

2018
n. 1

P.A.
Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

Direttore responsabile

Luca R. Perfetti, Università di Bari "Aldo Moro"

Comitato di direzione

Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Francesco Follieri, Università di Bari "Aldo Moro"; Pierpaolo Forte, Università del Sannio di Benevento; Biagio Giliberti, Università Telematica "Pegaso" di Napoli; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Massimo Monteduro, Università del Salento; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria.

Comitato di redazione

Giuseppina Buia, Università del Salento; Roberto Franco Greco, Università del Salento; Lorian Maccari, Università di Urbino Carlo Bo; Federico Romoli, Università di Pavia; Donato Vese, Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia.

Comitato internazionale scientifico e di referaggio

Marcos Almeida Cerredá, Universidad de Santiago de Compostela (Spagna); Sandro Amorosino, Università "La Sapienza" di Roma; Antonio Barone, Università LUM "Jean Monnet"; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertozzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paoloefisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University (Delaware, U.S.A.); Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco (Brasile); Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli "Federico II"; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale "Luigi Bocconi"; Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Gruner, Università di Roma "Tor Vergata"; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani (Slovenia); Pierdomenico Logroscino, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze;

Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana (Colombia); Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense (Brasile); Sergio Perongini, Università di Salerno; Nicola Pignatelli, Università di Bari "Aldo Moro"; Aristide Police, Università di Roma "Tor Vergata"; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law (Francia); Anikó Raisz, Miskolci Egyetem (Ungheria); Margherita Ramajoli, Università di Milano Bicocca; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio, Benevento; Stefano S. Scoca, Università per stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem (Ungheria); Fabrizio Tigano, Università di Catania; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Alberto Urbani, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo (Giappone); Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin (Germania); Diego Vaiano, Università della Tuscia, Viterbo; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile (Cile); Stefano Villamena, Università di Macerata; Ewald Wiederin, Universität Wien (Austria); Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines (Francia); Alberto Zito, Università di Teramo.

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione
prof. Alberto Clini
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza
via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)
Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230
email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Sebastiano Miccoli
Telefono: +39 0722 303223
email: sebastiano.miccoli@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell'Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. ISSN 2610-9050. Registrazione al Tribunale di Urbino richiesta.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con **Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale**.

DONATO VESE

Dottore di Ricerca (Ph.D.) presso la Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia
Professore a contratto presso il Dipartimento di Beni Ambientali e Culturali dell'Università
Statale di Milano

donato.vese@iusspavia.it; donato.vese@unimi.it

APPUNTI SUL METODO DI FELICIANO BENVENUTI

INDICE: Introduzione – 1. Il diritto come ordinamento della realtà sociale nel metodo di Feliciano Benvenuti – 2. La libertà della persona al centro del metodo di Feliciano Benvenuti – 3. Il metodo nel “disegno” benvenutiano: dinamicità, paritarietà e imparzialità – 4. Il metodo di Benvenuti e l'elaborazione di una teoria della funzione amministrativa – 4.1. L'influsso del metodo filosofico: Kelsen, Husserl, Rickert e Mach – 4.2. L'amministrazione oggettivata e l'influsso del metodo sociologico – 4.3. La visione costituzionale dell'amministrazione e la costituzionalizzazione del procedimento – 5. Il metodo giuridico nell'ultimo Benvenuti

Introduzione

Se Massimo Severo Giannini¹ aveva espresso insoddisfazione per le problematiche, piuttosto che per il metodo in senso stretto nell'ambito degli studi di diritto amministrativo, accogliendo la lezione esposta da Santi Romano nei *Principii*, Feliciano Benvenuti «ha proposto di lasciare alla *scienza del diritto amministrativo* lo studio delle teorie e dei principi col metodo giuridico [...] e di creare un *diritto della pubblica amministrazione*, “concreto, pratico, ...casistico”, che ponga a proprio oggetto l'intero fenomeno dell'amministrazione come appare storicamente condizionata ed esistente, con i suoi reali presupposti e le sue reali esigenze, con le sue possibilità e le sue difficoltà, con i suoi scopi e i suoi risultati»².

Rileggendo e interpretando i suoi lavori e quelli dei principali studiosi che si sono occupati del suo pensiero, nelle notazioni che seguono si cercherà di cogliere alcuni aspetti del metodo giuridico di uno dei più originali Maestri ita-

¹ M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940, poi ripubblicato con aggiunte in *Quad. fior.*, 1973, p. 261 (da cui si cita). Giannini osservava che l'inadeguatezza riscontrata in tale ramo del diritto non era determinata da «un'intrinseca insufficienza dei metodi e della tecnica della scienza stessa, né da fondamentali errori d'impostazione o di costruzione delle sue nozioni, ma semplicemente da un'insufficienza di problematica».

² S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 170, che cita F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Jus*, 1956, p. 149 (corsivo dell'A.).

liani del diritto amministrativo.

In tale prospettiva si è ritenuto di osservare il metodo benvenutiano suddividendolo idealmente in cinque parti che pongono al centro dell'attenzione alcuni temi tra i quali: *i*) la teoria del diritto come ordinamento della realtà sociale; *ii*) la libertà della persona come centro di gravità del diritto amministrativo; *iii*) la dinamicità, la paritarietà e l'imparzialità del procedimento amministrativo; *iv*) l'elaborazione di una teoria della funzione amministrativa a partire dall'influsso della filosofia e della sociologia; *v*) la visione costituzionale dell'amministrazione.

1. Il diritto come ordinamento della realtà sociale nel metodo di Feliciano Benvenuti

Nelle sue opere Benvenuti dà conto di riconoscere come la scienza giuridica si sia progressivamente allontanata dalla realtà del fenomeno amministrativo³ provocando, assieme al moltiplicarsi di ricerche di teoria generale, e con queste l'elaborazione di una parte generale del diritto amministrativo i cui risultati sono validi ben oltre l'amministrazione pubblica (solo per citarne alcuni, ottenuti dallo stesso Benvenuti, nel campo della teoria generale del procedimento⁴, dell'organizzazione⁵, dell'eccesso di potere⁶, del sindacato giudiziario⁷),

³ Secondo G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti, Atti del Convegno*, Venezia, 11 dicembre 1999, Padova, Cedam, 2001, p. 5 ss., ma in part. 8, è autentico merito di Benvenuti quello di aver saputo «collegare la fedeltà verso un sistema dato, ed acquisito in quanto tale, con la ricezione della realtà di fatto per alimentare in definitiva di nuova linfa quegli stessi istituti e animarli con nuovi contenuti o nuovi intrecci».

⁴ Di cui egli è peraltro indubbiamente artefice. In tal senso, per la teoria del procedimento amministrativo come luogo di inesauribile confronto tra amministrazione, persone e interessati in condizione di paritarietà, si v. F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 807, poi in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3223 ss.

Per la teorizzazione della funzione nella distinzione tra procedimento e processo, e specificamente tra funzione in senso obiettivo – ossia quale momento della trasformazione del potere in atto subiettivo come meccanismo d'imputazione – si v. la prolusione padovana poi confluita in F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1117 ss.

Il contributo dell'A., tuttavia, è ben più vasto e si può, senza pretesa di esaustività, completare con F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in *Atti del convivium regionale di studi giuridici*, Trento, 28 giugno 1957, Trento, 1958, 49 ss.; poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1509 ss.; ID., *Die italienische Verwaltung und der Entwurf eines Gesetzes über das Verwaltungsverfahren*, in *Verwaltungsarchiv*, 1958, pp. 1 ss.; poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1695 ss.; ID., *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione*

anche uno sfasamento tra gli ulteriori sviluppi del fenomeno amministrativo nella storia e quegli stessi sviluppi nella scienza giuridica che ha portato questa seconda ad essere ormai inadeguata non solo a trattare l'intero effettivo campo della pubblica amministrazione, ma addirittura anche solo a comprendere i mutamenti in alcuni dei suoi istituti⁸.

A proposito della scienza giuridica, egli avvertiva l'esigenza di ambientare il fenomeno giuridico nella realtà sociale⁹. Pur riconoscendo nel diritto un fenomeno con una propria autonomia e in grado di autoalimentarsi, sicché è possibile farlo oggetto di studio particolare – ossia prescindendo dallo studio della realtà circostante – onde scoprirne i modi di manifestazione in un dato

autobiografica), in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 1723 ss.; poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. V, pp. 4381 ss.

⁵ Su cui si v. la prolusione tenuta all'Università Cattolica nel 1956 poi confluita in F. BENVENUTI, *Pubblica Amministrazione e diritto amministrativo*, cit., 149 ss., nonché in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1571 ss., ove, tra gli altri, è approfondito il tema della distinzione tra diritto come scienza e diritto come istituzione. Ma si v. pure ID., *L'organizzazione impropria della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pp. 968 ss., ove viene ripresa la tesi di S. ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, Padova, Cedam, 1930, pp. 431 ss., ora in ID., *Scritti scelti*, vol. II, Milano, 1950, pp. 299 ss., sul quale, in senso critico, cfr. M.S. GIANNINI, *Organi di mera erogazione e organizzazione impropria (a proposito degli enti di patronato)*, in *Riv. giur. prev. soc.*, 1959, pp. 3 ss., ora in ID., *Scritti*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 705 ss.

⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, pp. 1 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 991 ss.

⁷ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, pp. 1 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, pp. 9 ss.; ma prima si v. ID., *Inefficienza e caducazione degli atti amministrativi*, in *Giur. cass. civ.*, 1950, pp. 915 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1051; ID., *Conflitto di attribuzione e regolamento di giurisdizione nel giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1950, pp. 1 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1037; ID., *Struttura del processo amministrativo e decadenza per il mancato deposito dell'atto impugnato*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, p. 1257, poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, p. 1091; ID., *L'onere del principio di prova nel processo amministrativo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, pp. 776 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1103.

Per le opere successive alla monografia del 1953 si v. ID., *Sull'ammissibilità di ricorsi c.d. interruttivi nel contenzioso dei Tributi Locali*, in *Giust. fin.*, 1956, pp. 7 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1439; ID., *L'impugnazione dei regolamenti*, in *Il foro amm.*, 1982, pp. 532 ss.; ID., *Diritto sostanziale e diritto processuale: un caso clinico con una morale*, in *Il foro amm.*, 1980, pp. 1903 ss.; poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. IV, pp. 3615 ss.; ID., *Evoluzioni nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1982, pp. 36 ss., (dalla relazione al Convegno celebrativo del 150 anniversario della fondazione di Consiglio di Stato, Torino, 27-29 novembre 1980), poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. IV, pp. 3673 ss.; ID., *La sospensione nel processo amministrativo*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1987, pp. 1 ss., (dalla relazione tenuta al convegno "Il giudizio cautelare amministrativo: aspetti e prospettive", Brescia, 4 maggio 1985); ID., *Nuovi indirizzi nel processo amministrativo*, in *Dir. ec.*, 1998, pp. 523 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. V, pp. 4517 ss.; ID., *La giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica in Amm. contab. Stato ed enti pubbl.*, 1998, 169-172, (dall'intervento all'omonimo convegno tenutosi a Siena il 13-14 giugno 1997).

⁸ F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione*, cit., p. 155.

⁹ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, Cedam, 1987, p.

8.

momento, Benvenuti osservava come il diritto fosse anche un fenomeno sociale, che, in quanto tale, trova la sua stessa ragione di esistere nella società in cui si manifesta e nella quale pone un ordinamento. Di ciò egli era ben consapevole tanto che nel suo metodo accoglieva l'idea secondo la quale, assieme alle esigenze del sistema giuridico, il diritto deve soddisfare le esigenze del sistema sociale in cui esso vive.

In questa prospettiva è agevole notare come gli *Appunti* benvenutiani si snodino attorno al concetto che egli ha di diritto e di metodo del diritto quale fenomeno sociale. «Si chiama dunque diritto (obiettivo), nell'ambito di una Società quell'insieme di regole che *ordinano* in modo uniforme la *libertà* e l'*autorità*, disciplinando le loro manifestazioni e i loro rapporti»¹⁰. Vi è, dunque, la consapevolezza che solo se le posizioni di libertà sono eguali per tutti, esse possono dirsi effettivamente appartenenti ad ognuno dei consociati, di modo che l'autorità non si ponga d'ostacolo alla libertà di ognuno.

Il sistema che permette la coesistenza della libertà con l'autorità – dei diritti pubblici soggettivi con la sovranità – è rappresentato da ciò che viene definito un sistema uniforme; e poiché l'uniformità esclude l'arbitrarietà, un sistema uniforme, secondo Benvenuti, è per forza di cose un sistema ordinato. Sicché «questo ordine uniforme, o, se lo si guarda dal lato dinamico, questo *ordinamento uniformatore* è [e non può che essere] il *diritto*»¹¹.

Nel diritto le regole, poiché ordinano uniformemente libertà e autorità disciplinando le loro manifestazioni e i loro rapporti, hanno quale loro intrinseca caratteristica la bilateralità, ossia l'essere dirette a regolare le relazioni tra almeno due soggetti: sta in ciò, secondo la riflessione benvenutiana, la naturale conseguenza del fatto che il diritto sia essenzialmente un fenomeno sociale¹².

2. La libertà della persona al centro del metodo di Feliciano Benvenuti

Si è osservato in dottrina¹³ come in Benvenuti il diritto sia ordinamento, anche nel senso di «insieme di collegamenti razionali, ordine e coerenza complessiva del sistema»¹⁴.

¹⁰ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 6 (corsivi aggiunti).

¹¹ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.* (primo corsivo aggiunto).

¹² F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 7.

¹³ L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 108.

¹⁴ Su cui cfr. S. CASSESE, *Cultura e politica*, *cit.*, pp. 134-135. «Mentre il *Corso* di Giannini è importante per gli orientamenti di fondo e per l'analisi ricchissima dei temi, negli *Appunti* di

Si tratta di un carattere non marginale per le implicazioni che ne derivano sul versante del metodo giuridico benvenutiano, perché pone in rilievo l'idea che il diritto «sia sempre e comunque ideazione dei giuristi e non solo dell'autorità»¹⁵. In quest'ottica, secondo Benvenuti, l'autorità potrà produrre leggi o sentenze, provvedimenti o decreti, ma l'ordinamento è e resta sempre una creazione teorica, «responsabilità dell'intellettuale»¹⁶. Entro tale orizzonte si colloca l'idea di fondo che è costituita dalla libertà della persona nei confronti dell'autorità e che costituisce, in fondo, il tema attorno a cui ruotano tutte le principali opere di Benvenuti¹⁷, caratterizzando profondamente anche il suo metodo.

È sulla centralità della libertà della persona che viene capovolto il paradigma della relazione tra libertà e autorità, rispetto alla tradizione¹⁸. È sulla libertà l'ultimo libro di Benvenuti¹⁹. Sebbene vi abbia dedicato una lunga e prolifica attività di studioso del diritto pubblico e amministrativo²⁰ è solo con il

Benvenuti domina l'impegno volto verso l'architettura, il *disegno* complessivo» (corsivo aggiunto). È emblematico come circa vent'anni dopo, Benvenuti intitolerà il suo manuale di diritto amministrativo *Disegno dell'amministrazione italiana*.

¹⁵ L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 108.

¹⁶ L.R. PERFETTI, *op. loc. ult. cit.* Benvenuti sottolinea non di rado quest'aspetto della scienza giuridica. In particolare, egli afferma come la scienza, e in particolare la scienza giuridica, rappresenti un continuo tentativo di raggiungere verità e certezze che dipendono, però, solo dalle scelte e, perciò, dalle posizioni e, nel diritto, da quella che egli chiama «etica dell'osservatore».

¹⁷ È evidente come l'intera produzione scientifica di Benvenuti si incentri sul tema della libertà della persona. Non vi sono argomenti che egli ha trattato in cui può dirsi che non si sia misurato con la libertà dell'individuo: con la partecipazione e il procedimento, con la democratizzazione delle strutture burocratiche, con una nuova idea della legislazione, con il regionalismo, con il diritto paritario, con la demarchia, infine, allorché la situazione dell'autorità era tale da non sembrare più utile mutarla in tutto o in parte – apparendo la necessità di aprire vie alla libertà che potevano prescindere dall'autorità stessa – con l'autoamministrazione.

¹⁸ Su cui si v. L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 103, il quale aggiunge: «la libertà è insieme anima e conseguenza giuridica necessitata della concezione costituzionalmente orientata del rapporto amministrativo».

¹⁹ Su cui, tra tutti, si v. G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, pp. 323 ss., ma sul punto spec. pp. 328-329. «La riflessione sull'amministrazione come parte dell'organizzazione sociale approda così coerentemente alla previsione di uno statuto del cittadino, del nuovo cittadino, portatore insieme di diritti di libertà e doveri di solidarietà, investito di una capacità in proprio di provvedere in forma singola o associata alla cura di finalità di interesse generale: guardando a un compiuto espandersi del principio democratico che investa insieme istituzioni e società e che Egli sintetizza nella nozione di “demarchia”». Da ultimo, si v. G. PASTORI, *L'insegnamento di un maestro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 143 ss.

²⁰ È singolare come prima di tale opera Benvenuti non senta mai il bisogno di trattare direttamente della libertà. La sua opera generale, gli *Appunti di diritto amministrativo*, segna il momento del capovolgimento e si avvia l'edificazione dell'intero diritto amministrativo dalle posizioni soggettive delle persone. Ma, in esso, è presente un'informazione saggiamente sintetica delle diverse posizioni soggettive e il fondamento del discorso nelle norme

*Nuovo cittadino*²¹ che viene fatto oggetto diretto di trattazione l'argomento della libertà, come è evidente già dal sottotitolo: *tra libertà garantita e libertà attiva*²².

Va detto che, come tutti i frutti della sua ricerca, l'opera è maturata in maniera graduale, per certi versi forse anche in modo involontario come è confessato dallo stesso Benvenuti nella *Presentazione* dell'opera²³, ma senz'altro essa è stata oggetto di una lunga meditazione²⁴. Un'autobiografia, ma anche un'autocritica – come lo stesso Benvenuti ammette²⁵ – che ripercorre le tappe salienti e gli approdi dei suoi scritti e che allo stesso tempo ne fa cogliere meglio il metodo.

Pur aderendo come giurista alle tesi neopositivistiche²⁶ ed accogliendo la concezione che guarda al diritto come «natura creata dall'uomo» e quindi come campo da studiare con le stesse «metodiche di una scienza naturale»²⁷, vi è la consapevolezza che il diritto, anche quello amministrativo, come ogni fatto naturale, non possa fare a meno di adottare un punto di vista che relativizzi la co-

costituzionali sulle pretese individuali. Nell'*Ordinamento repubblicano*, non vi è nemmeno un cenno all'argomento. Nelle grandi opere sulla funzione, sulla partecipazione procedimentale, sull'amministrazione obiettivata, non si avverte la necessità di discuterne. Si sostituisce l'anima dell'esteso e possente edificio concettuale del diritto amministrativo e il potere lascia il posto alla libertà. Appare ormai evidente che, capovolto il rapporto autorità/libertà, non è più il potere a reggere la struttura, ma la libertà delle persone. Eppure, come si diceva, non la si definisce: «la libertà è un fatto; essa è oggetto della riflessione di diversi saperi; al giurista spetta misurarne il rilievo giuridico» (cfr. L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 105).

²¹ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, poi in *Scritti giuridici, cit.*, vol. I, pp. 869 ss.

²² Ossia dalla «libertà garantita» nei confronti delle istituzioni alla «libertà attiva» capace di farsi strumento essa stessa di amministrazione e capace di operare responsabilmente per finalità di interesse generale. Sul punto cfr. G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo, cit.*, p. 329, nonché U. ALLEGRETTI, *La verità è nell'assunto. Stato e istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti, cit.*, pp. 51 ss., ma spec. pp. 63-65.

²³ Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, in *Scritti giuridici, cit.*, vol. I, pp. 873. «Quando ho iniziato a scrivere queste pagine non pensavo né di farne un libro né di farne un'autobiografia [...] benché mi fossi posto come obiettivo quello di scrivere soltanto un'introduzione a una rielaborazione di due miei contributi. Si fa riferimento, in particolare, a *L'Ordinamento repubblicano* e agli *Appunti di diritto amministrativo*.

²⁴ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 874. «Le idee che qui sono esposte non sono il frutto di una invenzione improvvisa ma la somma di una serie di assaggi che, sulla base di una intima immutata persuasione, hanno cercato di scoprire quanto di nuovo scaturendo dal vecchio».

²⁵ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 875. Un'autocritica, perché «nella grande disputa che si svolge attraverso i secoli tra la razionalità e l'irrazionalità della conoscenza, sono stato sempre portato verso il bisogno di *certezze*, pur se temperato dalla consapevolezza del *dubbio*» (corsivi aggiunti).

²⁶ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 874, dove è lo stesso A. ad affermare che da interprete tecnico «ader[ì] all'inizio alle tesi neopositivistiche accettando una concezione del diritto come [...] campo da studiare con le stesse metodiche di una scienza naturale».

²⁷ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.* «Mi convinsi, allora, che il diritto come “natura” doveva essere studiato attraverso elementi tratti dal suo interno, escludendo ogni *inframmettenza* di *interessi finalistici* che non potevano non turbare l'*esatta* comprensione» (corsivi aggiunti).

noscenza: l'aver accolto il punto di vista della persona e della posizione fondamentale di libertà a questa spettante, nel riformulare i rapporti fra la persona e l'autorità²⁸, così da poter proporre poi una ricostruzione di tali rapporti nei termini diversi, se non addirittura antitetici, rispetto a quelli che ci aveva consegnato il diritto amministrativo tradizionale, in ciò si può dire che vi è già una precisa scelta di metodo, la quale poi sarà alla base di tutta la lunga attività di studioso e di cultore del diritto pubblico e amministrativo.

Come si è osservato in dottrina²⁹, la libertà in Benvenuti può essere colta anche quale metodo storico in funzione della tutela della libertà c.d. attiva della persona.

In tal senso lo storicismo benvenutiano appare di grande attualità per il fatto che disvela la marcata relatività che esiste nelle modalità di configurazione del potere pubblico. Se è evidente, infatti, che la libertà è soprattutto un concetto storicamente determinato e in permanente confronto con il potere³⁰, il monito che Benvenuti lancia è allora nel senso di mettere in dubbio anche quei principi giuridici fondamentali che pretendono di rappresentare le invarianti del rapporto giuridico pubblicistico.

Ciò è chiaramente affermato quando, sul significato della libertà attiva, viene ribadito come «non sia per nulla appagante postulare la necessità del riconoscimento di questa nuova libertà se poi la stessa non fosse collocata nell'ambito della storia, o, meglio, nell'ambito di quella evoluzione dello Stato contemporaneo dove ogni affermazione di libertà è stata espressa mediante precetti giuridici»³¹.

3. Il metodo nel “disegno” benvenutiano: dinamicità, paritarietà e imparzialità

Per rintracciare ancora il metodo benvenutiano occorre rileggere alcuni passi del *Disegno dell'amministrazione italiana*³².

²⁸ Sul punto cfr. G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, cit., p. 324.

²⁹ In tal senso si v. B. SORDI, *Istituzioni e storia*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., pp. 39 ss., ma spec. pp. 46 ss., il quale, nel sottolineare la grande attualità dello storicismo di Benvenuti, spiega come non vi siano invarianti nel suo pensiero al di là dei valori della libertà, individuale e collettiva.

³⁰ L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., pp. 104, che spiega come Benvenuti, capovolgendo l'idea tradizionale della relazione libertà/autorità, tesse il «filo di un'idea libertaria», la quale resta pur sempre minoritaria nel nostro Paese.

³¹ Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., pp. 912.

³² F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996.

Il titolo dell'opera è già di per sé significativo. Non si ha in mente né un *Corso*, né un *Manuale*, né tanto meno un *Trattato*, ma un «“Disegno” perché esso cerca di far comprendere il fenomeno dell'Amministrazione nelle sue linee sia positive che prospettive utilizzando, per così dire, il chiaroscuro che nel disegno serve a dare la dimensione globale della cosa rappresentata»³³.

Consapevole della tradizionale concezione dell'amministrazione come rappresentazione statica e «bidimensionale» – vale a dire di un'amministrazione posta nello spazio assegnatole dal diritto costituzionale e dal diritto suo proprio – Benvenuti offre una rappresentazione dinamica e «tridimensionale» di amministrazione, colta cioè anche nel suo tempo (passato presente futuro), che allarga lo spazio a quel diritto delle persone che viene generalmente sacrificato di fronte alla forza dell'autorità³⁴.

Tenere presente il tempo, in Benvenuti, significa scorgere quelle “linee positive” che sono componenti del fenomeno amministrativo – come è per il rapporto tra libertà e autorità, tra autoamministrazione e burocrazia, tra diritti di partecipazione all'esercizio della funzione amministrativa e poteri d'impero esercitati unilateralmente, infine tra politica e amministrazione – e tentare di tracciarne “le prospettive”³⁵.

Di concezione statica si parla soprattutto in riferimento al tradizionale modo di concepire il procedimento amministrativo. È noto come in passato le persone non avessero alcun accesso alla funzione amministrativa, tanto che il provvedimento che le riguardava veniva adottato dai vari enti e organi e senza il loro consenso. In altre parole l'amministrazione procedeva in vista dell'adozione dell'atto finale sulla base di apporti esclusivamente interni, spettando ad essa soltanto l'esercizio della funzione.

Benvenuti avvertiva come l'esercizio della funzione amministrativa avesse completamente ignorato i destinatari della stessa, connotando il procedimento per una spiccata staticità nei confronti delle persone, alle quali, ove i prov-

³³ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 1.

³⁴ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.* Sull'argomento della forza da parte dell'autorità pubblica si v. L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, 1, pp. 3-43 (consultabile in *open access* al link <http://ojs.uniurb.it/index.php/pea/article/view/1250/1148>). Secondo l'A., che, nello scritto fa ampio uso del metodo della comparazione con altri ordinamenti e con altre scienze, 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 che riempiono lo spazio lasciato alla decisione discrezionale e la sottraggono dalla «pura volizione». 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.

³⁵ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana, cit.*, p. 2.

vedimenti adottati fundamentalmente *inaudita altera parte* dall'amministrazione avessero leso le loro prerogative, non restava che la via dei ricorsi sia in sede amministrativa che in sede giurisdizionale (secondo ciò che egli definisce «libertà passiva»³⁶).

Alla visione statica del procedimento, già in tempi non sospetti³⁷, Benvenuti ne contrapponeva una dinamica, per avvalorare i risultati conseguiti sul versante della teoria generale.

Se il procedimento non viene concepito in modo statico, ma viene valorizzata al suo interno la posizione della persona nei confronti dell'amministrazione, ciò che consegue è che l'autorità muta non solo il suo atteggiamento di fronte al potere, ma addirittura la sua stessa posizione nell'ambito dell'ordinamento. Il fatto di ascoltare gli interessi coinvolti, prima di decidere, tende a porre l'amministrazione su di un livello paritario con la persona e, dunque, a fare dell'attività amministrativa un'attività necessariamente e non solo teleologicamente imparziale³⁸, secondo il principio dell'art. 97 Cost.

La necessaria presenza del procedimento se da un lato postula l'imparzialità dell'amministrazione, dall'altro postula anche un rapporto di paritarietà tra questa e la persona. Occorre precisare che i valori sottesi a queste due espressioni, imparzialità e paritarietà, non si pongono sullo stesso piano. Ciò perché se si guarda alla posizione di paritarietà della persona, si deve escludere che essa abbia una specularità rispetto all'imparzialità dell'amministrazione. Se la paritarietà significa possibilità di partecipare all'esercizio della funzione, tale possibilità non può essere configurata come un dovere pubblico, essendo la collaborazione della persona rimessa ad una sua insindacabile valutazione. Viceversa l'imparzialità ha nel nostro ordinamento un valore permanente e inderogabile: l'amministrazione, in virtù del principio dell'art. 97 Cost., non può non essere imparziale poiché ciò costituisce prima

³⁶ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino, cit., passim*.

³⁷ Basti pensare che il saggio "Funzione amministrativa, procedimento, processo" risale al 1952, mentre il saggio "Per un diritto amministrativo paritario" è del 1974, rispettivamente quaranta e venti anni prima dell'introduzione della legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990).

³⁸ In questo senso si profila la qualità dell'amministrazione come soggetto imparziale, ossia come soggetto che non deve essere l'unico conduttore della funzione ma deve riconoscere a ciascun altro coinvolto nel procedimento la propria parte. Benvenuti spiega anche come l'enormità del numero degli atti amministrativi che vengono portati all'esame dei giudici è dimostrazione eloquente di tale situazione, cui va aggiungendosi l'atteggiamento, ormai quasi connaturato dei cittadini, di aggirare l'autorità ponendo in essere comportamenti se non eversivi, almeno evasivi.

ancora che un dovere, una componente essenziale del suo agire³⁹.

Come si può vedere quelle del *Disegno* benvenutiano non sono linee fisse e immutabili, tracciate una volta per tutte. Sono invece linee che scorrono continuamente lungo il corso dell'intera trattazione, quali risultati, sì del diritto positivo, ma che tengono sempre in considerazione la realtà sociale, il dato fenomenico, il mondo circostante e con essi le altre scienze che se ne occupano. Tant'è che il continuo emergere dei dati della realtà conferisce all'opera un andamento per così dire spezzato e, appunto, tridimensionale come è di ogni rappresentazione prospettica e non istantanea.

Di qui la consapevolezza che «ogni aspetto della cultura contemporanea è fatto di continue acquisizioni che [...] rappresentano il presupposto delle successive [...]. Ciò è vero nell'opera delle scienze naturali e in quella delle scienze morali». Sicché apparirà superfluo aggiungere che l'intera opera benvenutiana, nell'ottica di formulare un metodo del diritto amministrativo per quanto possibile aperto al dialogo con gli altri saperi, non deve essere vista come un risultato definitivo, ma come «un tentativo e, appunto, un *disegno*»⁴⁰.

4. Il metodo di Benvenuti e l'elaborazione di una teoria della funzione amministrativa

4.1. L'influsso del metodo filosofico: Kelsen, Husserl, Rickert e Mach

Appare utile, ora, mettere in rilievo i principali punti di contatto fra il metodo di Feliciano Benvenuti e quello di alcuni filosofi nella elaborazione della sua teoria della funzione amministrativa⁴¹.

Con la teoria della funzione⁴², nel segno di un continuo e vivace confronto con la filosofia, Benvenuti offre un'impostazione originale che avvalorata in termini giuridici il processo di trasformazione del potere conferito all'amministrazione dall'ordinamento giuridico, in una decisione concreta de-

³⁹ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 240-242, dove si aggiunge che l'imparzialità ha un valore sostanziale sia per quanto riguarda la configurazione del soggetto, sia per quanto concerne la validità dei suoi atti.

⁴⁰ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 3.

⁴¹ Se ne dà ampiamente conto in L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., *passim*, ma spec. pp. 109-117, ove l'A. mette in luce come la teoria benvenutiana della funzione vada colta anche in relazione alla sua profonda sensibilità per l'indagine filosofica.

⁴² G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., p. 10, secondo il quale Benvenuti è tornato ripetutamente sulla sua teoria della funzione, «eleggendo questo concetto a punto centrale della propria riflessione».

stinata ad imporsi ai destinatari con la particolare efficacia giuridica dell'esecutorietà⁴³.

Va detto, anzitutto, che l'avvento della teoria della funzione in senso giuridico non è da ricollegarsi necessariamente alla distinzione metodologica tra strutturalismo di impostazione kelseniana⁴⁴ e funzionalismo⁴⁵, in voga nel Novecento e che ha avuto una forte eco anche nell'ambito del diritto amministrativo⁴⁶. Senonché è invece evidente come la teoria della funzione – con cui viene spiegato il procedimento e la sua relazione con il processo – sia essenzialmente ispirata all'impianto kelseniano. Ciò che non può mettersi in dubbio è che l'elaborazione della teoria della funzione in termini giuridici resta pur sempre debitrice dell'impianto normativista, soprattutto con riguardo al rilievo «forma-

⁴³ In questi termini cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 108. Negli *Appunti di diritto amministrativo*, cit., p. 85, Benvenuti spiega come «è attività giuridica la trasformazione di un potere giuridico, ipotizzato in una norma, in un atto, ossia in una concreta modificazione della realtà per effetto dell'applicazione di quel potere». Sul punto si v. ancora G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., p. 10, secondo il quale la funzione in Benvenuti è «attività di mezzo tra la norma e l'atto».

⁴⁴ Sul punto cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 33 ss. L'A. spiega come storicamente lo scarso interesse per il problema della funzione sociale nella teoria generale del diritto sia da collegarsi proprio al rilievo che i grandi teorici della scienza giuridica Jhering e Kelsen hanno dato al diritto come strumento specifico, la cui specificità non derivava dai fini cui serve ma dal modo con cui i fini, quali che siano, vengono perseguiti e raggiunti. In tal senso, da una parte, deponeva la nota affermazione di H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, Deuticke, 1934, tr. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000, p. 72, secondo cui la dottrina pura del diritto «non [deve] considera[re] lo scopo che viene perseguito e raggiunto per mezzo dell'ordinamento giuridico, ma considera soltanto l'ordinamento giuridico stesso; e considera questo ordinamento nell'autonomia normativa propria della sua struttura e non già relativamente a questo suo scopo», dall'altra, l'influsso di Jhering, il quale, nonostante il titolo della sua opera, *Lo scopo nel diritto*, concentrava tutta l'attenzione non sul fine ma sullo strumento, cioè sulla coazione e sulla organizzazione di essa.

Nella stessa direzione cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, with a Poscript edited by P.A. BULLOCH e J. RAZ, Oxford, Clarendon, 1961, tr. it. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002.

⁴⁵ In tal senso le impostazioni (neo)giusnaturalista, positivista, libertaria, su cui si v. L. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, tr. it. (par.) *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982, (ma in senso contrario cfr. R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, tr. it. *Anarchia, stato e utopia*, Milano, Il Saggiatore, 2000; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980, tr. it. *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, Giappichelli, 1996) e i suoi aggiornamenti, fra cui cfr. J. RAZ, *The Concept of a Legal System: an introduction to the theory of legal system*, Oxford, Clarendon, 1970, tr. it. *Il concetto di sistema giuridico un'introduzione alla teoria del sistema giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1977, che hanno posto in evidenza la validità degli elementi funzionalisti.

⁴⁶ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 53, spiega come l'avvento dello strutturalismo abbia offuscato nel panorama europeo le teorie pluraliste. Su quest'ultime per il diritto amministrativo, fra tutti, si v. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946, e ora anche A. ROMANO, *L'«ultimo» Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013.

le, sostanziale e materiale [...] dei diversi regimi di efficacia della decisione»⁴⁷.

Un profilo di maggior contatto fra il metodo benvenutiano e l'impostazione normativista va ravvisato nella relazione che lega il funzionamento della *Grundnorm* kelseniana alla spiegazione del potere come energia giuridica in Benvenuti⁴⁸. Come la *Grundnorm* ha infatti la funzione di conferire validità alle norme, nel senso di assegnare ad esse un'energia giuridica di cui sarebbero altrimenti prive, così il potere conferisce validità alla decisione amministrativa in Benvenuti; sicché si è di fronte a due tipi analoghi di trasformazione: dalla sovranità dell'ordinamento alla validità dell'ordinamento per Kelsen e dal potere alla decisione amministrativa per Benvenuti⁴⁹.

Una certa influenza sul metodo di Benvenuti ha esercitato la fenomenologia di Edmund Husserl⁵⁰, con riguardo soprattutto al rapporto tra giudizio e significato con cui si è aperta una breccia, per la ricostruzione in termini giuridici della funzione, alla teoria dell'intenzionalità e con essa alla distinzione tra atto mentale e fenomeno. Di qui, sul piano teorico della ricostruzione della funzione, è parso ragionevole ricollegare alla distinzione tra atto mentale e fenomeno la distinzione tra potere e provvedimento, conferendo alla funzione una natura trasformativa in qualche modo necessaria.

Come dichiarato dallo stesso Benvenuti⁵¹ e come messo in luce dalla dottrina⁵², particolare importanza per l'elaborazione della sua teoria della funzione hanno avuto anche Rickert⁵³ e soprattutto Mach⁵⁴. E ciò per due ordini di motivi: il primo per l'indicazione della funzione come rapporto di trasformazione tra dominio e codominio; il secondo per l'indicazione circa le "sensazioni" come mezzo di creazione e percezione della realtà che mette in rilievo il concetto di funzione come correlazione di fenomeni rispetto al tipico rapporto di causalità⁵⁵.

⁴⁷ L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 110.

⁴⁸ Per quest'idea si v. L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 111.

⁴⁹ L.R. PERFETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁰ Su cui, tra le altre, si v. E. HUSSERL, *Logische Untersuchungen. Erster Teil. Prolegomena zur reinen Logik*, Halle, Niemeyer, 1910; ID., *Die reine Phänomenologie, ihr Forschungsgebiet und ihre Methode*, in *Tijdschrift voor Philosophie*, 1976, 38, p. 363; ID., *Erste Philosophie (1923-24). Zweiter Teil: Theorie der phänomenologischen Reduktion*, Haag, Nijhoff, 1956.

⁵¹ F. BENVENUTI, *Il diritto, scienza umana*, in *Jus*, XXX, 1983, pp. 3 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. IV, pp. 3797 ss, ma sul punto in part. p. 3800.

⁵² Si v. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 111; G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., p. 9.

⁵³ Anche se, come vedremo, l'influsso delle tesi di Rickert su Benvenuti è più evidente e gioca un ruolo importante sull'argomento dell'«amministrazione oggettivata».

⁵⁴ E. MACH, *Erkenntnis und Irrtum. Skizzen zur Psychologie der Forschung*, Leipzig, Barth, 1905, tr. it. *Conoscenza ed errore: abbozzi per una psicologia della ricerca*, Torino, Einaudi, 1982.

⁵⁵ Cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 111.

La teoria sulla funzione e l'annessa epurazione del momento finalistico, se da un lato fanno emergere la distanza dell'impostazione benvenutiana⁵⁶ da quell'idea di Santi Romano⁵⁷ del potere come cura in concreto dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione e con l'elaborazione della funzione in ragione del suo contenuto, dall'altro ne fanno meglio cogliere l'adesione all'impostazione di Kelsen.

Vero è che nella teoria romaniana, come osservato in dottrina⁵⁸, elemento costitutivo del concetto di potere è il fine che gli è connaturato e il suo tratto peculiare è costituito dal perseguimento degli interessi oggettivi tutelati dallo Stato e quelli stessi che in lui si impersonano⁵⁹. In Romano il potere è quindi costruito come il momento in cui, avvalendosi della capacità giuridica, il soggetto afferma di poterla esprimere in una data direzione e con un determinato fine⁶⁰.

Appare chiaro, per quanto sinora visto, che il metodo di Benvenuti si allontana da quello romaniano cui la dottrina italiana del diritto pubblico era stata legata⁶¹.

4.2. L'amministrazione oggettivata e l'influsso del metodo sociologico

Sempre nell'ambito della teoria della funzione, va osservato ora come la presenza degli interessi delle persone nel procedimento amministrativo coinvolga la posizione dell'amministrazione, che così, tramite il contraddittorio, scende sullo stesso terreno dell'altra parte e ne diviene compartecipe. Più precisamente, secondo Benvenuti, nella concezione "partecipata"⁶² del procedimen-

⁵⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., vol. II, pp. 991 ss.

⁵⁷ Il riferimento è a S. ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, Giuffrè, rist. inalt., 1953, pp. 172 ss.

⁵⁸ Cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 115. L'A. sottolinea l'importanza, pur nella disputa tra oggettività e purezza della scienza giuridica da un lato ed istituzionismo e rilievo dei fini dall'altro, del ruolo che giocano le varie concezioni della sovranità «per qualunque costruzione teorica del potere e delle pretese delle persone nei confronti di questo». Sull'argomento si v. anche ID., *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 653.

⁵⁹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., *passim*.

⁶⁰ S. ROMANO, *Poteri, potestà*, cit., pp. 180 ss.

⁶¹ F. BENVENUTI, *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, 1989, p. 2.

⁶² Su cui si v. G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, cit., in part. pp. 327 ss. Secondo l'A., Benvenuti ha dimostrato come i principi e le regole del procedimento si traducano in altrettanti obblighi dell'amministrazione e corrispondenti diritti

to la persona entra in un rapporto “attivo” con l’amministrazione attraverso l’esercizio di poteri di co-determinazione, divenendo parte attiva del rapporto giuridico pubblico e non rimanendo più parte passiva.

A tal proposito Benvenuti, rifacendosi anche ai principi di sociologia dell’amministrazione, sottolinea come la partecipazione della persona all’azione amministrativa abbia lo scopo di eliminare molti casi di errore nell’esercizio della funzione e, conseguentemente, di diminuire le possibilità che l’amministrazione ponga in essere degli atti illegittimi. In tal senso è ragionevole ritenere che il coinvolgimento della persona nell’esercizio della funzione, facendo innalzare il livello di attenzione sul procedimento, abbassi il numero di errori da parte dei funzionari dell’amministrazione insieme ai costi (economicità dell’azione)⁶³. Parimenti è ragionevole ritenere che si verifichi un miglioramento del contenuto delle decisioni amministrative come conseguenza del fatto che la partecipazione della persona apporta tutti quei dati e quelle informazioni di solito non possedute dalla pubblica amministrazione.

Il fenomeno della partecipazione procedimentale fa abbassare anche il numero dei ricorsi giurisdizionali da parte dei soggetti danneggiati dagli atti illegittimi dell’amministrazione⁶⁴, facendo così aumentare l’efficienza dell’azione amministrativa. La maggiore inclusione della persona all’interno del procedimento, in sostanza, agirebbe da stimolo per il miglioramento della funzione in termini di risultato.

Visto sotto questa nuova luce, il procedimento non permetterebbe più un esercizio puramente “soggettivo” dell’attività amministrativa⁶⁵, consentendo invece di avvicinarsi all’ideale di una “amministrazione oggettivata”, formula

degli interessati in ordine al fedele svolgimento dell’amministrazione e al conseguimento in modo sollecito, rapido e semplice dei risultati (atti o prestazioni).

Il che ben si ricollega alla connotazione di base dell’amministrazione come funzione di organizzazione e integrazione sociale finalizzata a provvedere, secondo gli scopi obiettivati dalla Costituzione e dalle leggi, ad aspettative e interessi sostanziali delle persone singole e associate.

Il procedimento, così configurato, esprime quindi il riconoscimento nei confronti delle persone singole e associate di una posizione di «coamministranti», è il primo e principale modo a cui Benvenuti guarda per realizzare una vera associazione di queste per l’amministrare. Ma ciò potrà tradursi, come poi è avvenuto, anche nella previsione e nell’utilizzo non solo di modalità partecipative, ma anche di modalità contrattuali per il perseguimento degli scopi cui l’amministrazione è ordinata.

⁶³ Cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell’amministrazione italiana*, cit., p. 233. È risaputo, infatti, «che difficilmente i funzionari riconoscono di errare [...] mentre l’apporto del terzo pone il funzionario in condizione di conoscere e, quindi, di riconoscere l’eventuale errore».

⁶⁴ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 243.

⁶⁵ Sul procedimento come mezzo di oggettivazione dell’attività amministrativa si v. M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell’agire pubblico*, Padova, Cedam, 2001, spec. pp. 110 ss.

con la quale si intende fare riferimento non tanto al fatto che l'esercizio della funzione sfocia in un atto più vicino alla verità materiale, bensì al risultato del confronto tra gli interessi e i loro portatori con conseguente «desoggettivizzazione della decisione»⁶⁶.

In relazione alla verità materiale va detto che ad essa si perviene in ambedue i casi di applicazione del potere, vale a dire sia in quello dell'interpretazione della norma che in quello dell'interpretazione dei fatti. Secondo Benvenuti è pacifico che l'interpretazione della norma debba essere "obiettiva", risultando altrimenti viziata per eccesso di potere sotto la forma dello sviamento. Tuttavia sono proprio gli altri casi di eccesso di potere per vizio della funzione⁶⁷ il cui ricorrere può essere eliminato per effetto degli apporti procedurali degli interessati a giustificare l'interpretazione oggettiva delle norme. Si pensi in tal senso ai casi di diversità di trattamento, di contraddittorietà con altri atti o di manifesta illogicità o, in misura maggiore, ai vizi per manifesta inopportunità, senza tralasciare i casi nei quali i vizi di un atto amministrativo attengono all'opportunità sotto il profilo del merito.

Come si può vedere ciò che rileva sotto i profili analizzati è il fatto che questi siano accomunati dallo sviluppo dialettico che contraddistingue il dinamismo attuativo della funzione. Tale sviluppo dialettico viene ad esplicarsi nel procedimento in base al principio del contraddittorio che, in ragione di ciò, assume un valore sostanziale e non meramente formale, obbligando l'amministrazione a prendere in esame, anche qui oggettivamente, tutti gli apporti procedurali del soggetto interessato⁶⁸.

Quello appena visto non è l'unico vantaggio derivante dal ruolo che la persona riveste nella visione dinamica e paritaria del procedimento. Ad essere rilevanti sono pure le conseguenze che si ottengono nel campo della scienza politica (o, come egli dice, «dell'educazione politica»)⁶⁹. Una volta resa consapevole non solo dei propri diritti e doveri, ma anche dei propri poteri, la persona finirà infatti per assumere condotte inevitabilmente più responsabili nei confronti dello Stato; allo stesso tempo il potere politico, e naturalmente quello amministrativo, si troveranno a dover adottare un atteggiamento che tenga in maggior conto le richieste delle persone.

⁶⁶ Cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., p. 243, ove l'A. riconosce pure che il potenziamento della fase partecipativa può portare ad un aggravamento dell'attività dell'amministrazione la quale è costretta ad una continua dialettica con l'amministrato.

⁶⁷ Su cui il rinvio è anche a F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., vol. II, pp. 991 ss.

⁶⁸ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., p. 244.

⁶⁹ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 234.

In relazione all'argomento dell'amministrazione oggettivata è dato rintracciare un certo influsso che altri saperi, come la filosofia e soprattutto la sociologia, hanno avuto sul pensiero e sull'opera di Feliciano Benvenuti.

Particolare importanza sul versante metodologico ha avuto l'impostazione weberiana. E ciò, a ben vedere, getta una luce nuova sulla incondizionata adesione di Benvenuti alla visione kelseniana del diritto, se si pensa che proprio il giurista austriaco si avvale dell'opera di Max Weber⁷⁰, oltre che per proporre una netta distinzione tra scienza giuridica e sociologia (in particolare in *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* del 1922 e in *General Theory of Law and State* del 1945).

Nell'amministrazione oggettivata l'influenza weberiana si osserva particolarmente sul versante metodologico dove opera nella prospettiva dell'oggettività, vale a dire come possibilità del sapere di acquisire una validità intersoggettiva astraendosi dalla conoscenza soggettiva. Vero è che viene recepita la distinzione fra la possibilità di discernere il giudizio di valore come presa di posizione valutativa e il riferimento ai valori come punto di vista da cui muovere l'indagine.

In tal senso si comprende l'avalutatività che tale impostazione postula, nel senso della costruzione dei valori come criteri di orientamento e non come criteri di giudizio. Tuttavia l'oggettività e l'avalutatività non si pongono in contrasto con l'obiettivazione né tantomeno estromettono l'utilizzo dei valori stessi, non essendovi, in questa prospettiva, contrasto fra oggettività e obiettivazione; sicché può dirsi che l'amministrazione è oggettivata e, tuttavia, è anche funzionale, obiettivata alla protezione di valori, primariamente delle libertà, senza divenire valutativa o ideologica⁷¹.

Sul piano del metodo, infine, una certa influenza hanno anche le tesi di Rickert⁷² e la filosofia dei valori. In queste posizioni vengono ricercate dinami-

⁷⁰ In particolare, si v. M. WEBER, *Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. XIX, 1904, pp. 22-87, tr. it. *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, in ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi 1958; ID., *Der Sinn der "Wertfreiheit" der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*, in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, Mohr, 1917, p. 1922; tr. it., *Il significato della "avalutabilità" delle scienze sociologiche ed economiche* in ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi, 1958; ID., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, tr. it. *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1961.

⁷¹ L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 118, che aggiunge: «ciò [...] perché la spiegazione causale viene contenuta sempre nel perimetro del dato normativo ed il punto di vista che obietta l'amministrare è anch'esso sancito dall'ordinamento obiettivo».

⁷² Cfr. H. RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften*, Tübingen, Mohr, 1896-1902, tr. it. *I limiti dell'elaborazione con-*

che che si basano su valori normativi che apportano oggettività alla decisione, sempre nel segno dell'avalutatività di tali valori ma anche di una dialetticità delle posizioni.

Come è stato notato in dottrina⁷³, in definitiva, l'analisi logico-giuridica con cui si mette da parte l'approccio soggettivistico al potere amministrativo e che spiana la strada alla formula dell'amministrazione oggettivata connota il metodo giuridico di Benvenuti.

4.3. La visione costituzionale dell'amministrazione e la costituzionalizzazione del procedimento

La teoria della funzione trova il suo principale punto di riferimento nella Costituzione repubblicana e si intreccia con la concezione che Benvenuti ha di procedimento quale forma di cooperazione delle persone all'esercizio dell'attività amministrativa, in vista dell'assolvimento dei diritti garantiti dall'ordinamento.

Come si è rilevato in dottrina⁷⁴, Benvenuti offre una nuova visione del procedimento amministrativo, che prende le mosse dall'analisi del nuovo ordinamento democratico tracciato dalla Costituzione repubblicana, quale ordinamento che raccoglie al suo interno istituzioni e organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3 Cost.) e in cui l'amministrazione si situa al crocevia fra istituzioni e società per concorrere a realizzare i principi di libertà, eguaglianza e solidarietà che sono alla base dell'intero impianto costituzionale.

È quella benvenutiana una rinnovata visione costituzionale dell'amministrazione, in quanto quest'ultima non è più contraddistinta dalla manifestazione di autorità da parte delle istituzioni di governo nel perseguimento di interessi di cui queste sono portatrici in contrapposizione agli interessi individuali e collettivi.

L'amministrazione trova prima di tutto il suo ancoraggio nelle finalità, nei compiti individuati dalla Costituzione per l'intera organizzazione politica, economica e sociale: appare principalmente nel suo profilo di attività per la cura di scopi obiettivati nella Costituzione e poi nelle leggi. È vista dunque come

cettuale scientifico-naturale: un'introduzione logica alle scienze storiche, Torino, Utet, 1955; ID., *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, Freiburg i. B., Leipzig und Tübingen, Mohr, 1899, tr. it. *Il fondamento delle scienze della cultura*, Ravenna, Longo, 1986.

⁷³ Cfr. B. SORDI, *Feliciano Benvenuti: il pensiero e il metodo*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 841 ss., ma sul punto in part. p. 847.

⁷⁴ Cfr. G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, cit., p. 325.

funzione dell'ordinamento che nella sua stessa finalizzazione a scopi di interesse generale trova il suo primo tratto distintivo.

È un'amministrazione pubblica pensata in senso obiettivo: non è più l'amministrazione dello Stato o di questa o di quell'altra istituzione, ma è l'insieme delle attività (sia di regolazione che di prestazione) che concorrono a realizzare quei fini che, d'altro canto, formano l'oggetto di altrettanti diritti e doveri delle persone (come si ricava da tutta la prima parte della Costituzione). Di qui l'accentuazione del profilo finalistico più che dei profili strumentali, attinenti ai poteri o agli strumenti di cui l'attività amministrativa può valersi e in particolare del carattere autoritativo o meno degli stessi, e la messa in rilievo che l'amministrazione è ordinata all'adempimento di diritti e doveri individuali e collettivi in funzione dell'organizzazione e dell'integrazione sociale⁷⁵.

Entro tale rinnovata visione costituzionale dell'amministrazione, secondo Benvenuti⁷⁶ il procedimento contribuisce alla democratizzazione dello Stato nel momento in cui la formula della sovranità popolare (art. 1 Cost.) si traduce non solo nella partecipazione delle persone all'esercizio della funzione amministrativa c.d. particolare, ossia finalizzata alla formazione dei provvedimenti amministrativi, ma anche nella partecipazione delle persone all'esercizio della funzione amministrativa generale.

In quest'accezione la partecipazione che Benvenuti prospetta non è limitata alla tutela degli interessi particolari o di gruppo, per come questi emergono all'esito di ogni singolo procedimento, ma si sostanzia nel concorso dei singoli alla formazione degli atti amministrativi generali: vale a dire progetti, piani, bilanci e tutti gli altri atti di programmazione amministrativa⁷⁷ con cui la persona può sentirsi effettivamente "parte attiva" dell'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, comma 2 Cost.).

Ed è a tale concezione che Benvenuti fa riferimento quando parla di

⁷⁵ Cfr. G. PASTORI, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁶ Cfr. F. BENVENUTI, *La Costituzione fra attuazione e revisione: lo Stato in una società pluralistica*, in *Dir. soc.*, 1983, pp. 5 ss., poi in *Scritti giuridici, cit.*, vol. V, pp. 3805 ss. Si tratta dello scritto che Benvenuti aveva presentato come relazione al XXXIII Convegno di studio dei giuristi cattolici (Roma, dicembre 1982).

⁷⁷ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana, cit.*, pp. 256 ss. Va detto, come lo stesso Benvenuti chiarisce, che i programmi sono una categoria generale le cui principali tipologie sono rappresentate dai progetti, dai piani e dai bilanci. Il bilancio è una manifestazione di volontà con cui la pubblica amministrazione impegna una propria attività futura. Il piano, a sua volta, è una manifestazione di volontà con cui la pubblica amministrazione impegna una propria attività futura, di carattere prevalentemente giuridico, in relazione ad attività proprie o dei cittadini (si pensi ai piani urbanistici). Infine, i progetti (o piani esecutivi) sono manifestazione di volontà con cui la pubblica amministrazione impegna un proprio comportamento futuro di carattere prevalentemente materiale o tecnico.

«amministrazione oggettivata»⁷⁸ per indicare questa volta un modello di amministrazione che sostituisce all'interesse pubblico – che in genere viene soddisfatto dalla sola amministrazione in senso soggettivo – l'interesse della collettività.

Nell'amministrazione benvenutiana il confronto fra gli interessi delle persone non avviene perché l'amministrazione considera e pondera questi alla luce dell'interesse pubblico, ma piuttosto è proprio l'interesse pubblico a costituire la risultante «del concorrere di una serie di vettori che si intrecciano nel confronto democratico che dà luogo alla decisione»⁷⁹.

Secondo Benvenuti la partecipazione collettiva⁸⁰, che si realizza nei procedimenti di programmazione, è quella che assolve meglio il principio democratico, poiché si pone ad un livello superiore rispetto al livello esecutivo che è proprio del procedimento amministrativo nel quale si formano i provvedimenti⁸¹.

La disciplina della pianificazione territoriale, quale importante tipologia della programmazione amministrativa, è un esempio fra i tanti che gli scritti benvenutiani propongono per affermare l'importanza della partecipazione collettiva alla funzione pubblica⁸².

⁷⁸ F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, pp. 6 ss., ora in *Scritti giuridici, cit.*, vol. IV, pp. 3467 ss., ma spec. p. 3477, in cui l'A. sostiene che l'obiettivazione dell'amministrazione non significa soltanto attribuzione di una diversa caratteristica all'azione amministrativa, non significa soltanto un divenire dell'azione di programmazione, come non significa soltanto partecipazione del cittadino al procedimento di attuazione della funzione, ma significa anche un profondo mutamento nello stesso modo di essere strutturale dell'amministrazione, intesa come insieme degli enti nei quali si stempera il potere esecutivo.

Sul tema dell'obiettivazione dell'amministrazione, con particolare riferimento ai profili di diritto costituzionale, si v. anche ID., *Ancora per un'amministrazione obiettivata. Conclusioni*, in *Studi economico-giuridici*, vol. XLIX 1978-1979, 1980, t. III, pp. 209 ss., ora in *Scritti giuridici, cit.*, vol. IV, pp. 3583 ss. e in part. il par. 6, pp. 3587-3589.

⁷⁹ L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione, cit.*, p. 122, che aggiunge come proprio l'amministrazione oggettivata non può che essere «partecipata e paritaria»; anzi, è oggettivata se e solo se è paritaria e partecipata.

⁸⁰ F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Jus*, 1987, pp. 277 ss., ora in *Scritti giuridici, cit.*, vol. V, pp. 3926 ss., ma in part. pp. 3940-3943, ove l'A. prospetta la partecipazione collettiva come elemento essenziale per la trasformazione dello Stato democratico in «Stato ugualmente democratico». Quest'ultimo per compiersi ha bisogno di cambiamenti sia nell'amministrazione statale, dove Benvenuti suggerisce il superamento dello stretto sistema della burocrazia gerarchizzata attraverso più ampi spazi di autonomia degli uffici. Nell'amministrazione economica, dove occorre trovare nuovi modi per coniugare la presenza dei privati con le strutture statali. Nell'amministrazione locale, dove bisogna potenziare l'intervento degli amministrati nella scelta e nel controllo dell'attività degli amministratori.

⁸¹ In questo senso si v. F. TRIMARCHI BANFI, *Metodo e merito in Feliciano Benvenuti*, in *Dir. pubbl.*, 2011, pp. 169 ss., ma sul punto spec. pp. 173-174.

⁸² F. BENVENUTI, *Pianificazione territoriale e momento procedimentale partecipativo*, in *Studi in onore di Gustavo Romanelli*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 153 ss., poi in *Scritti giuridici, cit.*, vol. V, pp. 4433 ss., in cui l'A. avanza un proprio modello di pianificazione territoriale (su cui v. 4438-4441) basato sulla valorizzazione del momento partecipativo dei privati al piano urbanistico.

In quest'ottica la pianificazione, considerata una prima forma di espressione del modo d'essere del territorio come bene collettivo, non può essere concepita come espressione di un potere pubblico inteso a soddisfare solo un interesse individuale, ma va intesa come «disciplina della necessità di convivenza, come soddisfazione delle tendenze di conservazione e di sviluppo della comunità»⁸³, quindi anche come interesse generale.

Dal punto di vista metodologico, va detto che l'oggettivazione dell'attività amministrativa non è da ricondursi ad una soluzione di tipo dogmatico, ma è invece la risposta alla crisi della soggettività statale. L'oggettivazione, d'altra parte, non può essere declinata neppure in funzione logica o ermeneutica. In questa prospettiva l'oggettività è piuttosto il frutto dell'utilizzazione di strumenti interni al sistema.

In ciò emerge l'importanza che assume la programmazione, intesa in prospettiva normativa, come adozione di una legge generale che indichi modelli di comportamento astratti in ragione dei risultati che si vogliono ottenere nell'interesse pubblico⁸⁴. La programmazione e con essa la proceduralizzazione dell'adozione delle decisioni normative si pongono in risposta alla crisi della legge come momento di «razionalità oggettiva»⁸⁵.

In tale prospettiva la soggettività viene superata a beneficio di un'amministrazione che agisce nell'ambito della programmazione nella quale finisce per perdere ogni carattere soggettivistico e si avvia verso un modello di amministrazione che agisce per attribuire compiti e prefissare risultati per la collettività⁸⁶.

5. Il metodo giuridico nell'ultimo Benvenuti

Il metodo giuridico di Feliciano Benvenuti predilige la perfezione delle geometrie ed è tutt'altro che puramente “statico”, anzi al contrario è, come si è

⁸³ F. BENVENUTI, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in *Jus*, 1987, pp. 135 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. V, p. 3945, ma sul punto in part. p. 3948. La stessa idea è espressa anche in ID., *La Regione e il governo del territorio*, in *Atti del Convegno “La Regione e il governo del territorio”*, Milano 27 maggio 1972, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 85 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. V, pp. 2993 ss., ma in part. p. 2995.

⁸⁴ Cfr. F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, cit., vol. IV, pp. 3467 ss.

⁸⁵ Cfr. S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Scritti minori*, vol. I, cit., pp. 217-243.

⁸⁶ F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, cit., vol. IV, pp. 3467 ss.

cercato di dire, “dinamico” e “dialettico”, aperto ad una pluralità di sentieri⁸⁷.

In tal senso è stato osservato come il metodo giuridico rappresenti «fecondo *humus* [per] Benvenuti [che] ha affrontato una cospicua varietà di temi, trattati con eccezionale penetrazione e persino entusiastica ansia di costruzione»⁸⁸.

Nella sua opera non vi è la pretesa che il diritto possa esaurire la complessità dei fenomeni sociali e istituzionali, anzi vi è la consapevolezza della validità del contributo che le altre scienze possono offrire per arricchire la realtà giuridica.

L'apertura ai saperi non giuridici è testimoniata dal metodo benvenutiano per lo studio del processo amministrativo. L'indagine sull'*Istruzione nel processo amministrativo* è condotta tenendo sempre presenti i dati che possono ricavarsi dall'esterno del fenomeno processuale. Secondo Benvenuti, se si pone a mente che la questione fondamentale di ogni scienza processuale è quella di qualificare la struttura di un processo, è facile intuire come «nessuna scienza processuale p[ossa] pervenire a risolvere tale questione partendo soltanto dai dati processuali»⁸⁹. Tali dati rappresentano un dato che deve essere qualificato secondo un criterio e perciò nei confronti di un ordinamento più ampio di quello cui lo stesso dà luogo⁹⁰.

Per Benvenuti, in altre parole, l'indagine si deve svolgere sul presupposto che un istituto giuridico non dipenda soltanto dalle leggi positive che lo riguardano, ma anche dalla sua stessa effettività, vale a dire «dall'insieme dei rapporti che in fatto concorrono a renderlo vivo ed esistente»⁹¹.

Altro criterio metodologico va ravvisato in quello che egli definisce «principio di relatività giuridica»⁹², secondo il quale l'interprete non può operare una ricostruzione di un fenomeno giuridico ponendosi ad esaminare l'oggetto da un solo punto di vista, ma deve necessariamente osservarlo da più angoli

⁸⁷ B. SORDI, *Feliciano Benvenuti: il pensiero e il metodo*, cit., pp. 843-844, che aggiunge: «un metodo che rifugge dall'astrattezza e dalla impossibile ricerca de “il vero immutabile eterno”», citando, in parte, dalla prolusione di Benvenuti al corso di diritto amministrativo tenuta il 19 maggio 1956 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano e pubblicata in *Jus*, 1957, pp. 149 ss., poi anche in *Storia amministrazione costituzione. Annale dell'Isap*, 2002, 10, p. 18.

⁸⁸ G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., p. 8.

⁸⁹ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., vol. I, p. 20.

⁹⁰ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*

⁹¹ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 410. Secondo l'A., nella elaborazione di un istituto fatta dall'interprete è più importante, sull'interpretazione, l'influsso di ciò che è in fatto l'istituto, di quanto non sia determinante l'influsso della legge che concerne l'istituto sulla individuazione dello stesso.

⁹² F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 411.

prospettici. Così l'istituto dell'istruzione processuale si presta ad essere esaminato, nella prospettiva tracciata da Benvenuti, sia come momento del processo rispetto agli altri momenti (le varie realtà processuali ed extraprocessuali che da esso hanno origine o che in esso hanno rilievo) e allo stesso processo, sia come rapporto tra i vari aspetti, formali e sostanziali, in cui esso si risolve.

Particolare attenzione va posta anche sull'ultimo dei criteri metodologici di cui Benvenuti si vale nell'opera sull'*Istruzione nel processo amministrativo*. Si tratta del criterio che egli chiama «principio di indeterminazione giuridica»⁹³. Con tale principio, si allude al fatto che il fenomeno giuridico possa essere considerato un'entità formalmente definita, avente in sé le ragioni di struttura e, quindi, che le sue linee di sviluppo possano dirsi fundamentalmente indipendenti dalla direzione che a quel fenomeno è impressa rispetto ad altri fenomeni. Ciò vuol dire, più esattamente, che il fenomeno giuridico può essere determinato indipendentemente dalla considerazione degli scopi che con esso si vogliono raggiungere da altri punti di vista (politico, sociologico, economico ecc.).

Secondo Benvenuti, mentre sotto l'aspetto politico, sociale o economico la direzione del fenomeno giuridico è corrispondente al punto di vista adottato, nell'ambito del diritto la direzione del fenomeno giuridico è irrilevante e pur tuttavia, quale esso sia, sono costanti i suoi fondamentali principi di struttura. La validità di tale assunto viene saggiata nella parte dell'opera sull'istruzione processuale in cui, discutendo del rapporto tra tipo e struttura del processo, da un lato, e scopo del processo amministrativo, dall'altro, viene affermata l'irrilevanza della considerazione degli scopi che si intendono perseguire col processo amministrativo.

Dall'esposizione del principio di indeterminazione – come metodo di ricerca applicato all'argomento dell'istruzione processuale – sembrerebbe emergere una presa di posizione a favore solo di quelle tesi normativiste – evidentemente di matrice kelseniana – che presuppongono l'eliminazione di ogni elemento spurio dal campo proprio della *scientia iuris* e che si caratterizzano per la loro avalutatività.

Secondo tali tesi il modo d'essere della scienza giuridica è quello dello studio e quindi della ricostruzione della sua essenza ontologica, cioè del diritto in sé, considerato come insieme di elementi normativi conosciuti mediante l'uso di reagenti quali possono essere i principi che l'osservatore ritiene di poter ricavare dall'ordinamento stesso.

Si tratta, in altre parole, di una dottrina che esclude ogni funzionalismo,

⁹³ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, pp. 411-412.

dal momento che non considera lo scopo che viene perseguito e raggiunto dall'ordinamento giuridico, ma considera solo l'ordinamento giuridico stesso; e considera questo ordinamento nell'autonomia normativa propria della sua struttura e non già relativamente a questo suo scopo⁹⁴.

Sicché, in quest'ottica, si è rilevato⁹⁵ come il metodo in Benvenuti finisca per essere «contrassegnato essenzialmente da una fedeltà al sistema giuridico al di là di ogni impulso a stabilire contatti differenti con gli altri saperi, così come poteva essere con la scienza dell'amministrazione e con la sociologia, campi nei quali egli pure si trovò a cercare altre parallele “verità” sullo Stato e sull'amministrazione»⁹⁶. Così «la ricerca dello scopo nel sistema ed in mezzo ai suoi istituti consentiva dunque di raggiungere ugualmente “la natura” e non occorre, anzi non era lecito aprire varchi verso altre conoscenze e verso altri sistemi scientifici»⁹⁷.

In realtà l'adesione di Benvenuti a tali tesi e a simili concezioni metodologiche⁹⁸, per certi aspetti influenzata negli scritti d'esordio⁹⁹ dalla vicinanza alla scuola patavina di Donati, va riconsiderata – come si è tentato di fare sin qui – alla luce dell'intera opera dello studioso e particolarmente alla luce dell'ultimo Benvenuti.

Va osservato, a tal riguardo, come egli abbia maturato una concezione, e con essa un metodo del diritto amministrativo, ben più ampi rispetto alle originarie posizioni. In questo senso depone la riconsiderazione della validità di una *scientia iuris* che si fondi solo su di un metodo c.d. puro, ossia ritenendo come esclusivamente validi elementi del proprio sistema.

⁹⁴ Così N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 33.

⁹⁵ In questi termini si v. G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., pp. 5 ss., che parla propriamente di «fedeltà ad un rigore logico tutto interno al sistema fissato su principi accolti come fondamentali».

⁹⁶ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 5.

⁹⁷ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 7, che ricollega tale impostazione metodologica benvenutiana di stampo positivistico all'influsso esercitato sul giurista dalla scuola patavina di diritto pubblico di Donato Donati (soprattutto dall'opera di questi, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1910), cui apparteneva anche Enrico Guicciardi con il quale Benvenuti si era laureato.

⁹⁸ Per la «caducità delle geometrie kelseniane» nel pensiero di Benvenuti si v. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 136, e per lo sviluppo della tesi spec. pp. 139-141, ove l'A. spiega come l'adesione di Benvenuti al normativismo finisce per mostrare alcune contraddizioni soprattutto in relazione alla natura obiettivata della funzione e alla funzionalizzazione del provvedimento al perseguimento dell'interesse funzionale protetto dalla norma.

Secondo l'A. è soprattutto «l'intero radicamento del sistema nella libertà, e nella sua costituzionalizzazione come regola del rapporto tra il cittadino e l'autorità» a far cadere la coerenza dell'impianto benvenutiano con le geometrie di una teoria normativista avalutativa.

⁹⁹ La monografia sull'istruzione nel processo amministrativo è la prima ed è del 1953.

Secondo Benvenuti proprio il progresso del metodo delle scienze naturali e le acquisizioni più recenti dell'epistemologia convincono che un tale metodo puro derivato dai soli elementi interni al sistema non possa più essere accettato come valido strumento per la comprensione e la rappresentazione della realtà data¹⁰⁰. Ed è singolare come tale rimeditazione sul metodo nel *Disegno dell'amministrazione italiana* avvenga proprio rifacendosi a quel principio di indeterminazione¹⁰¹ che egli ebbe ad usare nell'*Istruzione nel processo amministrativo*, ma che questa volta egli utilizza nell'accezione notoriamente formulata dal fisico Heisenberg¹⁰².

Il noto principio di indeterminazione¹⁰³ servì a spiegare come nelle scienze naturali l'intervento dell'osservatore sull'oggetto osservato invalidasse l'osservazione stessa, dimostrando come la realtà non fosse mai completamente individuabile in una rappresentazione astratta e univoca.

Preso atto che il principio di indeterminazione implica la ineliminabilità del momento e dell'intervento dell'osservatore e l'incertezza nella comprensione della realtà di ogni fenomeno naturale osservato, Benvenuti riconosce come ciò avvenga anche nella scienza del diritto amministrativo, «dove una ricostruzione *pura e priva* di intrusioni e quindi di valori (quelli dell'osservatore della società e del tempo a cui egli appartiene) non sarebbe più ammissibile»¹⁰⁴. Così, richiamando la concezione popperiana¹⁰⁵ – secondo cui la scienza è vera nei li-

¹⁰⁰ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 485 ss., ma spec. p. 490.

¹⁰¹ Su cui si v. L.R. PERFETTI, *Sistematica giuridica e controllo razionale del potere. Osservazioni intorno al problema del metodo nel pensiero di Antonio Romano Tassone e proposta in base all'ordine giuridico della società*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, pp. 803 ss., ma in part. p. 821, nonché la nota 31.

L'A. spiega l'influenza che ha avuto il principio di indeterminazione dal quale «deriva che l'assunzione del punto di partenza per la conoscenza dell'oggetto dipende in buona parte dalla posizione dello stesso che ne faccia l'osservatore».

¹⁰² W. HEISENBERG, *Über den anschaulichen Inhalt der quantentheoretischen Kinematik und Mechanik*, in *Zeitschrift für Physik*, 1927, 43, 3-4, pp. 172-198 (del quale si può leggere la traduzione italiana di S. BOFFI, *Il contenuto intuitivo della cinematica e della meccanica nella teoria quantistica in Il principio di indeterminazione*, Quaderni dell'Università degli Studi di Pavia, 2009, consultabile al link <http://www2.pv.infn.it/~boffi/Werner.pdf>).

¹⁰³ L'elaborazione del principio di indeterminazione in seno alla fisica teorica della prima metà del Novecento, in base al quale due soluzioni contraddittorie possono essere entrambe valide in funzione della posizione dell'«osservatore», ha messo in crisi uno dei capisaldi del metodo scientifico e ha inciso in profondità anche su tutte le scienze che invece del principio di non contraddizione sembravano aver fatto un postulato di sistema. In tal senso cfr. A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, pp. 691 ss., ma in part. p. 695, nota 10.

¹⁰⁴ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 491 (corsivi aggiunti).

¹⁰⁵ Cfr. K.R. POPPER, *Conjectures and refutations: the growth of scientific knowledge*, London, Routledge and Kegan Paul, 1963, tr. it. *Congetture e confutazioni: lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 341 ss. Tale idea di conoscenza sovverte il concetto stesso di razionalità, tradizionalmente intesa come lo strumento in grado di provare l'autenticità e la

miti entro cui è possibile verificare l'attendibilità dei suoi principi¹⁰⁶ – e, soprattutto, la tesi kuhniana¹⁰⁷ Benvenuti afferma: «la verità è sempre un fatto dell'uomo e non della natura, sia quella che forma oggetto delle scienze naturali, sia quella che forma oggetto delle scienze morali e, tra esse, il diritto»¹⁰⁸.

In tale prospettiva Benvenuti applicava all'analisi dell'ordinamento am-

validità delle teorie formulate. Per l'epistemologo, essendo le teorie solo «tentativi» di risoluzione dei problemi osservati (p. 341, in cui l'A. chiarisce come «ogni teoria razionale, non importa se scientifica o filosofica, è tale nella misura in cui cerca di risolvere determinati problemi»), la loro razionalità può consistere soltanto nella possibilità delle stesse di essere discusse.

Popper parla di «discussione razionale, cioè la discussione critica nella ricerca degli errori, con la seria intenzione di eliminarne quanti più possiamo, al fine di avvicinarci alla verità» (p. 393).

In questi termini Popper descrive l'aspetto fondamentale del suo «razionalismo critico», in base al quale «vi è un solo elemento di razionalità nei nostri tentativi rivolti a conoscere il mondo: si tratta dell'esame critico delle teorie» (p. 262).

La conoscenza può progredire solamente attraverso decisioni volte a stabilire se e in che misura le argomentazioni critiche siano valide, tali da accogliere o respingere una determinata teoria. D'altra parte, tali decisioni saranno sempre soggette a revisioni, perché «nulla deve essere considerato esente da critica: neppure questo stesso principio del metodo critico» (cfr. ID. *The Open Society and its Enemies*, London, Routledge and Paul Kegan, 1966, tr. it. *La società aperta e i suoi nemici*, II, Roma, Armando, 1974, p. 501).

¹⁰⁶ Come è noto, la validità di una teoria o di una ipotesi viene assicurata, secondo Popper, dal superamento di tutti i tentativi di falsificazione, di modo che la scienza si presenterebbe come un processo di «prova di errore» in continuo divenire. Sicché la scienza non porterebbe alla verità, ma ad una approssimazione successiva alla verità stessa.

Sul punto cfr. la prolusione tenuta da Benvenuti all'Università La Sapienza in occasione della presentazione degli Studi in onore di Vittorio Bachelet pubblicata in F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'Amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Jus*, XXXIV, 1987, pp. 277 ss., poi anche in G. MARONGIU, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 13 ss., e infine in *Scritti giuridici*, cit., vol. V, pp. 3927 ss., ma in part. p. 3929 (da cui si cita).

¹⁰⁷ T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, tr. it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1978, p. 76. Kuhn intende la storia della scienza come una successione di scoperte e invenzioni che «comincia[no] con la presa di coscienza di una anomalia, ossia col riconoscimento che la natura ha in un certo modo violato le aspettative suscitate dal paradigma che regola la scienza normale; continua poi con una esplorazione, più o meno estesa, dell'area dell'anomalia, e termina solo quando la teoria paradigmatica è stata riadattata, in modo che ciò che appariva anomalo diventi ciò che ci si aspetta».

Nella storia della scienza si procede dunque ad una continua sostituzione di vecchi sistemi, non più in grado di spiegare le nuove scoperte, con rinnovati «paradigmi» che rivoluzionano il sapere scientifico.

Proseguendo nella sua indagine epistemologica e opponendosi ad una concezione puramente teleologica di scienza, Kuhn avanza la questione se sia «veramente d'aiuto immaginare che esista qualche completa, oggettiva, vera spiegazione della natura e che la misura appropriata della conquista scientifica è la misura in cui essa si avvicina a questo scopo finale» (p. 205)

¹⁰⁸ F. BENVENUTI, *Il disegno dell'amministrazione italiana*, cit., p. 491. Anche il diritto subirebbe l'influenza dei valori propri e cioè dell'ottica epistemologica e temporale dell'osservatore.

ministrativo la teoria kuhniana dei paradigmi scientifici, rivelando come nel nostro ordinamento coesistessero ancora istituti espressione di diversi paradigmi storici ovvero di diverse concezioni dell'amministrazione, dell'organizzazione sociale e dell'organizzazione politico-istituzionale e come quindi si dovesse sempre verificare se fossero ancora attuali i paradigmi a cui i diversi istituti si rifacevano e, in caso negativo, si dovesse provvedere a sostituire gli istituti espressione di paradigmi non più attuali¹⁰⁹.

Ciò, conclude Benvenuti, vale a maggior ragione per il diritto, dal momento che esso, come ordinamento, «trae la sua esistenza e la sua validità dalla società il cui modo di essere è continuamente e *asistematicamente* in movimento». E affermava come «chi si limitasse ad una *pura esegesi* degli ordinamenti non farebbe opera di giurista [...] ma solo eserciterebbe una *tecnica* che, per quanto raffinata, non può considerarsi mai idonea alla comprensione e attuazione di un sistema che è generale»¹¹⁰.

Si può concludere con queste parole di Berti: «[...] alla fine della sua ricerca e quasi della sua vita Feliciano Benvenuti coglie la fallacia della rappresentazione del diritto in chiave di *logica pura* [...]. Vi è una grandezza in tutto ciò [...]. L'ultima opera esprime dunque l'aporia e la contraddizione e ingrandisce la figura del pensatore, finalmente caduto in preda alla potenza del dubbio»¹¹¹.

¹⁰⁹ G. PASTORI, *L'insegnamento di un maestro*, cit., pp. 144-145.

¹¹⁰ F. BENVENUTI, *Il disegno dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 491-492.

¹¹¹ G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., pp. 16-17 (corsivi aggiunti).