attività "neutrale" in quanto rigidamente vincolato alle finalità da perseguire[362]. Poi, via via aperta alla discrezionalità degli organi amministrativi[363], in quanto sbloccando l'amministrazione dalla neutralità alla quale era costretta, era possibile iniziare il superamento di quella nozione di indirizzo politico tematizzata a partire dagli

[359] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., p. 33.

[360] Ciò che la rendeva «una tardiva proiezione della ragion di Stato», C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani. Profili di teoria generale*, I, 1983, p. 79. v. anche V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., p. 79-80; C. Mortati, L'ordinamento del governo, p. 14.

[361] V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., p. 70; G. Zanobini, Diritto amministrativo, p. 7; O. Ranelletti, Principi, p. 325; Id., Le guarentigie, p. 57. Ora anche C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani. Profili di teoria generale*, I, cit., pp. 20-1.

[362] Basti pensare che nella prima edizione di una celebre monografia sul procedimento amministrativo, Aldo Mazzini Sandulli notava che «esattamente la dottrina più recente ha posto in luce, accanto al procedimento giurisdizionale, tradizionalmente ammesso, l'esistenza di un procedimento legislativo e di un procedimento amministrativo» (A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, p. 14), il quale ultimo, è pur reputato «termine tuttora molto indefinito» da M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 326; a tal proposito, per la dottrina italiana, Vitta, Diritto amministrativo, I, p. 367; U. Forti, Atto e procedimento amministrativo, in Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti, I, Padova, 1931, p. 456; A. De Valles, Elementi di diritto amministrativo, Firenze, 1937, p. 181. Ancora Aldo Sandulli sottolinea come spetti alla dottrina italiana di aver ricavato la nozione di procedimento amministrativo, rimanendo la dottrina germanica e segnatamente quella austriaca esclusivamente rivolta al procedimento con uno sguardo molto più attento ai profili di contenzioso ivi rintracciabili, sino ad assicurare al cittadino, di fronte alla pubblica amministrazione, garanzie non inferiori a quelle che a lui vengono accordate nello svolgimento della funzione giurisdizionale» (A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 21 ss.). Lo stesso amministrativista, assertore di una concezione viceversa formale del procedimento amministrativo, anche allo scopo di differenziarlo dall'atto complesso (Borsi, L'atto amministrativo complesso, in Studi Senesi, 1903, pp. 1 ss; S. Romano, Principi di diritto amministrativo, Milano, 1901, p. 47; D. Donati, Atto complesso…, in Archivio Giuridico, 1903, pp. 1 ss.; M. Bracci, Dell'atto complesso in diritto amministrativo, Firenze, 1961), ne ha sottolineato il carattere "relativo" e quindi neutrale, rispetto alla fattispecie alla quale esso si riporta, l'effetto giuridico, il provvedimento, A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 42. Per una breve ma significativa storia del procedimento amministrativo, o meglio della dottrina sul procedimento, cfr. F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., pp. 118 ss.

[363] M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, cit., pp. 80-1, sul collegamento tra l'impostazione di origine pandettistica circa la natura dell'atto amministrativo e la sua costruzione in chiave privatistica, e la «sottovalutazione dell'importanza dell'attività istruttoria nel procedimento amministrativo».

anni Trenta e recepita dai regimi totalitari[364], in quanto strumentale a qualsiasi tipo di decisione politica[365].

La funzione di Feliciano Benvenuti, che costituisce l'epilogo dello Stato moderno, ed allo stesso tempo la prima tematizzazione del suo superamento[366], è infatti una attività che, per evidenziare il ruolo di garanzia del procedimento amministrativo, si apre alla partecipazione dei cittadini, scalfendo così il monolitismo dell'amministrazione ed il formalismo del procedimento[367]. Ma si tratta ancora di una partecipazione subordinata all'interesse pubblico stabilito dagli organi di indirizzo politico, benché grazie ad essa si sia compiuta la più

[364] Ne sono un fulgido esempio, in Italia, Rocco, La trasformazione dello Stato, Roma, 1927, p. 125; Lessona, La potestà di governo nello stato fascista, in Rivista di Diritto Pubblico, 1934, p. 45; Panunzio, Teoria generale dello Stato fascista, Padova, 1937, pp. 82 ss.; Ferri, I caratteri giuridici del regime totalitario, Roma, 1937; Lucatello, Profilo giuridico dello Stato totalitario, in Scritti giuridici in onore di Santi Romano, I, Padova, 1939, pp. 56 ss.; Perticone, Elementi di una dottrina generale del diritto e dello Stato, Milano, 1939, p. 204. Per la Germania, ad esempio i lavori pubblicati tra il 1935 ed il 1944 nella collana *Neugestaltung von Recht und Wirtschaft*, a Lipsia dall'Editore Kohlhammer; più nel dettaglio, W. STUCKART, *Nationalsozialistische Rechtserziehung*, Frankfurt am Main, Moritz Verlag, 1935; W. STUCKART-H. GLOBKE, *Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung*, München und Berlin, C.H. Beck, 1936. Una rassegna in M. STOLLEIS, *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, trad. inglese di T. Dunlap, *The Law under the Swastika*, Chicago, London, University of Chicago Press, 1998; ID., *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland Volume 3: Staats und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur*, trad. inglese di T. Dunlap, *A history of public law in Germany 1914-1945*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2004. Un Autore italiano che si è dedicato al tema è stato A. Somma.

[365] La gradualità di cui si parla era peraltro direttamente proporzionale alla perdita di consistenza degli "atti politici": C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani. Profili di teoria generale*, I, cit., pp. 27 ss. e 56-7, in cui l'Autore effettivamente individua nella «prevalenza del motivo politico su ogni altro elemento formale», un «pericoloso ampliamento della discrezionalità dell'autore dell'atto»: proprio in questo senso, occorrerà precisare, nelle pagine a venire, e soprattutto nella postilla che segue questo capitolo, il tema del rapporto tra *politica* ed *amministrazione*; una mancata riflessione intorno a questo punto non può che condannare la riflessione teorica generale ad un asservimento dell'amministrazione — e di conseguenza dell'amministrare — all'interesse pubblico, con tutto ciò che ne può derivare. Gli anni Trenta del Novecento hanno visto affermarsi anche in Italia le teorie della *funzione di governo* (su cui, per primo, in Germania R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das problem der staatsform*, ora in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, 1955, trad. it. Costituzione e diritto costituzionale) da cui deriva quella di di *indirizzo politico* (su cui cfr. ad esempio V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in Studi Urbinati. Serie A, Rivista di scienze giuridiche, 1939, pp. 59 ss.), ed infine la teoria della *Costituzione materiale* (sulla quale, C. Mortati, Costituzione (dottrine generali), ad vocem; S. Bartole, Costituzione materiale e ragionamento giuridico, in Diritto e Società, 4-1982, pp. 605 ss); per una ricostruzione storica M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., pp. 61 ss., 89 ss., L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, cit., pp. 1107 ss. Ancor prima, in Francia, era stata tracciata la distinzione tra la funzione esecutiva intesa in quanto attività di governo e la funzione esecutiva nel senso di attività amministrativa in senso stretto, alla prima naturalmente subordinata: cfr., tra i primi, L. AUCOQ, *Conferences sur l'administration et le droit administratif*, I, Paris, 1885, pp. 92-3, 490 ss.

[366] In quanto Benvenuti ne scorge le basi: v. il concetto di demarchia.

[367] Per un'efficace distinzione tra la nozione formale e quella sostanziale, e quindi tra il procedimento di Sandulli e la funzione di Benvenuti, v. M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, cit., pp. 48 ss.

importante affermazione del carattere discrezionale dell'attività amministrativa[368].

La *discrezionalità dell'attività amministrativa*, in questa accezione, è tuttavia tutt'altra cosa rispetto alla discrezionalità della pubblica amministrazione: nel primo caso ci si rivolge ad un'attività "societaria" in quanto frutto della partecipazione, della sinergia e della coamministrazione dei cittadini e dell'amministrazione[369]; nel secondo si tratta di quella "*libertà di procedura*" per la quale «a prescindere dalla attività politica», per definizione libera nei fini[370], «l'azione discrezionale dello Stato, e delle pubbliche amministrazioni in genere, appare sempre, quanto meno, determinata — e, se questo limite è di natura meramente negativa, non è certo di scarso rilievo — da

[368] M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, cit., pp. 66-7. Traccia la distinzione tra "potere discrezionale" e "discrezionalità" o "attività discrezionale" il Giannini, che riferisce la prima all'agente, e la seconda all'azione, in M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, p. 12 (ora in ID., *Scritti*, I, Milano, 2000), all'interno del quale compare il primo tentativo di superamento della tradizionale impostazione "unitaria" che consisteva nel ritenere unico ed isolato l'interesse generale; Sabino Cassese annota che lo sfondo dottrinale sul quale si stagliava il lavoro di Giannini sulla discrezionalità, era quello di «studi che oggi definiremmo rozzi e primitivi» (S. CASSESE, *Le prime opere di Massimo Severo Giannini*, in M. S. GIANNINI, *Scritti*, I, cit., XI).

[369] Si rimanda alla più ampia trattazione del capitolo successivo.

[370] Per una panoramica dottrinale sull'atto politico: Dufour, Traité général de droit administratif appliqué, IV, Paris, 1885, p. 10; A. P. BATBIE, *Traité theorique et pratique de droit public et administratif*, VII, Paris, 1868, pp. 402 ss.; Laferrière, Traité de la jurisdiction administrative, Paris, 1887, p. II; Duez, Les actes de gouvernement, Paris, 1935, pp. 30 ss.; Contuzzi, Atti del Governo, in Digesto Italiano, Torino, 1899, IV, 2, 169; Vacchelli, Nota a Cons. di Stato, sez. IV, 18 maggio 1895, in Giurisprudenza Italiana, 1895, III, p. 289; Marchi, A proposito della distinzione fra atti politici e amministrativi, Parma, 1905, p. 115; Ranelletti, Principi di diritto amministrativo, Napoli, 1912, I, p. 339; Caruso Inghilleri, Atto politico e giurisdizione amministrativa, in Rivista di Diritto Pubblico, 1915, pp. 66 ss.; Liuzzi, Sulla nozione di atto di governo, in Foro Amministrativo, 1927, IV, p. 71; Jemolo, La Cassazione e l'atto amministrativo…, in Rivista di diritto pubblico, 1-1927, pp. 391 ss.; Coco, L'atto di potere politico, ivi, pp. 277 ss.; De Valles, Sulla teoria degli «atti politici», in Annali Macerata, 1929, 1;Siotto Pintor, Intorno al concetto del potere politico, in Foro Italiano, 1927, I, col. 1076; Forti, Atto (di governo), in Enciclopedia Italiana, V, Milano, 1930, p. 290; Origone, Provvedimenti regi sottratti…, Roma, 1935; Roehrssen, L'atti di potere politico e la sua sindacabilità…, in Rivista di Diritto Pubblico, 1936, I, 557; E. Guicciardi, L'atto politico, in Archivio di Diritto Pubblico, 1937, II, pp. 271 ss.; Sandulli, Atto Politico ed eccesso di potere, in Giurisprudenza compl. Cassazione Civile, 1946, II, 521; Vitta, Impugnabilità degli atti politici, in Foro Amministrativo, 1951, I, 2, 203; Ranelletti-Amorth, Atti del governo, in Nuovo Digesto Italiano, I, 2, Torino, 1937, 1108; Barile, Atto di governo (e atto politico), in Enc Dir, IV; Sica, L'attività politica nella Costituzione Italiana, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1957; E. Cheli, Atto politico e funzione d'indirizzo politico, Milano, 1961. Per il diritto positivo cfr. il T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, Regio Decreto 26 giugno 1924, n. 1054, che all'art. 31 stabilisce che «il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal governo nell'esercizio del potere politico», su cui è intervenuto polemicamente E. Guicciardi, Aboliamo l'art. 31?, in Foro Amministrativo, 1947, II, p. 16. In seguito la dottrina italiana, soprattutto quella processualista si è concentrata sui problemi riguardanti il conflitto tra l'art. 31 del T.U. citato e l'art. 113 Cost.: v. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani. Profili di teoria generale*, I, cit., pp. 25-6 ed i riferimenti bibliografici riportati in nota.

quel principio fondamentale, per cui, a meno di non incorrere in uno sviamento di potere, è tenuta a svolgersi, non solo dal punto di vista sostanziale, ma anche da quello formale, in modo che la soddisfazione dell'interesse pubblico venga realizzata assicurando ai cittadini le migliori possibili garanzie del rispetto degli interessi loro»[371].

3. *Funzionalizzare gli interessi, ovvero dal fatto al diritto senza superare l'antica unitarietà del processo di potere* — Ora, prima di procedere nella disciplina attuale della funzione amministrativa, constatandone dapprima le fonti costituzionali e quindi quei rilievi propri del diritto amministrativo sostanziale[372] è però necessario tratteggiare, seppur brevemente ed a titolo di ricognizione, le principali spiegazioni che la dottrina italiana ha dato del termine[373]. Sulla scorta delle indicazioni di Feliciano Benvenuti, è possibile distinguere i significati che via via sono stati dati della funzione a seconda che con essa si volesse indicare un compito[374], un'attività nel senso di esercizio di poteri sovrani[375], il farsi dell'atto[376] — significati che, nella loro complessità[377], non sembrano comunque in grado di superare la dicotomia autorità/libertà, nella quale ancora oggi la scienza del diritto amministrativo trova le sue radici[378].

---

[371] A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, pp. 87-8.

[372] Che a ben vedere costituisce un'altra caratteristica del modo moderno di interpretare il diritto dell'amministrazione, il quale non fa altro che inserirsi in una "concezione costituzionalistica dello Stato", come asserisce Feliciano Benvenuti; in questo senso si potrebbe addirittura sostenere che le fonti di rango costituzionale hanno una connotazione di fondamento, ovvero di *grundnorm* dell'intero *corpus* di leggi amministrative. Argomento da sviluppare nei paragrafi successivi.

[373] F. SPANTIGATI, *Il rapporto tra le funzioni*, in Politica del diritto, 2-2002, pp.332-2.

[374] È stato riassunto, molto efficacemente, che «se la funzione è intesa come compito, essa richiama un solido aggancio ad un soggetto; cioè se affermiamo che un qualcosa, una certa attività, esiste sul piano giuridico in forza di un compito dobbiamo domandarci a chi spetti lo stesso. Secondo questa impostazione il richiamo alla titolarità esprime l'essenza della funzione; ovvero è funzione amministrativa tutto ciò, cioè ogni attività giuridica, che è legata giuridicamente ad un soggetto pubblico. In siffatta accezione, rilevante dottrina del secolo scorso, tanto nelle correnti realistiche ed istituzionalistiche quanto in quelle più spiccatamente orientate al tecnicismo giuridico, ebbe a configurare la pubblica amministrazione in senso oggettivo, come attività dello Stato o di altri enti da questo derivati» (M. BELLAVISTA, *Cap. 11. I procedimenti*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, p. 334).

[375] bibliografia

[376] F. Benvenuti, ad vocem.

[377] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., p. 758.

[378] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., p. 136, ove l'Autore ricollega la dottrina benvenutiana della funzione al formalismo sandulliano, da cui non è possibile distaccarsi per ragioni metodologiche; infatti, «se ci si pone dal punto di vista dell'atto formato, non si può rilevare, osservare altro se non come a tale atto si sia giunti». Anche se, in realtà, sul ruolo giocato da Feliciano Benvenuti nella costruzione di una teoria della funzione amministrativa, occorre distinguere tra ciò che il giurista ha effettivamente scritto e

Inoltre, in queste pur diverse impostazioni non si riesce a scorgere una tematizzazione convincente dell'idea di interesse pubblico, che resta una nozione inafferrabile in quanto soffre allo stesso tempo di un'estrema astrattizzazione[379], e di un deleterio sociologismo, in quanto rappresenta una fattispecie concreta rilevata soltanto a posteriori, nel suo farsi materia, senza poter ricavare maggiori notizie sulla procedura mediante la quale un indirizzo proveniente dal consorzio umano diviene interesse pubblico, nel che consiste, a conti fatti, proprio la sostanza della funzione[380].

In questo senso, cioè nell'impossibilità di offrire un'esauriente descrizione dell'essenziale trasformazione dei fatti in diritto, che a ben vedere sta a monte della trasformazione del potere, in quanto la sussunzione prelude ed instrada quella seconda trasformazione, la dottrina costruttivista[381] (così come quella neo-costruttivista, per usare una terminologia cara a Massimiliano Bellavista) non è in grado di spiegare nel suo complesso il farsi dell'atto, ovvero, ancora una volta, la trasformazione di un interesse ad un bene della vita in un provvedimento amministrativo in grado di modificare, unilateralmente la realtà.

---

sviluppato, e ciò che invece ha solamente presagito lasciandone il bandolo ad allievi e successivi studiosi, come in una più prosaica "Lettera del veggente" del diritto amministrativo. Si interpreta in questo modo la scelta stessa di far precedere il "*Disegno dell'amministrazione italiana*" da un riferimento ad un capoverso de "I Numeri"….

[379] Ancora M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., p. 758; A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 1972, pp. 57 ss.; M. STIPO, *Osservazioni in tema di poteri ed interessi pubblici*, in Archivio giuridico, 1985, pp. 225 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, p. 98, secondo cui l'interesse pubblico ovverosia l'interesse collettivo istituzionalmente tutelato dalla pubblica amministrazione «non è un interesse che incorpora o nega gli interessi privati, ma che convive con essi, di volta in volta sacrificandoli o soddisfacendoli»; nello stesso senso V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, p. 189; mentre per C.E. GALLO, *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della P.A.*, in Digesto disc. pubbl., XIV, Torino, 1999, pp. 284 ss. e in part. p. 290 l'interesse pubblico «non è l'interesse di una amministrazione, non è un interesse della collettività personalizzato in una organizzazione, ma è l'interesse del pubblico, e cioè della collettività e delle individualità dei singoli cittadini che si trovano di fronte al potere amministrativo».

[380] Recentemente un'attenta Autrice ha spiegato che «i fondamenti del diritto amministrativo si compongono in unità attorno al postulato del carattere funzionale dell'attività dell'amministrazione, qualunque sia la forma nella quale essa si manifesta» (F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in Diritto Amministrativo, 4/2004, p. 663).

[381] Renato Alessi in particolare lamentava che «nel periodo attuale tende a prevalere il metodo detto costruttivo, inteso come essenzialmente legato ad uno schema pandettistico, vale a dire alla costruzione di un sistema scientifico relativo al rapporto giuridico amministrativo, del quale rapporto si analizza il contenuto soggettivo ed oggettivo nonché le vicende (nascita, estinzione, modalità, ecc)» (R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo. 1. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, cit., p. 29).

Infatti, dalle posizioni dei più autorevoli esponenti della giuspubblicistica tedesca, quali Gerber, Enrico Ahrens e lo Schmitthenner, passando attraverso le indagini di Paul Laband ed Otto Mayer, Georg Jellinek e Hans Kelsen, sino alla scuola del diritto pubblico italiano, i cui studi con Vittorio Emanuele Orlando dovevano acquistare sempre maggior vigore, Oreste Ranelletti, Santi Romano ed ancora Giuseppe Codacci Pisanelli, Giovanni Miele, Renato Alessi[382], Massimo Severo Giannini e Salvatore Pugliatti — per citarne soltanto alcuni — i contributi della dottrina poco hanno spiegato intorno al necessario collegamento tra la funzione amministrativa e la realtà o l'esperienza giuridica. A tal proposito si è acutamente osservato che «soltanto con il raggiungimento di una maggiore consapevolezza dello stretto rapporto esistente tra società ed amministrazione pubblica, si è definitivamente rilevata la insufficienza radicale ed irrimediabile del diritto amministrativo ad affermare la realtà della vita amministrativa, riconoscendosi finalmente l'esigenza di investigare sul dato contenutistico delle estrinsecazioni normative delle funzioni pubbliche esercitate negli specifici settori di attività»[383].

Per intendere al meglio questa constatazione è il caso di rivolgersi all'efficace struttura logica proposta da Massimiliano Bellavista nel 1999, in un interessante saggio dal titolo "*Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*", onde giungere, attraverso questi passaggi, ad una domanda, propedeutica allo studio della funzione nell'ordinamento italiano: vi è stato un effettivo superamento della unitarietà dei poteri tipica dell'universo medievale ed intermedio, caratterizzato dalla *iurisdictio* in quanto processo unitario di esercizio del potere?

L'estrinsecazione della funzione amministrativa può essere spiegata in modo esauriente senza ricorrere da un lato alla nozione di "sussunzione" (del fatto in diritto) e dall'altro alla necessaria indistinzione dei poteri, che rende effettivamente possibile la trasformazione dell'astratto potere in un atto?

3.1. *Un paradosso sistematico e metodologico* — Nella relazione introduttiva ad un celebre convegno organizzato dalla facoltà di giurisprudenza

[382] R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo. 1. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, cit., p.
[383] M. R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la «regola del caso»*, in Diritto Amministrativo, 1/2000, p. 134.

dell'Università di Alessandria, Elio Casetta si auspicava, da parte della dottrina amministrativistica, un recupero del tema della politica[384], materia che lambisce e a tratti interseca il diritto amministrativo e che ha destato l'interesse degli studiosi soprattutto a partire dal decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (recante "*Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*")[385], che, come è noto, ha introdotto la prima distinzione positiva tra attività di indirizzo politico ed attività di gestione — vigorosamente riformato dal decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165[386].

Infatti, mentre l'art. 3 del decreto del 1993 conteneva un'anodina separazione dell'indirizzo politico-amministrativo e delle funzioni e responsabilità dei dirigenti[387] — sviluppando peraltro una disposizione della

---

[384] E. CASETTA, *Relazione introduttiva. Alessandria – 22 novembre 1996*, in R. FERRARA - S. SICARDI (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e costituzionalisti a confronto*, Padova, 1998, p. 26. Sull'utilità insita nell'"integrazione" di approcci politologici nella riflessione giuridica, proprio a proposito del procedimento amministrativo, v. S. CASSESE, *Il sorriso del gatto*, cit., p. 598. In fondo il tema del recupero della dimensione "politica" costituisce uno degli obiettivi dela presente ricerca: si crede infatti che soltanto riconsiderando con metodo filosofico (e quindi in senso an-ipotetico) l'apporto della politicità, intesa in quanto capacità, insita nell'aggregazione societaria, di definizione degli interessi provenienti dalla stessa, la funzione amministrativa possa realmente dirsi funzione societaria.

[385] In precedenza, sono da annoverare, a titolo esemplificativo gli studi di V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., pp. 63 ss.; C. Mortati, L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano, Roma, 1931; P. Barile, Il soggetto privato nella Costituzione italiana, Padova, 1953, pp. 86 ss; Id., I poteri del Presidente della Repubblica, pp. 308 ss.; E. Cheli, Atto Politico; Id., Funzione di governo, indirizzo politico, in Amato Barbera; A. Barbera, Leggi di piano e sistema delle fonti, Milano, 1969, pp.52 ss.; F. Tosi, La direttiva parlamentare, Milano, 1969, pp. 145 ss.; M. Galizia, Studi sui rapporti, pp. 192 ss.; A. Mannino, Indirizzo politico, pp. 121 ss.; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., pp. 45 ss., 80 ss.

[386] È da rilevare l'importante contributo della Corte Costituzionale, che è intervenuta alcuni anni prima sul tema con le sentenze n. 331 del 1988 e n. 453 del 1990. Nell'ultima sentenza citata, in particolare, i giudici della Corte Costituzionale individuano negli att. 97, co. 3 e 98 Cost., i «corollari naturali dell'imparzialità, in cui viene a esprimersi la distinzione più profonda tra politica e amministrazione, tra l'azione del governo — che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza — e l'azione dell'amministrazione — che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento». C'è peraltro da notare che quelle "finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento" non si capisce da dove provengano, se non dagli organi abilitati ad esprimere un indirizzo politico. Sul punto, cfr. le note redatte da G. Azzariti, Brevi note su tecnici, amministrazione e politica e da C. Pinelli, Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale, entrambe in Giurisprudenza Costituzionale, 1990.

[387] Per cui al primo comma si specificava semplicemente che «*gli organi di direzione politica definiscono gli obiettivi ed i programmi da attuare e verificano la rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite*», mentre il secondo comma stabiliva, viceversa, che «*ai dirigenti spetta la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa*

legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, che all'art. 2, co. 1, lett g), I, chiaramente richiedeva al legislatore delegato uno sforzo per ottenere una «*separazione tra i compiti di direzione politica e quelli di direzione amministrativa*» — il decreto del 2001, che ha abrogato espressamente la precedente disciplina[388], prevede invece una significativa differenziazione dei ruoli e delle funzioni, secondo un disegno per cui «gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti»[389] — che, come si può notare, costituisce una caratterizzazione della "politica" a partire dalla definizione dell'interesse pubblico mediante la predisposizione di obiettivi e programmi, e che perviene sino alla verifica della rispondenza dei risultati dell'attività agli indirizzi impartiti: insomma, il momento iniziale e quello finale della funzione amministrativa.

Ora, si crede che il discorso sul rapporto politico nel diritto amministrativo debba essere sviluppato[390], anche al fine di approfondire il modulo attraverso il quale si esplica la funzione amministrativa nell'impostazione moderna. E si ritiene che la nozione più rilevante, sotto il profilo della sua relazione con la politica, sia proprio quella di interesse pubblico.

L'*agere* amministrativo infatti tende, per sua definizione, al perseguimento dell'interesse pubblico, e in ciò soddisfa un'istanza che sin

---

l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo. Essi sono responsabili della gestione e dei relativi risultati».

[388] Cfr. l'art. 72, co. 1, lett. t).

[389] L'art. 4, citato nel testo, prevede, nello specifico, che i compiti di direzione politica siano: «a) le decisioni in materia di atti normativi e l'adozione dei relativi atti di indirizzo interpretativo ed applicativo; b) la definizione di obiettivi, priorita', piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione; c) la individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalita' e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale; d) la definizione dei criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi e di determinazione di tariffe, canoni e analoghi oneri a carico di terzi; e) le nomine, designazioni ed atti analoghi ad essi attribuiti da specifiche disposizioni; f) le richieste di pareri alle autorita' amministrative indipendenti ed al Consiglio di Stato; g) gli altri atti indicati dal presente decreto».

[390] Vi è chi si è chiesto, senza trovare risposte, «la "politica" considerata dal punto di vista del diritto è — in altre parole — un qualcosa che esiste *in virtù* del diritto stesso? È un'attività *costituita* (come, ad esempio, la legislazione), oppure è un dato della realtà che il diritto solo regola, con norme ricognitive che ne disciplinano (fin dove è possibile) le modalità di svolgimento (come ad esempio l'attività economica)?» (M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., p. 73).

dall'inizio si manifesta per la sua patente politicità[391]; in questo senso, come evidenzia Lucio Franzese, «facendo leva sulla nozione di interesse pubblico quale manifestazione della volontà sovrana, la pubblica amministrazione agisce infatti a mezzo di atti che, per definizione, sono unilaterali, autoritativi ed esecutori»[392].

È indubbiamente agevole e però gravido di conseguenze rilevare nel pensiero di Jean Jacques Rousseau l'immediato antecedente teoretico della nozione di interesse pubblico; nella riflessione del pensatore ginevrino, infatti, il potere «non risulta condizionato da principi ad esso estranei, ma anzi, annullando a priori ogni possibilità di dissonanze, si pone quale sede dell'eticità, essendo realizzatore della politica»[393]. Da ciò risulta, parafrasando, che il potere di indirizzo politico-amministrativo (o ancora meglio, l'esercizio di quel potere) non è condizionato da principi ad esso estranei, ma anzi, annullando a priori ogni possibilità di dissonanze si pone quale sede legittimata a rilevare, scegliere ed indirizzare interessi bisogni e richieste di utilità provenienti dalla società in un'unica nozione di interesse pubblico, essendo l'unico realizzatore della politica — anche alla luce dell'immedesimazione diritto=Stato=politica.

Cioè, nell'impostazione moderna del problema, si deve rilevare una sorta di continuità tra la nozione di *iurisdictio* e la funzione amministrativa, fatta salva l'"invenzione" del provvedimento quale atto unilaterale autoritativo esecutorio attraverso il quale, da un interesse pubblico rilevato politicamente in quanto *noumeno* dell'azione, dal soggetto pubblico, l'amministrazione procedente mediante un procedimento in cui si esplica il suo caratteristico potere discrezionale, perviene ad incidere nel mondo fenomenico proprio attraverso l'interesse pubblico perseguito, a sua volta *fenomeno*, in quanto

[391] Sottolinea che «anche il principio di legalità sembra motivato, ab origine, dall'idea che l'attività amministrativa, intesa alla cura concreta ("il provvedere") di interessi della collettività, sia attuativa di una attività politica (di un "disporre"), trasposta nella legge o nell'indirizzo politico, essendo dunque attività di servizio», F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, cit., p. 397.

[392] L. FRANZESE, *Ordine economico ed ordinamento giuridico. La sussidiarietà della istituzioni*, Seconda Edizione, Padova, 2006, p. 129.

[393] T. TONCHIA, *Libertà nello Stato. Riflessioni sulla libertà politica in Rousseau, Hegel e Marx*, Trieste, 1999, p. 71. v. anche quanto scritto da Patrick Riley, La volontà generale prima di Rousseau: la trasformazione del divino nel politico. Saggi di filosofia morale, politica e giuridica, Milano, 1995.

corrisponde a *ciò-che-si-manifesta-in-sé-stesso*, necessaria conseguenza del provvedimento emanato[394].

Ma conviene procedere con ordine, onde carpire i principali punti di interesse per la presente trattazione.

Nel modello caratterizzato dalla estrinsecazione del potere "pubblico" attraverso il modulo della *iurisdictio*, la formazione delle decisioni riguardanti la comunità[395] — che, come è stato chiarito non presentavano quella caratterizzazione formal-procedurale propria dei sistemi successivi, a separazione dei poteri — prevedeva una procedura di riconoscimento dei "fatti sociali" (bisogni, interessi, *utilitates*), contrassegnata dalla partecipazione ed intermediazione di soggetti portatori ciascuno di una propria autonomia organizzativa e decisionale; soggetti la cui partecipazione avveniva anche nella fase esecutiva delle decisioni, quasi costituendo un cuscinetto tra la deliberazione ed i suoi destinatari.

Questo il modello puro, che viene intaccato a partire dal XIV-XV secolo da una serie di fattori capaci di trasformarne la fisionomia, sino a conferirgli sembianze moderne. Tra questi sono stati citati l'accentramento politico-amministrativo, la formazione di una nozione di autorità, la conseguente separazione, all'interno della "*communitas politica vocata civitas*", di Stato e società, infine l'individuazione di un atto come il rescritto, capace di modificare autoritativamente una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, per il raggiungimento di un interesse pubblico, specificato *ex ante*[396].

Così, stante l'apparato indeterminato di potere proprio della *iurisdictio*, si può dire che la procedura attraverso la quale si estrinseca la funzione amministrativa, si presenta già a partire dal XVII-XVIII secolo con quelle

---

[394] Distingue similmente tra "indirizzo politico perseguito" ed "interesse politico normativamente enunciato", «non cioè solo proclamato attraverso atti "di scienza", ma posto attraverso atti di volontà legalmente previsti», M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., p. 59; cfr. V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., p. 108; M. Galizia, Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo, Milano, 1972, pp. 193-7.

[395] Interessanti le riflessioni in tema di "economia civile" espresse da Stefano Zamagni, da ultimo in S. ZAMAGNI, *L'emergenza dell'economia civile*, in Autonomie Locali e Servizi Sociali, 1/2007, pp. 109 ss., e dapprima, ad esempio, in L. E. BRUNI-S. ZAMAGNI, *Economia Civile*, Bologna, 2004.

[396] Cfr. in ogni caso M. Fioravanti, È possibile un profilo giuridico dello Stato moderno?, in Scienza e politica. Per una storia delle dottrine, 31/2004, pp. 42-3.

caratteristiche che grossomodo ne contraddistinguono l'esplicarsi almeno fino agli anni Novanta del Novecento[397].

Il sistema sembra seguire una dinamica che, a partire dalla rilevazione (induttiva) dei fatti sociali per mezzo degli organi abilitati ad esprimere scelte ed indirizzi politici[398], provvede quindi alla trasformazione degli stessi in un'unica nozione di interesse, qualificato in base alla sua rilevanza pubblicistica[399].

In quanto teso alla qualificazione dell'interesse pubblico, il potere di indirizzo politico-amministrativo[400], quale elemento sostanziale, nucleare della

[397] Ci si riferisce d'ora innanzi alla funzione amministrativa nell'ordinamento italiano. Gli accenni ad altre esperienze ed ordinamenti stranieri sono stati strumentali al fine di focalizzare quei passaggi storico-giuridici che hanno caratterizzato, nella fattispecie, i fondamenti dell'ordinamento giuridico italiano.

[398] Ad esempio, nello Statuto Albertino si accenna alla esclusiva titolarità del potere esecutivo nelle mani del Re all'art. 5, senza nulla dire intorno alla disponibilità del potere di indirizzo, che secondo l'interpretazione dottrinale prevalente negli ordinamenti francese ed italiano, costituiva il nucleo indiscusso del potere esecutivo; nella Costituzione italiana del 1948, invece, l'indirizzo politico-amministrativo è esplicitamente conferito al governo: l'art. 95, co. 1 Cost., infatti, si riferisce alla «unità di indirizzo politico ed amministrativo» quale prerogativa di cui dispone il Presidente del Consiglio, che promuove e coordina l'attività dei ministri, al fine di dirigere la politica generale del Governo, di cui è parimenti responsabile.

[399] Mario Spasiano nota che «la concreta tutela apprestata dalla p.a. ad uno specifico bene della vita non può che essere il portato di un'opera di conformazione del potere ai fatti della realtà, mediante l'individuazione di un interesse finale che non è necessariamente dato dalla somma algebrica degli interessi generali e di quelli particolari individuati, ma sovente presenta caratteri propri che lo differenziano da ciascuno degli interessi parziali, con la conseguente enfatizzazione del ruolo creativo della pubblica amministrazione o quanto meno di compartecipazione creativa dell'ordinamento complessivo» (M. R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità*, cit., p. 138). Si potrebbe notare che la distinzione tra due moduli, quello del ruolo creativo dell'amministrazione e quello della compartecipazione alla trasformazione degli interessi, corrisponde grosso modo alla distinzione tra un'amministrazione di tipo moderno, ed un'altra viceversa improntata ad un rapporto con i cittadini che potremmo definire anche di tipo post-moderno. Nel primo caso si nota la linearità della parabola che collega l'espropriazione per motivi di pubblica utilità, ordinata mediante un rescritto *contra ius*, e l'agere amministrativo precedente agli anni Novanta del Novecento, ed in alcuni settori tutt'ora presente. L'A. quindi propone un superamento del modulo autoritativo attraverso cui si svolge la funzione amministrativa — ed alle sue possibili derive autoritarie —, sostenendo che «in un ordinamento democratico, dunque, i pur possibili conflitti tra esigenze di effettività di attuazione del potere e di garanzia delle stuazioni soggettive coinvolte nell'azione devono rinvenire adeguato sforzo di composizione sin dalla fase di ispirazione degli stessi modelli organizzativi ai principi di imparzialità e buon andamento, nella consapevolezza che l'astratto e finanche talora incompleto interesse normativamente prefissato, allorché calato nella realtà, inevitabilmente finisce con l'arricchirsi di contenuti ulteriori e col perfezionarsi conformandosi ai fatti concreti e commisurandosi con gli altri interessi sottostanti ai quali darà una regola adeguata, divenendo, per sintesi, "giusto interesse", effettivamente rispondente al bene della comunità» (M. R. SPASIANO, *Spunti di riflessione*, cit., ibidem). V. il caso, *ex multis*, della legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente, legge 8 luglio 1986, n. 349.

[400] Essenziali a tal proposito le dense riflessioni contenute in M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., pp.41-2.

funzione amministrativa[401] si pone in diretto collegamento — costituendone uno sviluppo — con i processi di potere interni al modulo della *iurisdictio*[402], mantenendone peraltro intatto il *modus* di specificazione del potere. Si pensi solamente al procedimento espropriativo individuato dalla legge 25 giugno 1865, n. 2359 (abrogata espressamente dall'art. 58, co. 1, n. 1) del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327[403]), che articolava l'attività diretta a porre in essere una dichiarazione di pubblica utilità in due distinti sub-procedimenti, l'uno, *cognitivo*, di ispezione (art. 7), accertamento e riscontro dell'effettiva utilità pubblica dell'opera — sottoposto all'indirizzo politico dell'Autorità competente (art. 2)[404] — che si concludeva con un decreto reale dichiarativo della medesima utilità (artt. 11 ss.), e l'altro, *esecutivo*, che invece individuava i beni da espropriare, e che sfociava, appunto, nell'ordine prefettizio di esecuzione (artt. 16 ss.). Si tratta di una chiara dimostrazione esemplificativa del carattere unitario della procedura attraverso la quale si manifesta il potere del soggetto pubblico[405] nella vicenda concreta: in seguito ad una valutazione dei fatti propedeutica alla effettiva traslazione degli stessi nella più ampia nozione di interesse pubblico primario definito e tipizzato dalla legge, e quindi ad un'operazione di rilevazione di eventuali interessi secondari in conflitto od in accordo con il primo — nel che si concreta il sub-procedimento di cognizione —, la pubblica amministrazione procede alla trasformazione di quell'astratto

[401] Al pari, si direbbe, di una fase cognitiva preliminare all'esecuzione: il modello d'altronde affonda le proprie radici nella struttura della *quaestio*: cfr A. MARONGIU, *Un momento tipico della monarchia medievale: il re giudice*, ora in *Dottrine e istituzioni politiche medievali e moderne. Raccolta*, Milano, 1979, p. 141.

[402] Spiega Mario Dogliani che «l'indirizzo politico, inteso come l'effetto di una sequenza di atti diversi, unitaria dal punto di vista dell'interesse, o del fine, da loro intenzionalmente perseguito, esprime una ricostruzione, per quanto vera, estranea a quella fondata sulla considerazione dei loro caratteri giuridici», e questo perché «esprime una loro unitarietà, che viene imputata e fatta risalire ad un "fatto" che coordina e guida l'attività della articolata organizzazione dei poteri dello Stato: è dunque rilevante per chi studia il medesimo oggetto del giurista, ma da un punto di vista diverso» (M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., p. 48).

[403] Ci si riferisce al "*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità*".

[404] L'art. 2, co. 1 della legge citata recita proprio: "Sono opere di pubblica utilità, per gli effetti di questa legge, quelle che vengono espressamente dichiarate tali per atto dell'autorità competente", laddove l'atto dell'Autorità competente assume un chiaro rilievo politico di indirizzo della vita della comunità, sfociando poi in un atto lesivo di situazioni giuridiche soggettive di vantaggio, in nome di un interesse pubblico "qualificato", qual è, appunto, la nozione di pubblica utilità.

[405] G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, pp. 278-9. Lo stesso Rousseau mette in evidenza il tema dell'indivisibilità dei processi di potere.

potere discrezionale in un provvedimento, che tra gli altri ha il carattere di titolo esecutivo, essendo l'atto conclusivo del sub-procedimento di esecuzione[406].

In questo senso l'amministrazione, apparato servente del potere politico di indirizzo, manifesta la propria soggettività emanando un provvedimento amministrativo capace di incidere, unilateralmente sulla realtà sociale[407].

Questo processo di potere, che nel suo complesso si può appunto definire in quanto funzione amministrativa, trasforma sì un potere in un atto, ma prima ancora rappresenta una *sussunzione*[408], mediante la quale la "politica" trasforma un fatto sociale o naturale in un bisogno umano meritevole di tutela, e quindi in un interesse pubblico[409], per il perseguimento del quale l'amministrazione emana atti unilaterali, autoritativi ed esecutori, in regime di specialità[410]. Fa notare Franco Bassi che se l'apparato amministrativo «trova lo

---

[406] M. S. Giannini, L'attività amministrativa, Roma, 1966, p. 115 che equipara la suddivisione delle fasi procedimentali alla parallela distinzione dei momenti processual-civilistici, rendendo evidente la pervasività della struttura della *quaestio* nella riflessione giuridica occidentale.

[407] Q. CAMERLENGO, *Leggi provvedimento e sussidiarietà verticale: la cura concreta degli interessi pubblici tra l'attività legislativa, statale e regionale, e l'amministrazione locale*, cit., p. 63. Maria Teresa Serra ha notato che «ciò che contraddistingue la funzione amministrativa è l'esistenza, nella fase dinamica della trasformazione del potere, di una attività di valutazione comparativa dei diversi interessi coinvolti nella realizzazione dell'interesse pubblico primario di cui l'autorità amministrativa è portatrice e per il cui soddisfacimento il potere è stato ad essa assegnato»: così, da una parte il perseguimento dell'interesse primario costituisce lo scopo ed il limite dell'azione dell'amministrazione, dall'altra, «la presenza di altri distinti interessi secondari, sia pubblici che privati, col primo concorrenti o perfino contrastanti nel singolo rapporto concreto, fa sì che in ordine alla caratterizzazione della funzione amministrativa un ruolo essenziale debba essere riconosciuto alla attività di comparazione qualitativa e quantitativa di tali interessi, intesa a fissarne il valore in ordine all'interesse primario la cui realizzazione è istituzionalmente affidata all'autorità amministrativa agente» (M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, cit., pp. 62-3).

[408] Per gli studi sulla sussunzione in ambito matematico ed informatico, G. Plotkin, 1971.

[409] È stato autorevolmente affermato che «l'apprezzamento politico della discrezionalità consiste (…) in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie» (M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., p. 74). Dal canto suo, Paolo Grossi, riferendosi alla cd. "fattualità" del diritto nell'opera romaniana, ha affermato che «il legalismo moderno, tutto proteso ad attuare un energico controllo, non poté non sposarsi con un rigido formalismo. Il mondo dei fatti fisici, economici, sociali, tecnici era considerato un ammasso giuridicamente inerte e irrilevante senza una appropriazione da parte della volontà dello Stato, la sola che poteva trasformare in diritto una materia di per sé giuridicamente inoperante. E la muraglia tra fatti e diritto era altissima, impenetrabile, circolando all'interno solo norme e forme, qualitativamente assai differenti dal gregge dei fatti esiliati tutti all'esterno» (P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2/2006, p. 5 dell'estratto). Sul punto, S. Romano, Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano, ora in Lo Stato moderno e la sua crisi, Giuffrè, Milano, 1969; dello stesso Autore, v. le significative riflessioni contenute nel saggio *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, ora in S. ROMANO, *Scritti Minori*, I, Milano, 1990, pp. 140 ss.

[410] Si tratta in fondo, di quel movimento discendente del potere cui si riferisce G. Di Gaspare, Il potere nel diritto pubblico, Padova, 1992. Un'idea di moto ascendente del potere si può avere

scopo della propria attività nel soddisfacimento degli interessi pubblici, riesce difficile ritenere che sia compito della stessa pure provvedere alla qualificazione degli interessi come pubblici», infatti, «per pervenire a tale conclusione bisognerebbe infatti ammettere che sia la struttura amministrativa a scegliere l'oggetto della propria azione e non già che la stessa sia meramente strumentale in vista del raggiungimento di un oggetto già precostituito»; nel caso in cui passasse tale nozione di interesse pubblico, si giungerebbe «al risultato di svuotare di contenuto il principio di legalità in quanto si lascerebbe arbitra la pubblica amministrazione di scegliere a proprio insindacabile beneplacito l'ambito dei propri poteri di ingerenza»[411].

Si percepisce in modo netto la "disponibilità"[412] di questo sistema "politico" di rilevazione dei fatti sociali, a prestarsi ai più disparati contenuti, allo stesso modo in cui, specularmene, l'uomo forgiato dalla filosofia moderna appare un vettore di decisioni altrui, disponibile a realizzarle in quanto soggetto all'ordinamento. Infatti l'amministrazione, da apparato servente[413], soddisfando l'interesse pubblico nel concreto, persegue sostanzialmente l'interesse del soggetto-Stato[414].

Ciò che farebbe pensare ad un paradosso, per così dire sistematico e quindi metodologico: infatti, mentre la regola giuridica concreta è prodotta attraverso un percorso che, almeno nella sua primissima fase potremmo definire di tipo induttivo — pur trattandosi di un induttivismo viziato —, la costruzione

---

con riferimento alla nozione di "amministrazione capovolta", il cui teorico massimo è stato Giorgio Berti; si cerca di spostare l'attenzione sull'ascendenza, intesa anche in quanto capovolgimento "cronologico" delle funzioni amministrativa e legislativa, nell'ultimo capitolo.

[411] F. BASSI, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, cit., p. 245. Domenico Sorace afferma effettivamente che «per quanto di debba auspicare che vengano considerati pubblici interessi almeno tendenzialmente generali, ciò che conta dal punto di vista giuridico è che sono da considerare pubblici quelli qualificati tali dagli apparati politici (nel nostro ordinamento, organizzati secondo il principio democratico) e, talvolta dalle stesse pubbliche amministrazioni»: è per questo motivo che «all'interesse pubblico non si può attribuire un significato sostanziale ma soltanto giuridico-formale» (D. Sorace, Diritto delle amministrazioni pubbliche. Un'introduzione, Bologna, 2000, p. 26).

[412] M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., p. 41, fa notare che attraverso il concetto di "indirizzo politico" «si è consumato il passaggio dalle definizioni dello stato di carattere razionale e contenutistico, ad una definizione assolutamente e radicalmente formale, che rifiuta anche i contenuti essenziali, strutturali e puri del normativismo, ed è indifferentemente aperta ai diversi significati che ad esso imprime o può imprimere la politica».

[413] F. BASSI, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, cit., p. 245.

[414] Tanto che Vezio Crisafulli definisce l'indirizzo politico in quanto «predeterminazione dei fini ultimi e più generali, e quindi dei concreti atteggiamenti, dell'azione statale, ad opera dell'organo o degli organi a ciò competenti» (V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., pp. 91-2); cfr. più di recente U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, p. 20.

del sistema, sotto il profilo teoretico, poggia viceversa su basi ipotetico-deduttive[415].

La spiegazione puntuale di questo "paradosso" ha origini lontane, da decifrare ancora una volta ricorrendo allo sviluppo storico dei concetti. In questo senso, ritornando alla dottrina montesquieviana della separazione dei poteri, Massimiliano Bellavista sostiene icasticamente che l'affermazione storico-istituzionale della stessa, insieme alla parallela evoluzione del «modello soggettivistico della personalità giuridica pubblica in realtà ha determinato non pochi fraintendimenti e confusioni nel tentativo (…) di coniugare l'inconiugabile: l'unità dell'ordinamento giuridico con la separazione dei poteri»[416].

Che poi corrisponde al fondamento storico-fenomenico del paradosso sistematico di cui si è detto: da una parte, infatti, il sistema di Montesquieu rappresenta «una via razionale alla libertà, ma di una libertà garantita dall'alto (quindi non restituita all'uomo ed alla società)»[417]; dall'altra, a completare il quadro, «l'amministrazione, pur mantenendo il crisma dell'autoritatività proprio dei sistemi di *ancien régime*, dopo la rivoluzione francese (negli ordinamenti continentali, quindi ad esclusione del Regno Unito) vide, però, mutato profondamente il suo ruolo: da espressione di continuità della *persona mixta* del Re a persona giuridica; anche se, formalmente fu funzione esecutiva, sostanzialmente, invece, incarnò lo Stato stesso sotto il profilo dinamico; così non ebbe nessun rilievo che ad agire in concreto fosse un uomo — il funzionario — che veniva in contatto con altri uomini — i cittadini — ma prevalse (e prevale) la soggettività astratta della persona giuridica»[418].

Ed è questo il quadro all'interno del quale è giunta a maturazione la separazione di autorità e libertà in quanto momenti (e luoghi fisicamente) separati della e nella comunità politica: nel senso che, compiutosi

---

[415] Ed anzi, si potrebbe giungere a rilevare che l'induttivismo di base è viziato proprio dal deduttivismo ipotetico ed astratto che nella costruzione scientifica precede l'osservazione; un filtro unicamente di tipo induttivo tra l'ordinamento ed i fatti sociali costituirebbe, per lo scienziato del diritto, un problema interpretativo, in quanto gli risulterebbe impossibile immaginare un sistema rappresentativo in cui il potere sale dal basso, invece che scendere dall'alto.

[416] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., p. 745.

[417] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., p. 746. cfr. anche F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, cit., p. 386.

[418] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., pp. 751-2.

definitivamente quel divorzio, la determinazione della "politica" diviene funzione nucleare dell'autorità, rispetto alla quale il momento della libertà è una variabile dipendente[419].

E la dipendenza funzionale della libertà si gioca tutta sul crinale della necessità: una volta costruito in modo ipotetico-deduttivo il sistema politico-amministrativo dello Stato moderno, è necessario che la libertà dell'uomo risulti dipendente da una decisione del soggetto pubblico, che appunto, può modificarne i parametri ed i confini nel modo che reputa più opportuno, senza dover sottostare a nessuna legge, se non a quel principio di legalità che egli stesso ha costruito e che infatti discende dall'alto, tanto quanto il potere stesso.

Esemplificando, «una volta esautorata la monarchia della titolarità assoluta del potere pubblico, con la degradazione della Corona a mero organo costituzionale, ed imputato il potere di stabilire le regole vitali della società ad un'assemblea rappresentativa, fu ritenuto compiuto il cammino iniziato con la rivoluzione francese»; allo stesso tempo, però, «il giurista liberale (ma anche e soprattutto il politico liberale) non si avvide che tanto la protezione delle posizioni giuridiche soggettive formalmente era rimessa alla legge, quanto in concreto queste potevano essere compresse in maniera più o meno arbitraria dall'amministrazione, nel perseguimento di quei fini che la stessa legge gli attribuiva»[420].

In questa costruzione — la cui artificialità risulta con una certa evidenza — la legge sembra essere «allo stesso tempo, sia il mezzo tramite il quale fosse possibile tradurre in termini giuridici la capacità architettonica di direzione cosciente dell'uomo dotato di ragione, sia il sistema di legittimazione

---

[419] F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, pp. 1-2, che individua la nascita degli istituti processual-amministrativi a quel «vasto movimento ideale che avendo concepito per la prima volta nella storia della civiltà, lo Stato come un'entità giuridica superiore e diversa dal principe, diede al singolo, nello Stato, la piena dignità di soggetto e nell'ordinamento giuridico dello Stato assegnò all'individuo una sfera giuridica sua propria da difendere, se del caso, contro il prepotere dello Stato stesso». v. anche P. Bodda, Lo Stato di diritto, Milano, 1935.

[420] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., p. 756. F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., p. 26, sentenzia che «lo Stato, forte della sua realtà contro gli idealismi liberali, in un certo senso divorò i suoi conquistatori, trasformando coloro che si erano impossessati del governo in creature sue, in detentori del potere popolari, in luogo di quelli precedenti sovrani». V. A. BALDASSARRE, *Il significato originario della Costituzione Repubblicana*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Cinquantenario della Repubblica Italiana: giornate di studio sulla Costituzione*, Roma, 10-11 ottobre 1996, Milano, 1997, pp. 117 ss., sul ruolo del pensiero di Jellinek nella costruzione del rapporto autorità-libertà.

dell'interesse pubblico che, comunque, rivendicava il monopolio nel processo di produzione della regola giuridica»[421].

Situazione protrattasi fino ai giorni nostri, se è vero che anche la teoria del cittadino coamministrante rappresenta soltanto una modalità di trasformazione del potere in cui la giuridicità scende comunque dall'alto — pur richiedendo alla società una partecipazione al procedimento amministrativo che nella pratica positiva si riversa più sul piano della legittimità dei fenomeni che su quello della effettiva rilevanza di interessi esterni o addirittura dissonanti rispetto a quelli la cui titolarità al perseguimento è riservata esclusivamente allo Stato[422].

---

[421] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., p. 760. Una paradigmatica definizione dei rapporti tra costituzione e nazione è stata offerta da E. J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le tiers état?: Précédé de l'Essai sur les privilèges*, Paris, 1822, pp 158-9, che giunge ad una celebre e quanto mai densa riflessione: «la nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d'elle il n'ya que le droit naturel».

[422] Sembra quindi significativo che durante la presentazione di un volume presso il Consiglio di Stato, l'allora Presidente della Sesta Sezione, Salvatore Giacchetti, si sia espresso negativamente nei confronti degli istituti di partecipazione, mettendo in rilievo il rischio, ad essi collegato, di appesantire inutilmente le procedure: Mario Spasiano invero ne coglie le preoccupazioni, annotando che quegli indirizzi «pongono una problematica che non può non coinvolgere quegli studiosi della materia che insistono nel difendere gli aspetti positivi delle forme di partecipazione, indicando in quest'ultima addirittura una delle fonti di legittimazione del potere amministrativo, accanto alle disposizioni normative e, più di recente, della riserva di amministrazione» (M. R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in Diritto Amministrativo, 2/2002, p. 284). La distinzione essendo quindi quella tra quanti percepiscono la coamministrazione in quanto fondamento che legittima il potere della pubblica amministrazione, e quanti invece denunciano i danni che la stessa arrecherebbe all'efficienza dell'attività. Si noti sul punto che la giurisprudenza amministrativa ha spesso dimostrato un orientamento molto conservatore, restrittivo anziché estensivo rispetto alle misure ed agli istituti di partecipazione: cfr ad esempio *T.A.R. Puglia, I, 15 settembre 1997, n. 546*; *T.A.R. Sicilia, 28 gennaio 1998, n. 74*; *Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1381*. Questi stessi dubbi interpretativi sono un chiaro segno della novità della disciplina amministrativistica seguita alla legge 241, ma anche del mancato sovvertimento dell'ordine dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, tanto da consentire ai giudici interventi in chiave restrittiva, come sono quelli appena citati, ovvero di apertura, definiti da Spasiano come "sostanzialistici", tra cui si ricorda l'importante intervento del giudice ordinario nella sentenza *Cass., SS. UU., 1 aprile 2000, n. 82*. La riprova ne è, a livello di prassi amministrativa, che pur incanalandosi la pubblica amministrazione verso un modello di "non-amministrazione" «che abdica completamente al proprio ruolo, preferendo affidare a colui che una volta era il destinatario dell'attività ed oggi ne è divenuto l'artefice, la completa responsabilità dei suoi comportamenti, anche di quelli che sono in grado di determinare dirette conseguenze a rilevanza pubblica» (M. R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., pp. 293-4), risultano tuttora irrealizzati o soltanto parzialmente realizzati «i necessari interventi a carattere organizzatorio, almeno quelli fondati sulla presa d'atto del mutamento del ruolo e delle funzioni della pubblica amministrazione, misure che avrebbero dovuto e dovrebbero consentire più qualificate e moderne forme d'esercizio delle potestà di indirizzo, di vigilanza e di controllo» (M. R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., p. 294). Quindi cfr. Franzese e poi anche Rousseau.

La "coamministrazione dell'interesse pubblico", quindi, tra Stato e società, tra pubblico e privato, non fa che situare l'*agere* amministrativo nel solco del binomio autorità/libertà, portando a compimento quella parabola giuspubblicistica per la quale la capacità di perseguire l'interesse pubblico spetta unicamente al titolare monopolistico della decisione sull'indirizzo politico da impartire alla comunità; il quale conferirebbe tutt'al più alla stessa una mera facoltà di partecipazione ad un procedimento di trasformazione del potere i cui contenuti "politici" siano già stati stabiliti nel momento in cui è stato tracciato l'indirizzo attraverso cui si sarebbe perseguito l'interesse pubblico stesso[423]. E non basta notare, come fa Mario Spasiano, che la soluzione del conflitto tra «esigenze di effettività di attuazione del potere e di garanzia delle situazioni soggettive coinvolte nell'azione» può trovarsi nell'applicazione dei principi di imparzialità e di buon andamento, «nella consapevolezza che l'astratto e talora finanche incompleto interesse normativamente prefissato, allorché calato nella realtà, inevitabilmente finisce con l'arricchirsi di contenuti ulteriori e col perfezionarsi conformandosi ai fatti concreti e commisurandosi con gli altri interessi sottostanti ai quali darà una regola adeguata, divenendo, per sintesi, "giusto interesse", effettivamente rispondente all'interesse della comunità»[424]; infatti, nonostante il vigoroso richiamo dell'Autore all'art. 2 Cost. ed alla nozione di *comunità* in quanto «elemento essenziale del sistema organizzativo (…), soggetto imprescindibile di riferimento per qualsiasi assetto organizzatorio, in quanto espressione di interessi specifici e concreti, afferenti persone reali»[425], non si può evitare di far notare che la stessa disposizione costituzionale citata, nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo — nella previsione, «sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si

[423] F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., p. 29 afferma: «è chiaro che la legge può creare spazi di (vera o apparente) autonomia privata», portando ad esempio la questione della cd. "privatizzazione" del pubblico impiego, «ma occorre una disposizione di legge. Ove manchi, lo statuto proprio dell'attività amministrativa permane intatto», aggiungendo che laddove «disposizione derogatorie rispetto allo statuto sussistano, si pone un problema di interpretazione, o un problema di legittimità costituzionale: ognuna delle due strade può portare, come è auspicabile, alla riemersione dello statuto amministrativistico». Cfr. M. R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., p. 308. Paradigmaticamente il nuovo comma quarto dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 subordina la stipulazione dell'accordo ad una determinazione dell'«organo competente per l'adozione del provvedimento».

[424] M. R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità*, cit., pp. 138-9.

[425] M. R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità*, cit., p. 139

svolge la sua personalità» — non può fornire un argine alla discrezionalità amministrativa, né, tanto meno, all'attività del legislatore, il quale, in tema di procedimento amministrativo, pur all'interno del principio di legalità, può introdurre più o meno salde basi all'affermazione del principio autoritativo[426]. Basta scorrere, in un ipotetico indice cronologico, le leggi che a partire dal 1948 hanno disciplinato l'attività della pubblica amministrazione, sino alle modifiche alla legge 7 agosto 1990, n. 241, che, a quindici anni di distanza — di concerto con talune "spallate" della giurisprudenza amministrativa —, hanno in certi punti messo in discussione le avanzate previsioni che la legge sul procedimento inizialmente aveva introdotto[427].

Il problema, come si vorrebbe sottolineare, non è tanto quello della disciplina relativa alla partecipazione al procedimento[428], o almeno, non è soltanto quello, quanto piuttosto la previsione di idonee misure che permettano

[426] E di certo non bastano le dichiarazioni di principio di cui alla sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 22 febbraio 1971, n. 2.

[427] In questo senso cfr. *Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2007, n. 522*, sulla quale è intervenuto con nota B. G. MATTARELLA, in Giornale di Diritto Amministrativo, 6/2007, pp. 618 ss, criticando il «nuovo passo di una sciagurata giurisprudenza amministrativa, che accantona progressivamente le garanzie formali e procedurali per preoccuparsi solo del contenuto "sostanziale" della decisione» (ID., p. 620). E, rivolgendosi al nuovo art. 21-octies della legge 241, spiega che «il declino delle garanzie formali non è imputabile solo alla giurisprudenza, ma anche alla legge (ID., p. 621). Per un diverso orientamento, più garantista, della giurisprudenza di legittimità costituzionale, cfr. da ultimo, la sent. *C. Cost., 17 marzo 2006, n. 104, p.to 3.3 C.I.D.*, in cui si afferma la retroattività-desumibilità di una disposizione di legge, al fine di fornire una maggior garanzia ai diritti del ricorrente in materia di pubblicità di un provvedimento limitativo della sfera giuridica.

[428] Che, anche se interpretata in senso formalistico, non permette comunque di far apprezzare quel "dato sostanziale" «dell'ottenimento del risultato alla cui definizione dovrebbero concorrere le stesse regole di garanzia del procedimento» (M. R. SPASIANO, Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità, cit., p. 141), quando infatti il dato sostanziale dovrebbe essere costituito da una procedura dialettica di acquisizione e definizione degli interessi reali, senza la quale cittadini ed amministrazione rimangono pur sempre momenti distinti ed inconciliabili di una teoria dell'agire pubblico. L'Autore del saggio riporta l'esempio paradigmatico della mancata utilizzazione dei fondi comunitari per lo sviluppo regionale (F.E.S.R.), da addebitarsi, per l'appunto, alla pedissequa rigidità formale di quegli amministratori locali che, per evitare di incorrere in responsabilità di tipo amministrativo, penale e contabile, conducono le amministrazioni di cui fanno parte alla decadenza rispetto alla possibilità di accedere ai fondi suddetti. In questo senso si auspica proprio un disegno diverso dell'amministrazione pubblica, nel segno della realizzazione di forme efficaci di collaborazione tra Stato, Regioni ed Enti Locali, guardando alle possibilità offerte dal principio di sussidiarietà, per una diversa concezione dell'ordinamento giuridico della relazioni soggettive. Sembra pertanto significativa la scelta del legislatore costituente del 2001, di inserire nel testo costituzionale il principio di sussidiarietà riferito proprio allo svolgimento delle funzioni amministrative ed alla loro allocazione ai diversi livelli di governo. Sul tema, cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 28 giugno 2007, n. 3792 (reperibile in www.giustizia-amministrativa.it), in cui si afferma che «l'art. 118 Cost. manifesta, quindi, una chiara preferenza per il livello comunale, avendo come obiettivo la massima vicinanza tra i destinatari delle funzioni pubbliche e gli enti che ne sono titolari, nel senso che le istituzioni di livello via via più elevato hanno un ruolo sussidiario, limitato a ciò che al livello meno elevato non può essere efficacemente svolto» (corsivo mio). V. anche le recenti sentenze Cons. Stato, Sez. VI, 12 giugno 2007, n. 3082-3085 e 3086.

di superare già nella fase inziale, di "sussunzione" degli interessi, la frattura tra Stato-apparato e Stato-comunità, possibile solamente coniugando le dinamiche verticale ed orizzontale del principio di sussidiarietà[429]. Infatti, una mancata riflessione intorno al rapporto politico di trasformazione degli interessi sociali, generali, in un'unica nozione di interesse pubblico, non può che condurre l'interprete a riproporre, seppur in forme diverse, la dicotomia di privato e pubblico che ha costituito il modulo paradigmatico ed il nocciolo concettuale attraverso il quale si è costituita la riflessione giuridica moderna[430].

Anche in questo caso, il metodo adottato per risolvere i problemi posti dalla convivenza umana, dalla tematizzazione cartesiana dello iato tra *res cogitans* e *res extensa*, sino all'odierna discussione fenomenologia ed epistemologica sui rapporti intercorrenti tra soggetto ed oggetto, evidenzia complessivamente il tentativo, riuscito, di algebrizzazione della realtà, che conduce a ritenere il soggetto in quanto *dominus* incontrollato-incontrollabile dell'oggetto, in grado appunto di determinare, arbitrariamente, l'esistenza della realtà dei fatti — e a conti fatti dell'essere[431].

Il motto della modernità essendo un equivocato esclusivo corrispondersi di realtà e pensiero[432], rende perfettamente l'idea di un universo concettuale (e quindi politico) che abbisogna, in senso esistenziale, di un soggetto "sovrano" in grado di determinare le regole del gioco e quindi i confini di pensabilità dei fenomeni.

Infatti, nell'intento di sviluppare un tema quale "*Sistema e soggettività: l'affermarsi dello scientismo metodologico*", Massimiliano Bellavista non fa che sottolineare l'importanza dell'evidenza heideggeriana sul rapporto soggetto-oggetto nella conoscenza scientifico-fenomenologica moderna, sino a riconoscere che «la fede nella razionalità del legislatore altro non è che l'ultimo frutto di una tradizione di pensiero che affermò il metodo scientifico

---

[429] M. R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., pp. 298-9.

[430] Non a caso lo stesso Spasiano paventa il rischio «che gli interessi individuali divengano sempre più indifesi a fronte di quelli capaci di darsi un'organizzazione» (M. R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità*, cit., pp. 139-40, n. 25), citando E. Casetta, Profili della evoluzione, in Rivista di Diritto Amministrativo, 1993, p. 9 e F. Bassi, Autorità e consenso, in Rivista Trimestrale di diritto Pubblico, 1992, pp. 747 ss.

[431] V. anche F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, cit., p. 388, in cui l'Autore sostiene che la "svolta antropologica" della modernità è rappresentata dal «*cogito* cartesiano in cui l'identità individuale è collocata e racchiusa in una razionalità pura, astratta, indipendente dal corpo, dal tempo, dallo spazio e, dunque, dall'altro da sé».

[432] Cfr. J. Maritain, Breve trattato dell'esistenza e dell'esistente, tr. it. Brescia 1974, p. 108.

matematico in ogni forma di conoscenza umana, anche in quelle maggiormente legate all'esistenza dell'uomo»[433] — com'è, appunto, il diritto: una modalità della relazione umana.

La conseguenza di questa matematizzazione, che Lucio Franzese ha icasticamente definito come "il vizio scientistico"[434] delle dottrine giuspolitiche moderne, si rispecchia, nel diritto amministrativo, nell'astrattizzazione dell'interesse pubblico, nel senso di slegarlo dalla fattispecie concreta, da quello che è l'interesse reale ad un bene della vita, sino ad esautorare i soggetti cui inizialmente apparteneva la rappresentanza di quell'interesse dalla successiva definizione dello stesso[435].

Di fatto, poi, quella stessa decisione, o definizione dell'interesse da perseguire, si materializza, nel procedimento amministrativo, in una sorta di «processo fondato su un insieme di conoscenze e correlazioni razionali a disposizione del soggetto agente»[436], tanto che, ad esempio, in una teoria giusfilosofica come la dottrina pura del diritto, che in qualche modo costituisce l'esito della parabola scientistica, «la discrezionalità del soggetto agente serviva a riempire la differenza di contenuto tra la volontà astratta dello Stato ed il concreto atto di amministrazione»[437] — lasciando la funzione amministrativa a gravitare esclusivamente intorno al polo della discrezionalità dell'amministrazione[438].

---

[433] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., p. 759, anche nel senso, invero riduttivo di K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 6.

[434] Cfr. L. Franzese, Il contratto oltre privato e pubblico

[435] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., pp. 141-2, nota n. 23.

[436] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., p. 762. Del solo soggetto agente, peraltro, determinando anche una situazione di asimmetrie informative considerevoli.

[437] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., p. 762, n. 88.

[438] Che la discrezionalità amministrativa sia «un modo di essere necessario dell'attività amministrativa», ha notato M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., p. 120, tanto da far sottolineare ad alcuni l'importanza esclusiva dell'attività discrezionale, sino ad affermare che tutta l'attività amministrativa è attività discrezionale, cfr. G. Guarino; V. inoltre F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in Rassegna di diritto pubblico, 1/1950, p. 28. Sulla riserva di amministrazione v. M. Nigro, Studi sulla funzione organizzatrice della p.a., Milano, 1966 e da ultimo, D. Vaiano, La riserva di funzione amministrativa. Sul punto sembra essere d'accordo anche il giudice di legittimità costituzionale: cfr. *C. Cost., sent. 24 Marzo 1988, n. 331*, spec. p.to 3.2, in cui si parla di «un'amministrazione nella quale aumentano le zone d'ombra del principio di legalità e si manifesta fortemente l'esigenza di consistenti settori di delegificazione; nella quale la complessità dell'organizzazione e la qualità e quantità dei servizi da erogare possono esser adeguatamente risolte soprattutto con il riconoscimento di un'ampia discrezionalità dei funzionari più elevati e di una più spiccata capacità manageriale

La grande novità espressa dal pensiero di Feliciano Benvenuti sta nell'aver chiarito che, in un sistema ove al procedimento amministrativo — forma esterna della funzione — consegua un interesse pubblico, non è concepibile che la funzione ruoti unicamente intorno alla discrezionalità degli apparati amministrativi[439]. Senza sottolineare, però, che il problema nasce proprio dall'impostazione metodologica attraverso la quale l'ordinamento apprende e recepisce gli interessi come pubblici, decretando una vera e propria trasfigurazione del privato in pubblico. È proprio questo il senso insito nell'affermazione per cui «l'interesse pubblico, se legato (come sarebbe stato naturale) alla fattispecie concreta, avrebbe, al contrario, rappresentato un punto di crisi del sistema, poiché avrebbe richiesto per la sua cura una serie di conoscenze diluite fra i soggetti privati titolari di interessi materiali, attinenti alla fattispecie stessa»[440].

Se, quindi, il sistema fosse stato costruito a partire dalla concretezza dell'interesse perseguito — o meglio, dal collegamento "funzionale" ed operativo tra interesse e soggetti portatori — allora «la decisione finale non sarebbe stata il frutto di una determinazione razionale, pianificata dall'alto, ma il risultato di una attività complessa, dove i nessi tra l'esperienza di vita vissuta dei singoli (tendenzialmente incosciente) e l'attività di direzione cosciente dell'amministrazione sarebbero stati tali da far diventare il consorzio sociale come parte attiva nella formazione della regola giuridica concreta, cioè dell'atto amministrativo»[441].

Mentre invece, nella costruzione del sistema, il consorzio umano è risultato frammentariamente composto di centri di interesse in conflitto, schematizzati nelle figure del diritto soggettivo — per tutto ciò che riguarda le possibilità per i singoli di far valere in via immediata un interesse ad un bene della vita — o, qualora lo stesso interesse intersechi quello già stabilito per l'amministrazione, nella figura dell'interesse legittimo quale diritto soggettivo

---

degli stessi; e nella quale le accresciute responsabilità dei massimi dirigenti amministrativi richiedono forme organizzative nuove e non più riassumibili in toto nei classici dogmi della responsabilità politica (ministeriale o assessorile)».

[439] In termini diversi, ma pervenendo alla medesima conclusione, v. M. R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità*, cit., p. 144. Per una tematizzazione della sostanziale equazione tra "indirizzo amministrativo" e potere discrezionale, V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., p. 95.

[440] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., ibidem.

[441] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., pp. 762-3.

affievolito, non suscettibile di perseguimento immediato, bensì mediato a partire da una valutazione discrezionale d'impatto (nei confronti dell'interesse pubblico stabilito dalla p.a., la quale rende manifesta la sua autorità in questa scelta, appunto, di carattere discrezionale).

Da questa "divisione dei poteri" — o meglio, dei soggetti coinvolti nei processi produttivi del potere — sicuramente più importante e di proporzioni più vaste rispetto a quella separazione dei poteri legislativo-esecutivo-giudiziario, che peraltro dalla prima "divisione" derivano, l'ordinamento consegue il suo schema moderno, artificialmente[442] e scientificamente diviso in centri di produzione della norma — comprendenti l'intero processo, dalla sussunzione degli interessi all'applicazione della regola mediante atti discrezionali, unilaterali, autoritativi ed esecutori — e centri di imputazione degli effetti della norma stessa — cui l'ordinamento attribuisce la facoltà di perseguire un interesse soltanto in due casi: quando il procedimento per raggiungerlo è disciplinato da una norma, nel caso dei diritti soggettivi, o quando l'interesse da soddisfare corrisponde o si avvicina all'interesse pubblico nel caso degli interessi legittimi[443]; il che, a livello globale, è la stessa cosa, in quanto l'interesse pubblico è tipizzato mediante una norma, unica essendo la fonte del diritto[444].

Si può quindi concludere che «l'astrattizzazione dell'interesse pubblico fu, dunque, il momento giuridico necessario e strumentale alla formazione del sistema poiché permise di ridurre la realtà effettuale entro le maglie di una categoria logica (l'interesse pubblico in sé)»; inoltre, «siffatta addomesticazione della vita doveva far sortire un effettivo impoverimento della fattispecie da tutti gli elementi vitali che in origine la permeavano; da ciò l'interesse, legato alla fattispecie (cioè l'interesse pubblico concreto) subì la trasformazione da concetto puro a pseudoconcetto»[445].

---

[442] Si riferisce ad un «esasperato (ed astratto) schematismo», F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Atti del XLVII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2001, p. 22.

[443] Laddove, a rigor di logica, non vi sarebbe nemmeno la necessità di un procedimento a tutela dei cittadini, ove questi interessi legittimi venissero compressi ulteriormente: così si è espresso, durante la piena "vigenza" del paradigma bipolare il giudice di costituzionalità, nella sentenza 30 dicembre 1972, n. 212, p.to 1 del Considerato in diritto.

[444] Alberto Romano spiega che «la legge non è la fonte degli effetti del provvedimento: è solo il filtro del loro riconoscimento da parte dell'ordinamento generale» (A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit., p. 122).

[445] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., p. 763. Cfr. G. BERTI, *Stratificazioni del potere e crescita del diritto*, in Jus. Rivista di scienze giuridiche, 3-2004, p. 302, che nota come «lo Stato sovrano di diritto e liberale ha, in un certo

In questo si concreta, peraltro, quel paradosso sistematico e metodologico di cui si è parlato in precedenza.

Infatti, mentre la costruzione del sistema, a livello teoretico, poggia su di una struttura di tipo ipotetico-deduttivo, la regola giuridica concreta (in questo caso il provvedimento amministrativo) è prodotta mediante ricorso ad una rilevazione di carattere induttivo. Il che effettivamente costituisce un paradosso il cui superamento avviene solamente in virtù dell'inquinamento che gli apriori deduttivistici operano sull'induttivismo col quale dovrebbero essere percepiti i fatti sociali — se questa "appercezione" fosse concretamente collegata alla realtà ed all'esperienza; e in fondo è questa la modalità attraverso la quale l'universalismo medievale diventa mero sfondo sopra il quale possono venire installati tutti gli elementi tipici della modernità politica e giuridica. Perché in effetti un sistema di rilevazione come quello induttivo permette di evitare lo iato tra società e Stato, non sussistendone i presupposti, né la necessità di separare irrimediabilmente gli stimoli provenienti dal tessuto sociale e la loro necessaria estrinsecazione positiva; mentre invece l'utilizzo di un metodo operativo come quello proprio delle scienze esatte, di tipo ipotetico-deduttivo, rende necessaria la contrapposizione tra uomo e istituzione, dacchè spetta proprio all'istanza statuale l'interpretazione dei bisogni sociali sulla base, appunto, di un procedimento di trasformazione[446]. Nell'analizzare il problema Feliciano Benvenuti si è spinto sino ad osservare che «manca nei nostri ordinamenti occidentali un efficiente anello di collegamento fra il governo e la Società»: mentre «in tempi andati, l'Amministrazione era tramite di collegamento fra il centro e la periferia, tra l'Autorità e i sottoposti», oggi, «nelle strutture ideologiche costituzionali e democratiche moderne occorrerebbe un'Amministrazione a segno invertito la quale, cioè, consenta il tramite tra l'amministrato e l'amministrante, tramite forse non sufficiente ma sempre

---

senso, esasperato questo processo di allontanamento delle figure portanti dell'edificio statale dalla realtà della vita quotidiana», tanto da condurre ad una situazione in cui «ogni fatto od ogni azione doveva e deve essere diretta a soddisfare un interesse collettivo e tipizzarsi in ragione di esso».

[446] Si approccia al problema del rapporto tra fatto e diritto, pur senza svolgerlo, Aldo Sandulli, laddove si riferisce al rapporto tra la fattispecie e gli atti preparatori, chiedendosi «quale sia il carattere di individuazione di quelli tra i presupposti nei cui riguardi, per la peculiarità del loro atteggiamento nei confronti della fattispecie che si considera, sia giustificabile un inquadramento in una categoria autonoma da designare col nome di atti preparatori e da comprendere nel procedimento che si svolge in funzione della fattispecie stessa» (A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 55; v. anche pp. 59 e 130).

necessario»[447] per evitare uno scollamento tra il paese reale ed il paese percepito dal sistema politico-amministrativo. L'amministrativista conclude vaticinando che «in sostanza, dunque, la esistenza di questa dualità non può essere superata se non immettendo nella dialettica Governo-Paese, o se si vuole diritto e fatto, uno strumento di informazione, di collegamento e di trasformazione degli *input* che vengono dalle due parti dell'insieme e cioè sia dall'alto che dal basso»[448]. Perché effettivamente — e la nozione appare ancor più chiara sol che si pensi al fatto che il testo di Benvenuti appena citato introduce una monografia di un giurista argentino impegnato a scrivere durante il periodo della dittatura militare — il sistema analizzato si presta alle più diverse interpretazioni[449], e «a noi, lettori italiani e sostanzialmente lettori europei, rimane da chiederci se non esista anche qui un residuo di concezioni, non si dirà dittatoriali, ma certamente autoritarie», che derivano proprio dalla mancanza di un ponte di collegamento tra diritto e fatto[450], capace di modificare le modalità di trasformazione delle istanze sociali in un'unica nozione di interesse pubblico: «ciò che occorre cambiare è l'Amministrazione tradizionale, cioè il suo modo di essere e la sua strutturazione appunto tradizionalmente generalizzatrice e gerarchica»[451]. Più di recente, Giorgio Berti si è spinto a dire che rispetto al diritto costituzionale, «il diritto amministrativo ha origini più lontane, ma viene anch'esso da una concezione dello Stato come autorità, che non si fa condizionare dai diritti delle persone»[452].

E già l'introduzione della sussidiarietà verticale nell'ordinamento giuridico italiano, a partire dalle prime formulazioni, sino alla sua completa definizione per effetto dell'entrata in vigore della Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha significato un'esaltazione del «divario strutturale e funzionale, tra l'attività di produzione normativa di rango primario e l'attività di cura concreta degli interessi generali attraverso l'assunzione di atti e

---

[447] F. BENVENUTI, *Introduzione* ad A. GORDILLO, *L'Amministrazione parallela. Il "parasistema" giuridico-amministrativo*, trad. it., Milano, 1987, VIII.
[448] F. BENVENUTI, *Introduzione*, cit., ibidem.
[449] Accomuna la "concezione moderna" e quella fascista dell'azione statale, avuto riguardo al fatto che «l'ordinamento giuridico, in genere, nel determinare una certa azione del pubblico potere, stabilisce al tempo stesso, per lo meno nelle grandi linee, di quali garanzie sostanziali e formali tale azione debba essere circondata», A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 88.
[450] Ancora sulla nozione, F. Benvenuti, Inefficienza e caducazione degli atti amministrativi, in Giurisprudenza Completta Cassaz. Civile, 2/1950, pp. 194 ss.
[451] F. BENVENUTI, *Introduzione*, cit., IX.
[452] G. BERTI, *Le antinomie del diritto pubblico*, in Diritto Pubblico, 2-1996, p. 277.

provvedimenti amministrativi»[453]; cionondimeno, la produzione della regola, o meglio l'impatto che la stessa avverte nei confronti della realtà, ed il procedimento della sua elaborazione non fanno certo pensare ad un completo superamento del modello della *iurisdictio* — che invece potrebbe trovare nella sussidiarietà di tipo orizzontale, il principio in grado di sovvertirne le funzionalità, proprio perché in grado di sconvolgere le modalità di caratterizzazione e determinazione degli interessi da perseguire, collocando il cittadino in una posizione di simmetria rispetto ai pubblici uffici, che certo non possono abdicare alla loro funzione "ortopedica"[454], ma che ad egli si rapportano, appunto, in modo sussidiario.

Si tratta, come si può ben vedere, e come si cercherà di evidenziare nell'ultimo capitolo, di una vera e propria "rivoluzione copernicana", in grado di scardinare l'ordinamento giuridico a partire dalle sue fondamenta, dalla sua realizzazione dogmatica; il modello di riferimento delle analisi giuspubblicistiche, cioè la separazione dei poteri, è infatti costruito in base ad una metodologia che esporta il metodo scientifico nello studio delle materie giuridiche, spostando, in senso fenomenologico, il centro dell'indagine dall'oggetto al soggetto: il che favorisce lo scollamento dell'interesse pubblico dalla sua naturale oggettività (il mondo dei bisogni concreti), conferendo la titolarità ed il monopolio dell'interpretazione degli stessi al soggetto-ordinamento giuridico, che ne recepisce l'esistenza e ne dichiara la coessenzialità alle finalità del soggetto pubblico.

Tutto ciò si estrinseca, nella pratica del procedimento, in una asimmetria di posizioni tra pubblico e privato, che si traduce in ciò che «la posizione giuridica del privato, nel procedimento, è strumentale all'organizzazione ed al perseguimento dei suoi fini; la qual cosa significa che l'interesse materiale ad un bene della vita, di cui è portatore il privato, già prima dell'introduzione nel procedimento subisce una precommisurazione ad un interesse pubblico — oggetto del procedimento — che nella realtà giuridica ancora non c'è, non è

[453] Q. CAMERLENGO, *Leggi provvedimento e sussidiarietà verticale: la cura concreta degli interessi pubblici tra l'attività legislativa, statale e regionale, e l'amministrazione locale*, in Le Regioni, 1-2004, p. 59.

[454] Lucio Franzese si è icasticamente riferito alla "ortopedia" della legge, indicandone il carattere sussidiario e di indirizzo della vita associata in Ordine economico e ordinamento giuridico, Padova…

stato svelato, ma che esiste, negli intenti del responsabile del procedimento allo stato potenziale»[455].

Posto il (neo-)costruttivismo della dottrina benvenutiana, Bellavista spiega che l'impossibilità di decostruire il sistema dipende dall'idea di interesse pubblico (materiale ed astratto al tempo stesso): insomma, «il fatto che la sede giuridica di tale interesse sia la funzione (e di conseguenza per la dottrina neocostruttivistica il procedimento) lo rende, per certi versi, concetto evanescente ed inafferrabile; concetto che, però, essendo fattispecie giuridica all'interno del procedimento, è capace di condizionare e limitare gli interessi privati»[456]. Ed è proprio al legame tra la funzione amministrativa e l'interesse pubblico che occorrerà volgere l'attenzione, nei prossimi paragrafi.

4. *Disciplina della funzione* — Conviene quindi rivolgersi ad una ricognizione giuridico-positiva in grado di svolgere i temi trattati nei paragrafi precedenti sino a sondare, nella sua specificità, l'esperienza amministrativa dello Stato moderno al culmine della sua traiettoria, con ciò intendendo una focalizzazione del periodo che va dall'approvazione della Costituzione italiana, sino, grossomodo ai primi anni Novanta. In questi paragrafi, in particolare, si deve cercare di tratteggiare un disegno della funzione amministrativa in grado di segnalarne il significato, o ancora meglio, di svelarne la modernità, così da poter fornire una base alla critica della nozione di interesse pubblico che si intende proporre nel quarto capitolo.

Per quanto riguarda la definizione della nozione di funzione amministrativa, si tratta di un'operazione di addestramento in un vero e proprio campo minato, per cui ad ogni passo compiuto inavvertitamente l'interprete rischierebbe di far saltare per aria l'intero quadro[457]; per questo motivo ricorrerò ad una più agevole ricognizione della disciplina della funzione, nel senso di individuare quei rilievi giuspubblicistici che ruotano intorno all'attività

[455] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., p. 775.
[456] M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, cit., pp. 778-9.
[457] Icasticamente, Massimiliano Bellavista fa notare che «la definizione del significato del segno "funzione" non è, comunque, un'operazione neutrale dal punto di vista giuridico», e questo perché, «anche a voler attenersi a criteri rigorosamente tecnico-giuridici (sempre che ciò sia veramente possibile), è fuori dubbio che qualsiasi determinazione linguistica (specie se assume il ruolo di "clausola generale") che involge in maniera essenziale il diritto amministrativo (funzione, procedimento, interesse legittimo etc.) sottende una ben precisa scelta di campo, tanto in ordine alla c.d. "politica del diritto" quanto, più in generale, alla teoria dello Stato e dell'ordinamento giuridico» (M. BELLAVISTA, *Cap. 11. I procedimenti*, cit., p. 334).

amministrativa. Posta in questi termini, la ricerca sembrerebbe prestarsi a dimensioni enciclopediche; tuttavia qui interessa semplicemente accostarsi ai profili sostanziali dell'attività, con particolare attenzione a quelle norme che si occupano di disciplinare "i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione" — tanto per citare il primo volume di un importante Manuale dedicato ai "*Principi di diritto amministrativo*". Ed è significativo che nella trattazione appena citata l'Autore, Renato Alessi, si preoccupi di segnalare, sin dai sottotitoli la differenza che intercorre tra i soggetti attivi ed i soggetti passivi della funzione, facendoci scorgere con immediatezza la modernità dell'impianto.

Seguendo un'impostazione che si situa nel solco del paradigma bipolare moderno, l'Autore avverte che «soggetto attivo della funzione amministrativa è infatti appunto la pubblica Amministrazione»[458], mentre «soggetti passivi della funzione amministrativa sono normalmente i privati cittadini, in quanto la funzione stessa si esplica nei loro confronti»[459]. L'intera riflessione giuridica moderna intorno alla funzione amministrativa potrebbe racchiudersi in queste due frasi ad alta intensità concettuale: vi si trova, disegnato in tutta la sua imponente struttura bipolare, l'ordinamento giuridico che, a partire dal XIV-XV secolo ha preso il posto dell'ordine medievale, non sostituendolo od abrogandolo, bensì affiancando nuovi modelli, sino a produrre un sormontarsi caotico di schemi e discipline, mai del tutto eliminato, e che non ha fatto altro che potenziare, oltre ogni immaginazione, l'impatto del ruolo politico dello Stato, a discapito della subordinata società, ridotta appunto a mera destinataria di decisioni già prese altrove.

Negli ultimi anni peraltro l'ordinamento giuridico italiano è stato interessato da una serie di misure che ne hanno profondamente trasformato l'impianto, almeno in potenza[460]. Tra di esse si cita l'introduzione del principio di sussidiarietà in quanto strumento riallocativo della funzione amministrativa, che è intervenuto, per l'appunto, nella ridefinizione di quello che è stato descritto come rapporto politico nel diritto amministrativo. Infatti, il nuovo art.

---

[458] R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo. 1. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, Milano, 1978, pp. 34 ss.

[459] R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo. 2. I soggetti passivi e la reazione*, Milano, 1978, pp. 551 ss.

[460] La potenzialità è data dalla evidente contraddizione tra le diverse disposizioni, anche a livello costituzionale, che occorre approfondire nel prossimo capitolo. In questo senso, quindi, a causa delle inesattezze ed incoerenze normative, anche una formulazione di principio come quella dell'art. 118, co. 4 Cost., risulta sbiadita, collocandosi nella categoria degli enunciati potenziali.

118 della Costituzione, non solo prevede una redistribuzione delle funzioni amministrative fra soggetti pubblici, favorendo l'Ente più vicino ai cittadini, il Comune — secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza —, ma ha aggiunto, al quarto comma, che «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà», esemplificando una nuova modalità di perseguimento degli interessi generali: infatti, come si può ben vedere, la disposizione in esame introduce proprio un nuovo schema che niente ha a che fare con il moderno sistema di acquisizione e definizione degli interessi pubblici. Non solo perché il legislatore costituente ha smesso la nozione di interesse pubblico, per riferirsi all'interesse generale, ma anche perché esso non viene più imposto in modo unilaterale autoritativo ed esecutorio dal soggetto pubblico, bensì risulta da una ricognizione dei cittadini che decidono autonomamente se intraprendere un'iniziativa, delegandola, in caso contrario, all'attività amministrativa tradizionale.

E si capisce, se le parole hanno un peso, che l'"autonoma iniziativa" dei cittadini è un processo che avviene, appunto, in modo autonomo, nel senso che è direttamente finalizzato alla trasformazione del fatto in diritto. E nel senso che si pone oltre quel paradigma bipolare che ha caratterizzato la funzione amministrativa in quanto sussunzione di fatti sociali funzionalizzata al perseguimento di un interesse pubblico definito dalla pubblica amministrazione, e completamente slegato dalla realtà sociale di cui avrebbe viceversa dovuto costituire l'espressione.

Ma prima di fare i conti con queste dirompenti novità, occorre dedicare ancora qualche riflessione allo schema originario della funzione, onde comprendere in che cosa consiste la funzionalizzazione, l'interesse pubblico, ed il provvedimento amministrativo in quella accezione.

4.1. *Emersione della politicità: "linee positive"* — Se ci si rivolge problematicamente all'art. 4 del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, è possibile constatare la sembianza di un'importante riflessione di teoria generale del diritto amministrativo intorno alla nozione (moderna) di potere di indirizzo

politico[461]. La disposizione di cui si parla, infatti, prevede che «*gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti*»; offrendo, peraltro, una lista di spettanze che ci aiuteranno ad addentrarci nella materia. In particolare agli organi di governo sono riservate «*a) le decisioni in materia di atti normativi e l'adozione dei relativi atti di indirizzo interpretativo ed applicativo; b) la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione; c) la individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale; d) la definizione dei criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi e di determinazione di tariffe, canoni e analoghi oneri a carico di terzi; e) le nomine, designazioni ed atti analoghi ad essi attribuiti da specifiche disposizioni; f) le richieste di pareri alle autorità amministrative indipendenti ed al Consiglio di Stato; g) gli altri atti indicati dal presente decreto*».

È proprio da questi spunti che prende avvio la riflessione intorno alla funzione amministrativa.

Sembra infatti necessario segnalare che la portata eversiva della disposizione appena citata (e ovviamente del Decreto 29/93, che l'ha preceduta), riguarda segnatamente la separazione tra le funzioni di indirizzo e quelle più squisitamente amministrative, ma non la definizione di ciò che si deve intendere per indirizzo politico, trascritta invece accogliendo una lezione antica quanto lo è la distinzione di autorità e libertà[462] — ed è per questo motivo che interessa sottolinearne il contenuto teorico-generale: in quanto norma descrittiva di una fattispecie che assume i connotati di "clausola generale", giacchè l'intero sistema crollerebbe in sua assenza[463]. In effetti, un modulo organizzativo dei pubblici poteri e dell'attività ad essi ascritta com'è quello

[461] Si rimanda a tal proposito a T. MARTINES, *Indirizzo Politico*, in Enciclopedia del Diritto, XXI, Milano, 1971, pp. 136 ss.
[462] Esemplificativamente essa è descritta in questo stesso modo da R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo. 1. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, cit., p. 13.
[463] Si pensi solamente all'art. 11 della legge 241: cosa ne sarebbe del potere in forza del quale l'amministrazione può recedere unilateralmente dall'accordo integrativo e/o sostitutivo, in assenza di una definizione dell'interesse pubblico e quindi del potere di indirizzo politico?

denominato "*iurisdictio*", prevedeva per forza di cose una (con)fusione del momento politico ed amministrativo, dal momento che ogni esperienza relazionale all'interno della *communitas* poteva essere indicata in quanto "politica": è stata la separazione di autorità e libertà, a ben vedere, a scorporare i centri di produzione e di imputazione, rendendo i primi inaccessibili alle istanze dei "privati", relegati al ruolo di meri portatori di interessi che devono essere sviluppati e definiti dal soggetto pubblico in coerenza con il cd. indirizzo politico da impartire alla comunità.

Ma si tratta di modifiche intervenute sulla base di un modello unitario di esplicazione del potere, nel senso che la decisione ultima relativa alle finalità dell'ordinamento rimane comunque di pertinenza del politico — con la differenza che il politico, a partire dalla frattura interna alla *communitas politica*, diviene carattere distintivo della statualità, rivelandosi in tal modo unilaterale ed autoritativo[464].

È altresì evidente che la distinzione tra politica ed amministrazione rappresenta il primo vero punto di rottura del sistema, la cui trasformazione completa però può avvenire solamente attraverso l'introduzione del principio di sussidiarietà: fino a quel momento, pur essendosi creati degli spazi di intervento per i cittadini — di cui tra poco si dovrà dire — la rilevazione politica degli interessi può subire minime scalfitture, e la grande novità si traduce tutta nell'apertura della funzione amministrativa ad istanze diverse da quelle meramente pubbliche[465]. Ed è invece da notare che proprio il principio di sussidiarietà consentirebbe un diverso modo di svolgimento della funzione, o meglio, consentirebbe un arretramento della funzione a favore dell'"autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati", i quali riescono a perseguire finalità di interesse generale proprio perché capaci di vivere l'esperienza giuridica come protagonisti attivi delle finalità dell'ordinamento di cui fanno parte.

---

[464] T. MARTINES, *Indirizzo Politico*, cit., p. 135.

[465] Così, in quel brevissimo e densissimo programma benvenutiano che è l'introduzione al volume di Agustin Gordillo, in cui Benvenuti lucidamente individua negli istituti di «partecipazione all'interno delle strutture amministrative» uno strumento che «coglie solo in parte la realtà e rimane ancora sul piano del sistema, certo come suo miglioramento; né altro può essere la partecipazione degli utenti nelle imprese e nei servizi pubblici, la partecipazione nei corpi collegiali, l'ombudsman, con il che si tende a dare una risposta, appunto alle esigenze sociali» (F. BENVENUTI, *Introduzione*, cit., VIII), pur senza risolvere il problema insito nella nozione di interesse pubblico, incapace, nella sua ristrettezza di collegarsi agli interessi reali della società.

L’immedesimazione (anche) organica di politica ed amministrazione, è accentuata, nel nostro ordinamento giuridico, dalla costruzione ministeriale verticistica della pubblica amministrazione, che riceve un significativo avallo a livello costituzionale (art. 95 Cost.) nella previsione per cui il Presidente del Consiglio dei Ministri, esponente politico, mantiene l’unità dell’indirizzo politico ed insieme amministrativo; in realtà, il giudice di legittimità costituzionale aveva cercato già nel 1990 di far derivare la distinzione tra politica ed amministrazione dagli artt. 97 e 98 della Costituzione, pur adombrando quello che nella presente trattazione costituisce un punto di estrema importanza; se infatti il giudice riconosce negli articoli suddetti i «corollari naturali dell'imparzialità, in cui viene a esprimersi la distinzione più profonda tra politica e amministrazione, tra l’azione del governo — che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza — e l’azione dell’amministrazione — che, nell’attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall’ordinamento»[466], non si può proprio capire in che modo l’amministrazione possa perseguire le “finalità pubbliche obiettivate dall’ordinamento”, pur attuando esclusivamente l’indirizzo politico della maggioranza — che per definizione è direttamente collegato agli interessi di una parte politica.

E questa incomprensione ermeneutica nasce proprio dalla mancata riflessione intorno al tema della politicità dell’agire amministrativo.

Infatti sembra abbastanza evidente che “le finalità politiche” non possono essere obiettivate dall’ordinamento in modo indefinito, o ancor meglio presupponendole da qualche altro concetto valoriale, con il che si finirebbe per avvalorare la tesi kelseniana, che di per sé può condurre ad un vero e proprio regresso all’infinito[467]. Bensì, occorre ricercarle nel modo attraverso il quale l’ordinamento stesso, in forza del suo ruolo di *auctor iuris*, sussume i fatti sociali o naturali traducendoli in atti giuridici: in tal senso le finalità politiche vengono obiettivate dall’ordinamento nel momento in cui gli organi di governo definiscono gli obiettivi ed i programmi da attuare, in virtù del ruolo che la legge assegna loro. L’art. 2 della legge 23 agosto 1988, n. 400 (recante

[466] *C. Cost., sent. 15 ottobre 1990, n. 453*, p.to 2.
[467] Cita!

"*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*"), in effetti attribuisce al Consiglio dei Ministri il compito di determinare la politica generale del Governo, «e, ai fini dell'attuazione di essa, l'indirizzo generale dell'azione amministrativa».

Cioè, come si diceva, in ossequio al modello di Pubblica Amministrazione napoleonica, gli organi di vertice dello Stato corrispondono agli organi di vertice dell'amministrazione, onde affermare quell'indistinzione di politica ed amministrazione che deriva proprio dal modello medievale di *iurisdictio*: non a caso spesso si fa risalire proprio alla legge 23 marzo 1853, n. 1483 sul riordinamento dell'amministrazione centrale e della Contabilità generale dello Stato, la data di nascita della pubblica amministrazione italiana, almeno nel suo elemento soggettivo; per quanto riguarda la definizione del momento oggettivo, ossia dell'attività in forma di procedimento, occorre riferirsi invece al nucleo concettuale fornito dall'art. 3 dell'allegato E della legge 20 marzo 1865, n. 2248: perché lì, in effetti, i confini di pensabilità del fenomeno amministrativo vengono relegati alla forma di procedimentalizzazione che si è via via sviluppata sino a giungere ai fasti del "proceduralismo" contemporaneo[468] e che Massimiliano Bellavista, in un saggio sul procedimento amministrativo ricollega non all'idea di amministrazione, bensì a quella di amministrare, all'attività, rilevandone il collegamento con «quella particolare relazione di potere che, nell'antico regime, era ricompressa nell'ampio spazio della *iurisdictio*»[469].

Cioè, recita l'articolo in questione, per tutto ciò che non attiene ai diritti civili e politici, di competenza del giudice ordinario — cioè, in buona sostanza, per quanto riguarda gli interessi legittimi — le Autorità Amministrative competenti, «ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei Consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti».

Per dire che uno spazio di partecipazione, per i cittadini ("le parti interessate"), può riscontrarsi sino a partire dalla legge di unificazione amministrativa del Regno d'Italia: ma si tratta di quello stesso sistema di diritto pubblico che negava e nega, a priori, l'importanza della persona umana, mettendo invece in primo piano lo studio delle strutture dello Stato di Diritto,

[468] V. gli atti del Convegno triestino ne I quaderni RIFD.
[469] M. BELLAVISTA, *Cap. 11. I procedimenti*, cit., p. 336.

considerate in quanto garanzie per l'ordinato svolgersi della vita quotidiana[470]; e quando si legge che agli organi di governo, titolari della funzione di indirizzo, spetta «la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione»[471], ci si rende perfettamente conto di trovarsi di fronte ad una definizione integralmente collegata alla nozione Cavouriana di amministrazione pubblica[472].

E non si può fare a meno di notare il ruolo svolto dagli organi di vertice dell'apparato statuale nella definizione di ciò che rappresenta, politicamente, la finalità dell'azione amministrativa: il pubblico interesse.

4.2. *(Segue)…e prospettive* — In un sistema di diritto amministrativo unicamente orientato alla emanazione di provvedimenti unilaterali, autoritativi ed esecutori[473], com'è stato quello italiano in buona sostanza fino alla legge 241 del 1990, si capisce che la definizione più efficace del procedimento amministrativo non poteva che evidenziare «il fatto che tutti gli elementi, tutte le manifestazioni di attività che lo compongono vengono poste in essere in funzione di una unitaria realizzazione di un interesse sostanziale unitario attraverso una unitaria esplicazione esterna di un *potere*, e pertanto, di un unico provvedimento»[474].

Infatti, è l'art. 11 della legge 241 che scalfisce l'assolutezza della fonte provvedimentale, instaurando una nuova tipologia di rapporti tra cittadino e

---

[470] Sul punto, ad esempio, pur leggendo il fenomeno amministrativo da una prospettiva sostanzialistica, M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, cit., p. 66.

[471] Così il già citato art. 4 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, lett. b).

[472] Franco Bassanini, in una relazione incentrata su "*Il quadro costituzionale: l'equiparazione fra Stato e istituzioni territoriali e il principio di sussidiarietà*", svolta nel corso del cinquantaduesimo Convegno di studi amministrativi di Varenna, ha effettivamente sottolineato, a proposito degli articoli 114 e 118 della costituzione, nella loro nuova formulazione, non fanno altro che «ridefinire, in modo assai più netto e limpido, i caratteri "fondanti" della Repubblica italiana, come democrazia personalista e pluralista: caratteri per vero già impliciti nei principi fondamentali della Costituzione del 1948, ove si considerino, in particolare, gli articoli 1, 2, 3 e 5 della Carta; ma difficili da rinvenire in un ordinamento legislativo e in un sistema istituzionale e amministrativo per decenni ancora prigioniero dei modelli culturali della tradizione napoleonica ottocentesca, e perciò restìi a recepire la straordinaria portata innovativa dei nuovi principi costituzionali» (F. BASSANINI, *La Repubblica della sussidiarietà. Riflessioni sugli articoli 114 e 118 della Costituzione*, ora in Astrid Rassegna. Rivista elettronica quindicinale sui problemi delle istituzioni e delle amministrazioni pubbliche, n. 53-2007, p.1, presso www.astrid-online.it).

[473] A. M. Sandulli; L. Franzese

[474] R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo. 1. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, cit., p. 358. Ancor prima, Aldo Sandulli, il padre della dottrina formalista italiana sul procedimento amministrativo.

pubblica amministrazione[475], in virtù dei quali il provvedimento finale può essere integrato ovvero sostituito da un accordo scritto fra l'amministrazione ed i soggetti interessati, pur nell'alveo del pubblico interesse, che in ogni caso rimane il punto di riferimento ed il parametro di legittimità per l'azione amministrativa[476].

Ma anche in questo caso occorre specificare: se il testo originale dell'art. 11, primo comma, si riferiva a quegli accordi in virtù dei quali risultava possibile «determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo», la nuova formulazione della medesima disposizione, come risulta in seguito alle modifiche apportate nel corso del 2005 alla legge sul procedimento[477], prevede più semplicemente, in aderenza al progetto iniziale della cd. Commissione Nigro[478], la conclusione degli «accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo». La differenza tra le due enunciazioni, come si può ben notare, è piuttosto rilevante[479].

Nella prima formulazione il legislatore relegava l'accordo *integrativo* tra la pubblica amministrazione ed il cittadino unicamente alla determinazione del "contenuto discrezionale del provedimento", ciò che significava ritenere nelle

---

[475] F. SPANTIGATI, *Unghie di talpa per la 241*, in Politica del Diritto, 4-2000, p. 664, e ID., *Il rapporto tra le funzioni*, cit., p. 332, in cui l'Autore tematizza la nozione della responsabilità dell'amministrazione nei confronti della società, alla quale in ultima analisi risponde dell'operato. Cfr. in tal senso, a titolo esemplificativo, la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione sesta, n. 2636 del 15 maggio 2002, in cui si afferma che «non v'è dubbio che l'introduzione della figura dell'accordo appare una delle più rilevanti novità della legge sul procedimento amministrativo collegata ad una tendenza di lungo periodo, specie nel campo della disciplina dell'economia, a valorizzare i moduli dell'azione amministrativa capaci di acquisire il consenso degli amministrati rispetto all'imposizione di misure coattive». Sulla sentenza in esame, cfr. S. Zaramella, Accordi procedimentali, in Studium Iuris, 11/2002, pp. 1392-3; M. Magri, Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali, in Rivista giuridica di urbanistica, 4/2004, pp. 539-587.

[476] F. SPANTIGATI, *Il rapporto tra le funzioni*, cit., p. 333.

[477] Ci si riferisce alle note leggi 11 febbraio 2005, n. 15, che ha disposto la modifica di tutti gli articoli e segnatamente l'introduzione dell'art. 3-*bis*, 10-*bis* e 14-*quinquies*, e 14 maggio 2005, n. 80, che ha invece introdotto delle modifiche agli articoli 2, 19, 20, 18, 21 e 25.

[478] Su cui v. a titolo esemplificativo, M. Nigro, Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell' amministrazione (A proposito di un recente disegno di legge), in Il Diritto processuale amministrativo, 1/1989, pp. 5 - 24; S. Cognetti, Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1/1990, pp. 94 - 130.

[479] Per gli altri profili dell'art. 11, cfr. le acute osservazioni di L. FRANZESE, *Simmetria e asimmetria nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione. Riflessioni sui presupposti teorici della legge sul procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti amministrativi (l. 241/1990)*, in Diritto e Società, 1-2/1993, pp. 217 ss., tra i primi a sottolineare gli elementi contraddittori della disposizione in esame.

mani del soggetto pubblico la decisione discrezionale intorno all'*an*, cioè intorno alla eventuale utilità dell'accordo concluso ai fini dell'emanazione del provvedimento finale[480]; mentre quella parte della disposizione relativa all'eventualità di parificare l'atto autoritativo dell'amministrazione all'accordo scritto tra le parti residuava "nei casi previsti dalla legge", ciò che riduceva e che effettivamente ha ridotto i casi di accordi sostitutivi del provvedimento proprio perché sono mancate le previsioni di accordi e la relativa disciplina puntuale ad opera del legislatore: e non è un caso che gli esempi di applicazione tratti dal diritto positivo offerti dalla dottrina siano stati pochissimi[481], tanto da far parlare a taluni della «desuetudine, o inutilità, che dir si voglia, della disposizione di cui al primo comma dell'art. 11»[482].

Viceversa, nella nuova formulazione adottata dal legislatore nel corso del 2005, la previsione, molto più incisiva, pur mantenendo invariata la parte relativa agli accordi integrativi del provvedimento finale, libera la materia dalla

---

[480] F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., p. 35, laddove si afferma che «l'obbligazione che ne sorge vincola l'amministrazione, ove intenda adottare il provvedimento, ad adottarlo con il contenuto concordato, ma non la vincola ad adottarlo», ciò che determina una situazione per la quale «il privato che ha concluso l'accordo non può vantare un diritto soggettivo alla emanazione del provvedimento finale, ma solo un interesse legittimo; quindi non può ottenere dal giudice una sentenza che imponga all'amministrazione di provvedere o che, addirittura, si sostituisca al provvedimento non adottato, se non nel caso in cui l'inerzia o il rifiuto risultino illegittimi e, a causa di ciò (e non in quanto inadempimento di una obbligazione), comportino violazione dell'interesse legittimo». Cfr. anche la già citata sentenza del Consiglio di Stato, Sezione sesta, n. 2636 del 15 maggio 2002, all'interno della quale il giudice amministrativo afferma che «l'accordo procedimentale è concluso "al fine di determinare il contenuto del provvedimento finale" (non quindi il provvedimento discrezionale finale ma il suo contenuto e ciò significa che può essere adottato anche in presenza di provvedimenti finali vincolati per aspetti che possono presentare — nel *quando* o nel *quomodo* — elementi di discrezionalità e che può essere stipulato se fornisce ad entrambe le parti un'utilità maggiore di quella della mera adozione del provvedimento finale altrimenti non vi sarebbe alcun motivo pratico di stipulare l'accordo che finirebbe con l'essere un doppione del normale canale autoritativo)».

[481] Il più importante e celebre è costituito dall'art. 18 co. 4 della legge 28 gennaio 1994, n. 84 (che reca "*Riordino della legislazione in materia portuale*"), laddove si afferma l'equipollenza tra il provvedimento di concessione di aree demaniali e banchine comprese nell'area portuale alle imprese registrate presso l'autorità portuale ovvero l'autorità marittima, e l'accordo stipulato fra l'autorità portuale ovvero marittima e le medesime imprese concessionarie per iniziative la cui rilevanza eccede i parametri di cui al primo comma dell'articolo citato. In questo caso Franco Scoca nota l'insufficienza della norma, «che lascia aperto il problema della determinazione della disciplina applicabile alla formazione, conclusione ed esecuzione dell'accordo, semplicemente abbozzata dall'art. 11» (F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., p. 36): più avanti l'amministrativista definisce l'articolo in questione «un testo cifrato, uno schema di parole crociate» (Ivi, p. 38). Altro esempio offerto dal diritto positivo è l'art. 45 co. 3 del già citato "*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità*", il D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, che introduce la figura dell'accordo di cessione, equiparata dal legislatore al decreto di esproprio, e comunque successiva alla definizione da parte del soggetto pubblico della "pubblica utilità".

[482] N. SAITTA, *"005: licenza di sostituire" (a proposito del "nuovo" art. 11 della legge 241)*, in Giustizia Amministrativa. Rivista di Diritto Pubblico, 6/2005 (reperibile presso l'U.R.L. *www.giustamm.it*).

dipendenza funzionale al principio di legalità[483], ancorando la conclusione della procedura di stipula degli accordi al nuovo art. 1, co. 1-*bis* della stessa legge, che si occupa di stabilire che la «pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge disponga diversamente», e permettendo in questo modo all'accordo sostitutivo del provvedimento amministrativo di divenire «strumento tendenzialmente generale di azione amministrativa»[484].

Ciò significa che, almeno fino alla soglia imposta dalla legge di riforma del 1990, la soluzione di problemi riguardanti la società veniva predisposta per legge ovvero mediante un provvedimento amministrativo, atti che per loro natura si prestano alla totale esclusione degli interessati dalla determinazione delle misure attraverso le quali raggiungere un certo "bene della vita".

Cioè, in seguito ad una ricognizione politica dei bisogni e delle richieste provenienti dalla società[485], una materia può essere definita in quanto corrispondente all'"interesse pubblico": con ciò intendendosi che nel sistema di diritto amministrativo vigente nell'ordinamento giuridico italiano sino agli anni Novanta, gli interessi pubblici venivano rilevati a priori, ben prima del farsi dell'atto, proprio per effetto del mai risolto problema del rapporto tra Governo ed Amministrazione[486]. E proprio in questo modo l'intermediazione e l'apporto di soggetti privati — interessati alla vicenda del provvedimento da emanare — venivano minimizzati ovvero elusi in funzione della superiorità della discrezionalità amministrativa. A tal proposito, Federico Spantigati ha giustamente evidenziato che «la funzione, negli anni Cinquanta del Novecento fu individuata nel fine assegnato alla amministrazione» dalla legge, e «per

[483] La diversa accezione del principio di legalità sarà trattata più ampiamente nella postilla e nel capitolo finale.

[484] N. LONGOBARDI, *La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990. Una prima valutazione*, in Giustizia Amministrativa. Rivista di Diritto Pubblico, 5/2005, p. 20. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – II parte*, nella stessa Rivista, 1/2005, p. 4, si è spinto sino all'affermazione che «questo strumento, una volta generalizzato, ridurrà di gran lunga il contenzioso amministrativo, dando luogo a rapporti fondati su atti condivisi, dotati di stabilità». Tanto più il legislatore ha tenuto in considerazione le critiche mosse all'art. 11 co. 2, che si riferisce per l'appunto ai "principi" del codice civile "in quanto compatibili" (sul punto, *ex multis*, F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., p. 40), riferendosi nell'art. 1 co. 1-*bis* più precisamente alle "norme del diritto privato". Sul nuovo art. 1 co. 1-bis, v. L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in Diritto Amministrativo, 2/2006, pp. 353 ss., laddove l'Autore si riferisce alle diverse letture della disposizione, annotando che «un'interpretazione compiuta della norma potrà emergere solo a seguito della sua applicazione a vicende concrete e dipenderà (…) anche dalle opzioni degli operatori del diritto e dal sostegno che ad esse saprà dare la letteratura scientifica».

[485] G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., p. 2.

[486] V. Roherssen in rtdp, 1990. Rudolf Smend.

svolgere la funzione, l'amministrazione aveva a disposizione il procedimento, vale a dire la regolazione fatta dalla legge della attività dei differenti soggetti, e la discrezionalità, vale a dire la possibilità di tenere conto a propria libera discrezione di tali interventi», tanto più che «nel procedimento, i privati e le altre amministrazioni si inseriscono nella conduzione del problema giuridico gestita dalla amministrazione competente»[487] senza potervi contribuire e concorrere.

Si pensi ad una definizione del procedimento quale è stata offerta dalla Corte Costituzionale con la celebre sentenza 2 marzo 1962, n. 13, in cui i giudici avevano affermato esservi un "principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato" consistente nell'esigenza di un "giusto procedimento", fissato in una caratterizzazione teorica per la quale «quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue é quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico» (p.to 3 del Considerato in diritto)[488].

In quest'icastica definizione del procedimento amministrativo si riconosce la natura asimmetrica della relazione autorità/libertà, la predeterminazione dell'interesse pubblico mediante l'enunciazione di "ipotesi astratte" da parte del legislatore[489], l'insuperata confusione dei momenti legislativo ed esecutivo[490] ed infine la subordinazione dei "privati" alla

[487] F. SPANTIGATI, *Il rapporto tra le funzioni*, cit., pp. 334-5.
[488] Su cui V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in Giurisprudenza Costituzionale, 1962, pp. 130 ss. Sul principio del giusto procedimento v. anche le penetranti osservazioni di G. SCIULLO, *Il principio del "giusto procedimento" fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in Jus, 3-1986, G. ROEHRSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in Rivista di diritto processuale amministrativo, 1-1987.
[489] I giudici della Corte non potevano non avere in mente il contributo di Vezio Crisafulli alla definizione dell'indirizzo politico in quanto «predeterminazione dei fini ultimi e più generali, e quindi dei concreti atteggiamenti, dell'azione statale, ad opera dell'organo o degli organi a ciò competenti» (V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., pp. 91-2, ed in part. la nota n. 3 e p. 95). Bonucci, Il fine dello Stato, Roma, 1915, pp. 117 ss., 130 ss.; Romano, Diritto costituzionale, p. 9 e 58.
[490] Che si scorge anche nell''uso sintattico di un'unica coordinata per descrivere il rapporto tra legge e procedimento, nel nome del principio di legalità dell'azione amministrativa; in fondo, «l'interesse della collettività costituisce un elemento il cui apprezzamento è riservato al

discrezionalità dell'Amministrazione, incaricata di imporre concretamente dei limiti alla libertà[491], accertando eventualmente l'entità dell'impatto della regola sulla vita sociale ("dopo aver fatto gli opportuni accertamenti"); e per quanto riguarda il riferimento finale alla "collaborazione nell'interesse pubblico" tra Stato e cittadini, si capisce già dalla formulazione che si tratta di una collaborazione coreografica, appunto nel nome di un interesse pubblico già astrattamente determinato dal legislatore, il cui contenuto non è passibile di modifiche per effetto della partecipazione dei cittadini al procedimento[492]. Senza contare che, come ha sottolineato Vezio Crisafulli commentando la sentenza in oggetto, a proposito del principio del contraddittorio, «può essere dubbio se ed entro quali limiti sia estensibile oltre la materia dei ricorsi amministrativi, a meno di non richiamarsi anche qui all'art. 97 Cost., in rapporto specifico con il quale, come è noto, è stato di recente ripreso e sviluppato in dottrina, sebbene piuttosto come esigenza di politica legislativa ai fini di una non illusoria realizzazione della "imparzialità" e del "buon andamento" dell'amministrazione, che non come principio positivamente dotato di valore normativo»[493]. Infatti, il contenuto recessivo del principio del

---

"legislatore", nel decidere quali apparati amministrativi costituire e con quali scopi ad essi attribuiti, nonché nel decidere quali eccezionali poteri imperativi costituire, ed alla competenza di quali autorità affidarli» (G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, p. 226).

[491] F. SPANTIGATI, *Il rapporto tra le funzioni*, cit., p. 332.

[492] La raffigurazione della figura procedimentale per effetto della giurisprudenza della Corte Costituzionale risulta «pressoché costantemente riferita alle limitazioni derivanti dall'intervento pubblico nei confronti dei diritti dei privati», e «l'idea procedimentale dell'azione amministrativa, a questa stregua, si fonda su di un rapporto legge-amministrazione per il quale la astratta disposizione normativa, prevedente il sacrificio della sfera privatistica, si completa con un intervento amministrativo a struttura procedimentale, idoneo a comprendere attività pubblicistiche di tipo istruttorio o consultivo, ma anche ad accogliere le ragioni del privato interessato» (N. MARZONA, *Sulla individualità costituzionale dell'amministrazione*, in Diritto pubblico, 1-1996, p. 121). Le quali ragioni, però, non assumono nemmeno la funzione di vincolo all'attività del legislatore ordinario, ma soltanto a quella del legislatore regionale, dacchè costituiscono non un principio costituzionale, bensì un principio generale dell'ordinamento. Sul punto, cfr. le sentenze 20 marzo 1978, n. 23; 21 marzo 1989, n. 143; 30 gennaio 190, n. 5; 1 febbraio 1982, n. 7; 12 maggio 1982, n. 91;29 luglio 1982, n. 148; 10 ottobre 1983, n. 301; 25 ottobre 1985, n. 234; 19 dicembre 1986, n. 270; 27 giugno 1986, n. 151; ecc.

[493] V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, cit., p. 142. Il riferimento di Crisafulli è a C. Esposito, Riforma dell'Amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini, in La Costituzione italiana. Saggi, Padova, 1954, p. 257. Il ragionamento dei giudici, al punto quarto del Considerato in diritto sembra confermare l'argomentazione, pertanto lo riporta integralmente: «è un fatto consueto che le leggi, quando impongono obblighi o divieti, e specialmente quando comminano delle sanzioni, apprestano un sistema tale che sulla base di esso gli obbligati possano consapevolmente adeguare il proprio comportamento alla norma ed assumere le proprie responsabilità. E quando le leggi conferiscono dei poteri all'autorità amministrativa agli effetti della limitazione dei diritti, le leggi stesse, di regola, stabiliscono che l'interessato sia messo in grado di esporre le proprie ragioni davanti alla stessa od altra autorità

contraddittorio (*audi et altera pars*), o per lo meno di partecipazione all'istruttoria procedimentale da parte dei cittadini interessati è stato confermato dalla medesima Corte a più di quindici anni di distanza, con sentenza 20 marzo 1978, n. 23, laddove si è sostenuto che «il cosiddetto principio del giusto procedimento (in vista del quale i soggetti privati dovrebbero poter esporre le proprie ragioni, prima che vengano adottati provvedimenti limitativi dei loro diritti) non può considerarsi costituzionalizzato; all'opposto, fin dalla sentenza 2 marzo 1962, n. 13, la Corte ha rilevato che la esigenza in questione é stata molte volte derogata dal legislatore statale, dal momento che esso non é vincolato — diversamente dai legislatori regionali — "al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, quando questi non si identifichino con norme o principi della Costituzione"» (p.to 5 del Considerato in diritto)[494].

---

amministrativa, specialmente prima che gli sia inflitta una sanzione. Questi principi che, in relazione a determinati tipi di precetti e di sanzioni, hanno veste di norme costituzionali (artt. 24 e 25), rispetto ad altri precetti e ad altre sanzioni costituiscono dei punti costanti di orientamento nella legislazione e nella interpretazione ed applicazione che delle leggi fanno la giurisprudenza e la prassi: detti punti di orientamento hanno i titoli per essere considerati come facenti parte dei principi dell'ordinamento giuridico dello Stato». Giova peraltro ricordare anche le successive frenate della giurisprudenza di costituzionalità sul punto dell'"esigenza di un giusto procedimento", nelle sentenze 6 luglio 1965, n. 59, e 30 dicembre 1972, n. 212.

[494] Giurisprudenza poi seguita, ad esempio, nella sentenza 25 ottobre 1985, n. 234, in cui, nella parte conclusiva delle considerazioni della Corte si può leggere esemplificativamente che «il disposto dell'art. 97 Cost. si prefigge — nella direttiva costituzionale per la regolamentazione delle pubbliche attività, obiettivate a conseguire buon andamento ed imparzialità — la predisposizione di strutture e di moduli d'organizzazione, volti ad assicurare, appunto, ed attraverso questa, un'ottimale funzionalità. Il che non esclude che il legislatore ordinario possa indirizzarsi anche verso altri (e in aggiunta) canoni di garanzia, oltre quello della organizzazione la più corretta: fra questi, la cosiddetta procedimentalizzazione dell'amministrazione, giusta modelli contenziosi o paracontenziosi cui, in effetti, sembrano tendere concretamente le richieste in causa. Orbene, con norme di condotta troppo eccessivamente minuziose, imposte alla amministrazione pubblica, lungi dall'ottenersi sempre fattiva garanzia, potrebbero, invece, sussistere inconvenienti, anche gravi, di ristagno. Ma a tacer di ciò, é certo — in ogni caso — che il dovere di adesione obbligatoria a modelli di procedimento amministrativo del genere, con la attiva partecipazione concomitante perenne, cioé, dei soggetti privati, non é desumibile dalla disposizione dedotta (art. 97), non potendosi ravvisare costituzionalizzato, per le considerazioni più sopra esposte circa la portata dell'invocato parametro, il cosiddetto principio del "giusto procedimento"». Sull'argomento v. ad esempio G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., p. 75. In seguito, in tema di espropriazioni per causa di pubblica utilità, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Satto, con sentenza 15 settembre 1999, n. 14, ha affermato "che il giusto procedimento, ove attuatosi nell'ambito della dichiarazione di pubblica utilità, non ha ragion d'essere nell'occupazione d'urgenza. Ciò non tanto perché vi osti il presupposto dell'urgenza. Ogni approvazione del progetto di un'opera pubblica equivale *ope legis* a dichiarazione di urgenza ed indifferibilità, mentre l'urgenza che costituisce impedimento alla comunicazione dell'avviso del procedimento è un'urgenza qualificata. Ma piuttosto perché il giusto procedimento ha ragion d'essere nell'ambito della dichiarazione di pubblica utilità, che conserva momenti di scelte discrezionali, ma non più nell'ambito dell'occupazione d'urgenza, meramente attuativa dei provvedimenti presupposti". Rispetto a questa pronuncia, si può osservare e valutare positivamente l'apertura al contraddittorio della procedura volta alla determinazione della nozione di "pubblica utilità", mentre si può criticare l'esclusione del modulo del "giusto procedimento" dalla fase esecutiva relativa all'azione occupativi, come fa Massimiliano Alesio, constatando che «momenti di scelte discrezionali sussistono anche

Tutto questo per esemplificare il rapporto tra soggetto attivo e soggetti passivi della funzione amministrativa; il diritto amministrativo, infatti, inteso in quanto «complesso delle norme che disciplinano essenzialmente l'espletamento della funzione amministrativa», è da intendersi perlopiù come una disciplina improntata «alla fondamentale superiorità del soggetto pubblico rispetto al soggetto privato, superiorità che si traduce sia nella superiorità di valore di quegli interessi (interessi pubblici) che gli enti pubblici sono chiamati a realizzare, sia nella possibilità che questi soggetti pubblici, appunto per la realizzazione di questi interessi pubblici, possano godere di poteri giuridici idonei a produrre effetti, per volontà unilaterale dell'ente, anche sulla sfera giuridica dei soggetti privati»[495].

E di certo la mera "dequotazione" della fonte provvedimentale, autoritativa, realizzata dalla più volte citata legge 241, non è sufficiente ad invertire quella tendenza pubblicistica che vede il potere scendere dall'alto verso il basso: ne è un chiaro segno il requisito del "pubblico interesse" che ancora figura tra gli elementi dell'accordo di cui all'art. 11, essendo allo stesso tempo motivo di recesso unilaterale da parte della pubblica amministrazione (art. 11 co. 4). Vi è peraltro chi ha affermato che «il richiamo espresso e solenne al pubblico interesse potrebbe peraltro, almeno in ipotesi, far ritenere che il legislatore abbia inteso elevarlo a "requisito" (secondo la terminologia dell'art. 1325 c.c.) dell'accordo, inserendolo nel profilo causale»[496].

---

nell'occupazione preliminare di urgenza»: tanto più, «se è vero che l'occupazione si presenta come un provvedimento a minor contenuto discrezionale rispetto alla dichiarazione di pubblica utilità, è pur vero che profili di valutazione non vincolata, sussistono in relazione al momento temporale di adozione dell'atto, nei confronti del quale il privato può avere un legittimo interesse a realizzare un contraddittorio collaborativo con la Pubblica Amministrazione» (M. ALESIO, *Il giusto procedimento espropriativo secondo gli orientamenti dell'adunanza plenaria (nota a C.d.S., Ad. Plen., n. 14/1999 e n. 2/2000)*, in Lexitalia.it. Rivista Internet di diritto pubblico, consultabile presso l'U.R.L. *http://www.lexitalia.it/articoli/alesio_partecipazione.htm#up*. Cfr anche, nella medesima Rivista elettronica il commento di M. BORGO, *Il "giusto procedimento espropriativo". Prime riflessioni sulla sentenza 15 settembre 1999 n. 14 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, reperibile presso *http://www.lexitalia.it/articoli/borgo_adplen44-99.htm*).

[495] R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pp. 18-9. In questa accezione, dunque, si può affermare, con Filippo Pizzolato, che «una tradizionale e purtuttavia persistente versione del principio di legalità ricollega la produzione normativa alla volontà ordinante, e per questo discendente, di un organo statale idonea a comporre in sé, in necessario isolamento rispetto alla conflittualità sociale, la volontà generale» (F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti*, cit., p. 386).

[496] Con il che, continua l'amministrativista de "La Sapienza", «se l'accordo in concreto non dovesse perseguire l'interesse pubblico, esso dovrebbe essere considerato nullo, ai sensi dell'art. 1418, comma 2 c.c.», con la conseguenza che «in tal caso, pertanto, l'amministrazione non dovrebbe recedere dall'accordo, né corrispondere alla controparte privata alcun indennizzo, ai sensi del comma quarto dell'art. 11: il recesso unilaterale è infatti espressamente previsto per il

D'altra parte, è anche da rilevare, con il giudice amministrativo[497], che per effetto degli istituti legati alla partecipazione procedimentale di cui agli artt. 7-8-9-10 della legge 241 (che raggiunge l'apice nel successivo art. 11, pur con tutte le osservazioni che sono state sollevate) è possibile pervenire alla codeterminazione dell'interesse pubblico nel caso concreto[498] — il che significa, però, da una parte che la definizione dell'interesse primario rimane in ogni caso di competenza del soggetto pubblico titolare della funzione di indirizzo, e dall'altra che il sistema[499] risulta ancora fortemente ancorato a quella nozione di discrezionalità del soggetto[500], aprendosi con difficoltà alla discrezionalità dell'attività amministrativa[501].

Da queste brevi ed incomplete riflessioni è agevole concludere che le riforme amministrative succedutesi a partire dagli anni Novanta, lungi dal risolvere il problema legato alla unilateralità della funzione amministrativa, non

---

caso in cui sopravvengano (diversi) motivi di pubblico interesse e non può applicarsi a motivi originariamente sussistenti, o, meglio, alla carenza originaria del pubblico interesse» (F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., p. 39); le modifiche apportate alla disposizione di cui si parla nel corso del 2005, peraltro, paradossalmente accentuano questo profilo di incertezza. Costituendo infatti il pubblico interesse un elemento o requisito essenziale dell'accordo, la carenza originaria di tale interesse non può che produrre la nullità dell'atto; ma, slegata la fattispecie dalla previsione normativa in seguito alla cancellazione dal *corpus* dell'art. 11 co. 1 della subordinazione dell'accordo sostitutivo alla disciplina stabilita dalla legge, è molto più semplice, in seguito a cambiamenti dell'indirizzo politico, che si prospetti anche la trasformazione ovvero il venir meno del pubblico interesse nelle more dell'attuazione dell'accordo (e ciò varrebbe tanto più nei casi di obbligazioni che comportano esecuzioni continuate o periodiche: cfr. il corrispettivo art. 1373, co. 2 c.c.). Per questi motivi sarebbe stato auspicabile che nel corso delle modifiche impresse all'articolo in esame, il legislatore avesse cancellato l'intero periodo incidentale "*senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse*", insieme al primo, ripetitivo periodo "*In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10*", il che avrebbe prodotto non solamente una periodazione più densa ed efficace, ma sicuramente in grado di rifuggire gran parte delle ambiguità, risultando semplicemente: "*l'amministrazione procedente può concludere accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo*". Sulla ripetizione della norma contenuta nell'art. 1372 c.c., con riguardo alla inefficacia degli effetti dell'accordo nei confronti di terzi, cfr. F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., p. 38; sull'ambiguità del riferimento al pubblico interesse, in quanto in grado di resuscitare la superiorità del pubblico rispetto al privato, v. L. FRANZESE, *Simmetria e asimmetria nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione*, cit., ibidem.

[497] Ci si riferisce alla più volte citata sentenza del Consiglio di Stato, Sezione sesta, n. 2636 del 15 maggio 2002.

[498] Il giudice definisce testualmente la partecipazione in quanto «tesa a stabilire nel caso concreto quale sia l'interesse pubblico».

[499] Agli «insuperabili limiti del sistema», avuto riguardo alla giurisprudenza costituzionale e comunitaria, si riferisce G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione per accordi*, in Giustizia Amministrativa, 1/2005, p. 149.

[500] F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., pp. 46-7, laddove si spiega che «la scelta che l'amministrazione deve operare tra l'agire per accordi e l'agire per provvedimenti (laddove ovviamente il consenso del privato non è necessario) è per essa una scelta discrezionale (sul quomodo) che va operata secondo il solito criterio dell'interesse pubblico».

[501] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 12.

hanno fatto altro che sollevare, ancora una volta, il velo che nasconde uno tra i punti più controversi dell'intera vicenda: le modalità di determinazione dell'interesse pubblico[502].

[502] Infatti, la stessa sentenza del Consiglio di Stato citata nella note precedenti, afferma che «l'atto autoritativo non è più il solo strumento della cura di interessi pubblici, essenziale è il fine pubblico, fungibili sono gli strumenti attraverso cui perseguirlo (…), il diritto privato assunto dalla sfera pubblica» rivelandosi «in sé neutro strumento organizzatorio (e si pensi al fenomeno delle società miste) o modulo convenzionale o pattizio dell'agire amministrativo (accordo ex art. 11 della legge n. 241/1990) utilizzabile, nei casi previsti della legge ed entro i limiti di meritevolezza dell'art. 1322 cod. civ.». Tutto sta, poi, a decidere le modalità attraverso le quali risulti concretamente possibile sindacare il tipo di potere esercitato dalla pubblica amministrazione, la cui valutazione non può certo limitarsi ad espedienti processual-amministrativi intervenienti *ex post*, quando il potere, cioè, sia già stato esercitato: impressione accentuata dal testo dell'art. 1-*bis* della legge 241 riformata: "*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*" — problema non eminentemente teoretico, come si cercherà di spiegare nell'ultimo capitolo.

POSTILLA

La legalità: inversione e conversione di un principio. Il contributo del diritto costituzionale

SOMMARIO — 1. PREMESSA. — 2. *TOPICHE* DELLA SUSSIDIARIETÀ. — 2.1. IL POTERE SOSTITUTIVO. — 2.2. L'ART. 118 COST. NELLA SUA NUOVA FORMULAZIONE ED IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ VERTICALE. — 3. — L'INTESA ED IL COORDINAMENTO STATO-REGIONI IN UN'ORACOLARE SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE. — 4. — DIRITTO COSTITUZIONALE E DIRITTO AMMINISTRATIVO.

1. *Premessa* — Se è vero, come argomenta Paolo Ridola, che la combinazione di federalismo e sussidiarietà ha seguito un percorso affatto distinto e disallineato rispetto alla evoluzione delle tradizionali teorie contrattualistiche[503], allora l'analisi della giurisprudenza della Consulta — a partire dalla celebre e discussa sentenza 303/2003 — intorno all'art. 118 Cost., non può prescindere da uno sguardo teorico generale sulla questione, sino ad intrecciare i problemi pratici posti dal confronto tra principio di legalità e sussidiarietà.

Nondimeno risulta particolarmente denso di interesse, ed è necessario farvi cenno sin d'ora, il rilievo per cui l'interpretazione della sussidiarietà di tipo verticale, come fornita a più riprese dai giudici della Corte Costituzionale[504], si pone in una prospettiva aliena rispetto alla versione, *classica*[505], della sussidiarietà orizzontale.

---

[503] Ci si riferisce in particolare a P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica*, in A. CERVATI-S. PANUNZIO-P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Torino, 2001, pp. 193 ss.

[504] A partire, si direbbe, dalla sentenza 14 dicembre 1998, n. 408, , in cui i giudici affermano che «il ricorso a clausole generali, come quella ben nota della "organicità" nel conferimento di funzioni (cfr. art. 1 della legge n. 382 del 1975), o quelle impiegate dal legislatore delegante nella legge n. 59, accompagnate dall'indicazione di principi come quelli di sussidiarietà, completezza, efficienza ed economicità, responsabilità e unicità dell'amministrazione, omogeneità, adeguatezza, differenziazione (art. 4, comma 3, lettere a, b, c, e, f, g, h), appare

Tanto da far credere che, depredata del suo substrato politico-filosofico, ridotta a mero meccanismo operativo di distribuzione del potere in senso gerarchico per motivi di efficacia ed efficienza dell'azione[506], la sussidiarietà si riduca a estensione plastica del polo teoretico-culturale del contrattualismo: «il punto cruciale è che il principio di sussidiarietà privilegia il livello di governo più prossimo ai cittadini, non in nome di un semplice decentramento amministrativo, ma in adesione ad una visione della creazione dell'ordinamento compendiabile nell'idea della *socialità del diritto*»[507].

Ciò che si crede rappresentare al meglio l'idea di sussidiarietà è la commistione delle dinamiche verticale ed orizzontale, che potrebbe condurre ad una situazione per cui, «nel valutare la capacità dei privati di svolgere attività di interesse generale, l'ente competente secondo il principio di sussidiarietà verticale dovrà svolgere analoghe considerazioni in ordine all'adeguatezza del privato ed all'opportunità dello svolgimento in forma unitaria (cioè mediante affidamento ad un solo soggetto) ovvero da parte di più soggetti (quindi ricorrendo a forme di accreditamento di operatori che agiranno in concorrenza)»[508].

---

coerente con un disegno di decentramento che non mira a modificare questo o quel riparto specifico di funzioni e di compiti, ma a ridisegnare complessivamente ed in modo coerente l'allocazione dei compiti amministrativi fra i diversi livelli territoriali di governo» (p.to 5 C.I.D.).

[505] Sul pensiero classico come ambito in cui si manifesta l'*ordine dell'essere*, cfr. D. COCCOPALMERIO, *Il Tesoro giuridico. Persona umana, «jus» e «lex»*, Cedam, 1988, p. 103. Icasticamente pone la distinzione teoretica classico/moderno Elvio Ancona che, in margine ad un Convegno annota sinteticamente: «mentre il pensiero moderno, nonostante le sue pretese all'esclusiva di un'integrale criticità, ha il suo limite invalicabile nell'assunzione pregiudiziale del matematismo e del meccanicismo, la metafisica classica, attuando una posizione di indagine assolutamente problematica, riesce a far emergere la condizione genuinamente indigenziale dell'uomo e la necessità ideale di un principio primo che ne soddisfi effettivamente l'aspirazione» (E. ANCONA, *Uomo e società nella filosofia di Marino Gentile. Riflessioni in margine ad un convegno*, in Rivista Italiana di Filosofia del Diritto, aprile/giugno 1998, p. 306).

[506] Di questo avviso risulta Pizzetti, che nota come «il ricorso al principio di sussidiarietà significa oggettivamente porre al centro del sistema complessivo un punto fermo, e uno soltanto: il cittadino»; ma, disumanizzando il dato giuridico, o in altre parole «senza questo punto fermo, il principio di sussidiarietà perde ogni significato e si trasforma solo nel pallidissimo e debolissimo principio della migliore efficacia ed efficienza dell'azione da realizzare per il raggiungimento di fini ed obiettivi predefiniti» (F. PIZZETTI, *Il principio di sussidiarietà nell'Unione Europea e in Italia tra retorica e realtà: il rispetto del cittadino di fronte alle nuove esigenze di democrazia*, in V. ANGIOLINI-L. VIOLINI-N. ZANON (a cura di), *Le trasformazioni dello stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, Milano, 2002, p. 184 et passim). V. anche G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in Jus. Rivista di scienze giuridiche, 2-2004, p.171.

[507] Infatti «il principio di sussidiarietà mira, come è noto, a dare riconoscimento pubblico alla ricchezza delle autonomie sociali ed istituzionali che colmano lo spazio tra individuo e livello politico(statale)» (F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in Politica del diritto, 3/2006, pp. 391-2).

[508] D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, p. 30.

Del resto, una completa ricognizione dell'argomento non può prescindere dalla presa in considerazione del binomio pubblico-privato, al fine di metterne in seria discussione il fondamento legittimante la supposta intrinseca contrapposizione: tale asserzione trova una valida ragion giustificativa nelle riflessioni *a contrario* suscitate dalle letture della dottrina dominante, che con piglio aprioristicamente geometrico-deduttivo oppone frontalmente sussidiarietà e solidarietà[509] — considerando la seconda alla luce delle esperienze democratiche e costituzionali novecentesche, apripista del c.d. *Welfare State*[510].

Nell'ottica del positivismo giuridico la nozione di sussidiarietà assumerebbe la forma di uno squarcio nel cielo stellato[511] delle prerogative del soggetto pubblico, richiedendo un ripensamento delle categorie nucleari del fenomeno giuridico, costituenti la base della costruzione dello Stato moderno.

Così la sussidiarietà verticale farebbe pensare alle ipotesi di frammentazione delle funzioni pubbliche in centri di potere (e responsabilità)

[509] Interessante, a tal proposito, è la posizione di Michele Scudiero, che a conclusione di un intervento ad un Convegno sulla riforma costituzionale spiegava dapprima che i caratteri fondanti il modello di stato federale dovrebbero essere integrati, nel nostro ordinamento «in una trama essenziale di valori enunciati nella forma di dichiarazioni immodificabili di principi costituzionali», per poi terminare annotando che «a questo tessuto fondante dell'ordinamento di certo appartengono il valore e il principio di unità dell'ordinamento giuridico statale, sussidiarietà, solidarietà, la leale cooperazione, uguaglianza, tutela dei diritti di libertà e non meno delle posizioni deboli mediante un ricco patrimonio di diritti sociali» (M. SCUDIERO, *Intervento*, in G. BERTI-G. C. DE MARTIN (a cura di), *Le Autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale. Atti del convegno*, Milano, 2001, p. 54).

[510] L'accenno alle esperienze di Welfare State è essenziale, in quanto buona parte della dottrina sostiene l'inammissibilità di una valorizzazione del principio della sussidiarietà, sino a considerarne la pericolosa attitudine disgregativa, degenerativa degli istituti solidaristici fondanti lo Stato Sociale. A tal proposito, paradigmatica è la posizione di Daniele D'Alessandro intorno all'ult. co. dell'art. 118 Cost., che pur attribuendo alla sussidiarietà ruolo e posizione determinante nell'ordinamento giuridico, al contempo afferma in modo riduttivo che «il canone sistematico, centrale strumento ermeneutico in un'interpretazione per principi qual è quella costituzionale, e la regola aurea della pacifica coesistenza dei diritti fondamentali escludono la possibilità di cedere alla tentazione di fare della sussidiarietà, nelle due espressioni complementari, orizzontale e verticale, il criterio guida dell'intero assetto della dinamica pluralista, anche ad evitare il rischio che, sotto l'apparente incontestabilità del rilievo dell'assunzione delle attività di interesse generale da parte dei privati, si tenti di elidere le responsabilità pubbliche, riducendo non solo l'area di operatività, quanto le ragioni stesse della fondazione dello Stato Sociale» (D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, cit., pp. 62-63). Il rischio di «perdita di valori e di spazi di tutela degli interessi a soddisfazione necessaria», di cui l'Autore parla nel prosieguo, più che un esito dovuto alla patologica «erosione delle competenze pubbliche» (ID, cit., p. 63), sembra la logica conseguenza di una concezione ordinamentale dominata da un unico centro di regolazione, il pubblico, contrapposto ad un unico destinatario di quelle regole, il privato, accomunati dalla pretesa di unicità e simili nella comune struttura (totalizzante) della volontà.

[511] Sul più celebre "squarcio", in ambito letterario, Luigi Pirandello, Il fu Mattia Pascal.

sempre più numerosi e dotati di sempre più ampie zone di autonomia[512] — si pensi soltanto alle Autonomie funzionali e alle Autorità amministrative indipendenti — e dall'altro lato, la sussidiarietà di tipo orizzontale costituirebbe un rovesciamento "rivoluzionario"[513] di ruoli e funzioni, rimettendo in discussione la rappresentazione iconografica dei tre protagonisti principali della scena ordinamentale: cittadini formazioni sociali intermedie poteri pubblici.

Tal grumo di soggetti si vorrebbe sciogliere pel tramite di uno sguardo an-ipotetico e non-convenzionale alla vicenda della riallocazione verticale dei poteri così come emergerebbe dalle intenzioni del legislatore italiano e dal suo recepimento ad opera di dottrina e giurisprudenza[514].

---

[512] A tal proposito appare essenziale notare come l'epifania della nozione su riportata «segna la fine dello Stato come ente a fini generali nonché della legge come atto a competenza generale, per porre in essere la quale diviene invece cruciale identificarne una solida e comprovata giustificazione, volta a dimostrare che l'intervento normativo di un certo livello di governo si fonda su comprovate incapacità od efficienze del livello ad esso immediatamente inferiore» (L. VIOLINI, *Federalismo, regionalismo e sussidiarietà come principi organizzativi fondamentali del diritto costituzionale comune europeo*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002, Vol I, p. 122).

[513] Il termine "rivoluzione", nella sua accezione di moto astrale, è una nozione che imprime una forma circolare al movimento del pensiero: lo annota L. ANTONINI, *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, Milano, 2005, sin dalle prime pagine del testo, e lo ricorda Lorenzo Ornaghi nella prefazione al volume stesso. *Rivoluzionaria*, infatti, sembra la riscoperta delle «virtù democratiche» insite nel motto dei coloni americani, a difesa della *liason* tassazione-rappresentanza; ed altrettanto sembra di poter dire ad Antonini, intorno all'intervento formulato dal *citoyen* Lavie nel corso di una seduta dell'Assemblea Nazionale francese del 1791. L'appello anzidetto — «abbiamo fatto la rivoluzione per essere i padroni dell'imposta», col quale sembra inaugurarsi, di fatto, un nuovo sistema di riscossione, universale, accentrato e burocratico-razionale — non ha certo perso lo smalto dell'attualità. L'antico cruccio della rappresentanza ritorna a manifestarsi, oggi, con insistenza per misurarsi con fenomeni del tutto nuovi, come la globalizzazione, le istituzioni comunitarie, la crisi degli organi legislativi nazionali, il declino dell'idea di sovranità (p. 109).

[514] Il tema della sussidiarietà verticale rientra tra i principi cardinali della riforma del Titolo Quinto della Costituzione; in particolare, ai sensi dell'art. 118 tutte le funzioni amministrative sono devolute *in primis* ai Comuni, salvo che, per esigenze di carattere unitario, vengano conferite alle Province, alle Città Metropolitane, alle Regioni, ed infine allo Stato; gli è che tale norma innova radicalmente la materia dei rapporti tra Stato ed Autonomie Locali, non fosse che la sua ambiguità consentirebbe un'interpretazione affatto flessibile. La flessibilità in parola, come si avrà modo di notare nelle pagine che seguono, opererebbe in senso restrittivo o estensivo a scapito del principio in esame, che non essendo una precisa *regula iuris*, bensì un'affermazione di carattere assiologico, risulta di incerta ed ondivaga applicazione; e comunque rimessa al vaglio oracolare delle decisioni della Consulta. In effetti, come ha messo recentemente in luce Daniele D'Alessandro, «gli interrogativi in ordine all'immediata portata precettiva, ovvero al carattere programmatico di alcune norme costituzionali, al centro dell'attenzione dottrinale e giurisprudenziale subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione, sono tornati di attualità in relazione all'attivazione delle competenze amministrative come ridisegnate dall'art. 118 Cost.» (D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, cit., p. 35). Non mancò d'altronde, già durante le discussioni svolte nell'ambito della Commissione per la Costituzione (c.d. "dei Settantacinque"), chi osservasse come «i primi articoli della Costituzione non possono essere delle norme concrete di pratica applicazione, ma delle direttive indicate al legislatore come un solco in cui egli debba camminare (…)» (L. BASSO, Prima Sottocommissione, discussione dell'11 settembre 1946, in S. M. CICCONETTI-M. CORTESE-G. TORCOLINI-S. TRAVERSA (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori*

Il complesso intreccio tra poteri sostitutivi del Governo e meccanismi di sussidiarietà sembra fornire in tal senso un'ottima chiave di lettura: in effetti, si crede, posta la linea retta ma incompleta — unilaterale e unidirezionale — che collega gli artt. 118 e 120 Cost., va considerata la possibilità di una convivenza si direbbe dialettica dei due termini: tanto da far dire che non può darsi sussidiarietà senza sostituzione[515] e viceversa.

Così, accanto allo studio dell'art. 118 Cost. si propone un breve *excursus* sul potere sostitutivo, dal suo ingresso nel testo della riforma del 2001, sino alla sua "attuazione" ad opera della legge c.d. La Loggia — al fine di evidenziare le possibili affinità relazionali.

2. *Topiche della sussidiarietà* — Il nuovo testo del Titolo Quinto, Parte Seconda della Costituzione, come modificato dalla Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, nomina il principio di sussidiarietà in due contesti: nell'art. 118 e nel secondo comma dell'art. 120 Cost.

Nella prima disposizione lo si presenta come un principio mediante il quale operare una allocazione ottimale delle funzioni amministrative: una vera e propria rottura con il passato parallelismo tra potere legislativo e competenze

---

preparatori della Assemblea Costituente, Roma, 1971, p. 338). E proprio con riferimento al "congelamento" di cui fu vittima la Carta del '48, imputava alla Magistratura una interpretazione elusiva della Costituzione — sottovalutando, forse, l'apertura contenuta nella sent. 1/1956 —, tale da snaturarne la enorme portata aggregante, N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1988, pp. 14-15. Sulla distinzione tra i diversi piani di normatività delle disposizioni contenute nel testo costituzionale, doveroso rimandare alle riflessioni di chi, come Calamandrei, avvertiva proprio nel «compromesso politico tra forze contrastanti» di cui fu sede la Costituente, l'origine di quella «distinzione giuridica che doveva dar luogo negli anni successivi a tante discussioni dottrinali e giudiziarie, tra norme precettive di attuazione immediata, norme precettive di attuazione differita e norme meramente programmatiche» (P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, Milano, 2000, pp. 10-24 ss.-59). Il risultato, stando al giurista e costituente fiorentino, nel campo dei rapporti etico-sociali, non poteva che ribadire il «carattere meramente programmatico» di quelle disposizioni, «in quanto esse, più che la proclamazione di diritti già esistenti, sono soltanto promesse di un graduale rinnovamento della società, che dovrebbe svolgersi attraverso un lungo lavoro legislativo di riforme a lungo respiro» (ID., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., p. 75). Similmente, Livio Paladin constatava che la novità del diritto comunitario, tra le altre, è proprio che le norme elaborate a livello europeo stabiliscono soltanto obiettivi per gli Stati membri, dal momento che le competenze comunitarie non sono «staticamente e rigidamente concepite» (L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 430); tale lettura trova a tutt'oggi conforto nella lettera degli artt. 2-3-4-5 del TCE — nel quale ultimo si dice che «la Comunità agisce nei limiti (…) degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato» —, art. 2 TUE, e nelle disposizioni del Titolo I, Parte I del Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, intitolato significativamente alla *Definizione e obiettivi dell'Unione*, elencati nell'art. 3, il quale, al par. 5, afferma che questi «sono perseguiti con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze attribuite all'Unione nella Costituzione».

[515] Laddove la sostituzione non può assumere soltanto la direzione ascensionale: nel principio di *subsidium* è chiaramente implicita una sorta di responsabilità e progettualità sostitutiva diffusa.

amministrative[516], posto che l'elencazione tipologica delle materie di cui all'art. 117 Cost. non si presenta quale presupposto operativo della allocazione sussidiaria di cui all'art. 118 Cost.

Nel secondo articolo citato, il principio suddetto viene riportato in qualità di criterio interpretativo della ragionevolezza dell'atto con cui il Governo si sostituisce agli organi regionali provinciali comunali e delle città metropolitane.

A questo proposito non si può celare che il concetto di cui si va parlando è criterio applicativo del potere sostitutivo insieme al parallelo principio di leale collaborazione tra diversi livelli di potere, la quale peraltro costituisce un elemento (strutturale) portante della sussidiarietà verticale intesa in una prospettiva cooperativa e non certo "rivalitaria".

2.1. *Il potere sostitutivo* — Il nuovo art. 120 Cost., al secondo comma, annovera una potestà sostitutiva[517] generale in capo al Governo, «nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali»[518].

---

[516] Nell'interpretazione del giudice di legittimità costituzionale, come si vedrà *infra*, lo stesso capovolgimento di questo parallelismo ha un sapore vagamente rivoluzionario, nel senso di aprire le porte a quella nozione rovesciata del rapporto amministrativo, messa in luce e tematizzata da Giorgio Berti nei suoi studi sulla funzione amministrativa societaria.

[517] La nozione di potere sostitutivo rimanda ad un intervento del potere centrale, al fine di ovviare a un'accertata inattività o incapacità di provvedere da parte degli organi periferici all'uopo preposti. Assente nel testo originario della Costituzione italiana, la sostituzione dello Stato nelle funzioni delle Regioni è stata introdotta dalla Corte Costituzionale, avuto riguardo all'espletamento degli obblighi comunitari — con sent. 142/1972 (Pres. Chiarelli, red. Mortati), il cui presupposto è che «ogni distribuzione dei poteri di applicazione delle norme comunitarie che si effettui a favore di enti minori diversi dallo Stato contraente (che assume la responsabilità del buon adempimento di fronte alla Comunità) presuppone il possesso da parte del medesimo degli strumenti idonei a realizzare tale adempimento anche di fronte all'inerzia della Regione che fosse investita della competenza dell'attuazione» (p.to 9 c.i.d.); in seguito l'istituto è stato parzialmente disciplinato dal legislatore (per mezzo dell'art. 6 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616). Ancora da citare le sentenze 81/1979 e 214/1985 (cfr. p.to 4 c.i.d.), che ne hanno esteso l'ambito di applicabilità, seguite a lunga distanza dalla disciplina generale contenuta nell'art. 5 del D.Lgs 31 marzo 1998, n. 112, relativa e agli *obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea*, ed al *pericolo di grave pregiudizio agli interessi nazionali*: nel caso di accertata inottemperanza, decorso il termine assegnato, l'atto sotitutivo è eventualmente integrato dalla nomina di un Commissario *ad acta* da parte del Consiglio dei Ministri

[518] L'articolo in questione non offre un quadro reale del campo d'intervento del governo; infatti ci si potrebbe chiedere avverso quale tipo di atti possa sussistere il potere sostitutivo, non essendo specificato. Nel silenzio della disposizione citata, si crede che la sostituzione vada

Ciò che si nota, *prima facie*, è sicuramente la vaghezza del richiamo al Governo e la poco sicura enumerazione delle situazioni di intervento — la cui pervasività potrebbe far pensare ad una riedizione del concetto di "interesse nazionale" quale presupposto di un intervento di sostituzione del Consiglio dei Ministri[519].

Il secondo comma citato termina con un impegno, posto in capo al Parlamento, a definire, con legge ordinaria «le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione».

Cionondimeno l'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*), che reca in rubrica il riferimento all'attuazione dell'art. 120 Cost., fornisce alcune modeste risposte e al contempo solleva ulteriori dubbi. Anzitutto si apprende che il potere sostitutivo non viene esercitato se prima non vi è stata comunicazione da parte del Governo di «un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari» (co. 1), e in ciò non vi è divergenza con la disciplina anteriore alla novella costituzionale; la decorrenza del termine può indurre il Consiglio dei Ministri, anche attraverso la nomina di un Commissario *ad acta*[520] — «sentito l'organo interessato» — ad adottare «i provvedimenti necessari, anche normativi»: ciò che esclude, come è stato invece affermato da più parti in dottrina, che l'intervento sostitutivo si intenda valido per i soli atti amministrativi.

In nome del principio di leale collaborazione, il primo comma prevede che alla riunione *ad hoc* del Consiglio dei Ministri partecipi il Presidente della Regione interessata, anche se la disposizione citata non ne tratteggia

---

applicata nei confronti dell'esercizio di funzioni legislative ed amministrative — si usano i due termini in senso volutamente generico.

[519] Richiamando, quindi, nella sostanza, l'interesse nazionale come disciplinato nella vecchia formulazione degli artt. 117 e 127.

[520] Il terzo comma specifica che tale nomina «deve tenere conto dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione»; inoltre l'attività del commissario dovrebbe essere contrassegnata da un dialogo costante e costruttivo con il Consiglio delle Autonomie Locali, ove costituito ex art. 123, IV co., Cost. In realtà l'ultimo periodo del terzo comma prevede un semplice incontro tra il Commissario ed il Consiglio che, stando alla disposizione, dovrebbe essere soltanto *sentito*, il che fa intendere l'assenza di misure atte a garantire una reale partecipazione delle parti interessate; proprio in nome del più volte richiamato principio di leale collaborazione, ed in virtù di una concezione dinamica del principio di sussidiarietà (su cui è d'obbligo un rimando a D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, cit., pp. 128 ss.) si crede che il provvedimento eventualmente adottato dal commissario debba essere concertato e motivato ai sensi dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonostante che esso possa essere inteso quale atto normativo o a contenuto generale.

definitamente il ruolo, e si può quindi credere che la suddetta partecipazione risulti meramente formale.

Il quarto comma della l. 131/2003, pur nella sua specificità, fa sorgere qualche dubbio intorno alla collocazione "toponomica" dello stesso secondo comma dell'art. 120 Cost., così come risulta dalla sua nuova formulazione: poiché il potere sostitutivo è esercitato dal Governo e non dal Parlamento — anche quando si tratti di atti a contenuto normativo — si crede che esso avrebbe dovuto trovarsi inserito nella Seconda Parte, Titolo Primo, Sezione Seconda della Costituzione, immediatamente dopo gli articoli 76 e 77; si parla infatti di intervento non procrastinabile e casi di «assoluta urgenza», che consentirebbero al Consiglio dei Ministri, «su proposta del Ministro competente, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali» di adottare le misure necessarie, «immediatamente comunicate alla Conferenza Stato-Regioni e alla Conferenza Stato-Città e Autonomie locali, allargata ai rappresentanti delle Comunità montane, che possono chiederne il riesame» (IV co.).

Inoltre, dal momento che le stesse finalità ordinamentali tutelate dall'art. 120 Cost. risultano estendibili arbitrariamente[521], si può mettere in dubbio la portata reale delle garanzie poste in capo agli organi toccati da un provvedimento sostitutivo d'urgenza: lo stesso riesame di cui si parla non avrebbe alcun valore dopo l'adozione dell'atto, in quanto la sua efficacia non verrebbe messa in discussione. Inoltre, a differenza dei decreti adottati ai sensi dell'art. 77 Cost., non vi sarebbe bisogno di una successiva conversione, con la conseguenza che l'atto sostitutivo potrebbe essere contrastato soltanto ricorrendo alla Corte Costituzionale — il che risulterebbe impossibile per i Comuni, le Città Metropolitane, le Comunità montane e le Province, che *ex* art. 127 Cost. non possono adire la Corte[522].

Infine il sesto comma desta interesse perché non consente l'emanazione di atti di indirizzo e coordinamento per le materie di competenza residuale e concorrente, anche se non limita la portata degli atti sostitutivi, i quali possono dunque essere adottati indipendentemente dall'ascrizione della materia considerata al terzo o al quarto comma dell' art. 117 Cost.

[521] Tanto da far credere che si tratti di un ripescaggio della nozione di interesse nazionale, espunta dal testo dell'articolo 117 Cost.

[522] Il caso, non proprio di scuola, si porrebbe qualora l'atto d'urgenza fosse stato adottato su iniziativa di una Regione, al fine di far intervenire il Consiglio dei Ministri in sostituzione di un Consiglio Comunale considerato inadempiente.

2.2. *L'art. 118 Cost. nella sua nuova formulazione ed il principio di sussidiarietà verticale* — Prima di sviluppare l'analisi intorno al recepimento del principio di sussidiarietà ad opera dei giudici costituzionali, si vorrebbero proporre alcune riflessioni intorno all'art. 118 Cost., primo e secondo comma, al fine di poterne tracciare un quadro più esauriente.

Benché alcuni Autori individuino il precedente illustre dell'art. 118 Cost. citato nella legge 8 giugno 1990, n. 142[523], è la legge 15 marzo 1997, n. 59 (*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa*) ad introdurre il principio di sussidiarietà in Italia; in particolare, la norma contenuta nell'art. 4, co. 3, lett. a), evidenziandone il contenuto verticale-gerarchico, menziona anche il suo aspetto orizzontale, restituendo alle disquisizioni della dottrina italiana non i brandelli di un'elaborazione in ambito europeo del suddetto principio, bensì un avvertimento ed una considerazione *tout-à-fait* peculiari[524].

Pur nel panorama di rapporti centro-periferia (connotato come è noto da un predominio incontrastato dell'istanza statual-centrale) la via italiana alla sussidiarietà si sarebbe distinta per la sua vocazione filosoficamente ben definita, coniugando le esigenze politico-amministrative di un efficace riparto delle competenze, con un'ispirazione spiccatamente solidaristica,

---

[523] In cui sarebbero peraltro confluiti alcuni dei principi introdotti dalla Carta Europea delle Autonomie Locali.

[524] Come sostiene Antonio D'Atena, «la legge Bassanini presenta dei rilevanti elementi di novità anche per quanto riguarda i principi in base ai quali intende orientare il processo di riallocazione delle funzioni da essa prefigurato», il punto è che «la novità della Bassanini è rappresentata dal fatto che in essa il principio di sussidiarietà non viene inteso in senso restrittivo, o, più esattamente, in senso soltanto "verticale" (con esclusivo riguardo cioè ai rapporti tra i diversi livelli territoriali di governo)», bensì «la legge ne dà infatti una lettura a tutto campo, intendendolo anche in senso "orizzontale"»: e la lettura *a tutto campo* supera l'impianto gerarchico delle fonti di ispirazione europea per dar vita ad una apertura del principio stesso, «estendendone la portata ai rapporti tra la statualità, complessivamente considerata, e la società civile» (A. D'ATENA, *La via legislativa alla riforma: la prima legge Bassanini*, ora in ID., *L'Italia verso il federalismo. Taccuini di viaggio*, Milano, 2001, p. 135). Di avviso contrastante Pizzetti, che legge la disposizione citata come uno svilimento del principio di sussidiarietà, «essenzialmente e pressochè soltanto concepito e utilizzato come un criterio di ripartizione di competenze tra livelli di governo», il che fa emergere «un criterio elastico, certo, e modernamente flessibile, ma pur sempre un criterio parziale e monco rispetto alla complessità e alla grande forza innovativa che può e deve avere il principio di sussidiarietà se correttamente inteso» (F. PIZZETTI, *Il principio di sussidiarietà nell'Unione Europea e in Italia tra retorica e realtà: il rispetto del cittadino di fronte alle nuove esigenze di democrazia*, in V. ANGIOLINI-L. VIOLINI-N. ZANON (a cura di), *Le trasformazioni dello stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, Milano, 2002, pp. 204-205).

conformemente alla dottrina sociale della Chiesa, ed agli insegnamenti di illustri giuristi e filosofi Costituenti, da Dossetti a Tosato, da Moro a La Pira sino a Basso — peraltro mal trasposti ed insufficientemente, ma non assenti, nei principi fondamentali dell'ordinamento come definiti dalla Costituzione del 1948[525].

Così la dimensione verticale della sussidiarietà è completata — ma non distinta — dalla sua declinazione in senso orizzontale, risentendo, in qualche modo, delle discussioni avviate in quello stesso periodo all'interno della Commissione Bicamerale per le Riforme Istituzionali.

Disquisizioni, come è noto, terminate con la stesura di due testi fondamentali, il primo licenziato il 30 giugno 1997, ed il secondo che porta la data del 4 novembre 1997.

A chi si avvicini, oggi, a quei progetti di riforma della Costituzione, balza immediatamente agli occhi la sostanziale distinzione rispetto all'effettiva opera di modifica del Titolo Quinto, Parte Seconda; non soltanto perché il testo uscito dal referendum del 2001 rispetta, quasi ossessivamente la struttura che doveva, viceversa, rimaneggiare — tanto da lasciare degli inspiegabili buchi nell'accidentato percorso dei numeri — ma, piuttosto, perché il progetto della Bicamerale si dimostrava già da subito di più vasto respiro.

Da una parte si considerava l'ordinamento nel suo complesso; dall'altra ci si limitava alla sfera dei rapporti intercorrenti tra lo Stato e gli enti e delle autonomie locali.

Si guardi il celebre articolo 56 del progetto del giugno 1997 e lo si confronti con il testo dell'articolo 118 Cost., nella sua attuale formulazione: la sensazione che se ne ricava è sconcerto di fronte ad uno svuotamento

[525] In effetti, di principio che «riguarda i rapporti paritari tra cittadini con i vari livelli di autorità ed è solennemente espresso nei primi quattro articoli della nostra Costituzione» e purtuttavia, «visto anche nei rappporti che si potrebbero definire su scale verticali e che emerge dal successivo art. 5, pur nominandolo espressamente, pure lo sottointende» parla F. BENVENUTI, *Disegno della amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, pp. 111-112; altrove, l'amministrativista veneto spiega che l'art. 5 Cost. è disposizione «di speciale momento perché vi si ammette che le autonomie sono "riconosciute" e non costituite dall'ordinamento statuale, che esse cioè hanno un proprio diritto di essere, diritto che è coevo con quello dello Stato, ma che da esso non discende» (F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Padova, 1996, p. 48). Di nucleo normativo che «concorre a fornire un nuovo modo di concepire la società e lo Stato» parla Occhiocupo, che attribuisce, in effetti, ai raggruppamenti sociali, il ruolo di «comunità storicamente esistite ed esistente, con carattere originario, secondo l'esperienza plurisecolare» (N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, cit, p. 85). V. anche M. Ruini, Relazione al Progetto di Costituzione della Repubblica italiana.

contenutistico inspiegabile se non attraverso la categoria *Ragion di Stato* che Francesco Gentile acutamente contrappone alla *Intelligenza Politica*.

Al fallimento dell'esperienza della Commissione Bicamerale si farebbe seguire il periodo di normalizzazione democratica, utile all'incubazione di nuovi progetti e modifiche[526].

In effetti, la norma contenuta nell'art. 3, co. 5, del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, rappresenta un passo indietro sulla via dell'affermazione di un regionalismo sussidiario ed asimmetrico: stante la vaga formulazione della prima legge Bassanini, il principio di sussidiarietà avrebbe potuto ricevere le più diverse applicazioni, mentre il citato articolo del TUEL ne limita fortemente la pervasività originaria[527].

Infatti, se Comuni e Province risultano titolari di funzioni conferite *ope legis* a titolo originario ovvero derivato, nessuna garanzia è rivolta alla giustiziabilità di quelle attribuzioni[528] dal momento che i succitati soggetti non possono adire il giudice costituzionale.

L'articolo 4 della legge costituzionale 3 /2001, che innova l'articolo 118 della Costituzione, si configura quale tentativo di operare un *bricolage* di disposizioni precedenti, affatto disomogenee ed inorganiche.

Il primo comma trae origine dall'articolo 4, co 3, lett a) della citata L. 59/97 e racchiude una clausola di apertura del sistema, un meccanismo cioè, per il quale il parallelismo tra funzioni amministrative e titolarità del potere legislativo — legato a filo doppio al principio di legalità — risulta vanificato e superato dalla previsione di una iniziale competenza generale dei comuni, favorendone quindi un'interpretazione vicina a quella che è stata definita come

[526] Ci si astiene dal commentare le modifiche costituzionali del 1999 e del 2001 e con le quali si è proceduto a razionalizzare la forma di governo delle Regioni ordinarie e di quelle ad autonomia speciale. Anche se quelle innovazioni possono essere spiegate quale conferimento della «forza politica e istituzionale necessaria per reggere la "crescita di ruolo" conseguente alla "crescita delle funzioni"», come spiega Pizzetti (F. PIZZETTI, *Relazione*, in G. BERTI-G. C. DE MARTIN (a cura di), *Le Autonomie territoriali*, cit, p. 32*)*, si tratta di modifiche poco incidenti sul sistema complessivo di riallocazione di funzioni e compiti, o meglio più facilmente inquadrabile quale riforma dimidiata, se e vero che sarebbe stato più utile inserirla in un contesto più vasto e conferente.

[527] L'articolo in questione recita: «I comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà. I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali».

[528] Le funzioni a titolo originario sono quelle, ad esempio, dell'articolo 13 e seguenti per il Comune e 19 e seguenti per la Provincia contenute nello stesso testo unico di cui sopra, mentre invece quelle a titolo derivato sono quelle conferite dalla legge statale o regionale, secondo il principio di sussidiarietà.

"amministrazione capovolta", con riferimento alla dottrina amministrativistica di Giorgio Berti.

Il secondo comma, ritagliato dalla legge sulle Autonomie locali, di cui sopra, sembra in grado di provocare invece una contrazione sistemica, condannando la disposizione di cui al primo comma, in sede giurisprudenziale, ad uno snaturamento — con elevati rischi di paralisi del meccanismo di attribuzione delle competenze.

Problematico si configura non soltanto il legame tra due disposizioni in sostanza poco coincidenti, ma pure il risvolto finanziario dell'articolo in esame.

Per comprendere la discussione legata alle decisioni giurisprudenziali, si crede di dover approfondire questi due aspetti.

Il primo punto da prendere in considerazione, al di là del cozzo (anche stilistico) che dissocia i periodi di cui è composto il nuovo articolo 118 della Costituzione, è quello della ridotta capacità di orientamento tra funzioni proprie, attribuite, conferite — e fondamentali, ex lett p), co 2, artt 117. E la confusione ingenerata dal legislatore costituente stupisce in misura ancora maggiore, laddove si pensi che già nel 1948 Massimo Severo Giannini, nello spiegare che per "*autonomia locale*" debba intendersi «che deve essere riconosciuta e garantita — possibilmente in sede costituzionale — agli enti locali la potestà di amministrare gli interessi che son loro propri in una sfera di libertà; che in sede di politica legislativa, deve essere dato agli enti locali ciò che è degli enti locali, e allo Stato ciò che è dello Stato, cioè deve esservi una distinta ripartizione di compiti e non già commistione di essi, o esercizio per conto, o addossamento di autorità di compiti altrui e simili»[529], avvertiva la necessità di distinguere «le funzioni proprie dei Comuni, cui essi provvedono a proprie spese, sotto un minimo di controllo, da quei compiti che essi svolgono per conto altrui, cui provvedono solo con le prestazioni dei servizi organizzativi e dei servizi dell'apparato, ma a spese altrui»[530].

L'interprete, in prima battuta, anche alla luce della lezione di Massimo Severo Giannini, potrebbe quindi sostenere una lettura tendente ad una possibile modulazione in senso minimale dei vocaboli, per cui ci si troverebbe di fronte ad una doppia coppia di sinonimi (*fondamentali=proprie* e *attribuite=conferite*),

[529] M. S. GIANNINI, *Autonomia locale e autogoverno*, ora in Storia Amministrazione Costituzione. Annale dell'I.S.A.P., 13-2005, p. 9.
[530] M. S. GIANNINI, *Autonomia locale e autogoverno*, cit., p. 23.

oppure respingerla, cercando di adottare, con piglio problematico, una prospettiva più analitica[531].

In questa direzione si muovono le acute osservazioni di Roberto Bin, che in effetti, dapprima legge il primo comma dell'articolo 118 come fosse un antecedente cronologico nell'allocazione delle competenze: nel senso che, «in altre parole, lo stato iniziale sarebbe che tutte le funzioni amministrative spettano ad un unico titolare, il Comune, cui sono "attribuite" dalla Costituzione stessa; poi, per ragioni di adeguatezza, alcune funzioni potrebbero essere "conferite" agli altri enti, su su sino allo Stato»[532].

Lo stesso Autore, in seconda battuta, propone una serie di considerazioni per cui le funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, comma 2, lettera p) Cost., sarebbero quelle "attribuite" da una legge statale o regionale (cfr. art. 118, secondo comma), per la cui applicazione varrebbe «il principio di uguaglianza tra gli enti dello stesso livello»; le funzioni proprie invece sarebbero sì attribuite da una legge statale o regionale, ma potrebbero presentarsi in veste differenziale, «in base al principio di adeguatezza tra gli enti dello stesso livello», essendo la differenziazione uno strumento operativo del principio di adeguatezza; infine le funzioni "conferite" sarebbero «il risultato del "moto ascendente" della sussidiarietà, ossia (...) le funzioni che, "per assicurarne l'esercizio unitario", possono essere "sottratte" ai Comuni (cui in principio tutte le funzioni amministrative sono attribuite) e collocate ad un livello più alto»[533].

Questa lettura, di cui si sposa l'intento problematico, si scontrerebbe, però, con una delle massime fonti di ispirazione del legislatore costituente del 2001, e cioè la stessa legge 15 marzo 1997, n. 59, che all'art. 1, co 1, stabilisce la sinonimia di conferimento, trasferimento, delega e anche attribuzione di

---

[531] R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in Le Regioni, 2/3-2002, p. 370.

[532] R. BIN, *Il nuovo Titolo Quinto: cinque interrogativi (e cinque risposte) su sussidiarietà e funzioni amministrative*, nel Forum Online di Quaderni Costituzionali, ora consultabile presso l'U.R.L. *http://www2.unifi.it/forumcostituzionale/index.html*; sarebbe appena il caso di notare che l'articolo da cui è tratta la citazione presente nel testo è stato scritto il 2/1/2002: alcuni mesi dopo l'entrata in vigore della Legge Costituzionale n. 3 del 2001, e comunque prima della sentenza n. 282 del 2002 con cui la Corte Costituzionale ha finalmente considerato le modifiche intercorse sul piano sistemico — a proposito della quale decisione D'Atena ha scritto che la Consulta «fa il suo mestiere, e, facendo il proprio mestiere fa qualcosa che, nel panorama generale, assume un sapore rivoluzionario: applica la nuova disciplina» (A. D'ATENA, *La Consulta parla…e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in Giurisprudenza Costituzionale, 3/2002, p. 2028).

[533] R. BIN, *Il nuovo Titolo Quinto*, cit., ibidem.

funzioni e compiti[534]; in realtà, stando ad una ricostruzione del testo in esame se ne potrebbe dedurre che l'attribuzione si porrebbe in effetti come cronologicamente precedente, nel senso che — seguendo la lezione di Roberto Bin — le funzioni amministrative apparterrebbero comunque, in via principale, ai Comuni. L'azione di conferimento interverrebbe successivamente, qualora risulti verificabile e verificata l'insufficienza (o l'impossibilità) dei Comuni stessi: soltanto a quel punto, con atto motivato, le medesime funzioni potrebbero essere esercitate da enti superiori, capaci di imprimere all'attività in questione l'esercizio unitario all'uopo necessario.

Resterebbe, sfruttando la risorsa essenziale di un'interpretazione analogica, un dubbio a proposito della definizione del rapporto intercorrente tra funzioni fondamentali funzioni proprie.

Ciò che non farebbe propendere per una loro coincidenza, è la lettura dell'art. 2 della (pur successiva) legge 5 giugno 2003, n. 131, che definisce le funzioni fondamentali, ex art. 117, co. 2, lett. p) Cost., come quelle funzioni «essenziali per il funzionamento di Comuni Province e Città metropolitane, nonché per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento» (co. 1), a cui andrebbero associate le «funzioni connaturate alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di ente, essenziali ed imprescindibili per il funzionamento dell'ente e per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento, tenuto conto, in via prioritaria, per Comuni e Province, delle funzioni storicamente svolte» (lett. b), co. 4).

Di qui si potrebbe argomentare che, sebbene minima, la distinzione tra funzioni proprie e fondamentali si giocherebbe sul crinale della storicità dell'esercizio: mentre sarebbero accomunate dall'essenzialità ed imprescindibilità dello svolgimento, e dallo stretto collegamento con la soddisfazione dei bisogni primari della comunità di riferimento[535], le funzioni proprie si caratterizzerebbero per la rintracciabilità storica dell'esercizio ad opera dello stesso ente.

Si suggerisce quindi di incrociare questa osservazione con l'analisi degli artt. 117 e 118 della Costituzione, di guisa che le funzioni proprie risulterebbero

[534] Dello stesso tenore l'art. 1, co. 4, del D.lgs 31 marzo 1998, n. 112, e l'art. 1 co. 2, del D.lgs 30 luglio 1999, n. 300, che associano i vocaboli trasferimento, delega, attribuzione e trasferimento.
[535] Il che significherebbe creare necessariamente un catalogo di bisogni primari diviso per zone geografiche.

essere soltanto quelle amministrative, della cui titolarità il parametro andrebbe ricercato nella storicità dello svolgimento, e cioè la consuetudine; mentre invece le funzioni fondamentali supererebbero il limite della competenza amministrativa concernendo tutti gli ambiti di potestà effettivamente concessa da leggi statali, afferenti però alla legislazione esclusiva.

In conclusione si potrebbe osservare, nella apparente disomogeneità delle disposizioni contenute nei primi due commi dell'articolo 118 della Costituzione, una presa di coscienza del legislatore.

In sostanza il discorso potrebbe essere riassunto nel modo che segue: nonostante l'ambizioso *incipit*, con l'apertura ordinamentale da esso provocata, si capisce che i Comuni non sarebbero in grado, almeno in un primo momento, di esercitare una gran parte delle funzioni ad essi implicitamente attribuite; per questo motivo si permette che esse vengano svolte da altri enti, compatibilmente alla loro capacità e struttura. Poiché l'idillio antico per il centralismo rischierebbe di trasformare il principio di sussidiarietà in uno strumento di attrazione magnetica delle competenze, a favore di Stato e Regioni, il secondo comma fa salve le competenze storicamente esercitate dagli enti minori — vengono in mente le funzioni «di interesse esclusivamente locale» di cui al vecchio articolo 118 , co 1, Cost. — ed al contempo chiarisce che, essendo lo Stato o la Regione, «secondo le rispettive competenze» a conferire la titolarità ad esercitare attività di tipo amministrativo, le funzioni attribuite, di cui in apertura, rimarrebbero relegate nell'ambito delle norme programmatiche. Destinate pertanto a ricevere un'applicazione soltanto residuale.

3. *L'intesa ed il coordinamento Stato-Regioni in un'oracolare sentenza della Corte Costituzionale* — Il discorso sull'interpretazione del nuovo Titolo Quinto, Parte Seconda della Costituzione ad opera della Corte Costituzionale, ed in particolar modo il tema della sussidiarietà, nel suo rapporto con il principio di legalità, si pone arduo[536].

Oltre ad essere corpose e magmatiche, le sentenze trattate contengono in effetti «alcune indicazioni idonee a proiettarsi ben oltre il pur vasto campo

[536] Di «difficoltà di mettere d'accordo la legalità con la sussidiarietà», parla Giorgio Berti: partendo dall'appunto per cui «la legalità fa parte di un ordine concettuale e storico diverso», l'insigne amministrativista sostiene che «ciò che alla fine emerge dalla sentenza è quasi un effetto del dovere di applicare la sussidiarietà, prima di affrontare la legalità» (G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, cit., p. 174).

coperto dalla revisione del Titolo Quinto fino ad investire questioni cruciali di ordine teorico che si situano al cuore del sistema e ne caratterizzano la dinamica interna complessiva»[537] — capaci quindi di arrecare non pochi problemi ad un'analisi incentrata sull'invenzione di principi, ma ben distante dalla consueta forma annotativa[538].

Uno dei motivi che più interessano, considerato l'argomento dei capitoli precedenti, è l'inversione e conversione del principio di legalità offerto dalla Corte, o meglio, il nuovo rapporto, che definirei sussidiario, tra amministrazione e politica, sul quale sarà il caso di ritornare dopo una breve esposizione della lezione fornita dal giudice di costituzionalità.

La storica sentenza 303 del 2003 prevede la trattazione congiunta di numerosi ricorsi, incentrati per lo più nella denuncia di illegittimità costituzionale della legge 21 dicembre 2001, n. 443 (c.d. legge obiettivo) per contrasto, principalmente, con gli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione[539].

In sostanza, come chiarisce la Corte (p.to 2.1 del c.i.d.), la sentenza in esame non può occuparsi della ragionevolezza insita nell'inserimento di singole opere pubbliche nell'elenco delle opere "di preminente interesse nazionale"; ciò che importa ai giudici ed alle ricorrenti è piuttosto «di accertare se il complesso *iter* procedimentale prefigurato dal legislatore statale sia *ex se* invasivo delle attribuzioni regionali; si deve cioè appurare se il legislatore nazionale abbia titolo per assumere e regolare l'esercizio di funzioni amministrative su materie in relazione alle quali esso non vanti una potestà legislativa esclusiva, ma solo una potestà concorrente» (ancora dal p.to 2.1 del c.i.d).

---

[537] A. RUGGERI, *Il parallelismo redivivo*, cit.

[538] A tal proposito, commentando la sentenza 303/2003, Adele Anzon annotava: «per la qualità e quantità dei temi affrontati e per l'importanza quantitativa e qualitativa della motivazione, la sentenza (...) mal si presta ad un mero e rapido commento a prima lettura», tanto più che la decisione presenterebbe «un taglio davvero enciclopedico, rappresentando una sorta di *summa* degli aspetti problematici cruciali del nuovo assetto costituzionale dell'ordinamento regionale»; l'opera dei giudici risulterebbe particolarmente impegnativa in quanto tesa a «costringere in un quadro sistematico e coerente un complesso normativo afflitto notoriamente da lacune, difetti e disarmonie» (A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni, (Nota a C. Cost. 1 ottobre 2003, n. 303)*, in Giurisprudenza Costituzionale, 5/2003, p. 2782).

[539] La Corte riassume il provvedimento contestato in questo modo: «si tratta di una disciplina che definisce il procedimento da seguire per l'individuazione, la localizzazione e la realizzazione delle infrastrutture pubbliche e private e degli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese» (p.to 2 del c.i.d., in giur cost 5-03, p. 2734); l'aspetto procedimentale, maggiormente contestato, rileva nella misura in cui siano previste delle forme di intesa o collaborazione con le Regioni interessate al provvedimento: a questo proposito i decreti legislativi di attuazione della succitata legge obiettivo (190 e 198/2002) e la legge 168/2002, prevedono in effetti un maggior grado di coinvolgimento delle Regioni, rispetto alle previsioni iniziali.

La risposta fornita dalla Corte si incarna in un sillogismo confezionato a bella posta, invertendo — e convertendo, appunto — il principio, antecedente la riforma, del parallelismo dei poteri.

In sostanza il ragionamento è il seguente: il nuovo articolo 117 della Costituzione sfrutta un sistema di allocazione del potere legislativo in virtù del quale vengono enumerate le competenze esclusive dello Stato — fissandone un *numerus clausus* di campi di intervento — ed anche le materie di competenza concorrente, mentre non sono nominate le materie di intervento delle Regioni, le quali, quindi, si appropriano di un numero non definito di competenze residuali; nonostante le ricorrenti sostengano che la limitazione dell'attività statuale alle materie di esclusiva competenza centrale (ex art. 117 co 2) ed alla fissazione di principi per la legislazione di tipo concorrente costituisca una ferrea garanzia per l'attività ed il ruolo delle Regioni, i giudici affermano che ciò significherebbe «svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni una deroga alla normale ripartizione delle competenze» — l'esempio fornito è la *Konkurrierende Gesetzgebung* tedesca e la *Supremacy Clause* statunitense[540].

Il collegio giudicante individua quindi nell'articolo 118 della Costituzione un istanza di flessibilità, laddove, riferendosi alle funzioni amministrative si introdurrebbe un «meccanismo dinamico» capace, in virtù del principio di legalità, di attrarre materie di competenza concorrente[541] —

[540] Ma i giudici della Corte, nel prosieguo vanno ancora più in là: a proposito della capacità, in capo allo Stato di porre in essere delle norme di dettaglio nelle materie di cui all'articolo 117, comma 3, si afferma: «non può negarsi che l'inversione della tecnica di riparto della potestà legislativa e l'enumerazione tassativa delle competenze dello Stato dovrebbe portare ad escludere la possibilità di dettare norme suppletive statali in materia di legislazione concorrente, e tuttavia una simile lettura dell'articolo 117 svaluterebbe la portata precettiva dell'articolo 118, comma 1, che consente l'attrazione allo Stato, per sussidiarietà ed adeguatezza, delle funzioni amministrative e delle correlative funzioni legislative come si è già avuto modo di precisare» (p.to 16 del c.i.d.) — cioè in base al principio di legalità dell'azione amministrativa, vero grimaldello dell'intera sentenza. Ancora, i giudici spiegano, per fugare ogni dubbio, che «la disciplina statale di dettaglio a carattere suppletivo determina una temporanea compressione della competenza legislativa regionale che deve ritenersi non irragionevole, finalizzata come è assicurare l'immediato svolgersi di funzioni amministrative che lo Stato ha attratto per soddisfare esigenze unitarie che non possono essere esposte al rischio della ineffettività» (ancora dal p.to 16 del c.i.d.)

[541] Si tratta cioè di quella "nuova" formulazione del parallelismo tra amministrazione e legislazione, che permette di scardinare, in via interpretativa, il "vecchio" rapporto tra funzioni; invero, mentre l'assetto costituzionale precedente alla riforma del 2001 «conteneva un principio di parallelismo fra potestà legislativa regionale (art. 117) e funzioni amministrative (art. 118) configurato sulla base del tradizionale assetto ricostruttivo, secondo il quale l'amministrazione costituisce attuazione o esecuzione del comando legislativo» (L. TORCHIA, *In principio sono le*

lasciando allo Stato non solo la precisazione dei principi cui la legislazione regionale deve attenersi, bensì la fissazione della normativa di dettaglio (cfr p.ti 2.1 e 2.2).

Viene però precisato che i principi di sussidiarietà ed adeguatezza possono costituire una deroga alla ripartizione di cui all'articolo 117 della Costituzione soltanto nel caso in cui siano rispettati tre parametri, e cioè che «la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata», che la stessa valutazione «non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità» e che infine la decisione finale «sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata», in modo da fare emergere un rapporto di leale cooperazione tra Stato e Regione[542].

Ciò che interessa, in primo luogo, è il terzo dei parametri di intervento citati, quello cioè che antepone allo svolgimento dell'attività da parte dello Stato, l'esperimento di una procedura di intesa; ciò comporta, come si può intendere, una procedimentalizzazione del principio di sussidiarietà verticale — non già quindi, un assunto statico da adottare quale parametro di costituzionalità, bensì una norma di azione, deputata a svolgere la funzione di fondamento giuridico minimo dell'attività amministrativa.

---

funzioni (amministrative): la legislazione seguirà (a proposito della sentenza 303/2003 della Corte Costituzionale, in Astridonline), la chiave di lettura offerta dalla Corte permette di rovesciare la nozione di subordinazione dell'amministrazione alla politica, introducendo così una riflessione di teoria generale che deve essere sviluppata al fine di chiarirne la portata.

[542] Al punto 2.2 del c.i.d. i redattori specificano: «Una volta stabilito che, nelle materie di competenza statale esclusiva o concorrente, in virtù dell'art. 118, primo comma, la legge può attribuire allo Stato funzioni amministrative e riconosciuto che, in ossequio ai canoni fondanti dello Stato di diritto, essa è anche abilitata a organizzarle e regolarle, al fine di renderne l'esercizio permanentemente raffrontabile a un parametro legale, resta da chiarire che i principî di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel Titolo V e possono giustificarne una deroga solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata. Che dal congiunto disposto degli artt. 117 e 118, primo comma, sia desumibile anche il principio dell'intesa consegue alla peculiare funzione attribuita alla sussidiarietà, che si discosta in parte da quella già conosciuta nel nostro diritto di fonte legale. Enunciato nella legge 15 marzo 1997, n. 59 come criterio ispiratore della distribuzione legale delle funzioni amministrative fra lo Stato e gli altri enti territoriali e quindi già operante nella sua dimensione meramente statica, come fondamento di un ordine prestabilito di competenze, quel principio, con la sua incorporazione nel testo della Costituzione, ha visto mutare il proprio significato. Accanto alla primitiva dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai Comuni, è resa, infatti, attiva una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente ad essa di operare non più come ratio ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie».

Sembra inoltre che soltanto la resa procedimentale del principio di sussidiarietà ne possa garantire — sempre che venga tutelato anche formalmente il comporsi dialettico del contraddittorio dell'istanza, come si vedrà tra poco — il corretto svolgimento.

Proprio per questo motivo la Corte Costituzionale sostiene con forza la posizione per cui «l'esigenza costituzionale che la sussidiarietà non operi come aprioristica modificazione delle competenze regionali in astratto, ma come metodo per la locazione di funzioni a livello più adeguato, risulta dunque appagato dalla disposizione impugnata nella sua attuale formulazione» (p.to 4.1).

Si assiste, insomma, al tentativo di attribuire al principio in esame un aspetto dinamico capace di ridare alla sussidiarietà verticale quel ruolo centrale che le spetta — non distinguibile, quindi, per i motivi che si diranno in chiusura, dal suo aspetto orizzontale.

La decisione di cui si va parlando, in breve, come ha affermato Antonio D'Atena in sede di annotazione, «ha il merito di ridurre drasticamente il rischio dell'arbitrarietà della decisione del giudice: mettendo quest'ultimo in condizione di pronunziarsi alla stregua di attendibili elementi di giudizio»[543].

Rispondendo quindi al richiamo di parte della dottrina che lamentava la mancanza di «presidi idonei» a rendere giustiziabile il principio di sussidiarietà.

Questo passaggio, criticato dalla Anzon in quanto sovrapposizione e confusione del piano dei «requisiti sostanziali del meccanismo della sussidiarietà» e di quello del «controllo sulla sua applicazione»[544] risulta in realtà fondamentale per dare una risposta efficace ai dubbi sollevati dalle lacune dell'articolo 118, con riguardo al solo aspetto verticale della sussidiarietà.

Infatti, sembra che il discorso intorno alla c.d. giustiziabilità del principio non possa essere tenuto separato da quello sui requisiti sostanziali ed essenziali, insomma dei presidi stessi capaci di garantirne una corretta applicazione.

---

[543] A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte Costituzionale*, in Giurisprudenza Costituzionale, 5/2003, p. 277

[544] A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, cit., p. 2788.

Per questo motivo, nonostante che la strada in questa direzione sia ancora tutta da percorrere, si potrebbe inferire che la prospettiva dialettica aperta dallo strumento della intesa sia affatto apprezzabile.

Certo, con l'apposizione, in calce, di garanzie procedurali.

E però, come sintetizza Adele Anzon, la «mobilità del meccanismo» di cooperazione sussidiaria richiederebbe «una particolare pratica collaborativa almeno in via di principio: quella dell'intesa, e cioè della codecisione, non — si badi bene — da parte di un organo collegiale in cui siano presenti rappresentanti di tutte le Regioni, come per esempio la Conferenza Stato-Regioni o simili, ma della singola Regione interessata»[545], con il rischio, altresì, di provocare divisioni geografiche (per zone di influenza) sui provvedimenti nelle materie di competenza concorrente. Rischio elevato e sfiorato dalla stessa sentenza 303.

Tuttavia la necessità di superare il sistema delle conferenze dovrebbe essere valutata, come sembrerebbe suggerire la stessa Anzon, al fine di incoraggiare la costituzione di un sistema misto, in cui venga stimolato il contraddittorio ed il comporsi razionale delle volontà (anche politiche) in gioco[546].

Non basta prevedere l'istituzione di un collegio giudicante composto paritariamente di rappresentanti dello Stato e delle Regioni, come fosse una terza Camera parlamentare preposta all'individuazione dei principi della legislazione concorrente.

Vero è che, nel caso in cui lo Stato attraesse (interamente) per ragioni di adeguatezza materie di cui all'articolo 117, terzo comma — come compensazione legale alla attrazione di funzioni amministrative — sarebbe necessario verificare, volta per volta, la sussistenza dei requisiti.

La procedimentalizzazione dell'atto sussidiario comporterebbe quindi la nomina di una consulta preposta al vaglio dell'intesa.

---

[545] A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, cit., p. 2785.

[546] In questo senso vi è stato chi, prendendo le mosse dal triplice piano sul quale si disponeva il modello ordinamentale in itinere — la Legge Costituzionale 1/99, la Riforma del Titolo Quinto e la ricerca di una «sede istituzionale di raccordo fra lo Stato e le Regioni» — ravvisava la necessità di superare solo ed annotava: «oggi il raccordo è costituito soltanto (a livello di disciplina legislativa) e dal sistema delle Conferenze: un sistema incardinato nell'Esecutivo, e che lo stesso Rapporto Maccanico ritiene del tutto inadeguato alla bisogna» (S. PANUNZIO, in G. BERTI-G. C. DE MARTIN (a cura di), *Le Autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, p. 43).

Si noti bene: la costituzione di una sede di svolgimento dell'intesa Stato-Regione interessata, seguendo le indicazioni della Corte Costituzionale, non può però limitarsi ad essere cassa di risonanza di decisioni già prese, e strumento di superamento legale e procedimentalizzato del dissenso, pur motivato, della Regione.

Anzitutto perché il collegio di cui si parla dovrebbe annoverare i rappresentanti dei Consigli delle Autonomie locali, ove costituiti *ex* art. 123 Cost., ovvero, in mancanza, rappresentanti dei singoli Enti locali; poi perché il principio amministrativistico del giusto procedimento imporrebbe la posizione, in calce al documento finale (punto di arrivo dell'intesa), delle risultanze dell'istruttoria dibattimentale — citate *per relationem* nel provvedimento finale, impugnabile — cosa che scoraggerebbe l'insorgere di rapporti di forza in seno all'organo sede del confronto.

E proprio di confronto cooperativo si tratta: in breve di un luogo in cui ciascuna delle parti implicate — Stato, Regione ed altri enti interessati — punterebbe alla definizione in comune del bene, cioè del risultato capace di accomunare le richieste di tutti i soggetti coinvolti; certo, ricordando che, in base al principio di sussidiarietà, i Comuni dovrebbero poter esprimere la loro posizione in una condizione di parità e non di subordinazione: non è naturalmente e aprioristicamente ascensionale la sussidiarietà.

Così, i principi di cui parla Michele Scudiero a proposito dei valori fondanti l'ordinamento, potrebbero costituire il nucleo pulsante di ogni procedimento di intesa: unità, sussidiarietà, solidarietà, leale cooperazione, eguaglianza, tutela dei diritti di libertà e delle posizioni di svantaggio in un quadro elaborato di diritti sociali. Ricordando i parametri di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Una considerazione finale risulterebbe però necessaria: dacché il contenzioso Stato-Regioni — che ha suscitato l'invenzione dell'intesa — è scaturito, perlopiù in seguito alla redazione di testi unici *ricognitivi* (e in alcuni casi alla loro effettiva emanazione), contenitori delle norme di principio e *a latere* di alcune disposizioni di dettaglio, sembrerebbe opportuno individuare nel modulo previsto dall'art. 11 della Legge Costituzionale 3/2001 la via d'azione più sicura; si tratta certo di un procedimento e di una disposizione votati alla transitorietà, ma garantirebbero certo, qualora integrati da una legge

di attuazione che ne sviluppasse gli aspetti procedimentali, in collegamento con le opportune modifiche dei regolamenti parlamentari, un processo riformatore più sereno, congruo, e non da ultimo, maggiormente rappresentativo delle istanze autonomistiche, spesso dimenticate a favore del centralismo statale o di nuovi centralismi regionali.

4. *Diritto costituzionale e diritto amministrativo* — Nell'annotare la sentenza n. 303 del 2003, Giorgio Berti ha rilevato come la legalità divenga «alcunché di secondario rispetto al principio di sussidiarietà, e ciò vuol dire che la legalità viene dopo che l'ordine delle funzioni (non voglio dire la parola "competenza") o l'ordine delle cose da realizzare qua e là, sia stato superato e già affrontato secondo il principio sussidiario», di modo che la legalità si presenti in un momento successivo, «come un processo di adattamento dei contenuti voluti alle forme occorrenti a rappresentarli»[547].

È possibile osservare, in questa lettura della sussidiarietà, «un certo capovolgimento delle priorità nel nostro tradizionale disegno giuridico», sino a comportare il primato dell'amministrazione, «che raccoglie gli interessi e i bisogni nella società»[548] rispetto al legislatore, che perde quella storica supremazia per la quale «quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue é quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico»[549]. L'amministrativista della Cattolica anzi riconosce che «non è però il legislatore a decidere quali siano gli interessi da soddisfare, e se posponessimo a queste scelte l'impiego della sussidiarietà, faremmo un guazzabuglio, e incorreremmo in una serie di contraddizioni, e di cose insensate»[550].

[547] G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, cit., pp. 174-5.
[548] G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, cit., p. 175.
[549] Come si era invece espressa la medesima Corte nella già citata sentenza 2 marzo 1962, n. 13.
[550] G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, cit., ibidem.

Riaffiora in questo momento il discorso iniziato nel terzo capitolo, intorno alla metodologia che la scienza del diritto amministrativo moderna ha adottato (e adotta) onde descrivere l'esperienza giuridica: da cui deriva, in tutta la sua rilevanza, il tema del provvedimento amministrativo e del procedimento adottato per la sua formazione. E non si può non pensare, onde creare una cerniera dialettica che congiunga le riflessioni di diritto costituzionale e regionale appena svolte ai ragionamenti afferenti la teoria generale del diritto amministrativo che qui si è proposta, alle parole che Filippo Satta, ancora nel lungo periodo del "declino dello Stato di diritto"[551], dedicava al tema della formazione dell'atto, al procedimento. A proposito dell'attività amministrativa, egli scriveva con grande acume che questa non può essere indagata «dal di fuori, come se questa fosse già "data" ed occorresse semplicemente chiarire i modi, le fasi esteriori attraverso cui è giunta a compimento, perché il dubbio investe questa staticità, questo essere "data" dell'attività amministrativa; affermata questa come essenzialmente dinamica, si pone invece la necessità di esaminarla — veramente di studiarla — dall'interno, sotto il profilo del suo venire in essere, come realizzazione di un ordinamento voluto dalla legge, più in generale dal diritto»[552].

Ed in questo senso si può riscontrare un'inversione del principio di legalità nell'ordinamento italiano per effetto dell'introduzione della nozione di sussidiarietà: non soltanto per ciò che attiene l'allocazione di funzioni attraverso l'adozione di moduli di attività ispirati alla sussidiarietà verticale. Bensì, si tratterebbe di valutare integralmente il tema dell'attività amministrativa al fine di averne un esatto quadro dinamico, non limitandosi quindi allo studio della "datità" fornita dall'astratta ed asettica incorporazione dell'interesse pubblico in ogni provvedimento limitativo od estensivo delle posizioni e situazioni giuridiche soggettive.

La sentenza della Corte Costituzionale citata mostra anzi nell'impianto una considerevole attenzione alle dinamiche giuridiche, sino ad affermare una sostanziale flessibilità delle disposizioni costituzionali, ove si tratti di adeguare

[551] G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti. Atti del Convegno. Venezia, 11 dicembre 1999*, Padova, 2001, p. 14, con riferimento al contesto in cui furono scritti gli "Appunti di diritto amministrativo" di Feliciano Benvenuti

[552] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969, p. 147.

lo svolgimento di funzioni amministrative alla nozione di proporzionalità cui la stessa sussidiarietà rimanda, nel suo nucleo teoretico.

Come si è cercato di mostrare nel corso del terzo capitolo, la stessa nozione di procedimento amministrativo, all'interno del quale si sostanzia la funzione, rimanda ad una modalità di produzione ed imputazione degli effetti giuridici delle norme risalente al cd. principio della separazione tra società e stato, tra privato e pubblico, tra uomo ed istituzione; cioè, nell'impostazione formalistica e pure in quelle successive, il procedimento rimane l'unico modo di calare nella realtà sociale una disciplina ad essa estranea, specificando, mediante una precisa istruzione rivolta al consorzio umano, la sostanziale monoliticità degli interessi perseguiti[553]. Questi infatti non possono discostarsi dall'interesse percepito dal soggetto pubblico in quanto finalità cui funzionalizzare l'attività amministrativa, comportando e sottintendendo quell'astrattezza ed estraneità dell'interesse pubblico stesso rispetto agli effettivi bisogni umani.

La conversione della legalità ha dunque il significato di restituire alla aggregazione societaria[554] il bene che le è proprio, permettendo all'uomo, mediante una diversa modalità di trasformazione dei fatti in diritto, di riappropriarsi degli spazi che gli sono propri, quali sono ad esempio quelli relativi alla capacità di autoregolamentazione. Attraverso l'esercizio di questa capacità fondamentale non si postula un estremo ricorso ai moduli d'azione privatistici, come se il ventaglio di possibilità aperte ai comportamenti umani fossero semplicisticamente pubbliche o private.

Bensì si propone una nozione di funzione amministrativa in grado di superare le aporie intrinseche alla grande divaricazione moderna[555], per sottrarre una zona di diritto comune al nichilismo delle relazioni intersoggettive[556], sino a sviluppare una forma progressiva di sussidiarietà e solidarietà fra gli operatori giuridici in grado di salvaguardarli dalle opposte tirannie di valori prettamente egonomici.

---

[553] F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in Diritto Processuale Amministrativo, 3/2000, pp. 627 ss.
[554] Si riferisce alla nozione di "aggregazione societaria", tematizzandone le prerogative, l'intera opera di Lucio Franzese.
[555] Si allude, ovviamente alla frattura lacerante di privato e pubblico.
[556] Ci si riferisce alla riduzione nichilistica cui perviene il pensiero moderno al termine della sua parabola: ne è un esempio, sin dal titolo: N. IRTI, *Il nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004

CAPITOLO QUARTO
Profili sostanziali della sussidiarietà e dell'autoamministrazione

1. *Premessa* — Salvatore Giacchetti, Presidente di Sezione del Consiglio di Stato, in un recente saggio dal titolo "Dalla «amministrazione *di* diritto pubblico» allo «amministrare *nel* pubblico interesse»"[557], dopo aver analizzato la trasformazione dei principali concetti del diritto amministrativo[558], nel riferirsi alla sentenza della Corte Costituzionale 28 marzo 2006, n. 129, che introduce nell'ordinamento italiano la figura del "privato" «titolare di un mandato espresso»[559], all'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che

[557] S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse»*, in Il Foro Amministrativo C.d.S., 7/8-2006, pp. 2349 ss. Sulla distinzione tra "amministrazione" come soggetto ed "amministrare" in quanto attività, F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in Jus. Rivista di scienze giuridiche, 1957, pp. 158 ss.; L. FRANZESE, *Feliciano Benvenuti, Il diritto come scienza umana*, Napoli, 1999, pp. 102 ss.

[558] Giacchetti si riferisce al «potere esecutivo, in funzione di capocordata, e a seguire quelli di pubblica amministrazione, giustizia amministrativa e giurisdizione amministrativa» (S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse»*, cit., p. 2350).

[559] Una breve analisi della sentenza 28 marzo 2006, n. 196 della Corte Costituzionale (in particolare, denso di interesse teorico generale, il p.to 5.2 del C.I.D.) è in grado di mettere in crisi la dualità di pubblico e privato di cui si fa interprete chi, come Salvatore Giacchetti, annota che «non si comprende come possa essere definito "privato" un diritto che è dettato a tutela di interessi generali (alla libera concorrenza, all'assenza di discriminazioni, all'ambiente, ecc) che trascendono quelli dei singoli, e che pertanto attiene a situazioni indisponibili la cui violazione può addirittura comportare la responsabilità dello Stato» (S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse»*, cit., p. 2357) — e costituisce certo una premessa efficace al tema dei profili sostanziali della sussidiarietà. Il giudice di legittimità costituzionale si riferisce proprio a quegli «accordi che i privati proprietari di aree destinate ad essere espropriate per la realizzazione di attrezzature e servizi pubblici possono stipulare con il Comune competente, in base ai quali "il proprietario può realizzare direttamente gli interventi di interesse pubblico o generale, mediante accreditamento o stipulazione di convenzione con il Comune per la gestione del servizio" (art. 11, comma 3, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005). Si tratta quindi di accordi a titolo oneroso, dai quali derivano per le parti contraenti diritti e obblighi reciproci, che consentono al proprietario espropriando, in particolare, di mantenere la proprietà dell'area e di ottenere la gestione del servizio previsto in cambio della realizzazione diretta degli interventi necessari. Tutta l'operazione prevista dalle norme impugnate è preordinata alla soddisfazione di interessi pubblici, come viene confermato dall'art. 9, comma 12, della legge regionale *de qua*, che fa riferimento a vincoli previsti "per la realizzazione esclusivamente ad opera della pubblica amministrazione, di attrezzature e servizi"». L'articolo citato della legge lombarda prevede al terzo comma che «fermo restando quanto disposto dall'articolo 1, commi da 21 a 24, della legge 15 dicembre 2004, n. 308 (Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione), alle aree destinate alla realizzazione di interventi di interesse pubblico o generale, non disciplinate da piani e da atti di programmazione, possono essere attribuiti, a compensazione della loro cessione gratuita al comune, aree in permuta o diritti edificatori trasferibili su aree edificabili previste dagli atti di PGT anche non soggette a piano attuativo. In alternativa a tale attribuzione di diritti edificatori, sulla base delle indicazioni del piano dei servizi *il proprietario può realizzare direttamente gli interventi di interesse pubblico o generale, mediante accreditamento o stipulazione di*

disciplina gli accordi integrativi e/o sostitutivi di un provvedimento amministrativo, ed infine al nuovo art. 1 comma 1 *bis* della legge 241 citata, che ha stabilito che «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge disponga diversamente», ha rilevato che «l'evoluzione di gran parte delle tradizionali forme pubblicistiche verso figure soggettive innovative e concettualmente ibride, perché in pratica costituite da un'anima pubblicistica e da un corpo privatistico, ha fatto sorgere un problema nuovo», domandandosi infine, «data la premessa che, secondo l'insegnamento tradizionale, il diritto o è pubblico o è privato, in quale dei due piani vanno sistemate queste figure innovative?»[560]. Nello specifico, l'Autore propone due soluzioni: l'una di carattere *formale*, e l'altra, viceversa, *sostanziale*.

Nel primo caso, si tratta di «privilegiare il profilo formale, attestandosi sul sistema di trenta-quaranta anni fa; e quindi di continuare a trattare in chiave di diritto pubblico i soggetti e gli strumenti operativi di stampo pubblicistico ed in chiave di diritto privato i soggetti e gli strumenti operativi di stampo

---

convenzione con il comune per la gestione del servizio». Al di là quindi della disposizione regionale citata, sembra interessante notare l'apertura della Corte Costituzionale a quegli accordi di diritto comune attraverso i quali l'amministrazione ed i cittadini sono ritenuti soggetti attivi nel perseguimento dell'interesse generale.

[560] S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse»*, cit., p. 2353. L'insegnamento tradizionale cui si riferisce l'Autore è evidentemente quello di N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, ora in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 126, laddove il filosofo torinese spiega molto chiaramente che «la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico è una distinzione *totale*, perché, una volta posta, quali che siano i criteri distintivi proposti per fondarla, non vi è ente dell'universo giuridico, sia esso rapporto, norma, istituzione (…) che non rientri nell'una o nell'altra delle partizioni». Ciò che suscita una seria riflessione soprattutto a partire dal verbo usato per descrivere l'azione di fondazione della grande dicotomia: "posto", che rimanda al participio latino *positum* (da *pono-ere*) che ha il significato di determinazione convenzionale, sino al più grave accento di stabilire nel senso di imporre, che peraltro è ben rappresentato dall'esplicazione semantica ciceroniana "*rebus nomina ponere*" tradotta appunto come "dar nomi alle cose" — azione convenzionale, operativa ed allo stesso tempo arbitraria nel senso eracliteo per cui i nomi convenzionali delle singole cose confliggerebbero con la natura dinamica e fluida del Logos, su cui v. H. DIELS-W. KRANZ, *Frammenti dei Presocratici*, trad. it., I, Roma-Bari, 1997, pp. 179 ss.; cfr. da ultimo S. ŽIŽEK, *La violenza invisibile*, trad. it., Milano, 2007, pp. 70 ss., che avanza: «è il linguaggio, non il primitivo interesse egoistico, la prima e la più grande origine di divisioni». Il secondo attributo della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico è quello che la rende *principale*, «nel senso che tende ad assorbire e a risolvere (o dissolvere) altre dicotomie, a costituire una specie di polo d'attrazione e magari di neutralizzazione di dicotomie tratte da campi affini o emergenti nello stesso campo, o meglio ancora una specie di centro di unificazione della inarrestabile produzione dicotomica di cui è fertile ogni teoria generale» (N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, cit., p. 127). In questo senso, Giandomenico Falcon sulla contrapposizione concettuale tra potere negoziale e potere amministrativo, che «si precisa e si specifica come opposizione tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa, tra l'agire libero, nei soli limiti del lecito, e l'agire vincolato al conseguimento migliore di un interesse prefissato» (G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, p. 206).

privatistico, indipendentemente dalla circostanza che anche questi ultimi siano o meno finalizzati al perseguimento dell'interesse pubblico»[561]: si tratta innegabilmente di una risposta semplicistica al dilemma posto in apertura, perché non fa che evitare il contatto con la realtà[562].

La seconda soluzione, patrocinata dallo stesso Giacchetti, prevede di «prendere atto di queste nuove realtà e di privilegiare il profilo sostanziale della finalizzazione dell'attività al perseguimento dell'interesse pubblico, e quindi di trattare in chiave di diritto pubblico, prescindendo dalla loro configurazione formale pubblica o privata, tutti indistintamente i soggetti e gli strumenti operativi che al perseguimento dell'interesse pubblico siano oggettivamente finalizzati; il che peraltro porta a riconoscere che i piani non siano più soltanto due ma tre, dal momento che accanto al diritto privato tradizionale, che continua ad essere oggetto di autonomia privata nell'interesse dei singoli e che quindi è sottoposto ad un controllo di tipo esterno, preordinato ad assicurare che non si travalichino i limiti propri dell'autonomia privata, compare un diritto privato speciale, che, dovendo perseguire l'interesse pubblico, è oggetto di discrezionalità "amministrativa" (o, se si preferisce, "dell'amministratore") nell'interesse della generalità e che quindi va sottoposto a controllo di tipo interno, preordinato ad assicurare il buon andamento dell'azione amministrativa»[563].

---

[561] S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse»*, cit., pp. 2353-4.

[562] A questo proposito risuonano le parole del sottotitolo di un volume di Lucio Franzese, che contengono il riferimento al "ritorno ad un diritto unitario", inteso in quanto diritto comune agli operatori giuridici. Si tratterebbe di un "ritorno", nel senso di rivisitare quelle categorie giuridiche introdotte dalla modernità, che hanno innovato il sistema di diritto amministrativo: tra di esse, appunto, la figura del rescritto, in quanto atto che prelude al moderno provvedimento amministrativo. Cfr. G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, p. 148.

[563] S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse»*, cit., p. 2354; cfr. anche F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Atti del XLVII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2001, p. 29. Pur partendo da premesse diverse ed antitetiche rispetto al ragionamento sviluppato da Giacchetti, si riferisce ad un "diritto privato speciale" F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007, p. 11, rilevando che questa disciplina non sarebbe altro che «una "riserva" di potere ancora pubblico, nascosto sotto apparenti rinvii all'autonomia privata», criticandone anzi l'uso in quanto con esso «il legislatore ha addirittura pensato di fare a meno della legalità, cioè della predeterminazione di norme per l'esercizio del potere». In un saggio dedicato all'analisi dell'operatività del nuovo art. 1 comma 1-*bis* della legge 241, si trova una definizione dell'autoritatività che, benché condensi in modo quasi compilativo studi benvenutiani e gianniniani, emerge per la sua chiarezza dogmatica; in quella accezione l'interprete noterebbe che sono «atti di natura autoritativa tutti i provvedimenti, intendendosi per provvedimento quell'atto che è manifestazione della capacità di modificare la posizione giuridica di soggetti mediante un'attività attuativa di precetti, e che per tale sua qualità è esecutivo, nel senso che gli effetti corrispondenti a quanto statuito con il provvedimento si

I caratteri di questo nuovo "diritto privato speciale" investono il suo aspetto *soggettivo*, in quanto esso non sarebbe «espressione di autonomia privata ma di discrezionalità amministrativa», *oggettivo*, in quanto non concernente situazioni disponibili da parte dei soggetti "privati", *formale*, poiché «deve esprimersi — a pena di nullità — mediante negozi solenni», *funzionale*, dacché «deve essere posto in essere — a pena di nullità — nel perseguimento di un pubblico interesse che può trascendere quello delle parti», ed infine *strutturale*, perché «di regola doppiato da un procedimento amministrativo di evidenza pubblica»[564]. Un diritto speciale, la cui disciplina sembra limitarsi a riaffermare

---

producono anche quando esso sia invalido» — dal che si evincerebbe, seguendo un'indicazione della Corte Costituzionale, che «è autorità il soggetto che esercita poteri amministrativi, cioè che emana provvedimenti (autoritativi)» (F. TRIMARCHI BANFI, *Art. 1 comma 1 bis della legge n. 241 del 1990*, in Il Foro Amministrativo C.D.S., 3/2005, p. 947). Questa la definizione dei caratteri del provvedimento amministrativo come enunciati e tematizzati dalla scienza giuridica amministrativa moderna, questo il parametro al quale si riferisce Salvatore Giacchetti nel postulare la sola esistenza di atti di diritto pubblico ovvero di atti di diritto privato, o ancora di una sorta di categoria intermedia formata da quegli atti sottoposti ad una disciplina mista di diritto privato speciale — in cui, peraltro arduo sarebbe riconoscere i caratteri privatistici essendo in ogni caso sottoposti al principio di autorità dell'amministrazione e di legalità dell'attività. Dopo aver offerto un esempio di atti di diritto comune, cioè di atti sottoposti ad una disciplina comune agli operatori coinvolti, e subordinati da una parte all'autonomia soggettiva e dall'altra ai moduli di azione propri di un'amministrazione sussidiaria, si tratterà di tracciare una conclusione, appunto, di teoria generale, in grado di riportare ad unità gli istituti più interessanti — evitando il rischio di fermarsi ai moduli di *diritto-come-scienza* ovvero di *diritto-come-insieme-di-fatti*, cui si è fatto cenno nel terzo capitolo. Si cerca inoltre di evitare di disperdere l'analisi nella moltitudine delle figure consensuali, la cui precisa disamina esorbita dall'economia di queste pagine. Ci si riferisce ad esempio alla materia degli accordi in ambito urbanistico, e quindi alle figure di convezione e di lottizzazione (di cui all'art. 28 della legge 1150/1942, come modificato dalla legge n. 765/1967), che secondo il parere della Cassazione, SS.UU., n. 1262/2000 e Cassazione SS.UU. 7 febbraio 2002, ord. N. 1763 si configurano in quanto fattispecie di accordo sostitutivo (sulla figura delle convenzioni urbanistiche si può vedere anche F. Spantigati, Manuale di diritto urbanistico, 1969, p. 160). Poi, a titolo di esempio, si possono citare le convezioni edilizie, secondo la giurisprudenza del T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 9 settembre 1997, n. 2104, e del T.A.R. Toscana, Sez. I, 11 luglio 2000, n. 1627, in quanto fattispecie di accordo integrativo (e funzionalmente collegato al permesso di costruire); gli accordi volti a determinare il contenuto del provvedimento di assegnazione delle aree P.E.E.P., secondo il Consiglio Stato Sez. IV, 3 novembre 1999, n. 1657 in quanto fattispecie di accordo integrativo; la convezione ex art. 35 L. 865/71 (progettazione e realizzazione di opere di E.R.P.), che secondo quanto prospettato dalla Corte di Cassazione Civile SS.UU., 29 agosto 1998, n. 8593 disciplina una fattispecie di accordo integrativo; l'accordo di cessione amichevole nell'espropriazione (ex art. 12 L. n. 865/71, ora ex artt. 8-10 e 45 T.U.Espr. 327/2001), secondo la Cassazione, SS.UU. 4 novembre 1994, n. 9130 un accordo accessivo a provvedimento di autotutela consistente nell'annullamento della concessione edilizia (Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 1996, n. 621, in Foro amm., 1996, 1869); l'accordo in materia di S.U.A.P., nella procedura per autocertificazione (art. 6 D.P.R. n. 447/1998); l'accordo accessivo al procedimento di imposizione di vincolo indiretto (ex art. 49 D.Lgs. n. 490/1999, ora L. n. 42/2004); l'accordo integrativo relativo alla revoca di ordinanze del sindaco con le quali era stata disposta la sospensione di un'attività produttiva a seguito di violazioni di norme contro gli scarichi abusivi, condizionata all'osservanza di una serie di obblighi da parte dell'impresa privata, secondo quanto affermato in Cassazione Civ. SS.UU. 13 novembre 2000, n. 1174.

[564] S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse»*, cit., p. 2357. cfr, sul punto, anche A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale:*

l'opportunità della discrezionalità dell'amministrazione per una miglior tutela delle posizioni e delle situazioni giuridiche soggettive[565]; posizione che evita però di fare i conti con quella nozione di discrezionalità dell'attività amministrativa che emerge dalla tematizzazione della funzione amministrativa di Feliciano Benvenuti e che consiste nella societarizzazione della stessa, nel senso di farla ruotare unicamente intorno ai poli della sussidiarietà e dell'autoamministrazione.

In questo capitolo, quindi, si tratterà di cogliere tutti gli stimoli provenienti dalle precedenti pagine, sino a rivolgersi ai temi dell'attività amministrativa, ed in ispecie della discrezionalità e della legalità, della sussidiarietà e dell'autoamministrazione, con lo sguardo attento a percepire la realtà e a penetrarla, onde avvicinarsi al diritto amministrativo contemporaneo per metterne in rilievo luci ed ombre, arretramenti e vere e proprie rivoluzioni[566].

C'è anche da dire che l'aderenza dell'argomentazione di Giacchetti al diritto positivo, e quindi l'operatività ed assertività del ragionamento proposto, sembrano derivare da una peculiare ritrosia del legislatore a portare a termine epocali "rivoluzioni"[567]: è il caso della disciplina relativa al procedimento

---

quali novità?, in Il Foro Amministrativo T.A.R., Supplemento al n. 6/2005 "Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo (a cura di M. A. Sandulli), p. 24, in cui l'amministrativista, a proposito del nuovo comma 4-bis dell'art. 11 della legge 241, si riferisce ad un "modello bifasico", «che prima richiede l'atto dell'amministrazione, unilaterale, con la predeterminazione degli obiettivi, poi l'atto di diritto privato, proprio com'è tipico dei contratti ad evidenza pubblica».

[565] A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, p. 13. Lo stesso Aldo Travi, nel concludere il suo intervento ad un convegno organizzato dall'Università Bocconi di Milano il 25 maggio 2005, ha affermato esser necessario raggiungere la consapevolezza che «rispetto a certi modelli pubblicistici tradizionali, lo spostamento verso modelli privatistici può comportare sacrifici importanti, anche per ragioni di fondo come la garanzia della legalità» (A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, cit., p. 26).

[566] Nel corso di un *excursus* sul tema della scienza del diritto amministrativo, Luisa Torchia caratterizza gli studi contemporanei per il loro intento di "revisione", in seguito alle fasi di scomposizione e ricognizione precedenti; in particolare «la stabilità dell'amministrazione e del diritto amministrativo sono, dunque, solo un ricordo, la sovrabbondanza di interventi del legislatore e un nuovo protagonismo giurisprudenziale, a volte di segno diverso, contribuiscono a rendere difficoltosa la distinzione fra ciò che è permanente e ciò che è transeunte, fra ciò che merita riflessione e ciò che merita solo un commento o una cronaca. Lo stesso veicolo primo dell'ordine, la legge, si trasforma in fattore di disordine e di incertezza, e il ritmo del cambiamento sembra tale da renderne imperscrutabile la direzione» (L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 4/2001, p. 12 dell'estratto).

[567] Fa specifico riferimento al termine "rivoluzione" L. ANTONINI, *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, Milano, 2005, p. 109 nel riferirsi alle potenzialità insite nel principio di sussidiarietà. Per quanto riguarda, invece, l'incapacità del diritto positivo di portare a termine epocali trasformazioni, si pensi all'art. 22 d) della legge 241, che definisce il "documento amministrativo" come "ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina

amministrativo, alle autonomie locali, funzionali e sociali, al principio di sussidiarietà, e insomma di tutte quelle materie che comporterebbero una radicale messa in discussione del paradigma autorità-libertà che ha caratterizzato l'intera storia dello Stato moderno, sin dalla nascita[568].

2. *Questioni di discrezionalità* — In un celebre monografia intorno al tema della discrezionalità della Pubblica Amministrazione, Massimo Severo Giannini, poco più che ventenne, distingueva tra un "*potere discrezionale*" ed una "*attività discrezionale*": il primo riferito all'agente, al soggetto, il secondo all'azione, l'attività del soggetto. Ed avvertiva, però, che «nello svolgimento concreto di un operare, nella emanazione concreta di un atto, non è più possibile distinguere i due concetti in questione: l'atto emanato in esercizio di attività discrezionale non può che fondarsi su un potere discrezionale (atto discrezionale); atto e attività hanno identico contenuto, solo che questo si considera or dal punto di vista dell'oggetto, or da quello del soggetto»[569].

È chiaro che in un sistema di diritto amministrativo in cui vi è una completa identificazione di soggetto ed oggetto, e quindi di potere ed attività, non è possibile, se non astrattamente, riferire al primo il potere discrezionale, ed

---

sostanziale", mentre al successivo art. 22 e), si intende per "pubblica amministrazione" in senso soggettivo l'insieme di "tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario". Lo stesso Giacchetti argomenta: «tutte queste fonti di produzione e di interpretazione del diritto hanno adottato orientamenti secondo cui in molti settori di pubblico interesse la tradizionale contrapposizione dialettica tra formalmente pubblico e formalmente privato può ritenersi superata, con realistica presa d'atto che tra diritto pubblico e diritto privato si è ormai insediato un *tertium genus*, che secondo la terminologia del citato art. 22 legge 241 del 1990 è definibile diritto privato "di pubblico interesse", e che non può essere forzato sul letto di Procuste del diritto privato o del diritto pubblico» (S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse»*, cit., p. 2357). In un Manuale dedicato proprio al "nuovo diritto amministrativo" si può trovare una conferma a questa sfiducia: «quand'anche le forme dell'agire e il mutamento della veste giuridica di molti soggetti (operanti specialmente nell'ampio settore dei servizi pubblici) potessero indurre a concludere nel senso della trasformazione del diritto amministrativo, in realtà l'indefettibilità dell'interesse pubblico sottostante e l'insita connotazione della funzionalizzazione della specifica attività alla realizzazione di una finalità pubblica (sia pure con strumenti di diritto privato) finisce per condizionare (e non potrebbe essere altrimenti) la materia, che in tal modo resta pur sempre retta da principi pubblicistici, ad onta del mutamento dei menzionati elementi» (I. FRANCO, *Manuale del nuovo diritto amministrativo. La funzione amministrativa, il procedimento e il provvedimento*, Milanofiori-Assago, 2007, p. 22).

[568] S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 77. Sull'atto amministrativo in quanto strumento in grado di «puntualizzare in un caso concreto i rapporti autorità-libertà», M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 290.

[569] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, p. 12 (ora in Id., Scritti, I, Milano, 2000).

al secondo l'esercizio dell'attività di tipo discrezionale, perché i due elementi, di fatto, convergono[570].

Prima di proseguire il discorso sulla distinzione tra potere ed attività discrezionale alla luce delle riforme amministrative degli anni Novanta (comprensive, ovviamente delle modificazioni intervenute nel corso del tempo), occorre operare ancora un rapido rinvio ai motivi che hanno ispirato, viceversa, la loro comunione. In effetti, già a partire dal discorso sul rescritto quale forma primitiva del provvedimento amministrativo moderno, si è evidenziato il fatto che la tesi negoziale dell'atto d'amministrazione proposta in primo luogo dalla pandettistica tedesca — e dagli epigoni italiani[571] — ha avuto la funzione di modellare una sostanza che, nei fatti, poteva già dirsi esistente[572]. E la finzione dottrinale, a sua volta, aveva il preciso compito di «ricalcare gli studi sull'atto amministrativo sugli schemi propri delle teorie privatistiche» onde attribuire alla decisione amministrativa il carattere di «pura espressione della volontà del suo autore»[573]. Si capisce che in tale contesto soltanto un interesse poteva rilevare, cioè l'interesse pubblico che poi è stato definito in quanto "primario": l'interesse, cioè, della pubblica amministrazione[574].

---

[570] Il che deriva dal «presupposto dichiarato che l'amministrazione è il fatto di uno solo» (F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA. VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 820), come risulta in fondo dal discorso sul rescritto, e come si può ricavare, *infra*, dalla tematizzazione della figura del procedimento in quanto *genus* che compendia le due diverse *species* di procedimento in senso stretto e processo. In questo senso, Anselme Polycarpe Batbie, nella seconda metà dell'Ottocento scriveva, a proposito di "autorità amministrative", che «en général, l'action administrative a été mise par la loi aux mains d'un agent unique, et il y a longtemps qu'on a renoncé au système des administrations collectives. «Agir est le fait d'un seul», disait le rapporteur de la loi du 28 pluviôse an VIII, dont la plupart des dispositions sont encore en vigueur» (A. P. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, I, Paris, 1862, p. 93).

[571] Ad esempio L. RAGGI, *Sull'atto amministrativo (concetto, classificazione, validità)*, in Rivista di diritto pubblico, 1917. V. G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I. Dall'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali, amministrazione e costituzione*, Milano 1998, 734-786; S. CASSESE, *Gli «Scritti giuridici» di Mario Nigro*, in Giornale di diritto amministrativo, 2/1997.

[572] Sulla fictio nella scienza del diritto, cfr. bibliografia.

[573] M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, p. 80. Così G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in Il Foro Amministrativo C.D.S., 1/2007, p. 362. F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., p. 820.

[574] F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte Generale*, Padova, 1987, p. 131, spiega che «per il raggiungimento dei suoi fini la Pubblica Amministrazione compie una continua concretizzazione delle norme giuridiche, costituendo modificando od estinguendo unilateralmente, mediante l'uso di poteri di impero, posizioni (e quindi rapporti giuridici) degli altri soggetti, onde soddisfare primariamente il proprio interesse». Cfr. anche L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Padova, 2001, p. 31, che individua nelle riforme amministrative degli Anni Novanta un fattore di innovazione in grado di superare «la consueta identificazione tra interesse pubblico e

L'unitarietà del processo mediante il quale si estrinseca il potere in un contesto del tipo appena descritto, emerge dall'evidenza per cui la volontà unilaterale del soggetto pubblico «nessuno spazio lasciava alla considerazione degli elementi di giudizio e conoscitivi — che insieme a quelli volitivi vengono oggi riconosciuti come entità costitutiva dell'atto amministrativo — la cui acquisizione esige, di norma, una serie più o meno complessa di attività e di operazioni che si susseguono, logicamente e cronologicamente, nella dinamica della formazione dell'atto»[575]; e ciò non di certo per una totale assenza della fase cognitiva nel procedimento che conduceva alla emanazione di un atto (anche *lato sensu*) amministrativo: piuttosto in virtù di quella modulazione unitaria dei processi di potere propri del modello di *iurisdictio*[576], che defraudato da quegli elementi caratteristici di cui si è già parlato nel primo capitolo a proposito della separazione tra le figure soggettive di Stato e società, risultava essere solamente un modo di svolgimento e di esercizio dell'autorità in grado di incidere, unilateralmente sulla sfera giuridica dei privati destinatari dell'atto. In questo senso, quindi, totalmente assente poteva dirsi la fase di cognizione degli interessi cd. secondari di soggetti pubblici o privati. Infatti da una parte il soggetto pubblico era considerato unitariamente, e dall'altra ogni emanazione dell'autorità possedeva il carattere dell'assolutezza, nel senso di separazione e frattura tra autorità e libertà.

Soltanto nel momento in cui l'attività amministrativa inizia a superare la sua neutralità, il che coincide con l'emergere di interessi secondari in grado di influenzare l'andamento dell'interesse pubblico primario, la discrezionalità acquista quella pervasività che le è propria e che comporta un ruolo sempre più decisivo ed esorbitante in capo all'amministrazione. Così il procedimento amministrativo «non si giustifica soltanto in relazione alla creazione di una fattispecie che sia espressione del potere autoritario della pubblica amministrazione», bensì «diviene, anzitutto, la sede in cui l'apertura ai vari interessi implicati nelle scelte della pubblica amministrazione costituisce un requisito strettamente connesso con il ruolo significativo che esso è chiamato ad

---

interesse dello Stato, inteso come soggetto altro rispetto ai singoli che lo compongono», e perciò determinato a perseguire il proprio interesse, in modo solitario ed unilaterale.

[575] M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, cit., pp. 80-1.

[576] Su cui si rimanda al fondamentale P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Rist., Milano, 2002.

assolvere allorché gli si riconosce anche una funzione di tutela sostanziale degli interessi coinvolti nell'attività amministrativa»[577]. Nello svolgimento di compiti di natura discrezionale, la pubblica amministrazione sempre più viene a trovarsi di fronte a problemi concreti di complessa soluzione, la cui valutazione richiede che il momento istruttorio si apra alla società onde ricevere un contributo; in questo senso Maria Teresa Serra sostiene che «nell'esercizio di tale potere, spetta alla pubblica amministrazione riempire il margine di indeterminatezza lasciato dalla norma, procedendo essa stessa ad un apprezzamento e ad una ponderazione comparativa dei vari interessi, pubblici e privati, implicati nella decisione», che «oggettivamente "devono", e soggettivamente "chiedono" di essere considerati e ponderati»[578].

È questo il cammino compiuto dalla scienza del diritto amministrativo sino alle importanti riforme degli anni Novanta, che di fatto hanno permesso al cittadino ed alla pubblica amministrazione di dialogare e dialetticamente collaborare ai fini del raggiungimento dell'interesse pubblico.

Questa modalità di relazione tra pubblico e privato, pur con tutte le incertezze e le lacune normative, ha dato vita ad una forma di discrezionalità partecipata e condivisa in cui i soggetti che intervengono all'istruttoria procedimentale compartecipano direttamente a quella fase del procedimento amministrativo che conduce all'emanazione del provvedimento — o, come si vedrà nel paragrafo successivo, nella più importante manifestazione di una discrezionalità condivisa, l'accordo ex art. 11 della legge 241 — stabiliscono convenzionalmente il contenuto discrezionale del provvedimento, ovvero concludono un accordo che sostituisce l'atto finale.

Ebbene, è proprio su tale nozione di discrezionalità che conviene soffermarsi, cercando di individuarne i caratteri alla luce della disciplina vigente, onde tracciare un percorso della sussidiarietà che, partendo dalla discrezionalità condivisa o societaria, si sublima nell'accordo in quanto atto

[577] M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, cit., pp. 66-7. Sul procedimento inteso in quanto garanzia, cfr. quanto detto a proposito della nozione di "giusto procedimento".
[578] M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, cit., p. 67.

massimo d'autonomia, avuto riguardo alla recente giurisprudenza civile ed amministrativa sul tema della "deprocedimentalizzazione" degli interessi[579].

2.1. *La discrezionalità societaria (o condivisa)* — Per discrezionalità societaria si deve intendere quella forma di svolgimento della funzione amministrativa per cui l'attività di tipo conoscitivo, valutativo e comparativo degli interessi emergenti che connota la fase istruttoria del procedimento, viene compiuta in forma congiunta dalla pubblica amministrazione e dai cittadini; ne consegue, quindi, che qualora questa partecipazione risulti opportunamente disciplinata, essa costituisce un elemento necessario per la perfezione dell'atto finale, ed un presupposto oggettivo di legittimità dello stesso, in mancanza del quale l'atto può essere sindacato proprio per il vizio di violazione di legge[580].

---

[579] Proponendo anzi una gradazione della sussidiarietà che, partendo proprio dall'esercizio dell'attività discrezionale in forma condivisa tra cittadino e pubblica amministrazione giunge sino a forme più incisive di autonomia in grado di trasformare l'utente anonimo destinatario di misure di carattere pubblicistico descritto dal pensiero giuridico moderno, in un soggetto attivo, portatore di istanze attinenti il bene comune che si rapporta all'amministrazione presentando istanze di autoregolamento degli interessi complete dell'istruttoria dallo stesso svolta, ove tecnicamente possibile; si tratta, ovviamente di una versione della sussidiarietà per gradi che, come in ogni situazione attinente l'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive, è subordinata alla proporzionalità ed adeguatezza.

[580] In questo senso, riferendosi a quella particolare forma di attività amministrativa che si concreta nella stipulazione di contratti di diritto comune, ma le cui considerazioni possono essere estese al discorso sugli accordi, ed anche, in genere, per la pervasività dell'impianto teoretico, al generico esercizio dell'attività discrezionale, P. VIRGA, *Contratto (teoria generale del contratto di diritto pubblico)*, in Enciclopedia del Diritto, IX, Milano, 1961, pp. 980 ss., che ravvisa come «anche nei rapporti fra pubblica amministrazione e privati il contratto può assolvere quella sua funzione tipica consistente nella pacifica composizione dei conflitti intersubiettivi di interessi». Posizione che porta a concludere che «in tutte le ipotesi nelle quali si è ravvisata la esistenza di pretesi contratti di diritto pubblico, in realtà solo la volontà della pubblica amministrazione deve essere considerata costitutiva del rapporto, mentre la manifestazione di volontà dei soggetti privati funziona da presupposto di legittimità o da requisito di efficacia del provvedimento» (pp. 982-3); cfr., sul punto la lezione di G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931. Nella lettura offerta da Pietro Virga si riscontra un afflato teorico generale che ha il significato di delimitare le potenzialità delle figure pattizie nel diritto amministrativo, avvertendo che qualsiasi negoziazione del potere pubblico si scontra con quello che nel capitolo precedente si è definito in quanto "rapporto politico", intendendo con ciò proprio l'unilateralità della volontà del soggetto pubblico che emerge nella costituzione dei rapporti che l'amministrazione intrattiene con i privati. Si tratta, come si spera di rendere evidente nel corso di queste pagine, della difficoltà speculativa più evidente per qualsiasi discorso che si rivolga alla opportunità di un diritto amministrativo paritario. Tale ostacolo è stato ben descritto da M. E. BOSCHI, *Accordi amministrativi e modalità procedimentali (Nota a TAR Lombardia, Milano, sez. III, 27 dicembre 2006 n. 3067)*, in Il Foro Amministrativo T.A.R., 12/2006, p. 3752, che annotando una significativa sentenza del giudice amministrativo di prima istanza ha lucidamente rilevato come «la diffusione dello strumento dell'accordo e i conseguenti tentativi di accoglimento dello stesso all'interno dell'ordinamento italiano, hanno dunque dovuto scontrarsi con la fortissima diffidenza di una amministrazione arroccata sulla propria posizione di superiorità quasi ontologica e quanto mai restia ad accettare l'ingresso di una nuova modalità di imputazione di effetti giuridici, alternativa al più tradizionale provvedimento amministrativo». Ed è proprio per questi motivi che si può concludere sottolineando con Francesco Paolo Pugliese che «il potere

Non si tratta quindi del «potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare»[581], nel senso di limitare ad un solo soggetto[582] ed al suo esclusivo interesse — in questo caso il soggetto pubblico, ma lo stesso discorso varrebbe per una delimitazione dell'ambito d'azione alle sole decisioni assunte da soggetti privati sui propri interessi anomici[583] — la «formazione materiale della volontà di un atto»[584]. In questo senso la stessa impostazione teoretica gianniniana risulterebbe in parte tradita, laddove l'insigne amministrativista pareva suggerire invece che, dovendosi distribuire fra più soggetti la formazione materiale della volontà, va da sé che «questi possono essere organi dello Stato, Enti pubblici, persone singole o uffici»[585], individuando con netto anticipo quelle relazioni tra diversi soggetti componenti la pubblica amministrazione, che in qualche modo costituisce l'altra faccia della discrezionalità che abbiamo

---

amministrativo può trovare diverse forme di manifestazione, pur restando sostanzialmente sé stesso» (F. P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 4-1971, p. 1484.

[581] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., p. 52.

[582] In questo senso, a proposito dell'esclusivo rapporto tra discrezionalità e potere amministrativo, Giandomenico Falcon negli anni Ottanta sosteneva che non solo il provvedimento costituisce «l'unico possibile modo di espressione» del potere discrezionale, ma arrivava a sostenere che «al potere amministrativo, perciò, dovrebbero essere integralmente riferiti i caratteri che usualmente vengono ritenuti propri del provvedimento, come in particolare, l'uniteralità, la imperatività e la tipicità» (G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 213).

[583] F. GENTILE, *Politica (filosofia)*, in Enciclopedia del Diritto, XXXIV, Milano, 1985, p. 60, ha messo per primo in rilievo che nelle elaborazioni proprie della scienza politica e giuridica moderna, privato e pubblico «non si possono dire veramente diversi, poiché hanno un'identica struttura, quella della pretesa unicità, e tuttavia non hanno nulla in comune poiché, per sé unici, reciprocamente si escludono». Sono da leggersi in questo modo gli insuperati contributi di Lucio Franzese alla teoria generale del diritto, svolti tutti nella direzione di un auspicato *ritorno ad un diritto unitario*: si vedano a titolo esemplificativo L. FRANZESE, *Simmetria e asimmetria nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione. Riflessioni sui presupposti teorici della legge sul procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti amministrativi (l. 241/1990)*, in Diritto e Società, 1-2/1993; L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Padova, 2001; L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova, 2006. Nel superamento della "pretesa unicità" di pubblico e privato si deve intravedere il *proprium* del principio di sussidiarietà, il cui *humus* si può ritrovare proprio in quella nozione di discrezionalità all'interno della quale si può esperire l'esercizio della funzione societaria amministrativa.

[584] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., p. 62.

[585] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., p. 63.

definito societaria, e concludendo che «un interessante campo di indagine sarebbe quello del concorrere di poteri discrezionali su una stessa materia»[586].

Pur non superando il paradigma moderno di autorità e libertà, con la sua dottrina della discrezionalità, alla fine degli anni Trenta del secolo scorso, Massimo Severo Giannini riusciva bensì ad intaccare quella forma di neutralità politica del procedimento che aveva caratterizzato la sua impostazione in chiave formalistica, e giungeva sino ad affermare che «l'apprezzamento politico della discrezionalità consiste pertanto in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie»[587]. Procedendo quindi ad una prima rielaborazione concettuale del rapporto tra soggetto (in senso ampio) ed oggetto (interesse), nel senso di attribuire al momento dell'apprezzamento cognitivo proprio dell'attività discrezionale, il senso di far emergere tutti gli interessi privati coinvolti nella decisione finale, insieme all'interesse pubblico primario — riconsiderando così la dottrina romaniana delle funzioni, che le definiva in quanto esercizio di potestà pubblicistiche rivolto non ad un interesse proprio od esclusivamente proprio, ma in vista di un interesse alieno ed oggettivo[588].

---

[586] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., p. 63.

[587] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., p. 74.

[588] S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in Annali di diritto pubblico, 1/1902, p. 239; ID., *Corso di diritto costituzionale*, p. 78; ID., *Corso di diritto amministrativo*, p. 145; ID., *Poteri-Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 173. Tale definizione ricompare nelle posteriori ricerche del Miele (un compendio in G. MIELE, *Funzione pubblica*, in Novissimo Digesto Italiano, VII, Torino, 1961), e negli studi di Giuseppe Codacci Pisanelli, come d'altronde in un gran numero di altre successive ricerche definitorie della nozione: «la dottrina successiva doveva risentire a tal punto gli effetti della teorica di Romano, che ottenne — e ottiene — una risonanza pari ai suoi pregi, che si limitò spesso a recepirla integralmente senza apportarvi alcuna modifica»: la mente corre al pensiero del Codacci Pisanelli che, «nell'analizzare le funzioni sovrane, riproduce preliminarmente la definizione delle stesse elaborata appunto da Romano, e chiarisce che le funzioni sovrane sono le potestà pubbliche in cui si specifica la sovranità, cioè la potestà massima e più comprensiva nel campo del diritto statale» (M. A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, I, cit, p. 196). Bisogna però specificare che Codacci Pisanelli attribuisce alla nozione di funzione la caratteristica dell'attività; la Carnevale Venchi commenta che «l'idea di funzione fa sempre pensare all'esercizio effettivo della potestà corrispondente, cioè della potestà in atto e non solo in potenza» (Ivi, ibidem). Nell'opera più celebre del Codacci Pisanelli, si legge che «sono dette funzioni quelle potestà pubbliche non esercitate per un interesse esclusivamente proprio, ma anche per un interesse altrui, o per un interesse oggettivo»; inoltre «l'idea di funzione, poi, fa sempre pensare all'esercizio effettivo della potestà corrispondente, cioè alla potestà in atto e non solo in potenza». (G. CODACCI PISANELLI, *Analisi delle funzioni sovrane*, Milano, 1946, p. 3).

In questo senso il giovane docente di Diritto Amministrativo, incaricato presso la Regia Università di Sassari, poteva sostenere che «la discrezionalità stessa si identifica con la sostanza più squisita dell'attività amministrativa», intendendo per tale la «cura di interessi pubblici assunti come fini dello Stato», che appunto procede in tale direzione in virtù della «ponderazione (del valore) dell'interesse pubblico nei confronti di altri interessi specifici, attribuita alla stessa autorità amministrativa cui spetta agire»[589].

La seconda e più importante (e più completa) opera di rimaneggiamento della relazione tra soggetto ed interesse viene tematizzata alcuni anni più tardi da Feliciano Benvenuti, che a partire dal saggio sul tema dell'eccesso di potere[590], introduce la nozione di funzione amministrativa quale risvolto in senso sostanziale ed oggettivo rispetto alla teoria formalistica del procedimento amministrativo proposta dal Sandulli.

L'amministrativista della Cattolica, nel distinguere all'interno del *genus* "procedimento" le categorie giuridiche del procedimento in senso stretto e del processo, per quanto attiene al procedimento in cui emerge la funzione amministrativa — ci si riferisce dunque alla prima specie — nota che in esso i «vari organi che partecipano al procedimento agiscono tutti nella stessa direzione, nel perseguimento cioè dello stesso interesse che l'atto tende a soddisfare e che è appunto l'interesse dello stesso soggetto che lo emana», cioè, l'interesse di «colui che pone in essere l'atto»; la quale riflessione consente di ripensare all'apertura della discrezionalità gianniniana ad interessi privati, constatando che «quando infatti io mi accorgo che caratteristica di questo tipo di procedimento è l'identità dell'interesse soddisfatto dai vari atti procedimentali nei confronti dell'atto finale posso aggiungere che a questo tipo va ricondotto anche quello che ha luogo quando gli atti che lo compongono, pur provenendo da soggetti diversi, soddisfano tuttavia fondamentalmente, in quanto atti del procedimento, l'interesse sostanziale soddisfatto dall'atto conclusivo»[591]: l'interesse, cioè, della pubblica amministrazione. Feliciano Benvenuti anzi aggiunge che la funzione amministrativa si materia in una «trasformazione di

[589] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., p. 78.
[590] F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in Rassegna di diritto pubblico, 1/1950.
[591] F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1952, p. 132.

poteri preordinati principalmente alla soddisfazione del soggetto, la Pubblica Amministrazione che ne usa; e che solo di riflesso possono ridondare a soddisfacimento dell'interesse di un soggetto da lei distinto, e in particolare del cittadino»[592]: il che inevitabilmente riconduce alla posizione di Pietro Virga sull'inconsistenza concettuale del contratto nella teoria generale del diritto pubblico[593].

In questo senso risulterebbe possibile distinguere tra potere discrezionale ed attività discrezionale soltanto nella misura in cui si riuscisse a superare quella impostazione tipica della scienza del diritto amministrativo moderno[594], che potremmo definire di monolitismo dell'amministrazione, in cui cioè «tutti gli atti che cooperano all'esplicazione di quella funzione e che sono gli atti del procedimento, sono normalmente intesi a soddisfare l'unico interesse dell'autore dell'atto, che è l'unico interesse per la cui soddisfazione è dato il potere»[595]; ebbene si tratterebbe, cioè, di mettere in discussione quel paradigma bipolare su cui è stato costruito l'ordinamento delle relazioni intersoggettive a partire — come si è cercato di mostrare nel corso dei primi capitoli — dalle riflessioni di Marsilio da Padova e dai primi tentativi di accentramento politico-amministrativo, dalla diffusione di un istituto quale il rescritto che ordinava un'attività ablatoria soggetta ad una disciplina speciale del soggetto pubblico e dalla trasformazione delle attività tipicamente di *police* in esercizi del nuovo modello burocratico di *service*.

In questo senso vanno letti i ragionamenti benvenutiani sopra il tema del procedimento e quindi della funzione amministrativa.

Infatti la soluzione che viene proposta è proprio quella che permette al giurista del Polesine di ricongiungere soggetto ed oggetto, introducendo quella forma di discrezionalità societaria che in qualche modo costituisce la più importante censura del paradigma moderno costituito dai due poli di autorità e libertà, pur senza identificarsi in un suo completo superamento[596].

---

[592] F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 134.
[593] P. VIRGA, *Contratto (teoria generale del contratto di diritto pubblico)*, cit., p. 983.
[594] Che a sua volta deriva dall'impossibilità, per il pensiero filosofico moderno, di considerare il soggetto e l'oggetto in quanto tendenti ad un'unica finalità, compartecipi di un'unica realtà, conoscitiva e pratica: si tratta di una delle conclusioni di filosofia del diritto cui giunge l'intera ricerca.
[595] F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 134.
[596] La trasformazione in chiave processuale dei moduli procedimentali non avrebbe altro significato che uno spostamento del problema che si doveva risolvere; se infatti nel processo i soggetti legittimati ad agire — che quindi hanno un interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c. —

Benvenuti esamina l'opportunità di adottare la figura del processo per lo svolgimento della funzione amministrativa, laddove nella trasformazione del potere mediante il modulo processuale «non solo intervengono soggetti diversi da quello cui compete emanare l'atto, ma questi perseguono con i loro atti processuali un interesse sostanziale che non è l'interesse dell'autore dell'atto ma quello dei suoi destinatari»[597]: tali atti non costituiscono solamente il presupposto di validità o di efficacia dell'atto finale, bensì sono elementi necessari per la sua perfezione. Si capisce che l'esplicazione della funzione per mezzo di un processo costituisce un istituto di garanzia, dacché «gli stessi destinatari dell'atto hanno la possibilità di partecipare alla trasformazione del potere e cioè alla concretizzazione del potere in quell'atto che è determinativo di una loro posizione giuridica»[598]; il che, nel campo del diritto amministrativo si concreterebbe in un intervento nella formazione dell'atto anche da parte di chi, «pur non essendo il titolare dell'interesse principale perseguito dall'atto, è tuttavia titolare di un interesse su cui l'atto incide»[599].

La discrezionalità del Giannini viene superata proprio in questo modo: ammettendo, in sede di apprezzamento degli interessi coinvolti nel procedimento, non soltanto uno statico confronto fra questi e l'interesse pubblico principale o primario, bensì l'emergere necessario di tutte quelle situazioni di fatto o di diritto che risultano implicate nella decisione, secondo uno schema che conduce, per l'appunto, ad un atto finale adottato per ragioni di tutela di tutti gli interessi dei soggetti partecipanti.

Ed è questo il disegno che ha ispirato, fra luci ed ombre, le riforme amministrative che, a partire dalla legge 241 del 1990 hanno permesso

---

chiedono tutela al giudice perché la situazione di partenza, in quel caso è la violazione di un diritto che i convenuti vogliono tornare ad esercitare (art. 99 c.p.c.), nel procedimento, viceversa, manca l'evento sostanziale del conflitto, o della controversia, secondo un linguaggio gentiliano, in quanto il cittadino che si rivolge all'amministrazione non lo fa essenzialmente per chiedere una tutela giudiziale — impostazione che farebbe credere, da una parte, che solamente l'amministrazione pubblica può legittimamente discernere l'interesse pubblico e dalla quale discenderebbe, dall'altra, l'idea di un conflitto latente tra privato e pubblico, che rappresenta invero il vero problema da superare in quanto non costituisce di certo un'evidenza del reale, ma solamente un'esigenza strumentale ed operativa per affermare appunto la necessità che l'interesse pubblico sia determinato esclusivamente ad opera del soggetto pubblico, che in qualche modo si avvicina al soggetto terzo di lockeana memoria. Per questo motivo il superamento del paradigma moderno autorità/libertà, all'interno del diritto amministrativo, può essere raggiunto solamente attraverso l'inversione del rapporto tra politica ed amministrazione: e non mediante la trasfigurazione del procedimento in chiave processuale, che per l'appunto non riuscirebbe a scalfire l'autoritatività e la monoliticità dell'agire amministrativo.

[597] F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 135.

[598] F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 136.

[599] F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 139.

l'ingresso nel procedimento di tutti quegli interessi societari che nell'impostazione moderna non costituiscono certo il presupposto per una decisione del potere pubblico.

Infatti, a partire dalla previsione per la quale l'iniziativa di parte condivide la medesima ragion d'essere di un'istanza d'ufficio[600], per giungere sino alla disciplina di un accordo tra amministrazione e cittadino in grado di integrare o addirittura sostituire il provvedimento finale, si capisce che ci si trova d'innanzi ad una nuova formulazione e della nozione di procedimento, e di quella, correlata di discrezionalità, per la quale l'apprezzamento conoscitivo, comparativo, e volitivo degli interessi emergenti non costituisce più un'attività pressoché unilaterale del soggetto pubblico, dal momento che l'azione diretta all'emanazione dell'atto finale viene svolta congiuntamente dall'amministrazione e dai soggetti interessati. Operano in questo senso gli istituti di partecipazione che consentono a tutti i soggetti destinatari dell'atto o comunque interessati al contenuto discrezionale del provvedimento di svolgere un ruolo attivo nell'elaborazione dello stesso: come è stato acutamente evidenziato da un Maestro della teoria generale del diritto, a proposito della condivisione delle potestà pubblicistiche introdotte dalla legge 241 del 1990, la partecipazione non si configura in quanto «presenza meramente coreografica, in quanto il soggetto è posto in condizione di fornire il suo contributo all'istruttoria procedimentale e, perfino, di concorrere all'elaborazione della decisione finale, qualora la procedura culmini in un negozio concordato, appunto, tra l'amministrazione procedente e i singoli che partecipano all'esercizio della funzione amministrativa»[601].

Ora, però, è il caso di avvertire che di fronte alle molteplici modifiche delle "norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi"[602], l'impostazione teoretica impressa alla legge anche in virtù della presenza di Mario Nigro nella Commissione che ne aveva predisposto il testo originario, in qualità di Presidente, è stata significativamente rivista ed aggiornata: lungi dal proporne una valutazione complessiva — sforzo

[600] D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in Digesto delle Discipline Pubblicistiche, III, Torino, 1989.
[601] L. FRANZESE, *Feliciano Benvenuti. Il diritto come scienza umana*, Napoli, 1999, p. 69.
[602] Ci si riferisce in particolare agli ultimi interventi del legislatore disposti con le leggi 15 febbraio 2005, n. 15 e 14 maggio 2005, n. 80, che hanno sensibilmente alterato l'impostazione e la struttura della legge originaria.

che esulerebbe dalle finalità di queste pagine — si cercherà di analizzarne le modifiche più salienti avuto riguardo al tema degli accordi tra cittadini e pubblica amministrazione di cui all'art. 11.

2.1.1. *Discrezionalità e responsabilità* — Un celebre manuale di diritto amministrativo, nell'introdurre la specialità (e se si vuole le specificità) della materia e del *corpus* legislativo ad esso collegata, fa coincidere la nascita della stessa con il cd. *arrêt Blanco*[603], con ciò riferendosi a quella rinomata sentenza del *Tribunal des conflits* francese, con cui il giudice riconosceva sussistere una distinzione tra un tipo di responsabilità che origina dall'esercizio di potestà pubblicistiche ed un'altra che deriva da attività di diritto privato. Nella decisione dell'8 febbraio 1873 citata, cioè, Sabino Cassese ravvisa esservi racchiuso il principio per cui nell'esercizio di un'attività amministrativa (di *service public*) è da riconoscere un primato ontologico, tale da poter sacrificare le pretese dei privati, in virtù della predisposizione dell'amministrazione al raggiungimento di un interesse pubblico.

Il Tribunale dei Conflitti ha affermato in buona sostanza che «*la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier; que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés; que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître*», segnando con ciò non tanto la nascita del diritto amministrativo, sostanziale o processuale che sia, bensì l'apoteosi di un sistema di specialità amministrativa la cui pervasività arriva ad affermare la distinzione tra una forma di responsabilità personale ed assoluta per i danni cagionati da un soggetto privato nell'esercizio di attività privatistiche ed un'altra, impersonale e non assoluta per i danni cagionati da soggetti privati che agiscono in nome e per conto dell'autorità —nel senso di "rompere", frantumare, *sfragellare*, «l'unità dell'agire umano» isolandone «singoli tratti, che fungono da criteri di

[603] S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2002, pp. 15-6.

individuazione del comportamento»[604]. Portando a definitiva conclusione, quindi, quel processo che abbiamo visto iniziare con l'adozione indiscriminata del rescritto da parte del sovrano, in età intermedia, per svolgere funzioni pubblicistiche con effetti ablatori delle situazioni e posizioni soggettive, il che avrebbe condotto, a far data dalla sentenza *Blanco*, alla definitiva constatazione dell'esistenza di «due diritti, uno applicabile ai rapporti tra privati, uno, invece, ai rapporti tra amministrazioni pubbliche e privati, il diritto amministrativo»[605].

Si tratta di quella frammentazione dell'unità dell'agire umano che ha permesso alla scienza giuridica di obiettivare il comportamento umano stesso depurandolo da ogni elemento naturalmente soggettivo, sino alla «sua più assoluta e rigorosa desoggettivazione o, come sarebbe preferibile di dire, [a]lla sua spersonalizzazione»[606].

In questa tendenza alla spersonalizzazione ciò che è emerso è altresì una frammentazione della responsabilità degli operatori giuridici, i quali non risultano attributari di una forma assoluta di responsabilità in quanto soggetti dell'ordinamento, bensì si vedono conferire diverse forme e sfumature di una responsabilità spezzettata, in corrispondenza con i diversi statuti della personalità riconosciuti e tipizzati dall'ordinamento stesso.

Senza anticipare quelle che poi saranno le conclusioni dell'intero lavoro, per ora si nota che di fronte alla lacerazione dell'unità dell'operatore giuridico (inteso in quanto essere umano) non si può far altro che proporre, in chiave gius-filosofica, il recupero della nozione di persona umana propria della tradizione classica, ispirandosi esemplificativamente a quelle regole che scaturiscono dal diritto positivo, capaci di fornire delle risposte qualificate sotto il profilo della rilevanza e della pervasività; in questa direzione possono essere interpretate le cosiddette *class actions* — in quanto moduli di azione processuale che costringono i soggetti dell'ordinamento ad un contegno ispirato ad una sorta di responsabilità integrale — dalle quali si ricaverebbe un più generale argomento di teoria generale del diritto a proposito dell'uso

---

[604] N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico. (Obbligo-Onere)*, Napoli, 1973. v. anche P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di "persona" nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Padova 1975; E. DI ROBILANT, *Diritto, società e persona. Appunti per il corso di Filosofia del diritto 1998 –1999*, Torino, 1999. G. D. Romagnosi su uomo e persona nella fictio giuridica. Eineccio.

[605] S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 16.

[606] F. GENTILE, *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, Padova, 2005, p. 29.

responsabile del potere e della libertà[607]. Ci si riferisce, in questo senso, non tanto ad una disciplina positiva completa delle azioni collettive, che nell'ordinamento italiano sembra ancora di là da venire, bensì alla nozione che della stessa è stata fornita a più riprese da giuscivilisti e giuscommercialisti. Essa interessa, più che altro, per il contributo che la stessa può fornire all'opera di attribuzione di una responsabilità assoluta e generale a tutti i soggetti che condividono una certa forma di "discrezionalità" dell'agire, sino a darne un risvolto, a livello processuale, che collega, dialetticamente, l'azione individuale al bene comune.

3. *Il diritto comune degli accordi* — Sostenere l'univoco potere di rappresentazione dell'interesse pubblico da parte del soggetto pubblico significa da una parte operare un ritorno alle teorie contrattualiste e dall'altra riferirsi ad una realtà meramente virtuale. Nel diritto pubblico amministrativo moderno la causa del rapporto autorità-libertà è proprio l'interesse pubblico, il quale viene appunto determinato e rappresentato dal soggetto pubblico, come se lo stesso fosse un rappresentante, o meglio, il mandatario degli interessi (altrimenti anomici) dei privati. In ciò si scorge senza alcuna forzatura la nozione hobbesiana di contratto sociale, inteso come «il solo modo di stabilire un potere comune che sia atto a difendere gli uomini dalle invasioni degli estranei e dalle offese scambievoli, e perciò ad assicurarli in tal maniera, che, con la propria industria e con i frutti delle proprie terre, possano nutrirsi e vivere in pace», conferendo «tutto il proprio potere ad un uomo o ad un'assemblea di uomini,

[607] Ci si riferisce all'esercizio del potere in senso filosofico, superando quindi la distinzione tra un uso del potere da parte di soggetti privati, ovvero di soggetti pubblici. Per avere un'idea della nozione di responsabilità nella sua relazione con il concetto alto di libertà umana — che qui si definisce preferibilmente come autonomia — si rimanda al lavoro di Giorgio Berti. Questi, al termine di un seminario di studio espressamente dedicato ad un'ampia riflessione sulla sua Opera scientifica, organizzato e promosso dal Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" e dall'Istituto Sturzo l'11 novembre 2005, ebbe a dire: «la responsabilità, la libertà dell'uomo diventa responsabilità e legittima quindi il percorso dell'uomo nella società e la stessa società attraverso questa consapevolezza, questa unione della libertà con la responsabilità. Dapprima può apparire sulla scena l'organo rappresentativo, ma alla fine il procedimento che questo organo rappresentativo compie è vero se conduce a una deliberazione che comporti l'esaltazione, l'affermazione della responsabilità. Responsabilità di tutti come momento di verifica della libertà, quindi l'ordinamento fondato sulla libertà e sulla responsabilità è anche il mondo della vera partecipazione. Solo con il massimo impegno responsabile si può dire di partecipare al grande processo creativo, che è la diuturna formazione dell'ordine giuridico, il quale, ad essere consapevoli fino in fondo, viene anche prima della Costituzione. La Costituzione è uno dei momenti di accertamento, di certificazione di modi di essere della società e dei rapporti fra gli uomini, del rispetto delle libertà, dei diritti e della dignità dell'uomo, ma prima c'è un ordine giuridico che nasce e che vive rendendosi da se stesso visibile e cogente».

che possa ridurre tutti i loro voleri, con la pluralità di voti, ad un volere solo»[608], tutti i loro interessi in un interesse solo.

Una cessione di potere che costituisce, per l'appunto, il presupposto teoretico della istituzione dello Stato, e quindi dell'autorità[609] — che in virtù della sua natura artificiale (si perdoni il bisticcio) rileva in quanto soggetto preposto alla soddisfazione dell'interesse pubblico. In questa prospettiva, infatti, i privati risultano incapaci di tendere ad una forma di interesse o utilità diversi rispetto a quelli propri ed egoistici, slegati come sono dalla propensione alla cooperazione nel perseguimento di un bene in comune: è questa la convinzione di chi, analizzando quella «nuova "legalità" chiamata "regolazione" per distinguerla da quella che tipicizza l'esercizio di un potere per raggiungere un fine», si riferisce infine a «quello che i privati non sanno fare da soli: rispettare le regole del gioco, essere autonomi in un mercato concorrenziale»[610], confondendo patologia e fisiologia dei rapporti intersoggettivi.

La lettura hobbesiana delle relazioni umane giustifica ed anzi sorregge a pieno titolo l'idea che il provvedimento amministrativo, atto unilaterale autoritativo ed esecutorio del soggetto pubblico sia lo strumento mediante il quale risulta possibile apprezzare la costituzione, modifica od estinzione di situazioni e posizioni giuridiche soggettive all'interno di uno "spazio" giuridico i cui limiti di pensabilità sono appunto legati all'estensione del paradigma bipolare[611]. In questo modo è stata pensata e disciplinata l'attività della pubblica amministrazione sin dai primi studi relativi alla scienza del diritto amministrativo[612], e sin dalle prime leggi relative all'attività amministrativa[613]:

---

608 T. HOBBES, Leviatano, cap. XVII.

609 Pierangelo Schiera si riferisce alla legittimazione ed all'obbedienza come alle basi della nuova forma di Stato, quella moderna: «legitimation and discipline are, in my view, the two crucial functions of the modem organization of power, because they are capable of entering deeply into the essence of political relationships, touching the most secret and mysterious center where command and obedience come together in the physical determination of the persons of the subjects and in the concrete manifestations of their behavior, as individuals and as social groups, in a properly regulated society» (P. SCHIERA, *Legitimacy, Discipline, and Institutions: Three Necessary Conditions for the Birth of the Modern State*, in The Journal of Modern History, Vol. 67, Supplement: The Origins of the State in Italy, 1300-1600. (Dec., 1995), pp. S11 ss.).

610 F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007, p. 15. Sulla definizione del privato in quanto soggetto che, «per definizione, persegue l'utilità propria», G. CUGURRA, *Principio di legalità e amministrazione negoziale*, in Il Foro Amministrativo C.D.S., 11/2006, p. 3207.

611 S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 77.

612 Spiega Gregorio Arena che «per circa due secoli il paradigma bipolare ha accreditato l'idea che fosse possibile delegare la tutela dell'interesse generale di una collettività ad un unico soggetto, l'amministrazione detta "pubblica", proprio per distinguerla dalle altre forme di

come «un centro di potere che, sovrastando i singoli, monadi individuali e atomi sociali, consentirebbe la convivenza umana, altrimenti impossibile per incomunicabilità individuale».

Si è anche avvertito, però, che questa impostazione, tutt'ora in voga, è stata messa in discussione più volte, negli ultimi decenni, sia per effetto della dottrina e della giurisprudenza, che in seguito alle riforme del diritto pubblico, ed uno degli esempi più eclatanti di queste novità, è sicuramente costituito dal tema degli accordi di cui all'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Una trattazione che si concentrasse interamente sulle problematiche poste dall'istituto degli accordi nel diritto amministrativo, analizzando i contributi della dottrina e della giurisprudenza, dal 1990 ad oggi, si concreterebbe in uno sforzo di certo non proporzionale all'economia di queste pagine: qui infatti importa svolgere alcune riflessioni di teoria generale del diritto amministrativo onde comprenderne nel modo più efficace le aporie, ed evidenziandone gli eventuali superamenti. Così, ad esempio, non ci si dedicherà alla questione relativa alla riserva operata nei confronti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutta la disciplina riguardante le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi, ma soltanto a quei profili più interessanti dal punto di vista della costruzione di una figura di teoria generale — per l'appunto, l'accordo — in grado di superare la contrapposizione tra pubblico e privato che ha caratterizzato la scienza del diritto amministrativo sin dalla sua nascita[614].

Così sembra opportuno procedere ad un rapido sguardo a volo d'uccello sulle disposizioni contenute nell'articolo in questione, per carpirne la sostanza e soffermarsi, subito dopo, sui punti salienti.

L'accordo previsto dall'art. 11 della legge 241 può avere natura integrativa ovvero sostitutiva del provvedimento amministrativo: nel primo caso si tratterebbe di un patto tra cittadino e pubblica amministrazione onde pervenire a stabilire il contenuto discrezionale dell'atto finale, mentre nel secondo ci si troverebbe di fronte ad un atto scaturito da un accordo, ancora una volta, tra cittadino e pubblica amministrazione, che sostituisce pienamente ed

---

amministrazione, quelle finalizzate alla tutela degli interessi dei privati» (G. ARENA, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Roma-Bari, 2006, p. 31).

[613] Come si è cercato di spiegare nel secondo capitolo, già una figura come il rescritto di diritto intermedio, può essere considerato un antesignano della vicenda "moderna".

[614] N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, cit., p. 126.

esclusivamente il provvedimento stesso. Come è stato messo in luce dalla dottrina più avveduta, si tratta di una scelta di politica legislativa in grado di superare le "mitologie giuridiche della modernità", puntando diritto alla costituzione di un nuovo ordine di rapporti tra uomo ed istituzione, tra cittadino e pubblica amministrazione.

Se non fosse che la disciplina degli accordi, nata monca già nel testo licenziato dal legislatore del 1990[615], ha subito nel corso del tempo consistenti trasformazioni che ne hanno trasfigurato l'aspetto originario[616], sino ad accentuare quel ritorno dell'autoritatività paventato dagli esegeti[617]: in questo senso può essere letta l'aggiunta del comma 4-*bis* ad opera dell'art. 7 della legge 11 febbraio 2005 n. 15 che ha stabilito, "a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento".

---

[615] Ha prontamente messo in evidenza le aporie della figura dell'accordo la lucida ed intelligente analisi di Lucio Franzese già citata.

[616] La legge 7 agosto 1990 n. 241 è stata modificata in totale da undici provvedimenti; essi sono il decreto legge 5 ottobre 1993, n. 398 (in G.U. 5/10/1993 n. 234), convertito in legge 4 dicembre 1993, n. 493 (in G.U. 4/12/1993, n. 285), che ha disposto (con gli artt. 4 e 13) la modifica degli artt. 4, 5, 14, 16 e 29; la legge 24 dicembre 1993, n. 537 (in S.O. n. 121 relativo alla G.U. 28/12/1993, n. 303) ha disposto (con l'art. 2) la modifica degli artt. 14 e 19; il D.P.R. 18 aprile 1994, n. 340 (in G.U. 8/6/1994, n. 132) ha disposto (con gli artt. 5 e 6) la modifica degli artt. 2 e 4; il decreto legge 12 maggio 1995, n. 163 (in G.U. 12/5/1995, n. 109), nel testo introdotto dalla legge di conversione 11 luglio 1995, n. 273 (in G.U. 11/7/1995, n. 160) ha disposto (con gli artt. 3-bis e 3-quinquies) la modifica degli artt. 11 e 14; la legge 15 maggio 1997, n. 127 (in S.O. n. 98/L, relativo alla G.U. 17/5/1997, n. 113) ha disposto (con l'art. 17) la modifica degli artt. 14 e 16 e l'introduzione degli artt. 14-bis, 14-ter e 14-quater; la legge 3 agosto 1999, n. 265 (in S.O. n. 149/L, relativo alla G.U. 6/8/1999, n. 183) ha disposto (con l'art. 4) la modifica dell'art. 23; la legge 24 novembre 2000, n. 340 (in G.U. 24/11/2000, n. 275) ha disposto (con gli artt. 9, 10, 11, 12 e 15) la modifica degli artt. 14, 14-bis, 14-ter, 14-quater e 25; la legge 13 febbraio 2001, n. 45 (in S.O. n. 50/L, relativo alla G.U. 10/3/2001, n. 58) ha disposto (con l'art. 22) la modifica degli artt. 13 e 24; il D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (in S.O. n. 123/L, relativo alla G.U. 29/7/2003, n. 174) ha disposto (con l'art. 176) la modifica dell'art. 24; ed infine, da ultimo, le leggi 11 febbraio 2005, n. 15 (in G.U. 21/2/2005, n. 42) ha disposto la modifica di tutti gli articoli e l'introduzione dell'art. 3-bis, 10-bis e 14-quinquies e 14 maggio 2005, n. 80 (in G.U. 14/5/2005, n. 111) ha disposto (con l'art. 3) la modifica degli articoli 19, 2, 20, 18, 21 e 25.

[617] Franco Ledda ha annotato, con la consueta forza suggestiva delle immagini e delle metafore, che per effetto dell'art. 11 della legge 241 «sembra finalmente potersi materializzare la suggestiva immagine evocata in numerosi scritti per esprimere una favorevole disposizione o, al contrario, una preoccupazione alquanto grave: cioè l'immagine dell'amministrazione che depone il proprio scettro, o scende dal suo piedistallo, e viene a patti con il cittadino per definire rapporti di diritto pubblico» (F. LEDDA, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in Diritto Amministrativo, 2/1996, p. 391); gli stessi primi commentatori ne hanno sottolineato luci ed ombre, insistendo sulle problematiche interpretative ed applicative. In questo senso cfr. bibliografia.

Si tratta di una norma che può prestarsi a due letture opposte, che in qualche modo costituiscono i due modi antitetici di interpretare non soltanto la disposizione in questione, ma l'intera materia della funzione amministrativa[618].

La prima lettura, che potremmo definire per la sua impostazione procedimentale, rappresenta un nodo problematico di difficile soluzione, giacchè farebbe precedere all'atto consensuale un atto amministrativo che, in linea di massima, definirebbe il contenuto dell'accordo e sul quale difficile risulterebbe il sindacato[619]: che potrebbe svolgersi per motivi pubblicistici (eccesso di potere)[620] ovvero civilistici (responsabilità precontrattuale)[621], con un giudizio immancabilmente sul merito e l'opportunità delle scelte discrezionali da parte del giudice amministrativo. Non solo: vi è chi spiega che la determinazione preventiva si configura in quanto elemento essenziale dell'atto, la cui assenza, ex art. 21-*septies*, determinerebbe la nullità dello stesso, in ciò scorgendo una somiglianza con la dichiarazione di pubblica utilità che precede il decreto di esproprio[622] — con l'effetto di adagiare l'intera materia sul modulo imperativo ed autoritativo di estrinsecazione del potere.

La dottrina orientata a confermare la versione formalistica dell'attività amministrativa non ha dubbi ad ammettere che «il procedimento è quello stesso che è previsto per la decisione in forma di provvedimento unilaterale» che «ha inizio con la comunicazione di avvio, prosegue con la partecipazione dei soggetti ex art. 10 L. 241 e secondo le regole fissate nella stessa norma, possono essere formulate proposte di intesa, dopodichè l'amministrazione, se ritiene,

---

[618] Sulla responsabilità del giurista nell'interpretazione di una disposizione, L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in Diritto Amministrativo, 2/2006, p. 353. Dapprima, cfr. G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1992; F. LEDDA, *Alla ricerca della lingua perduta del diritto*, in Diritto Pubblico, 1999; M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo novecento*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 4/2001, p. 1362.

[619] Ma non sembra preoccuparsi di questo chi, come S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse»*, cit., p. 2357, prevede in quanto necessario che ogni atto consensuale sia «di regola doppiato da un procedimento amministrativo di evidenza pubblica», di modo che, stando ai canoni della sent. 204/2004, la giurisdizione ricade nell'ambito del giudice amministrativo.

[620] A. Scognamiglio, Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1983, p. 307.

[621] Su cui è intervenuta, con nota, A. SIMONATI, *Responsabilità precontrattuale e risarcimento del danno da attività provvedimentale dell'amministrazione: lo «stato dell'arte» alla luce di una recente sentenza del Trga di Trento*, in Il Foro Amministrativo T.A.R., 2/2003, pp. 443 ss.

[622] M. A. SANDULLI, *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, in Il Foro Amministrativo – TAR, supplemento al n. 6/05 "Riforma della 241/1990 e processo amministrativo", a cura di M. A. Sandulli, che raccoglie alcuni degli interventi pronunciati nel corso di un convegno tenutosi a Milano, presso l'Università Bocconi il 25 maggio 2005.

addiviene all'atto negoziato»[623]. Ma si tratta di una visione che tende a minimizzare ed a dequotare la novità costituita dal modulo consensuale[624] e che, a partire dalla riforma dell'art. 118 Cost., per arrivare sino alle più recenti modifiche della legge 241, rischia di ignorare la causa stessa degli accordi, che non può più essere ritenuta nel quadro dell'interesse pubblico — attraverso la determinazione eteronoma del quale, il soggetto pubblico mantiene e procrastina la sua superiorità ontologica rispetto agli interessi dei consociati[625].

La seconda lettura, non procedimentalizzata, che si riferirebbe semplicemente alla necessaria apposizione di garanzie a tutela dei contraenti e di terzi interessati, è da riferire al comma 1-bis del medesimo art. 11[626].

La causa degli accordi, a ben vedere, è il bene della comunità, verso la quale la pubblica amministrazione ha una responsabilità che si sostanzia nella discrezionalità dell'attività amministrativa, cui pubblico e privato collaborano alla luce del principio di sussidiarietà[627].

---

[623] C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002, pp. 44-5. Si tratta di una descrizione in linea con il pensiero giuridico amministrativo moderno, che sembra addirittura tipizzare l'utilizzo dello strumento dell'accordo; in questo senso G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 127. Cfr., inoltre, P. L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimento consensuale. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, p. 226; più di recente, nel commentare la sent. T.A.R. Veneto - Venezia, sez. I, 15 dicembre 2004, n. 4299, M. ALLENA, *La prima sezione del Tar Veneto alla ricerca del «potere»*, in Servizi pubblici e appalti, 3/2005, p. 587, ha sottolineato «il fatto che la potestà amministrativa si manifesti attraverso un modulo consensuale e dunque il provvedimento sia in qualche misura "negoziato" non comporta affatto che quest'ultimo perda i suoi caratteri tipici e si trasformi senz'altro in un contratto». cfr. pure M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

[624] Si tratta peraltro della lettura offerta dal celebre parere del Consiglio di Stato, Ad. Gen., 17 febbraio 1987, n. 7 allo schema di disegno di legge trasmesso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

[625] I quali, invero, potrebbero vantare una mera pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, essendo titolari di un interesse legittimo, alla cui situazione la risarcibilità è stata estesa per effetto della nota sentenza della Cassazione, SS. UU., 22 luglio 1999, n. 500. Ma la sola pretesa alla legittimità non si configura certo come una posizione sostanziale, mediante la quale possa sussistere un dialogo tra cittadino e pubblica amministrazione, supposto che la risoluzione dei problemi *ex post* non rappresenta mai un *optimum*; c'è inoltre da considerare che in molti casi l'eventuale risarcimento disposto dal giudice per attività illegittima dell'amministrazione, non può essere che per equivalente, giusta l'impossibilità anche materiale di procedere alla reintegrazione in forma specifica per tutti quei casi riguardanti i rapporti obbligatori intrapresi dall'amministrazione pubblica.

[626] Il quale a sua volta si ricollega all'art. 1-bis, in quanto si riferisce alla possibilità, per la pubblica amministrazione di agire mediante strumenti di diritto pubblico ovvero privatistici. Si capisce che una procedura processualizzata quale quella prevista dalla disposizione in questione si attaglia più da vicino agli schemi propri del diritto privato; infatti si prevede che "al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento puo' predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati".

[627] Sulla responsabilità dell'amministrazione, F. SPANTIGATI, *Il rapporto tra le funzioni*, in Politica del diritto, 2-2002, p. 332.

E prima del 2005 — ma anche in seguito alla riforma, che peraltro non prevede alcun tipo sindacato sulle modalità di esercizio del potere, giusta la superficiale formulazione[628] dell'art. 1, co. 1-bis della legge 241 — si poteva opportunamente sostenere che «non c'è alcuna previsione che obblighi la p.a. a deliberare sulla scelta di intraprendere la via consensuale e di pervenire all'accordo»[629]. Anzi, «non va dimenticato che l'amministrazione, nell'optare per la via consensuale, effettua una scelta e che di tale scelta è obbligata ad esplicitare le ragioni pubblicistiche», il che renderebbe necessaria «la presenza di un atto amministrativo e l'utilizzazione di una sua componente tipica, la motivazione»; se non fosse che «dal momento che la legge non prevede uno specifico atto in tal senso, non significa che necessariamente ci dovrà essere un provvedimento espresso, altro rispetto all'adesione»[630]. E si rende piuttosto evidente, altresì, che la scelta libera dell'amministrazione di addivenire ad un esercizio del potere amministrativo in regime pattizio, si configura come una tra le più evidenti manifestazioni di un esorbitante potere discrezionale in capo alla stessa[631], di una discrezionalità solitaria ed esclusivamente unilaterale, addirittura pre-gianniniana, se è vero che nella eventuale istruzione che condurrebbe alla scelta per l'opzione consensuale non verrebbe in rilievo che l'interesse pubblico primario[632].

---

[628] La superficialità della formulazione legislativa si ricava in via interpretativa, considerando l'impreciso riferimento all'adozione di atti di natura non autoritativa, per cui l'amministrazione agirebbe secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente: infatti quali sarebbero questi atti di natura non autoritativa? E quali sanzioni sono previste per l'amministrazione che nell'adozione di tali atti, viceversa adegua la propria condotta ai canoni del potere autoritativo ed imperativo? Cerca di offrire alcune risposte costruttive L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, cit., pp. 353 ss., laddove l'Autore cerca di individuare anche «alcune possibili fattispecie di atti non autoritativi».

[629] C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, cit., p. 45.

[630] C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, cit., ibidem.

[631] Di questo avviso G. CUGURRA, *Principio di legalità e amministrazione negoziata*, in Il Foro Amministrativo C.D.S., 11/2006, p. 3211, secondo il quale «la scelta di esercitare il potere amministrativo in modo consensuale anziché in modo unilaterale è comunque rimessa all'amministrazione». Per questo motivo l'amministrativista legge l'art. 11, co. 4-*bis* nel senso di un giudizio circa la convenienza della negoziazione, pur senza esprimerlo *per tabulas*; in effetti il riferimento al buon andamento, che pacificamente coincide con i criteri di efficacia, efficienza, economicità, trasparenza dell'azione, non potrebbe avere altro ruolo. Quindi, «sul modo come viene esercitata l'attività negoziale valgono tute le regole che disciplinano l'attività amministrativa e, in particolare, il principio di imparzialità, il principio di proporzionalità, il dovere di completezza dell'istruttoria e, soprattutto, l'obbligo di motivazione», che in questo caso si rende ancor più pervasivo; infatti «l'amministrazione ha il dovere di rendere comprensibile l'iter logico attraverso il quale è pervenuta ad attribuire dignità di pubblico interesse ad una proposta proveniente non già dalla stessa amministrazione, ma da un soggetto privato» (ibidem).

[632] A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1988, p. 52. Carlo Marzuoli sintetizza questa posizione recessiva

Non si tratta qui di aderire a soluzioni estreme — di tipo pubblicistico o privatistico, poco importa — bensì di impostare il discorso sugli accordi in base alla loro valenza teorica generale, ricordando che la Costituzione stessa afferma la necessità dell'esercizio della funzione amministrativa secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Il che non avrebbe certo il significato di eliminare surrettiziamente i presidi di legalità, buon andamento ed imparzialità dal nucleo del diritto amministrativo, bensì porterebbe ad intendere gli stessi operandone una inversione (o conversione) in virtù della societarizzazione della funzione amministrativa[633].

In questa direzione si è orientata la giurisprudenza civile ed in misura minore quella amministrativa, che superando certa dottrina impegnata a sostenere le ragioni di un necessario nesso funzionale tra procedimento ed accordo[634], si sono spinte sino a considerare la possibilità di una convenzione tra cittadino e pubblica amministrazione al di fuori delle ipotesi procedimentali: sono un esempio di questa tendenza le due sentenze della Cassazione Civile, Sezioni Unite, 11 agosto 1997 n. 7452 e 15 dicembre 2000 n. 1262, ed una significativa sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 27 dicembre 2006 n. 3067.

Dunque, seguendo il filone giurisprudenziale appena citato, si perviene a sostenere che «non è da ritenere che un tratto essenziale della fattispecie descritta dall'art. 11.1 sia quello che l'accordo debba presentarsi come esito eventuale di un procedimento già avviato, di ufficio od a seguito di atti di iniziativa, nel quale dai destinatari dell'atto o da altri soggetti intervenuti nel

---

spiegando che le fasi per la conclusione dell'accordo sono sostanzialmente due: «a) a seguito della procedura la PA ritiene, secondo il suo esclusivo giudizio, che la soluzione "A" sia la migliore nell'interesse pubblico; b) e verifica che quella soluzione "A" riceve anche il consenso del privato» (C. MARZUOLI, *Il procedimento amministrativo come strumento di coordinamento tra le autorità amministrative*, in AA. VV., *The chinese administrative procedure law: materials on the drafting progress*, II, Pechino, 2004, p. 765).

633 G. Berti, il teorico dell'amministrazione capovolta. Per una panoramica sull'esportabilità dell'art. 11 nelle diverse materie che riguardano la vita associata, cfr. l'interessante raccolta di giurisprudenza riportata da C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, cit., pp. 46 ss.

634 Sul rapporto tra procedimento ed accordo, nel senso di ritenerlo necessario si è espressa a più voci la dottrina: cfr. V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2003, F. Caringella, Corso di diritto amministrativo, 2, Milano, 2004; C. MARZUOLI, *Il procedimento amministrativo come strumento di coordinamento tra le autorità amministrative*, cit., p. 763, che nota come l'amministrazione possa concludere accordi solamente «nell'ambito del procedimento amministrativo di esercizio di un potere pubblico»; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005; per la giurisprudenza si cita la voce dissenziente del Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636.

procedimento siano presentate osservazioni e proposte», limitandosi il legislatore a «descrivere una modalità procedimentale in funzione di un possibile esercizio del potere dell'amministrazione sulla base di un contenuto del provvedimento individuato mediante accordo»; ma, proseguono nell'argomentazione i giudici, «a questa modalità procedimentale non è ragionevolmente attribuibile alcun connotato qualificante e nessuna rilevanza differenziatrice rispetto ad ipotesi in cui l'atto di iniziativa prefiguri già esso il contenuto del provvedimento che l'istante e destinatario dell'atto è disposto ad accettare, ove il provvedimento sia adottato»: essenziale, concludendo, è solamente che «l'accordo assolva la funzione di individuazione convenzionale del contenuto di un provvedimento che l'amministrazione deve emettere a conclusione di un procedimento preordinato all'esercizio di una pubblica funzione amministrativa»[635]. Poste queste premesse, è lecito sostenere che «la *suitas* degli accordi *ex lege* 241-90 ed il tratto differenziale dei medesimi rispetto ad altri moduli convenzionali tra il cittadino e la P.A. (…) è non già rappresentato dal dato cronologico (di per sé non qualificante) di succedaneità dell'accordo ad un atto di iniziativa o di attivazione di un procedimento amministrativo da parte della P.A., bensì propriamente da un nesso funzionale di inerenza dell'accordo ad una potestà pubblicistica, della quale concorrono appunto (in forma partecipata) a determinare il modo e l'esito dell'esercizio»[636].

Da ultimo il giudice amministrativo di prime cure si è soffermato a soppesare la citata giurisprudenza ordinaria, riconoscendo che è stato «da tempo svalutato il profilo strutturale degli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento, ritenendoli ammissibili anche al di fuori e a prescindere dall'esistenza di un procedimento amministrativo in corso di svolgimento, riconducendo nel novero degli accordi di cui all'art. 11 tutte le variegate ipotesi in cui sia rinvenibile un profilo attinente la negoziazione sull'esercizio del potere, in cui cioè l'amministrazione assume specifici obblighi per l'esercizio del potere, nei termini di cui all'intervenuto accordo»[637].

Insomma, è da notare che in una situazione di negoziabilità del potere non ci si trova più di fronte al modello autoritativo di esercizio dei poteri

[635] Cass. Civile, Sez. Un., 11 agosto 1997, n. 7452, Diritto, p.to 4.3.
[636] Cass. Civile, Sez. Un., 15 dicembre 2000, n. 1262, Diritto, p.to 3.1.
[637] T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 27 dicembre 2006, n. 3067, in Il Foro Amministrativo T.A.R., 12/2006, p. 3747 con nota di M. E. BOSCHI, *Accordi amministrativi e modalità procedimentali*, cit.

pubblicistici[638]: la negoziabilità stessa, infatti, non si riferisce tanto ad una supposta probabile parità dei soggetti agenti —la quale tuttavia può esserne un effetto — bensì ad una lettura dei rapporti tra privato e pubblico, nel campo degli accordi, che da una parte li sottopone al diritto comune, dall'altra ne subordina la meritevolezza e la legittimità alla regola della discrezionalità condivisa. In questo senso la causa degli accordi non è l'interesse pubblico captato autoritativamente dal soggetto pubblico, bensì quella nozione di bene comune che deriva dalla capacità riconosciuta a tutti i soggetti dell'ordinamento di rappresentare un interesse od altra situazione giuridica soggettiva senza aprioristicamente ascriverne la portata ad un assolutismo o singolarismo egoistico.

Infatti, alla luce della giurisprudenza citata, si può analizzare quanto disposto dall'art. 11 della legge 241 estrapolandone il contenuto rispetto ad una sua interpretazione rigorosamente procedimentale, ricostruendo quindi il percorso della sussidiarietà a partire dall'autoregolamento soggettivo predisposto dal cittadino sulla base di un'attività istruttoria dallo stesso esperita. Laddove il singolo ovvero le formazioni sociali intermedie esponenziali dello stesso siano in grado di raccogliere tutto il materiale necessario onde rappresentare all'amministrazione pubblica una soluzione atta a perseguire un interesse interpretato dagli stessi — in virtù del capovolgimento "cronologico" di amministrazione ed indirizzo —, per effetto della presentazione di un'istanza presso l'amministrazione competente, può dirsi avviata la procedura di trattativa. Non si tratterebbe, invero, di un procedimento amministrativo, e non tanto perché non si perverrebbe ad un provvedimento, ovvero si produrrebbe un atto finale il cui contenuto discrezionale derivi da un'attività negoziata, quanto piuttosto perché ci si troverebbe d'innanzi alla più completa espressione di autonomia soggettiva, germogliata a partire dalla societarizzazione della funzione e della discrezionalità. Lo stesso esercizio dell'attività discrezionale ad

[638] Il che escluderebbe, secondo quanto stabilito dalla Corte Costituzionale nella sent. 204 del 2004, che la giurisdizione incaricata di risolvere eventuali illegittimità od illiceità, ricada nell'ambito di operatività del rito amministrativo, se non fosse che il legislatore del 2005 ha specificamente stabilito che «le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo». Anche questa disposizione può prestarsi ad una doppia lettura. Infatti, a meno di non voler imputare la nettezza della disposizione ad una svista del legislatore, si può credere che l'erosione del giudicato costituzionale abbia un ben preciso significato: quello cioè di impedire una lettura deprocedimetalizzata degli accordi.

opera del proponente, nonostante alcune voci discordanti[639], comprende, ove possibile — secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza — il contributo del cittadino nella definizione delle materie che rientrano nella cd. discrezionalità tecnica. L'autoregolamento potrebbe infatti riguardare materie nelle quali il soggetto proponente dimostra una certa capacità tecnico-scientifica, che non andrebbe certo sacrificata all'altare dell'aprioristica valutazione in negativo dell'intervento soggettivo, nell'ipotesi che le determinazioni e le perizie svolte dalla pubblica amministrazione siano le uniche scientificamente ammissibili[640].

La fase immediatamente seguente consiste nella predisposizione ad opera dell'amministrazione competente[641] di un calendario di incontri tra il proponente e gli eventuali controinteressati, in onore di una lettura processualizzata dei rapporti fra soggetti riconducibili all'esercizio di un'attività discrezionale: sarebbe questa infatti la sede in cui opporre dialetticamente le istanze dei cittadini interessati, onde produrre quella concertazione sui contenuti dell'accordo che nasce dalla composizione di interessi. Infine, proprio per tutelare le posizioni degli eventuali terzi controinteressati (secondo il principio di imparzialità) e per garantire alla comunità la conclusione dell'accordo senza incorrere in successive e dispendiose alterazioni patologiche dello stesso (secondo il principio del buon andamento), l'amministrazione, mediante una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento, dota l'atto pattizio di strumenti certi di tutela tratti, appunto, dall'esperienza privatistica[642].

---

[639] M. A. SANDULLI, *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, cit., p. 10, in cui l'Autrice esclude che il riferimento al contenuto discrezionale si possa estendere alla discrezionalità tecnica, «o quanto meno, occorre essere molto severi sulla possibilità di ammettere accordi per i provvedimenti che costituiscono espressione di quest'ultimo tipo di discrezionalità», posizione che a ben vedere riproduce quell'impostazione procedimentalizzata dell'accordo, sino a renderlo una variabile subordinata alla decisione finale dell'amministrazione agente, dimenticando totalmente il contributo dei cittadini in sede di perfezione dell'atto.

[640] C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, pp. 206 ss. Sulla tecnica come struttura di potere reale, v. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica, in Diritto processuale amministrativo*, 1983, p. 445.

[641] La legge si riferisce al responsabile del procedimento: non si tratterebbe di una contraddizione in quanto ci si confronta con gli istituti e le figure soggettive di un'attività genericamente procedimentalizzata, qual è quella disciplinata dalla legge 241, la quale anzi ha provveduto a determinare, da parte degli studiosi una «quasi del tutto incontrollata esaltazione del procedimento» (F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in Il Foro Amministrativo, 9-10/2000, p. 3443).

[642] Ne è convinto L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, cit., pp. 360 ss., che nell'intento di estendere la portata dell'art. 1 co. 1-*bis* offre un elenco delle

Insomma, per concludere con Mario Chiti, «una valida alternativa alla semplificazione "banalizzante" dell'azione amministrativa appare invece il modello della autoregolamentazione da parte degli interessati»; in questo senso «l'autoregolamentazione rappresenta una forma di semplificazione in cui non si tagliano fasi procedimentali o si riduce il rilievo degli interessi pubblici; bensì si sostituisce alla pubblica amministrazione l'interessato quale soggetto che conforma provvisoriamente la fattispecie, nell'attesa della verifica dell'amministrazione»[643].

Per quanto riguarda invece, il rispetto dei principi di cui al primo comma dell'art. 1, previsto dal comma 1-ter del medesimo articolo[644], alcuni Autori hanno osservato che la materia degli accordi, ove portata alle sue estreme conseguenze — nel nostro caso, ove deprocedimentalizzata — si porrebbe in aperto contrasto con le norme di origine comunitaria relative al diritto della concorrenza, in quanto, seguendo un'impostazione che rimanda chiaramente al suo substrato moderno, il privato non sarebbe in grado di interpretare e perseguire misure in armonia con l'interesse generale, prediligendo viceversa quegli obiettivi in linea con il proprio egoistico interesse personale.

---

norme privatistiche compatibili, ex. art. 1324 c.c. con un atto unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale, com'è l'atto amministrativo. Pur non condividendo l'a-problematicità di tale operazione, in quanto un ritorno all'unilateralità dell'azione comporrebbe la totale irrilevanza di una stagione di riforme dell'amministrazione più che ventennale — ed è chiaro che il riferimento di Iannotta alla "compatibilità" di cui all'art. 1324 c.c. si riferisce all'impossibilità di considerare l'amministrare in quanto attività societaria. In ogni caso, poiché il riferimento operato dalla legge va proprio nella direzione dell'applicabilità dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti agli accordi amministrativi, si può comunque condividere ed anzi sostenere la posizione dell'Autore citato in merito alla concreta «possibilità di assicurare, anche col diritto privato, la tutela di tutte le posizioni coinvolte nell'adozione (…) di atti di natura non autoritativa, compresa quella dei terzi» (L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, cit., ibidem). Nella prospettiva della geometria legale, negare l'attitudine degli strumenti civilistici a perseguire obiettivi di tutela delle posizioni dei soggetti legati da un rapporto di tipo obbligatorio (o contrattuale) o dei terzi controinteressati, costituisce nondimeno un'aporia, in quanto significherebbe mettere in dubbio la capacità dello strumento legislativo di mettere ordine nelle relazioni umane — tanto più nel caso di un atto avente valore di legge così peculiare com'è il codice civile.

[643] M. P. Chiti, Semplificazione delle regole o semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?, in Il Foro Amministrativo C.D.S., 3/2006, p. 1072. Il che prefigura, invero, i profili di un'amministrazione sussidiaria, che riconosce la capacità di autoregolamentazione e favorisce il suo dispiegarsi nella realtà sociale, intervenendo ove necessario, onde controllare i regolamenti di interessi, al fine di indirizzarli, se del caso, verso il bene comune. Sempre in senso sussidiario (ma questa volta in senso verticale), lo stesso ruolo di indirizzo spetterebbe al legislatore, il quale appunto favorisce e riconosce l'humus sul quale siano in grado di germogliare gli atti di autonomia.

[644] L'art. 1 comma 1-*ter* dispone che «soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1», cioè i «criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

Una risposta — ed insieme una proposta — tratta dal diritto positivo potrebbe provenire, per analogia, dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163[645], che all'art. 125 disciplina la materia dei "lavori servizi e forniture in economia". In esso, al comma 12 si può leggere che «l'affidatario di lavori, servizi, forniture in economia deve essere in possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente. Agli elenchi di operatori economici tenuti dalle stazioni appaltanti possono essere iscritti i soggetti che ne facciano richiesta, che siano in possesso dei requisiti di cui al periodo precedente. Gli elenchi sono soggetti ad aggiornamento con cadenza almeno annuale».

In questa direzione, in virtù della disposizione di cui all'art. 29 della legge sul procedimento, le Regioni e gli Enti Locali potrebbero istituire un registro contenente gli elenchi degli operatori giuridici interessati (persone fisiche e giuridiche, portatori di interessi adespoti) ad addivenire alla conclusione di accordi con l'amministrazione — elenchi soggetti ad aggiornamento annuale, in cui figurino requisiti, titoli e competenze, ai fini di consentire alla stessa amministrazione di favorire il principio di concorrenza tra agenti economici. Infatti, in una lettura deprocedimentalizzata degli accordi, il momento di cui all'art. 11, comma 1-*bis* della legge 241 troverebbe un'applicazione più conferente laddove i regolamenti regionali e comunali di cui sopra prevedessero, per l'appunto, che il responsabile del procedimento, dopo aver ricevuto una proposta di accordo, si occupasse di contattare eventuali controinteressati presenti nell'elenco.

Si tratterebbe di un'operazione in grado di sublimare il principio composto di autonomia e sussidiarietà, dacché rivolta ai soggetti attivi nella definizione del bene comune, permettendo ed anzi favorendo una determinazione in comune del bene stesso: stimolando la caratterizzazione degli

[645] Ci si riferisce al testo aggiornato con le modifiche introdotte dal D.L. 12 maggio 2006, n. 173, dal Decreto legislativo 26 gennaio 2007 n. 6 e dal Decreto legislativo 31.07.2007 n. 113. Si ricorda inoltre che l'articolo di cui si parla nel testo si trova nella parte seconda del codice degli appalti, che attua la direttiva comunitaria 2004/18 concernente la disciplina dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia.

interessi ad opera degli interessati, ed evitando contestualmente riduzioni monopolistiche nella trasformazione del fatto in diritto[646].

3.1. *Esportabilità del modello: a mo' di conclusione. Cenni sulla sussidiarietà delle istituzioni in quanto condizione necessaria allo sviluppo dell'autonomia dell'aggregazione societaria* — Agli inizi degli anni Sessanta Feliciano Benvenuti affermava che «la scienza del diritto amministrativo è strettamente legata nel suo sviluppo alle condizioni politiche e in particolare al progresso civile del Paese» e per questo «deve adeguarsi alle esigenze delle condizioni politiche, temperando gli interessi astrattamente dogmatici con l'attenzione per le esigenze della realtà»[647]. Ponendo attenzione e riflettendo intorno a questo monito magistrale, occorre ora inquadrare il discorso sugli accordi extraprocedimentali in una serie di considerazioni di teoria generale del diritto, onde captare l'affinità del discordo finora formulato con il tema del rapporto tra politica ed amministrazione che verrà sviluppato nella parte conclusiva.

Si tratta cioè di avanzare alcune valutazioni di teoria generale del diritto onde vagliare l'opportunità del discorso espresso in questo capitolo sul tema della discrezionalità societaria; in questo senso, occorre specificare che i ragionamenti esposti si collocano sulla scia degli studi benvenutiani, pur tentandone un superamento sulla scorta del capovolgimento tra politica ed amministrazione tematizzato da Giorgio Berti[648].

Nell'impostazione proposta tradizionalmente dalla giuspubblicistica, «la discrezionalità, la cui esistenza è pur sempre ricollegata ad una norma

---

[646] Il riferimento è a quella parte del terzo capitolo in cui si è cercato di esporre il tema del rapporto politico nel diritto amministrativo, intendendo per ciò le modalità di formazione dell'interesse pubblico.

[647] F. BENVENUTI, *Gli studi di diritto amministrativo*, in Archivio Isap, Milano, 1962, II, p. 1278.

[648] Si riferisce a Giorgio Berti come al teorico dell'"amministrazione capovolta", U. ALLEGRETTI, *Il pensiero amministrativistico di Giorgio Berti: l'amministrazione capovolta*, Relazione al Club dei Giuristi e Centro Bachelet – Giornata in onore di Giorgio Berti (Roma 11 novembre 2005), ora in Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", consultabile presso l'U.R.L. *http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/site/_contentfiles/00015300/15374_allegretti%20per%20berti.pdf*; il capovolgimento cui allude Allegretti, corrisponde ad «un'interpretazione dell'amministrazione non convenzionale», rovesciata rispetto «al suo primitivo rapporto con lo stato e con la società: invece di essere, come nelle concezioni correnti, una derivazione del potere dello stato, che si impone e che comunque è solo in rapporto indiretto con la società, l'amministrazione è concepita da Berti come un'espressione della società stessa».

imprecisa, si specifica come valutazione dell'interesse pubblico e, di conseguenza, la distinzione tra ciò che è discrezionale e ciò che tale non è corre sul filo della presenza o assenza del pubblico interesse», tanto più che «ogni apprezzamento che comporta valutazione del pubblico interesse è manifestazione di discrezionalità e, all'inverso, qualsiasi apprezzamento che non comporti una valutazione di tal genere è assolutamente irriducibile alla discrezionalità»[649]. Con ciò intendendo una situazione in cui lo svolgimento dell'attività amministrativa di tipo discrezionale è totalmente subordinata alla predeterminazione dell'interesse pubblico da parte del soggetto pubblico.

Tenendo in attenta considerazione una recentissima riflessione di Lucio Franzese, però, si deve evidenziare il fatto che la stessa suddivisione tra attività vincolata ed attività discrezionale risulta artificiale, in quanto l'atto vincolato non sarebbe nient'altro che un atto i cui caratteri di *an*, *quid*, *quomodo* e *quando* siano già stati fissati a monte dal legislatore, che perderebbe, così, la sua funzione di indirizzo del consorzio umano verso il bene comune, immedesimandosi, viceversa, in quel ruolo direttivo e "direttoriale" superato da tempo proprio per effetto della discrezionalità della pubblica amministrazione[650].

Così, la funzione amministrativa descritta dalla scienza giuridica moderna rimane un'attività fortemente vincolata all'interesse pubblico stabilito *ex ante* dal soggetto pubblico, e nel caso di attività discrezionale si pone in quanto subordinata al principio di legalità che concretizza un potere attribuito soltanto astrattamente[651].

Ora, rispetto all'"attenzione per le esigenze della realtà" di cui parlava Feliciano Benvenuti, è chiaro che una concezione della funzione amministrativa come quella moderna, tutta nel solco del paradigma fornito da autorità e libertà,

---

[649] C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., pp. 25-6.

[650] Cfr. con quanto detto nel terzo capitolo a proposito delle mutazioni genetiche dell'attività amministrativa.

[651] H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, trad. it., Napoli, 1997, pp. 559 ss., in cui si può leggere che «la volontà dello Stato nell'ordinamento giuridico è sempre più o meno *astratta*, le *azioni* dello Stato sono invece sempre assolutamente *concrete*. La discrezionalità degli organi statali non è altro che la necessaria differenza tra il contenuto dell'*astratta* volontà statale nell'ordinamento giuridico e la *concreta* azione statale nell'amministrazione, nell'esecutivo» (p. 561) — tanto più che «per quanto riguarda l'attività degli organi si tratta di una "esecuzione", cioè della attuazione di una volontà altrui, della volontà della persona statale, nella differenza tra il contenuto dell'ordinamento giuridico che esprime la volontà statale e l'amministrazione che pone le azioni statali bisogna che sia data una giustificata libertà discrezionale degli organi» (p. 560)

non è più in grado di rispondere alle effettive richieste del consorzio umano, registrando invero un totale distacco dalle esigenze della stessa vita comunitaria; in questo senso, «tentando di mantenere il sistema giuridico indenne da considerazioni sociologiche o politologiche e ritenendo che il realismo nel diritto non consista nell'introdurre la realtà esterna, ma il considerare realtà solo il fenomeno giuridico esistente in un dato tempo» c'è bisogno di prospettare «un metodo induttivo per la determinazione del concetto di funzione»[652], uno sguardo cioè «che parte dalla realtà dell'atto giuridico come produttore di effetti sulle situazioni giuridiche»[653]. E la prospettazione di un modulo di "discrezionalità" societaria, che si avveri nella extraprocedimentalità degli accordi tra cittadini e pubblica amministrazione, non ha altra mira che, appunto, quella di restituire alla società la capacità di regolazione e gestione di quelle materie che direttamente la coinvolgono, secondo il principio di sussidiarietà.

[652] F. BENVENUTI, *Funzione (Teoria Generale)*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, XIV, Roma, 1989, p. 2.
[653] F. BENVENUTI, *Semantica di funzione*, in Jus. Rivista di scienze giuridiche, 1-1985, p. 16