

Massimo Stipo

Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi *

- Questo studio è dedicato alla memoria di Antonio Romano Tassone.

Indice

- 1) Osservazioni preliminari e "scelte di campo".
- 2) La problematica culturale generale degli interessi.
- 3) L'interesse nella prospettiva giuridica.
- 4) Gli interessi pubblici nell'evoluzione storica e nella cornice della costituzione repubblicana del 1948 e delle implicazioni sovranazionali ed internazionali.
- 5) L'equivoco dell'equazione Stato=società.
- 6) Un' "incursione" sui pericoli della "plutocrazia": l'importanza, per contrasto, dell'ideologia dei "valori".
- 7) La competenza amministrativa ed altri aspetti del diritto della P.A.
- 8) Considerazioni finali.

1. Nel 1988, negli studi in onore di Massimo Severo Giannini, ho avuto modo di occuparmi di un tema di palpitante attualità, quello dell'interesse pubblico, inquadrato nell'ottica della Costituzione Repubblicana, intitolando appunto il saggio pubblicato in tale occasione: "L'interesse pubblico: un mito sfatato?". Ivi si accennò come lo Stato inteso (in una prospettiva che nella *vulgata* dominante si fa risalire a Hegel) come Dio terreno, necessariamente onnipotente, fosse il portato di un'ideologia ormai superata che peraltro, ha condotto, nelle sue propaggini radicali (e anche – aggiungo ora – a fraintendimenti del pensiero di Hegel, del quale mi sono reso conto a seguito di successivi studi e approfondimenti del pensiero del grande filosofo) a talune teorizzazioni generali statolatrici dalle quali a tutt'oggi non ci siamo del tutto liberati (quantomeno nel sub-conscio). Certo è che l'interesse pubblico non si può considerare come un *deus ex machina* ma va demitizzato, va storicizzato, e va altresì inserito in tutta una serie di interessi con i quali deve coesistere. Rimeditando il suddetto tema, si ritiene che

per poter comprendere appieno il concetto giuridico di interesse pubblico occorre partire da talune considerazioni preliminari. Invero mi pare opportuno, prima di procedere oltre, chiarire il mio pensiero. Ebbene ho tenuto presente quanto avvertiva il Romagnosi, cioè che ogni scienza è tributaria delle altre, e la scienza giuridica lo è in misura maggiore, giacchè deve comporre in modo originale conoscenze e schemi razionali, gran parte dei quali nascono al di fuori di essa (*G. D. Romagnosi, Introduzione allo studio del diritto pubblico universale, Prato, 1834, par.54*). Il Lipari, dal canto suo, ha esattamente avvertito che i giuristi hanno "scoperto le interconnessioni del diritto con le altre scienze dell'uomo, ma le altre scienze dell'uomo hanno continuato nelle loro riflessioni, prescindendo dal diritto" (*N.Lipari, intervento in AA.VV. La "cultura" delle riviste giuridiche italiane, Milano, 1984, pag.111*). Più in particolare, per venire incontro alle necessità della società contemporanea, lo studio dell'amministrazione pubblica deve mantenere stretti rapporti con tutti i campi più importanti dell'umano sapere. D'altronde sarebbe erroneo considerare l'amministrazione pubblica come un mondo chiuso e a sé stante. Nel corso della storia, l'amministrazione ha a volte raggiunto alti livelli di efficienza e lo studio nel campo amministrativo è stato perseguito in certi periodi. Tuttavia è solo dal XIX secolo che lo studio dell'amministrazione è entrato in una nuova fase, raggiungendo la coscienza della propria autonomia, giungendo a concepire l'amministrazione come fenomeno generale e complesso. Gli studiosi si sono dimostrati ansiosi di applicare la metodologia scientifica al problema di come rendere più giusta ed efficace l'attività della P.A., tentando di pervenire all'enunciazione di criteri generali intorno al fenomeno amministrativo, criteri desumibili dall'analisi delle manifestazioni del fenomeno e successivamente sperimentati per accertarne la validità relativa, il che implica ovviamente l'uso di un metodo. Ora se si tiene conto che la funzione amministrativa è quella destinata a realizzare praticamente i fini indicati dai legislatori in base ad una scelta ideologica fondamentale, appare chiaro che non può non esservi una zona di interferenza fra l'amministrazione (e le varie discipline che si occupano dell'amministrazione) e la politica (e la scienza politica), indicando per scienza politica (o, meglio, scienze della politica) quel complesso di studi che hanno per oggetto le ideologie alle quali di

volta in volta gli ordinamenti si ispirano, e reciprocamente gli ordinamenti stessi considerati sotto il profilo delle ideologie alle quali si sono conformati. D'altronde come avvertito da Benedetto Croce (nella sua *Filosofia della pratica*) l'attività pratica presuppone quella teorica: senza conoscenza non è possibile volontà, giacché "quanto lungi navighiamo nel gran mare dell'essere, non usciamo mai dal ben definito mare del pensiero" (*B. Croce, Teoria e storia della storiografia*, ed. VII, Bari, 1954, pag. 100 – 101).

A mio avviso non esistono prove né empiriche, né logiche che, pur nelle trasformazioni sociali dell'epoca attuale, convalidino l'idea della fine della politica, che è un sogno ricorrente nella storia dell'occidente (nello stesso senso D.Fisichella). Le teorie liberali di tipo tendenzialmente anarchico e le visioni del liberalismo che (non limitandosi al riconoscimento della libera competizione degli interessi mediata e regolata dagli organi politici rappresentativi) privilegiano in maniera indiscriminata la dimensione economica della vita individuale e collettiva non sanno cogliere l'equilibrio di fondo che solo la dimensione politica dei problemi (finalizzata all'obiettivo del bene comune e alle prescrizioni della condotta della comunità civile) può contenere e garantire (se non è degenerata fino ad andare in *default*). Una privatizzazione che sia ipertrofica o un'infatuazione che sia panprivatistica dei fenomeni pubblicistici (e segnatamente del diritto delle amministrazioni pubbliche) ponendo, almeno tendenzialmente, al centro il valore del profitto e del successo rispetto ad ogni altro valore, impedisce che la politica (e non altre forme coesistenziali) fissi le regole di organizzazione della società ed abbia quindi titolo per intervenire in svariati ambiti della vita individuale e collettiva (personali, interpersonali, sociali ed economici). Il sogno di potersi sbarazzare della politica, di annullarne specificità ed autonomia mediante un qualche tipo di *reductio ad unum* cioè ad altro (la tecnica, l'economia, l'etica cristiana o secolarizzata, etc) è destinato a svanire. Le ideologie antipolitiche (oggi diffuse) negano invece il primato della politica, molto spesso pretendendo di fornirci un sapere oggettivo (governato magari dai "custodi" o dai "sapienti") tentando di convincere che si possa fare a meno della politica stessa. La perdita di plausibilità di alcune ideologie storiche di marca ottocentesca nonché la permanente incertezza delle regole (che pone interrogativi inquietanti anche sul futuro della democrazia) non può

farci dimenticare che tutte le ideologie di ispirazione democratica rivestono un ruolo fondamentale nella comunità civile e correlativamente le istituzioni devono svolgere nella società un'importante, essenziale funzione di filtro selettivo degli interessi radicati nella società stessa. I fenomeni industriali e tecnologici obbediscono a leggi di sviluppo le quali, per loro natura, prescindono dalle ideologie le quali, nello scontro con i primi, possono retrocedere, laddove invece occorre preservare opzioni di valore, scelte di civiltà che, se trascurate o, peggio, superate, giovano solo alla tecnocrazia ed ai poteri oligarchici, che non a caso, sono soliti manifestare una sempre più palese insofferenza per ciò che è "pubblico" (a meno che non riescano a piegarlo ai propri interessi particolari). Per "pubblico" si intende ciò che nel linguaggio comune e in quello giuridico – politico designa l'area degli interessi, delle finalità e delle attività proprie ad una collettività politica e che la costituiscono e delimitano (in quanto collettività). Vero è che tanto codesta area di interessi quanto l'ossatura istituzionale con cui essa si esprime variano storicamente secondo le circostanze culturali e materiali. Tuttavia, come è stato giustamente osservato, entrambe, con la collettività anch'essa storica da loro definita, affondano le radici in una situazione umana (che si può convenzionalmente definire primaria) che ne costituisce il fondamento e la giustificazione esistenziale prima che politico-istituzionale. Ogni collettività, infatti, nasce sulla base di un tessuto umano formato da un intreccio di relazioni intersoggettive (più o meno intenso e più o meno esteso) in ogni caso dotato di una certa stabilità e durata (così efficacemente S. Cotta, *La dimensione sociale nell'alternativa tra il pubblico e il privato* in *Il diritto come sistema di valori*, Cinisello Balsamo, 2004, pag. 89 – 90). Se non si riesce a regolare certi fenomeni, il rischio è che il rapporto economico diventi una giungla, con la prevalenza, quindi, dei più forti. Il disagio profondo delle odierne democrazie pur comprensibile, non può quindi, a mio parere, convertirsi in un obiettivo polemico che si concretizza in modi di interpretazione della realtà troppo attenti alle ragioni del mercato ed assai meno a quelle della politica (è questa una certa moda conformista, in buona parte di provenienza anglosassone, che si è propagata dalla cultura, ai mass media, al costume, etc). E' ora da considerare che lo Stato-società quale soggetto titolare del potere sovrano (art. 1

secondo comma Cost.) più che una realtà fattuale ha il significato ed il valore di un'idea inesauribile, di un principio regolativo, considerando che la democrazia è una cultura ed un metodo ancorati ad alcuni valori, per la soluzione pacifica dei conflitti interni alla comunità civile. Gli istituti giuridici, le forme giuridiche, sono, infatti, semplici formule vuote se non sono resi vivi ed efficienti dalla vigile coscienza giuridica della società, e dalla partecipazione effettiva e cosciente dei consociati alla vita sociale e pubblica. E' agevole osservare che la società e lo Stato sono immersi nel fiume della storia in una problematicità sempre nuova ed aperta, con sempre nuovi problemi, rapporti ed equilibri dinamici. Quella che però non deve mai mancare (a fronte di un seducente atteggiamento proteso al prevalere dei fatti sui valori) è la prospettiva assiologica che è la chiave ermeneutica di ogni possibile titolo giustificativo del potere in atto dello Stato-ente e quindi anche delle pubbliche amministrazioni, cioè della loro legittimazione. Si badi che il bene comune di cui si parla, non è maneggiabile dagli strumenti della scienza ma è un *bene dialogico* che però deve avere come fondamento una tavola di valori, di cui è innegabile la storicità. Oggi il principio di solidarietà (politica, economica, sociale, ex art.2 Cost.) che è equilibrio di libertà e di giustizia non può essere ricondotto puramente e semplicemente ad un affare privato delle parti (di una relazione intersoggettiva). Così le varie forme coesistenziali (statali, sovranazionali, internazionali) sono chiamate al compito di apprestare i mezzi per il conseguimento dei valori stessi e la comunità non può prescindere dal fattore organizzazione (che è un elemento di coesione e non di divisione). Invero se il diritto venisse ridotto (come vorrebbe, per esempio, Kelsen) ad una semplice tecnica e fosse quindi interamente *wertfrei* sarebbe destinato al deperimento in quanto superato da tecniche più efficaci. La società del nostro tempo è una società in rapida trasformazione, e cioè una società che ha perduto il suo naturale equilibrio: è una società in cui sono in crisi non solo le strutture tradizionali dello Stato ma anche molti fini e valori, molte tradizioni e consuetudini, così come sono in crisi ideologie politiche e vecchi schemi politici. Non è lecito tentare di assimilare le più rilevanti innovazioni normative nella struttura degli istituti tradizionali, rinunciando a ricercare nuove forme giuridiche aderenti ad una realtà in continua evoluzione. Per questo la P.A. deve

essere congegnata in modo aperto, perché accoglie dati nuovi, ed in modo elastico perché capace di adattamento al nuovo: di qui la necessità che ciascun potere pubblico si rinnovi non tanto e non solo formalmente, quanto, invece, sostanzialmente in modo che sia in grado di affrontare e risolvere i problemi che, giorno per giorno, la società pone di fronte ad esso. Il potere dell'amministrazione, che deve agire nell'ambito della legge ed è chiamato istituzionalmente alla cura degli interessi pubblici, dovrà testimoniare di essere conforme all'indirizzo politico (quale individuato dagli organi costituzionali che ne sono titolari, in *primis* governo e parlamento) che (come è noto) consiste nella scelta dei fini che in un determinato momento storico sono considerati funzionali all'attuazione degli obiettivi e dei valori, sia di derivazione (direttamente ed indirettamente) costituzionale sia promananti dalla maggioranza contingente di governo. Tale funzione di indirizzo politico (che è altra cosa dall'abuso politico) segna, infatti, la strada a tutta l'attività amministrativa che da un lato è diretta ad attuare la Costituzione e le leggi vigenti (ormai anche in una prospettiva sovranazionale ed internazionale), e dall'altro all'emanazione di precetti astratti e singolari che riempiano il vuoto lasciato dalle leggi e che adeguano al caso concreto le norme dettate per la generalità. E' appena il caso di ricordare che ogni ipotizzabile forma di discrezionalità si richiama ad una condizione primordiale caratterizzata dalla presenza di una fattispecie di un comportamento incompletamente descritto dalla norma, la cui lacuna deve quindi essere colmata in base al risultato di quella attività valutativa in cui si rileva l'immancabile indice rivelatore di ogni potere discrezionale. È poi da considerare in tale contesto anche la problematica dell'organizzazione pubblica (fenomeno cui i giuristi si sono interessati in epoca relativamente recente, di pari passo con il riconoscimento sempre più chiaro della rilevanza che l'attuazione delle "norme di organizzazione" presenta anche all'esterno dell'ente cui si riferiscono). L'organizzazione può essere definita come una struttura dei rapporti personali, rivestita dei caratteri di autorità e di permanenza, esistenti nella dimensione della P.A. Lo stesso disegno costituzionale dell'amministrazione pubblica (v. in particolare art. 97 Cost.) conferisce un rilievo sostanziale al momento organizzatorio come misura e qualità della condotta della P.A. e perciò dei risultati di essa. Come è agevole

osservare, la teoria dell'organizzazione dei pubblici poteri si è venuta in larga parte distaccando dalla fondamentale impostazione di origine privatistica ed ha così affrontato più in profondità tutta una serie di problemi estendendo il proprio campo di osservazione al di là degli schemi riconducibili ad una tradizione di studi ormai secolare (ad esempio in ordine ai rapporti fra titolare dell'organo e l'organo, fra rapporto d'ufficio e rapporto di servizio, ai problemi di imputazione e di responsabilità, alla soggettività dell'organo, etc). Il sempre maggiore accostamento (sia nel diritto positivo, sia nella cultura giuridica) dell'attività all'amministrazione reca così benefici effetti: siffatta prospettiva non è priva di conseguenze, essendosi ormai messi a nudo i collegamenti profondi fra le strutture dell'amministrazione ed i procedimenti mediante i quali assumono consistenza le manifestazioni esteriori di essa; si è anche affermato che la garanzia delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti della P.A., con un fenomeno di traslazione, tende a compenetrarsi con il modo di essere della P.A. stessa. Vero è che, come è stato giustamente osservato, dal Nigro (accogliendo le felici intuizioni del Pugliatti) l'area dell'organizzazione e la parte sostanziale dell'azione amministrativa non possono essere pensate come separate (contrariamente a quanto un tempo si riteneva) giacché organizzazione ed attività sono due facce della stessa medaglia, due modi di essere dello stesso sistema di istituzione e di regolazione di strumenti e di rapporti idonei a consentire il perseguimento di determinati fini. Questa situazione di vera e propria continuità fra i due settori rende disagevole il porre concretamente linee di confine tra di esse. Anche il procedimento amministrativo è, da una parte, attività o forma di attività (*rectius* funzione), dall'altra ed insieme coordinazione di uffici, cioè di competenze, quindi organizzazione (posizione così, per così dire *double face* che è ormai largamente riconosciuta dalla dottrina italiana e straniera). Pur senza annullare la distinzione (che è però cosa diversa dalla separazione) si giustifica la considerazione di tanti fenomeni sotto entrambi i profili e la dottrina moderna (in *primis* quella tedesca) ha correttamente colto l'aspetto organizzatorio di tanti fenomeni amministrativi, evidenziandosi comunque il corso dialettico di un'esperienza della quale sono essenziali sia il momento astratto della prefigurazione dell'attività (che è l'*organizzazione*), sia la traduzione dell'organizzazione in atti

(che è l'*attività*). Si può allora anche comprendere che la nota dicotomia norme (strumentali) di azione – norme (materiali) di relazione, la violazione delle quali da parte della P.A. costituirebbe rispettivamente il discrimine fra la tutela dinanzi al giudice amministrativo e quella dinanzi al giudice ordinario, se ha potuto avere una qualche validità in determinati periodi storici contrassegnati da un sistema fortemente autoritario, oggi non ha più alcuna ragion d'essere, atteso che la P.A., negli ordinamenti democratici, deve trovare la sua legittimazione nell'essere al servizio della società civile pluridirezionalmente e non già arroccarsi in modo autoreferenziale. Ciò è pienamente coerente al riconoscimento che nel campo amministrativo la legittimità designa un valore della cultura giuridica (un valore la cui realizzazione varia nel tempo e nei diversi ordinamenti giuridici), il che ha condotto alla formazione di un *corpus* di regole *extra* legislative coerenti ai canoni fondamentali di imparzialità e di buon andamento (ex art. 97 secondo comma Cost.) che si inscrivono tanto nel momento organizzatorio quanto nel momento dell'attività.

2. Come evidenziato da O. Decroly l'interesse, pur rispondendo alla sollecitazione dei bisogni, richiede l'intervento dell'intelligenza e della cultura che favoriscono la funzione della conoscenza. In tal senso si esprime anche la psicologia della forma, per la quale è l'interesse a far emergere la figura da uno sfondo, promuovendo in questo modo l'attenzione. Investiti da un interesse, gli oggetti assumono un c.d. "carattere di invito" che può essere positivo o negativo, provocando comportamenti appetitivi o avversativi. Seguendo il modello omeostatico (cioè di un costrutto eminentemente fisiologico che vede nel bisogno, un principio di attivazione che tramite la soddisfazione tende al mantenimento dell'equilibrio) la psicologia della personalità prende in considerazione quei bisogni non fisiologici relativi "all'ambiente sociale" ove il bisogno, configurandosi come bisogno di auto-realizzazione, è regolato da motivazioni psicologiche e sociali. In tale prospettiva è da intendere la c.d. "motivazione", cioè quel fattore dinamico del comportamento umano che attira e dirige un organismo verso una meta. Le "motivazioni" poi possono essere semplici o complesse, coscienti o inconscie, transitorie o permanenti, primarie (ossia di natura fisiologica) o secondarie (di

natura personale o sociale) a cui si aggiungono le motivazioni superiori come gli ideali o i modelli esistenziali. Per "equilibrio" poi si intende il bilanciamento degli opposti, sicché il concetto di equilibrio designa la congruenza fra gli elementi del "sistema" ove sono compresi interessi, bisogni, valori, opposte tendenze. Si osservi che con il cosiddetto "contestualismo" si intende quell'orientamento interpretativo secondo il quale l'evento non può essere spiegato esclusivamente in termini causali, ma richiede di essere visualizzato in relazione alla situazione globale in cui si verifica, e compreso tramite l'analisi del contesto. E' poi da considerare che gli interessi umani sono filtrati, attraverso la normazione di diritto positivo, dalla classe politica dirigente di una determinata società civile. Ma si badi, al di là degli aspetti esteriori e formali, esistono sempre in realtà una o più classi dominanti che in forza della posizione che occupano nel sistema politico e/o nel sistema economico (o di altri fatti strutturali) esercitano un dominio di fatto sulle altre classi (che si può convenire di chiamare classi dominate), attraverso, per esempio, la proprietà e il controllo dei mezzi di produzione, il monopolio dei mezzi di comunicazione di massa, il controllo effettivo di partiti politici, etc. Si osservi a tale riguardo che il concetto di classe dominante non vuol significare affatto che una classe sia onnipotente o che possa giungere a perseguire i propri interessi senza incontrare resistenze. Si vuol significare invece che con gli adattamenti, le innovazioni di comportamenti, le modifiche tattiche o strategiche della propria azione, in relazione alle circostanze storiche in cui agisce, una o più determinate classi riescono ad ottenere che le decisioni di maggiore incidenza politica e/o economica siano più convenienti ai propri interessi di quanto non sarebbero state se le stesse decisioni fossero state determinate o codeterminate da altre classi (sul punto, *amplius*, L. Gallino, *Dizionario di sociologia*, Torino, 2009, voce *Interesse* e voce *Classe dominante*, *passim*). Così le Costituzioni e i codici (specie i codici civili) dello Stato liberale dell'ottocento erano espressione degli interessi della borghesia al potere ed invero quando si parla di "diritto borghese" si allude a quell'ordinamento nel quale sono tutelati gli interessi di una determinata classe sociale, della classe di coloro – capitalisti e monopolisti – che usano e dispongono della maggior parte della ricchezza del Paese. Così il diritto "borghese" è quello che dà valore giuridico ad azioni che tendono a realizzare

unicamente (anche se, talora, attraverso forme di cooperazione) il massimo edonistico. Così la costituzione oligarchica-liberale (inquadrabile in un arco temporale che arriva fino all'allargamento del corpo elettorale, in Italia con le leggi del 1882 e poi con l'adozione del suffragio universale) era una costituzione di transizione tra lo Stato assoluto e lo Stato parlamentare democratico, altresì qualificabile come "pre-democratica" perché, pur ispirandosi formalmente a principi democratici, gli stessi non erano tradotti in istituti di diritto positivo. Caratteristica di tale regime costituzionale era pertanto un'amministrazione pubblica di dimensioni ridotte, coesa ed omogenea e che si presentava ancora in buona parte come amministrazione della Corona. E' noto che il campo teorico all'interno del quale si sono sviluppate le elaborazioni del periodo preso in considerazione era dominato dalla relazione bipolare Stato-società civile. Tale bipolarismo appariva di per sé funzionale al mantenimento della distinzione tra mondo dell'ordine, dell'autorità e dell'unità, e sfera del pluralismo e del libero gioco di interessi economici e non. In tale contesto l'interesse pubblico che si invoca è la maschera di interessi particolari, degli interessi sia pure di un'intera categoria dei cittadini: è un calcolo puramente economico quello che ispira l'azione del legislatore del periodo borghese, il quale cerca di ottenere quanto è nell'interesse dei ceti privilegiati (anche se non sempre vi riesce) in un modo semplice: variando la distribuzione dei diritti e degli obblighi, dei poteri e dei vincoli, chiedendo ed imponendo ai singoli di agire per il soddisfacimento di tali interessi ed adoperando determinati mezzi piuttosto che altri. Invero non si può considerare l'ordine giuridico come qualcosa che si applica dal di fuori alle azioni, secondo la risalente concezione del diritto come forma della materia economica. Invero l'azione, nella sua concretezza, presenta il doppio carattere della cosiddetta razionalità economica e della normatività giuridica: è vero sì che il diritto regola i rapporti economici, ma tale funzione regolatrice si esplica attribuendo dei diritti e degli obblighi, dei poteri e dei vincoli, che – si badi – alla valutazione economica non è dato far sorgere perché di per sé stessa rimane al di qua della vita sociale. Si può quindi ammettere che il diritto non crea rapporti economici, per la ragione che il diritto non può creare che rapporti giuridici: ma questi appunto nascono perché il diritto introduce nell'esperienza pratica delle relazioni

inter-individuali qualcosa che prima non c'era, un modo di valutare l'attività dei soggetti che è distinto e diverso da quello in cui consiste (per ciascuno dei soggetti medesimi) la valutazione economica. In sintesi, economia e diritto sono due diverse direzioni della volontà degli uomini nell'incessante sforzo per dare un senso utile alla realtà nella quale viviamo che è fatta di cose materiali e di cose umane. Oggi, storicamente, il diritto da mera forma, suscettibile di assumere i più diversi contenuti, è venuto via via assumendo palesemente il ruolo di strumento essenziale per l'instaurazione di un giusto equilibrio tra le diverse forze economiche operanti nel contesto sociale. Il significato della nuova prospettiva (imposta al giurista dalla mutata realtà sociale) è stato avvertito dalla recente dottrina, non potendoci più limitare a rilevare il nuovo "clima" nel quale gli strumenti tradizionali si trovano ad operare: invero occorre diversamente configurare e ricostruire dogmaticamente gli istituti tradizionali, la cui funzione è perciò notevolmente alterata, non potendosi più mantenere l'architettura del sistema convenzionalmente ereditato dal passato per non ridurre i predetti istituti a "formule dubbie", atteso il mutamento della loro dimensione e dei loro effettivi profili funzionali: il che, detto, *per incidens*, molte volte non consente più il salvataggio forzato di taluni istituti, necessitando invece l'individuazione di nuove forme giuridiche adeguate alla mutata realtà che si intende esprimere. Il giuspubblicista deve così mettere in primo piano l'indagine dei singoli valori o complessi di valori o dei singoli interessi o complessi o conflitti di interessi che rappresentano la sostanza dei rapporti sociali, abbandonando quegli astratti modelli giuridici formali suscettibili invece di teorizzazioni generali e di aride ricostruzioni sistematiche, ritenute capaci di esprimere regole valedoli per tutti i casi. I metodi tradizionali di definizione nel campo del diritto falliscono ormai nel loro scopo quando applicate ai concetti giuridici. Questi metodi infatti presuppongono che il termine cui essi siano da applicarsi venga isolato dai contesti in cui ricorre. Per sfuggire a questa travicante tendenza ad ipostatizzare i concetti giuridici, occorre spostare l'attenzione dalla singola parola alla proposizione, cioè prendere in esame non i singoli termini tecnici isolatamente, ma tutte intere le frasi nelle quali essi ricorrono. Così le parole "Stato", "diritto soggettivo", "persona giuridica", "contratto", "interesse collettivo", "interesse pubblico", etc. non

possono essere intese correttamente fuori dalle frasi in cui esse giocano il loro ruolo caratteristico: il fatto è che simili termini non sono cose, non sono nomi di corrispondenti entità sia pure astratte (che si tratterebbe appunto di identificare quando si cerca una definizione di tali concetti giuridici). Si resterebbe così invischiati in una sorta di ingenuo platonismo, impegnati nella sterile impresa di definire per *genus proximum et differentiam specificam* parole, che sono pure astrazioni, mentre ci sfugge che la funzione primaria di queste parole non è quella di designare o descrivere alcunché, ma è una funzione diversa. Tale nuovo indirizzo trova appoggio e conforto anche fuori dal campo del diritto e dei concetti giuridici, nelle idee oggi più largamente affermate sulla struttura e la funzione dei concetti delle scienze, sia empiriche che logico-matematiche. Tanto in un campo quanto nell'altro si prende atto ormai, una volta per tutte e definitivamente, che termini e concetti tecnici non hanno la funzione di denominare alcuna entità e quindi mancano di qualsiasi riferimento per così dire ontologico. Nel sistema teorico di qualunque disciplina, le proposizioni contenenti quei termini sono legate, mediante connessioni di ogni genere (implicazione, equivalenza, derivabilità, etc.) ad altre proposizioni, e possono così, attraverso queste ultime, venire interpretate indirettamente. Inserire la natura dei concetti giuridici nel più ampio quadro delle idee contemporanee sulla natura dei concetti giuridici in generale, consentirà di comprendere che le prime non sono isolate, ma al contrario sono al centro di un movimento di una certa ampiezza: un movimento caratterizzato appunto dal duplice connotato di utilizzare i risultati di quella riflessione delle scienze su se stesse (ossia sulla natura e sulla struttura dei propri strumenti e procedimenti teorici) che tende sempre più a divenire parte integrante del lavoro dello scienziato, da una parte, e, dall'altra parte, di contribuire a quella riflessione e al raggiungimento di quei risultati (perspicue a tale riguardo sono le sempre interessanti considerazioni di F.d'Alessandro). Così, a titolo d'esempio, vari fenomeni, emersi nella realtà contemporanea, sono inesprimibili con le categorie ed i concetti della tradizione pandettistica civilistica tedesca, quali il diritto soggettivo, l'obbligo, il rapporto giuridico, il negozio giuridico, etc., cioè con quella visione, per così dire, "essenzialista" che ingenuamente scambia queste astrazioni per cose reali, dotate di un'essenza nascosta da sviscerare, popolando così l'universo

giuridico di inesistenti, mitiche realtà. Oggi si è invece consapevoli che non si può più presentare il discorso giuridico come discorso di sapere, che per la sua oggettività e descrittività, è ritenuto direttamente produttivo di verità. Chi pretende di descrivere il proprio oggetto avalutativamente, finisce in realtà per costruirlo ed immaginarlo in modo fuorviante. Nel campo del diritto pubblico la stessa definizione dello Stato in termini di persona giuridica ha consentito la trasposizione dei modelli soggettivistici e volontaristici di origine pandettistica alla nascente scienza del diritto pubblico. Si è autorevolmente da più parti osservato che la configurazione dello Stato in termini personali aveva consentito l'erezione di una sicura griglia concettuale capace di contenere entro le sue maglie ogni entità esterna, riducendo la rappresentazione di queste a grandezze in vario modo riconducibili alla persona dello Stato, quali parti del suo organismo. E' stato giustamente osservato dal Comporti che rispetto alla dogmatica soggettivistica lo stesso istituzionalismo di Santi Romano ha rappresentato sostanzialmente un aggiornamento delle linee teoriche di fondo, non già un superamento effettivo dell'orientamento di indagine stato-centrico. Non può passare infatti inosservata la circostanza che, pur parlandosi di crisi di rappresentatività dello Stato, inteso però come "vero principio di vita", "stupenda creazione del diritto", nonché "supremo potere regolatore e perciò poderoso mezzo di equilibrio" se ne suggerisce un potenziamento in termini di autorità affinché si mantenga "un'organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi" (sul punto, efficacemente, *G.D.Comporti, Il Coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996, specie pag.25). E altresì da considerare che i miti crescono soprattutto nei fertili terreni della religiosità. La scoperta che l'uomo fa della sua radicale incapacità di dare un senso compiuto e definitivo alla vita lo inclina a cercarlo e ad affidarlo a forze che stanno al di là della sua dimensione terrena, al di là delle sue umane possibilità. Il mito così impedisce all'uomo di restare solo con la povertà e l'inadeguatezza delle sue risorse, trasformando il mare agitato delle sue insicurezze in una spiaggia dove il vivere diventa sopportabile perché per ogni problema c'è una risposta e per ogni paura un approdo apparentemente rassicurante. Si è notato da più parti che vi sono due discipline distanti fra loro le quali hanno tuttavia in comune l'uso di un

medesimo concetto. Tanto nella teologia quanto nel diritto si parla infatti di dogmi. Il concetto di dogma (con i suoi derivati) fa la sua comparsa nel linguaggio giuridico tra la fine del settecento e il principio dell'ottocento, e compare in particolare in Germania. Cornelius Anne den Tex (ricordato da autorevoli giuristi quali R.Orestano e F.Galgano) nel 1839 ha evidenziato il nesso tra il diritto e la teologia, così esprimendosi: "con il nome di dogma si intendono, come in teologia così nelle discipline del diritto, le medesime certezze, che unite tra loro formano una dottrina integrata". Progressivamente la giurisprudenza si è accreditata come teologia, sia pure "secolarizzata", la quale considera le norme nello stesso modo in cui una teologia confessionale considera i dogmi della propria religione. Fra questi dogmi è compreso pure il concetto giuridico di "interesse pubblico", che però va ora considerato in correlazione all'avvenuta affermazione dello Stato pluriclasse, dei mutamenti intervenuti in ordine alla struttura ed al funzionamento dei pubblici poteri negli ordinamenti contemporanei, che non può non dare l'avvio ad una profonda revisione degli schemi teorici tradizionali. Si deve sempre tener presente che oggi il principio democratico vale ad individuare nella comunità sociale il punto di origine e di riferimento costante di tutte le potestà pubbliche. Esso infatti avvolge l'intero ordinamento costituzionale ed attribuisce carattere strumentale al cosiddetto Stato-apparato, comportando il superamento del rassicurante quadro concettuale tramandato dall'esperienza dello Stato liberal-borghese e dalle dogmatiche di cui esso si alimentava.

3. L'odierno sostantivo "interesse" riproduce lessicalmente il verbo latino *interesse*. I significati di tale verbo erano molteplici, ma sopra gli altri, uno assume prevalenza volendo esprimere una relazione di valore (è interesse di... /importa a...). Si pensi a locuzioni quali *magni, tanti, quanti, plurime, nihil, maxime interest*, ovvero locuzioni quali *interest rei publicae, publicae salutis set securitatis, religionis interests*. Nel latino medievale, si è introdotta poi la sostantivizzazione del verbo: così nell'undicesimo secolo Irnerio intitola il paragrafo 31, VII capitolo della "*summa codicis*", "*de interesse*" (vedi sul punto le interessantissime ricerche di A.Falzea). Le varie correnti utilitaristiche hanno dato un ampio impulso a tale concetto e dall'ottocento è ormai di uso corrente:

così lo si incontra in filosofia, in politica, in economia, in diritto, in psicologia, in sociologia e nel linguaggio comune. La *Interessenjurisprudenz* (nel secolo diciannovesimo) ha assunto poi il fenomeno ed il concetto dell'interesse ad asse portante dell'esperienza giuridica e della sua interpretazione scientifica. Nella tutela dell'interesse si è vista così la ragione che anima le leggi e le istituzioni giuridiche. Merito innegabile di questa concezione è l'aver chiarito il legame che unisce interesse e vita, affermando quindi il primato della vita e delle sue istanze fondamentali. In via di prima approssimazione si può intendere per interesse quell'orientamento, atteggiamento di un soggetto individuale o collettivo in relazione ad un oggetto o stato di cose la cui acquisizione (o realizzazione) o la cui conservazione è idonea a migliorare o a difendere la sua situazione sulla base di una valutazione della propria situazione attuale comparata a quella di altri soggetti (il cosiddetto gruppo di riferimento) e alla possibilità che essa si modifichi nel futuro. Per "gruppo di riferimento" si intende qualsiasi collettività, categoria o strato sociale che il soggetto mostra con il suo comportamento di tenere presente quale termine di comparazione, positivo o negativo, sia o non un membro di esso. Questi spunti problematici in ordine alla teoria dell'interesse derivano dalla sociologia, ove si suole fare una distinzione fra interessi "veri", o "reali" da un lato ed interessi "fittizi" o "soggettivi", dall'altro. Per esempio, il "vero" interesse dei passeggeri di una nave che, a parere dei più competenti, affonderà entro poche ore, sta nell'abbandonare la nave, checché ne pensino gli altri. Ma affinché si possa dire che i primi perseguono l'interesse "vero" della collettività ed i secondi no, occorre che l'evento cui la collettività considerata si riferisce, appaia empiricamente accertabile, palesemente vantaggioso a tutti i suoi membri e sia collocabile in un tempo preciso. Fatte queste premesse, e passando al campo propriamente giuridico, si può intendere per "interesse" la relazione intercorrente fra un soggetto, cui fa capo un bisogno ed il bene idoneo a soddisfare tale bisogno, determinata nella previsione di una norma di diritto positivo. La migliore dottrina (si pensi solamente a Jhering) distingue gli interessi in senso soggettivo e gli interessi secondo valutazione media. Interesse in senso soggettivo è quello concretamente avvertito dall'individuo. Interesse secondo valutazione media è quello che in una determinata situazione avvertirebbe un uomo medio. Interesse medio è quello non della

media degli uomini, ma dell'uomo medio. Si può perciò avere la valutazione media anche nei confronti di beni nei cui riguardi la media degli uomini non abbia avuto ancora modo di pronunciarsi. Questa differenza è alla base di molte attività e calcoli economici. Come è stato autorevolmente osservato (G.Guarino) gli interessi soggettivi, che sono vari da soggetto a soggetto ed anche per lo stesso soggetto da momento a momento, costituiscono un fenomeno psicologico connesso alla volontà ed alla coscienza, come tale estraneo al campo delle situazioni giuridiche soggettive, in quanto se ciò non fosse le situazioni soggettive dovrebbero di necessità sussistere nell'unico momento in cui il soggetto concretamente avverta l'interesse: ciò in contrasto con la più sicura esperienza che negli ordinamenti giuridici le disposizioni positive in genere considerano che le situazioni sussistano anche se il titolare ne ignori l'esistenza o ne desideri l'inesistenza, o comunque non sia in grado di avvertirne l'esistenza per incoscienza (per esempio diritti e doveri dell'assente, del non concepito, della persona giuridica) (G.Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, 1949, ripubblicato ora, Napoli, 1999, pag.61-62). E' da ribadire quindi che l'interesse al comportamento è quello che ha ad oggetto il comportamento altrui, previsto dalla norma e considerato in sé o come contenuto di una situazione giuridica attiva: l'interesse al comportamento è un interesse secondo valutazione media ed esiste indipendentemente dalla valutazione, difforme, che di esso faccia il titolare della situazione. Traendo l'esempio dal Forti, lo stesso G.Guarino evidenzia che il provvedimento illegittimo con il quale le autorità accademiche rifiutano ad un candidato l'ammissione all'esame di laurea si considera lesivo dell'interesse del candidato anche se, per ipotesi, questa illegale esclusione gli facesse vincere una forte scommessa e fosse quindi dal candidato desiderato (G.Guarino, *op.ult.cit.*, pag 62, nota 20). Considerato da un altro punto di vista, l'interesse è stato anche definito come un rapporto fra enti, e precisamente tra il soggetto dell'esigenza e l'ente che con il suo trovarsi o non trovarsi in una data relazione con il primo, produce la sua soddisfazione o la sua insoddisfazione (P.Gasparri). Analoghe sono le definizioni di *interesse* che sono state autorevolmente date dalla dottrina al riguardo: così, sulla scia dello Heck, il Betti con l'espressione *interesse* comprende "ogni situazione socialmente apprezzabile, anche priva di rilevanza patrimoniale, suscettiva di

ricevere la protezione del diritto"; così il Pugliatti parla di "tensione della volontà verso un fine" e il Piccardi ritiene che l'interesse "ai fini della scienza giuridica" va inteso "come rapporto fra chi sente il bisogno e la cosa atta a soddisfare quest'ultimo, cioè il bene". Come ognuno vede, i presupposti del concetto di interesse sono le nozioni di bisogno e di bene. La nozione di bisogno – da intendere in senso ampio – si può definire come lo stato di insoddisfazione del soggetto dal quale questi tende ad uscire. In altri termini, il bisogno consiste in uno stato di tensione, più o meno intensa, dovuto alla mancanza di qualcosa che risponde o a esigenze fisiologiche più o meno impellenti o a esigenze voluttuarie divenute, per abitudine, necessarie o a esigenze psicologiche avvertite come indispensabili per la realizzazione di sé, o a esigenze sociali apprese dall'ambiente. Allo stato di tensione a cui si riconduce la definizione primaria di bisogno, si attribuisce la capacità di evocare la rappresentazione degli obiettivi da perseguire e la capacità di attivarsi, superando gli ostacoli che si frappongono. Non sono costitutivi del concetto di bisogno né la sensazione di mancanza da parte del soggetto del bisogno (quello cui necessitano le risorse), né l'identificazione del soggetto con una singola persona (può trattarsi di un gruppo, di una classe, di un'associazione, di un settore dell'economia, etc.), né il fatto che la mancanza si sia già tangibilmente verificata (può infatti darsi sia soltanto prevista per un futuro più o meno prossimo). Ma il bisogno di un soggetto non diviene rilevante per l'ordinamento, se non in relazione agli strumenti idonei a soddisfarlo, cioè ai beni che possono essere definiti come quelle entità oggettive che sono idonee ad eliminare lo stato di insoddisfazione. E' agevole ora osservare che l'ordinamento giuridico opera proprio su quel dato della realtà che è rappresentato da interessi ed attività che si svolgono sul piano sociale, ed interviene così per valutare, qualificare, tutelare, limitare, od impedire l'attuazione degli interessi e l'esplicazione delle varie attività. E' altresì agevole osservare che tali interessi e tali attività sono ricollegate sia a singoli individui sia ad altre figure giuridiche soggettive (private e pubbliche) essendo certamente possibile identificare interessi ed attività che non abbiano il loro centro in un soggetto individuo, ma in un altro punto di riferimento soggettivo che si ponga come centro di imputazione delle conseguenze derivanti dalle norme positive. In tale prospettiva si può

comprendere come venga meno anche la configurazione tradizionale dell'*organo* (in senso giuridico) come segmento di potere che consenta ad un ente di volere e di agire. Sottratto alla sua originaria visione antropomorfa, l'organo viene più adeguatamente inquadrato entro una logica organizzativa, come tecnica di imputazione di fattispecie giuridiche all'ente.

E' appena il caso di avvertire che il concetto di interesse costituisce, per così dire, il centro di gravità delle situazioni giuridiche soggettive, che possono essere definite come i modi di essere della condotta di un soggetto che la norma giuridica valuta, comparando i vari interessi umani in relazione al verificarsi di ogni possibile evenienza giuridicamente significativa. Se la rete degli interessi che si intrecciano nell'ambito di una determinata collettività è assai fitta e se sussistono interessi con connotati differenziali definiti – il che peraltro è innegabile – è evidente che tra tutti questi interessi (individuali, collettivi, diffusi, pubblici) possono nascere conflitti, divergenze, concorrenze, in relazione ai quali si porranno problemi di composizione: è infatti interesse della collettività generale che i conflitti siano composti, i vari interessi siano armonizzati, onde evitare che determinati interessi soverchino altri, compromettendo l'equilibrio che garantisce la sussistenza e lo sviluppo dell'intera società generale. Ebbene, mentre per gli interessi individuali il discorso appare agevole, per gli interessi meta-individuali si complica, ed è per questo che si tratterà prima degli interessi collettivi e degli interessi diffusi, e quindi degli interessi pubblici. Per interessi collettivi si intendono quegli interessi-sintesi di collettività o gruppi o comunità particolari (la locuzione interessi collettivi – ormai entrata nell'uso comune – dice così di meno di quello che *prima facie* potrebbe apparire) che esprimono una relazione di interessi di uguale contenuto facenti capo a soggetti diversi, i quali sono organizzati per il raggiungimento del medesimo fine. Tale relazione esprime appunto una solidarietà di interessi, in quanto la collaborazione fra gli interessati permette il conseguimento di un determinato bene, laddove un soggetto singolo non potrebbe raggiungere lo stesso risultato. Comunque, appare chiaro che l'interesse collettivo non è una somma di interessi individuali, ma ogni interesse di una pluralità di soggetti, considerata comunità che trascende, in una superiore sintesi, i singoli componenti. E' ora il caso di avvertire che, atteso il rilevante

numero di entità sociali delle quali fa parte in un determinato momento ogni singolo individuo, è inevitabile che uno stesso soggetto può essere titolare di più interessi eventualmente in conflitto tra loro, di alcuni interessi come individuo, di altri come membro di una collettività (come una determinata categoria professionale, un dato comune, etc.) e di altri interessi come componente altre comunità (una determinata confessione religiosa, un determinato partito politico, etc.). Si profila così il problema interessantissimo relativo alla determinazione della pluralità delle cosiddette *lealtà sociali* ed al fenomeno dei *conflitti delle fedeltà*, con la possibilità per un soggetto della contemporanea obbedienza a sistemi di regole fra loro diversi ed eventualmente confliggenti e quindi dell'appartenenza ad ordinamenti diversi, irriducibili uno all'altro. In altri termini, uno stesso soggetto può appartenere a più ordinamenti, ed essendo tenuto ad osservare le normative di ciascuno, gli eventuali conflitti fra di essi saranno risolti solo in base alla propria libera coscienza, cioè in foro interno (cosiddetta *etica delle lealtà*). In una rassegna di fatti di segno positivo, meritano di essere ricordati i gruppi che si fanno portatori dell'interesse di una determinata categoria pur se storicamente limitata nel tempo come è accaduto per esempio per i deportati o i perseguitati politici, o oggi per le famiglie delle vittime delle varie stragi. Di segno negativo è il monopolio che determinate formazioni già consolidate cercano, e spesso riescono ad esercitare, nei confronti di formazioni nuove o deboli organizzativamente. Talvolta (come è stato autorevolmente osservato da P. Rescigno) è il sistema stesso a favorire queste posizioni acquisite, dotandole di mezzi o di poteri da cui le formazioni emergenti, le minoranze deboli e le maggioranze diffuse vengono escluse. Per "interessi diffusi" si intendono poi quegli interessi (che vanno tenuti distinti dagli interessi collettivi) che pertengono ad una pluralità indeterminata di soggetti non costituente una categoria o un gruppo omogeneo (ma, per così dire, trasversale) in riferimento a beni relativi alla "qualità della vita", al consumo alimentare, etc. Ora è da considerare che i vari tipi di interessi appaiono graduati ed ordinati in una scala che va dall'interesse del singolo, che tramezza negli interessi collettivi e in quelli diffusi, e che culmina in quello della collettività maggiore (per esempio, lo Stato) in un fascio di reciproche relazioni, in un equilibrio che aspira ad essere armonico. Non adottato volutamente il

termine "sistema" perché in una società, come l'attuale, "liquida" (secondo la felice ed efficace espressione di Zygmunt Bauman, uno dei più noti ed influenti pensatori al mondo) parlare di "sistema" è irrealistico e, comunque, frutto di astrazione. In effetti va sempre più prendendo spicco una funzione propria e specifica dei giuristi, eminentemente "creativa" che non è suscettiva di deleghe. Si è parlato (R.Orestano) di "fantasia creatrice", che dà luogo a sintesi a volte prodigiose di valori, piuttosto che di semplici dati normativi e di altri elementi solo concettuali. In ogni tempo e in ciascuna situazione storica vi sono sempre stati i giuristi che hanno contribuito in maniera rilevante (agendo sul patrimonio concettuale dell'esperienza collettiva di appartenenza) all'elaborazione, all'affinamento, all'edificazione di nuovi concetti e di nuovi "schemi ordinanti". Ritengo, d'accordo con l'Orestano, che l'espressione "schema ordinante" è più propria e meno compromessa rispetto all'accezione di "sistema" ormai per più versi "datata". Tali "schemi ordinanti", quali strumenti del pensiero, non si possono peraltro considerare né come forme logiche del diritto applicabili a qualsiasi dato, indipendentemente dal contenuto, né come forme rappresentative di una struttura logica interna ai contenuti che con essi si vogliono esprimere, ma vanno ritenuti come costruzioni concettuali, le quali servono a stabilire le connessioni e le relazioni fra concetti, reputate più confacenti a rappresentare determinate situazioni. Ci si muove così da una duplice storicità, quella del dato e quella del soggetto conoscente, senza lasciarsi andare a suggestioni metafisiche, quali espressioni invece del "nostro tempo", senza aspirare mai ad una validità assoluta e con la consapevolezza che qualunque visione del "dato" non potrà mai surrogarsi alla realtà.

4. E veniamo ora a trattare degli interessi pubblici. In effetti se la tematica degli interessi pubblici appare ancor oggi inappagante ed irrisolta ciò (almeno in parte) si deve a quel pregiudizio di fondo che abbiamo ereditato dalla pandettistica (che, provenendo dal diritto privato, aveva finito per invadere ogni ramo del diritto) che consiste nel ritenere che le teorie politiche siano giuridicamente irrilevanti: si crede di difendere, in tal modo, la purezza della scienza giuridica. Non si può certo negare che le teorie politiche abbiano a volte sopraffatto la scienza giuridica e le abbiano fatto accettare proprie

concezioni dello Stato, inducendola ad elaborazioni che si volevano contrabbandare come teorie generali del diritto e dello Stato. Ma, parimenti, la realtà ci mostra che allorché le teorie politiche si realizzano (e nella misura in cui si realizzano) si traducono in istituti giuridici positivi, in principi istituzionali, senza dubbio determinano (o quantomeno sono idonee a determinare) il contenuto di una normazione positiva. Si pensi soltanto all'ottica particolare nella quale l'interesse pubblico è collocato negli ordinamenti dove l'indirizzo ideologico della classe dirigente al potere (e la dottrina giuridica che su essa si è adagiata) è qualificabile come "statalismo": ne viene fuori un paradigma disciplinare unitario che impone in ogni contesto il superamento del molteplice a vantaggio dell'unità ed uniformità della rappresentazione finale. Lo Stato-apparato è quindi ritenuto unico depositario della sovranità, unico creatore del diritto, giungendo, nella dottrina dello "Stato etico" quale teorizzato in Italia dal filosofo neo-idealista Giovanni Gentile in una autentica mistica, allontanandosi quindi dalla genuina tradizione ottocentesca di Bertrando Spaventa. Così (come si è già detto) l'interesse pubblico non può più essere inteso nello stesso senso in cui lo era nello Stato liberal-borghese caratterizzato (almeno tendenzialmente) da un gruppo di comando avente pienezza di diritti e da gruppi assoggettati: sicché l'ordinamento statale era fondato su di una classe per così dire "aperta" fondata sul censo e perciò stesso quindi sostanzialmente aristocratico. Atteso che l'ordinamento aveva per contenuto interessi sostanzialmente omogenei, fra i componenti del gruppo di comando non vi erano contrasti fondamentali di interessi, potendosi avere in genere solo contrasti di indirizzi (la meta essendo condivisa). Gli stessi costrutti teorici dello Stato borghese censitario avevano la pretesa di avere una validità assoluta, atemporale ed aspatiale. Così nell'ottica del predetto Stato, l'interesse pubblico non si può considerare se non tenendo costantemente presente che la separazione tra Stato e società civile era netta ed evidente. Il giurista di tale periodo storico si adeguò a questo assetto, sensibile agli interessi della classe borghese (a cui egli stesso apparteneva) ed elaborò così quell'impalcatura concettuale certa e razionale, strumentale all'immagine ordinante congeniale ad un diritto apparentemente neutrale ed obiettivo, coltivando il gusto della sistematica, del metodo-giuridico che nascondeva la piena adesione

all'assetto economico ed agli interessi dell'economia borghese. Come esattamente evidenziato da M.S.Giannini, la scienza giuridica si attardò in vere e proprie "mitologie giuridiche" frutto, per dirla con Santi Romano, di immaginazione favolosa. Gli strumenti più confacenti a questo indirizzo politico dominante erano così il formalismo ed il positivismo giuridico, laddove non era avvertito che la formula dello Stato cosiddetto "neutrale" era una contraddizione in termini, opera di studiosi di orientamento conservatore e fiancheggiatori del regime esistente, con l'effetto, da più parti rilevato, di "immobilismo culturale": il discorso giuridico cioè pretendeva di descrivere il proprio oggetto avalutativamente, laddove invece in realtà era funzionale al sentire della propria epoca, elaborando coerentemente (e a volte elegantemente) il concetto di Stato, immaginato con gli attributi mitici della perennità e della personalità giuridica, con tutto un gioco di incastri "dove i soggetti, le azioni, le norme, le trasgressioni sono previste, sistemate, collocate ciascuna al suo posto" (*P.Costa, Discorso giuridico ed immaginazione, Ipotesi per una antropologia giuridica, in Dir.Pubbl., 1995, pag.32*). Si comprende allora come gli istituti giuridici intendevano forzare la realtà multiforme ed articolata sottostante, entro caselle prefabbricate e relativamente rigide; sfuggivano così quei fenomeni che non si potevano adattare all'incasellamento e non erano aderenti al paradigma astratto dei dogmi tralatici, con sprezzante fastidio per tutto ciò che non fosse riducibile ai propri preconcetti ed ai propri pregiudizi. Nella delineata prospettiva, l'interesse pubblico "apparteneva" alla pubblica amministrazione, circondato di una aureola sacra di mistero, contrapposto agli interessi reali della complessa società civile (articolata nelle varie classi e nei vari gruppi), ove gli interessi privati, individuali e collettivi, erano visti in contrapposizione radicale ed ove lo stesso sistema di giustizia amministrativa poneva in primo piano l'atto (promanante dalla pubblica amministrazione), in quanto unica entità contro la quale era concentrata la tutela del cittadino (più ampiamente, dei soggetti destinatari della attività amministrativa). L'oggetto della giurisdizione amministrativa non poteva essere se non l'atto imperativo (della P.A.) con ciò escludendo che il giudizio potesse vertere sul rapporto intersoggettivo sostanziale (occultato dal giudizio formale in termini di legalità o illegalità dell'atto). Lo stesso *interesse legittimo* non

poteva essere inteso come una situazione giuridica soggettiva attiva e di vantaggio, ma solo come una situazione giuridica di vantaggio, comunque subordinata ad una potestà pubblica, nel cui raggio di azione soltanto l'interesse legittimo poteva pretendere una tutela necessariamente subordinata, occasionale, indiretta, incompleta. Dallo Stato liberal-borghese, con la sua facciata rassicurante, attraverso un graduale ma significativo passaggio si è ormai giunti nello Stato democratico contemporaneo, con il superamento quindi del diaframma fra apparati pubblici e società civile e con il popolo non più degradato ad oggetto dell'attività statale e non più considerato *sic et simpliciter* come mero elemento costitutivo dello Stato (congiuntamente al territorio ed alla potestà di governo): non si assiste però (in termini giuridici) ad una sorta di "scioglimento" dell'entità astratta Stato nella concretezza della comunità sociale (come invece ritiene M. Nigro), in quanto la stessa società non può aspirare a divenire fattore di aggregazione perché priva di centro, connotata da una angoscia esistenziale, così come il sapere è privo di unità, ipotetico, provvisorio, revisionabile; si assiste, semmai ad un disordinato dissociarsi delle "sfere particolari" da ogni possibile evento unificante. L'esperienza della Repubblica di Weimar (il più straordinario e tragico laboratorio delle istituzioni che hanno innervato il secolo ventesimo, miseramente crollata sotto l'incalzare di eventi tristemente famosi) insegna che il suo crollo (oltre che da fattori esogeni) è stato determinato dalla debolezza intrinseca del modello: le formule legislative erano talmente vaghe e generiche d'apparire talvolta prive di significato (si pensi soltanto ai c.d. *leerlaufende Grundrechte*) e lo stesso rinvio alla società intesa come momento di sintesi degli interessi confliggenti si rilevarono un punto debole attesa la mancanza di fondamento dell'organizzazione politico-amministrativa. L'impotenza dei governi, la crisi del parlamentarismo, la carenza di legittimazione delle forze politiche a causa della frantumazione delle stesse fece sì che la risposta all'irrazionalità dei fatti fu la nascita della dittatura. Si è anche detto che la democrazia di Weimar cadde per eccesso di democrazia. Si può quindi comprendere come ormai, memori dell'esperienza negativa del passato, nel campo della P.A., si è giunti ad una *Entzauberung* (disincanto) e si assista a modelli organizzativi nuovi e adeguati, che tendono a rispondere ai canoni dell'efficienza e della semplificazione con innegabili riflessi sulla configurazione giuridica

degli interessi pubblici. La garanzia delle situazioni giuridiche soggettive attive nei confronti dell'amministrazione va così trasferendosi sempre di più nell'interno della stessa attività amministrativa, tendendo a compenetrarsi con il modo di essere di quest'ultima. L'amministrazione tradizionale caratterizzata oggettivamente da attività ed interventi riduttivi delle sfere private di libertà, ma non da un'azione di partecipazione diretta alla vita del corpo sociale, viene sempre più surrogata da un'amministrazione che si potrebbe dire di prestazione, il che non è privo di conseguenze non solo nel settore organizzativo in senso stretto ma nel settore dell'attività e della stessa tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione. Negli ultimi tempi, quindi, le cose sono profondamente cambiate, e così la P.A. non opera soltanto con i metodi propri del diritto particolare (e a volte privilegiato) che ha la sua caratterizzazione nel cosiddetto Stato amministrativo o ad atto amministrativo, ma utilizza per la propria disciplina e per la propria attività ormai diritti diversi, con un'ampia utilizzazione degli strumenti del diritto privato, spessissimo peraltro con connotazioni pubblicistiche: emerge infatti la rilevanza giuridica del vincolo teleologico, vale a dire del necessario perseguimento istituzionale dell'interesse pubblico che, sia pur in una prospettiva democratica, garantista e pluralista, non può essere retrocesso ad una semplice *species* del *genus* interesse privato (neanche nella veste di un interesse ibrido, con prevalenti connotazioni privatistiche). Si badi che se è parzialmente esatto affermare che qualunque interesse è qualificabile come pubblico se assunto fra quelli a cui provvede una figura giuridica soggettiva a sua volta qualificata come pubblica (M.S. Giannini) ciò non è comunque sufficiente né appagante per una compiuta intelligenza del fenomeno. Lo stesso Giannini nel rilevare che per gli interessi pubblici vige un principio nominalistico (il che è inesatto, perché oggi non è più vero) riconosceva peraltro l'esigenza di criteri più nitidi o almeno meno imprecisi. Sulla scia del Capograssi (e della sua magistrale lezione sulla filosofia dell'esperienza) Mario Nigro rileva come il diritto amministrativo non sia più una scienza normologica, ma è divenuta o va diventando "scienza dell'esperienza giuridica" del concreto vivere dell'amministrazione. Infatti la norma giuridica non può essere integralmente compresa se ridotta al suo aspetto formale di proposizione logica. Essa implica

infatti necessariamente un riferimento terminale ai dati di fatto ed alle esigenze assiologiche. I tre poli o dimensioni della realtà giuridica sono pertanto: il valore, il fatto, la norma. Un presupposto assiologico, in altri termini una valutazione giuridica assiologica (che è distinta da una valutazione giuridica logica) si può proporre solo se si immette in più vasto quadro, che si richiama all'esperienza giuridica, che esprime un effettivo superamento delle posizioni normativistiche. In tale prospettiva è abbandonato il presupposto base dell'imperativismo classico fondato sul principio della statualità del diritto. La norma di legge, infatti, è solo una delle manifestazioni della giuridicità dell'ordinamento. Così, insieme alla "forma di legge" è forma del diritto anche la sentenza del giudice, il provvedimento della P.A., il contratto ed ogni altra forma attraverso cui possa esprimersi l'esperienza giuridica. Ma qualsivoglia giudizio giuridico per essere un giudizio concreto, abbisogna di quei dati di fatto che sono l'elemento materiale in cui lo stesso giudizio si applica, il punto di riferimento della specifica valutazione giuridica. Il problema più arduo rimane così quello della "comunicazione" tra il piano generale ed astratto da un lato, ed il piano particolare e concreto dell'esperienza giuridica dall'altro. Certamente a ciò non serve l'utilizzazione di dogmi astratti (come il diritto soggettivo, il dovere, l'interesse legittimo, il rapporto giuridico, etc) quando si vogliono artificialmente trasferire dal piano loro proprio al piano concreto e sensibile della natura (per cui, per esempio, si suole parlare, erroneamente, di nascita, di morte, di reviviscenza, di espansione, che null'altro sono se non meri traslati metaforici). Mentre gli interessi individuali e gli interessi collettivi (e diffusi) astrattamente riconosciuti dall'ordinamento si realizzano nelle varie fattispecie reali ove sono definiti dai rispettivi soggetti privati che ne sono portatori, l'interesse pubblico è invece il risultato di un processo e di una definizione data dall'autorità amministrativa, in concorso con tutti gli altri soggetti coinvolti nell'esercizio di una funzione ormai sconosciuta e secolarizzata, nella trasformazione del potere astratto della P.A.; detto, in altri termini, trasformazione dell'interesse pubblico astratto, prefigurato da un frammento di norma di diritto positivo in potere reale che dà vita all'atto espressione di un interesse pubblico concreto (che si realizza progressivamente nell'iter procedimentale) e preferibilmente condiviso, seppure, il più delle volte imputato formalmente ad un soggetto attivo della P.A.

L'interesse pubblico concreto, così – secondo i principi costituzionali che storicamente lo determinano (in particolare art. 1, II° comma, art. 3, I° e II° comma, art. 97, II° comma) – consiste in un processo di composizione dei vari interessi (individuali, collettivi, diffusi e pubblici) che insistono dinamicamente nelle fattispecie reali. Se è vero che allo stato attuale della normazione non vi è interesse pubblico il quale non abbia un proprio portatore, è altrettanto vero che non vi è situazione nella quale non sia imposto all'autorità amministrativa decidente il dovere costante di tener presente (nell'esercizio dell'attività amministrativa) non il solo interesse pubblico che le è stato affidato dalla norma astratta ma ogni altro interesse, quale che sia, purché giuridicamente rilevante, concorrente con il primo o che ad esso acceda, sicché la "decisione" (termine espressamente adottato dall'art. 3 della legge n. 241/1990 per tutti i provvedimenti amministrativi, e non solo per quelli contenziosi in senso stretto) sia prospettabile come un prodotto culturale, per il quale pare pertinente adottare l'efficace denominazione tedesca di *berücksichtigungspflicht* (dovere di prendere in considerazione l'attività assertiva delle parti). Correlativamente i soggetti portatori dei vari interessi (diversi da quelli in affidamento all'autorità amministrativa decidente) sono, a vario titolo, coinvolti nell'esercizio di una funzione, quella amministrativa, che è una funzione (ormai) che aspira ad essere condivisa e cospirante verso un fine che vincola sia la P.A. sia tutti gli altri soggetti coinvolti (la decisione non essendo il risultato di un nudo, dispotico *dictum*). Come si è visto, è importante il contesto storico-politico di riferimento. Ed invero se la borghesia nello Stato liberale classico ha sviluppato un concetto di interesse pubblico identificando con esso il proprio interesse, onde lo Stato c.d. *parziale* di diritto, in auge nel secolo XIX presupponeva un'artificiosa identificazione della borghesia con il popolo, se con l'esperienza fascista si è assistito al tentativo (che non poteva non essere fallimentare) di risolvere le contraddizioni sociali contenendo con forza un termine della contraddizione (la società, cioè il luogo dei conflitti) e rendendo totalitario il momento dell'unità (lo Stato), lo Stato democratico contemporaneo, pluriclasse e pluralista è ben altra cosa. Esso diventa così, nell'ideologia e nella corrispondente organizzazione pubblica che si dà, il luogo in cui si incontrano e si conciliano tutte le differenze sociali, in un'espressione diviene il

mediatore fra i diversi gruppi. Non sarà mai sufficiente ripetere che il principio costituzionale della sovranità popolare (ex art.1, II° comma Cost.) è così ricco di implicazioni ed ha una forza espansiva tale da comprendere ogni settore dell'ordinamento, ed è predicabile quindi anche per la funzione amministrativa laddove i pubblici poteri non sono più governati dalla classe censitaria o, comunque, da classi privilegiate, ma si distribuiscono fra più classi, sicché lo Stato ente o Stato apparato deve rivestire, anche a livello amministrativo, un carattere strumentale e secondario di fronte alla comunità popolare: lo Stato-ente infatti ha una potestà che non può più definirsi sovrana (come invece avveniva nell'Italia pre-repubblicana) perché deriva da quella spettante originariamente o anche in atto al popolo. L'interesse pubblico quindi va riportato a quello che è (o, meglio, deve essere), il centro reale di riferimento di ogni attività pubblica al di fuori di ogni ipostatizzazione come di un interesse separato (se non contrapposto) all'interesse che ha le radici nella comunità popolare. Si comprende allora che non esiste un misterioso personaggio "interesse pubblico" perché la realtà ci mostra che anche gli interessi della sfera pubblica sono eterogenei: si comprende quindi che la normazione amministrativa possa accogliere ed accogliere nel suo seno perfino interessi per loro natura contrastanti e sia popolata da una congerie di leggi, regolando posizioni e situazioni di figure giuridiche soggettive, più genericamente di operatori economici, politici, etc., in un quadro che è certamente più vasto ed articolato rispetto alla normazione di qualsiasi altra branca del diritto. Si può così parlare di un passaggio da uno Stato amministrativo o ad atto amministrativo ad uno Stato di democrazia amministrativa che peraltro non è fisso ed immutabile ma perennemente in cammino, cioè è in un continuo *fieri*. Per cogliere il senso che si è portati ad annettere alla voce "pubblico" (e quindi all'interesse pubblico), è utile rendersi conto che questa voce attraverso il latino "*publicus*" e la forma più antica "*poplicus*" è imparentata con "*populus*", che già in diritto romano era configurato come una figura giuridica soggettiva, idonea ad essere centro di imputazione di relazioni giuridiche (si pensi soltanto, per esempio, alla capacità del popolo romano di essere istituito erede). Questa voce contiene l'idea di una moltitudine o collettività o, come con maggiore certezza si esprimerebbe un matematico, di un insieme di uomini. Ma (come osservato da P.

Gasparri) non si tratta di un numero chiuso, di un certo numero di persone individualmente determinate o determinabili, quali quelle abitanti in un dato momento entro i confini di un determinato territorio, bensì di un insieme aperto, cioè della serie numericamente infinita delle persone attuali e a venire, presentanti determinati caratteri e trovantesi in determinate situazioni. Ci troviamo di fronte quindi al superamento di un altro tipo di frontiera, quella generazionale, nell'ottica di un diritto a riconoscersi come membri di una specifica comunità radicata in un dato territorio: della comunità dei viventi ma anche di quelli che sono vissuti e di quelli che verranno. Si può quindi parlare di un diritto all'identità locale. I luoghi, infatti, custodiscono ed esprimono la storia di coloro che li hanno vissuti e li vivono: in quanto tali, essi diventano il simbolo delle identità di costoro: delle loro culture, delle loro lingue, etc (cfr anche art. 9 Cost.). C'è da aggiungere che il popolo ha una sua rilevanza giuridica autonoma e non solo in quanto organizzato in corpo elettorale: ciò si desume dalla espressa statuizione costituzionale di cui all'art. 1, secondo comma Cost. ma non è ozioso ricordare che esistono anche altre norme del nostro ordinamento costituzionale che depongono in tal senso. Si pensi infatti al riconoscimento di determinati diritti politici ai cittadini in genere e non ai soli elettori (diritto di associarsi ai partiti politici ex art. 49 Cost., diritto di petizione ex art. 50 Cost.) e si pensi ancora ad altre libertà fondamentali le quali hanno rilevanza politica: si considerino la libertà di opinione (art. 17) e la libertà di associazione (art. 18) ed ancora la libertà di manifestazione del pensiero in tutte le sue forme ed in specie la libertà di stampa. Proprio le considerazioni ora svolte portano ad una rigorosa configurazione dei rapporti fra popolo e corpo elettorale che va considerata, sulla scia del Santi Romano, come un rapporto di organizzazione, configurandosi quindi il corpo elettorale come lo strumento creato dalla legge attraverso il quale il popolo esplica determinate attività che ad esso vengono riferite. Nella delineata prospettiva si pensi anche alla tutela dei diritti dei minorenni, oggetto di attenzione da parte della legislazione nazionale, ma, soprattutto, da parte della normativa europea e da quella degli organismi internazionali. Ne deriva un vero e proprio *status* del minore, con tutto un fascio di situazioni giuridiche soggettive, soprattutto attive, che segnano il superamento di una concezione

antiquata, che considerava il minore solo nell'ottica di un soggetto sottoposto alla potestà dei genitori. L'interesse riservato alla materia della tutela del minore soprattutto in sede internazionale, è certamente una spinta al fine di garantire in sede nazionale ad ogni minore il riconoscimento ed il godimento effettivo dei suoi diritti individuali e sociali. Si pensi soltanto che la Convenzione di New York (del 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con la legge 176 del 1991) riconosce al minore capacità di discernimento e riconosce il dovere di audizione del minore quando questi sia coinvolto in un procedimento giurisdizionale o amministrativo. Così, per esempio, la tutela della salute, riconosciuta dalla nostra Costituzione (art. 32), come diritto fondamentale di qualsiasi essere umano è diritto fondamentale (anche) del minore: particolare attenzione viene così riservata al minore ospedalizzato che viene riconosciuto meritevole di elevata tutela sotto un duplice profilo: quello della assistenza sanitaria e quello relazionale, al fine di mantenere la continuità dei rapporti affettivi e sociali (a tal fine basti consultare la Carta dei diritti del bambino ricoverato in ospedale, adottata dal Consiglio di Europa nel 1986). Quindi, al di là della capacità di agire esiste ormai uno "statuto" dei diritti del minore ed in tale ottica egli è da vedere come persona e come tale soggetto di interessi e di esigenze proprie, capace di operare e di impegnarsi. Ancora in riferimento al secondo comma dell'art.3 Cost. (la cui disposizione, come è noto, afferma essere compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli non soltanto di ordine economico, ma più ampiamente sociale, che limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della personalità e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese) viene in particolare evidenza la tutela e la promozione dei soggetti socialmente "deboli" e dei c.d. "diversi": si tratta di tutti i soggetti economicamente e socialmente *svantaggiati*; si pensi cioè agli anziani, ai malati, agli handicappati fisici e psichici, ai lavoratori subordinati e, ovviamente, ai minori. Vi è nella legislazione italiana, ed anche altrove, una tendenza che vede l'emergere di speciali discipline per tutti i soggetti sopra considerati, parlandosi, in relazione a questo fenomeno, di diritti "singolari", ove riemerge la figura dello *status*, nel segno di una disciplina di sostegno ed emancipatoria. Anche sotto questi profili l'Amministrazione pubblica

deve adeguarsi in una prospettiva certamente diversa da quella tradizionalmente ereditata dal passato. Più latamente i cittadini (o, meglio, la popolazione) in una società civile sono coinvolti nel ruolo che la P.A. gioca nel loro ambiente sociale, dato che la P.A. abbraccia una parte importante della nostra vita quotidiana dall'aspetto più strettamente fisico ai più lontani aspetti spirituali o intellettuali. Se lo studio del fenomeno amministrativo cominciò con l'apparire delle civiltà, le vicende e lo studio delle amministrazioni pubbliche sono entrate in una nuova fase essendo ormai superata l'ansia di una giustificazione esterna e sacrale dell'agire amministrativo che è parsa coesistente alla stessa nozione di amministrazione, quale ereditata dal medioevo, se è vero che "administrare" nel latino medievale significa "adempiere il servizio divino" (Pfister). Ciò comporta il superamento della modellistica classica, giacché i poteri pubblici non sono per l'istituzione che li esercita, ma per i soggetti ai quali l'istituzione deve servire, essendo certamente cambiato il ruolo della P.A. e la giustificazione su cui essa si fonda. Per venire incontro alle necessità della civiltà contemporanea, la stessa scienza del diritto amministrativo, non può rinserrarsi in un mondo chiuso ed a sé stante, ma deve mantenere stretti i rapporti con tutti i campi più importanti dell'umano sapere. Così le poche certezze che siamo in grado di avere sono di segno negativo, non potendo ormai non ammettersi che molte delle categorie concettuali tradizionali, anche le più apparentemente resistenti e collaudate, non risultano più utili per comprendere e spesso soltanto anche per descrivere ciò che accade sotto i nostri occhi. La stessa dottrina amministrativistica superando la fase pandettistica e quella post pandettistica (della quale il più autorevole rappresentante rimane Guido Zanobini) è giunta ad un punto di maturazione prima sconosciuto grazie ai contributi di M. S. Giannini, di F. Benvenuti, di A. M. Sandulli, di A. Piras, di G. Miele, di M. Nigro, di U. Allegretti, etc., che non mancano di sottolineare il capovolgimento dell'ottica tradizionale a seguito della sempre maggiore consapevolezza dei valori espressi nella Costituzione democratica del '48, considerata in una prospettiva dinamica, per adeguarla al contesto storico presente ed alle incessanti trasformazioni che investono la società contemporanea. La dottrina più recente si discosta dalla dottrina tradizionale, formatasi nel periodo liberale postrisorgimentale e negativamente condizionata od

influenzata dall'esperienza del ventennio fascista, dottrina che aveva sviluppato il proprio pensiero nel contesto del c.d. Stato amministrativo o ad atto amministrativo, in un modo di concepire la dialettica autorità-libertà con un polo di attrazione proteso ideologicamente e culturalmente verso la prima a detrimento della seconda. D'altronde è agevole osservare che se l'interesse che l'amministrazione persegue con le sue scelte fosse sostanzialmente suo proprio (cioè, in altri termini, in appartenenza alla P.A.) non si potrebbe comprendere il sindacato del giudice sulla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo: in effetti il vero titolare dell'interesse medesimo sarebbe il miglior giudice dei modi di soddisfacimento in concreto di un certo interesse pubblico; gli è che l'identificazione dell'interesse perseguito attraverso il provvedimento con un interesse facente capo al titolare del potere urterebbe contro l'ormai *communis opinio* che i poteri attribuiti agli organi amministrativi sono "funzionali", cioè sono al servizio di fini altrui o di finalità superiori. Il fatto quindi che un interesse pubblico e una potestà pubblica siano formalmente imputati ad un soggetto attivo della P.A. non comporta una sorta di rinvio ad un piano sostanziale di interessi ipotizzati come propri del potere pubblico come tale. In ordine agli atti dei pubblici poteri non è accoglibile l'idea che l'interesse non avrebbe consistenza fuorché nella psiche di un soggetto e quindi (erroneamente) ritenere che l'interesse pubblico concreto non sia che un'opinione in capo a chi emana l'atto amministrativo, cioè al funzionario (sul punto, *F. Levi L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, pag. 309 e ss.). In questo contesto il giuridico appare in tutta la sua complessità, non il regno delle forme e delle regole, piuttosto un universo, un'esperienza, un dimensione della vita di una civiltà. Il giurista, se vuole comprendere il diritto che studia non può così fermarsi alla considerazione di alcune categorie formali, ma deve estendere la sua osservazione all'intera esperienza amministrativa e penetrare la sostanza, i fini dei fenomeni studiati. Il giurista quindi se non vuole essere un semplice testimone, ma un protagonista di questa esperienza, deve sentire in pieno la responsabilità del suo compito e percepire la gamma dei valori in tutto il suo tessuto: la scienza del diritto amministrativo (come ogni scienza) non può rifugiarsi in una semplice ricognizione di valori giuridici, ma deve concorrere a crearli. Oggi nessuno più dubita che le scienze umane

applicate al diritto siano scienze legittime e necessarie ed i giuristi si occupano ormai del problema metodologico dei rapporti tra le discipline giuridiche e le scienze contemporanee, specie quelle umane e sociali, con il dissolversi del modello di scientificità in cui la scienza giuridica (come una delle scienze normative) si inseriva perfettamente. Proprio per ciò non si può non abbandonare il c.d. costruttivismo o strutturalismo, preferendo all'idea del diritto come sistema, il diritto come problema. Così pare ormai acquisito che il concetto di funzione, non essendo esclusivamente proprio del diritto pubblico, è uno di quelli che può definirsi di teoria generale del diritto (vedi gli studi di Salvatore Pugliatti e di Santi Romano), per caratterizzare la funzione non essendo da ritenere sufficiente l'alienità dell'interesse perseguito, essendo necessario che questo interesse da conquistare sia un interesse di natura sociale, caratteristica, questa, che nella funzione pubblica appare più accentuata. Invero, in tutte le sue forme di attività, le figure giuridiche soggettive pubbliche sono chiamate a curare gli interessi (generali e settoriali) della società civile per cui tutte le loro azioni si sostanziano in funzioni, giacché il provvedere a tali interessi sociali costituisce il fine immediato della funzione pubblica, laddove nella funzione di diritto privato la protezione, immediata, di un interesse individuale è necessariamente e costantemente legata alla protezione indiretta di un interesse sociale o pubblico, così per esempio nella potestà dei genitori, nell'ufficio dell'esecutore testamentario, nella rappresentanza legale, etc. In verità già nel 1935 un autorevole civilista, Salvatore Pugliatti (in *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, specie pag. 73 e ss) aveva rimeditato, con ampiezza di visione, il concetto giuridico di potere, ancorandolo alla funzione ed all'*officium* evidenziando il carattere strumentale del potere (situazione giuridica – mezzo) vincolato al conseguimento dello scopo solo astrattamente predeterminato, chiarendo che il titolare del potere ha, comunque, il dovere di adempiere alla funzione specifica che ne costituisce il fondamento (ma v. pure *E. Betti, Diritto romano I*, parte gen., Padova, 1935, pag. 64 e 17) e già prima *Welter, Le controle jurisdictionnel de la moralité administrative*, Paris, 1929, pag. 9). Comunque, l'interesse pubblico si avvicina all'interesse sociale da non confondere peraltro con l'interesse collettivo (di cui *supra*). La descrizione normativa dell'interesse pubblico astratto, costituisce

quindi “un frammento di norma” che attende di essere completato da una proposizione particolare di competenza di un soggetto della P.A., presente in un tempo ed un luogo definiti che si pone come motivo o ragione del provvedimento amministrativo, quale esito di un *iter* procedimentale. Ed il predetto interesse pubblico concreto è un interesse-risultato, conclusione di una sintesi selettiva che non congloba i vari interessi esistenti (pubblici, diversi da quello primario, collettivi, privati) solitamente chiamati interessi secondari (su di un piano meramente astratto) che giocano un ruolo effettivamente diverso a seconda dell’episodio di vita (*Lebensvorgänge*), in concorrenza con il c.d. interesse pubblico primario (che è quello astrattamente configurato sul piano formale dalla norma positiva). Anche allorché il potere pubblico si manifesta in tutta la sua forza (per esempio nei provvedimenti ablatori) per essere giustificato deve essere non solo legalmente giustificato sul piano formale ma essere razionalmente giusto, proporzionale e legittimo sul piano sostanziale. Non è da dimenticare che già nell’ottocento da vari punti di vista, grandi correnti di pensiero avevano scoperto nella società le forze che muovono verso la liberazione ed il progresso storico (si pensi per esempio alla visione liberal-liberistica di Spencer, a quella del materialismo storico e dialettico di Marx e Engels, a quella libertaria di Godwin, di Proudhon e di Bakunin). Ancora è solo in sede filosofica forse accettabile la concezione di Kant secondo cui il diritto privato è logicamente un *prius* rispetto al diritto pubblico e comprende rapporti, focalizzati nel modo più intenso possibile sulla persona umana (non subordinata alla qualità di cittadino), considerata il centro di ogni sistema e di ogni ordinamento giuridico, secondo altro linguaggio l’energia modificativa delle relazioni giuridiche. Ed invero, secondo le acute espressioni di Santi Romano, il diritto costituzionale è il tronco dell’ordinamento statale dal quale si dipartono i vari rami dell’ordinamento medesimo sicchè ogni ramo del diritto, secondo la frase di Pellegrino Rossi, ha nel diritto costituzionale stesso “*ses testes de chapitres*”. Lo stesso Romano efficacemente chiarisce che il diritto costituzionale conduce agli altri rami (del diritto) sino al punto in cui comincia la loro peculiarità, per lasciarli liberi, da questo punto in poi, pur non perdendoli mai di vista (*S. Romano, Principi di diritto costituzionale generale, Milano, 1946, pagg. 6-7*). Non si giunga così mai a postulare un primato del

diritto privato, sostenendo che il diritto in senso pieno *materialiter* e *formaliter* sarebbe solo il diritto privato, riducendo dunque ad una specie di mimetismo la tendenza a costruire rapporti di diritto pubblico a immagine e somiglianza di quelli del diritto privato. Ciò non toglie che sussistano varie zone dell'ordinamento politico in cui confluiscono sia interessi privati sia interessi pubblici. Pur riaffermando (come si deve) l'unità sostanziale dell'ordinamento giuridico e l'utilità di un'opera collettiva che veda impegnati insieme privatisti e pubblicisti e pur riconoscendo che la scienza del diritto pubblico (costituita in epoca recente a conclusione di una secolare tradizione di stampo quasi esclusivamente privatistico nata e sviluppatasi a partire dal diritto romano) continua ancor oggi per vari capitoli ad essere tributaria del diritto privato (A.C. Jemolo) è tuttavia da evidenziare questo: cioè che in tante evenienze per i rapporti di natura pubblica si dovrà fare riferimento ai principi generali del diritto pubblico, e per i rapporti di natura privata ai principi generali del diritto privato, che sono distinti e differenti (sul punto si può utilmente rinviare ai pregevoli studi del Pugliatti). In tale contesto, secondo la visione di Luigi Sturzo, la personalità dell'uomo, in quanto razionale, lo rende non solo soggetto del diritto, ma la principale sorgente del diritto che non è già il potere statale, in una visione panteistica considerato invece Olimpo terreno (Portalis) fonte della morale e del diritto. Lo Stato, comunque, non è più il tutto, perché al di sopra (si pensi solo alla comunità internazionale e a comunità sovranazionali quali l'Unione Europea) e nel seno stesso dello Stato esistono altre rilevanti forme di aggregazioni, veri e propri poteri competitori, sicché è da respingere, come non mai, irreversibilmente quella pretesa "Ragion di Stato" (Botero) che perfino oggi, ogni tanto, è fatta valere surrettiziamente per sovrastare, in particolari casi, i diritti inalienabili ed imprescrittibili della persona umana e le esigenze della convivenza civile (a fronte della pervasività dei poteri forti, palesi od occulti). Gli è che non sarà mai sufficiente ripetere che la potestà è forza-valore ed al tempo stesso servizio in quanto collegata (come si è detto) all'idea di funzione sicché il dovere è elemento essenziale del potere, avente come base e piedistallo l'*officium*. Si noti, *per incidens*, che la Bibbia e così la Chiesa cattolica delle origini per designare le funzioni ecclesiastiche usavano il termine greco *diakonia*, che significa servizio.

L'imputazione formale di un atto esercizio di una potestà amministrativa, ad un soggetto attivo della P.A. (legislativamente individuato), non può precludere la permeabilità, la trasparenza e l'evidenziazione della cura concreta degli interessi pubblici (e degli altri interessi concorrenti nella singola fattispecie) rispetto ai destinatari dell'atto (e alle autorità addette al controllo, all'opinione pubblica, etc). Si deve garantire così il rispetto delle regole legislative, deontologiche, assiologiche e logiche che caratterizzano l'indistruttibile presenza nell'attività e nei rapporti amministrativi di quei valori (giustizia sostanziale, solidarietà, buona fede oggettiva a tutela dell'affidamento, etc.), assunti ormai negli ordinamenti democratici evoluti ad elevati significati costituzionali. Si è anche parlato di una "secolarizzazione" degli interessi pubblici giacché la vita delle istituzioni contemporanee va progressivamente espungendo dai suoi fattori di legittimazione qualunque riferimento a valori trascendenti. Ciò porta ad una qualificante ridefinizione della categoria tradizionale "interesse pubblico" nel passaggio da una prospettiva statocentrica, anacronistica e superata, ad una ben diversa prospettiva "sociocentrica" e "antropologica" (se non addirittura antropocentrica). Si comprende allora il superamento della dogmatica c.d. attizia, sviluppo e completamento di quella soggettivistica, incentrata sulla costruzione teorica dello Stato – cittadella come persona giuridica pubblica per eccellenza "necessaria e sovrana". Non è però da condividere la posizione estrema di segno opposto dello Stato inteso come "un'entità indefinita e mutevole impegnata a risolvere i suoi rapporti con la società sulla base di una formula (Stato uguale società) che ha una carica esplosiva altrettanto forte dell'equazione einsteiniana" (M. Nigro, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1968, ora in *Scritti giuridici II*, Milano, 1996, pag. 795). E' questa, infatti un'equazione, seppure certamente suggestiva ed enfatica, "bella impossibile". Non si può trascurare di considerare che lo Stato – ente è un entificazione (storicamente) dell'organizzazione dell'ordinamento della comunità statale. Si realizza così un fenomeno ove l'organizzazione si soggettivizza divenendo essa stessa un soggetto all'interno dell'ordinamento cui è elemento strutturale. Lo Stato-ente, in altri termini ha avviato quel processo di "spersonalizzazione e di oggettivazione" del potere pubblico per cui, il potere pubblico da assoggettato alle variabili

delle attribuzioni, delle capacità dei suoi titolari, tende ad assoggettarsi a regole di ragione. Così Stato – ente e Stato-comunità sono espressioni che si riferiscono ad un tipo di rapporti che consiste nell'esserci un gruppo ed un'organizzazione che esercita poteri di cui il gruppo è titolare ed attraverso i quali il gruppo – in tante evenienze – si esprime. Il fenomeno dell'organizzazione pubblica è un prodotto indispensabile di ogni ordinamento per cui la relazione tra apparato e comunità non può certo negarsi anche se però va intesa in termini originali, dinamici, mai nei termini statici e formalistici tradizionali, nella prospettiva ormai della Costituzione repubblicana italiana e dei valori di cui essa è portatrice. Come è chiaro, il problema della rispondenza, dell'adeguatezza, dell'idoneità, delle istituzioni al modo di essere del gruppo è un problema politologico ed insieme un problema giuridico. Non si può quindi condividere quanto lo stesso Nigro ribadisce, e cioè che lo Stato non è più ormai una struttura esterna alla società ed ha finito con coincidere con la stessa società (M. Nigro, *Ma che cos'è quest'interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, 1987, 1988, ora in *Scritti giuridici III*, Milano, 1996, pag. 1900 e *passim*). In quest'ultimo scritto, rivedendo sue precedenti posizioni, Nigro imposta (non senso una certa qual contraddizione con quanto nello stesso studio sostenuto) in termini di rapporto giuridico le relazioni P.A. – cittadino. Ma si ha l'impressione che Nigro dica tutto quanto si è or ora esposto, nell'ottica di una visione organicista che ci ricorda l'acuta espressione di Machiavelli secondo cui "molti si sono immaginati Repubbliche e Principati che non si sono mai visti né conosciuti essere in vero" (*Principe*, Cap. XV, Milano – Napoli, 1954, pag. 50, editore Ricciardi). In tale visione utopistica si inscrivono i numerosi autori di *Fürstenspiegel, speculum principis* o Trattati del modello ideale del governo del Principe, che fiorirono nella letteratura etico-politica tardomedievale. Gli è che come lumeggiato da tanti pensatori in ogni tempo (da Aristotele a G. Guarino) l'essere umano è costantemente inserito in istituzioni, sin dalla nascita: l'uomo a-istituzione, fuori o senza istituzione non esiste: tutta la vita degli uomini si svolge nelle istituzioni ed attraverso le istituzioni. Anche se gli uomini (le cui relazioni sono in perpetua mutazione) costituiscono la base necessaria del sistema delle istituzioni (di conseguenza le istituzioni sono dinamiche) ogni istituzione, per il

solo fatto di esistere, è fonte (almeno) di un assetto che tende ad essere stabile e l'apporto delle Istituzioni non è episodico e puntuale, ma permanente. La stessa creazione di nuovi modelli organizzativi pubblici dimostra di per sé l'acquisita consapevolezza dell'esistenza e della funzione del fenomeno istituzionale che è presente ed essenziale non in modo embrionale, in ogni esperienza storica (il cui apporto quindi è decisivo per le sorti dell'umanità). La relazione fra apparato e comunità non può certo negarsi anche se certamente si deve realisticamente considerare il dato, storicamente verificabile, che dovunque esistano strutture organizzative – per perfezionati che siano gli strumenti che le àncorino agli organizzati – esse tenderebbero a vivere di vita autonoma. Invero solo attraverso le istituzioni è possibile la politica, cioè la scelta di norme (e programmi) per l'azione, in un contesto di valori. Solo attraverso le istituzioni la comunità politica è in grado di auto-rappresentarsi e di esprimere la propria verità esistenziale. Coloro che vedono nell'esistenza stessa delle istituzioni (ed in particolare di quella che organizza il potere ed articola i ruoli di direzione) una mera organizzazione della violenza e nell'esistenza di norme sociali solo un fatto repressivo trascurano di considerare l'esistenza di istituzioni *liberanti*, cioè di quelle istituzioni che consentono l'emancipazione dell'uomo attraverso l'interpretazione culturale e sociale dei propri bisogni: si pensi che solo attraverso le istituzioni i grandi ideali di libertà e di giustizia hanno avuto la possibilità di materializzarsi (N.Matteucci). È erroneo quindi identificare ogni forma di autorità (purché questa sia correttamente intesa, giusta l'etimologia che rimanda ad *augeo* = crescere) con il "dominio" e con la repressione, considerando che l'uomo, anche se biologicamente nasce aperto al mondo, pur sempre (dal punto di vista della psicoanalisi) le istituzioni servono a canalizzare il soddisfacimento delle *pulsioni* senza di che non si avrebbe il gruppo sociale, la convivenza, ma la guerra di tutti contro tutti. Nel canalizzare le *pulsioni*, le istituzioni possono attenuare così il senso di insicurezza e di precarietà dell'uomo regolando, come si è detto, pacificamente i contrasti fra gli individui, garantendo a tutti altresì un minimo di sopravvivenza biologica. Ciò è presente anche nei grandi pensatori: si pensi a Dante Alighieri che ha sempre rivendicato (nel suo pensiero intorno al diritto e alla giustizia) la funzione propria e specifica del regime politico in una visione

mirabilmente secolarizzata a fronte della concezione teocratica che negava la relativa autonomia del potere politico (v. *Dante, Convivio, e De monarchia*). Passando al tempo presente, lo Stato ente, comunque è pur sempre un ente esponenziale della comunità statale. Così la situazione dello Stato – soggetto rispetto al popolo costituisce senz'altro uno dei problemi più ardui in cui si trovano di fronte i sociologi e gli studiosi di diritto pubblico. Non sarà mai sufficiente ripetere che non vi è un solo concetto di Stato ma che ve ne sono due che sovente vengono confusi per l'identità del nome adottato convenzionalmente a designarli entrambi e che è d'uopo invece tenere distinti così come distinti e diversi risultano i rispettivi fenomeni reali. Allorché manca o non è chiara la distinzione tra i due concetti e i rispettivi fenomeni reali compresi entrambi sotto il nome di "Stato" è agevole operare uno scambio per cui il "dogma" della sovranità si riferisce sì allo Stato-ente ma viene altresì riferito, al tempo stesso, allo Stato-comunità, quindi, in ultima analisi al popolo, che sarebbe appunto sovrano solo in quanto organizzato a Stato, identificato con lo Stato. A questo progressivo affermarsi anche nella dottrina italiana della distinzione fra i due concetti di Stato (che comunemente si fa risalire nel 1906 all'*Affolter*) hanno contribuito fattori sia politici che culturali che sono maturati a seguito dell'ultima guerra mondiale: il precipitare della crisi dello Stato nel sistema assolutista fascista (e poi nella sconfitta e nella disgregazione del Paese) ha posto indubbiamente l'accento sui rapporti tra potere politico e società, tra autorità e libertà; né sarebbe giusto sottovalutare l'influenza avuta dall'assemblea costituente per la prima volta integralmente realizzata nella storia dell'unità d'Italia. Ma già nel periodo fra la fine del secolo XIX e il principio del XX secolo era stato avvertito da giuristi – Hänel e in particolare Duguit – che non si deve confondere con l'ente-stato, la società civile. Si vedano emblematicamente, con riferimento al nostro ordinamento costituzionale, rispettivamente da un lato gli articoli 28, 33, terzo e quinto comma, 87, 118, 134, Cost. e dall'altro i primi dodici articoli della costituzione, i quali enunciano i principi fondamentali della Repubblica, ove questa significa "comunità del popolo italiano organizzata" (vedi pure art. 29, 31, 32, 33, secondo comma, 34 ultimo comma, 35, 45, 46, 47 etc., Cost). Si pensi soltanto che ai soggetti che compongono la comunità, lo Stato ente prescrive dei comportamenti ed impone

degli obblighi (di prestare servizi, di pagare tributi, etc) erogando nel contempo utilità indispensabili per vivere o comunque funzionali alla conservazione ed allo sviluppo della persona umana. Vero è che, parimenti le varie figure giuridiche della P.A. non sono aggregati precari, connotati dalla radicale fluidificazione allo stato magmatico incapaci di arrivare ad una sintesi, anche se spesso vivono il loro più significativo momento nella fase attuativa che, nell'odierno contesto storico, viene ricreata "ex novo", in ogni episodio di vita che si presenti. L'importante è però avvertire che occorre rifuggire da una concezione utopica o mitica della realtà ispirata a visioni etico-politiche immaginarie. La nostra civiltà, che sembra fatta apposta per dissipare ogni mito, non può sostituire quelli vecchi ed ormai consunti dall'uso con dei miti nuovi: non se ne possono costruire di nuovi all'atto stesso in cui si distruggono i vecchi. La suggestiva formula predetta, suggerita dal Nigro, suscita più di un serio dubbio, perché l'identificazione Stato = società finirebbe, in concreto, per assorbire la società nello Stato o viceversa lo Stato nella società: nell'un caso la P.A. si presenterebbe come il "grande fratello", nel secondo perderebbe la propria identità giuridica dissolvendosi e degradando nella anarchia o nell'integralismo organicista. Ed invero la postulata piena e completa identificazione tra Stato ente e Stato società se veramente si realizzasse si risolverebbe in questo: che lo Stato soggetto (e la legge) anziché essere espressione della libera volontà della maggioranza politica (investita della sua funzione dal corpo elettorale) dovrebbe invece essere espressione della piena, completa ed integrale "totalità dei cittadini" : di qui l'inevitabile e scontata conseguenza che in tal caso lo Stato – società sarebbe privo di articolazioni, non sarebbe cioè una società autenticamente pluralistica e sarebbe invece anticipazione, nonostante l'apparenza, delle dottrine totalitarie dei nostri tempi, come felicemente evidenziato da Luigi Einaudi (G. G. Rousseau, *Le teorie della volontà generale e del partito guida ed il compito degli universitari*, ne *La quarta dispensa delle prediche inutili*, 1957). Certo è che oggi invero si delinea una nuova filosofia dell'amministrazione pubblica, che non può più muoversi nella logica del passato, perché focalizzata invece sui principi e sui valori ideologici e sociali dell'ordinamento repubblicano, di quello dell'Unione Europea ed in forza dell'art. 117 Cost. novellato, anche dell'ordinamento

internazionale. Oggi infatti si va affermando un diverso paradigma, quello pluralista che ha messo in evidenza l'inadeguatezza delle categorie dogmatiche elaborate in altri contesti ideologici ed in altro ambiente politico e costituzionale. Non vi è più la (già ricordata) rassicurante idea di unità, ma la condizione effettiva di conflitti e concorrenze di interessi che caratterizza le attuali società pluraliste. Affiora così il concetto di collaborazione che domina (quale intimo nesso per l'assolvimento dei compiti amministrativi) gran parte dell'organizzazione; il pluralismo ha così demolito la concezione tradizionale dello Stato amministrativo, titolare di interessi selezionati dall'alto secondo un processo innaturale, sostituendola con l'altra che, ispirata a motivi chiaramente democratici, evidenzia nello Stato la dimensione mediatrice degli interessi. La collaborazione (che è categoria generica e polivalente) deve così adempiere alla sua funzione naturale di porsi come strumento alternativo per l'organizzazione del potere. La collaborazione, quale figura organizzatoria, assolve quindi al compito di tradurre nel modo più perspicuo il significato del pluralismo nel suo apporto rinnovatore nel sistema di organizzazione. Gli interessi pubblici ormai sono indisponibili ad una aprioristica gerarchia nel confronto reciproco, al di là di un inquadramento astratto, in una prospettiva di dinamicità e di mutevolezza e con esigenze di modificabilità nei casi concreti. Si pensi che nella stessa filosofia, alle verità assolute, il postmoderno ha sostituito pluralisticamente le verità relative: al pensiero forte di alta intensità, il pensiero debole di bassa intensità (così, efficacemente G. Vattimo). Conseguentemente alla certezza del diritto (come è noto, somma aspirazione della modernità) è subentrata l'accettazione consapevole di un diritto, per definizione, incerto. Così l'assoluto è fuori dalla storia. La considerazione *sub specie aeternitatis* non ha senso, perché ci colloca in un punto di vista dal quale non si vede nulla. Relatività è un principio che sta alla base delle scienze moderne. Come possesso dell'assoluto c'è quindi solo la teologia. La stessa coscienza comune non protesta davanti ad un'affermazione di relativismo finché non vi trova incluso e compreso un atteggiamento scettico e negativo. Parallelamente alla crisi della dogmatica giuridica tradizionale si svolge anche la crisi delle scienze economiche, le cui categorie tradizionali non sono sufficienti a spiegare la politica economica degli ordinamenti contemporanei. La difesa degli economisti puri è, come per i giuristi

puri, il ritorno o l'instaurazione del formalismo assoluto. Con la decadenza della scuola dell'esegesi e dell'astrattismo formalistico è anche caduto l'infecundo ed arido tecnicismo. Il ricorso, nella scienza giuridica, a nozioni extra giuridiche (politiche, sociali, economiche) è poi un'esigenza che si fa più acuta nei periodi di rapida trasformazione dell'ordinamento. La dogmatica deve così prendere coscienza dei suoi limiti ed anche della natura e della portata dei suoi strumenti di lavoro. Non è quindi giustificato la pretesa di una certa dogmatica di svolgersi con piena autonomia scientifica nei confronti della realtà (cfr. *G. Perticone, Lezioni di filosofia del diritto*, nuova edizione, Torino, 2012, *passim*). Ancora il problema della natura dei concetti giuridici è di grande importanza nella constatata inadeguatezza (come si è già rilevato) dei tradizionali metodi di approccio al problema: ed invero l'attrezzatura di cui di solito si è fatto uso nel diritto amministrativo (e non solo in esso) appare ormai piuttosto rudimentale. Appare sicuramente superata la visione tradizionale "essenzialistica" che scambia i concetti astratti per cose reali, dotate di un'essenza "nascosta" da sviscerare. Invero l'essenza della dogmatica specie nel secolo XIX stava nel suo rapporto con le metafore tratte in particolare dal mondo biologico. Ma (come autorevolmente osservato da F. Galgano e da R. Orestano) non solo se ne è fatto largo uso, anche sviluppando metafore già introdotte dai giusnaturalisti ma se ne faceva uso (e se ne fa da taluno tuttora uso) nella convinzione che esse non avessero il valore di una similitudine ossia il valore proprio di una metafora, bensì il valore descrittivo di una realtà. Si rappresenta così la realtà in modo figurato, facendo di una similitudine una identità "del *come se*" (che è pur sempre una *fictio iuris*), "un è": ingegnosa e suggestiva ma pur sempre alterazione della realtà. Il vero è appunto che si rischia di prendere sul serio la metafora, di scambiarla per realtà, traendone indebite conseguenze. Così il limite della dogmatica classica è stato quello di accontentarsi della coerenza logica della conclusione, con il dogma ricavato per metafora, ritenendo (a torto) il concetto che si intendeva esprimere altrimenti inesprimibile. Per i problemi che ci occupano degli "interessi pubblici" (e della potestà pubblica) la predetta concezione appare ormai fuorviante e proprio perciò a seguito di un lungo processo si è giunti così a dissolvere le rappresentazioni antropomorfe della persona giuridica (ed in *primis* della persona

giuridica per eccellenza, lo Stato), per cui si parla di nascita e di fine delle persone giuridiche, anziché di costituzione, estinzione, trasformazione; con tale problematica la persona giuridica, come realtà organica, godrebbe di una capacità generale analoga a quella propria della persona umana. Corrispondentemente si riduce il ruolo della persona giuridica (che non ha un substrato fisico ma solo giuridico), nella fenomenologia giuridica. Scevri da pregiudiziali aprioristiche si sposta così l'accento sulle "personalità giuridiche" intese come simboli verbali indicativi di specifiche normative accentratrici (da un punto di vista che può essere il più vario) di una considerazione quindi unitaria di riferimento di titolarità giuridiche. Così la riduzione della persona giuridica ad un punto mediano del fenomeno dell'imputazione, dopo gli istruttivi studi di Tullio Ascarelli e di Floriano d'Alessandro, pare ormai acquisita quantomeno dalla dottrina più avanzata. Così nel campo del diritto pubblico, si può agevolmente ricondurre la tematica della persona giuridica al campo della responsabilità in senso ampio. Ancora molti fenomeni e molte vicende dell'amministrazione di oggi dimostrano che la realtà giuridica non è tutta contenibile nell'ambito delle norme nonché degli schemi che derivano dall'applicazione meccanica e generalizzante della misura normativa. Questo rilievo essenziale è merito delle dottrine istituzionalistiche, il che comporta l'accettazione del rilievo giuridico non solo e non tanto del fatto, in quanto qualificato dalla norma, ma soprattutto dell'attività, nel suo farsi, nel suo procedere cioè verso il suo effetto giuridico. Ed ancora la "filosofia" dell'amministrazione pubblica (diversamente dal passato) non può più riposare sul tranquillo ripetersi di formule stanche, ormai con un sempre maggiore ampliamento quindi di moduli convenzionali contrattuali e non, ove, comunque, predomina la cultura ed il metodo del "consenso", nella ricerca peraltro di una giusta proporzione fra pubblico e privato, e senza mai giungere ad una vera e propria "infatuazione contrattualistica": non si può mai prescindere infatti da quei valori fondamentali di una data società in un dato periodo storico, che in genere si sogliono fissare in una carta costituzionale. Così i valori di giustizia sostanziale nel perseguimento degli interessi pubblici non possono essere obliterati neanche nell'ipotesi di un accordo P.A. - privati. Così, per esempio, nel campo dei servizi pubblici, quanto ai modi di gestione, non necessariamente il servizio deve essere gestito dai pubblici poteri,

l'essenziale è che sia indirizzato e coordinato da un pubblico potere (U.Pototschnig). Come già acutamente osservava Giannini nelle sue ben note *Lezioni di diritto amministrativo* del 1950, l'azione amministrativa è così compenetrata negli atti della nostra vita quotidiana (anche i più umili e modesti) che se essa avesse carattere solo imperativo, ne resteremmo tutti soffocati. E sempre Giannini ci avvertiva che la normazione giuridica non è come un'arnia, per cui ad ogni norma corrisponde un interesse, ed infatti gli interessi giuridicamente valutabili si presentano intrecciati in modo molto complesso, il che, a rigore, non appartiene al diritto amministrativo, bensì alla teoria generale del diritto. Il Guarino, dal canto suo, ci avverte che lo studio delle situazioni giuridiche soggettive appartiene alla teoria generale del diritto. Le situazioni sono generalmente analizzate con riferimento alle norme dello Stato. Ma le nozioni sono comuni a tutte le istituzioni, statali, sovranazionali, internazionali, pubbliche, private, lecite, illecite, grandi o piccole che siano (*G.Guarino, L'uomo-istituzione cit, pag 61*).

Richiamandosi a concetti propri del diritto romano classico (non è mai peregrino risalire alle origini della civiltà) si può configurare una categoria giuridica generale chiamata "convenzione" e si può quindi sostenere che gli accordi, i patti, le convenzioni (*stricto sensu*) possano farsi rientrare nel genere più ampio e complesso della convenzione *lato sensu* pur differenziandosi, come *species*, fra di loro. Per il Fritzsche il termine *convenire* (*conventio*) ha pressappoco il medesimo significato di *consentire* (*consensus*) nella sua accezione più ampia. Ed invero nell'esperienza giuridica romana la formulazione della dottrina generale che Ulpiano riporta a Pedio (giurista del I secolo d.C.) (*v. Dig., 2,14,1, Ulp., IV, ad edictum*) è contenuta nella celebre frase "*conventionis nomen generale est*". E la *conventio* può essere *publica* (quando, per esempio avviene un accordo di pace tra due comandanti militari), *privata-legittima* (quando l'accordo privato è riconosciuto da qualche legge), *iuris honorarii* (opera del pretore, con il suo sforzo assiduo rivolto a raggiungere nuovi fini, il più delle volte con temperamenti arrecati a vecchi istituti), *iuris gentium* (quando non vi sia nemmeno riconoscimento da parte del pretore). Il lungo frammento di Ulpiano (*Dig. 2,14,1,3*) dà la spiegazione della parola "*conventio*" e del

corrispondente verbo "*convenire*": come si dicono "*convenire*" coloro che da diversi luoghi si radunano in uno solo, così si dicono "*convenire*" coloro che partendo da diversi moti dell'animo, finiscono con il consentire in un'unica decisione. Comunque, nel brano riportato è interessante il largo ambito riconosciuto alla nozione di "*conventio*" (categoria logica), che comprende tutti gli accordi bi- o anche pluri-laterali, quanto se siano clausole particolari, tanto se servono a costituire un rapporto giuridico (in specie un'obbligazione) quanto se servono a modificarlo o ad estinguerlo. Comunque sia, quel che è certo, la categoria delle "*conventiones*" era generale (confronta anche Ulp,2,14,7,1) sicché la categoria del *contractus* si presentava come una *species* del *genus* (*in suo nomine non stant sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio venditio ... commodatum, depositum et ceteri similes contractus* = non conservano il generico nome di convenzione, ma passano ad un loro specifico nome di contratto, come compravendita, comodato, deposito ed altri simili contratti). Questo discorso è valso per considerare che lo strumento convenzionale, sia che si versi in un vero e proprio contratto, sia in un modulo convenzionale non contrattuale (allorchè, per esempio la P.A. agisca non come soggetto in posizione di autonomia privata, ma nell'ambito di rapporti pubblicistici, a seguito di veri e propri procedimenti amministrativi) è uno strumento di cui la P.A. si avvale in alternativa a strumenti pubblicistici autoritativi, senza che, ricorrendo a strumenti diversi da quelli del provvedimento amministrativo, per ciò stesso venga meno al conseguimento di quelle esigenze di pubblico interesse che devono sempre presiedere alla sua attività. Gli interessi pubblici cioè non possono essere relegati o degradati a mera occasione della protezione di preminenti interessi privati, capovolgendo così l'antica e ormai superata concezione dell'interesse privato (nella veste giuridica di interesse legittimo) protetto in occasione del perseguimento di un interesse pubblico superiore. Sempre con una reminiscenza storica, ci si può riferire al brano "*De ira*" di Seneca, nel quale il grande filosofo (analizzando l'ira come malattia dell'animo, additandone le terribili conseguenze) in riferimento a Fabio Massimo, il temporeggiatore, lo descrive come colui che "*habuit in consilio fortunam publicam*", mirò cioè al bene della comunità civile ed

invero, fin dall'antichità, *l'interesse, l'utilitas, la fortuna* pubblica era tenuta in grande considerazione.

5. Altri aspetti rimangono da evidenziare, proseguendo in questo discorso. L'affermarsi delle scienze sociali è l'aspetto più saliente di una generale rivolta contro il formalismo, che ha coinvolto altre scienze dell'uomo: è naturale che, in età di profonde trasformazioni sociali, il diritto, che è pur sempre una elaborazione formalizzata dei concreti rapporti sociali, entri in crisi. Ma è la crisi di un diritto positivo quale si è venuto storicamente raffigurando, non una crisi del diritto. Come è stato acutamente osservato (N.Matteucci) le scienze sociali hanno indubbiamente un merito: ci forniscono una struttura concettuale più adeguata per comprendere la reale condizione dell'uomo. Ma, assumendo un altro o più alto punto di vista, quello dell'uomo come "animale politico" le scienze sociali mostrano spesso tutti i loro limiti, i quali, sinteticamente possono essere definiti nella inevitabile mancanza del senso del diritto. Da ciò infatti può derivare o un deteriore sociologismo (che pretende di indurre i valori dai fatti o di adeguare passivamente le norme ai comportamenti), o il fraintendimento della funzione del diritto (in quanto inteso come mera forma di controllo sociale e, quindi, di repressione), o la velleitaria utopia di costruire una società ove non ci sia più il diritto per mezzo delle nuove tecniche dell'ingegneria comportamentistica. Così l'analisi di una realtà, che è in sé pre-giuridica, deve trovare il suo ideale compimento nel diritto. Infatti una vera e concreta libertà per l'individuo deve essere giuridicamente fondata: le istituzioni hanno insieme una funzione di sicurezza (libertà da) e una funzione liberante (rendere possibile la libertà di) secondo il principio o il valore giuridico per eccellenza quale enucleato dal Kant: il diritto è la regola per la quale l'arbitrio di ognuno può accordarsi con l'arbitrio degli altri secondo una legge universale di libertà (*Metafisica dei costumi. Introduzione alla dottrina del diritto, paragrafo b*, in N.Matteucci, *Libertà, scienze sociali, in Enc.Dir., XXIV, specie pag.265*). Al giurista - il quale resti fedele al principio che il diritto è il principale strumento razionale per garantire la libertà interna (cioè la libertà di volere che implica un'assenza di impedimenti e di costrizioni interne o interiorizzate, in modo che la volontà non sia eterodiretta attraverso un condizionamento psicologico) e rendere possibile la libertà esterna

(cioè la libertà di agire, che implica un'assenza di impedimenti e di costrizioni esterne) dell'individuo - si apre pertanto ormai una paziente opera di ripensamento dei risultati a cui sono approdate le scienze sociali ed una difficile opera di ricostruzione giuridica. A fronte di inimmaginabili forme di "democrazia diretta", è doveroso porre l'accento sulla partecipazione diretta dei cittadini all'esercizio delle funzioni pubbliche. La risposta democratica va oggi impostata mediante il riconoscimento dei poteri d'intervento dei cittadini nell'ambito dell'esercizio delle funzioni. Come è stato autorevolmente osservato (F.Benvenuti) la rivoluzione consiste nel capovolgimento della concezione del posto e della funzione che spetta ai cittadini nell'ambito di uno Stato che voglia essere ispirato non più a principi di *monocrazia* ma a principi di democrazia. L'altisonante e seducente equazione su ricordata Stato = società non può avere una qualificante valenza giuridica, risolvendosi in uno slogan. Quello che invece occorre ribadire è che il potere pubblico non può più essere inteso come entità astratta e metafisica, esterna al sistema giuridico, i cui atti di regola si presumono "legittimi" e a cui è affidata la tutela degli interessi privati dei soggetti cosiddetti amministrati, relegati a meri sudditi: l'interesse pubblico non è più da intendere (come si è detto) totalitariamente come un interesse contrapposto agli interessi della società civile e quindi identificato in un interesse soggettivo proprio della pubblica amministrazione, intesa come apparato. Infatti l'interesse pubblico è ormai da riferire teleologicamente alla comunità popolare. Esso conserva peraltro tutt'ora una sua validità concettuale autonoma e quindi, quelli che vanno abbandonati sono solo certi modi di intendere l'interesse pubblico, collocati in una ormai superata prospettiva statocentrica. Pertanto, depurato dalle incrostazioni del passato, l'interesse pubblico, in una prospettiva democratica, garantistica e pluralistica, necessita pur sempre di un centro di imputazione formale in una figura giuridica soggettiva incardinata nella pubblica amministrazione (o a questa, per certi versi, equiparata). Opinare diversamente può essere interessante in una prospettiva meramente sociologica, che non tenga conto delle implicazioni giuridiche. In effetti, a ben guardare, se fosse considerata giuridicamente valida la suddetta equazione, sostenuta dal Nigro, gli effetti di ripercussione sulla tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione sarebbero dirompenti. In genere, in tutti i

suoi pur pregevoli studi, il Nigro insiste su una giustizia amministrativa eternamente condannata ad una peculiare ed inevitabile ambiguità (quindi, prendendo a prestito un'efficace locuzione tedesca, cara al Molitor, si potrebbe dire che quivi sussista un "*gemischte Rechtsgebiete*", cioè una zona giuridica promiscua). Sia pure senza volerlo, inevitabilmente ciò condurrebbe ad una giurisdizione del giudice amministrativo ibrida ed anfibia, quel "minotauro" di cui parlava argutamente Enrico Follieri: ed infatti, non a caso in un significativo scritto del 1981 Mario Nigro dichiara testualmente: "confesso di provare un senso di fastidio quando sento riproporre i facili e impossibili dilemmi, a proposito del processo amministrativo: giudizio sull'atto - giudizio sul rapporto; giurisdizione soggettiva – giurisdizione oggettiva ecc. La realtà è enormemente più complessa di quanto appaia da queste formule; e, soprattutto, è una realtà mutevole, la quale obbliga a reinterrogarsi di continuo..." (*M.Nigro, Esperienze e prospettive del processo amministrativo, 1981, ora in Scritti giuridici, tomo III, Milano, 1996, pag. 1454*). Le predette alternative (contrariamente a quanto sembra ritenere il Nigro) non sono questioni di mera lana caprina, ma funzionali all'effettività del diritto di azione, che non può ricondursi (con un riferimento cromatico) ad una zona grigia, dalle linee oscillanti ed ondegianti. Si tratta invero di distinzioni utili teoricamente e praticamente che rispondono ad esigenze qualificative. Se è vero che oggi non possiamo essere appagati dalle comode certezze del passato, occorrendo invece imboccare con coraggio la strada di un sapere problematico, cioè di un sapere che si interroga sulle sue radici ultime (con al centro il giurista), è altrettanto vero che attraverso i concetti si deve pur sempre difendere la libertà della persona umana da ogni prevaricazione del potere. Importante è infatti qualificare la posizione che rivestono nel processo i soggetti che ne sono i veri protagonisti (P.A. e privati), le situazioni giuridiche soggettive di cui sono rispettivamente titolari, il ruolo che svolgono i vari interessi (pubblici, collettivi, diffusi, individuali), materiali di base, cui fanno riferimento le situazioni soggettive stesse. In un processo che si ispiri ai valori fondamentali della Costituzione democratica italiana e dell'Unione Europea è importante che le parti della controversia siano attivamente inserite nella dinamica del processo: tutte le parti, e non solo la pubblica amministrazione, il che si può realizzare compiutamente solo se la

giurisdizione amministrativa verta sul rapporto intersoggettivo controverso (e non già sull'atto), se essa sia qualificabile come di tipo soggettivo (a tutela quindi, di situazioni giuridiche soggettive attive di vantaggio) e non obiettiva ove, invece, viene enfatizzata la tutela dell'interesse pubblico, comunque poi questo lo si consideri. Se la giurisdizione *de qua* si qualificasse di diritto obiettivo, il giudice amministrativo nel ritenere fondata la domanda giudiziale, accogliendo il ricorso e annullando il provvedimento impugnato, altro non farebbe che curare il pubblico interesse, essendo pubblico interesse che non vi siano in circolazione provvedimenti amministrativi viziati: formalmente accoglierebbe la domanda giudiziale del privato, ma l'effetto sostanziale della pronuncia sarebbe la rimozione di un provvedimento che turba il pubblico interesse. La tesi della giurisdizione di diritto obiettivo, all'indomani della nota legge del 1889, fu disattesa dal Consiglio di Stato, sia pure dopo una prima fase in cui prevalse soprattutto l'influenza del Mantellini: il Consiglio di Stato si orientò infatti nel senso che esso non avesse il potere di annullare il provvedimento impugnato per un motivo non dedotto, dovesse giudicare sulla sola base dei motivi di impugnativa, dovendosi comunque riconoscere al ricorrente la disponibilità del processo. Non si può certo sostenere (come nel passato si è pur fatto) che la sentenza del giudice amministrativo non risolva una controversia, ma darebbe adito solo ad una soluzione all'alternativa fra due opinioni (quella del privato e quella della P.A.) entrambe teoricamente valide per sé stesse, non essendo più sostenibile che la giurisdizione amministrativa non verta su rapporti fra interessi divergenti, ma solo sull'interesse pubblico direttamente ed immediatamente (così come nel processo penale, per esempio, l'oggetto si identifica con l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza del dovere di punire). Eppure qualche pregiudizio ancora rimane se nel 1975 nella quarta (ed ultima) edizione della sua pur pregevole opera (*L'organizzazione amministrativa, Torino, 1975*) G.Treves parlava del Consiglio di Stato come "di un organo amministrativo dotato di una competenza giurisdizionale generale" realizzando quella sintesi di giustizia e di amministrazione che è tipica degli ordinamenti di derivazione francese (*ivi*, pag.151). Oggi, storicamente, occorre porre l'accento sull'articolo 111 della Costituzione novellato laddove parla di "giusto processo" che si deve svolgere nel contraddittorio tra le parti *in*

posizioni di parità, laddove il precedente articolo 24, comma primo, Cost., secondo cui: "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi" nell'adottare espressamente il termine "propri" inequivocabilmente si pronuncia per processi di tipo dispositivo e per la fondamentale natura sostanziale, e non meramente processuale, dello stesso interesse legittimo. Certo, si tratta a volte di dover incidere su una lunga tradizione culturale che nell'enfatizzare il ruolo della P.A. e la cosiddetta disciplina *attizia* (con tutti i corollari che questa comporta) indebolisce le guarentigie difensive delle parti private, laddove invece occorre il più accurato rispetto di tutti indistintamente i poteri processuali delle parti, il che implica precise scelte politiche ed ideologiche del legislatore ordinario. È appena il caso di osservare infatti che il fenomeno del processo è legato ai grandi movimenti spirituali dei popoli, e che le sue svariate manifestazioni rappresentano documenti fra i più importanti della cultura umana (F.Klein), il che si ricollega all'esigenza di fondo di una giustizia sostanziale con un sistema ampio e articolato delle garanzie per le parti. Di fronte a tale obiettivo, il processualista non può rifugiarsi in un'esegesi "neutrale" della natura, dell'oggetto, nonché delle regole del processo diffondendo così un senso di sfiducia nel cittadino (più diffusamente *N.Trocker, Processo civile e Costituzione, Milano, 1974, passim*). Una sola proposta mi permetto di avanzare (senza approfondirla, altrimenti il discorso porterebbe lontano). Con riferimento alla fase decisoria (davanti all'autorità giurisdizionale) forse sarebbe il caso di ripristinare quella discussione in camera di consiglio (che avviene in altri ordinamenti processuali, diversi dal nostro) e che il Calamandrei scherzosamente diceva di rito gennariano (perché, prima dell'Unità d'Italia, in costante uso nei fori dell'Italia meridionale) ove appunto gli avvocati delle parti erano chiamati in camera di consiglio, al momento della decisione, per essere sentiti, e si chiedevano loro notizie e chiarimenti. In tale sede, superando le "recite" (degli avvocati delle parti), la formulazione di obiezioni e di osservazioni, darebbe a tutti la comprensione delle varie tesi (fra l'altro si conterrebbe l'audacia dei sostenitori di tesi assurde).

È poi da considerare che locuzioni, oggi in voga, come "plurilateralità della funzione amministrativa" possono essere fuorvianti, perché, in sede sempre di tutela giurisdizionale nei

confronti degli atti (e dei comportamenti) della pubblica amministrazione c'è il rischio di rimanere invischiati in una prospettiva che, se è congeniale a una concezione tipica dei rapporti intersoggettivi di diritto privato, mal si presta ad inquadrare correttamente e rigorosamente fenomeni pubblicistici, non riconducibili *sic et simpliciter* ad una visione contrattualistica: pare quindi preferibile parlare di funzione dialogica. Ugualmente è da guardare con circospezione al processo di aziendalizzazione della P.A., trascurando l'influenza dei fattori ideologici e delle finalità etiche, non essendo più pensabile, come un tempo si riteneva dalla scuola del liberalismo classico in economia, che nella società contemporanea vi possa essere una subordinazione degli istituti giuridici alle leggi dell'economia. A proposito della discrezionalità, si pensi soltanto che nella dottrina recente non è più dato di imbattersi in formule insistentemente ripetute che nella definizione della discrezionalità puntavano sul momento negativo della "libertà" inteso come assenza nella statuizione di una modalità di comportamento giuridicamente doverosa. Superato l'ambiguo concetto di libertà, è altresì superata la ricostruzione del fenomeno della discrezionalità quale subiettivizzazione di una norma c.d. permissiva. Nella discrezionalità si ha così a che fare con una fattispecie a formazione progressiva, risultante dagli estremi specificamente previsti dalla norma positiva e dall'ulteriore elemento che si desume dal risultato di una valutazione successiva, che nella discrezionalità amministrativa è commessa ad un soggetto attivo della P.A. Il fenomeno *de quo* è caratterizzato dall'esistenza di una norma incompleta che nella descrizione della fattispecie lascia in bianco uno o più elementi, da individuarsi alla stregua di un procedimento demandato all'organo competente. Nella discrezionalità è presente così sia l'elemento volontà, sia l'elemento giudizio. Si badi però che la volontà dell'investito della funzione non si attegga mai come volontà di potere (libero) ma come volontà contenuta in limiti segnati da un fine, secondo che gli interessi da tutelare esigono: ad esso non sono ascrivibili sfondi psicologici. La funzione come categoria giuridica nata nel diritto pubblico e proficuamente estesa a taluni fenomeni privatistici (su cui *supra*) ha pur sempre un fine eteronomo che è segnato dall'ordinamento giuridico. Si pensi come già nel 1867 il Tommaseo, nel suo dizionario dei sinonimi si esprimeva nel senso

che "nell'arbitrio c'è esercizio assoluto della volontà, buona o cattiva ch' ella sia; nella discrezione tale esercizio è regolato da conoscenza e da giudizio" (VII edizione, Milano, 1867, pag. 493). Ciò non toglie che le categorie tradizionali privato e pubblico cessano di rappresentare una delle grandi dicotomie classiche delle scienze sociali (come pace – guerra, stato civile – stato di natura) attesa l'ormai riconosciuta reciproca complementarietà. Altrettanto certo è che la figura dell'amministrazione pubblica va ridisegnata essendo stata superata, come già si è detto, l'impostazione ideologica dell'incomunicabilità tra sfera privata e sfera pubblica, che risente della classica contrapposizione tra apparati pubblici e società civile (propria dello Stato liberal-borghese del secolo XIX). Si può comprendere ora agevolmente che vadano sempre più attenuandosi, fino a dileguarsi (v. ora significativamente art. 1 bis della legge n. 241/1990, novellata), le preoccupazioni suscitate tempo addietro dal fenomeno conosciuto come "*flucht im Privatrecht*" anche con riferimento alle attività contrattuali della P.A. (che devono sempre più affrancarsi dalla soffocante ipoteca contabile), così come si parla ormai (come si è detto) di "secolarizzazione" degli interessi pubblici. Ma l'innegabile superamento delle predette contrapposizioni, non significa che l'interesse pubblico non si debba distinguere dall'interesse privato, e che la potestà pubblica possa ridursi esclusivamente alla categoria giuridica del dovere *sic et simpliciter*, e che i valori (che trascendono in una superiore sintesi gli interessi dei componenti di una società) sottesi alla categoria interesse pubblico non si debbano considerare superiori ai valori sottesi alle categorie interesse individuale e interesse collettivo.

6. Se non si vuol giungere ad un nuovo feudalesimo ed alla parcellizzazione del potere (pubblico), sia la potestà pubblica sia gli interessi pubblici, affrancati dalle condizioni di privilegio anteriormente esistenti, strutturalmente e funzionalmente diversi dai periodi storici trascorsi, devono essere ancor oggi, in una ben mutata prospettiva posti, a presidio di insopprimibili valori superindividuali, non confondibili però con i centri di potere radicati nella società civile (che spesso sono i veri padroni delle odierne società a capitalismo avanzato). Ormai vari studiosi evidenziano che

non si può più nutrire una limitata concezione del potere, una concezione formale che identifica il potere solo nel potere costituito, il quale si esercita attraverso la coercizione degli apparati pubblici. Coltivandosi una più estesa filosofia del potere, coerentemente ci si preoccupa che anche dal seno della società civile possano nascere forme di smisurato potere che le garantite libertà civili, possano degenerare in potentati di fatto, fonti di ben più profonda disuguaglianza tra gli uomini. Non si può dimenticare che già nel 1932 il presidente USA Franklyn D. Roosevelt (ricollegandosi espressamente ai presidenti Theodore Roosevelt e Woodrow Wilson) denunciava il nuovo potere finanziario "altamente centralizzato" che costituiva il despota del XX secolo, dal quale le grandi masse degli individui dipendevano per la loro salvezza e la loro esistenza, e la cui irresponsabilità e avidità (se esso non venisse posto sotto controllo) potevano ridurre alla fame ed alla povertà estrema (*The Public Papers and Address of Franklyn D. Roosevelt, vol.I, New York, 1938, pag.680 e pag.749-750*). È istruttivo ancor oggi a tale riguardo (sotto la presidenza di Herbert Hoover, la cui parola d'ordine era: totale via libera alla *deregulation*) il noto crollo di Wall Street del 24 ottobre 1929, che diffuse la miseria e la bancarotta nel mondo. Si è autorevolmente osservato che l'influenza della plutocrazia in America non va giudicata unicamente in relazione alle pressioni che è in grado di esercitare con successo sui titolari delle decisioni politiche, essendo un fenomeno radicato e consolidato in tutte le gerarchie del potere. L'avvento e la marcia della democrazia in America hanno letteralmente capovolto termini fondamentali quali la libertà e l'uguaglianza, nel senso che in quel Paese, come in nessun altro, si è stabilito un intreccio organico tra capitalismo e democrazia, facendo dei titolari della ricchezza la fonte sociale primaria dell'influenza nella politica e nell'amministrazione pubblica. Naturalmente la plutocrazia non ha mai costituito negli Stati Uniti un blocco politicamente unito, strategicamente concorde. Quel che comunque emerge è che ivi il sistema liberal-democratico assegna alle classi ricche un primato di tale importanza e peso da collocare in una posizione sociale e politica nettamente subalterna la maggioranza del popolo sovrano: la rete delle clientele finalizzate a determinare ogni livello delle istituzioni e le *lobby* intese a influire sulle decisioni delle autorità pubbliche può giungere fino a "una tirannia sotto le forme della democrazia" (sul punto diffusamente

M.L.Salvadori, Democrazie senza democrazia, Roma-Bari 2009, cui si rinvia per la bibliografia). Ora il precedente discorso, che pure appare come una vera e propria digressione, sembra utile per significare l'importanza della tavola dei valori che non può che essere apprezzata (oltre che da altri poteri pubblici) anche dai soggetti attivi della P.A. ai quali è richiesta una "certa autorevolezza" e "*dignitas*" allorchè vengono in particolare evidenza preminenti "interessi pubblici", in una prospettiva di *imparzialità e di buon andamento*, che non può essere *sic et simpliciter* né oggetto di autonoma negoziazione con i soggetti privati né delegata "in bianco" agli stessi. Con riferimento al nostro ordinamento, i principi di valore desumibili dai precetti costituzionali devono fornire anche il criterio supremo per l'interpretazione e l'applicazione delle leggi ordinarie vigenti, devono cioè rappresentare una direttiva vincolante per l'esercizio delle varie forme di attività discrezionale della P.A., essendo ormai un dato acquisito che la responsabilità per l'attuazione della Costituzione non può essere addossata soltanto al legislatore, ma spetta a tutti gli organi pubblici (ognuno nell'ambito delle proprie attribuzioni). Si è giustamente osservato, altresì, che un giudizio può mettere capo alla rispondenza di un oggetto (*lato sensu* inteso) ad un parametro di riferimento o viceversa ad una ripugnanza. A tale rispondenza si dà il nome di valore, il contrario è il disvalore. Perciò il valore è la conformità di un oggetto ad un parametro di riferimento e il disvalore il suo contrario. L'esperienza mostra che non ci si può accontentare di sapere che una cosa esiste, ma si vuole altresì giudicare quanto vale: chi riceve una moneta non si arresta a constatare che ha in mano un pezzo di metallo, ma ricerca se è d'argento o di rame, se è genuina o falsa, legale o illegale. Il giudizio critico o giudizio di valore si forma quindi con due concetti ed un parametro: che qualcosa sia bello o brutto, buono o cattivo, etc., vuol dire che "è o non è" come dovrebbe essere e così si risolve in un confronto fra il concetto di ciò che è, ed il concetto di ciò che dovrebbe essere (v. sul punto *amplius* magistralmente *F.Carnelutti, voce Valore, in Introduzione allo studio del diritto, Roma, 1943, pagg. 79,80*). La presenza di un immancabile momento valutativo in ogni fenomeno di funzione amministrativa è manifestata con particolare efficacia espressiva dal vocabolo tedesco "*Ermessen*"; che poi debba trattarsi di un "*gebundenes Ermessen*" sembra implicito nel fatto che, in caso

contrario, ci troveremmo di fronte ad un qualcosa di assolutamente irrilevante per il diritto (sul punto, perspicuamente, *F.Cordero, Le situazioni soggettive nel processo penale, Torino, 1956, pag 169, nota 152*).

7. Per quel che riguarda il soggetto cui la legge conferisce la titolarità formale di un interesse pubblico (delimitandone quindi la sfera di competenza) è preliminarmente da considerare che qui si condivide l'orientamento ormai diffuso (e che è spiegato magistralmente dal Falzea) secondo il quale alle persone giuridiche non spetta la capacità di agire, che invece è necessariamente collegata alla visione volontaristica e soggettivistica dei fenomeni giuridici. La capacità di agire si converte pertanto nell'idoneità che ha la persona giuridica (come espressione dell'ordinamento) a trasformare un fatto in un presupposto di responsabilità. La persona giuridica designa dunque in realtà un punto di riferimento necessario alla trasformazione del fatto in fonte di responsabilità e quindi di situazioni giuridiche soggettive. Nel campo pubblicistico poi la relazione organo-atto si svolge sul metro della legittimazione dell'organo all'atto. Nel concetto di legittimazione confluiscono così tutti i requisiti che devono riscontrarsi nell'organo affinché l'atto possa dirsi ad esso imputabile. I momenti di riferimento dell'atto all'organo sono fissati dalla previsione normativa come necessaria instaurazione di un valido rapporto dell'atto con l'organo. È il caso di ricordare che (giusta la sistematica processualistica) nella legittimazione si racchiude il rapporto positivo tra una figura soggettiva ed un dato risultato giuridico. È da considerare altresì che l'imputazione massima avviene in confronto con la persona giuridica (che in relazione al generale fenomeno della soggettività designa alcunché di speciale), quale punto di confluenza di situazioni soggettive in funzione di porre un centro di responsabilità. La persona giuridica è così una creazione dell'ordinamento che avverte l'esigenza di costituire dei centri di responsabilità completa oltre le persone fisiche. Allorchè l'atto è imperativo e quindi proviene da un organo pubblico (per esempio dalla P.A.) tale imputabilità è legata al fatto che l'atto stesso costituisce il punto di arrivo di una trasformazione di potere. Il potere così, in tali evenienze, non è svolgimento di capacità, nella sua più rigorosa

accezione tecnico-giuridica: fra competenza (dell'organo) e capacità (della persona fisica) non è possibile il confronto. Del resto alla competenza è affine l'idea di limite, cioè del limite di una competenza in confronto con altre competenze designando essa un'attitudine specifica. È ovvio che l'attribuire a taluno una competenza-potere non avrebbe senso se insieme non si riconoscesse al suo titolare anche una competenza-dovere, considerando che per norme di potere (altrimenti dette strumentali) si intendono, come si sa, quali requisiti deve avere un atto per produrre dati effetti giuridici. La norma determinatrice di competenze non è espressione soltanto di un'esigenza tecnico-organizzativa, ma designa anche un concetto di relazione denotando il tipo di atti che una figura giuridica soggettiva ha il potere di compiere (cfr. art.97, III° comma, Cost.); ond'è che gli stessi atti, se compiuti da altri, sono considerati illegittimi e i loro effetti meritevoli di essere eliminati mediante un'operazione di riduzione in pristino. La competenza è così da intendere come un criterio di collegamento tra situazioni (giuridiche) soggettive e figure soggettive in presenza di un principio di articolazione. È chiaro che allorchè non si è in presenza di un principio di articolazione, non si può parlare di competenza: è ciò che avviene, per esempio nei soggetti persone fisiche per i quali dalla capacità giuridica si passa direttamente alla titolarità di situazioni giuridiche senza l'intermediazione della competenza (mentre per le persone giuridiche private la competenza ha semplicemente una rilevanza solo interna). Sempre in ordine all'atto amministrativo imperativo, che presenta ancor'oggi un'ampia latitudine (sussistendo ancor'oggi degli interessi pubblici in senso forte) è da evidenziare che la volontà, nel senso di volontà psicologica (diversamente da quanto si riteneva dalla dottrina tradizionale) non è in senso proprio elemento dell'atto amministrativo. Essa infatti è estranea al concetto dell'atto, in quanto quest'ultimo appare quale punto di arrivo di un processo produttivo ed è testimonianza di una trasformazione giuridica. Onde è da dire che il riferimento degli effetti dell'atto alle persone giuridiche pubbliche avviene sulla trasformazione di potere operatasi nella funzione, sicché correttamente si può parlare di volontà dell'atto solo come ipòstasi. Infatti gli effetti dell'atto sono indipendenti dalla volontà psicologica dei funzionari e si delimitano sulla base della dimensione assunta in concreto dal potere. In tal

modo si può descrivere in termini obiettivi il rapporto atto-organo sottraendolo alle aporie soggettivistiche connesse con l'utilizzo dell'elemento volontaristico. L'atto amministrativo, lo si ribadisce, per essere valido deve corrispondere ad un interesse pubblico effettivo e concreto, né, nell'evoluzione storica dell'ordinamento, il cosiddetto "merito amministrativo" può più coincidere icasticamente con il *successo* dell'atto, come certa dottrina nel passato (si pensi soltanto a F. Levi) sosteneva. Infatti un po' in tutti gli ordinamenti, o, quantomeno in quelli oggi più evoluti, l'area del "merito amministrativo" si va restringendo, a beneficio dell'area della "legittimità", se non altro per la forte carica innovativa del principio dinamico di buon andamento della P.A. (da noi canonizzato, come è noto, nell'art. 97 Cost.). Non di causa del provvedimento (intesa come un suo elemento) si deve più parlare ma di serie dinamica norma-potere-funzione. La funzione, quale entità giuridicamente rilevante, è come il potere, una figura immanente, e così attraverso il progressivo confluire di valori normativi e valori istituzionali il potere prende corpo, l'interesse pubblico concreto (che nella norma astratta è indistinto) emerge e può essere realizzato, nell'ottica (qui condivisa) della trasformazione del potere (in una particolare fattispecie reale) in atto (giusta la nota felice raffigurazione di F. Benvenuti). Daccapo l'interesse pubblico concreto (o interesse-risultato) non è chiamato a mortificare o svilire gli interessi privati, ma semmai a valorizzarli nella loro giusta dimensione e misura, purché si tratti – beninteso – di interessi comunque meritevoli di tutela e non confliggenti con l'interesse pubblico stesso. La funzione amministrativa comporta una complessa struttura dato che nell'ambito di essa la presenza dialettica di una molteplicità di interessi pare necessaria alla concretizzazione del potere, visto in una prospettiva garantista e democratica: ma la presenza necessaria degli interessi dei soggetti destinatari dell'attività amministrativa non trae seco una funzione, per così dire, plurilaterale, ma una funzione, che pur rimanendo pubblica, è articolata e corresponsabilizza le varie figure giuridiche soggettive private in un'ottica non di plurilateralità (nella sua accezione tecnico-giuridica, che risente delle sue origini privatistiche) ma di tendenziale "condivisione". Le considerazioni che precedono fanno tesoro dei pregevoli lavori del Benvenuti e del Piras seguendosi, altresì, con talune significative varianti, la rigorosa impostazione del

Berti (di cui si veda l'importante studio *La pubblica amministrazione come organizzazione, Padova, 1968, passim*).

8. Concludendo, l'interesse pubblico, a parere di chi scrive, non potrà mai essere equi-ordinato rispetto agli interessi privati, essendo qualitativamente diverso; il principio di imparzialità (ex art. 97, II comma, Cost.) regola anche la funzione amministrativa ed è plusvalente, rispetto alle prospettive necessariamente "di parte" dei soggetti privati coinvolti nell'esercizio dell'attività amministrativa; la potestà amministrativa (che peraltro non va demonizzata) è una situazione giuridica soggettiva attiva (*rectius* mista o bicipite) complessa, includendo sia un'energia attiva, sia un dovere qualificato da un interesse esterno (ma non estraneo) al soggetto della P.A. ; l'imperatività dell'atto amministrativo non è da considerare una qualità naturale, ma necessità di una specifica base di legge che la legittimi; correlativamente cambia anche il ruolo dei titolari degli uffici amministrativi, sicché alla mitica e mistificante neutralità dei funzionari regi (si ricordi che gli ordinamenti moderni hanno recepito dalle monarchie del passato l'organizzazione di tipo burocratico) si sostituisce una forma di servizio alla comunità civile (v., significativamente, art.98, I° comma, Cost.) e di collaborazione attiva (con i soggetti implicati nelle varie vicende amministrative) in armonia con i valori ispiratori e gli orizzonti aperti dalla Costituzione repubblicana e dai vari ordinamenti sovranazionali ed internazionali contemporanei (sicché si parla ormai di c.d. costituzionalismo multilivello). Aveva ragione A.C. Jemolo, quando agli inizi degli anni 50, addebitava al "torpore mentale" ed alla "scarsa attitudine a riflettere" la mancata percezione da parte della collettività del posto di prim'ordine che ha l'amministrazione nella vita dello Stato (*A.C. Jemolo, La politica e l'amministrazione, in La crisi dello Stato moderno, Bari, 1954, pag 17*). Eppure è attraverso l'amministrazione che il cittadino ha un contatto quotidiano con i soggetti pubblici, tenuto conto che oggi lo Stato si va sempre più legittimando in una prospettiva di "eudemonismo sociale" (Gehlen) favorendo un flusso sempre maggiore di beni e servizi. Si deve altresì tenere nel debito conto che gli organi legislativi da cui promanano le singole leggi esauriscono il loro compito con la formulazione dei testi in termini

astratti e con la loro divulgazione (una volta avvenuta la promulgazione da parte del Capo dello Stato con la *vacatio legis* dalla data della loro pubblicazione): ogni singola legge, da questo momento, cristallizzata in forma definitiva, esula ormai dal dominio e dall'influenza dei così detti autori. Il compito di rendere attuale, concreto ed effettivo il c.d. (impropriamente) comando della legge, è per lo più affidato agli organi ed agli uffici della P.A. (*E.Redenti, Variazioni sul tema del verbo comandare*, in *Riv.dir.proc.civ.*, 1959, pag. 777, 785 ss.). Un accenno poi è opportuno fare al problema della c.d. "fattibilità" (o realizzabilità) delle leggi, cioè alla loro implementazione. La non realizzabilità o la non realizzazione della normazione legislativa può dipendere infatti da vari fattori quali - la scarsa qualità dell'enunciato normativo o - la mancanza di una preventiva verifica della "capacità di carico" delle strutture e delle tecniche esistenti nell'ambito di un apparato amministrativo e/o dell'adeguatezza delle risorse umane e materiali a disposizione, o ancora - le "contropinte" suscitate nei gruppi contro interessati rispetto ad una determinata politica, specie nel caso di politiche aventi un carattere fortemente innovativo, contropinte che possono assumere la forma di un'opposizione aperta oppure di resistenza passiva, che si manifestano attraverso vari "giochi" finalizzati ad ostacolare, a ritardare, o addirittura ad impedire l'applicazione delle politiche oggetto della legge. Non si può non sottoscrivere quindi quanto diceva Hegel, cioè che "nel comportamento e nell'educazione mentale dei funzionari si trova il punto, nel quale le leggi e le decisioni del governo toccano la singolarità e sono fatte valere nella realtà. Questo è, quindi, il luogo dal quale dipendono la soddisfazione e la fiducia dei cittadini verso il governo, come l'effettuazione o l'indebolimento e la vanificazione degli intenti del governo stesso" (*G.W.F.Hegel, Lineamenti di filosofia del diritto*, par. 295).

L'articolo dell'A. cui si fa riferimento nel testo è: *M.Stipo, L'interesse pubblico: un mito sfatato?* in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, pag.909 ss; dello stesso A.: *Osservazioni in tema di poteri ed interessi pubblici*, in *Arch.giur. Filippo Serafini*, 1985, pag.225 e ss: *L'interesse legittimo nella prospettiva storica*, in *Studi per il centenario della giustizia amministrativa (1903) di Cino Vitta*, a cura di M.Stipo, Roma, 2006, pag.49 ss; *Considerazioni in tema di diritti soggettivi e interessi legittimi*, in *Arch.giur. Filippo Serafini*, IV, 2009, pag.561 ss; *Problemi e prospettive degli interessi legittimi*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013, pag.605 ss; *Aspetti problematici degli interessi sociali nello Stato contemporaneo*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, pag.667 ss; *Spunti problematici sul tema degli interessi collettivi*, in *Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, Milano, 1988, pag.805 ss; *La rappresentanza degli interessi economici e sociali*, Roma I e II, 1984; v. pure *Prospects for legitimate interests versus the public administration*, in *Administrative law, the problem of justice, III*, edit by Aldo Piras, Milano, 1997, pag 267 ss; sugli interessi pubblici cfr. *A.Pizzorusso, Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1972, pag.457 ss; in teoria generale, v. *R.Pond, Rassegna degli interessi sociali*, in *Giustizia diritto interesse*, Bologna, 1962. In tutto il mio lavoro ho tenuto costantemente presente A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto del diritto*, 6^a ed., Milano, 2008; *Idem, Teoria generale del diritto*, Milano, 1999; *Idem, Dogmatica Giuridica*, Milano, 1997; importante, per i profili sociologici, *L.Gallino, Dizionario di sociologia*, Torino, 2006, specie le voci *Gruppo*, pag.331 ss e *Interesse*, pag.389 ss; *J.Habermas, Conoscenza e interesse* (Francoforte s.M., 1968), Bari, 1970; *M.R.Lipsius, Interessen, Ideen und Institutionen*, Opladen, 1990; *O.Decroly, La funzione di globalizzazione e l'insegnamento (1929)*, Firenze, 1966; *S.Chiari, Il problema psicologico degli interessi*, Firenze, 1973; sempre impostante *P.Gasparri, Gli interessi umani e il diritto*, Bologna, 1954; *sulle situazioni giuridiche soggettive*, v., per tutti, *R. Nicolò Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962; *S. Pugliatti, Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964; sulle "pulsioni", v. *U.Galimberti, Dizionario di psicologia*, Torino, 2006, pag.783 ss. Sulle società intermedie e sull'etica delle lealtà, rimane fondamentale *P. Rescigno, Persona e comunità*, Bologna, 1966; sugli interessi collettivi v., per tutti, *F. Santoro-Passarelli, Autonomia collettiva* in *Enc. Dir. IV vol., ad vocem*; sulla protezione del minore v., per tutti, *M. E. Quadrato, Il minore tra interessi e diritti: una*

lettura comparata, Bari, 1995; A. Dell'Antonio, *La partecipazione del minore alla sua tutela. Un diritto misconosciuto*, Milano, 2001; Sull'influenza della pandettistica v. per tutti: R.Orestano, *Sulla didattica giuridica in Italia fra il XIX e il XX secolo*, 1973, ora in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche, II*, Bologna, 1978. Sul pensiero debole v. AA.VV., *Il pensiero debole* a cura di G.Vattimo e P.A.Rovatti, Feltrinelli, Milano, 2010; G.Vattimo, *Addio alla verità*, Roma, 2009; *Idem*, *La fine della modernità*, Milano, 2011; Z.Bauman, *Modus vivendi, Inferno e utopia del mondo liquido*, Roma-Bari, 2012; E.Severino, *Discussioni intorno al senso della verità*, Pisa, 2008; *Idem*, *La potenza dell'errare*, Milano, 2013. Sul principio della sovranità popolare, v. per tutti: V.Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti giuridici in onore di V.E.Orlando*, Padova, 1957, pag.426 ss; C.Esposito, *Commento all'art.1 della Costituzione, 1948*, ora in *La Costituzione italiana, Saggi*, Padova, 1954, pag.10 ss. Importante per la ricostruzione di nuovi rapporti tra Stato e cittadino: M.S.Giannini, *L'amministrazione pubblica nello Stato contemporaneo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G.Santaniello, I, Padova, 1988; G.D.Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996, specie da pag.7 a pag.93; L.Arcidiacono, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento*, Milano, 1974; F.Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994. Sul rapporto diritto pubblico – diritto privato rimane fondamentale S.Pugliatti, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc.Dir.*, XXII, 1964, pag. 697 ss, ed ivi *letteratura citata*; Steinwenter, *Utilitas publica - utilitas singulorum*, in *Festchrift Paul Koschaker, I*, Weimar, 1939; Cerroni, *Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Atti del IV Congresso Nazionale di filosofia del diritto*, Milano, 1960, pag.355 ss; G.Solari, *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940; cfr. pure E.Molitor, *Über öffentliches Recht und Privatrecht*, Karlsruhe, 1949. Sui rapporti fra diritto e economia sempre utile la lettura di V.Palazzolo, *Contributo allo studio dei rapporti tra economia e diritto*, con saggio introduttivo di W.Cesarini-Sforza, Roma, 1953; G.Capograssi, *Pensieri vari su economia e diritto*, 1940, Carabba, Lanciano, 2004, e recentemente AA.VV., *Economia per il diritto*, a cura di Pierluigi Ciocca e Ignazio Mussu, Torino, 2006. Sui giudizi di valore sempre importante L.Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954; per taluni profili importanti inerenti alla pubblica amministrazione v. F.Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967; G.Pastori, *La burocrazia*, Milano, 1967; U.Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova,

1964; Sui profili organizzativi, importanti, *M.S.Giannini, Diritto amministrativo*, Milano, 1993; *Idem, Istituzioni di diritto amministrativo, II ed. a cura di A. Mirabelli Centurione*, Milano, 2000; *U. Allegretti, L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; *F. Benvenuti, Disegno della amministrazione italiana*, Padova 1996; sempre importante, *Idem, Funzione amministrativa, procedimento, processo, Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1952; più recente *M. T. Paola Caputi Jambrenghi, Studi sull'autoritarità della funzione amministrativa*, Milano, 2005; *M.Nigro, Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; *G.Berti, La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; *G.Guarino, L'uomo-istituzione*, Roma-Bari, 2005; *Idem, L'organizzazione pubblica*, Milano, 1997; *B.Cavallo, Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, Milano, 2005; *G.Treves, L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1975; *N.Saitta, Premesse per uno studio delle norme di organizzazione*, Milano, 1965; *L.Carlassare, Amministrazione e potere politico*, Padova 1974; *S.Valentini, Figure, rapporti, modelli organizzatori, Lineamenti di teoria dell'organizzazione*, Padova, 1966. *S.Cassese, Governare gli italiani*, Bologna, 2014; *Sulla collaborazione nella P.A.*, v. *S.Tarullo, Il principio di collaborazione procedimentale*, Torino, 2008; *G.Bazoli, La collaborazione nell'attività amministrativa*, Padova, 1964. Per alcuni profili di teoria generale, v. *R. Federici, Guerra o diritto?*, terza ed., Napoli, 2013. Per l'analisi del fenomeno imputativo nella teoria della personalità giuridica v. *T.Ascarelli, Personalità giuridica e problemi della società*, 1957, ora in *Problemi giuridici, tomo I°*, Milano, pag.237 ss; *F.d'Alessandro, Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Scritti in memoria di Ascarelli*, Milano, 1963, pag.3 ss, pag.52 ss, pag.78 ss dell'estratto; *Idem Recenti tendenze in tema di concetti giuridici*, 1967, ora in *Scritti di Floriano d'Alessandro*, tomo I, Milano, 1997, pag. 53 ss; *F.Galgano, Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv.Dir.Civ.*, 1965, pag.554 ss. Generalmente la distinzione fra i due concetti di Stato (Stato-ente e Stato-comunità) si suole far risalire all'*Affolter, Zur lehre von der Persönlickeit des Staates* in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1906 pag. 374 ss; *Falchi, Lo Stato-collettività, saggi*, Milano, 1963. In teoria generale, sempre importante *F.Galgano, Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova 2014; *Idem, Le insidie del linguaggio giuridico, Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010; *R.Orestano, Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987; v. pure *L.Mengoni, Ermeneutica e dogmatica giuridica, saggi*, Milano, 1966; *Idem, Dogmatica giuridica*, in *Enc.Giur. Treccani*, vol XII, Roma

1989, pag.6 ss; con più specifico riferimento al diritto amministrativo: *L.Benvenuti, Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002; *F.Benvenuti, L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv.Trim.Sc.Am.*, 1978, pag.4 ss; *Idem, Ancora per un'amministrazione obbiettivata*, in *Studi economici e giuridici della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari*, Milano 1980, pag.251 ss; *Idem, Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, pag. 807 ss. Sempre importanti per i profili di teoria generale della discrezionalità, *F. Cordero, Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956; *A. Piras, Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, pag. 65 ss.; *M. S. Giannini, Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; *C. Mortati, Discrezionalità*, in *Noviss. dig. It.*, V, pag.1098 ss.; *A. Angiuli, Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Napoli, 1988. Sull'utopia (che etimologicamente significa, secondo la più diffusa e autorevole lettura, *ou-topia*, luogo inesistente) è da ricordare Tommaso Moro (che ne introdusse il termine) intitolando così una specie di romanzo filosofico, ove battezzò un'isola immaginaria caratterizzata dalle migliori condizioni di vita che si potessero ipotizzare, se solo si fossero adottate particolari forme di organizzazione sociale: da allora il termine è entrato nell'uso comune (*T.Moro, Libellus vere aureus nec minus salutaris quam festivus de optimo reipublicae statu deque nova insula Utopia*, Martens Louvain, 1516); si pensi pure alla nuova Atlantide di Bacone, scritta in inglese nel 1621 e pubblicata in latino nel 1627, in cui si propone un modello di comunità ordinata secondo ragione, ed ancora si pensi alla prospettiva presente già nella patristica specialmente greca sotto l'aspetto escatologico e nel *De civitate dei*, di S.Agostino e di altre testimonianze posteriori al Mille come quelle di Gioacchino Da Fiore. Si pensi pure alla *Città del sole* di Tommaso Campanella, pubblicata nel 1623 durante i lunghi anni di carcere, nonché alla *Repubblica (o Della giustizia)* di Platone (*Platone, Repubblica*, 592-a-b, trad.it. di *F.Sartori*, Bari,1971, studioso il quale chiarisce che la città ideale (di Platone) non sta nella sua "struttura esterna" – seppure ne abbia una – ma nel suo nucleo metafisico, nell'idea su cui è costituita). È in tale opera, in sintesi, prefigurato un disegno della città ideale, distinta dalla "città seconda" (descritta nelle *Leggi* come quella che concretamente riesce a realizzarsi nella storia). Si pensi ancora alla *Repubblica di Evandria* dello Zuccolo, al *The Commonwealth of Oceana*, di Harrington, agli *États et Empires de la Lune e du Soleil* di Cyrano di Bergerac ed ancora alle opere dei socialisti

utopisti. Il Babeuf, con la sua *Societ  des  gaux*, fondata sulle esperienze e sulle aspirazioni delle masse popolari durante la rivoluzione francese, apr  la serie delle utopie socialiste moderne, (e cos  agli autori e ai seguaci di queste, cio  a H. de Saint-Simon, a B. P. Enfantin, a R. Owen, a Ch. Fourier, a L. Blanc, a W. Weitling). In particolare il Saint-Simon, il Fourier, l'Owen, scrivendo mentre si andavano delineando le lotte di classe del secolo XIX, cercavano di superare le scissioni e le difficolt  inerenti al loro sviluppo con piani di riforma totalitaria della societ , secondo determinati principi e leggi sociali di valore universale che essi presumevano di aver scoperto. Il Fourier credeva di aver scoperto le leggi della vita sociale con la sua *Théorie des quatre Mouvements* (1808) sulla quale elevava la teoria e il sistema dell'armonia universale, fondando il tutto sul principio di associazione, onde realizzare un "falansterio" cellula, esempio, modello dell'ultima fase del progresso umano. Il Saint-Simon deduce dall'esaltazione dell'industrialismo e dall'interesse sentimentale per le classi povere e diseredate un "nuovo cristianesimo" fondato solo sull'etica sociale, al quale il Saint-Simon sperava di convertire, con la propaganda e la persuasione, le classi ricche che non potevano che trovare vantaggio dal miglioramento della situazione di quelle povere. R.Owen voleva riformare la societ  con una nuova ripartizione dei beni su base egualitaria, da raggiungersi attraverso l'educazione e l'evoluzione pacifica, il movimento cooperativo e la fondazione di colonie comuniste, che avrebbero esercitato grande efficacia propagandistica. L'importanza di questi utopisti sta nella critica, spesso aspra e profonda, della societ  loro circostante e dei suoi difetti: mentre le loro tesi positive sulla societ  futura e i loro ideali di armonia e di pace sociale andavano sempre pi  perdendo valore. Con il marxismo le utopie sono scomparse dalla vita intellettuale dei movimenti rivoluzionari, che era stato il loro terreno preferito, o vi hanno perduto ogni importanza. Fra gli utopisti moderni e contemporanei si ricordino S.Butler, W.Morris, H.G.Wells e i pi  recenti A.Huxley e G.Orwell: sul punto diffusamente *J.Servier, Histoire de l'utopie*, Gallimard, Paris, 1967; *M.Baldini, La storia delle utopie*, Armando, Roma, 1994, ove   evidenziato che tra gli studiosi di fine novecento l'utopia non gode di buona reputazione. Sulle "illusioni" cio  percezioni alterate delle cose da parte dei sensi (come il bastone che nell'acqua ci appare spezzato quando non lo  ) v. *N.Vassallo, Teoria della conoscenza*, Roma-Bari, 2003, pag.5 e *passim*; sotto un profilo pi  strettamente giuridico v. *R.Meneghelli, Sotto il velo della*

convenzionalità, Torino, 1997, *passim*. Sulla cosiddetta presunzione di legittimità dell'atto amministrativo (di cui al testo) v. per tutti *R.Treves, La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, tema che recentemente è stato ripresentato da *V.Italia, Problemi sulla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo* (1999, ora in *Scritti scelti*, Milano, 2009) che poggia su una presunzione più ampia che consisterebbe su una (pretesa) razionalità del diritto e quindi di un sistema ordinato. Sulle *conventiones* in diritto romano v. *G.Sciascia, Conventio*, in *Novis.Dig.It.*, IV, 1959, pag.799 ss; *C.Ferrini, Sulla teoria generale dei "pacta"* in *Filangieri*, 1892, XVII, pag.65 ss; *E.Betti*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 1915, XVIII; *G.Grosso, Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1950; *Idem, Contratto, a) diritto romano*, in *Enc.Dir.*, 1961, pag.750 ss. La ricerca da parte dello Stato di una legittimazione sostanziale nella prospettiva "eudemonistico sociale" è indicata espressamente in *A.Gehlen, Studien zur Anthropologie und Soziologie*, Neuwied, 1963, pag. 255; v. pure *N.Luhmann, Macht*, Stuttgart, 1975 (*trad.it. Potere e complessità sociale*, Milano, 1979); *C.Offe, Lo Stato nel capitalismo maturo*, Milano, 1977; *A. Catania, Lo Stato moderno. Sovranità e giuridicità*, Torino, 1996, specie pag.16; *K.Galbraith, The new industrial State*, Boston, 1967 (*trad.it. Il nuovo Stato industriale*, Torino, 1968).