

FRANCO GAETANO SCOCA

Professore Emerito di diritto amministrativo presso la Sapienza Università di Roma

fg.scoca@studiosco.ca.it

**MINUSCOLO CONTRIBUTO ALLA DISCUSSIONE SULLE
TESI DI ANDREA CARBONE**

**TINY CONTRIBUTION TO THE DISCUSSION OVER ANDREA
CARBONE'S THESES**

SINTESI

L'autore commenta il contributo di Andrea Carbone, evidenziandone gli aspetti di originalità e quelli che non condivide.

ABSTRACT

The author comments on Andrea Carbone's essay, highlighting its original aspects and those he does not agree with.

PAROLE CHIAVE: pubblica amministrazione; potere amministrativo; discrezionalità amministrativa; accertamento del fatto; poteri del giudice.

KEYWORDS: public administration; administrative power; administrative discretion; factual verification; judicial powers.

INDICE: paragrafo unico

Nel saggio sul potere e le situazioni soggettive Andrea Carbone prende in considerazione ed analizza attentamente il modo di produzione giuridica tipico del diritto amministrativo.

In un panorama concettuale vasto e complesso, con un tessuto argomentativo calzante, ma non sempre lineare, o, meglio, non semplice da seguire, utilizzando un linguaggio sintatticamente impegnativo, Andrea Carbone ha esposto le sue tesi originali e interessanti. Ha preso in esame la dinamica giuridica, precisamente il modo in cui si svolge il potere, di cui è titolare l'amministrazione, per giungere alla decisione e al provvedimento, inteso come atto precettivo.

Oggetto centrale del corposo contributo è, pertanto, la descrizione della funzione, che viene intesa nel senso proposto da Feliciano Benvenuti, ossia

come “attività di trasformazione del potere in atto” (§ 8). Viene posto in rilievo che la decisione si differenzia dal provvedimento; e questo è convincente. Meno convincente, forse, è il separato riferimento della decisione alla funzione e del provvedimento al potere, come se potere e funzione fossero concetti non interconnessi, e non rappresentassero l'uno la situazione soggettiva e l'altra l'attività di svolgimento della situazione medesima. Altrove, infatti, si rammenta che la funzione è definibile come “attività di trasformazione del potere in atto”; o la si definisce come “concretizzazione del potere all'interno del processo di produzione normativa”.

Attenzione particolare viene posta sulle situazioni giuridiche soggettive che intervengono e si spendono nel ciclo della produzione giuridica di tipo autoritativo, ossia caratterizzata da atti unilaterali aventi fisiologicamente effetti sul patrimonio giuridico (o nella sfera giuridica) di altri soggetti. Tali situazioni soggettive sono, anche per Carbone, il potere, dal lato dell'autorità, e l'interesse legittimo, dal lato del o dei privati.

Il potere viene inteso, appunto, come situazione giuridica soggettiva, rifiutando le teorie che lo concepiscono come un elemento oggettivo; e si afferma che trova il suo presupposto nella capacità, anzi in una capacità speciale, nella capacità di produrre unilateralmente effetti nella sfera giuridica altrui.

A mio avviso è da dubitare che, per spiegare questa caratteristica del potere autoritativo, sia necessario ricorrere alla nozione di capacità, ipotizzando la sussistenza di una capacità speciale; che sia necessario, cioè, rapportare ciò che esprimiamo con l'aggettivo “autoritativo” non al potere, ossia alle caratteristiche di tale situazione soggettiva, bensì al suo presupposto, alla capacità, qualificandola come speciale; come se si trattasse di una capacità “autoritativa”. A me sembra che la nozione di situazione soggettiva sia perfettamente idonea a “sostenere” il carattere autoritativo, e che riferire tale carattere alla capacità sia inconferente con tale nozione, che attiene alle qualità proprie del soggetto. Mi

sembra, anzi, una complicazione inutile e, come tale, da evitare sul piano della logica teorica.

Resta perplessità anche la identificazione, che, per quel che ho capito, vien fatta della capacità, anzi delle capacità, con gli status del soggetto giuridico. Trovo più armonico inquadrare gli status tra le situazioni soggettive anziché come forme di capacità: ovviamente se si ritenga che le situazioni giuridiche non si limitino all'*agire* e all'*avere* del soggetto, ma si estendano anche al suo *essere*. Per fare un esempio, lo status di cittadino si spiega più facilmente, direi naturalmente, come una situazione giuridica attinente al suo essere che non come una sua capacità (speciale). Tuttavia ritengo che le opinioni su questo delicato tema possono essere validamente diverse.

Nella dinamica giuridica vengono in considerazione le situazioni giuridiche dell'*agire*, in primo luogo il potere, che esattamente non viene contrapposto al dovere, al quale invece si accompagna, soprattutto nella dinamica giuridica di diritto amministrativo.

Quanto alla situazione soggettiva di cui è (può normalmente essere) titolare il privato che si trova di fronte, nella (o per la) soluzione di quello che Ledda chiama il problema amministrativo, l'autorità fornita di potere, nel contributo esaminato (assai ben documentato), si dà atto che la dottrina è pervenuta a liberare l'interesse legittimo dall'"abbraccio" soffocante con l'interesse pubblico, che negli effetti lo annientava, negandolo come situazione soggettiva propriamente intesa. Si dà atto anche di un altro poderoso risultato definitivamente acquisito in dottrina, cioè dell'estraniamento della nozione di legittimità dal contenuto (o dall'oggetto) dell'interesse legittimo. Con ciò ottenendosi il riconoscimento che la situazione giuridica di cui il privato è titolare, e che esercita nel procedimento decisionale, ha (può avere soltanto) alla sua base concreti interessi (materiali, in senso comprensivo) del suo titolare (e non interessi dell'amministrazione o interessi astratti).

Ritengo sostanzialmente esatta l'esposizione compendiosa dello stato cui è giunta la dottrina sulla nozione di interesse legittimo, quale si ricava dal § 2 del contributo esaminato, ma preferisco riportarmi (me lo si conceda) alla definizione che ne ho a suo luogo dato: l'interesse legittimo, come situazione giuridica soggettiva, è interesse all'esito favorevole dell'esercizio del potere precettivo altrui (in particolare, nell'ambito del diritto amministrativo, dell'amministrazione pubblica), tutelato mediante facoltà di collaborazione dialettica, dirette ad influire sul merito della decisione (precetto) finale, esperibili lungo tutto il corso dell'esercizio del potere (o dello svolgimento della funzione).

Divergendo da tali risultati, nel contributo esaminato si afferma che l'interesse legittimo dovrebbe configurarsi non come "interesse" (giuridicamente riconosciuto e tutelato), ma come pretesa "rivolta nei confronti del soggetto a cui è attribuito il potere, rispetto a quanto giuridicamente garantito"; specificandosi che "quanto giuridicamente garantito" varia secondo il carattere vincolato o discrezionale del potere, così che la configurazione dell'interesse legittimo come pretesa "prescinde dal carattere vincolato o meno del potere stesso, solo affermandosi che, nell'ipotesi di potere discrezionale l'interesse materiale del privato non coincida con l'oggetto della protezione giuridica".

Non ritengo (di per sé e salvo quanto osserverò tra breve) erroneo che la situazione giuridica del privato venga ricostruita in termini di "pretesa", ma tale indicazione sembra inserirsi in una prospettiva che premia il profilo dell'esercizio della situazione soggettiva: nel momento in cui il privato si rivolge all'amministrazione, si può dire che faccia presente una sua pretesa, salvo precisarne l'oggetto. Tuttavia ritengo che il contenuto dell'interesse legittimo sia (e rimanga) l'interesse materiale (pregiuridico) del suo titolare; consista, cioè, in qualcosa che sia omogeneo con l'interesse o gli interessi pubblici che il potere è finalizzato a portare a soddisfazione; con tali interessi esso (l'interesse privato) deve, attraverso la collaborazione procedimentale (la partecipazione al procedi-

mento di elaborazione della decisione), venire a comporsi in ciò che viene chiamato “interesse pubblico concreto”.

Dice bene Carbone quando assume (§ 8) che l'interesse pubblico non è una “entità a priori, contrapposta all'interesse del privato”, ma “diviene oggetto di determinazione (...) attraverso la prospettazione di tutti gli interessi in gioco”, anche degli interessi privati. Così dicendo, mi sembra che si confermi che il privato introduca nello “svolgimento dell'azione amministrativa” proprio il suo interesse, niente più che il suo interesse.

In base a questa considerazione, valutando cioè come forma di collaborazione il rapporto che si instaura tra amministrazione e privati nell'ambito del procedimento al fine di giungere alla decisione finale, ossia alla regola del nuovo assetto di interessi, non mi sembra giustificato il rifiuto del carattere “dialogico” dell'interesse legittimo: si dimentica, o si sottovaluta, che esso consiste in (o è tutelato attraverso) una serie di facoltà di interlocuzione con il titolare del potere, nella fase in cui il potere viene esercitato; facoltà finalizzate all'ottenimento, ove giuridicamente possibile, una decisione (e un provvedimento) favorevole.

L'idea della “pretesa” mi porta a pensare che si sia sopravvalutata la somiglianza del procedimento amministrativo al processo giurisdizionale, tanto che si descrive il primo come “processo di produzione normativa” (§ 8); ma, nel processo, l'interesse legittimo (non è la pretesa, ma) si pone come il fondamento sostanziale della pretesa processuale. Non mi sembra che definirlo, sul piano procedimentale, come pretesa “nei confronti del soggetto a cui è attribuito il potere, rispetto a quanto è giuridicamente garantito” (§ 2) ne chiarisca meglio la consistenza: ne sottolinea l'aspetto formale, con ciò stesso sminuendo l'aspetto sostanziale, che è quello di influire sul *merito* della decisione finale.

D'altronde pretendere ciò che “è giuridicamente garantito” non corrisponde a pretendere il “conseguimento dell'utilità finale”, dato che questa dipende non (solo) dalla legge ma (anche) dall'esercizio del potere (o, se si prefe-

risce, dallo svolgimento della funzione). Nel procedimento amministrativo si elabora la decisione, di determina cioè un nuovo assetto di interessi; nel processo giurisdizionale si accerta quale sia un (già) dato assetto di interessi.

Sono convinto che l'interesse legittimo non sia, anzi non possa essere la pretesa al conseguimento dell'utilità finale, dato che questo risultato non è affatto garantito dall'ordinamento, a meno che si risolva l'interesse legittimo, smi- nuandone peraltro la consistenza, in una situazione giuridica soggettiva di carattere esclusivamente "procedurale" (§ 11). Se, viceversa lo si concepisce come situazione "a rilievo sostanziale" (ivi), mi sembra ingiustificato considerarlo come pretesa alla utilità finale: tale utilità, non essendo garantita (dipende infatti dall'esercizio del potere, dal contenuto della decisione), non si presta ad essere l'oggetto di una pretesa.

In definitiva, mentre sono apprezzabili la documentazione e l'andamento argomentativo del contributo di Andrea Carbone, non mi sembra che siano convincenti i risultati cui esso giunge.