

LUCA R. PERFETTI

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Economia,
Management e Diritto dell'Impresa dell'Università di Bari "Aldo Moro"

luca.perfetti@belex.com

L'ORDINARIA VIOLENZA DELLA DECISIONE AMMINISTRATIVA NELLO STATO DI DIRITTO

THE ORDINARY VIOLENCE OF ADMINISTRATIVE DECISION IN THE RULE OF LAW

SINTESI

L'intero nostro sistema poggia sull'idea della natura legale del potere. Siamo, infatti, abituati a pensare che le ipotesi derogatorie siano limitate a circostanze eccezionali ovvero ad ipotesi limitate e fisiologiche. Se si concentra l'attenzione sul momento della decisione, ed in particolare di quella che coinvolge potere discrezionale, si può concludere in senso opposto. Infatti, sostanzialmente tutte le spiegazioni del potere discrezionale prevedono che l'amministrazione pubblica scelga tra alternative valide e, quindi, integri la legge. In particolare, le spiegazioni correnti della decisione discrezionale contengono sempre una valutazione non basata su parametri legali. Si pone, quindi, il problema dell'integrazione della legge. Quest'integrazione opera, almeno in parte, al di fuori della legge e, quindi, il potere, per la parte non regolata dalla legge, si presenta come violenza. Infatti, le spiegazioni dell'integrazione operano tutte proponendo elementi di integrazione che (i) o sono elementi di politica del diritto ed attengono al miglior diritto possibile, oppure (ii) enfatizzano elementi che sono già nella legge e che, come tali, sono inutili per integrarla nel caso in cui essa propone più alternative ovvero (iii) non solo non risolvono il problema ma pongono elementi molto pericolosi, che preludono alla dittatura della maggioranza. Tutto ciò pone il problema dello Stato di diritto - stante che in esso è la pretesa che il potere pubblico sia esercitato su base legale - e, in parte anche del Rule of Law (pur con il fatto che in alcune sue versioni esso appare come richiamo a principi giuridici fondamentali, che costituiscono elemento di giudizio della legge formale e, in questa prospettiva, costituisce un modello interessante di integrazione). Il lavoro propone una diversa idea della discrezionalità, ricostruendo l'intero sistema dei poteri pubblici come funzionale al godimento dei diritti individuali e quindi, l'interesse pubblico come funzione della massimizzazione del loro godimento. In particolare, si mette in luce come la decisione discrezionale sia un tipo di decisione che si collega profondamente con la sovranità. La costruzione dello Stato contemporaneo

è avvenuta attraverso l'attrazione alla legge formale di una notevole area di decisione sovrana. Tuttavia, l'area non attratta dal diritto continua a partecipare della sovranità. In questa prospettiva, è necessario discutere della sovranità. Il testo propone di partire dall'attribuzione della sovranità al popolo, contenuta nelle Costituzioni moderne, e del riconoscimento dei diritti inviolabili. In particolare, queste due regole del diritto positivo importano che il potere sovrano non è attribuito allo Stato, o in genere all'autorità, e che il diritto dettato dall'autorità attraverso la legge trova un confine in un dato giuridico (i diritti inviolabili) che esiste indipendentemente dal diritto dell'autorità. Tant'è che è riconosciuto in Costituzione e non creato da questa. Ne consegue che esistono regole giuridiche - ma non legali - che riempiono lo spazio lasciato alla decisione discrezionale e la sottraggono dalla pura volontà. In questa prospettiva la decisione smette di essere violenza, perché è regolata dal diritto che si colloca nel versante della sovranità e non al di fuori di essa.

ABSTRACT

The entire legal system, according to common interpretations, is based on the idea that public powers are grounded by the law. Exceptions are admitted in emergency situations or in particular relationships with public power (in German literature: "besondere Gewaltverhältnisse"). Nonetheless, we currently admit that law grants to public authority a margin of decision, even in the case of non-discretionary acts. In particular, a decision about discretionary power is a preference for a possible course of action. Therefore, a decision not entirely driven by the Law is the rule in an ordinary scenario, not only in a state-of-exception. The paper examines and discusses different ideas on discretionary power, on Rule of Law and Rechtsstaat. Particularly, looking at legal literature in Europe and (North and South) America, discretionary powers are mainly explained in the following ways: as a margin for political decision that Law allows to the Executive or as a choice between different possible interpretations of vague Law provisions. At the end of the day, all the explanations admit to the Executive a decision not driven by the Law (or not entirely driven by the Law). This is tantamount to saying that exercising discretion, public administration, complements the Law. In other words, complementing the Law is deciding not according to the Law, but integrating the Law itself with a decision concerning the public power; therefore, discretionary power is, partially, violence. Also Rule of Law and Rechtsstaat are ideas explained in different fashions (the paper gives a short representation and discussion of such differences). Nonetheless, the European idea of Rechtsstaat is ultimately grounded on the formal validity of the Law. For the European idea of Rechtsstaat it is obvious that the area of public authority's decision not regulated by the Law is a serious problem. Therefore, in legal literature various Law's integration systems were proposed (values, democracy, reasonableness, and so on). The paper demonstrates that, looking at those integration clauses or systems in a purely logical perspective, the result is that integration based on the recourse to the legal system itself does not resolve the problem: those integrations, at the end,

are just normal legal rules particularly emphasized, or claim to the best effort to speak the correct meaning of the Law, or introduces dangerous criteria in favor of political majority. The paper suggests a different idea of public power. Under the acknowledgments (i) sovereignty belongs to persons and not the State and (ii) fundamental rights are recognized and not only granted by Constitutions, public power's system is described as an instrument driven only by fundamental rights. In such a perspective, public interest coincides with concrete maximization of fundamental rights enjoyments. Therefore, integration of the Law (vague or subject to multiple interpretation) shall be performed by referring to the system of individual fundamental rights; e.g. to something (fundamental rights) that is Right (in an objective perspective) but not Legal (because is not issued by the Law), even if is acknowledged as valid and enforceable also by legal system.

PAROLE CHIAVE: Decisione, potere amministrativo, Stato di diritto, discrezionalità, violenza.

KEYWORDS: Decision, public power, Rule of Law, discretion, violence.

INDICE: 1. Violenza, decisione, Stato di diritto – 2. *Επλέγειν* – 3. Tre ulteriori premesse – 4. La decisione discrezionale e le sue spiegazioni correnti – 5. *Νόμος*: Stato di diritto e decisione – 6. *Επλέγειν* e *βία*. Insufficienza delle spiegazioni correnti a rendere compatibile decisione e Stato di diritto. – 7. Sovranità e *νόμος*

造反有理 (zaofan youli)

1. Violenza, decisione, Stato di diritto

Le nostre idee circa il diritto amministrativo riposano normalmente sul convincimento che il sistema si regga sulla natura legale del potere.

Possiamo cercare di allontanare dal centro della nostra attenzione i fenomeni derogatori o emergenziali, trascurare gli ordinamenti ed i rapporti di supremazia speciale, nominare in modo più moderno (ad esempio, evocando enunciati come “regolazione”, “efficienza” o “semplificazione”) relazioni che altrimenti svelerebbero una ridotta pregnanza della legalità; tuttavia, anche quando decidessimo di occuparcene direttamente, verrebbe naturale considerare le aree di potenziale contrazione della garanzia del principio di legalità come eccezioni, come segmenti di confine lungo i quali il potere sottratto alla disciplina stringente della legge emerge con la sua naturale violenza ma pur sempre puntualmente, eccezionalmente; si tratta di slabbrature - preoccupanti, certo - limitate ed, in aggiunta, quasi ineliminabili in via di fatto, sicché tollerabili.

Quel che si vorrebbe qui porre in evidenza, invece, è che ove si esamini l'ambito ristretto del decidere, se si appunta cioè lo sguardo sul momento in cui

l'insieme delle possibilità che l'ordinamento offre all'amministrazione si consumano per lasciar posto al provvedimento puntuale, laddove la procedura termina e la decisione viene presa, apparirà che il potere si esprime sempre, anche nell'ordinarietà, con un significativo grado di violenza, di pura volizione non governata dalla legge.

Volendosi esprimere diversamente, ciò che qui si vuol porre in evidenza è che lo Stato di diritto non garantisce affatto che la decisione del potere esecutivo sia assunta secondo legge.

Perché le considerazioni che seguono non vengano fraintese, è necessario chiarire in che senso si assuma l'espressione violenza. Si tratta di un'assunzione di significato semplice ed elementare, vale a dire quella per la quale ove il potere non si esprime secondo la legge (o, più vagamente, il diritto positivo) esso sarà violenza; s'intenderà violenza, quindi, l'esercizio del potere per quanto non sia disciplinato dal diritto positivo, né controllabile in sede giudiziaria. In altri termini, è violenza il potere non disciplinato dal diritto, non fondato nella legge, non esercitato secondo la legge.

Quel che s'intende dimostrare con la trattazione che segue è che il potere si esprime come violenza – nel senso qui assunto – nell'ordinarietà dei casi e non già in condizioni eccezionali. Ci si rende conto del fatto che questa tesi appare molto estrema, rispetto al modo ordinario di pensare e, tuttavia, si avvertono molte ragioni sensate per sostenerla.

Basterà pensare – sia pure preliminarmente – al fatto che nelle sistematiche classiche del diritto amministrativo, la volizione (per stare alla più diffusa sistematica italiana) del potere esecutivo circa il suo provvedimento avviene in uno spazio di liceità non regolato dalla legge; se questo è vero, ne viene che il potere si esprime, in misura significativa, come violenza e non come applicazione del diritto. Se si seguono le sistematiche quasi universalmente accettate, la scelta o il giudizio con cui si esprime il potere unilaterale dell'autorità costituita non sono ordinariamente governati da regole, se non molto parzialmente; ciò non nel caso speciale, nell'emergenza, nella crisi, nel rapporto suprematorio più estremo, quanto, piuttosto, nell'ordinaria vita dell'ordinamento.

Quel che si vorrebbe porre in evidenza, quindi, è l'insoddisfazione per queste secolari sistematiche e la necessità – e per molti versi, l'urgenza – del loro ripensamento; la proposta sarà quella, non nuova per chi scrive, di rovesciare la concezione della sovranità e di rendere il potere funzionale al godimento dei diritti della persona.

2. Εκλέγειν

Il problema che intenderei più immediatamente porre è quello dei caratteri giuridici della decisione dell'amministrazione pubblica, fin da ora identificando con "decisione" lo spazio di deliberazione che s'interpone tra la chiusura del procedimento amministrativo e l'emissione del provvedimento formale.

Astrattamente, si potrebbe ritenere che un simile problema sia irrilevante rispetto agli atti vincolati, ammesso che esista nella realtà una simile categoria di deliberazioni amministrative. Trascurando di prendere posizione in ordine a questo problema, presentandosene già molti altri, assumerei - solo per comodità di ragionamento - che le considerazioni che si faranno valgono per i soli provvedimenti, impregiudicato il problema di meri atti (o atti vincolati)¹. Pur delimitando così il perimetro della riflessione, esso resta comunque molto ampio, sicché conviene indicare con chiarezza lo schema del ragionamento, perché risulti più chiaro.

Ci si vuole occupare, dunque, dei caratteri giuridici della deliberazione amministrativa, vale a dire di quel momento nel quale l'amministrazione, ultimata l'istruttoria e svolti tutti gli atti e le operazioni che precedono il provvedimento formale, assume la decisione, forma il suo giudizio, trasforma il potere astrattamente previsto dalla norma in determinazione concreta (con il che converrà tenere distinte "decisione" e "determinazione"), per poi trasferirlo nel provvedimento amministrativo formale vero e proprio. Solo allo scopo di non essere fraintesi, non s'intende riprendere il tema, sviluppato a cavallo tra il XIX ed il XX secolo, della definizione del provvedimento; è più che ovvio, ormai, che non si può confondere il provvedimento con la sua estrinsecazione formale, documentale, consegnando il provvedere all'immaterialità giuridica di ciò che precede la formazione del documento.

Trascurando le discussioni che la dottrina, sotto la pressione dello sviluppo dell'ermeneutica giuridica, ha sviluppato in un passato recente in ordine alla sentenza ed al possibile formarsi della decisione insieme a quello dell'atto formale che ne è estrinsecazione percepibile ai sensi, è chiaro che il provvedere è altro dal fornirne documentazione formale. Del resto, che il provvedere non coincida con l'estrinsecazione formale del provvedimento è

¹ Sulla questione, nella prospettiva del decidere, si rinvia a F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in questa stessa *Rivista*, 2017.

confermato dall'esistenza di atti non scritti dell'amministrazione.

“Decisione”, quindi, ai fini della nostra riflessione, non coincide con l'adottare il provvedimento finale, ma con la scelta tra diverse alternative che l'ordinamento consente. Non sembra difficile convincersi che “decidere” circa il contenuto del potere non esaurisca il compito del provvedere, sicché sembra sensato porsi il problema della decisione come tema (in grande parte) autonomamente osservabile rispetto a quello del provvedimento.

Si deve anche dare ragione dell'opportunità di proporre una simile distinzione tra decidere e provvedere, tra scegliere ed adottare un provvedimento. Infatti, i due elementi potrebbero esser fatti coincidere senza troppo sforzo e, quindi, per distinguerli occorre fornire delle giustificazioni. Una dettagliata argomentazione circa la distinzione non è necessaria ai fini che in questa sede ci si propone. Tuttavia, l'intero discorso che s'intende svolgere vorrebbe assolvere a questa funzione; fin da ora conviene anticipare che il riferimento alla “decisione” consente una maggiore comprensione dei problemi che si pongono in relazione al giudizio che l'amministrazione intestata del potere svolge nell'esercitarlo.

3. Tre ulteriori premesse

3.1. La nostra dottrina giuridica si è occupata molto limitatamente del problema, se non in una stagione risalente, preorlandiana². Partendo dal punto di osservazione della teoria del provvedimento, infatti, per la maggioranza, le riflessioni di cui disponiamo si sono concentrate, per la prima metà del Novecento e successivamente fino a tempi piuttosto recenti, sui caratteri giuridici del provvedimento e, intensamente negli ultimi decenni, sul procedimento amministrativo, vale a dire nell'esercizio della funzione che trasforma il potere assegnato in astratto in un provvedimento puntuale.

Naturalmente, entrambe le prospettive non ignorano il “momento” della deliberazione, che rileva nelle concezioni tradizionali del provvedimento amministrativo soprattutto sul versante della volizione del provvedimento ed in quelle del procedimento come esercizio di funzione in senso giuridico nella prospettiva del progressivo determinarsi del provvedimento. Tuttavia, non è

² Per una completa discussione della dottrina preorlandiana, G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, Cedam, 1989, *passim*, e, per alcuni tratti decisivi, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986.

seriamente discutibile che esista un autonomo momento nel quale il potere viene effettivamente esercitato, nel quale le possibili alternative o modulazioni della decisione cedono rispetto alla decisione finale, che poi sarà trasmessa nel provvedimento.

In questa prospettiva, la riflessione circa il momento della “decisione” tende a coincidere con quella relativa alla discrezionalità amministrativa (salva la necessità di condurre un autonomo discorso relativamente agli atti vincolati).

Anche la riflessione relativa alla discrezionalità, tuttavia, è stata molto limitata negli ultimi decenni, essendosi giurisprudenza e dottrina nazionali prevalentemente acquisite sui risultati raggiunti dalla ricostruzione di Giannini³, di quasi un secolo fa. Quanto specificamente alla discrezionalità, anche la dottrina non italiana non mostra eccessiva vitalità. La riflessione tedesca, infatti, pur con qualche accento critico, è assestata da circa un secolo; la dottrina francese, non diversamente, non sente particolari ragioni per discutere

³ Ovvio il riferimento a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939. Nella dottrina italiana, anche per ulteriori riferimenti, almeno, C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, Roma, 1936, ora in ID., *Raccolta di scritti*, vol. III, 1972, Milano, Giuffrè, 1999, notoriamente in opposizione alle tesi gianniniane; si veda anche, ID., *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. V, Torino, Utet, 1960, p. 1098; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 65-91; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 49, ove – nella scia dell’impostazione tedesca – la chiara distinzione tra scelta politica propria della decisione discrezionale e determinazione dell’effetto direttamente per ragione della legge senza intermediazione da parte del provvedimento; nella linea della discrezionalità come interpretazione della norma vaga, L. BENVENUTI, cit.; con profonda indagine dell’impianto della dottrina tedesca e valorizzazione delle procedure, S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1993; in linea con l’impostazione tedesca e, quindi, l’ampiezza della determinazione autoritativa non predeterminata dalla legge, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; nella prospettiva della disciplina della discrezionalità attraverso la predeterminazione dell’interesse pubblico, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Esi, Napoli, 1997; per una raffigurazione originale e significativa del problema, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, da p. 444; per un’imprescindibile sguardo complessivo sui problemi e le opinioni, M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo²*, Torino, Giappichelli, 2017; nella linea della scuola di Orsi Battaglini, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall’eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008; con maggiore articolazione e superiore influsso della letteratura francese, R. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisprudenziale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, Jovene, 2008, che giunge a conclusioni non troppo diverse da Cudia; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione: apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, con impianto e conclusioni molto distanti dai due libri coevi; è utile l’esame di F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, Franco Angeli, 2012, p. 15, anche se dedicato all’organizzazione amministrativa e, tuttavia, con interesse sul tema in esame; più recentemente, S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014.

il lascito della tradizione; sia la letteratura giuridica spagnola che quella sudamericana - pur con diversità d'accenti non trascurabili - poggiano le loro conclusioni prevalentemente sulla sistemazione del tema che ne ha fatta la dottrina tedesca e quella italiana - pur con influenze nordamericane sulla riflessione sudamericana che portano ad ibridazioni non insignificanti; le discussioni del mondo arabo, così come quelle dell'estremo oriente o dell'est europeo mostrano peculiarità, soprattutto nell'approccio al tema dello Stato e del suo potere, che le rendono solo parzialmente utili ai nostri fini; l'approccio britannico è piuttosto consolidato da secoli, mentre gli Stati Uniti mostrano una significativa evoluzione attraverso l'*hard look doctrine*, anch'essa -tuttavia- consolidata da qualche decennio. Resta da discutere se decidere - nel senso che qui interessa - coincida con l'esercitare la discrezionalità, ovvero se gli ambiti differiscano ed in quale modo; tuttavia, ai fini che qui ci si propone, si potrà assumere la coincidenza tra decidere e farlo esercitando discrezionalità -infatti, per quanto il rilievo della decisione sia significativo anche in ordine all'atto vincolato ed assumendo che una simile categoria di atti esista, non sembra rilevante ai nostri fini aggiungere un'ulteriore discussione non essenziale.

3.2. Da altro punto di osservazione, la questione della “decisione” evoca quella della teoria dell'organo. Infatti, è agevole rivolgere l'attenzione alla questione della soggettivizzazione dell'organo da parte delle persone fisiche intestate della funzione e ripensare le conclusioni cui la nostra dottrina - in sintonia con quelle continentali - è da tempo giunta quanto alla sua impersonalità. Si tratta di approdi che meriterebbero di essere in parte ripensati anche solo sulla base dell'affermazione della responsabilità civile per atti invalidi, con il rilievo degli stati soggettivi dell'agente. Più ancora, il tema è strettamente connesso all'idea stessa dell'organo e della sua competenza, questioni anch'esse non più al centro dell'attenzione della nostra letteratura - che se ne è occupata in tempi recenti con indagini profonde, ma piuttosto isolate.

È ovvio, infatti, che la finzione di considerare la persona fisica (o un insieme di persone fisiche) un organo, vale a dire un centro di imputazione di capacità di agire dell'ente e, quindi, un'entità impersonale e portatrice di una volontà oggettiva, non riesce a nascondere il fatto che sia un soggetto determinato - un individuo, un funzionario - a prendere la “decisione”.

Naturalmente, questa “evocazione” della teoria dell'organo non può spingersi molto a fondo, pena l'alterare il senso della trattazione. Tuttavia,

non sembra troppo dannoso al nostro ragionamento non entrare con profondità nel merito della teoria dell'organo. Infatti, essa stessa sembra radicalmente condizionata dall'idea stessa del potere e dell'organizzazione - e, ultimamente, dell'appartenenza della sovranità⁴ allo Stato o all'ordinamento. In questi termini, la discussione relativa al potere pubblico finisce per apparire significativa anche in relazione alla teoria dell'organo. Infatti, nella dialettica tra istituzionismo e normativismo⁵ si spiega la gran parte della discussione relativa al collegamento tra organizzazione e potere, con un parallelismo molto stretto rispetto a quanto avviene in ordine alla decisione: i criteri fondanti sono quelli di competenza, da un lato e di supremazia speciale ed autonomia, dall'altro. In altri termini, anche in ordine alla teoria dell'organizzazione la discussione centrale è quella relativa all'alternativa tra sovranità dello Stato ovvero dell'ordinamento. La circostanza che nel nostro Paese abbia lungamente dominato l'impostazione istituzionista, non è senza importanza per la comprensione del perché non si sia avvertito per lungo tempo il contrasto tra la realtà dell'ordinamento e l'ideologia dello Stato di diritto. E', infatti, evidente che l'istituzionismo romaniano e l'idea labandiana della supremazia speciale⁶ abbiano per lungo tempo fatto avvertire l'ordinamento amministrativo come autonomamente fondato⁷, capace di autonomia⁸, in

⁴ Sembra di poter osservare che proprio per evitare la rottura della sovranità la dottrina italiana si è orientata verso la centralità del rapporto interorganico per spiegare l'organizzazione degli enti pubblici (per il concetto, M.S. GIANNINI, *Organi (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XXXI, 1981, p. 39); proprio il bisogno di conservare l'unità della sovranità fece qualificare gli enti come autarchici (ovvio il riferimento a S. ROMANO, *Decentramento amministrativo*, in *Enc. Giur. It.*, Milano, 1897, vol. IV, p. 427 poi in ID., *Scritti minori*, Milano, vol. II, 1950, p. 11) nel senso che essi non esercitino che «amministrazione indiretta dello Stato compiuta da una persona giuridica per diritto subiettivo e nell'interesse oltre che dello Stato anche proprio» (ivi) e solo «per rinuncia dello Stato all'esercizio di un'attività che pur rientrerebbe nella naturale sua sfera di funzioni» (ID., *Il Comune (parte generale)*, nel *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* curato da V.E. Orlando, pt. I, vol. II, Milano, Giuffrè, 1908, p. 577; ma sulla centralità del rapporto organico anche O. RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, p. 317 e sulla soggezione di enti ed organi allo Stato, G. MIELE, *La distinzione tra enti pubblici e privati*, in *Studi per F. Ferrara*, Milano, 1942, p. 473; su tutti questi problemi è quasi ovvio il riferimento a G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, *passim*).

⁵ S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, da p. 44.

⁶ Per la ricostruzione e la critica restano fondamentali, F. MERUSI, *Le direttive governative agli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1963 e G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.

⁷ V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, Milano, Giuffrè, 1958.

⁸ S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, qui tenuto presente nella ristampa Milano, Giuffrè, 1983 a cura di A. Romano, p. 14, ma anche le voci *Atti e negozi giuridici*,

grado di integrare i precetti della legge e di formarne di propri; il collegamento tra potere ed organo avviene in quest'ambito d'autonomia e l'impero della legge ne esce assai ridotto; sempre in questo ambito trova spazio l'idea di ordinamento derogatorio ed una perdurante concezione della norma interna sicché si ritiene che «l'assetto costituzionale vigente non possiede in via generale strumenti idonei ad impedire all'interno di singole formazioni sociali la vigenza di schemi precettivi (...) lesivi dei diritti fondamentali del cittadino»⁹; complessivamente, per lungo tempo si è coltivata l'idea che l'ordinamento amministrativo fondasse la produzione di norme¹⁰ ed organizzazioni¹¹ autonome dalla legge, fonte – quindi – di notevoli ambiti discrezionali o derogatori¹². Nel concetto di organo lungamente dominante nella nostra letteratura¹³, quindi, si saldano potere e normatività, segnando una distanza dalla legalità non facilmente negabile. Pur a fronte di una solida critica da parte di chi costruisce la teoria dell'organizzazione sulla base del concetto di competenza (e, quindi, di coordinazione, superando le nozioni classiche di gerarchia e supremazia)¹⁴, tratti dell'impostazione tradizionale perdurano e saldano quattro punti nevralgici del sistema: l'autonomia dell'organizzazione si fonda, da un lato, nella sovranità dell'autorità¹⁵ e deprime, dall'altro, la legalità; la

p. 3, *Norme giuridiche*, p. 134, *Organo*, p. 145, *Poteri e potestà*, p. 172; successivamente si veda anche A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. II, Torino, Giappichelli, 1987, p. 30. Né sembra casuale che lo stesso concetto romaniano di discrezionalità si fondi (e per larghi tratti si confonda) sull'idea di autonomia dell'amministrazione.

⁹ F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti per una teorica*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 372.

¹⁰ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950, ma per le condizioni della normatività, T. MARTINEZ, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, Giuffrè, 1957.

¹¹ Per la dottrina dell'organo amministrativo come fonte dell'ordinamento interno, A.M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, Torino, Giappichelli, 1953; per la negazione della configurabilità della supremazia speciale è – naturalmente – l'impostazione normativista e, nella nostra dottrina, la riconduzione alla sola imperatività della norma generale è già in A. DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, vol. I, *Lo Stato, gli uffici*, Padova, Cedam, 1931, p. 315 e, con precisione, G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, cit., 1943, p. 429.

¹² Per la ricostruzione accurata della dottrina precedente, M.S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amministrativo*, vol. I, 1949, p. 322.

¹³ Per i problemi e le soluzioni basterà riferirsi a P. COSTA, *Lo Stato immaginario: metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento*, Milano, Giuffrè, 1986, soprattutto da p. 65 a p. 145.

¹⁴ In questo senso già A. DE VALLES, *op. ult. cit.*, *passim* ma soprattutto da p. 77, lungo una traiettoria concettuale destinata a compiersi con la ricostruzione di G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967, da p. 131.

¹⁵ per l'indagine del problema, A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, vol. I, *Stato - persona e organo amministrativo. Profili storico - dogmatici*, Milano, Giuffrè, 1986, da p. 218.

legalità si collega al concetto di personalità giuridica di diritto pubblico che, tuttavia, appare del tutto attratto verso il polo della sovranità¹⁶; il quadrangolo che ne risulta mostra una legalità depotenziata dalla concezione della personalità giuridica e dall'autonomia dell'organizzazione, entrambe attratte dal polo forte della sovranità del soggetto autoritario.

3.3. Se le questioni che s'intendono affrontare non sono oggetto dell'attenzione prevalente della nostra letteratura giuridica degli ultimi decenni, è invece agevole incontrare nella dottrina internazionale - ed in parte in quella domestica - una discussione molto vivace sui profili di teoria generale che attengono la decisione, nella complessiva critica al normativismo imperante nel Novecento.

Non è questa la sede per ripercorrere quelle discussioni, che meritano un più ampio svolgimento, incompatibile con lo scopo di queste pagine. Tuttavia, quelle discussioni saranno costantemente tenute presenti nello sviluppo del discorso e, ove strettamente necessario, se ne forniranno i minimi riferimenti utili a chiarire gli argomenti condotti nel testo.

Quel che conviene subito precisare, però, è che il riferimento alla “decisione”, richiama quasi naturalmente alla mente il decisionismo giuridico, la sua connessione con la teoria della sovranità¹⁷ come decisione circa lo *ausnahmestand* o stato di eccezione, le sue relazioni con il romanticismo giuridico

¹⁶ Emblematico è C. ESPOSITO, *Organo, ufficio, soggettività dell'ufficio*, Padova, Cedam, 1932, particolarmente da p. 257.

¹⁷ Ovviamente, C. SCHMITT, *Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München, Duncker & Humblot, 1934 (trad. it. *Teologia politica*, in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. MIGLIO e P. SCHIERA, Bologna, il Mulino, 1972), sul quale tra gli altri, A. NEGRI, *Novecento filosofico e scientifico*, Marzorati, Milano, 1991, vol. IV, pp. 144-145; G. SCHWAB, *The challenge of the exception: an introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, München, Duncker & Humblot, 1970 (trad. it. *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, introduzione di F. Ferrarotti, traduzione di N. Porro, Roma-Bari, Laterza, 1986); G. AGAMBEN, *Homo sacer*, Torino, Einaudi, 2005; M. BENVENUTI, *Dal decisionismo alla teoria dell'ordinamento concreto: Carl Schmitt alla prova del nazismo*, in *Diritto e cultura*, 2005, p. 137 (ove anche un'ampia discussione della letteratura rilevante, cui si rinvia); per una prospettiva specifica, A. TORRANO, N. LORIO, *Economía de la violencia y figuras de la excepción. Soberanía y biopolítica*, in *Pléyade*, 2012, p. 101; di recente, e di sicuro interesse, A. MUSIO, *La decisione e il soggetto. Tra normalità ed eccezione*, in *Rivista di politica*, 2015, p. 79 e, più diffusamente, ID., *Etica della sovranità. Questioni antropologiche in Kelsen e Schmitt*, Milano, Vita e Pensiero, 2011; per alcuni profili, poi, merita rinviare a M. CACCIARI, *Icone della legge*, Milano, Adelphi, 1985, qui tenuto presente nella IX edizione, 2002, da p. 51, e, se si vuole, per un'argomentazione piuttosto estrema (ma della quale si resta profondamente convinti, a L.R. PERFETTI, *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, trattenuti minori e potere pubblico*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2016, p. 393.

e le critiche di occasionalismo¹⁸.

Non è questa la prospettiva dalla quale si guarda al problema. Non interessa, almeno in questa sede, collegare eccezione e sovranità, decisione e stato di eccezione; infatti, ciò cui si guarda è il momento della decisione in un rapporto ordinario, non eccezionale. Uno dei profili per i quali si può discutere l'idea decisionista di sovranità, infatti, appare esattamente quello per il quale essa pone in luce il momento di potere, violenza, irrazionalità (in disparte il giudizio che se ne dia) dell'eccezione, del momento della sospensione dell'ordinamento. Certo, si tratta di un'obiezione dirompente rispetto alla legalità formale normativista, che infatti espressamente viene fatta oggetto di critica. Tuttavia, pur rinunciando ad argomentare le ragioni per le quali la fondazione puramente formale del comando non convince affatto, quel che il decisionismo lascia in ombra è proprio il rilievo della decisione, intesa come espressione di puro potere, di volontà scarsamente controllabile - e quindi, limitatamente razionale - che intesse di sé le determinazioni assunte nella tranquilla ed ordinaria vita dell'ordinamento e nell'assunzione, quotidiana e feriale, dei provvedimenti dell'autorità.

Determinarsi significa uscire dall'indeterminato attraverso l'esclusione di tutte le altre alternative (come l'angoscia della decisione di Kierkegaard¹⁹ chiarisce bene), così come decidere (de-cidere) significa tagliar fuori tutte le alternative rispetto a quella prescelta. Sono operazioni ordinarie nell'assunzione degli atti espressione di potere pubblico, non eccezionali, non emergenziali.

Ne consegue che l'occasionalismo della decisione (essa giustifica sé stessa per il fatto d'esser stata presa) o il suo quasi fatale irrazionalismo (per la parte in cui si sceglie tra alternative lecite, una scelta vale l'altra) appaiono tratti propri di tutti gli atti discrezionali di espressione del potere pubblico (del provvedimento, come della sentenza). Né pare irrilevante che la spiegazione dominante da decenni nella scienza giuridica qualifichi queste decisioni come atti di volizione o propriamente di scelta. Anche l'autorevolissima riflessione, resa nota di recente e sostanzialmente ignorata in Italia, che ha mo-

¹⁸ K. LÖWTH, *Der Okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt*, in *Sämtliche Schriften*, vol. VIII, Metzler, Stuttgart 1981, p. 32, sul quale, in Italia, G. FAZIO, *La critica di Karl Löwith al decisionismo politico di Carl Schmitt e il suo rapporto con Note sul concetto del politico di Carl Schmitt di Leo Strauss*, in *La Cultura*, 2010, p. 263 e N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 190.

¹⁹ S. KIERKEGAARD, *Il concetto dell'angoscia*, in *Opere*, trad. it. Firenze, Sansoni, 1972, p. 109.

strato per quali ragioni la discrezionalità non può esser spiegata come semplice scelta²⁰, non contiene elementi che consentano di escludere dalla determinazione discrezionale il carattere della decisione intesa come pura volontà legittimata dalla legge²¹.

In questi termini, sia pure con le precisazioni necessarie, ogni espressione discrezionale del potere pubblico, nell'ordinarietà della vita dell'ordinamento, esprime una decisione volontaristica che giustifica sé stessa, che resta incontrollabile con strumenti razionali (ed, infatti, essa è configurata come sottratta al sindacato in misura molto significativa), che sostanzialmente si esprime come imposizione di una delle possibili scelte lecite sulla base della pura volontà dell'organo (vale a dire, del funzionario che lo soggettivizza).

Ultimativamente, essa appare come violenza non regolata ma legittimata dalla legge.

In questi termini, non sembra inesatto dire che, nella normalità della vita dell'ordinamento, mentre tutte le spiegazioni del potere pubblico (di quello dell'amministrazione pubblica, per lo meno) hanno la pretesa di essere coerenti con la legalità dell'esercizio del potere, nessuna di esse lo è davvero giacché il provvedimento discrezionale contiene sempre una decisione in parte essenziale incontrollabile (e, quindi, violenta).

4. La decisione discrezionale e le sue spiegazioni correnti

Come appena osservato, è largamente diffusa la pretesa di fornire spiegazioni del potere che siano compatibili con la generalizzata affermazione del principio di legalità o dello Stato di diritto, nelle sue varie accezioni.

Naturalmente, per contestare la fondatezza di questo convincimento occorrerà fornire un concetto minimo di Stato di diritto, affrontando la questione della sua storicità e delle incertezze circa la sua reale sostanza. Prima di far ciò, tuttavia, conviene richiamare il contenuto minimo delle spiegazioni

²⁰ H.L. HART, *Discretion*, in 127 *Harvard Law Review*, 2013, p. 652: «there is one kind of choice which we should not rank as the exercise of discretion, namely those cases where in choosing we merely indulge our personal immediate whim or desire. Will you have a Martini or a sherry? You choose a Martini, and I ask why: you reply, "Because I like it better – that's all."».

²¹ ID., *op. ult. cit.*: «the authority to choose given on the understanding that the person so authorized will exercise discretion in his choice» e «a certain kind of wisdom or deliberation guiding choice, the characteristics of which I shall try to bring out in what follows».

che vengono fornite circa il potere discrezionale dell'amministrazione pubblica. Il compito di definire lo Stato di diritto e la generale pretesa alla legalità dell'azione amministrativa ne riuscirà significativamente semplificato. Il problema che si intende affrontare, infatti, non è astratto, ma riguarda le concezioni del potere in concreto, quelle con le quali si opera nell'ordinarietà dei rapporti giuridici.

Anche questo compito, naturalmente, non può essere assolto se non a prezzo di notevoli semplificazioni, stante che il tema della discrezionalità è piuttosto vasto, richiama questioni non meno centrali (dalla natura del potere alla sua legittimazione e spettanza, dal sindacato giurisdizionale alla teoria dell'organizzazione). Tuttavia, se si guarda alla dottrina europea ed americana - nel loro complesso, salve singole riflessioni - non è disagevole individuare tratti comuni che consentono di riepilogare le soluzioni in modo piuttosto agevole.

Si presentano, infatti, fondamentalmente tre spiegazioni circa la decisione discrezionale dell'amministrazione pubblica: la sua sostanza sarà individuata nel potere di scelta tra alternative lecite, ovvero nella volizione circa l'interesse pubblico e la sua ponderazione con altri con esso concorrenti, oppure, infine, con l'interpretazione della norma incerta. Non è difficile scorgere in queste tre differenti spiegazioni la diversa prospettiva di relazione tra funzioni (politica, legislativa e giurisdizionale, stante che ciascuna delle tre - nell'ordine che qui si segue), con priorità dell'una sulle altre due. Nemmeno è arduo cogliere il riferimento di ciascuna delle tre spiegazioni ad una delle tre classiche concezioni del *Nóμος* (volontarista la prima, istituzionista la seconda, normativista l'ultima). Anche le teorie dello Stato e del suo potere che ispirano le diverse soluzioni sono facili da intendere. Ma si tratta di aspetti relativamente ai quali non è necessario indulgere.

4.1. Nella gran parte della dottrina la decisione discrezionale dell'amministrazione viene spiegata come scelta tra alternative lecite; tuttavia, sono molto diversi gli accenti di questa spiegazione nella (dominante) tradizione tedesca²²

²² Per l'illustrazione di quel dibattito basterà il rinvio a B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova Cedam, 2013.

- o francese²³ - e nelle sue varie recezioni spagnole²⁴, italiane²⁵ o sudamericane²⁶, rispetto a quelli propri della tradizione britannica²⁷ o di quella, ancora

²³ Si possono esaminare, A. BOCKEL, *Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *AJ* (Actualité juridique. Droit administratif), 1978, p. 355; M. FROMONT, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif français*, in *Festschrift für Hermann Jabreid*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1974, p. 67; A. de LAUBADERE, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, p. 513; J.M. WOEHRLING, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France*, in *La Revue administrative*, 1999, p. 75; il breve lavoro di A. DAHER, *Le pouvoir discrétionnaire entre son passé et son avenir*, in *Revue administrative*, 255, 1990, p. 242; sul problema dell'acte de gouvernement, categoria particolarmente criticabile dal punto di vista del principio di legalità, anche per la loro sottrazione al sindacato giurisdizionale, di recente e brevemente, J.C. VENEZIA, *Éloge de l'acte de gouvernement*, in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 723.

²⁴ Per uno scorcio d'insieme, però, val la pena di osservare fin d'ora che la letteratura spagnola si è strettamente collegata con quella tedesca, sul lato della discussione – molto in voga nei Paesi latino americani – dei concetti giuridici indeterminati (tra i molti, F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976) e con quella italiana ed in specie di Giannini – che pure, ovviamente, risente in modo importante anch'essa della discussione in lingua tedesca – in ordine all'idea della discrezionalità come volizione di un dato assetto degli interessi nel caso la legge assegni all'amministrazione una scelta. Per l'influenza straordinaria sulla dottrina in lingua spagnola, si rinvia a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*³, Madrid, Civitas, 1983 (ma anche, sulla discussione ID., *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89, 1996, p. 69, sul duro confronto tra Fernández e Sánchez Morón, del quale si farà cenno tra un istante, resta fondamentale osservare che gli studi del problema della discrezionalità del maestro spagnolo mettono particolarmente in luce il collegamento con il concetto di organo e competenza, in connessione al principio di legalità: «Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes», cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, Thomson-Civitas, 2005); per l'illustrazione del dibattito spagnolo – sempre con particolare attenzione al tema dei concetti giuridici indeterminati – M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997 e, prima, per l'impostazione dei profili costituzionali M. BELTRAN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Civitas, 1995 e, sempre nella logica dell'ermeneutica, F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976; di poco successivo, L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, *Poder Ejecutivo, discrecionalidad, legalidad y control*, in *Estudios de Derecho judicial*, 6, 1997, p. 215, ove si collega l'evoluzione della riflessione ai mutamenti politici. Il terzo profilo che ha attratto l'attenzione della dottrina, soprattutto in tempi recenti, è quello del sindacato sulla discrezionalità amministrativa; il dibattito è stato caratterizzato dalla fortissima contrapposizione tra i sostenitori della sindacabilità delle decisioni discrezionali (in particolare, T.R. FERNÁNDEZ, *Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 76, 1992, e la successiva – molto polemica – risposta ai critici, *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*, ivi, 80, 1993, seguita da *¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, ivi, 83, 1994, ora in ID., *De la arbitrariedad de la Administración*³, Madrid, Civitas, 1997) ed i sostenitori di larghi spazi di immunità (L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, Y. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994); per una recente rivisitazione, sia pure da un punto di osservazione particolare, S. DÍEZ SASTRE, *El precedente administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2008, da p. 284 a p. 304.

²⁵ Ovvio il riferimento ad A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 3, ed agli sviluppi in L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996 e C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit.

²⁶ La discussione argentina appare analoga a quella spagnola (per uno sguardo di insieme, J.C. CASSAGNE, *La discrecionalidad administrativa*, in *La Ley*, 2010, vol. II, p. 251; P.J.J. COVIELLO, *El control judicial de la discrecionalidad administrativa*, in *Cuestiones del contencioso administrativo*, a cura di J.C. Cassagne, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 271) con particolare attenzione alla questione della discrezionalità come applicazione di concetti giuridici indeterminati (in questa prospettiva, J.F. LINARES, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958; B.A. FIORINI, *La discrecionalidad de la Administración pública*, Buenos Aires, Alfa, 1948) ed alla discrezionalità tecnica (D.J. SESÍN, *Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004; A. CORVALÁN, *Un nuevo enfoque sobre la discrecionalidad administrativa*, in *RAP*, 351, 2007, p. 57). L'impianto della discussione brasiliana, invece, è vivacemente collegato all'impianto costituzionale e, ad un tempo, largamente iscritto nell'idea che la discrezionalità consista nell'integrazione della norma incerta: quanto al tema tradizionale dei concetti giuridici indeterminati (P. MACIEL, *Discricionariade Administrativa e Conceitos Jurídicos Indeterminados: Estudos em face de um Paradigma Constitucional*, Rio de Janeiro, Letra Legal, 2004; W. ZANCANER, *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, São Paulo, Malheiros, 2001, che configura la discrezionalità come espressa scelta omissiva del legislatore che consegna all'amministrazione il potere di integrare il precetto, da p. 48), sia quello del controllo giurisdizionale della discrezionalità (C.A. BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariade e Controle Jurisdiccional*, São Paulo, Malheiros, 2003 – per il quale la discrezionalità deriva «do mandamento da lei que ocorre quando a norma faculta um comportamento ao invés de exigilo ou quando exige um comportamento facultando, pelo menos, duas alternativas. A atividade discricionária surge, ainda, quando a finalidade é expressa por conceitos práticos e plurissignificativos, como moralidade pública e segurança pública» – ove, di nuovo, si pone il tema dei concetti giuridici indeterminati ma nella prospettiva della loro definizione alla luce dello scopo pubblico), sia nel collegarla allo Stato di diritto (L.H. CADEMARTORI, *A Discricionariade Administrativa no Estado Constitucional de Direito*, Curitiba, Juruá, 2003; M.S.Z. DI PIETRO, *Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 2001, anch'essa nella linea del fondamento della discrezionalità nell'omissione legislativa che lascia all'ente la facoltà di integrazione del precetto, da p. 198; R. TOURINHO, *A discricionariade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados*, in *Revista de Direito Administrativo*, 237, 2004, p. 324, per la quale «nos conceitos jurídicos indeterminados, que não são exclusivos do direito público, conforme já observado, estamos diante de normas com conceitos de valor (boa-fé, proibidade, justo preço) ou experiência (premeditação, força irresistível), conceitos estes que dependem de exercício interpretativo para alcance do seu sentido, que poderão variar de acordo com o tempo e o espaço, não importa, porém sempre voltados a atingir um entendimento comum, aceito pelo meio social»), al diritto di buona amministrazione (J. FREITAS, *Discricionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, São Paulo, Malheiros, 2007) ed all'interesse pubblico (D. WUNDER HACHEM, *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Belo Horizonte, Fórum, 2011). Quanto, invece, al Chile, P. ALARCÓN JANA, *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*, Santiago de Chile, ConoSur, 2000, e all'Uruguay, A. GAYOSO, *A vueltas con la discrecionalidad administrativa*, in *Revista de derecho*, 2010, 11.

²⁷ Anche nella letteratura anglosassone di diritto amministrativo – vanno separate le considerazioni relative agli studi di *jurisprudence* – la questione della discrezionalità (sulla quale, fin da subito D. GALLIGAN, *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Oxford, Clarendon, 1990, *passim* – che pure, in larga parte, è uno studio di *jurisprudence*) appare principalmente come disciplina dei limiti e delle condizioni di esercizio del potere pubblico (chiara in questo senso, fin dappprincipio, è la ricostruzione in P. CRAIG, *Administrative Law*⁵, London, Sweet & Maxwell, 2003, da p. 521). In questa prospettiva, anche in quella cultura, la discrezionalità appare come un problema storico di progressivo dominio del diritto sull'esercizio del potere, come estensione del sindacato (H. DELANY, *Judicial Review od Administrative action: a comparative analysis*, Dublin,

Round Hall Sweet & Maxwell, 2001, soprattutto da p. 109). Tuttavia, quel che appare più interessante è che nell'impianto della letteratura inglese è agevole comprendere che la ricostruzione del problema, in grandissima parte, si regge sulla protezione dei diritti individuali e sulla *rule of law* (nell'estesissima bibliografia sul tema, basterà per il momento indicare J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, nella nostra prospettiva soprattutto ch. 11). Nella tradizione anglosassone è chiara l'idea che la discrezionalità sia scelta tra alternative lecite (in tal senso, D. GALLIGAN, *op. ult. cit., passim*, ovvero P. CRAIG, *op. ult. cit.*, da p. 521 a p. 686, ove la si definisce come l'ipotesi in cui «there is power to make choices between courses of action or where, even though the end is specified, a choice exists as to how that end should be reached»), per quanto – soprattutto sul versante della *jurisprudence* – sia intensa, invece, la discussione sull'interpretazione ed integrazione del diritto (basti pensare all'intenso dibattito avviatosi nel perimetro delle impostazioni positiviste ed utilitariste ad esito di J.R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1978, ma, per la concezione della discrezionalità, prima ancora ID., *The Model of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, vol. XXXV, 1967, p. 14 – approccio sul quale si tornerà nel testo più avanti e sul il quale, per ora, S.J. SHAPIRO, *The Hart-Dworkin debate. A Short Guide for the Perplexed*, in *Michigan Law Review*, vol. LXXVII, 2007, e J.M. SCHELLY, *Interpretation in Law: The Dworkin-Fish Debate (or, Soccer amongst the Gabuku-Gama)*, in *California Law Review*, vol. LXXIII, 1985, p. 158). In sostanza, anche se il problema viene principalmente impostato alla luce della protezione dei diritti e della *rule of law* («it used to be thought to be classical constitutional doctrine that wide discretionary power was incompatible with the rule of law» per quanto «modern government demands discretionary power which are as wide as they are numerous», W. WADE, C. FORSYTH, *Administrative Law*⁹, Oxford, 2004, Oxford University Press, p. 343), la sostanza della discrezionalità appare anche in quelle impostazioni vuoi come potere di scelta, vuoi come interpretazione del diritto opinabile. Nella prima prospettiva, si sono enfatizzati i poteri di sindacato sulle scelte che conseguono al diritto di ottenere un giudizio circa i modi di esercizio del potere discrezionale, la sua misura e razionalità. Come anticipato, lo strumento con il quale si è cercato di sottoporre al controllo razionale del diritto l'uso del potere, risiede nella protezione dei diritti individuali; in tal senso si è affermato il diritto ad essere ascoltati e l'obbligo dell'amministrazione di tenere conto del merito della pretesa individuale (sin dal caso *Corrie* [R v. LCC ex p. Corrie (1918) 1 K.B. 68], ove si legge che «[T]he body on whom is conferred the jurisdiction of granting such licences must hear each application on its merits and come to a general resolution to refuse a licence to everybody who does not conform to some particular requirement»). In particolare, il sindacato si potrà esprimere sul peso che, in confronto alla pretesa individuale, viene dato alla *policy* (per il significato è fondamentale il riferimento alla scuola filosofica pragmatista e, non potendo indulgere sul tema, basti il riferimento al pur controverso neopragmatismo di R. RORTY, *Consequences of Pragmatism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1982) dell'ente, sul suo controllo sostanziale, sulle presunzioni e *legitimate expectations* che essa ha generato (sul tema, P. CRAIG, *Legitimate Expectations and procedural fairness: A Conceptual Analysis*, in *108 Law Quarterly Review*, 79, 1992, p. 94 e C.F. FORSYTH, *The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*, in *Cambridge Law Journal*, 47, 1988, p. 238). L'intensità del sindacato sulla discrezionalità appare condizionato dal contenuto dell'attribuzione legislativa, distinguendosi diversi livelli di *deference* tra i casi in cui la legge non prevede espressamente quel potere (in tema, H.W. ARTHURS, *Without the Law*, Toronto, University of Toronto Press, 1985) e quelli nei quali esso è stato esercitato in modo irrazionale o sproporzionato (distinzione enfatizzata particolarmente nel caso *Wednesbury*: *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1947] *EWCA Civ 1*, [1948] 1 K.B. 223, Court of Appeal England and Wales; negli Stati Uniti una posizione simile è in *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984), che tiene conto dell'elaborazione anglosassone; su questi temi si può leggere B.V. HARRIS, *The 'third source' of authority for government action*, in *108 Law Quarterly Review*, 1992, p. 626). La dottrina *Wednesbury* è stata, successivamente, molto influenzata dall'affermazione positiva dei diritti umani (specie da parte della CEDU), per quanto già il *common law* assicurasse – e continui a provvedere – protezione a quei diritti (sul tema, M. HUNT, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford, Hart, 1997). Razionalità e proporzionalità della decisione sono quindi fatti

differente, nordamericana.

In sintesi estrema, tuttavia, si può ritenere comune il tratto di fondo di queste teorie: a fronte di norme attributive del potere vaghe o di incerta interpretazione, così come innanzi a fatti materiali suscettibili di apprezzamento, non si avrà decisione discrezionale se le incertezze possono essere risolte sulla base dell'ordinamento vigente ed, al contrario, essa sarà presente laddove anche utilizzando le miglior tecniche interpretative delle norme ed accertative dei fatti, residuino una pluralità di alternative accettabili; in tal caso, l'autorità, proprio per la sua posizione e ruolo istituzionale, potrà sceglierne una in modo libero ed insindacabile da parte del giudice.

Una simile spiegazione - per quanto largamente maggioritaria nelle letterature giuridiche del mondo occidentale - è compatibile con l'idea di legalità del potere solo se ci si contenta di considerare legale il potere che la legge assegna all'ente, trascurando interamente il fatto che il precetto dell'ordinamento sia limitato alla previsione del potere, lasciando l'autorità interamente arbitra del suo contenuto a fronte della possibilità di scegliere tra alternative che non contrastano con la legge. Occorre certamente tenere conto del fatto che la procedimentalizzazione dell'azione amministrativa e la diffusione di disposizioni contenenti principi, hanno limitato le scelte ammissibili ed aperto limitati spazi di sindacato. Tuttavia, la sostanza resta: la scelta dell'amministrazione è libera tra alternative lecite ed il diritto tace intorno ad essa.

oggetto di scrutinio con particolare incidenza della protezione dei diritti individuali (sul punto, R. CLAYTON, *Regaining a sense of proportion: the Human Rights Act and the proportionality principle*, in *European human rights law review*, 5, 2001, p. 504; D. FELDMAN, *Proportionality and the Human Rights Act 1998*, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ed. by E. Ellis, Oxford, Hart, 1999, p. 117, nonché P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., da p. 562 a p. 628); il limite al sindacato giudiziario è dato dall'impossibilità di «substitute their choice as to how the discretion ought to have been exercised for that of the administrative authority» (P. CRAIG, *Administrative law*, cit., 609), come ben esemplificato da *Cambridge Health Authority* (R. vs. Cambridge Health Authority, ex p. B [1995] 1 WLR 898 (CA), in tema di valutazione discrezionale relativa all'allocazione di risorse nelle strutture sanitarie ed obbligo di cure mediche; ma, in senso diverso, si veda R v East Sussex County Council, Ex p Tandy [1998] AC 714; in *Tandy* - caso relativo al dovere di impartire istruzione anche ad un bambino gravemente malato, al quale era stato negato il servizio per ragioni di costi); tuttavia, anche il sindacato di ragionevolezza e quello di proporzionalità, poggiando tra l'altro sulla Cedu, si sono andati estendendo, sicché il limite classico di non sostituzione (simile al nostro concetto di merito insindacabile) si è andato trasformando - così come l'interpretazione di *Wednesbury*: cfr. tra gli altri, J. JOWELL, A. LESTER, *Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*, in *Public law*, 1988, p. 365 e, sul progressivo estendersi dell'area sindacabile alla luce di proporzionalità, buona fede e ragionevolezza, di nuovo P. CRAIG, *op. ult. cit.*, da p. 632).

L'atteggiamento della letteratura inglese è ancora più netto nell'ammettere che la decisione discrezionale contraddice la natura legale del potere: «it used to be thought to be classical constitutional doctrine that wide discretionary power was incompatible with the rule of law» e, tuttavia, la considera inevitabile, giacché «modern government demands discretionary power which are as wide as they are numerous»²⁸; la generale *deference* con la quale la giurisprudenza britannica guarda alle decisioni dell'esecutivo, limita ai minimi termini l'ambito del sindacato giurisdizionale. Proprio in ordine a quest'ultimo profilo, invece, l'affermazione dell'*hard look doctrine* negli Stati Uniti - accompagnandosi con una diversa concezione dello Stato e differente organizzazione politica del potere²⁹ - ha determinato un radicale ampliamento della revisione giurisdizionale delle decisioni discrezionali, influenzando anche la sostanza della ricostruzione del relativo potere.

4.2. L'idea che la decisione discrezionale sia il frutto di autonomia o di una volizione è tipica della dottrina italiana³⁰ e si collega con la non breve influenza dell'istituzionalismo romaniano; si tratta di una spiegazione che è largamente penetrata nelle culture giuridiche di lingua spagnola, miscelandosi con la teoria dominante dell'agire discrezionale d'ascendenza tedesca.

La spiegazione in questione sembra affondare - più o meno consapevolmente - le sue radici in quella giusnaturalista del problema della sovranità: quest'ultima, affermando l'eguaglianza di tutti i soggetti innanzi alla legge, avverte il bisogno di distinguere dagli altri il soggetto pubblico, intestato della sovranità. Alla sovranità si contrappone, come carattere dei soggetti tra loro eguali, la libertà della volontà, che sarebbe il *proprium* del soggetto privato. Mentre la sovranità come costruzione giuridica serve primariamente a sottrarre all'arbitrio l'esercizio dell'autorità, imbrigliandolo nelle maglie del diritto, il dogma della volontà dell'individuo - ognuno uguale rispetto al diritto - presuppone non solo l'astrazione d'individui liberi di determinarsi, ma anche la sottrazione di quella volizione al diritto legale: essa, semmai, genererà rapporti giuridici, disciplinati dal diritto primariamente con la protezione del consenso raggiunto nell'esercizio della volontà.

²⁸ W. WADE, C. FORSYTH, *Administrative Law*, cit., p. 343.

²⁹ Per un'interessante ricostruzione E.C. IP, *Taking a 'Hard Look' at 'Irrationality': Substantive Review of Administrative Discretion in the US and UK Supreme Courts*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. XXXIV, 2014, p. 481.

³⁰ Si tratta, come noto, della posizione largamente sostenuta dalla dottrina e seguita dalla giurisprudenza, sicché dare conto della letteratura in argomento al lettore italiano è sostanzialmente inutile. Per una ricognizione profonda ed affidabile, M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, cit.

Non sorprende che l'area di determinazione (dell'interesse pubblico ed in generale della fattispecie concreta) non disciplinata dalle norme dettate dall'autorità sia fatta coincidere con l'esercizio della volontà del soggetto agente, stante che l'imputazione degli effetti alla persona giuridica pubblica e la stessa teoria dell'organo agente sono intrinseci del rilievo della volontà e la struttura dell'atto di decisione (il provvedimento amministrativo) è modellata sul negozio giuridico. Ciò che appare, insomma, è che secondo quest'impostazione classica, non appena cessi il limite dettato dalle disposizioni espresse dell'ordinamento obiettivo, la persona giuridica pubblica sia libera di volere; tuttavia, poiché il suo volere si esprime per atti autoritari assai più coercitivi rispetto alla pur enfatica idea che la volontà privatistica, attraverso il negozio, divenga "legge tra le parti", non di libertà sembrerà corretto parlare, ma di volontà espressa in ambito discrezionale.

La discrezionalità, quindi, è volizione dell'autorità circa il contenuto dell'interesse pubblico e la sua composizione con quelli privati che vengano in rilievo in relazione alla fattispecie legale. Non si tratta di un'ambito privo di rilevanza giuridica - sono noti i termini della polemica con la ricostruzione mortatiana³¹ - e, tuttavia, essa è consegnata sostanzialmente alla volizione circa l'interesse pubblico, sindacabile solo nei casi di estrema irragionevolezza ed errore.

La disciplina legale del potere è ricostruita in modo tradizionalmente positivista, sicché in assenza del precetto puntuale della legge, è la volizione dell'autorità ad integrarlo. Anche in questo caso, quindi, la legalità lascia spazio ad una determinazione di puro potere.

Ad esiti differenti solo per ragione della costruzione del concetto, giunge quella teoria³² che, distinta l'autonomia dell'amministrazione dalla sovranità (essendo questa seconda, a differenza della prima, illimitata), fonda nella prima la spiegazione della discrezionalità; l'autonomia sarebbe la regola di relazione tra soggetti (profilo soggettivo) e tra ordinamenti (profilo oggettivo); in questa seconda prospettiva, si colloca la distinzione tra ordinamenti originari e derivati, sicché i secondi non potranno contrastare con quanto ordinato dai primi e, tuttavia, saranno comunque autonomi. L'autonomia dell'ordinamento amministrativo giustificerebbe, quindi, la conclusione che il provvedimento amministrativo sia - insieme - espressione di autonomia e di autarchia, sicché produce - almeno in parte - diritto obiettivo. Non è disagevole avvertire come questo spazio di creazione di regole contraddica l'idea che gli atti dell'esecutivo siano pre-determinati dalla legge.

4.3. Tutte le spiegazioni della discrezionalità generalmente accettate, per quanto se ne sia persa l'idea, affondano le loro radici nella sovranità: quest'ultima

³¹ C. MORTATI, *op. ult. cit.*

³² S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, *cit.*

è assunta come generale capacità di agire di diritto pubblico spettante all'autorità, sicché al di fuori del perimetro disciplinato dalle norme essa emerge e riempie lo spazio risultante (con la scelta o la volizione che sia). Poiché il normativismo assegna all'ordinamento la sovranità, queste spiegazioni appaiono inadeguate al normativista. Emerge, quindi, un terzo chiarimento circa il tema, che sussume il fenomeno del potere discrezionale nella determinazione della norma incerta. L'amministrazione, esercitando il potere discrezionale, non farebbe che interpretare la norma di legge, come ogni operatore giuridico e, in particolare, applicando gli strumenti dell'ermeneutica, rimuovere le incertezze circa il suo contenuto ed integrare il precetto attraverso il ricorso ai principi ed al sistema ordinamentale. Poiché la discrezionalità è operazione interpretativa, essa può essere ripetuta dal giudice.

Quest'interpretazione esclude che la discrezionalità contenga una porzione di scelta o volizione incontrollabile che fa emergere il contenuto di violenza della decisione. Tuttavia, non spiega adeguatamente come possa risolversi il caso in cui la legge espressamente consegna all'amministrazione il potere di scelta tra alternative, né come si elegga un'interpretazione a scapito di un'altra quando entrambe sono corrette secondo il diritto e la logica, né alla luce di quale parametro vengano selezionati e ponderati i fatti, né, infine (ed è quel che più conta) come si assegni un significato univoco all'enunciato «interesse pubblico». Poiché esistono casi in cui la legge prevede alternative, consente una pluralità di interpretazioni corrette, disegna la fattispecie includendovi fatti indeterminati e, comunque, sempre consegna all'amministrazione un potere perché sia perseguito un interesse pubblico, il contenuto di violenza (o puro esercizio di potere) che caratterizza le altre spiegazioni si trasferisce sull'operazione interpretativa; poiché essa è interamente ripetibile da parte del giudice, la conseguenza è che la sua sentenza finirà per assumere il medesimo carattere.

5. *Nóμος*: Stato di diritto e decisione

Tutte queste spiegazioni nascondono una decisione incontrollata, ove vengano sfrondate degli aspetti inutili o solo ottativi. Si conta di rendere chiara quest'affermazione identificando gli strumenti attraverso i quali le diverse teorie spiegano come lo spazio di decisione incontrollata venga risolto. Tuttavia, prima di procedere in questa direzione, è necessario identificare un contenuto minimo di Stato di diritto.

Poiché s'intende porre in luce come lo Stato di diritto sia contraddetto dalle spiegazioni correnti circa la discrezionalità e, quindi, chiarire che la de-

cisione amministrativa contiene una molto significativa dimensione di esercizio di potere incontrollabile, non fondato su basi legali e, quindi, ultimativamente, violento, sarà necessario individuare - sia pure per tratti minimi - l'altro referente concettuale di questo ragionamento, vale a dire quello dello Stato di diritto.

Senza questo chiarimento, non sarà possibile trarre la conclusione che si è anticipata in avvio di discorso, vale a dire che l'opinione circa la natura legale del potere dell'amministrazione pubblica non è fondata e che ciò è destinato a valere nella normalità dei casi, non solo nelle ipotesi eccezionali, limitate o estreme nelle quali emerge la dimensione di violenza del puro potere non regolato dal diritto.

5.1. Come s'è anticipato, non è agevole fornire una definizione esauritiva di Stato di diritto, giacché si tratta di un concetto giuridico fortemente condizionato dalla sua evoluzione storica, legato «a progetti e a conflitti politico-giuridici, congenitamente polisensu, sovraccarica di valori, ideologicamente pregnante»³³ - come, del resto, quasi tutte le nozioni di tipo generale.

In termini estremamente generali - e propri di tutta la civiltà giuridica occidentale - lo Stato di diritto³⁴ si oppone a quello in cui governa una volontà soggettiva (e, quindi, arbitraria) sicché, nel suo operare, si ispira al principio di legalità. La legge garantirebbe dall'arbitrio perché generale ed astratta, sicché si avrebbero uguaglianza di trattamento e certezza del diritto, idonee garanzie di libertà. Non è possibile nemmeno impostare la discussione su un tema così generale, né formulare le molte ragioni di perplessità che la speranza del governo delle leggi anziché degli uomini porta con sé ovvero sono concretamente smentite negli ordinamenti vigenti; allo stesso modo non v'è spazio per dire delle ragioni a sostegno di questa perdurante pretesa - che al presente informa le concezioni giuridiche³⁵, tra l'altro, dell'autorità europea³⁶.

³³ P. COSTA, D. ZOLO, *Premessa*, in *Lo stato di diritto*, a cura di P. Costa, D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 5.

³⁴ Per una definizione problematica del concetto, di recente, A. PINTORE, *Stato di diritto*, in *Dizionario del liberalismo*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2011.

³⁵ Principalmente, J.G.A. POCCOCK, *The History of Political Thought: a methodological Inquiry*, in *Philosophy, Politics and Society*, series II, Oxford, Blackwell, 1962, p. 183; ID., *Politics, Language & Time, Essays on Political Thought and History*, London, The University of Chicago Press, 1971, ID., *The Machiavellian Moment, The Florentine Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1975, Q. SKINNER, *The Republican Ideal of political liberty*, in *Machiavelli and Republicanism*, ed. by G. Bock, Q. Skinner, M. Viroli, 1990, Cambridge, Cambridge University Press, p. 293, ID., *Liberty before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

³⁶ Oltre alla giurisprudenza comunitaria, basterà la lettura della Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato*

Basterà limitarsi ai tratti del tema che sono rilevanti per il nostro ragionamento, collocando il problema nella linea di alcune prospettive d'osservazione.

La questione dello Stato di diritto può essere osservata dal punto di vista dell'intrinseca limitazione del potere, che dalla seconda metà del Novecento tende a coincidere con il costituzionalismo. Nella prospettiva del costituzionalismo "politico"³⁷, lo Stato di diritto consiste nella limitazione del potere esecutivo da parte della legislazione del Parlamento, organo eletto democraticamente e, pertanto, unica espressione dello Stato a ciò legittimata; in quella del costituzionalismo strettamente "giuridico"³⁸, invece, i suoi tratti sono dati dalla sindacabilità degli atti di potere (compresa la legislazione) e della loro limitazione, dal riconoscimento dei diritti fondamentali. È chiaro che si sta ricorrendo a semplificazioni e schematizzazioni; sarà necessario, ad esempio, distinguere le tradizioni continentali (che tendono a far coincidere il diritto con la legislazione) e quelle di *common law* (che negano una simile riduzione del diritto obiettivo). Tuttavia, in estrema sintesi, se ne trae l'indicazione per la quale l'autorità amministrativa potrà legittimamente assumere provvedimenti unilaterali solo nell'ambito delle previsioni di legge, nel limite della protezione dei diritti effettivamente garantiti e purché siano sindacabili in sede giudiziaria.

Da altro punto di vista, si può guardare all'idea di Stato di diritto in relazione alle funzioni cui assolve nell'ordinamento e questo aspetto condiziona largamente il concetto. Al suo sorgere, l'idea di Stato di diritto ebbe la funzione di limitare l'ambito d'azione del potere sovrano (compreso, con evocazione aristotelica³⁹, quello popolare), basandosi sulla distinzione tra ordine politico e sociale attraverso il filtro della rappresentanza parlamentare; molto rapidamente, tuttavia, questa funzione di limitazione dell'ordine politico e del potere in genere si perse, per trasformarsi - germanizzandosi⁴⁰ nel concetto di *Rechtsstaat* - in quella di pretendere il fondamento dei poteri pubblici nella legge e, quindi, coincidere

di diritto, COM/2014/0158. Per la riflessione sulla giurisprudenza della Corte europea, J. CHEVALLIER, *L'État post-modern*, Paris, LGDJ, 2003, p. 153.

³⁷ Per il concetto, la discussione delle idee ed i necessari riferimenti bibliografici, M. BARBERIS, *Possono governare le leggi? Il dilemma del Rule of Law*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino, V. Villa, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 15.

³⁸ Per il concetto ed i riferimenti, ID., *Possono governare le leggi? Il dilemma del Rule of Law*, *loc. ult. cit.*

³⁹ ARISTOTELE, *Politica*, IV, 4, 1292a, in particolare, la critica alla demagogia («Ragionevole, quindi, sembrerebbe la censura di chi afferma che tale democrazia non è una costituzione, perché dove le leggi non imperano non c'è costituzione. Bisogna, infatti, che la legge regoli tutto "in generale" e i magistrati in particolare: ecco quel che si deve ritenere una costituzione. Di conseguenza, se la democrazia è una delle forme di costituzione, è evidente che un sistema come questo in cui tutto viene governato in forza di decisioni popolari, non è propriamente democrazia, perché non è possibile che una decisione dell'assemblea abbia valore generale»).

⁴⁰ Per i riferimenti, R. BIN, *Rule of Law e ideologie*, *cit.*, p. 37.

con l'affermazione del principio di legalità nei confronti del potere esecutivo⁴¹. In questa seconda funzione, lo Stato di diritto si salda con l'idea di legalità formale, sicché - non potendosi ammettere limitazioni in capo allo Stato, pena contraddirne la sovranità - i diritti individuali e l'autonomia della società sono consegnati all'autolimitazione⁴² del potere attraverso la legge. La legge formale, vale a dire approvata con procedure legali indipendentemente dal suo contenuto⁴³, fonda e limita il potere dell'autorità amministrativa. A conclusioni non diverse si arriva attraverso l'idea di *État légal*⁴⁴.

Il profilo della funzione cui assolve la nozione di Stato di diritto consente un agevole collegamento con un altro profilo che ne condiziona significativamente il concetto, vale a dire quello della sua relazione con la democrazia ovvero con la realizzazione di un ordine "giusto". Si tratta di una discussione molto vivace in ambito nordamericano⁴⁵ - sicché risente della declinazione del problema nel concetto, significativamente differente, di *Rule of law*. Il formalismo tipico della soluzione europea tradizionale è accolto da quelle teorie che considerano lo Stato di diritto come limite all'uso arbitrario del potere, senza che ciò escluda che quest'ultimo possa essere esercitato "ingiustamente", sicché lo Stato di diritto deve essere tenuto distinto dalla democrazia e dall'idea di giustizia sociale, in modo da non confondere il concetto con il fine. Ciò non esclude ch'esso possa assolvere ad una funzione positiva nella prospettiva del progresso sociale, pur restando un *negative value*, non implicando necessariamente un catalogo di diritti o una certa idea di società "giusta"⁴⁶. Tra quest'idea e quella opposta si collocano molte letture intermedie, che mostrano come tratto comune quello di

⁴¹ J. STAHL, *Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts*, Heidelberg, Mhor, 1856, p. 138. In merito, comunque, G. DIETZE, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, in *Theory and Politics/Theorie und Politik*, a cura di K. von Beyme, Springer, Dordrecht, 1971, p. 526, BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt a. M., Europäische Verl, 1969, p. 56 e K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr, 1997, p. 263. In Italia, P. COSTA, *Lo Stato di diritto*, cit.

⁴² Nella prospettiva dello Stato di diritto d'impianto ottocentesco, G. GOZZI, *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in *Lo stato di diritto*, cit., p. 260 e A. LAQUIÈZE, *État de droit e sovranità nazionale in Francia*, in *Lo stato di diritto*, cit., p. 284.

⁴³ J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, da p. 212.

⁴⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, vol. I, Paris, Sirey, 1920, p. 490.

⁴⁵ B.Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

⁴⁶ L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964 (trad. it., Milano, Giuffrè, 1986); J. RATZ, *op. ult. cit.*, L.H. HART, *The concept of Law*, Oxford, Clarendon Law Series, 1961, (trad. it., Torino, Einaudi, 2002), 241. Si potrà vedere anche R. DWORKIN, *Philosophy, Morality, and Law - Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 113, 1964-1965, p. 668.

ritenere necessaria una giustificazione delle norme giuridiche⁴⁷, senza tuttavia sostituire l'idea di giustizia⁴⁸ a quella di legalità. All'estremo opposto si collocano quelle teorie per le quali non v'è *Rule of law* senza fondazione della legge in una teoria della giustizia o dei diritti (notissimo, in questo senso, l'approccio di Dworkin⁴⁹ ove si distingue tra *Rule-book conception* e *Rights conception* della *Rule of Law*⁵⁰, sicché nella seconda è decisiva la giustizia sostanziale dell'atto prodotto dal potere pubblico), sia pure con profonde differenziazioni relativamente all'identificazione dei diritti che debbono fondare lo Stato di diritto⁵¹.

⁴⁷ Particolarmente nota è l'idea di J. WALDRON, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, in *Ratio Juris*, vol. II, 1989, p. 79 (successivamente, ID., *The Rule of Law as a Theater of Debate*, in *Dworkin and his Critics: with Replies by Dworkin*, ed. by J. Burley, Malden, MA, Blackwell, 2004, p. 319), ove si criticano le teorie tradizionali e si afferma la necessità che la legge poggi sul rispetto dell'autonomia dei consociati, sicché «The rule of law requires us to prefigure in our means some of the main features of the just society we are striving towards» (p. 94). In argomento anche P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, in *Public Law*, 1997, p. 486.

⁴⁸ Per una ricostruzione in questo senso, vale a dire della funzionalizzazione delle regole alla giustizia, sembra utile rammentare U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965.

⁴⁹ R. DWORKIN, *Il ruolo politico dei giudici e il governo della legge* (1978), ora in ID., *A Matter of Principles*, Oxford, Clarendon, 1985 (trad. it. Milano, Giuffrè, 1990) e ID., *Law's empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1986 (trad. it. Milano, Giuffrè, 1989). Dworkin contrappone la comunità *de facto* (accidentale, guidata da interessi egoistici, nella quale si accettano limiti legali al solo scopo di conseguire la propria preservazione e una vita soddisfacente) a quella del "libro delle regole", nella quale gli obblighi dei consociati sono rigorosamente definiti da norme ed essi le obbediscono per il fatto di credere d'esservi obbligati in quanto siano un giusto compromesso tra valori ed interessi individuali tendenzialmente contrapposti; ad esse contrappone la comunità di principio, nella quale l'obbedienza alla legge deriva dall'intento di realizzare principi comuni, che scaturiscono non da convincimenti metafisici ma dalla pratica sociale interpretativa improntata all'integrità del diritto. Sulle questioni cui s'è accennato, comunque, G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, Il Mulino, 2012 e A. SCHIAVELLO, *Il Rule of Law secondo Ronald Dworkin: qualche osservazione critica*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, cit.

⁵⁰ R. DWORKIN, *A Matter of Principles*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 1985, da p. 11; «The rule of law...enriches democracy by adding an independent forum of principle... because the forum confirms that justice is in the end a matter of individual rights» (p. 32).

⁵¹ Una versione assai più contratta si ha in D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, a cura di D. Zolo, P. Costa, E. Santoro, Milano, Feltrinelli, 2002, giacché egli ritiene che se la concezione "formale" dello Stato di diritto perde di vista la funzione stessa del concetto, quelle "sostanziali" - intendendo lo Stato di diritto funzionale ad un'inconoscibile "società giusta" - creano cataloghi di diritti eccessivamente estesi, sicché «Il modello dello Stato di diritto non sembra avere alternative in Occidente, né sul piano teorico, né su quello politico. Proprio la crisi delle grandi ideologie...sembra raccomandare lo Stato di diritto come struttura garante di un "ordine politico minimo": capace cioè di assicurare un ordine politico stabile e, assieme, un livello accettabile di tutela dei diritti soggettivi, in particolare dei diritti civili» (p. 67).

Sembra utile, ai nostri fini, richiamare un'ulteriore e recente categorizzazione⁵² delle idee in argomento, che distingue tra teorie illuministe ed evoluzioniste. Nella prima sottolineatura lo Stato di diritto non è se non pretesa esigente circa il principio di legalità⁵³, sicché la protezione dei diritti consegue alla riduzione degli spazi di discrezionalità dell'esecutivo e dei giudicanti, divenendo pretesa circa la qualità e precisione della legislazione⁵⁴; in questa prospettiva, lo Stato di diritto assicura, attraverso la legge, la composizione (pubblica, palese e solenne) dei conflitti presenti nella società, evitando che un diritto non scritto determini incertezza e, soprattutto, garantendo - attraverso il classico ideale della rappresentanza politica - la democrazia come processo⁵⁵; secondo queste concezioni dello Stato di diritto si conseguirebbe la stabilità delle aspettative reciproche nei rapporti giuridici e la razionalità delle prescrizioni che, stabilizzandosi, assumono un carattere neutrale⁵⁶.

Si possono portare molte obiezioni a questi modi di pensare, da diversi punti di vista. Tuttavia, è significativo richiamarli perché la gran parte delle spiegazioni delle decisioni amministrative discrezionali mostra, più o meno esplicitamente, di credere a questi principi e di ritenere di prestarvi osservanza. Proprio dal fronte di alcuni critici della legislazione e dall'oggettiva impossibilità di riconoscere il rispetto di questi tratti tradizionali ed illuministici dello Stato di diritto nella realtà degli ordinamenti vigenti⁵⁷, si presenta l'idea⁵⁸ che lo stato di diritto «esige che tutte le leggi si conformino a certi principi»⁵⁹, aprendo così la via al controllo dell'interpretazione della legge formale - evidente profilo di fragilità delle tesi tradizionali, positiviste ed illuministe. Se, quindi, anche i seguaci del positivismo ricorrono a principi ordinanti non scritti, ciò non toglie che - nella loro prospettiva - non si faccia che sostituire al concetto di legge quello di ordinamento, con i suoi raccordi, gerarchie, criteri ordinanti la relazione tra norme e disciplinanti l'interpretazione.

Soprattutto nel nostro contesto europeo, il concetto di Stato di diritto

⁵² M. BARBERIS, *op. ult. cit.*

⁵³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, Laterza, 1989, p. 26-27.

⁵⁴ ID., *Diritto e ragione, cit.*, p. 107-108.

⁵⁵ J. WALDRON, *The concept and the Rule of Law*, in *Georgia Law Review*, 43, 2008/2009, p. 1; ID., *The rule of law as a theatre of debate, cit.*

⁵⁶ B. CELANO, *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, in *Neutrality and Theory of Law*, ed. by J. Ferrer, J.J. Moreso, D. Papayannis, Dordrecht, Springer, 2013; ID., *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, Torino, Giappichelli, 1990. Già prima, L. GREEN, *The authority of the state*, Oxford, Oxford University Press, 1988.

⁵⁷ F. VIOLA, *Il "Rule of Law" e il concetto di diritto*, in *Ragion pratica*, 2008, p. 151.

⁵⁸ F. VON HEYK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960.

⁵⁹ F. VON HEYK, *The Constitution of Liberty, cit.*

tende all'equivalenza con la pretesa della legalità del potere - e, quindi, dopo l'approvazione delle Costituzioni della metà del Novecento, anche della conformità della legge a Costituzione. A differenza della *Rule of Law*, nell'idea di Stato di diritto, a preesistere alla legge non è il diritto, ma lo Stato. Ne consegue che la legalità del potere è un prodotto della legge, dell'autolimitazione dello Stato per via legislativa, sicché la sovranità statale si giuridicizza attraverso la sottrazione che la legge opera rispetto ad àmbiti di libera determinazione sovrana; la dominazione si sottomette alla regola legale - moltiplicando indefinitamente il perimetro della sua capacità di dominare, fino da svelare il profilo biopolitico⁶⁰ della sua potenza: divenendo giuridicamente regolato il potere diviene indefinitamente riproducibile da funzionari e penetra in ogni àmbito della vita personale, sicché documenta, scheda, archivia, vaccina, istruisce, avvia al lavoro, amministra fatica e riposo, cura, conserva, trasporta, fa comunicare, informa, amministrando la vita fin nel più piccolo degli spazi di autonomia. Questo processo di giuridicizzazione del potere è sempre il frutto dell'intervento della regola legale a disciplinare il potere che continua ad atteggiarsi come preesistenza, come inesauribile cura sovrana dell'interesse pubblico.

La dominazione della sovranità continua ad operare per mezzo di una serie di fattori potentissimi: la legge, che si vorrebbe generale ed astratta, è pur sempre il prodotto di un corpo dello Stato (il Parlamento, per divenire in tempi recenti sostanziale appannaggio del Governo)⁶¹; "l'interesse generale" viene sostituito da quello "pubblico", vale a dire da quello assunto come tale dall'autorità; la legge viene ricostruita sempre più attraverso le visioni kelseniane della pura legalità formale, sicché il primato della legislazione è anche primazia dell'efficacia priva di collegamenti con la sostanza, prescinde dal contenuto ed involontariamente apre la via ai totalitarismi. La garanzia della legalità, quindi, appare davvero inefficace a limitare il potere se non per via del suo stesso *self restraint*, talché essa appare per lo più ottativa.

In disparte la sua ridotta effettività -che non è oggetto della nostra riflessione in questa sede- la legalità come contenuto effettivo dello Stato di diritto, si limita ad una teoria della validità (e non dell'effettività) del comando dell'autorità: tutti i poteri debbono essere sottoposti alla legge ed il prodotto dell'esercizio dell'autorità deve poter essere scrutinato in sede di controllo di legittimità⁶², nei

⁶⁰ Almeno, M. FOUCAULT, *La volonté de savoir, Histoire de la sexualité*, vol. I, Paris, Gallimard, 1976; ID., *Il faut défendre la société. Cours au collège de France 1976*, Paris, Seuil/Gallimard, 1997; ID., *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France 1978-1979*, Paris, Seuil, 2004.

⁶¹ G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, XI/XII, 1982/1983, vol. II, p. 1027.

⁶² S. FOIS, *Legalità (principi di)*, in *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 383.

limiti del quale il comando continua ad essere efficace. Inoltre, in questa prospettiva, la legalità riguarda essenzialmente il potere dell'amministrazione, stante che nei confronti della funzione legislativa e di quella giudiziaria il problema semplicemente non si pone: il che val quanto dire che non vi sono diritti opponibili al potere legislativo che, quindi, ha la possibilità di travolgerli. Una volta che vi siano diritti costituzionalmente garantiti come fondamentali, anche la legislazione incontrerà alcuni limiti e, tuttavia, il problema resta quello dell'idea che solo la legge - e non il diritto - possa limitare il potere; lo stesso statuto finirà per valere per le norme costituzionali che garantiscono diritti fondamentali, sicché al di fuori di esse la legge resterà libera nei confronti delle pretese degli individui e le stesse disposizioni costituzionali potranno essere interpretate, disciplinate quanto alle modalità di godimento del diritto (che è quindi, comprimibile fino ad un suo contenuto minimo). Anche la garanzia di legalità costituzionale della legislazione, costruita secondo le categorie dello Stato di diritto, si limita ad una traduzione del concetto di legalità nei confronti della legge: essa deve essere adottata secondo procedure predefinite e dall'organo competente, non è libera nel fine, è sindacabile; nella sostanza, la decisione circa la legge diviene discrezionale⁶³, ponendosi gli stessi problemi che la discrezionalità amministrativa presenta nel rapporto con la legalità del potere. Tutto ciò trascurando per un istante i problemi dell'interpretazione della Costituzione -che sembra porre problemi non inferiori a quella del testo legislativo -, dell'affermarsi di fonti sovranazionali, della regolazione e della *soft law*, del declino della qualità della legislazione ed altri ancora.

Il punto centrale della questione, almeno a mia opinione, resta quello dell'affermazione della priorità del potere e della sovranità dell'autorità rispetto alla sua giuridicizzazione attraverso la legge o la Costituzione. Sul punto si dovrà tornare nell'argomento conclusivo, dedicato al capovolgimento delle categorie tradizionali come possibile (non esaustiva) soluzione del tema.

Resta da dire della differenza tra *Rule of Law* e Stato di diritto, giacché essa sembra tornare utile alle conclusioni che si vogliono trarre. La definizione dei concetti di *Rule of Law* e Stato di diritto non è l'obiettivo di queste pagine, sicché non si potrà che dire molto brevemente ed al solo scopo di annotare elementi utili al nostro ragionamento, trascurando il resto. È quasi ovvio che anche in ordine al *Rule of Law* si presentino una serie consistente di spiegazioni, tra loro anche significativamente differenti; queste differenze presentano motivi di notevole interesse, ai quali non si può dedicare nemmeno un cenno⁶⁴. Quel che qui

⁶³ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano, Giuffrè, 1970.

⁶⁴ Se ne veda la ricostruzione in M. BARBERIS, *op. ult. cit.* e G. PALOMBELLA, *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il rule of law*, *ivi*, p. 62.

interessa del *Rule of Law* è ch'esso denomina - almeno nelle sue concezioni più risalenti, pur tutt'ora professate ed applicate dalle Corti - una limitazione originaria del potere, pur legittimamente esercitato⁶⁵.

Anche se importanti versioni del *Rule of Law* alludono al solo principio di legalità - ad un "*Rule of Law as a Law of Rules*" -, alla certezza del diritto legale scritto, alla proceduralizzazione dell'esercizio del potere e, quindi, alla legalità formale, è innegabile che con *Rule of Law* si alluda non solo alla *Rule by Law*, ma anche alla limitazione del potere - compreso quello di dettare comandi legali- ed alla primazia del "diritto" rispetto alla legge, al potere dell'autorità o delle forze sociali - dal che l'ampia discussione circa gli elementi essenziali che necessitano perché si possa parlare di "diritto"⁶⁶. In questa prospettiva, il *Rule of Law* appare decisivo non solo perché postula l'esistenza di un diritto esistente indipendentemente dal potere (da qualunque potere, anche sociale o internazionale) ma - soprattutto - perché sradica l'idea della natura originaria del potere, dal quale il diritto origina come limitazione legale, che è, invece, tipica della tradizione europea. Il potere, nella prospettiva del *Rule of Law* che qui s'intende richiamare, è autorizzato a servirsi del diritto, a porre in essere il diritto legale ed il comando autoritario con esso coerente e, tuttavia, deve prestare ossequio ad altra "parte" del diritto - che di recente⁶⁷ s'è indicata richiamandosi alla *jurisdictio* - che limita la dominazione dell'autorità e, anzi, si configura come sottrazione alla dominazione stessa.

6. Εκλέγειν e βία. Insufficienza delle spiegazioni correnti a rendere compatibile decisione e Stato di diritto.

6.1. Occorre ora soffermarsi sui tratti dei due elementi del problema.

La decisione (*Εκλέγειν*) discrezionale dell'amministrazione pubblica, secondo le spiegazioni prevalenti nella dottrina internazionale, è caratterizzata dalla scelta dell'autorità intorno ad alternative lecite, ovvero alla volizione di un determinato assetto degli interessi intorno a quello individuato come pubblico; si tratta di decisioni solo molto limitatamente sindacabili. Nella sostanza, a fronte della sovranità dello Stato (o dell'autorità comunque denominata) e, quindi, della natura originaria ed inesauribile della sua capacità giuridica di diritto pubblico,

⁶⁵ B.Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law. History, Politics and Theory*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 2004, utilissimo per la ricostruzione delle idee - pur sostenendone una visione più limitata.

⁶⁶ Di nuovo, per una compiuta ricostruzione in lingua italiana, M. BARBERIS, *op. ult. cit.* e G. PALOMBELLA, *op. ult. cit.*

⁶⁷ G. PALOMBELLA, *op. ult. cit.*, sia pure con il limite dell'avvicinarla alle carte internazionali dei diritti e, quindi, di costruirne una positivizzazione.

l'ordine legale disciplina, limita, proceduralizza, assegna diritti e garantisce posizioni soggettive; tuttavia, ogniqualvolta il diritto sia vago e non riducibile a certezza attraverso l'ermeneutica più sofisticata così come a fronte del fatto complesso oggetto di apprezzamento, sarà l'amministrazione - esercitando discrezionalità amministrativa - a definire la regola in concreto. A queste idee molto consolidate, sembra potersi aggiungere qualche elemento: anzitutto, l'interesse pubblico - necessariamente parte di ogni fattispecie che intesta l'amministrazione di potere unilaterale -, proprio per ragione dell'essere definito (in quanto "pubblico" e non "generale") dal soggetto pubblico che l'amministra, costituisce una riserva inesauribile di giudizi discrezionali in capo all'autorità; secondariamente, la necessità di ricostruire la fattispecie nella sua interezza - e, quindi, comprensiva delle regole procedurali d'esercizio del potere (non di rado rappresentate da principi) e di essere (sempre) composta anche di principi generali in potenziale tensione tra loro - se per un lato riduce le alternative lecite praticabili, per l'altro rende quasi ineliminabile la presenza di una (ancorché molto ridotta) pluralità di decisioni lecite (da un punto di vista legale, legittime).

La decisione discrezionale frutto di una scelta non governata da regole legali è, quindi, il modo di agire tipico dell'autorità; anche ammettendo che esistano atti vincolati, questi ultimi s'inseriscono in un ambiente largamente caratterizzato da decisioni discrezionali e la tipizzazione di atti facilmente ripetibili ed a bassa intensità di valutazione opinabile (che altri ritengono esser atti vincolati) appare piuttosto uno strumento di normalizzazione sociale potenzialmente pericoloso, perché diretto a modellare comportamenti e qualità attraverso la replicabilità di decisioni di potere standardizzate.

Dall'altro lato, l'idea di Stato di diritto - pur oggetto di spiegazioni cangianti nel tempo, molto articolate e soggette a discussioni - pretende che il potere amministrativo sia esercitato sulla base di comandi costituzionali e legali certi, contenuto nel loro ambito e suscettibile di revisione e sindacato. Si oppone il *vóμος* all'arbitrio ed alla violenza (*βία*) e si vorrebbe che il diritto legale legittimi e disciplini l'atto dell'autorità.

Nella relazione tra i due termini del problema, è quasi unanime in dottrina (ed ancor più nella giurisprudenza non solo nazionale) l'idea che la decisione discrezionale debba rispettare i canoni dello Stato di diritto.

6.2. Sembra difficile non accorgersi del fatto che la convinzione diffusa e tradizionale nasconde, invece, la strutturale arbitrarietà della decisione amministrativa resa secondo legge e considerata legittima secondo il nostro ordinamento. *βία* è carattere della decisione amministrativa non meno del rispetto del *vóμος*.

Non è troppo disagiata mostrarne le ragioni, passando brevemente in

rassegna le spiegazioni che si danno del problema, nel tentativo di riempire lo spazio di decisione arbitraria lasciato dalla legge.

Naturalmente, anche in quest'esercizio appare necessario ricorrere a sintesi e semplificazioni, stante la complessità dei temi che saranno accennati e la vastissima letteratura che li riguarda. Per ragioni di sintesi si ridurranno gli argomenti a sette, concentrando su di essi l'attenzione e rinunciando fin da ora a ripercorrere le vaste discussioni che si agitano intorno a ciascuno di essi e fin anche a dare riferimenti di letteratura (essendo così vasta da sconsigliare di scegliere tra diverse versioni del concetto ovvero tra differenti autori).

6.3. Anzitutto, con maggiore coerenza con le speranze che animano l'idea di Stato di diritto, s'ipotizza di superare la natura arbitraria (e, quindi, violenta) della decisione discrezionale attraverso l'ermeneutica. Si tratta di una soluzione molto seria e profondamente condotta e, tuttavia, non è questa la sede per una sua compiuta ricostruzione⁶⁸. V'è un dato significativo in questa spiegazione - che conviene annotare - giacché essa conduce con sé il superamento della sovranità dello Stato (o dell'autorità, quale ch'essa sia) - sia pure a favore di quella dell'ordinamento, con tutte le debolezze che quest'assunto conduce con sé, come da tempo mostrato da più parti.

Tuttavia, almeno a mio modo di vedere, essa non supera un'obiezione fondamentale: la scelta in capo a chi decide (o l'espressione di volontà in ordine al contenuto dell'interesse pubblico, se si preferisce) è esclusa dalla legge, a fronte della sua interpretazione più corretta, della ricostruzione più completa dell'ordinamento, della gestione adeguata delle clausole generali, dell'analogia e degli altri strumenti di coordinamento interni all'ordinamento, del disvelamento dei percorsi logici e della precomprensione, dell'uso adeguato del circolo ermeneutico e così via, ed allora non c'è alcuna discrezionalità e la risposta è inutile; ovvero, se anche a fronte dell'utilizzazione dei migliori strumenti ermeneutici e della più completa ricostruzione del fatto alla luce dei diversi saperi che lo riguardano, residuano più soluzioni lecite, questa spiegazione non fa che sostituire alla scelta dell'amministrazione non controllata dal diritto, quella del giudice - risolvendosi in un ancor minore grado di garanzia (come per certi versi mostra il dibattito nordamericano in argomento)⁶⁹.

6.4. La spiegazione più diffusa nella nostra letteratura nazionale è diretta a completare l'idea - ormai classica - della decisione discrezionale come volizione circa l'assetto degli interessi. In questa prospettiva, si cerca la risposta nella ponderazione degli interessi in relazione a quello pubblico, proponendone una sorta

⁶⁸ Basterà rinviare a S. FOIS, *op. ult. cit.*

⁶⁹ G. PALOMBELLA, *op. ult. cit.*

di misurazione e pesatura⁷⁰ - quasi fossero beni *quae pondere, numero, mensura consistunt* - ovvero attraverso la predeterminazione dell'interesse⁷¹. Anche in questo caso, si deve osservare che si tratta di teorie molto serie e profondamente argomentate, che qui non possono essere compiutamente discusse.

Tuttavia, a mio modo d'intendere, delle due l'una: o l'interesse pubblico è definito dalla legge e così il peso reciproco degli interessi - e non mi risulta che ciò avvenga con una qualche frequenza - ed allora non c'è decisione, ma solo applicazione, quasi algebrica; ovvero la ponderazione è attribuzione di significato al pubblico interesse (ed a quelli restanti che con esso si confrontano) da parte dell'unico soggetto deputato alla sua determinazione (l'autorità, appunto, pubblica): si tratta di un'operazione di integrazione della norma e completamento della fattispecie su basi del tutto extralegali, sicché l'amministrazione decide (con un atto di volontà) in cosa consista l'interesse pubblico e com'esso si compendi con altri interessi tutelati. In altri termini, sia la definizione dell'elemento ordinante (il pubblico interesse) che di quelli coordinati (i restanti interessi protetti dall'ordinamento), così come le loro relazioni reciproche è frutto di arbitrio, non disciplinato dall'ordinamento.

6.5. Muovendosi più dichiaratamente nella direzione dell'eterointegrazione dell'ordinamento, v'è chi ricorre ai principi come precipitato dei valori, ovvero direttamente ai valori intesi essi stessi come norma. Si tratta di un percorso che ho ritenuto di seguire in passato, convinto dei suoi profondissimi argomenti che in questa sede non serve ripercorrere.

Tuttavia, restando nel perimetro del problema della definizione del contenuto assente nella norma di legge, nell'ambito del quale si esercita discrezionalità (ovvero, spostandosi di piano, nella medesima relazione tra Costituzione e legge), il ricorso ai principi (intesi non come norma, ma sintesi di valori) o ai valori (intesi come norme, sia pure non giuridiche)⁷², non sembra risolutivo.

In alcune proposte, infatti, essi sono presentati come norme vaghe o clausole generali da interpretare, con il risultato di ricadere nella medesima obiezione mossa alle spiegazioni ermeneutiche. In altri casi, si opera il rinvio a regole extralegali.

In quest'ultima ipotesi - a prescindere dalla loro compatibilità con lo Stato di diritto, che appare molto problematica - si ritorna nell'obiezione già posta: o principi e valori consentono di fornire una sola soluzione valida, ed allora non

⁷⁰ Anche di recente, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁷¹ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit.

⁷² L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, p. 5; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, *ivi*, p. 21; ID., *Problema e sistema nel danno da pro-dotti*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 97.

v'è decisione discrezionale - il che, peraltro, pare poco probabile, stante la natura elastica delle regole cui si fa ricorso - ovvero il bilanciamento tra valori (o principi) in conflitto tendenziale è oggetto di una scelta arbitraria dell'autorità (ovvero, se ritenuti regole giuridiche, del giudice).

Tutto ciò in disparte il ben noto problema della tendenziale "tirannia dei valori" - che tendono alla massimizzazione della loro applicazione a scapito di quelli antagonisti eppur protetti dall'ordinamento⁷³.

In questa prospettiva, pur con le dovute precisazioni, sembra potersi porre anche il cosiddetto neo-costituzionalismo⁷⁴ - che pure non si presenta come una teoria del potere discrezionale. Pur fondando la sua ricostruzione su alcuni principi (o valori) costituzionali e su un determinato atteggiamento interpretativo, questa spiegazione è poi costretta, per superare alcune delle obiezioni prima sinteticamente indicate, a creare un catalogo di principi o diritti fondanti, con operazione certamente seria - per quanto non esente da critiche⁷⁵ - dal punto di vista filosofico ma che, per il giurista positivo, si presenta come affermazione di priorità di regole con la stessa forza formale di altre cui viene assegnato un più ridotto significato. Peraltro, la creazione di cataloghi di regole, principi o valori "ontologicamente" necessari perché possa darsi un ordinamento, affermarsi la natura giuridica del diritto o simili è questione molto discussa nella letteratura nordamericana e ciò che è certo è che vi sia disaccordo sia in ordine al contenuto di queste regole, al loro elenco ed alla stessa loro necessità.

6.6. La principale spiegazione della libertà di decisione intrinseca nell'esercizio di potere discrezionale è data dalla legittimazione dell'autore della decisione. Questa spiegazione si distingue in due atteggiamenti principali, l'uno dato dall'attribuzione del potere in base alla legge, l'altra dalla legittimazione democratica dell'autorità - in passato, a questa spiegazione, possono essere assimilate quelle organicistiche tedesche ovvero quelle analoghe basate su altri criteri.

6.6.1. La prima delle due declinazioni cerca di presentarsi come coerente con i principi minimi dello Stato di diritto: la legge intesta l'organo del potere, sicché esso opera in osservanza della legge. Ovviamente, si tratta di una giustificazione minima, giacché si limita a spiegare l'intestazione del potere (o della capacità di agire) in capo all'organo, nell'ambito della più ampia capacità giuridica

⁷³ C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979 (poi in trad. it. Milano, Adelphi, 2008).

⁷⁴ Il neocostituzionalismo è un movimento complesso, che pone problemi definitori, sicché non v'è spazio per discuterne le diverse definizioni. Basterà il rinvio ad A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2003, 3, da p. 37, che esordisce esattamente osservando come «Il termine 'neocostituzionalismo' denota un'atmosfera culturale più che una concezione del diritto unitaria, coerente e ben strutturata».

⁷⁵ L. MENGONI, *op. ult. cit.*

dell'ente (e, quindi, fondandosi nella sovranità dell'autorità).

Alla luce di questa spiegazione, il risultato è che l'autorità indicata dalla legge, agendo al ricorrere dei presupposti della fattispecie legale ed attraverso procedimenti disciplinati dalla legge, adotta un provvedimento nominato dalla legge e tipico (nei termini in cui l'interesse pubblico sia identificato espressamente dalla legge - cioè, quasi mai). Fuori da questi limiti, tutto il plesso di determinazioni discrezionali che l'organo opererà nell'esercitare quel potere saranno volizioni non governate dalla legge (e non sindacabili). Non si fatica a cogliere la difficoltà nel conciliare questo quadro con l'aspirazione dello Stato di diritto.

6.6.2. Più articolata deve essere la discussione quanto alle opinioni che ricorrono - invece - al criterio della legittimazione democratica del potere.

Vi sono almeno tre profili che conta evidenziare in via preliminare: anzitutto, queste opinioni hanno - tra gli altri - il pregio di collocare correttamente il problema del potere pubblico in quello della sovranità popolare (e, tuttavia, lo risolvono nella semplice legittimazione dell'autorità attraverso il flusso dell'indirizzo politico); in secondo luogo, quest'approccio consente di porre in luce la dimensione della legalità-indirizzo⁷⁶, sicché non si tratterebbe di conseguire il mero agire degli organi amministrativi non in contrasto con la legge ma - nella prospettiva della legalità sostanziale - indirizzato al conseguimento di obiettivi che trovano riscontro nella legge (intesa come atto politico e non solo giuridico); infine, proprio per questa dimensione d'indirizzo e di coerenza con il mandato popolare, la legge disvela la sua necessaria connessione con valori, fini e principi costituzionali, che debbono guidare l'attività amministrativa non meno della singola disposizione di legge.

L'argomento che si va osservando deve essere colto nella sua molteplicità di sfaccettature (prescindendo per un momento dal mio profondo disaccordo in ordine alla rappresentazione della sovranità popolare).

6.6.2.1. L'idea della legittimazione democratica del potere, di per sé, non spiega nulla del nostro problema e si traduce nella mera constatazione di un fatto (in un regime democratico il potere si legittima su questa base). Al massimo, vi si trae un'aggettivazione (nel nostro caso, democratica) della spiegazione di base, per la quale la legge assegna competenza a provvedere ad un organo.

6.6.2.2. Per il tratto in cui questa spiegazione intenda dare rilievo agli interessi - collocandoli lungo una linea di maggiore o minore rilievo alla luce dei principi costituzionali o dell'indirizzo politico dell'elettorato - finirà per essere,

⁷⁶ Per il concetto e la sua coerente costruzione, per tutti, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982.

alternativamente, null'altro che una declinazione del principio di non discriminazione e di correttezza dell'istruttoria (nell'ambito della quale tutti gli interessi debbono essere appresi), ovvero la fonte di illegittime discriminazioni (per la parte in cui si facciano prevalere gli interessi riuniti nel blocco - sociale, economico, etc. - degli elettori della maggioranza).

6.6.2.3. Per la parte in cui quest'idea intenda dare rilievo ai principi costituzionali, alle norme promozionali, agli obiettivi della Repubblica, ai diritti che richiedono attuazione legislativa ovvero intervento diretto dell'autorità, questa spiegazione si risolve in quella per la quale occorre assegnare il corretto significato alle norme. È, infatti, chiaro che la fattispecie puntuale della legge che assegna il potere all'organo non potrà mai essere letta senza il corredo delle norme procedurali d'esercizio del potere e, tantomeno, senza dare applicazione ai principi generali ed alle clausole costituzionali che riguardino la fattispecie. In questi termini, quindi, non ci si discosta dalla semplice affermazione per la quale le norme vanno interpretate correttamente.

6.6.2.4. Per certi versi, poi, la spiegazione che evoca la legittimazione democratica del potere in un regime costituzionale sembra alludere alla miglior decisione possibile, alla decisione "giusta" - essendo la giustizia valore immanente nella Costituzione vigente⁷⁷ ed in generale aspirazione del costituzionalismo moderno. In questi termini, tuttavia, si tratta di una spiegazione solo ottativa (in quanto alluda ad un concetto immanente e non definito di giustizia) ovvero pericolosa (giacché il prevalere della "giustizia" per come gradita alla maggioranza potrebbe comprimere diritti o derogare all'imparzialità).

6.6.2.5. Non è diversa la conclusione cui si deve approdare osservando il tema della legalità-indirizzo ovvero della legalità sostanziale. Per non condurre un'argomentazione eccessivamente lunga e complessa, basterà dire che la spiegazione si risolve nella necessità di dare un'interpretazione teleologica alle norme.

È chiaro che queste spiegazioni mostrano grande utilità, non solo in termini di progresso ma, soprattutto, riducendo le alternative valide tra le quali l'amministrazione può scegliere senza controllo legale; infatti, il rilievo degli obiettivi, degli indirizzi, dei risultati cui deve tendere l'azione in concreto finisce per escludere possibili interpretazioni del dato letterale delle norme che stridano con queste finalità. Tuttavia, non elimina affatto il permanere di un'ambito di scelta non regolato da norme.

6.6.2.6. È proprio in questo punto che le spiegazioni che si basano sulla legittimazione democratica si mostrano più problematiche (e pericolose).

⁷⁷ In questo senso, esplicitamente, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit.

Infatti, la tesi della legittimazione democratica del potere finisce per acquietarsi nella spiegazione della discrezionalità come valutazione politica - e come tale, incontrollabile e semmai solo sanzionabile attraverso il voto. Ove la legge (dettata da un organo democraticamente eletto, compiendo una scelta politica) disciplini interamente ogni dettaglio della fattispecie, l'atto sarà vincolato; fuori da quest'ipotesi la decisione circa l'interesse pubblico è di natura politica e sarà posta in essere dall'organo amministrativo parte di un ente (lo Stato, la Regione, il Comune) a base elettiva ovvero funzionalmente dipendente da un simile ente. Questa spiegazione soffre limiti evidenti: le competenze degli organi elettivi sono definite dalla legge ed è assicurata (sempre dalla legge) l'autonomia delle funzioni di amministrazione e tecniche; inoltre, svariati enti (si pensi anche solo alle autorità indipendenti) sono privi di collegamenti funzionali con organi elettivi.

Anche a voler ammettere ciò che è smentito dalle disposizioni in vigore, e cioè che l'indirizzo politico-elettorale fluisca sempre attraverso gli organi elettivi in tutti quelli che tali non sono e verso enti funzionali privi di base elettiva, resta che la scelta politica è - per definizione - altro dall'applicazione di norme e smentisce le attese dell'ideale dello Stato di diritto; inoltre, si presenta il rischio della "dittatura della maggioranza"; infatti, se il limite indicato è destinato a valere nella prospettiva della fisiologia del sistema e del pieno rispetto dei diritti individuali, questa prospettiva indicherebbe anche l'affermazione della volontà della maggioranza - anche nella prospettiva della conservazione dello status di maggioranza e, quindi, più che del "governo delle leggi" dell'abuso delle leggi in funzione del governo⁷⁸.

6.7. Poiché l'idea che sia la legittimazione politica - o democratica - a giustificare la scelta contenuta nella decisione discrezionale è assai diffusa e spesso accompagnata all'idea della discrezionalità dominante nella dottrina mondiale, occorre tenere conto di una sua declinazione ulteriore.

E' vero, infatti, che la consolidata dottrina tedesca della discrezionalità è fondamentalmente diretta ad identificare il concetto ed il regime della decisione discrezionale; in misura assai minore si pone il problema del fondamento della riserva all'amministrazione di un simile potere di scelta (sicché, peraltro, l'intera teoria mostra antinomie e difetti molto consistenti, dei quali la letteratura germanica pare farsi limitatamente carico, anche per il fatto di non tenere in gran conto la questione del fondamento di un simile potere). La ragione - a mio modo di vedere - è piuttosto semplice: l'autorità e la sua sovranità preesistono, sono il

⁷⁸ Ovvvia l'allusione alle note tesi di C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Leipzig - München, Duncker & Humblot, 1932, ora in parte in trad. it. in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972.

dato di partenza, la realtà dell'ordinamento; rispetto ad essi la legalità opera per sottrazione, portando alla luce regole, procedure e limiti che condizionano l'esercizio del potere, altrimenti libero; ovvio, quindi, che tutto ciò che non sia disciplinato permane nello spazio della valutazione riservata al potere.

Questa prospettiva, tuttavia, nel Paese d'origine nasce segnata dalla prevalenza delle opinioni organiciste circa il fondamento dello Stato (e, quindi, dell'autorità in genere)⁷⁹ - come in alcune tradizioni (francese, prima, italiana e per suo mezzo spagnola e sudamericana - oltre all'influenza sulla dominante dottrina tedesca per breve tratto) è stata mitigata (e per altri profili, amplificata) dall'istituzionismo. Proprio per ragione dell'organicismo che la permea, la spiegazione consolidata nella tradizione tedesca si accompagna con l'idea che l'organo (e, più realisticamente, il funzionario) sia - o meglio, debba essere - interprete autentico del *Volksgeist*. Poiché si parte dall'assunto che «concepire il diritto subbietivo come qualche cosa di originario che derivi da sé medesimo la sua autorità ed il suo valore, non è altro che scambiare il fatto col diritto»⁸⁰, si assume per converso la responsabilità di esercitare il potere (legislativo) che costituisce i diritti e quello (amministrativo) che li comprime interpretando lo spirito del popolo. Anche questa spiegazione - cui si ricorre raramente in modo esplicito, ma che regge quasi interamente l'enfasi circa la determinazione dell'interesse pubblico - non fa che confermare che l'amministrazione, esercitando il potere che l'abilità ad imporre determinazioni discrezionali, persegue fini ch'essa stessa determina nel momento in cui agisce - stante che l'interesse pubblico non è quasi mai definito dalla legge. Nella migliore delle versioni (e ciò vale anche per la definizione dell'interesse pubblico in concreto) essa non fa che evocare la più possibile corretta determinazione da parte dell'ente e, quindi, per esprimere un concetto ot-tativo; in quella degenerata, esprime la dittatura della maggioranza (il funzionario esprime lo spirito della maggioranza del popolo).

6.8. Assai più pragmaticamente, una parte consistente della riflessione relativa al potere discrezionale non si pone affatto il problema di spiegare come avvenga la determinazione discrezionale del potere. La assume come un male necessario, come l'espressione del compito dell'autorità, cui prestare deferenza.

⁷⁹ Sicché i diritti si compongono nell'unità organica dello Stato di diritto inteso come *Genossenschaft* (J.C. BLUNTSCHLI, *Lehre von modern Staat. Allgemeines Staatsrecht*, vol. I e II, 1885/1886, ora Aalen, 1965) ovvero attraverso la cittadinanza attiva o *Selbstverwaltung* (O. von GIERKE, *Das deutsche genossenschaftsrecht*, Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1954) essi appaiono il riflesso dell'azione dell'autorità pubblica (E. GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco e Sui diritti pubblici*, entrambi nell'edizione italiana, Milano, Giuffrè, 1971) e, comunque, si compongono nella *Obrigkeits* statale.

⁸⁰ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, Mohr, 1892, p. 11.

Ciò è esplicito nella letteratura britannica, ma anche la mancata problematizzazione della questione da parte di quelle tedesca e francese porta alla stessa conseguenza.

6.9. Tutti questi tentativi, quindi, almeno a mio modo di vedere, presentano elementi inutili (in quanto non fanno che dire diversamente ciò che è ovvio, oppure spiegare la decisione discrezionale con soluzioni che negano la discrezionalità, ovvero richiamarsi a norme - principi o regole che siano - che appaiono comunque applicabili); altri elementi sono solo ottativi (perché scambiano il miglior scenario possibile con quello reale, indicando come regola ciò che appare solo desiderabile); altri ancora sembrano assai pericolosi (perché se non applicati secondo i desideri di chi li propugna danno luogo a terribili degenerazioni); comunque, nessuno di essi pare spiegare in modo convincente le ragioni per le quali si può escludere che l'organo che agisce ponga in essere anche valutazioni non regolate dal diritto.

6.10. Ciò che, piuttosto, appare consolante è che, anche grazie all'imponente e profondo sforzo di questi interpreti, il problema appare confinato. Infatti, l'autorità assumerà le sue decisioni sempre sotto l'influenza di principi (costituzionali e non) che la dirigono; la decisione non potrà mai contrastare con la legge ed essa, grazie agli approdi del costituzionalismo, potrà essere intesa in senso sostanziale; inoltre, non si potrà decidere in via autoritativa se non ad esito di un procedimento partecipato e regolato dal diritto; i fatti materiali che sono assunti per comprovare il ricorrere della fattispecie legale saranno almeno in parte verificabili, nel procedimento e nel processo; allo stesso modo, l'interpretazione delle disposizioni che vengono applicate sarà suscettibile di controllo razionale attraverso la giurisdizione; infine, chi assume decisioni discrezionali si muove in un ambito opinabile, nel perimetro del quale esprime non già (come vuole la tradizione) una volizione o una scelta, quanto piuttosto un giudizio⁸¹; esso, proprio in quanto giudizio, non può essere puro arbitrio, per quanto contenga un indiscutibile margine libero di decisione. Tuttavia, non sembra si possa fondatamente negare che questo giudizio contenga la definizione di una regola non prevista dalla legge e, siccome la decisione è destinata ad imporsi al suo destinatario in modo autoritativo, per questa porzione essa non è applicazione del diritto obiettivo ma violenza.

7. Sovranità e νόμος

7.1. Ciò che occorre riconoscere - almeno a mio modo di vedere - è che il

⁸¹ Per questa prospettiva, autorevolmente, L.H. HART, *Discretion, cit.*

problema radicale della decisione discrezionale è il suo fondamento nella spettanza della sovranità all'autorità. Impostando in questi termini il problema, si confida di cogliere il vero nodo problematico. Infatti, l'intera vicenda dello Stato moderno - e, poi, contemporaneo - è caratterizzata dalla progressiva giuridicizzazione della sovranità, del potere appartenente originariamente all'autorità. La questione, infatti, non è tanto quella di non riconoscere altri ordini o autorità o di poter deliberare lo stato di eccezione, ovvero quella di collocare la sovranità in un luogo fondante, confinante o derogatorio. La sovranità - ed il punto è chiaro nella dottrina tedesca classica, dalla quale le altre continentali derivano - è il fattore permanente, costitutivo e, quindi, ordinario dell'azione amministrativa; è la sua stessa capacità di agire. Essa potrà essere disciplinata o limitata (ovvero auto-limitarsi, nella concezione classica), ma permarrà nel nucleo centrale della scelta, della volizione, della decisione - appunto. Per poi promanare verso l'efficacia della decisione e la sua ridotta sindacabilità.

La questione è che essa non è limitatamente sindacabile per ragione di un privilegio riservato alla decisione amministrativa, quanto piuttosto perché tutto ciò che non è regolato dalla legge non è sindacabile secondo la legge.

Tutte le spiegazioni accennate sopra evitano di metter in discussione questo punto di partenza, e cercano di riempire ancor più lo spazio non disciplinato, nel quale il potere si muove in quanto tale, vale a dire come possibilità.

Ne deriva che avranno maggiore o minore successo nel loro tentativo, ma non potranno mai sgominare l'ambito che non riescono a stringere nella maglia delle norme (né, tantomeno, riusciranno a superare il problema - essenziale, invece - dato dal fatto che lo stesso soggetto che pone in essere le norme - lo Stato, ovvero, oggi, l'autorità sovranazionale, regionale o indipendente - è poi chiamato - con un altro potere o esercitando una diversa funzione - a decidere la questione singola secondo le stesse disposizioni che ha posto in essere - e che ha il potere di mutare).

In questi termini, il problema può ricevere soluzioni diverse solo guardando con disincanto nel cuore della sovranità.

7.2. L'unico modo di guardarvi che avverta disponibile, è quello proprio del giurista positivo. In questa prospettiva - come già altre volte sostenuto - non si potrà che cogliere che l'art. 1 Costituzione riserva al popolo la sovranità. È pur vero che la disposizione appena evocata chiarisce ch'essa si esercita nelle forme stabilite dalla Costituzione. È, tuttavia, altrettanto innegabile che la Costituzione stessa contiene la smentita dell'idea che l'esercizio della sovranità popolare coincida con la legittimazione dei poteri dello Stato attraverso la rappresentanza. Quel che non pare facile negare è che l'art. 2 Costituzione "riconosce" i diritti

inviolabili. Il che val quanto dire che nell'esercizio del potere sovrano (costituente) il popolo legittima le istituzioni repubblicane (che, come tali, non coincidono con l'autorità pubblica) e, tuttavia, trattiene all'esterno di esse una porzione della sovranità (costituente), radicandola nei diritti inviolabili.

Ne derivano alcune conseguenze. Anzitutto, i diritti inviolabili sono riconosciuti come "diritti", come entità giuridiche - non, quindi, come valori o altro d'analogo. Questi diritti costituiscono un ordine extrastatale ed extralegale e, tuttavia, pienamente giuridico.

Poiché la sovranità è trasferita alle istituzioni repubblicane solo parzialmente ed in parte si trattiene, permanentemente, nell'ordine (giuridico) dei diritti inviolabili, non sembra arbitrario concludere che l'intero sistema dei poteri pubblici è funzionale alla massimizzazione del godimento di quei diritti della persona.

In ogni caso - ed è decisivo per il discorso relativo alla decisione discrezionale - l'interesse pubblico (altrimenti sostanzialmente inconoscibile perché determinato dallo stesso organo che deve decidere intorno ad esso) non è altro se non il perseguimento del risultato di massimizzare il godimento dei diritti personali inviolabili.

Poiché questi stessi diritti (che formano un ordine giuridico e si trattengono permanentemente nella sovranità) sono entità giuridiche, la decisione in ordine all'interesse pubblico sarà regolata dal diritto; tuttavia, codesto diritto vive in ambito extralegale e si impone all'autorità, non venendo creato da essa.

Il paradigma classico è interamente capovolto. La sovranità continua ad essere il contenuto della decisione discrezionale per la parte non regolata dalla legge; tuttavia, essa è entità pienamente giuridica e si impone all'autorità, invece di essere sua esclusiva spettanza.

7.3. Questa ricostruzione non rimuove tutti i problemi, naturalmente.

Vi si potrà obiettare che in quanto diritto (almeno in parte) non scritto esso è difficilmente conoscibile; si tratta di obiezione facile da superare, sia perché l'ordine non scritto ha base scritta (in Costituzione), sia - soprattutto - perché gli ordinamenti anglosassoni conoscono una situazione simile e soffrono assai meno del nostro dell'incertezza del diritto. Più ancora, vi si potrà obiettare che la Costituzione, nel dare atto di quest'ordine che si trattiene nella sovranità, non esplicita secondo quali regole si compongano le tensioni tra diritti tra loro potenzialmente antagonisti; a quest'obiezione si possono dare una serie di risposte (ad esempio: la regola di composizione è la persona umana, vale a dire colui cui spetta la sovranità, conseguendo così anche la risposta rispetto alla potenziale dittatura della maggioranza che affligge anche questa soluzione quand'essa dege-

neri). Tuttavia, occorre riconoscere che nel silenzio della Costituzione ogni criterio che si proponga è solo interpretativo e, come tale, controvertibile. Ancora: l'ordine giuridico in cui si trattiene la sovranità deve essere ricostruito ed interpretato, come ogni ordinamento, proponendo gli stessi difetti. Eppoi: esso funziona soprattutto per clausole generali⁸², con i problemi interpretativi che ne conseguono. Si potrà rispondere a tutte queste ultime obiezioni che si tratta di problemi che riguardano ogni ordine giuridico e, come tali, sono ineliminabili. Del resto, il breve discorso fatto sopra relativamente alla differenza tra il *Rule of Law* e lo Stato di diritto dimostra che è possibile fondare lo Stato senza assegnargli il monopolio della capacità giuridica di diritto pubblico e farne l'arbitro dei diritti.

Almeno a mio modo di vedere, tuttavia, vi sono due vantaggi della soluzione proposta che la rendono desiderabile. Anzitutto, essa spiega in modo (più) adeguato il diritto vigente - profilo di certo interesse per il giurista positivo. In secondo luogo, fornendo un contenuto giuridico all'interesse pubblico, spiega la sovranità come ordine giuridico e la sottrae al mondo dei fantasmi (come quello kelseniano della sovranità della legge) o della forza (com'è di ogni altra spiegazione corrente della sovranità).

La decisione smette di essere violenza solo se è diritto - nella specie, extralegale.

Occorre, infatti, riconoscere che fuori del controllo razionale del diritto esiste solo la forza del sovrano che impone la sua decisione. Occorre, ancora, riconoscere che nel momento che si pone al termine del procedere e prima dell'emanazione del provvedimento c'è una decisione che, nell'ambito e nei confini di ciò che è definito dalla legge, è pura volontà libera (e, perciò, arbitraria); ultimativamente, essa è violenza. È così per l'organo che adotta un provvedimento amministrativo; è così per il legislatore o il Governo che assumono decisioni con forza di legge; è così per il giudice. Se il potere è sottoposto alla legge, per la parte in cui la legge non prevede, esso è puro potere.

Nella prospettiva che si avanza, invece, la decisione si presenta come adempimento del dovere⁸³ di massimizzare il godimento dei diritti individuali; come tale, la decisione smette di essere volontà e diviene giuridica. Se ne ha che l'ordine giuridico (extralegale) s'impone al potere di fatto dell'autorità. Quel che rileva maggiormente è che quest'ordine non è creato dall'autorità, ma s'impone ad essa.

⁸² Per tutti, V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010, *passim*.

⁸³ Per questa prospettiva, M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo. Natura e caratteri*, in *Diritto amministrativo. Vol. 1: Parte sostanziale*, a cura di G. Carlotti, A. Clini, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, da p. 106.