

Tra discrezionalità e arbitrio. Alla ricerca del custode dell'interesse generale nelle società complesse *

Discretionary power and free will. Searching for the keeper of the society general interest

Enrico Grosso **

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. La questione del potere pubblico nell'età delle Rivoluzioni. – 3. La genesi della nozione di discrezionalità amministrativa. – 4. La discrezionalità amministrativa nello Stato costituzionale. – 5. Sui delicati rapporti tra discrezionalità amministrativa e controllo giurisdizionale sull'arbitrio nell'esercizio dei poteri pubblici. – 6. In conclusione: la *trahison des clercs* e le prospettive della discrezionalità amministrativa di fronte ai compiti attuali dello Stato costituzionale.

1. Premessa

Il tema della discrezionalità amministrativa è vasto e complesso, e può essere affrontato (anzi, è stato ripetutamente affrontato) sotto molteplici angoli visuali. Dal punto di vista dello studioso di diritto costituzionale, l'aspetto più interessante è senza dubbio quello che coinvolge l'assetto e la distribuzione del potere nel quadro della forma di governo e la sua diretta incidenza sui rapporti tra le fonti del diritto. È di immediata evidenza, infatti, come la discre-

* Relazione tenuta a Torino il 19 maggio 2017 nell'ambito del convegno su “La discrezionalità amministrativa e i limiti del sindacato giurisdizionale”.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.

zionalità amministrativa impatti – da un lato – sul sistema delle fonti, dei rapporti tra norme e di quelli tra norme e atti amministrativi, ma anche – dall’altro lato – su ciò che costituisce lo “specchio” del sistema delle fonti in termini di organizzazione costituzionale, ossia sui rapporti tra gli organi costituzionali e in definitiva sugli equilibri della forma di governo.

È chiaro dunque che la discrezionalità amministrativa ha a che fare con il potere. Qui non ci occuperemo del “potere” nel senso più immediatamente consono agli studi di diritto amministrativo, che prestano attenzione in primo luogo agli aspetti patologici nell’esercizio del potere dell’amministrazione raggruppati sotto le diverse categorie del c.d. “eccesso di potere”. La strada qui seguita sarà un’altra. Il “potere” verrà assunto come uno dei tratti distintivi, e problematici, della *sovranità*, e allo stesso modo (ancorché non sempre nello stesso senso) come uno dei tratti distintivi, e problematici, della *democrazia*. La tesi, qui anticipata in sintesi, è che parlare di discrezionalità amministrativa significa oggi parlare di governo concreto dei conflitti politico-sociali in società pluralistiche complesse.

2. La questione del potere pubblico nell’età delle Rivoluzioni

Il potere ha sempre costituito il grande problema, se vogliamo addirittura il grande equivoco, del costituzionalismo moderno. Quella fortunata teoria giuspolitica, che tanta influenza ha avuto sulle trasformazioni costituzionali degli ultimi tre secoli, si sviluppa come noto – dapprima nell’Inghilterra del Seicento, poi nelle colonie inglesi d’Oltre Atlantico nella seconda metà del Settecento, e infine, da ultimo e in forma più ambigua, nella Francia rivoluzionaria dell’Ottantanove – sotto il segno dell’ambivalenza.

Da un lato è teoria della *costituzione* del potere: le Costituzioni hanno il compito di istituire il potere sovrano dello Stato, laddove proprio l’assenza di tale potere è fonte di infiniti guai e sofferenze per la società, in quanto – come teorizzato dai principali filosofi politici del tempo – la società, senza Stato, è soltanto un insieme disordinato di individui incapace di progredire e crescere (si pensi alla drammatica descrizione dello Stato di natura offerta dal Leviatano di Thomas Hobbes, e non si dimentichi che l’autore scriveva sotto la diretta influenza delle tragiche vicende politiche sviluppatasi nel corso della prima Rivoluzione inglese e aveva davanti agli occhi il dipanarsi della crisi irreversibile degli assetti monarchici tradizionali che avrebbe trovato il suo esito finale nella *glorious Revolution* del 1689).

Dall’altro lato, il costituzionalismo è teoria della *limitazione* del potere. Una società umana non può sopravvivere se non esiste un principio unificatore

del potere, che la Costituzione organizza in “Stato”, di cui proclama la sovranità, e ne organizza le forme di manifestazione della volontà. Ma una società umana non può sopravvivere se quel potere, una volta costituito ed *edificato* (da questo punto di vista è molto efficace la formula inglese dello “State building”, che dà proprio l’idea della *costruzione*, con mattoni e cemento, di un edificio fatto di rapporti giuridici, politici, sociali, eretto per non crollare sotto il peso del “*bellum omnium contra omnes*”), non sia contemporaneamente regolato e *limitato* dal diritto, affinché non si trasformi in mero esercizio di arbitrio da parte di chi lo detiene.

La dicotomia classica su cui si sviluppa la riflessione del costituzionalismo moderno è dunque quella tra il potere illimitato e per ciò arbitrario e il potere limitato, in quanto regolato dal diritto.

Il costituzionalismo diffida del potere (di qualsiasi potere, quand’anche democraticamente legittimato), di cui pure predica l’unificazione sovrana entro lo Stato, e dunque ne auspica la limitazione, poiché teme la sua sfrenatezza e richiede pertanto all’ordinamento costituzionale di prevedere efficaci antidoti a tale rischio. Diffida – di conseguenza – della pretesa di chi è titolare del potere di svincolarsi da quei freni e contrappesi. Una società non sopravvive senza un principio unificatore di integrazione politica che si manifesti in forma di potere pubblico. Ma cerca antidoti alla sindrome di Crono, ossia al rischio che il potere, fattosi sfrenato e tirannico, finisca per divorare i suoi figli.

È all’interno di questa dicotomia, se vogliamo di questa sottile e irrisolta ambiguità, che si gioca la questione del potere amministrativo, e della discrezionalità, che di quest’ultimo è la più rilevante forma di manifestazione.

Alla radice dell’elaborazione della nozione di discrezionalità amministrativa sta, nel diritto pubblico francese del primo Ottocento, un problema di fondo che attiene alla perimetrazione del potere pubblico e alla separazione dei poteri.

Schematizzando al massimo, si può sostenere che, da un lato, si tratta di affidare allo “Stato”, attraverso gli “organi” che ne manifestano la volontà sovrana, il potere di assumere decisioni pubbliche, mentre dall’altro lato si tratta di capire “chi”, nell’articolazione dei poteri dello Stato, assumerà quelle decisioni e in che modo si eviterà che tali decisioni – forma di manifestazione del potere – assumano carattere *arbitrario* o più gravemente ancora, “*tirannico*”.

Qui emerge una differenza di fondo tra lo sviluppo del costituzionalismo americano, e anglo-sassone in genere, da un lato, e quello francese dall’altro. Il grande filo conduttore della cultura politico-costituzionale americana rimarrà sempre quello della *diffidenza* verso il “*government*”, l’amministrazione pubblica intesa in senso lato, ed in particolare verso la pretesa dei poteri pubblici istituiti dalla Costituzione e dalle leggi di incarnare la “*volontà genera-*

le”, o “*l’interesse generale*”, o “*l’interesse pubblico*”¹. Non è un caso che non vi sia, nella cultura giuridica anglosassone, una compiuta elaborazione del concetto di “interesse pubblico” così come sviluppatosi nell’Europa continentale, né – tanto meno – una compiuta elaborazione dei vizi dell’atto amministrativo per “eccesso”. Fiorisce invece, in quella cultura giuridica, la teoria dell’“abuso”, che è tutt’altra cosa.

In ogni caso, la rivoluzione americana prende proprio le mosse dalla necessità di contrastare un potere pubblico che si ritiene si sia spinto fuori dei confini della propria legittimità: tiranno è – in quel contesto – un preciso e definito potere pubblico (quello dei governanti britannici che non consentivano “*representation*” ai coloni americani, pur pretendendo da loro “*taxation*”). Tale tratto ispirativo iniziale resterà fermo e segnerà tutti i successivi sviluppi costituzionali di quel paese, quando si tratterà di impostare i rapporti tra i cittadini con “i propri legislatori”, più o meno democraticamente eletti. Sotto questo profilo il grande filo conduttore della cultura politico-costituzionale americana resterà sempre quello della sostanziale sfiducia nei confronti dei legislatori-governanti, della diffidenza verso la loro pretesa di incarnare la “volontà generale”, e dunque verso il concetto stesso di “volontà generale” legislativamente determinata, cui sarebbe poi soggetta un’amministrazione “esecutiva”. Da questo punto di vista, è sempre bene tenere a mente che il “*rule of law*” non ha davvero quasi nulla a che fare con il “*principio di legalità*” elaborato tra Settecento e Ottocento nell’Europa continentale. Quest’ultimo segna un rapporto di gerarchia tra due poteri pubblici, il legislativo e l’esecutivo. Il primo segna invece un rapporto di gerarchia tra la società civile e il “potere pubblico” compressivamente inteso.

In questa contrapposizione risiede la differenza fondamentale tra i due grandi eventi rivoluzionari di fine Settecento. La rivoluzione francese, dovendo procedere all’opera di sistematica distruzione e smantellamento della società dell’Antico Regime, ha bisogno – a differenza di quella americana – di una forte componente di carattere statualistico, che oltreoceano non era essenziale in quanto là non vi era un problema di unificazione giuridica. Contro gli antichi privilegi si deve in primo luogo affermare l’autorità del legislatore sovrano, che con lo strumento (artificiale quant’altri mai) della *legge generale e astratta*, rende possibile l’unità del potere, nonché anche – attraverso l’altro grande artificio inventato in quel momento storico, ossia quello della rappresentanza politica – l’unità del popolo.

¹ Cfr. sul punto M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino, Giappichelli, 1991, spec. 81 ss.

Mentre Oltreoceano il nuovo assetto costituzionale si afferma proprio contro ogni versione statualistica dei diritti e delle libertà, la Rivoluzione francese, per dirla in sintesi, affida gli spazi di libertà all'opera di un legislatore che si assume come "virtuoso", che sa interpretare la "volontà sovrana", la quale diventa "volontà generale" in virtù del rapporto rappresentativo². Non è ovviamente possibile, in questa sede, dilungarsi sulla nota polemica rousseauviana contro tale impostazione, ma non occorre certo ricordare che Rousseau è il grande sconfitto – culturalmente parlando – della Rivoluzione francese.

È dall'esperienza francese che scaturisce l'elaborazione del *principio di legalità*, che nella sua formula più schematica sembra risolvere il problema del limite al potere con il classico "uovo di Colombo": i fini dello Stato, o se vogliamo i caratteri generali delle scelte pubbliche, sono predeterminati dalla legge. La legge è espressione della volontà generale, che è volontà del "popolo" grazie ai meccanismi di funzionamento del rapporto rappresentativo. L'amministrazione dà seguito a quei fini, e dunque esercita le sue funzioni sotto il controllo – vale a dire entro il limite – del diritto legislativamente inteso. Il potere pubblico esercitato dall'amministrazione non è dunque potere *arbitrario*, in quanto le sue scelte sono indirizzate al perseguimento di quell'interesse pubblico predeterminato per effetto del sistema rappresentativo, ossia dell'azione parlamentare che si conclude nell'elaborazione della legge. Il fondamento della gerarchia delle fonti (attraverso l'affermazione del principio di legalità dell'amministrazione), nonché della supremazia della legge sugli atti dell'amministrazione sta tutto qui. È il fondamento del c.d. "stato legislativo" ottocentesco (il quale, lo si ripete, è frutto di una storia tutta europeo-continentale e francese in particolare).

3. La genesi della nozione di discrezionalità amministrativa

È in questa logica che si inserisce l'elaborazione del concetto di discrezionalità amministrativa, che nasce più o meno negli stessi anni (anche se i primi studi scientifici sulla discrezionalità datano dalla fine del XIX secolo³). L'attività amministrativa non è libera, perché il potere pubblico è soggetto ai limiti di cui sopra. Ma non è neanche vincolata, perché per la realizzazione dei

² Cfr. ancora M. FIORAVANTI, *Appunti*, cit., 88 ss.

³ Per una ricostruzione storica dell'elaborazione dottrinale su tale questione cfr. in particolare F. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, spec. 15 ss.

fini dello Stato occorre che alle amministrazioni competano scelte. È insomma “discrezionale”.

Ci si affida così a una finzione: quella di un'attività che si colloca in una posizione intermedia tra libertà e vincolo, caratterizzata dal c.d. “vincolo nel fine”. Poiché l'attività amministrativa comporta il continuo compimento di *scelte*, ma queste scelte non possono essere arbitrarie (sennò salta lo Stato di diritto, il principio di legalità, la limitazione del potere e tutte le conquiste culturali della Rivoluzione, e si torna all'*Ancien Régime*, ai suoi privilegi e ai suoi arbitri), si costruisce un sistema fondato sulla c.d. *funzionalizzazione*. Le scelte dell'amministrazione sono “funzionalizzate” al perseguimento di un fine che sta *fuori* dalla sfera di potere dell'amministrazione stessa, e che deve essere fatto risalire alla previa scelta di chi quel fine ha il potere di definire: vale a dire il legislatore rappresentativo. Quindi la facoltà di scelta dell'amministrazione incontra un limite.

Ora, finché il limite è specificatamente individuato e il fine direttamente ricavabile dalla legge, bene. Il problema naturalmente sorge quando la legge, più o meno largamente, lascia sempre più numerosi spazi da riempire. E quando all'interno di quegli spazi l'attività “funzionalizzata” può contemplare (come continuamente contemplava – già allora – e in misura infinitamente superiore contempla oggi) il compimento di scelte tra più soluzioni ugualmente compatibili. Qui soccorre la categoria generale dell'interesse pubblico, che tutte le amministrazioni sarebbero tenute a perseguire *correttamente*. Esistono scelte (*se* adottare un atto, *quando* emanarlo, con che contenuto, come sviluppare l'attività da esso presupposta o ad esso conseguente), che sono – ovviamente – espressione di *potere*, perché ogni scelta è espressione di un potere, ma con riferimento alle quali tale potere non è *arbitrario* in quanto *funzionalizzato* alla realizzazione dell'interesse pubblico.

La nozione di discrezionalità amministrativa, come si diceva, nasce nell'elaborazione del diritto pubblico francese dei primi decenni dell'Ottocento, e ha – tra i suoi motivi ispiratori – quello della necessità di rispondere al problema del *limite* al potere, nel senso della *separazione tra legislativo ed esecutivo*. Non deve tuttavia essere dimenticato un altro, e più importante, motivo ispiratore: i giuspubblicisti dell'età liberale intendevano soprattutto fornire una risposta al problema del limite al potere, nel senso della *separazione tra esecutivo e giudiziario*. Gli atti “discrezionali” sono in primo luogo – all'inizio – gli atti radicalmente *sottratti* al sindacato giurisdizionale.

Anche qui la vicenda è ben nota. L'ossequio alla separazione dei poteri è innanzi tutto, e prima di tutto, ossequio al principio di limitazione del potere giudiziario di fronte all'espressione della volontà sovrana che si manifesta attraverso la catena “legale” legge-atto amministrativo. L'idea dell'azionabilità delle

pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione, cui chiedere conto dell'arbitrarietà della propria azione, è assai successiva. A quei tempi vigeva ancora la retorica positivista del giudice "*bouche de la loi*". Il principio di separazione tra potere esecutivo e giudiziario viene inteso nel senso che la giurisdizione debba essere radicalmente *estromessa* dalla possibilità di giudicare gli atti amministrativi. Una legge del 1790 dispone espressamente che «le funzioni giudiziarie sono distinte e resteranno sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non potranno turbare in nessun modo le attività dei corpi amministrativi, né chiamare dinanzi a sé gli amministratori per ragione delle loro funzioni». Tali disposizioni, su cui si fondava l'interpretazione *à la française* del principio di separazione dei poteri, presuppongono – almeno in un primo tempo – che il privato, mentre può rivolgersi a un giudice per lamentare la violazione di un diritto da parte di un altro privato, non possa invece chiedere ad alcun soggetto terzo di ottenere soddisfazione in caso di cattivo esercizio del potere amministrativo. Il c.d. "privilegio del contenzioso" consente al potere esecutivo di essere, in definitiva, giudice esclusivo di se stesso⁴.

È solo in un secondo momento che emerge in tutta la sua virulenza la tensione – ad oggi non sopita – tra l'esigenza di evitare che il giudice possa sostituirsi all'amministrazione nel compimento delle scelte ad essa riservate e quella di non rinunciare a un controllo esterno sull'attività amministrativa, e assicurare così tutela diretta agli interessi dei singoli. Ma all'inizio, come ricorda Feliciano Benvenuti, «il concetto di potere discrezionale era legato a una certa interpretazione data al principio della divisione dei poteri per cui quest'ultima veniva intesa come netta separazione tra le funzioni, il che comportava per gli organi giudiziari la impossibilità di conoscere degli atti degli organi amministrativi, ovvero una loro insindacabilità che era appunto vista come caratteristica tipica della discrezionalità»⁵.

Questo strumento ha comportato – paradossalmente – la costruzione di un sistema che garantiva di fatto la prevalenza dell'esecutivo sullo stesso legislativo. Il modello di organizzazione amministrativa accreditatosi *in concreto*, infatti, era quello tendenzialmente *dispotico* che assegnava agli organi del potere esecutivo privilegi tali da evadere ogni controllo giurisdizionale e dunque da mettere in forse anche il corretto funzionamento di quello stesso principio di legalità che della discrezionalità amministrativa avrebbe dovuto costituire il fondamento.

⁴ Si consenta di rinviare più diffusamente, sul punto, a E. GROSSO, *Francia*, Bologna, Il Mulino, 2006, 143 ss. Cfr. altresì M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992.

⁵ F. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 17.

Fu solo a seguito del vasto movimento di riforme che investì i vari paesi europei alla metà dell'Ottocento che vennero introdotte innovazioni sostanziali. Ciò avvenne peraltro solo su uno dei due versanti della questione, quello della costruzione di un più compiuto sistema di giustizia amministrativa, diretto a consentire la sottoponibilità a sindacato da parte di un giudice di quell'ampia zona dell'attività amministrativa c.d. "pura", ossia consistente in valutazioni "discrezionali". Occorre osservare per inciso che solo in parte quel dibattito era ispirato da ragioni garantistiche. In parte era invece guidato da esigenze efficientistiche (tanto che – per rimanere all'Italia – fu paradossalmente proprio la Destra storica, più attenta ai valori del liberalismo, a licenziare la legislazione del 1865 fortemente restia ad intaccare il privilegio dell'amministrazione in nome dell'esigenza di mantenerla svincolata da un troppo esteso controllo giurisdizionale, laddove fu la Sinistra storica, tecnocratica e attenta alle ragioni dell'efficienza operativa dell'amministrazione, a introdurre la quarta sezione del Consiglio di Stato e a consentire così di sottoporre a controllo quella fascia di interessi che era rimasta esclusa dal sistema di giurisdizione unica edificato nel 1865⁶).

È in questo periodo che si afferma, in Italia come in Francia e in Germania, una concezione dei rapporti tra Stato e cittadini la quale, pur diversa nelle singole realizzazioni costituzionali (sulle cui differenze non è ovviamente possibile dilungarsi in questa sede) e differente anche negli strumenti amministrativi concretamente adottati, sembra comunque aspirare a una conciliazione tra esigenze opposte e se vogliamo contraddittorie, consistenti da un lato nell'esaltare lo "Stato persona" che pone al centro la personalità giuridica pubblica e il suo potere, e dall'altro nel munire i soggetti privati di strumenti individuali di garanzia.

È all'interno di questa contraddizione che si è sviluppata compiutamente la riflessione sulla discrezionalità, la quale ha cominciato ad assumere connotati più chiari. La discrezionalità è essenzialmente esercizio di potere, ma di potere condizionato e funzionalizzato. È quindi assunzione di scelte, che però si svolge nella "ponderazione di interessi". Come messo in evidenza da Massimo Severo Giannini fin dal suo celebre scritto del 1939, il momento essenziale dell'attività discrezionale è proprio quello in cui i diversi interes-

⁶G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1981, 11 ss. Come osserva F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 21 s., «È necessario sottolineare la coesistenza, proprio nel momento in cui si manifesta la massima spinta pratica e teorica per l'introduzione di strumenti di azionabilità delle pretese dei cittadini, di tendenze apparentemente contrarie miranti a svincolare lo Stato dai legami con il diritto privato e dunque a dare ad esso una maggiore efficienza operativa».

si concorrenti vengono raffrontati e, appunto, *ponderati*.⁷

È stato giustamente osservato che quell'intuizione gianniniana consentiva di individuare il significato più profondo dei compiti, e dunque del ruolo anche *costituzionale*, dell'amministrazione: potere pubblico ma in qualche modo "*imparziale*", che nella ponderazione degli interessi in gioco trova una guida – da un lato – nella legge e – dall'altro lato – in una immanente concezione di "*pubblico interesse*" che le consente di riempire i "vuoti" che la legge talvolta lascia, pur individuando sempre i fini "generalisti" che – *obiettivamente* – lo Stato possiede. Insomma, l'attività discrezionale è sì attività di valutazione di interessi, ma all'interno di una "griglia" in cui è sufficientemente chiaro quali siano i "fini". Detti fini sono *eteronomi*, il che significa che non può essere la stessa amministrazione a porli.

Entro questa griglia, si può ammettere il controllo giurisdizionale, che sarà però sempre un controllo "esterno" e limitato ai casi in cui l'amministrazione abbia fatto "*cattivo*" uso di quel potere di ponderazione rispetto ai fini – eteronomi – che è suo compito realizzare.

4. La discrezionalità amministrativa nello Stato costituzionale

Nello Stato liberale la nozione di "cattivo uso del potere discrezionale" poteva avere effettivamente un senso oggettivo. E questo perché aveva un senso oggettivo la formula "fini dello Stato". I fini dello Stato erano, in qualche modo, obiettivamente declinabili. Il problema del conflitto era risolto *a priori*.

Nello Stato costituzionale non è più così. Lo stato liberale ha ben chiari i propri fini, perché è automatica la coincidenza e la sovrapposizione tra i fini dello Stato e i fini della società borghese che ne costituisce il sostrato, anche sul piano delle culture di riferimento. Vi è una (artificiale) sovrapposizione tra società e Stato che si realizza attraverso la struttura monoclasse delle relazioni politiche e sociali e che trova il suo baricentro nel principio di legalità.

Nello Stato costituzionale, invece, il principio costitutivo della società è la valorizzazione del pluralismo sociale e (di conseguenza) di quello politico. Il pluralismo sociale è essenzialmente e in primo luogo pluralismo dei fini, sui quali non vi è più convergenza, ma vi è al contrario *conflitto*. Sui fini è possibile, tutt'al più, realizzare un compromesso⁸. L'azione politica si svolge entro l'alveo del com-

⁷ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.

⁸ Sul punto, diffusamente, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, spec. 39 ss.

promesso costituzionale tra classi e settori di una società plurale, ciascuno dei quali portatore di *suoi* propri fini, di *suoi* propri interessi, di *suoi* propri valori di riferimento, di *sue* proprie istanze, che non coincidono ovviamente con presunti e in realtà inesistenti “fini dello Stato”, e che si scaricano invece – del tutto legittimamente – sull’esercizio del potere, di volta in volta democraticamente legittimato e periodicamente rinnovato ad ogni successiva elezione. È proprio nell’esercizio quotidiano e “democratico” del potere regolato dalla Costituzione che si governano i conflitti nati nella società, non più negati ma “procedimentalizzati”⁹.

Tutto ciò non può non avere una serie di conseguenze rilevanti sul piano della configurazione della forma di Stato (dunque del rapporto tra società e potere pubblico), e a cascata sulla configurazione della forma di governo (dunque del rapporto tra i singoli poteri pubblici) e su quella del sistema delle fonti, che della seconda costituisce lo specchio.

Allo stato monoclasse ottocentesco poteva realisticamente bastare il principio di legalità: era la legge a stabilire i fini dell’attività pubblica, perché era la legge l’espressione di quella “volontà generale” di cui abbiamo parlato prima. Che poi la volontà generale non fosse davvero “generale”, ossia che si trattasse di una finzione, è oggi evidente a tutti, ma quella finzione consentiva di risolvere la questione della discrezionalità amministrativa (e dunque del “privilegio” dell’amministrazione che non si trasforma in mero arbitrio) in modo più o meno sensato e giuridicamente coerente.

Nello Stato costituzionale il principio di legalità, come supremazia gerarchica della legge sull’attività amministrativa, non è più ovviamente sufficiente. Ma non si tratta, è bene sottolinearlo, di una modifica esclusivamente “quantitativa”. Non si tratta cioè soltanto di aggiungere un “nuovo” livello normativo nella gerarchia delle fonti, e assumere la Costituzione come sovraordinata alla legge, lasciando per il resto inalterate le relazioni gerarchiche preesistenti e identici i meccanismi di risoluzione delle antinomie individuati in quel diverso quadro. Nel contesto delle Costituzioni rigide, lo stesso principio di legalità muta di significato, di funzione e di struttura.

Tanto per cominciare, il diritto della Costituzione (non il diritto costituzionale, che è altra cosa) è essenzialmente diritto per principi¹⁰. Ossia a quel di-

⁹ Si consenta di rinviare, per più approfondite considerazioni sul problema della procedimentalizzazione del conflitto sociale all’interno di società pluralistiche (e sugli insegnamenti che il costituzionalismo del secondo Dopoguerra potrebbe offrire, sul punto, rispetto alla presunta “drammaticità” e “irrimediabilità” dei c.d. “conflitti culturali” del nostro tempo), a E. GROSSO, *La protezione dei diritti costituzionali nella prospettiva multiculturale*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, Giappichelli, 2011, IV, 1779 ss.

¹⁰ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 147 ss. ID. *La legge e la sua giustizia*, spec. 205 ss.

ritto si attagliano poco e male i meccanismi della particolare relazione di tipo gerarchico consolidatasi con riferimento al rapporto tra legge e atto amministrativo (con le sue ricadute anche sul piano giurisdizionale). Quando il diritto è “per principi”, è assai diversa anche la formulazione del c.d. vizio di “eccesso di potere”. Perché non è più chiaro quale sia la corretta estrinsecazione della discrezionalità amministrativa attraverso la quale quel potere di volta in volta si esercita, e il rapporto che si instaura tra i diversi livelli. Non possiamo approfondire oltre, ma non è un caso che al tradizionale “sviamento” si siano via via aggiunte e accompagnate sempre nuove “figure sintomatiche”, che hanno a che fare con concetti quanto mai vaghi e ambigui come quello di “proporzionalità”, di “ragionevolezza”, ecc. Il mondo del diritto per principi vive di relazioni proprie, e diverse rispetto a quelle vigenti al tempo del diritto legislativo, essenzialmente fondato su rapporti tra *regole*.

I principi costituzionali individuano non una, ma varie “concezioni del mondo”, che presuppongono autonome gerarchie di valori, che a loro volta rinviano a norme inesprese, e così via. Tutti questi principi non sono gerarchizzati né gerarchizzabili, e la Costituzione li enuncia uno dopo l’altro, assumendone il riconoscimento come se fossero reciprocamente non incompatibili (alla stregua del “compromesso” costituzionale di cui si diceva). È poi compito primario della “politica” darvi attuazione attraverso continui “bilanciamenti”. Solo in un secondo momento, e solo sussidiariamente, tale compito può eventualmente essere assegnato alla giurisdizione. Quei bilanciamenti sono in primo luogo bilanciamenti “politici” cui si dà luogo attraverso l’attività di “indirizzo politico” che spetta, in primo luogo – secondo l’insegnamento di Mortati – alle “forze dominanti” che costituiscono e innervano l’ordinamento costituzionale pluralistico. Parliamo dei partiti, dei sindacati, dei “corpi intermedi” di varia specie e natura che organizzano e “conformano” la società pluralista¹¹.

La società pluralistica è per sua natura una società complessa, è un grumo

¹¹ Come noto, la nozione mortatiana di “Costituzione in senso materiale”, elaborata nel 1940 nel contesto del regime a partito unico, «si presta ad essere adattata ai contesti più vari e alle forme sempre nuove del dominio politico» (G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, in C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, ristampa inalterata, Milano, Giuffrè, 1998, XXX). È soprattutto nella “voce” del 1962 sulle dottrine generali della Costituzione che Mortati individua le “forze dominanti” *generatrici e portatrici* della Costituzione in un insieme di soggetti plurali comprendenti, di volta in volta, partiti, sindacati, associazioni, organizzazioni economiche, chiese, ecc., in grado di esercitare la loro supremazia (si potrebbe dire, gramscianamente, la loro *egemonia*) sul piano politico, economico e culturale (cfr. C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, 152 ss.).

di interessi in conflitto che devono essere sciolti. La Costituzione è il contesto compromissorio entro il quale quel grumo di interessi viene – faticosamente – sciolto attraverso l'azione quotidiana delle istituzioni, che si svolge sulla base di un “indirizzo politico” che può ovviamente mutare nel tempo, a seconda di come, di volta in volta, si distribuiscono le preferenze elettorali da parte dei cittadini titolari del diritto di voto.

La prima differenza di fondo tra lo Stato costituzionale e lo Stato liberale è dunque la seguente: in quest'ultimo i “fini” erano chiari, mentre nello Stato costituzionale è chiara soltanto l'esistenza di un patto diretto alla composizione pacifica delle diverse concezioni del mondo (e dunque dei diversi fini) che la Costituzione stessa individua come reciprocamente compatibili (e rispetto a ciascuno dei quali pone i rispettivi limiti, allo scopo di garantire che nessuno di quei fini si manifesti come “tiranno” rispetto agli altri). Tutto ciò, ovviamente, vale finché tiene quel patto, e dunque la consuetudine di riconoscimento che rappresenta il presupposto di validità della Costituzione. Se salta tale consuetudine, anche l'opera di bilanciamento attraverso la politica non funziona più. E i conflitti, sempre più forti, aspri e continui, non trovando più nella politica un governo, una disciplina e una composizione, si scaricano – quando va bene – sulla giurisdizione. Quando va male, finiscono per minacciare la stessa tenuta complessiva del legame sociale.

Si dice che una delle conseguenze dell'avvento dello Stato costituzionale sia stata la trasformazione del significato del principio di legalità, che diventa “sostanziale”. Il che è parzialmente vero. Il principio di legalità non è più soltanto inteso come “supremazia” della legge sugli atti dell'amministrazione, avente la funzione di sancire che nessun potere autoritativo è legittimo se non si fonda sulla legge (più precisamente, sulla previa “autorizzazione” legislativa), non si limita a postulare la mera osservanza di procedure che legittimino la devoluzione del potere, ma *avoca a livello parlamentare la gestione del potere e le conseguenti scelte autoritative*¹². Il principio di legalità finisce così per configurarsi non solo come un limite negativo al potere esecutivo, ma come obbligo positivo – costituzionalmente sancito – che vincola lo stesso Parlamento a dettare una normativa comunque dettagliata, limitando gli spazi di discrezionalità¹³.

L'idea è illusoria, ma produce rilevanti conseguenze nella struttura del si-

¹² L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1990, 4 ss.; ID., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966.

¹³ È nota la posizione contraria di altra parte della dottrina su tale “generalizzazione” del principio di legalità in senso sostanziale. Vedi per tutti, sul punto, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1990, spec. p. 53 ss.

stema delle fonti, spostando – apparentemente – a livello parlamentare la maggior parte delle decisioni. È illusoria perché accredita la (falsa) convinzione che l'attività amministrativa sia in gran parte mera attuazione della legge, dotata di suoi contenuti in grado di orientare e “conformare” la gran parte delle scelte amministrative. Il che, sia consentito di osservare, non è vero, anche soltanto perché, a tacer d'altro, la legge non riesce – o comunque non riesce più – a realizzare davvero tale obiettivo. Occorre dunque concludere – realisticamente – che molte scelte (forse la maggior parte) sono lasciate, *in concreto* e di fatto, all'amministrazione¹⁴. Stante la struttura sempre più pluralistica della società, di cui il Parlamento è espressione, sempre più complessa è la “gestione” dell'indirizzo politico, crescente è la “moltiplicazione” degli interessi, maggiore è il numero delle leggi attraverso cui di volta in volta tale indirizzo politico viene individuato e tali interessi vengono determinati nello specifico.

Tutto ciò non può che avere rilevanti conseguenze sulla “tenuta” del modello che era stato disegnato a fine Ottocento e che abbiamo sopra molto rapidamente riassunto.

La discrezionalità dovrebbe essere – come insegnava Giannini – il momento della ponderazione degli interessi, in una valutazione che faccia emergere l'interesse primario all'esito di un'operazione di bilanciamento in cui i fini, però, sono predeterminati ed eteronomi. Per dirla in altri termini, l'amministrazione sarebbe sempre vincolata al perseguimento di quel fine di interesse pubblico – determinato fuori da sé – per cui la sua libertà di scelta sarebbe comunque e sempre limitata dall'interesse pubblico che è chiamata a realizzare¹⁵. Ma questa possibilità esiste – in natura – se ed in quanto quell'interesse pubblico sia qualificato, sia individuato, sia “oggettivato” e in una certa misura certo. Se ed in quanto si possa dire che, in quello specifico ambito su cui ricadrà la scelta, vi sia davvero “*un*” interesse pubblico.

Il che oggi, molto spesso, non è. Questa operazione diventa infatti sempre più difficile – se non impossibile – quando i fini non sono più certi, quando gli interessi sono spesso contrapposti e tutti magari dotati di un fondamento costituzionale, quando le norme che li individuano e li determinano sono a loro volta frutto del compromesso “democratico”, quando la stessa individuazione degli interessi “rilevanti” finisce per dipendere dalla complessità e talvolta dalla stessa “intelligibilità” delle norme che pretendono di disciplinare la singola funzione amministrativa che deve essere esercitata, quando quelle norme vanno a loro volta

¹⁴ Ciò è stato ancora di recente sottolineato da S. CASSESE, *Verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016,1, 12 ss.

¹⁵ Così, ancora oggi, la questione è trattata in S. CASSESE (cur.), *Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, 2003, vol. 1, 758 ss.

interpretate, quando quelle interpretazioni sono effettuate attraverso l'uso di tecniche che non prevedono una gerarchia tra gli argomenti, per cui si può giungere ad esiti opposti sulla base di un uso sapiente e "orientato" dell'ermeneutica.

Insomma, il gigantesco problema del rapporto tra discrezionalità e arbitrio, cui nell'età delle grandi Rivoluzioni e soprattutto nel secolo successivo si era ritenuto di poter dare una risposta chiara attraverso l'edificazione dello Stato legislativo e del principio di legalità, sembra oggi riproporsi in veste nuova ma con inalterata e prepotente attualità. Presenta anzi ulteriori elementi di novità, per effetto delle ancor maggiori complicazioni derivanti dalla integrazione giuridica in chiave transnazionale, che moltiplica gli interessi e i fini e rende ancora più difficile la loro intelligibilità e la composizione dei relativi conflitti.

5. Sui delicati rapporti tra discrezionalità amministrativa e controllo giurisdizionale sull'arbitrio nell'esercizio dei poteri pubblici

E il giudice? Era l'altro braccio della bilancia nel sapiente equilibrio costruito dalla dottrina del diritto pubblico (tardo) ottocentesco. Al giudice – dopo infinite incertezze ed esitazioni – era stato affidato il compito di intervenire, attraverso il controllo sull'eccesso di potere, sugli aspetti patologici dell'esercizio della discrezionalità. Il che, in quel contesto, appariva come un compito relativamente semplice. La funzione del giudice era quella di sorvegliare il corretto perseguimento di un interesse pubblico che era comunque, in qualche modo, "oggettivato", e rispetto al quale il suo intervento si limitava alla correzione delle evidenti deviazioni dalla via maestra (lo "sviamento", appunto), tali da confliggere con legittimi interessi degli amministrati, rispetto ai quali il giudice trovava bell'e pronta, nella legge, la misura e il limite: poche leggi, chiare, che individuavano fini precisi e condivisi, all'interno di un sistema politico-sociale semplificato e sostanzialmente (ancorché solo "artificialmente") non conflittuale.

Orbene, nel nuovo contesto costituzionale anche il ruolo del giudice è in discussione. Non è ovviamente possibile qui aprire un capitolo che meriterebbe un convegno a parte, ma la complicazione progressiva e inesorabile del sistema delle fonti, che è come detto lo specchio della complicazione progressiva e inesorabile del sistema sociale e politico, ha un impatto evidente sul rapporto tra discrezionalità amministrativa e potere giurisdizionale. Il giudice, cui è affidato il compito di decidere sul vizio di eccesso di potere, ossia sul corretto uso della discrezionalità amministrativa, rischia inevitabilmente di sostituirsi all'amministrazione nell'attività di ponderazione e valutazione degli interessi, se la griglia entro la quale quell'attività si svolgeva non è più predetermina-

ta o comunque compiutamente definita, ovvero se non è più chiaro dove si collochi l'interesse generale, chi lo debba determinare e chi ne sia il custode. L'esplosione del sistema delle fonti, da questo punto di vista, ha determinato un problema nel problema. Ha certamente messo in crisi il rapporto legislazione/amministrazione, perché per la seconda appare sempre più difficile individuare, nella prima, i parametri, o almeno la bussola, della sua azione. Ma ha messo in crisi anche il rapporto amministrazione/giurisdizione, dal momento che su quest'ultima si sono indebitamente scaricate tutte le tensioni provenienti da una confusa, farraginoso e sempre più schizofrenica produzione normativa, non più in grado di "tenere insieme" l'ordinamento, ossia di consentire la pensabilità stessa del diritto come "ordine".

Il delicato rapporto tra discrezionalità amministrativa e controllo giurisdizionale sull'"arbitrio" si è sostanzialmente tenuto in equilibrio finché è stato possibile, bene o male, continuare a pensare all'ordinamento giuridico come a un ordine. Ma se il diritto diventa "inconoscibile", o se ai fini della sua conoscibilità occorre necessariamente fare ricorso al giudice, va in crisi l'intero sistema su cui quella particolare concezione del rapporto tra potere e società si era fondata. E si accredita l'idea che, alla fine, sia lo stesso giudice (talvolta suo malgrado) ad assumere la decisione "discrezionale", sostituendosi all'amministrazione, e magari affidandosi al criterio sapienziale della "giustizia". Un non meglio definito "principio di giustizia" che finisce per sostituirsi alla discrezionalità. Non mi sembra che i diritti ne guadagnino.

C'è stato in effetti un tentativo di "fuga dalla discrezionalità", negli ultimi decenni, dettato dalla paura che l'amministrazione non fosse in grado di svolgere autonomamente quella funzione di ponderazione, dal momento che il numero degli interessi in gioco aumentava (e con esso l'estensione dell'attività amministrativa), che di conseguenza occorresse riportare in alto, verso l'espressione immediata della rappresentanza politica, la selezione degli interessi. A ciò i legislatori, statale e regionali, hanno il più delle volte reagito con la moltiplicazione delle norme che disciplinano sempre più nel dettaglio la funzione amministrativa. Si è assistito a una vera e propria esplosione del diritto, che ha evidentemente alimentato una spirale perversa in cui l'amministrazione tenta di riacquistare quella discrezionalità perduta attraverso l'esercizio di inevitabili facoltà di scelta in ordine alle norme da applicare, e prima ancora da interpretare, e a sua volta la giurisdizione acquista un ancora maggiore protagonismo nella necessaria opera di sistematizzazione e razionalizzazione di questo sempre più indigesto coacervo.

In tale contesto ogni scelta "discrezionale" può a taluno apparire (riapparire, come ai tempi di quell'*Ancien Régime* del quale il diritto pubblico ottocentesco si era rapidamente sbarazzato) come scelta "arbitraria", proprio in

quanto sono saltate le coordinate di riferimento entro cui le scelte discrezionali si collocavano. Il che, come è stato scritto, rischia di accreditare l'idea del declino, fino all'irrelevanza, della stessa legittimazione legale-razionale del potere pubblico, che costituisce il più importante e duraturo portato della teoria dello Stato moderno¹⁶. Ma soprattutto, ogni scelta discrezionale diventa una scelta in sé e per sé "discutibile", proprio in quanto intrinsecamente arbitraria (non riconducibile cioè a fini eteronomi chiari e in qualche modo predeterminati), e quindi – in quanto "discutibile" – giustamente oggetto di discussione, da parte da chi da quella decisione si ritenga danneggiato nei propri interessi, di fronte a un giudice. Il quale giudice diventa, a sua volta, il protagonista di una nuova decisione, quella finale.

Ecco dunque la discrezionalità amministrativa trasformata, impropriamente, in *discrezionalità giudiziaria*. E non per colpa dell'amministrazione o della giurisdizione, ma di un sistema che, privo di baricentri e bussole, non è più in grado di assicurare certezze.

Al giudice, specie al giudice amministrativo, era stato affidato il compito di custode del corretto perseguimento dell'interesse pubblico. Di un interesse pubblico di cui era più o meno chiara la natura, l'origine, la provenienza. Ma è la politica, nello Stato costituzionale pluralistico, il luogo entro il quale svolgere e realizzare il bilanciamento tra gli interessi, la loro corretta contemperazione, e la loro successiva implementazione attraverso l'attività discrezionale della pubblica amministrazione. Si tratta però di un sistema delicato, particolarmente delicato nei settori in cui è più viva la necessità di operare una *redistribuzione* delle risorse economiche, attraverso l'attività amministrativa. Quel delicato sistema sembra essersi inceppato e le "prestazioni", anche di carattere sociale e socio-economico, che l'amministrazione è chiamata *costituzionalmente* a garantire attraverso le scelte discrezionali quotidianamente compiute, sono sempre più difficili da implementare.

Non è ovviamente responsabilità dei singoli giudici, ma è indubbio che il ruolo assunto dall'apparato giurisdizionale – viene qui principalmente in gioco il sistema della giustizia amministrativa, ma lo stesso potrebbe dirsi per la giustizia civile, per quella penale, financo, a un diverso livello, per quella costitu-

¹⁶ Cfr. M. DOGLIANI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, Giappichelli, 2012, 4: «È vero che – oggi come in passato – il momento presente può essere definito declinando in uno o più d'uno, dei tanti modi possibili il termine "crisi". Ma dalla morte di Dio, dalla decapitazione di Luigi XVI, dalla fine della statolatria del positivismo nazionalistico, dalla crisi di razionalità del capitalismo maturo, dalla rivoluzione ermeneutica, dalla mistica della sapienza dialogante delle Corti ... non deriva affatto che si debba dare per scontato il declino, fino all'irrelevanza, della legittimazione legale-razionale del potere pubblico».

zionale – rischia obiettivamente di essere interpretato come un ulteriore fattore di blocco, che contribuisce obiettivamente alla progressiva e sistematica perdita delle residue capacità di funzionamento del nostro apparato pubblico complessivamente inteso. Il che corrisponderebbe, né più e né meno, al fallimento dell'idea stessa di “Stato costituzionale pluralista”.

6. In conclusione: la *trahison des clerics* e le prospettive della discrezionalità amministrativa di fronte ai compiti attuali dello Stato costituzionale

È difficile, in tale quadro, dispensare ricette. Si può provare a formulare qualche auspicio, nella speranza che la classe politica, e più in generale le classi dirigenti di questo paese, siano in grado di recuperare un più fecondo rapporto con la società, rappresentandone correttamente e in una dinamica non patologica le istanze plurali e tornando così ad essere “*portatrici*” della Costituzione nel senso in cui ne parlava Mortati.

Il riconoscimento di una sfera di potere discrezionale dell'amministrazione è funzionale al corretto svolgimento di tutte le attività pubbliche inerenti il soddisfacimento di interessi collettivi. Quelle attività pubbliche, tra l'altro, sono spesso dirette a dare specifica attuazione a diritti individuali e collettivi, a partire dai diritti sociali. È sempre bene ricordare che lo stato di cose qui sommariamente descritto penalizza non certo chi può autonomamente prescindere dall'intervento dell'amministrazione, ma chi è vittima dell'inefficienza o della lunghezza dei tempi di intervento di quest'ultima. In sintesi, la crisi della discrezionalità penalizza i deboli, chi si attende – conformemente al patto costituzionale sopra più volte evocato – interventi di redistribuzione attraverso l'azione dei poteri pubblici, il cui obbligo di intervenire è iscritto a lettere di fuoco all'art. 3, comma 2, Cost.: «*È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale ...*». Quel compito è in primo luogo compito dell'amministrazione, che gestisce e implementa i servizi sociali. Non si può concepire il perseguimento e la cura degli interessi pubblici, soprattutto di *quegli* interessi pubblici, senza un'efficace azione – discrezionale – dell'amministrazione. Affinché tale azione non si inceppi inesorabilmente, non vedo altra strada che un rafforzamento e una ripresa di coscienza, da parte dei *soggetti* e dei *corpi* rappresentativi, circa il proprio ruolo costituzionale. Ad essi spetta il compito di tornare ad incarnare adeguatamente l'interesse generale.

L'anomia del nostro tempo è in parte figlia di questo vero e proprio tradimento. La rivitalizzazione della funzione rappresentativa serve a rafforzare il

legame sociale, a ricostituirne il tessuto, a consentire che si torni ad avvertire l'esigenza di elaborazione, attraverso la produzione normativa che è specchio dell'esercizio della funzione di indirizzo politico, di un'idea di interesse generale. Ciò esige naturalmente che esistano soggetti politici rappresentativi *consapevoli*, capaci di indicare agli elettori un orizzonte ideale, una visione del mondo, un'autonoma declinazione di quell'interesse generale, e di esercitare quindi una funzione di *integrazione* politica attorno ad alcune grandi visioni o progetti di società, che si contrappongano democraticamente e «*concorrano*» (per usare l'espressione valorizzata dall'art. 49 Cost.) alla definizione delle singole scelte di indirizzo politico di volta in volta in discussione. L'amministrazione, allora, potrà forse tornare ad esercitare correttamente il suo ruolo di "custode" di tale interesse generale ri-elaborato, attraverso l'esercizio di un potere di scelta "discrezionale" che si possa svolgere all'interno di un più preciso quadro di riferimento. La conclusione, insomma, è che – almeno in parte – l'attuale stato di confusione e di oggettiva delegittimazione "per via giudiziaria" delle scelte amministrative sia in fondo figlia della crisi della politica, non dell'amministrazione. Un'amministrazione forte e consapevole di sé ha bisogno, alle spalle, di una politica a sua volta forte e consapevole di sé. Consapevole, in primo luogo, del suo fondamentale ruolo *costituzionale* di promotrice dell'integrazione sociale. Se manca tutto ciò, non possiamo aspettarci altro che maldestri e per lo più inutili tentativi di supplenza da parte dei giudici.

Ma se dovessimo concludere che la giurisdizione costituisce, oggi, l'unico, inesorabile punto di caduta di ogni questione legata all'uso del potere discrezionale dell'amministrazione, e che non vi siano altri strumenti, fuori dal ricorso al giudice, per assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico, assisteremmo alla sconfitta storica della politica – non dell'amministrazione – nello Stato pluralista.

Si tratterebbe, in poche parole, di una vera e propria disfatta dell'utopia democratica novecentesca. L'idea era che, coltivando la partecipazione di tutte le diverse articolazioni della società all'assunzione delle decisioni pubbliche fondamentali, si sarebbe creato "spontaneamente" – all'interno del quadro costituzionale di riferimento rappresentante il compromesso più avanzato tra le diverse rivendicazioni sociali sollecitate dai singoli gruppi – il contesto adatto ad una più alta protezione di tutti i diritti individuali e collettivi, di cui poi l'amministrazione si sarebbe fatta – imparzialmente – garante e custode. Con la sconfitta di tale prospettiva, la legge (e più in generale l'azione politica) ha forse definitivamente perduto quella funzione "promozionale" che si riteneva le fosse propria, e la stessa rivendicazione dei diritti ha conseguentemente smarrito la sua prospettiva "emancipante": quella portata avanti da soggetti

collettivi che non si limitino a “far parte per se stessi”, combattendo eventualmente per ritagliarsi uno spazio di tutela e di sopravvivenza (prima nei retrobottega di un’aula parlamentare, e dopo, eventualmente, davanti a un tribunale), ma pretendano di realizzare nella sfera pubblica e “per tutti” gli obiettivi di emancipazione che si prefiggono.

L’età della rivendicazione dei diritti è stata, in larga misura, l’età della rivendicazione di una più avanzata partecipazione alla cosa pubblica di tutte le articolazioni della società (una volta si sarebbe detto: “delle masse”). Le questioni che sono state qui sommariamente ricapitolate sembrano invece raccontarci una storia diversa, e disegnare uno schema nel quale al fallimento dell’azione di indirizzo politico rischia di seguire il fallimento della stessa funzione emancipante dello Stato costituzionale. È lo spirito del tempo.

Il problema di fondo, allora, è quello di ricostruire una possibile saldatura tra questi due poli. I giudici continuano pure a risolvere singole controversie, a dare risposte a singoli casi concreti, a valutare nello specifico la sussistenza degli indici sintomatici dell’eccesso di potere nell’attività amministrativa. Ma si torni a mettere al centro – in primo luogo sul piano culturale – la questione degli strumenti collettivi della determinazione dell’indirizzo politico, ossia degli strumenti attraverso i quali una società è in grado di trasformare politicamente se stessa, affidando all’amministrazione pubblica i mezzi effettivi per realizzare – imparzialmente – tale compito. Il grande equivoco, oggi, non è costituito dal ruolo di supplenza esercitato dalla giurisdizione, ma dall’abdicazione – forse sarebbe meglio dire dalla diserzione sul campo – della politica, che sembra talvolta volersi autoescludere da questo suo compito fondamentale.