

LUCA R. PERFETTI
Professore ordinario di diritto amministrativo, UniPegaso
lucaraffaello.perfetti@unipegaso.it

**DIRITTI FONDAMENTALI E POTERE AMMINISTRATIVO:
PER UNA TEORIA GIURIDICA DEL PUBBLICO INTERESSE**

**FUNDAMENTAL RIGHTS AND PUBLIC POWER: FOR
A LEGAL THEORY OF PUBLIC INTEREST**

SINTESI

Lo studio prende le mosse mettendo in luce il rilievo delle pratiche (e, particolarmente, di quelle giurisdizionali) come strumento di analisi in concreto del potere pubblico. Dalla osservazione delle pratiche emerge in modo chiaro il fatto che il giudice amministrativo decida assai di frequente controversie riferite a diritti fondamentali.

Per conseguenza, ci si deve chiedere se queste pratiche siano contrastanti con il diritto positivo ovvero mettano in luce problemi che consentono una diversa interpretazione del diritto positivo medesimo. In prospettiva metodologica, quindi, è necessario confrontare le pratiche con la dogmatica.

Questa riflessione, quindi, dopo aver posto alcune ulteriori premesse di metodo, prende avvio dal problema della definizione dei diritti fondamentali. Limitando quanto più possibile la discussione generale circa i diritti fondamentali, lo studio mette in discussione la loro ricostruzione nella dottrina tradizionale. In particolare, si pone l'obiettivo di dimostrare che le libertà e i diritti sociali presentano la medesima struttura e quindi, compongono la categoria unitaria dei diritti fondamentali. Per fare questo vengono criticate le nozioni tradizionali sia libertà costituzionale che di diritto sociale. La loro ricostruzione unitaria mettendo libertà e diritti sociali in relazione con il potere pubblico. Da questa analisi si dimostra che i diritti fondamentali si pongono sempre in relazione con il potere esecutivo.

Ne deriva la conseguenza che il giudice amministrativo in via ordinaria decide controversie attinenti diritti fondamentali e che questa pratica è del tutto coerente con il sistema dogmatico.

Il secondo terreno di analisi riguarda la struttura del potere esecutivo secondo la costituzione italiana. Lo studio muove dalla premessa metodologica di evidenziare come le teorie del potere esecutivo tradizionalmente proposte e ancora oggi sostenute hanno un fondamento mitico o ideologico. Anche quanto al potere esecutivo è necessario procedere alla sua ricostruzione in termini relazionali con i diritti fondamentali.

Attraverso questo procedimento si mettono in luce le ragioni per le quali sia l'organizzazione amministrativa che il potere esecutivo sono interamente in funzione del godimento dei diritti fondamentali. Questa conclusione deriva dall'aver impostato il problema del potere pubblico nella sua relazione con la sovranità. Il diritto positivo mette in luce le ragioni per le quali il tratto più significativo della sovranità popolare risiede nel fatto che la sovranità si trattiene permanentemente nei diritti fondamentali in quanto entità giuridiche riconosciute dalla costituzione, vale a dire esistenti come diritti indipendentemente dall'essere posti dal diritto costituzionale positivo. Poiché l'organizzazione pubblica e l'esercizio di pubblici poteri sono funzionali agli obiettivi e scopi del sovrano e poiché nel diritto positivo il sovrano deve essere individuato nella persona umana titolare di diritti fondamentali, ne consegue necessariamente che azione amministrativa che il potere esecutivo sono funzionali al godimento dei diritti fondamentali da parte delle persone.

La conseguenza sulla giurisdizione amministrativa è che essa si occupa sempre di diritti fondamentali perché è il giudice del potere e il potere assolve alla sola funzione della massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali.

Queste conclusioni pongono necessariamente il problema di elaborare una teoria giuridica dell'interesse pubblico. Una volta messa in luce l'insufficienza sia delle teorie tradizionali che di quelle più recenti relativamente all'interesse pub-

blico, lo studio propone una articolata teoria giuridica del pubblico interesse. In particolare si nega che esista un interesse pubblico appartenente al potere esecutivo. Piuttosto, il pubblico interesse consiste solo ed esclusivamente nella composizione e massimizzazione del godimento delle pretese concernenti i diritti fondamentali delle persone. In questa prospettiva il paper si conclude con la definizione delle tecniche di composizione e bilanciamento dei diritti fondamentali.

ABSTRACT

The study starts by highlighting the importance of practices (and, in particular, of judicial practices) as a tool for analyzing public power in concrete terms. It is clear from the observation of practices, that the administrative judge very frequently decides disputes concerning fundamental rights.

Consequently, one must ask oneself whether these practices conflict with positive law, or whether they highlight problems that allow for a different interpretation of positive law itself.

From a methodological perspective, therefore, it is necessary to compare practices with dogmatics.

This reflection, therefore, after some further methodological premises, starts with the problem of defining fundamental rights. Limiting the general discussion about fundamental rights as much as possible, the study questions their reconstruction in traditional doctrine. In particular, the aim is to show that freedoms and social rights have the same structure and thus make up the unitary category of fundamental rights. To do this, the traditional notions of both constitutional freedom and social rights are criticized. Their unitary reconstruction places freedom and social rights in relation to public power. This analysis shows that fundamental rights always stand in relation to executive power. The consequence of this is that the administrative judge ordinarily decides disputes concerning fundamental rights and that this practice is entirely consistent with the dogmatic system.

The second area of analysis concerns the structure of executive power according to the Italian constitution. The study starts from the methodological premise of highlighting how the theories of executive power traditionally proposed and still upheld today have a mythical or ideological foundation. Even as regards executive power, it is necessary to proceed to its reconstruction in terms of its relationship with fundamental rights. This procedure highlights the reasons why both administrative organization and executive power are entirely a function of the enjoyment of fundamental rights. This conclusion derives from setting the problem of public power in its relationship with sovereignty. Positive law sheds light on the reasons why the most significant feature of popular sovereignty lies in the fact that sovereignty is permanently retained in fundamental rights as legal entities recognized by the Constitution, i.e. existing as rights independently of being posited by positive constitutional law. Since public organization and the exercise of public powers are functional to the objectives and purposes of the sovereign, and since in positive law the sovereign is to be identified in the human person as the holder of fundamental rights, it necessarily follows that administrative action and executive power are functional to the enjoyment of fundamental rights by people.

The consequence on administrative jurisdiction is that it always deals with fundamental rights because it is the judge of power and power only fulfils the function of maximizing the enjoyment of fundamental rights.

These conclusions necessarily pose the problem of developing a legal theory of the public interest. Having highlighted the inadequacy of both traditional and more recent theories of public interest, the study proposes an articulate legal theory of the public interest. In particular, it denies that there is a public interest belonging to the executive power. Rather, the public interest consists solely and exclusively in the settlement and maximization of the enjoyment of claims concerning people's fundamental rights. In this perspective, the paper

concludes with a definition of the techniques of settlement and balancing of fundamental rights.

PAROLE CHIAVE: Interesse pubblico – Giudice amministrativo – Sovranità – Diritti fondamentali.

KEYWORDS: Public Interest – Administrative Court – Sovereignty – Fundamental Rights.

INDICE: SEZIONE I. *Profili di metodo: dalle pratiche alla dogmatica e viceversa.* – 1. Lo studio delle pratiche come disvelamento della realtà del potere e dei suoi usi; svelamento dei miti e dei feticci del potere. – 2. Necessità della sistematica come strumento di giudizio delle pratiche e di definizione del dover essere del potere. – 3. Relazione tra sistematica e studio delle pratiche. Il percorso di ricerca. SEZIONE II. *Posizione del problema.* – 1. Relazione tra diritti fondamentali e potere. Indicazione del rilievo del pubblico interesse per la soluzione del problema. – 2. Impossibilità del tema secondo la configurazione tradizionale. – 3. Emersione del problema attraverso lo studio delle pratiche. SEZIONE III. *Quanto alla struttura dei diritti fondamentali secondo il diritto (costituzionale) positivo.* – 1. Ragioni per le quali la struttura dei diritti fondamentali non è quella che viene dalla tradizione (ed ancora oggi largamente ritenuta). Ragioni di insoddisfazione anche quanto alle ricostruzioni recenti. – 2. Sulla struttura dei diritti fondamentali e la sua relazione con il potere – 3. Prima conclusione: i diritti fondamentali si pongono ordinariamente in relazione giuridica con il potere. SEZIONE IV. *Quanto alla struttura del potere secondo il diritto (costituzionale) positivo.* 1. Ragioni per le quali la teoria del potere si fonda su feticci e miti. Necessità di leggere il potere pubblico alla luce delle disposizioni costituzionali ed europee e non in base a configurazioni ideologiche che vengono dalla tradizione. – 2. Sul potere pubblico nella sua relazione con i diritti fondamentali (e rinvio sul tema della nozione giuridica di pubblico interesse). – 3. Seconda conclusione: il potere e l'organizzazione pubblici sono funzionali solo al godimento dei diritti della persona in modo effettivo ed eguale, sicché il giudice amministrativo è sempre giudice di diritti fondamentali. SEZIONE V. Per una teoria giuridica del pubblico interesse. – 1. Ragioni per le quali è necessaria una teoria propriamente ed espressamente giuridica del pubblico interesse. – 2. Ragioni di insoddisfazione circa le teorie non deontiche del pubblico interesse e particolarmente critica del volontarismo che domina la dottrina in argomento. Sulla necessità di superare la condizione per la quale il tratto più significativo del potere pubblico – il pubblico interesse – ha un contenuto inconoscibile. Sugli ulteriori difetti delle teorie correnti dell'interesse pubblico in relazione alla molteplicità dei profili di interesse pubblico iscritti nelle fattispecie ed all'assenza di una regola giuridica di loro graduazione – 3. Definizione giuridica dell'interesse pubblico. – 4. Dinamica della valutazione del pubblico interesse. – 4.1. Prima premessa di metodo. Sulla necessità di evitare le fondazioni mitiche, astoriche e paralizzanti. Le pretese attinenti i diritti della persona non possono essere ascritte alla sfera feticcistica ed il loro bilanciamento non può essere sclerotizzato in formule astratte, pena la contraddizione del diritto (costituzionale) positivo e la creazione di nuove formule ideologiche. Esemplicazioni sul concetto di democrazia. – 4.2. Seconda premessa di metodo. La natura funzionale del bilanciamento. Funzione e risultato. Massimizzazione ed uguaglianza come risultato del bilanciamento. – 4.3. Sull'assenza di bilanciamento tra dimensioni non comprimibili dei diritti fondamentali. I casi critici. – 4.3. Sul bilanciamento delle pretese che sono espressione non comprimibile dei diritti fondamentali. – 4.4. Conseguenze sulla giurisdizione.

SEZIONE I

PROFILI DI METODO: DALLE PRATICHE ALLA DOGMATICA E VICEVERSA

1. Lo studio delle pratiche come disvelamento della realtà del potere e dei suoi usi; svelamento dei miti e dei feticci del potere

Questo contributo è improntato ad un'esposizione estremamente sintetica – e per certi versi assertiva. Lo scopo è quello di condurre un discorso il più

possibile lineare e concentrato sulle idee che si intendono esporre, a discapito della discussione dei singoli elementi rilevanti e del confronto con la letteratura, giuridica e non. Si tratta di un sacrificio; ma di un sacrificio che in parte è compensato dal possibile rinvio alle altre non poche cose che ho avuto modo di scrivere intorno a questi temi¹. Naturalmente, non potersi intrattenere nella discussione delle idee di altri è un prezzo non piccolo perché, per il verso, si rinuncia ad una porzione essenziale del metodo e, per l'altro, si rischiano fraintendimenti. Tuttavia, un diverso procedere esporrebbe a rischi maggiori per l'eccessiva lunghezza dell'argomentazione e quantità dei temi (che innescherebbero altrettante discussioni).

Una questione di metodo, quindi. Le ricerche che trovano compimento con i saggi ospitati in questa sezione della *Rivista* si sono esercitate (soprattutto) nello studio delle pratiche della giurisprudenza. Da questo studio è emerso come, con non poca frequenza, il giudice amministrativo decida controversie in materia di diritti fondamentali, cosa inattesa da chi perpetua l'idea che le corti amministrative siano il giudice esclusivamente degli interessi legittimi.

Il che conferma l'utilità dello studio delle pratiche di potere per comprenderne la reale natura, al di sotto delle sistematiche tradizionali o in generale delle rappresentazioni ideologiche che il potere dà di sé stesso².

¹ *Questo lavoro è idealmente dedicato a Maria Cristina Cavallaro e Biagio Giliberti, ai quali principalmente si deve l'impostazione delle ricerche che hanno condotto a questa sezione monografica della Rivista e, quindi, alle pagine che seguono; sempre a loro si deve l'idea, a me cara, di organizzare il confronto delle idee a Napoli e Palermo, con una scelta contraria al mainstream.*

La discussione dei temi e della letteratura rilevante, quindi, mancherà del tutto o sarà ridotta a termini più che essenziali. Per questa ragione, nell'apparato critico, farò per lo più riferimento a miei scritti precedenti. Per due ragioni. La prima è che l'apparato critico è utile in quanto sia spazio di discussione delle idee di altri ovvero indicazione delle idee che si sono tenute presenti per la redazione del testo; quindi non si tratta di elencazioni di titoli altrui (anche se non di rado questo si legge nelle riviste e nei libri) ma riferimenti che servono a chiarire il testo, le sue ascendenze culturali, la discussione con tesi diverse o opposte dalle quali quanto si sostiene deriva; in questa prospettiva, sembra utile il rinvio a quelle discussioni ove siano condotte dallo stesso autore del testo, perché non siano fonte di fraintendimenti. La seconda, più opportunistica, è quella di non ripetere esercizi già compiuti ove non vi sia ragione per farlo imposta dalla trattazione nel testo.

² Più che ovvio il riferimento a M. FOUCAULT ed, in particolare, ID., *Il faut défendre la société*, Paris, Seuil/Gallimard, 1997 (trad. it., Milano, Feltrinelli, 2009); ID., *Sécurité, territoire, population*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004 (trad. it., Milano, Feltrinelli, 2010); ID., *Naissance de la biopoliti-*

Lo studio delle pratiche³ di potere – non solo di quelle giurisprudenziali ed, anzi, soprattutto di quelle del potere esecutivo⁴– è una necessità per svariati motivi.

Anzitutto, qualunque nostro discorso sul diritto si muove in un ambito di precomprensione⁵, che riguarda sia chi elabora il pensiero – che fatica ad esprimere i concetti che avverte come veri perché dispone, per esporli, di una sistematica e di un linguaggio che ricacciano le novità nel sistema della tradizione –,

que, Paris, Seuil/Gallimard, 2004 (trad. it., Milano, Feltrinelli, 2005); ID., *Du gouvernement des vivants*, Paris, Seuil/Gallimard, 2012 (trad. it., Milano, Feltrinelli, 2014); si tratta di opere che forse possono presumersi note e, rispetto alle quali, la discussione è così vivace e vasta che sarebbe impossibile darne conto in questo contesto.

L'analisi delle pratiche – anche in questa sede – è essenziale per qualunque processo di decostruzione; anche rispetto a questo profilo non è possibile intrattenersi; per brevità di veda M. FERRARIS, *Introduzione a Derrida*, Laterza, Roma Bari, 2003. Oltre ai riferimenti a Derrida nel resto di questo testo, resta da premettere che la decostruzione delle categorie è fondativa per i Critical Legal Studies, sui quali, di nuovo, non ci si può impegnare in questa sede, sicché, se di interesse, indicazioni si possono trarre da A. HUNT, *Critical Legal Studies: A Bibliography*, in *The Modern Law Review*, vol. 47, n. 3 (May, 1984), 369.

È altrettanto chiaro che questi riferimenti dicono di un rapporto dialettico tra diritto e Stato (si può vedere M. ABENSOUR, *La démocratie contre l'État*, Paris, PUF, 1997, trad. it. Napoli, Cronopio, 2008), di un approccio radicale, diverso – in generale – dal fondazionismo e dalla sua esasperata ricerca di fondazioni (ideologiche) dell'autorità e, più in particolare, dalla dialettica tra artificialità e naturalità, di una radicalità della persona, delle sue relazioni e delle sue aspirazioni e conflitti come realtà dell'ordinamento (di recente su alcuni di questi temi, L. BUFFONI, *Il metodo del diritto costituzionale. La natura e l'artificio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024).

3 Utilizzo il termine “pratiche” in senso specifico, non come sinonimo di “prassi”. Al netto del rilievo immediatamente giuridico della prassi (ad esempio quanto alla ricostruzione delle direttive, ovvero a profili dell'eccesso di potere), quest'ultima identifica propriamente l'effettività dell'applicazione di regole legali; per quanto rileva in questa sede, le prassi possono essere caratterizzate dallo stesso contenuto ideologico delle regole, nel senso che predicano del potere ciò che esso pensa di sé e di come vuole apparire; ad esempio, venendo allo specifico, il giudice amministrativo decide controversie nelle quali vengono in gioco diritti fondamentali ma trova varie forme espressive (evidente è quella proposta dal Presidente del Consiglio di Stato di “interessi legittimi fondamentali”) che perpetuano l'approccio ideologico che riguarda sia le posizioni soggettive che il loro coinvolgimento con il potere; ne deriva che le prassi non sono indenni dalla costruzione di miti e perpetuazione di feticci perché sono espressioni del potere che qualifica sé stesso.

Al contrario, con pratiche si intendono azioni tra loro disomogenee – perché in essa rientrano anche le leggi, le decisioni amministrative o giurisdizionali ovvero le forme di organizzazione del potere – che, tuttavia, vengono in rilievo in quanto disevelano la reale sostanza del potere, al di là delle sue apparenze. E' ovvio che anche le pratiche debbono essere fatte oggetto di un esercizio di decostruzione e, tuttavia, poiché da esse è agevole trarre la reale sostanza del potere depurata dalle sue auto-rappresentazioni è alle pratiche che si intende fare riferimento consapevolmente.

4 Per una loro recente analisi sarà consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2021, che utilizza in gran parte questo metodo.

sia chi lo riceve – perché dovrà fare lo sforzo di accettare idee che gli appaiono smentite non da argomenti che le falsificano, ma dall'abitudine a pensare come vero un discorso completamente differente solo perché ha imparato secondo quel sistema le categorie che pratica. Solo per intendersi, è chiaro che chi senta dire che le corti amministrative decidono controversie in materia di diritti fondamentali, essendo stato fin dai suoi studi curriculari educato a pensare che i diritti fondamentali esistono in uno spazio in cui il potere è assente, che gli atti di potere dell'amministrazione sono l'ambito della giurisdizione amministrativa, che il giudice amministrativo si occupa di interessi legittimi e di diritti soggettivi solo nella giurisdizione esclusiva ed in quanto vi siano in gioco atti di potere, dovrà fare un profondo sforzo per accettare di prendere sul serio un ragionamento come quello in questione⁶; al contrario, se si trova innanzi ad una panoplia non piccola di decisioni che hanno ad oggetto, inequivocabilmente, diritti fondamentali, dovrà prendere in considerazione questo differente modo di ragionare – ovvero pensare pregiudizialmente che si tratta di sentenze sbagliate e conservare intatti i suoi miti senza prendere darsi pena di osservare le pratiche.

In secondo luogo, e come già accennato, il potere ricostruisce di sé una rappresentazione ideologicamente coerente con ciò che avverte di dover essere. Tuttavia, se si esaminano con attenzione le pratiche – nelle quali è più agevole vedere sotto la rappresentazione – è possibile intendere in cosa davvero si sostanzia il potere, sottraendo i suoi velamenti ideologici ed i suoi miti⁷; e comprenderlo fondatamente – vale a dire senza sostituire un'ideologia ad un'altra –

5 Quanto al rilievo del *Vorverständnis* ovvio il riferimento H. J. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, Mohr, 1965, (trad. it., Milano, Bompiani, 2000) ed J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Athenäum Verlag, 1970 (trad. it., Napoli, Esi, 1983). Su tutti questi temi, diffusamente, per quanto qui interessa, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, Cedam, 2017.

6 Sul riparto di giurisdizione, almeno, M. C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il codice del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2018 e N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, Pisa University Press, 2013.

7 Resta fondamentale E. CASSIRER, *The Myth of the State*, New Haven, Yale University Press, 1946 (trad. it., Milano, SE, 2024).

perché le pratiche mostrano fatti. Fatti che attengono alla dimensione dell'essere del potere e non necessariamente del dover essere.

Infine, poiché dalle pratiche è possibile vedere in atto i dispositivi giuridici reali, sottraendo ad essi (decostruendoli) la loro giustificazione (che sia sistemica o ideologica), è possibile intendere l'effettiva evoluzione delle forme e modi del potere (solo per non essere fraintesi, ad esempio, è agevole imbattersi in dispositivi emergenziali e derogatori con sempre maggiore frequenza; la loro giustificazione viene propagandata attraverso l'evocazione dell'emergenza, ma a guardare bene si scopre senza troppa fatica che l'emergenza viene innescata da bisogni di sicurezza o gestione del rischio, vale a dire da forme di anticipazione dell'emergenza a ciò che non ha nulla a che fare con essa ed, anzi, attiene alla quotidiana vicenda umana e sociale, sicché dalle pratiche è più agevole comprendere come sia evoluto il potere, come siano trasformati legalità e ruolo del Parlamento, come si sia funzionalizzato il potere alle esigenze neo-liberali e via discorrendo)⁸.

In altri termini, l'esame delle pratiche di potere – a mio modo di vedere – consente di cogliere con chiarezza la crisi strutturali dei presupposti dello Stato-costituzionale-di-diritto; non si tratta di singole deviazioni, di ridotte (o talora, imponenti) contraddizioni, ma di luoghi di frattura nei quali si vede con chiarezza l'emergere di un sistema di poteri, condizioni sociali, forze, assetti del tutto incompatibili con quelli costitutivi dello Stato-costituzionale-di-diritto. Dall'insieme di queste pratiche di potere emerge un superamento dell'assetto dei poteri pubblici disegnato in Costituzione che non ha nulla di effimero o temporaneo, essendo – piuttosto – strutturale. Ciò al netto della discussione circa l'interpretazione delle norme costituzionali e la ricostruzione del sistema (in questa discussione, ad esempio, ho cercato altre volte di mettere in luce come le letture tradizionali non siano in grado, strutturalmente, di assicurare le

⁸ Per maggiori osservazioni su questi temi e le necessarie indicazioni bibliografiche, solo per brevità sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Diàfora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA Persona e Amministrazione*, vol. XI (2/2022), 227.

garanzie che promettono⁹; tuttavia, qui intendo riferirmi all'evoluzione delle pratiche e non all'insufficienza – a mio modo di vedere – delle dogmatiche ordinariamente affermate).

Queste pagine, quindi, presuppongono l'esame delle pratiche contenuto nei saggi che le precedono in questa sezione monografica. La sintesi di quegli studi – per quel che rileva ai miei fini in questa sede – è molto agevole: la realtà indica varia e frequente giurisprudenza del giudice amministrativo (vale a dire, del giudice del potere, degli interessi legittimi) in controversie che coinvolgono direttamente diritti fondamentali messi a confronto con vicende di potere.

2. Necessità della sistematica come strumento di giudizio delle pratiche e di definizione del dover essere del potere

Il ricorso allo studio delle pratiche non esclude la necessità dell'elaborazione di una sistematica teorica del potere. Può presumersi nota – anche per ragione della notevole autorevolezza dei contraddittori – la discussione circa la necessità della sistematica nel diritto pubblico, essendo ben rappresentate sia la posizione che l'afferma sia quella opposta; per lato mio, ho provato a chiarire per quali ragioni mi iscrivo al partito di chi l'afferma¹⁰. Poiché in queste pagine intendo svolgere un lavoro prettamente dogmatico e sistematico, l'esigenza del sistema richiede di essere giustificata – anche solo con il richiamo alle idee di chi l'ha sostenuta e a quanto s'è già personalmente detto in argomento. In ossequio alla cruda essenzialità cui si improntano queste pagine, basterà dire che senza una sistematica non si disporrà di un criterio alla luce del quale giudicare gli atti di potere che le pratiche mettono in luce, non si riusciranno a comprendere le tendenze che la realtà mostra, non si disporrà di strumenti di analisi critica sicché si potrà solamente descrivere, ordinare, illustrare.

⁹ Di nuovo per brevità e non potendo affrontare questa discussione, rinvio almeno a L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, I (2017), 3.

¹⁰ Soprattutto per i necessari riferimenti – e se mai di interesse, per la posizione di chi scrive – si può rinviare a 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 *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 803.

3. Relazione tra sistematica e studio delle pratiche. Il percorso di ricerca

Il percorso che deriva da queste due considerazioni – necessità sia della sistematica teorica che dell'esame delle pratiche – importa necessariamente un flusso circolare dei due metodi di indagine. Per un lato, infatti, l'esame franco e profondo delle pratiche di potere consente di non limitarsi alla descrizione di singoli istituti intrisi di criticità, ma di comprendere come essi siano null'altro che l'emergere di un ordine diverso e per largo tratto, incompatibile con le descrizioni tradizionali del sistema quando non – ed è quel che più recentemente appare con sempre maggiore evidenza – di eversione dell'ordine costituzionale. Quest'indagine, quindi, indica i percorsi sistematici e dogmatici che è necessario intraprendere. Infatti, dall'esame delle pratiche emerge l'inadeguatezza delle opinioni tradizionali a spiegare il reale (giacché ritengono di assicurare libertà e diritti attraverso una sistematica che è contraddetta dalle pratiche) ed a fornire garanzie sufficienti alla persona ed ai suoi diritti: solo per fare un esempio, sul versante dell'attuazione costituzionale e del ruolo della società rispetto allo Stato si è potuto sostenere molto fondatamente, e per decenni, che la partecipazione democratica ed un'efficiente sistema rappresentativo costituivano strumenti efficaci di democratizzazione dell'amministrazione e di superamento del dualismo società-Stato; è del tutto chiaro come il venire meno di entrambi questi elementi nella società contemporanea non consenta di fondare interpretazioni convincenti sullo stesso schema e, al tempo stesso, ponga con chiarezza l'esigenza di elaborarne di nuove per conseguire lo stesso risultato di garanzia dei diritti della persona. Né sembra sufficiente la sola restaurazione¹¹ (o, peggio, la nostalgia), senza una costruzione sistematica che faccia confluire una dogmatica stringente e coerente (tecnica del diritto) ed una concreta strategia che ne assicuri la possibile effettività¹².

¹¹ Per indicazioni come sempre profonde e preziose in questo – a mio modo di vedere, insufficiente – senso, per tutti, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023.

¹² Per la necessità di inverare il sistema (costituzionale) attraverso un disegno della società che consenta al primo di realizzarsi effettivamente, resta fondamentale la lettura degli atti dell'Assemblea Costituente. Non potendosi, di nuovo, indulgere su queste questioni e potendo presumersi note gli studi principali in argomento (almeno, E. CHELI (a cura di), *La fondazione*

Dall'esame concreto dei modi di essere del potere, quindi, possono derivare sia il superamento di teorie altrimenti validissime, sia la necessità di elaborazioni sistematiche nuove, sia la comprensione del reale valore dirompente delle pratiche (che non si avverte se non si dispone di un sistema dogmatico con il quale confrontarle), sia l'individuazione di punti alternativi di tenuta e di reazione. Naturalmente, un'elaborazione sistematica di questo tipo richiede, poi, di essere costantemente confrontata con le pratiche, sia per verificare se non vada essa stessa tramutandosi in ideologia ovvero se non sia riuscita ad acquistare (o sia andata perdendo) valore euristico e scientifico.

Al netto della bontà dei risultati, che sono ovviamente sempre discutibili – come proprio del metodo scientifico, anche quando si occupa della cognizione della realtà di fatto¹³ –, trovo necessario muovere dal dato di fatto emerso nella ricognizione che trova spazio negli altri saggi di questa sezione e ragionare delle sue conseguenze teoriche.

SEZIONE II

POSIZIONE DEL PROBLEMA

1. Relazione tra diritti fondamentali e potere. Indicazione del rilievo del pubblico interesse per la soluzione del problema

Il tema che si intende porre richiederebbe una trattazione molto più estesa. Essendo, evidentemente, non solo impossibile ma contraddittorio con lo

della Repubblica: dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente, Il Mulino, Bologna, 1979; U. DE SIERVO (a cura di), *Verso la nuova Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1980 – più recentemente, con taglio storico, G. FORMIGONI, *Storia essenziale della repubblica italiana*, il Mulino, Bologna, 2021), per un esempio di coerenza tra dogmatica giuridica e strategia intesa ad assicurarne la concreta realizzabilità si possono richiamare le considerazioni su Aldo Moro costituente in L. R. PERFETTI, *Sul valore normativo della persona. Appunti su Aldo Moro giurista nel quarantennale dell'omicidio*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, II (1/2018), 225. In generale, per un chiarimento indispensabile – per chi scrive – alla funzione del giurista G. PASTORI, *Intervento*, in *Il ruolo dei docenti di diritto nell'Università del domani*, Napoli, Edizionale Scientifica, 2013, 75.

¹³ Non solo per il ben noto principio di falsificabilità ma soprattutto per quelli di compatibilità, oggettività/soggettività della conoscenza, finalismo, causalità, nella prospettiva dell'unitarietà della conoscenza e della novità dei sistemi di pensiero, N. BHOR, *The Unity of Human Knowledge*, in *Essays 1958–1962 on Atomic Physics and Human Knowledge*, Hoboken, Wiley, 1964, 8.

scopo che ci si propone in questa sede, occorrerà trascurare interamente l'insieme delle discussioni che sarebbero richieste e trattare il tema come semplice premessa.

Sul piano sia storico che teorico, è agevole osservare come – fino a tempi molto recenti – lo Stato moderno e contemporaneo sia la costruzione che ha dominato la questione. L'esigenza di costruire un soggetto che assicurasse l'eguaglianza di tutti innanzi alla legge – sicché *auctoritas non veritas facit legem* –, la giuridicizzazione del conflitto sociale ed una base solida per costruire il sistema che le classi dominanti andavano edificando, hanno determinato l'affermazione progressiva dell'idea di Stato¹⁴ che ancor oggi domina le teorie correnti.

Si tratta di uno Stato-di-diritto che non ha mai risolto il problema del suo fondamento – anzi, delle molte proposte mitiche di fondazione, che non hanno base storica o teorica e che valgono solo a giustificare razionalmente ciò che si è imposto con la forza dei fatti (e non sempre ad essi resistono¹⁵). Tuttavia, il dato fondativo – nettissimo nelle costruzioni teoriche dello Stato liberale tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo – è quello della spettanza della sovranità

14 Di nuovo, i riferimenti e le discussioni che sarebbe necessario svolgere rispetto ai quattro profili indicati nel testo sopravanza largamente lo spazio che si può concedere in questa sede. Per i necessari riferimenti e l'opinione di chi scrive ci si dovrà limitare al rinvio a L. R. PERFETTI, *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*, I, Napoli, ESI, 2011, 653; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 299; ID., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 53; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, 1153; ID., *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 117 (2016), 195; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017 (LXVII), 99; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, 119; ID., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, cit.; ID., *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2019, 199; ID., *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, IV (1/2019), 7; ID., *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, VII (2/2020), 51; ID., *L'attitudine della giraffa. Per una teoria dei diritti sociali come esercizio della sovranità, nella stagione della crisi del welfare pubblico*, in M. Francesca e C. Mignone (a cura di) *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Napoli, ESI, 2020, 61; ID., *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 3965; ID., *Is there no alternative?*, in *Power and Democracy*, v. III, (1/2021), 92.

15 Per i riferimenti alle questioni cui alludo nel testo, M. HORKHEIMER, T. ADORNO, *Dialektik der Aufklärung*, Querido, Amsterdam, 1947 (trad.it., Torino, Einaudi, 1966).

allo Stato e della conseguente attrazione ad esso di tutta la capacità giuridica di diritto pubblico, con il risultato che i diritti riconosciuti dalla legge alla persona sono autolimitazione del potere, concessione sempre revocabile procurata attraverso la legge parlamentare¹⁶. Allo stesso modo, nella relazione tra società e potere, solo ciò che è riservato all'organizzazione pubblica potrà dirsi di pubblico interesse, ancorché fino all'istante precedente o successivo si svolgesse in

16 Per i necessari riferimenti si potrà rinviare alla letteratura citata negli scritti richiamati alla nota 13, cui è bene aggiungere i riferimenti in L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, 61. In ogni caso, non si può rinunciare a P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, vol. 2. Le età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Roma Bari, Laterza, 2000 e *vol. III. La civiltà liberale, e vol. IV. L'età dei totalitarismi*, entrambi Roma Bari, Laterza, 2002; prima ancora, ID., *Lo Stato immaginario: metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986; comunque, G. DUSO, *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Roma, Carocci, 2011 e ID., *L'Europa e la fine della sovranità*, in *Quaderni fiorentini*, XXXI (2002), 109.

Comunque, solo per fornire cenni minimi, con profonde differenze tra loro G. BERTI, *Sovranità*, in *Enc. Dir. Annali*, Milano, Giuffrè, 2007, 1067; L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, qui tenuto presente nella edizione Bari-Roma, 1997, ma leggibile in forma diversa in altri luoghi; M. S. GIANNINI, *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano 1990, 224, per il quale sarebbe ozioso intrattenersi in merito alla sua attualità o utilità, essendo "accettata da tutte le scienze costituzionalistiche, in ogni Paese" (225); B. SORDI, *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato*, in *Quaderni fiorentini*, XVIII (1989), 643; D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Bari-Roma, Laterza, 2004; N. MATTEUCCI, *Sovranità*, in ID., *Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1997 (ma già in *Dizionario di politica*, Torino, UTET, 1990, 1079), nel quale, come molto noto, si pongono in relazione Stato, sovranità, contrattualismo, costituzionalismo, opinione pubblica, corporativismo per poi vedere il fenomeno dal diverso punto di vista del tra eguaglianza, contrattualismo, società civile e Stato e concludere su politica e pluralismo; A. CATANIA, *Lo Stato moderno: sovranità e giuridicità*, Torino, Giappicchelli, 1996, ove si raccolgono e rielaborano saggi precedenti, muovendo dall'idea che l'atto giuridico obbliga non in ragione del suo contenuto ma dell'autorità che lo pone; lo sforzo di coniugare positivismo e realismo si collega all'internazionalizzazione degli atti di imperio, con trasferimento della sovranità statale, ed il perdurare della sovranità intesa come condizione per l'obbedienza al comando; G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità: il senso della democrazia costituzionale*, Bari, Dedalo, 1997, prevalentemente sulla questione della relazione tra costituente e costituito, in una direzione che – nella sostanza – diluisce la sovranità statale in quella popolare. Non c'è spazio per occuparsi del tema in questa sede (e per maggiori riferimenti si potrà ancora rinviare a *Il governo dell'arbitrio*, cit.). Tuttavia, resta che il tema è vivacemente discusso dalla letteratura giuridica straniera, che meriterebbe considerare. Per quella anglosassone, per un quadro complessivo, per un quadro d'insieme delle fonti, H. KALMO, Q. SKINNER, *Sovereignty in fragments: the past, present and future of a contested concept*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, F. H. HINSLEY, *Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986; J. BARTELSO, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; D. CHANDLER, *Empire in Denial. The Politics of State-Building*, London, Pluto, 2006 e T. J. BIERSTEKER, C. WEBER (a cura di), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996 (ove, particolarmente, WEBER, BIERSTEKER, *Reconstructing the Analysis of Sovereignty: Concluding Reflections and Directions for Future Research*); per il collegamento con la questione della protezione dei diritti umani, J. S. BARKIN,

modo identico ad opera delle organizzazioni sociali – evidente, in questo senso, la dottrina soggettiva del servizio pubblico¹⁷.

Questo sistema è ancora oggi chiarissimamente visibile nelle pratiche giudiziarie, nell'esercizio – sempre più derogatorio e *ad hoc* – della legislazione e nella gran parte delle teorie del diritto amministrativo. Le conseguenze del sistema sono, per un lato, il non consentire di radicare diritti fondamentali nel confronto con il potere pubblico; per l'altro, la possibile crisi (come mostrato

The Evolution of the Constitution of Sovereignty and the Emergence of Human Rights Norms, in *Journal of International Studies*, 27 (1998), 229; in ogni caso, J. RATZ, *The concept of a legal system*, Oxford, 1970, che discute la teoria della sovranità, partendo dall'idea di obbedienza (“*It is based exclusively on the social fact of the habit of obedience*”, 6) assumendo come parametri il pensiero di Bentham, Kelsen e soprattutto Austin, per il quale la sovranità è potere per definizione illimitato (nota è l'affermazione di Austin per la quale “*Supreme power limited by positive law, is a flat contradiction in terms*” – AUSTIN, *The Provinces of Jurisprudence Determined*, London, 1832, 76) e necessariamente concentrato in un unico organo (“*in every society political and independent the sovereign is one individual or one body of individuals*” – *op. ult. cit.*, 246) richiedente obbedienza (257). Nella letteratura in lingua tedesca, oltre ai classici lavori di Kelsen e Schmitt – sui quali si tornerà tra breve –, almeno, per la relazione con la stualità, H. VON QUARITSCH, *Staat und Souveränität*, Frankfurt a. M., Athenäum Verlag, 1965, per il rapporto tra sovranità popolare e statale H. KURZ, *Volksouveränität und Staatssouveränität*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1970, per lo sviluppo storico del problema, C. HASE, *Geschichtliche Entwicklung der Souveränitätskonzeption*, Jena, Grin, 2006, per la discussione del concetto – anche in relazione alla sua evoluzione storica – U. HALTERN, *Was bedeutet Souveränität?*, Tübingen, Mohr, 2007, e la difesa del concetto in C. HILLGRUBER, *Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs*, in *Juristenzeitung*, XXII (2002), 1072 (che, tuttavia, legge la sovranità popolare nella sola prospettiva della rappresentanza democratica e nella prospettiva dell'Unione Europea). Nella letteratura francese, oltre al quadro storico di G. MAIRET, *Le principe de souveraineté: histoires et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, 1997 e quello filosofico di G. BATAILLE, *La souveraineté*, Paris, Lignes, 1976, vanno tenuti presente i quattro volume di H. LEFEBVRE, *De l'État*, Paris, Union générale d'éditions, da 1976 a 1978. La letteratura in lingua spagnola presenta soprattutto – come pure (e vi si è fatto cenno) quella nordamericana – studi che assumono il concetto tradizionale di sovranità (dello Stato o del popolo, o più frequentemente di entrambi confusamente) e si concentrano su elementi di estrema attualità legati alle relazioni tra Stati, alla globalizzazione o alle crisi economica (e, quindi, alla sovranità monetaria o alimentare); comunque, devono essere tenuti presente, in generale e di recente J. ABELLÁN, *Estado y soberanía: conceptos políticos fundamentales*, Madrid, Alianza, 2014, J. L. PEREZ TRIVINO, *Los límites jurídicos del soberano*, Madrid, Tecnos, 1998, e gli studi raccolti da R. BERGALLI e E. RESTA, *Soberanía: un principio que se derrumba*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1996. Quanto alle riflessioni latino-americane, M. MORENA PINTO, *La dimensión de la soberanía en el Mercosur*, Lisboa, Iurua, 2011, E. VARELA BARRIOS, *La soberanía transformada*, Bogotá, Ecoe, 2007; per una netta difesa del concetto, la sua analisi storica e l'indicazione di alcune prospettive sul versante della sovranità popolare, J. CARPIZO, *La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional*, in *Revista de Estudios Políticos*, XXVIII (1982), 195 – ma particolarmente da 206.

¹⁷ Sull'insieme dei problemi teorici e delle loro ricostruzioni sia consentito rinviare ancora a L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001. Per lo sviluppo delle idee e delle regole successive, sia pure con impostazione profondamente differente e, tuttavia, con la consueta profondità e precisione, R. VILLATA, S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*,

dalle dittature continentali del secolo scorso¹⁸), perché la compressione dei diritti e la legge che li garantisce o rimuove sono sempre espressione – sia pure di diversi organi – dello Stato; *infine*, per la somma di queste due ragioni, i diritti della persona vengono costruiti come posizioni o situazioni soggettive destinate ad operare al di fuori della relazione con il potere.

In altri termini, (i) le pretese che si confrontano con il potere non sono diritti – o almeno non sono inviolabili – ed (ii) i diritti stessi esistono per concessione o creazione (legislativa) del potere sicché, come tali, sono revocabili ovvero il loro contenuto di pretesa è conculcabile per esigenze di interesse pubblico. In questa dinamica delle relazioni tra situazioni soggettive, è agevole cogliere il permanente rilievo sia della sovranità che dell'interesse pubblico.

Quanto alla *prima*, non si fatica a cogliere come essa sia un inesauribile serbatoio di potere, di capacità di comando. Proprio per l'inconsistenza delle teorie fondative del potere statale (organicismo, contrattualismo, etc.), il vero elemento costitutivo del potere pubblico resta il monopolio della potestà di diritto pubblico, l'esclusiva attribuzione del potere e, quindi, la sovranità. La sovranità è una fonte inesauribile di potere, tale anche ove se ne affermi (con non piccola forzatura) la natura di potere costituito, perché determinerebbe l'instabilità dell'intero edificio pubblico¹⁹; per questa sua natura propria, essa è ogget-

Torino, Giappicchelli, 2022.

18 Per l'affermazione di regimi totalitari continentali senza elementi di rottura delle regole del rule-of-law nella fase di presa del potere, sia consentito ancora rinviare L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, cit.

19 Non è di alcuna utilità pensare all'ordinamento come ad una creatura stabile e immutabile. L'azione della sovranità potrà intervenire solo in due modi. O essa è sussunta interamente nel costituito, ed allora la dinamica sociale, il conflitto, la pretesa dell'autorità di darvi disciplina, saranno spinti all'esterno della dinamica costituzionale, alla quale si concederà il solo flusso della rappresentanza delle assemblee legislative, oggettivamente percorso troppo ristretto per contenere il pluralismo sociale ed i suoi necessari raccordi. Oppure la si assorbirà nella costruzione, ma perdurando nel predicare la sovranità come attributo dello Stato esso non potrà che incorporare il conflitto e, limitando il predicato costituzionale della sovranità popolare alla sola rappresentanza, si determinerà la dittatura della maggioranza (elettorale) e, di nuovo, l'instabilità dell'edificio. O la sovranità viene radicata (e trattenuta) nei diritti fondamentali, assicurando in termini pluralisti e dialettici la libertà, oppure l'attrazione allo Stato sarà fonte di instabilità o, come è sempre stato, legittimazione della sua immensa forza disciplinante.

Comunque, per la questione di costituente e costituito nel nostro ordinamento, non è possibile non esaminare V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam,

to di un'instancabile processo di attrazione verso la disciplina da parte del diritto: la sovranità dello Stato è avvertita come inesauribile fonte di potere di fatto, libero, politico, privo di disciplina e limite, sicché il lavoro ininterrotto degli ultimi due secoli è nella direzione di disciplinare fonti legali, procedimenti, stabilire attraverso il diritto limiti e garanzie.

Tuttavia, per sua natura la sovranità statale, la sovranità del titolare del comando, è forza indomabile e, soprattutto, è forza, violenza²⁰. Sfortunatamente, l'appartenere della sovranità allo stesso soggetto che pretende di limitarla e disciplinarla – evidentemente lo Stato, il potere pubblico – determina una serie di punti di crisi in una costruzione che nasce e si sviluppa costantemente lungo una faglia di contraddizione. In *primo* luogo, le stesse categorie dello Stato-diritto sono afflitte dalla stessa contraddizione di cui si sostanzia ed una serie di concetti ne sono espressione plastica: l'idea che il legislatore sia sempre assolutamente libero nei fini ed in gran parte anche nei mezzi; quella per la quale le pretese individuali in quanto in relazione con il potere siano altro da diritti e comunque per nulla inviolabili (sicché, se sono diritti, “affievoliscono” al solo

1995, cui andranno aggiunti G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità: il senso della democrazia costituzionale*, Bari, Dedalo, 1997 e G. BERTI, *Il “rapporto amministrativo” nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Mortati*, Roma, Istituto di studi giuridici, 1977, II, 58, per il quale il diritto pubblico è «riflesso della sovranità» e per il parallelismo strettissimo tra ragioni della specialità ed affermazione della legalità, ID., *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Diritto Pubblico*, 1996, 278 – sicché la sua vicenda è certamente quella del dispiegarsi dell'autorità, della sua organizzazione e del suo potere, ma insieme «nel mentre che si costituiva come tale generava anche il suo limite», cfr. A. ORSI BATTAGLINI, In limine, *Diritto Pubblico*, 1995, VII, ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, 1511.

20 Per i necessari riferimenti sia consentito ancora rinviare a L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, cit. e, comunque, alla discussione delle tesi di Benjamin – W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt*, e *Über den Begriff der Geschichte*, ora in *Neue Rundschau*, vol. 61, S. Fischer, Frankfurt 1950, (trad. it., *Tesi di filosofia della storia*, Milano, Nemesi, 2012 e in Angelus Novus, Torino, Einaudi, 2012; su questi testi, almeno, D. GENTILI, *Il tempo della storia. Le tesi “sul concetto di storia” di Walter Benjamin*, Napoli, Guida, 2002 e M. LÖWY, *Fire Alarm. Reading Walter Benjamin's “On the Concept of History”*, London, Verso, 2004 (trad. it., *Segnalatore d'incendio. Una lettura delle tesi Sul concetto di storia di Walter Benjamin*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004) e soprattutto, J. DERRIDA, *Force de Loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, cit. e la raccolta di conferenze ID., *Séminaire la bête et le souverain*. II (2002-2003), Galilée, Paris, 2010 (trad. it. Jaca book, Milano 2010 – in L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, cit. – ma già prima, sua pure maggiormente in confronto con Cacciari (M. CACCIARI, *Icone della legge*, Milano, Adelphi, 2002), L.R. PERFETTI, *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, trattenuti minori e potere pubblico*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2016, 393.

cospetto del potere pubblico); il potere amministrativo come strutturalmente discrezionale e la discrezionalità come spazio insindacabile di volizione circa il pubblico interesse; e via enumerando.

In altri termini, in tutti gli snodi essenziali, la pretesa di disciplinare il comando ed il potere dello Stato cede e gli istituti corrispondenti sono intrinseci della forza libera del sovrano statale.

In *secondo* luogo, e più drammaticamente (come dimostrano le dittature europee, come confermano le emergenze recenti), la garanzia dello Stato-diritto cedono di schianto quando le esigenze del potere lo richiedono.

In *terzo* luogo – sicché si innesca il secondo problema che si intende richiamare all'attenzione – ogni azione pubblica è giustificata e fondata sul pubblico interesse ma cosa esso sia resta del tutto indefinito. Si tratta della volizione del pubblico funzionario o dell'assemblea elettiva circa una data situazione e, così posta è pura volizione, libertà del volere rispetto alla quale il diritto è quasi impotente – ed, infatti, interviene solo nel limite dell'errore manifesto, dell'irragionevolezza estrema, della trascuratezza evidente circa i fatti. In questi termini, fuori del necessario meccanismo giuridico di imputazione della volontà all'organo, si è innanzi ad una formula del tutto ingiustificabile, giacché non si comprende per quali ragioni la singola persona fisica ovvero un loro insieme in collegio, per il sol fatto di aver vinto un concorso o un'elezione, possano dirsi arbitri di cosa sia il pubblico interesse in concreto – ed, infatti, quanto all'aggettivazione di codesto interesse scompare presto la ragionevole qualificazione come “generale”, per lasciare posto all'unico elemento della sua natura che riesce chiaro, vale a dire quello di spettare al monopolio del giudizio (dell'organo) di un soggetto “pubblico”²¹.

21 Cfr. G. BERTI, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI/XII (1982/1983), tomo II, 1001, ove osserva che «il diritto pubblico, quale noi conosciamo, nella sistemazione generale e nelle sue articolazioni, rimane sempre dominato dalla dogmatica della personalità dello stato e degli organi statali» sicché, nonostante la similitudine di figure teoriche, il diritto pubblico «è radicalmente diverso, stando alla sua originaria e perdurante configurazione, caratterizzato da una fondamentale differenziazione dei soggetti» sicché si tratta essenzialmente di un «ordinamento basato sulla diversa qualità o attitudine dei soggetti» (1002).

Si tratta di una *seconda* inesauribile riserva di potere, giacché per quanto si riescano ad imbrigliare la sovranità ed il comando nelle maglie del diritto, in ogni caso, il cuore della decisione²² resta estraneo alla razionalità e controllabilità del diritto, attratto dalla volizione – restando, a mio avviso, almeno in buona parte, violenza. Poiché tutto ciò che è di pubblico interesse è tale per qualificazione dell'organizzazione pubblica (che ne potrà concedere o disciplinare accuratamente l'esercizio ai privati, restando titolare della funzione) e qualsiasi disciplina dell'attività umana è esercitata dal potere pubblico nell'interesse pubblico, restando indefinito il suo concetto, si apre una voragine di valutazioni sottratte al diritto in qualunque relazione tra società e Stato, più in generale nelle relazioni disciplinate dal potere. Ed, infatti, dell'interesse pubblico continuiamo a sapere solo due cose, vale a dire che esso è: (i) “pubblico” (e non “generale”), sicché appartiene al potere pubblico la sua definizione e a nessun altro e (ii) “superiore” sicché in grado di comprimere ogni altra esigenza – foss'anche un diritto inviolabile – per ragione di questa superiorità ordinante.

2. Impossibilità del tema secondo la configurazione tradizionale

Non si fatica a capire come in quest'ordine di cose, la questione della giurisdizione del giudice amministrativo in merito a vicende che riguardano diritti fondamentali è semplicemente inesistente: ove si sia dispiegato un dispositivo di potere non potrà esservi diritto fondamentale.

Ecco perché è particolarmente utile lo studio delle pratiche del potere. Come in molti altri casi, svolgendo quest'esercizio si apprendono cose che – se

²² Il concetto di decisione al posto di quello di provvedimento non è neutro. È stato fortemente sollecitato – fin dalla fondazione – proprio da questa *Rivista* perché il suo contenuto è quello di un giudizio (tema sul quale occorre rinviare a H.L.A. HART, *Discretion*, in *Harvard Law Review*, 127 (2013), 652, sul quale, N. LACEY, *The path not taken: H. L. A. Hart's Harvard essay on Discretion*, *ivi*, 636 e G. SHAW, *H. L. A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School*, *ivi*, 666; ma le idee che oggi si leggono nel saggio sono in qualche modo presupposte e confermate dall'impianto della teoria del diritto hartiana, sicché è utile R. DWORKIN, *No Right Answer?*, in P.M.S. HACKER e J. RAZ (a cura di), *Law, Morality and Society: Essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, 54). È chiaro, invece, che il ricorso al concetto di provvedimento (legislativo o amministrativo, non importa) riduce fortemente la portata del procedimento, dell'istruttoria, della razionalità della decisione e, quindi, della sua criticabilità e ripetibilità.

già apparivano chiare dal punto di vista teorico – sarebbe stato difficilissimo fare divenire oggetto di un confronto intellettuale aperto e franco. Ci sono ragioni (che a me paiono) molto serie per ritenere che il potere pubblico non solo possa incidere su diritti fondamentali ma, per sua stessa natura e fondazione, debba essere qualificato come necessariamente funzionale alla massimizzazione del godimento personale di codesti diritti. Tuttavia, porre il tema dal punto di vista dogmatico impone di superare il pregiudizio – ancora molto largamente diffuso – che le categorie tradizionali spieghino la realtà, sicché il tema sarebbe semplicemente impossibile. Si tratta di un problema che affronta qualunque spiegazione della realtà difforme dalla tradizione. Il motivo è che la tradizione, alla quale siamo tutti abituati, non solo tende a condizionare lo stesso linguaggio di chi proponga un ordine di concetti nuovo e diverso che spieghi più adeguatamente la realtà, ma soprattutto è presupposta come vera di chi ascolta. In altri termini, per poter avviare un confronto utile, bisognerebbe svelare il profondo contenuto politico ed ideologico di ciascuno dei concetti fondamentali che siamo abituati ad utilizzare (potere, discrezionalità, interesse legittimo, legge, etc.) – sicché occorrerebbe accuratamente decostruirli; infatti, non è seriamente dubitabile che si tratti di costruzioni concettuali che sono state create per dare ordine alle relazioni sociali ed al potere in un dato contesto storico e poi si sono ipostatizzate; nel consolidarsi negli usi, hanno perduto la loro originaria natura opinabile, ideologica, politica, la funzionalità alla costruzione di un dato ordine di cose, e sono divenute in qualche modo dei feticci con una loro ontologia presupposta – sicché crediamo davvero che esistano il pubblico interesse, gli interessi legittimi, la discrezionalità e via discorrendo, per come essi sono stati costruiti negli ultimi centocinquant'anni, dimenticando che sono stati elaborati così in epoche variamente autoritarie come la fine del XIX secolo o gli anni Trenta di quello successivo. Lo sforzo di spiegare per quali ragioni si tratta non di realtà, ma di costruzioni concettuali opinabili e soggette

ad evoluzione, renderebbe impossibile il compito; dall'altro lato, senza questa decostruzione, la proposta teorica sarebbe assai poco comprensibile.

Il vantaggio dello studio delle pratiche è dimostrare – non solo riguardo a questo tema – che l'insieme dei concetti creduti veri, tale non è nella realtà e, quindi, non costituisce più una spiegazione adeguata della realtà. Per quanto quello che qui si affronta sia un tema impensabile sulla base dell'impostazione tradizionale ed ancor oggi largamente maggioritaria della nostra scienza, la realtà dell'ordinamento è che esso esiste e che il giudice amministrativo viene chiamato a decidere controversie in cui si fa materia di diritti fondamentali, della loro relazione concreta con il potere e, lungi dal ritenere di non avere giurisdizione, le corti amministrative decidono con sentenza queste controversie, esercitando quindi in concreto la giurisdizione amministrativa su vicende di potere che incidono su diritti fondamentali. Converrà, quindi, discuterne.

3. Emersione del problema attraverso lo studio delle pratiche

Nello schema espositivo che mi sono imposto, vale a dire quello che richiede la massima brevità e semplicità, rinunciando (sia pure malvolentieri) a tutte le discussioni che sarebbero necessarie, non ho bisogno di dimostrare in quali casi ed in che modo il giudice amministrativo abbia esercitato la sua giurisdizione su controversie che attengono diritti fondamentali e la loro relazione con il concreto esercizio del potere pubblico, perché tutti gli studi pubblicati in questa Sezione svolgono questo compito assai meglio di quanto ne sarei capace. Il tema è quindi possibile ed in quanto tale merita di essere svolto.

SEZIONE III

QUANTO ALLA STRUTTURA DEI DIRITTI FONDAMENTALI SECONDO IL DIRITTO (COSTITUZIONALE) POSITIVO

1. Ragioni per le quali la struttura dei diritti fondamentali non è quella che viene dalla tradizione (ed ancora oggi largamente ritenuta). Ragioni di insoddisfazione quanto alle ricostruzioni recenti

Non serve ripercorrere in questa sede²³ le molte e differenti trattazioni del tema della natura e regime dei diritti fondamentali. È noto che il tema è oggetto di discussione nella letteratura giuridica di diversi Paesi e con profonde differenze d'accenti, sicché si annoverano contributi ormai classici e che possono presumersi noti – tanto che nella letteratura recente è più agevole incontrare riflessioni più settoriali²⁴; è altrettanto noto l'insieme dei problemi e l'oggetto delle discussioni – che riguardano addirittura il concetto, il novero e le caratteristiche peculiari di codesti diritti²⁵.

Ripercorrere il contenuto dei contributi teorici e della giurisprudenza rilevante, almeno in questa sede, condurrebbe lontano dall'obiettivo. Converrà, quindi, assumere il concetto di diritto fondamentale in modo (per il momento) approssimativo e fornire le spiegazioni necessarie in quanto lo siano per il ragionamento che si intende condurre – rinviando per il resto alle molte trattazioni in argomento.

Per inquadrare le questioni e fornire la mia spiegazione del problema, è essenziale chiarire il punto di partenza, la prospettiva, giacché essa (come sempre) influenza in modo decisivo il suo sviluppo. La natura ed il regime dei diritti fondamentali appartengono al tema della forma di Stato²⁶, alla relazione tra libertà ed autorità – e, quindi, nel nostro ordinamento nazionale, alla «*forma re-*

23 Come il titolo della Sezione chiarisce fin da subito il problema viene affrontato in una prospettiva dogmatica (vale a dire in relazione al diritto positivo), non teorica (cioè con riguardo a qualsiasi possibile diritto positivo).

24 Con frequenza il profilo dogmatico viene affrontato in relazione alle discipline di settore, anche con approdi di sicuro interesse; un esempio è V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale*, Convegno annuale dell'Associazione “gruppo di Pisa”, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

25 Sempre in ossequio dell'estrema brevità e del metodo che ci si è dati quanto all'apparato critico, per i necessari riferimenti e la loro discussione, si rinvia a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, 61.

26 Correttamente, L. CARLASSARRE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 3 – tenendo a mente fin d'ora la riflessione circa la diversa tenuta dei diritti fondamentali rispetto alle possibili limitazioni (cfr. da 62). Detto questo, una volta che si ammetta che i diritti fondamentali sono elemento essenziale della forma di Stato, non trovo particolarmente promettente il percorso di comparare questi stessi con la forma di Stato e viceversa, perché questo procedere avrebbe senso solo comparando due entità distinte e non una che sia parte essenziale dell'altra.

pubblicana» (Costituzione, art. 139), insuscettibile di modifica. Se non si muove da questo punto di partenza, a mio modo di pensare, nessuna soluzione adeguata del tema è possibile. Assunta questa prospettiva, ne consegue che le questioni che agitano da gran tempo il dibattito debbono – a mio modo di vedere – essere osservate nella relazione tra sovranità e diritti fondamentali²⁷.

In questa luce, appaiono subito tre distinti atteggiamenti di fondo (pur con tutte le loro, anche consistenti, differenze)²⁸.

27 In questa prospettiva, V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti. Diritti, sovranità, culture*, Torino, Giappicchelli, 2016. Deve essere tenuto presente, tra i molti, V. ONIDA, *Relazione*, in *I diritti fondamentali oggi*, Padova, Cedam, 1995, 69 con riferimento in particolare alla qualificazione di fondamentale con riguardo ai singoli diritti costituzionalmente riconosciuti.

28 Per le necessarie indicazioni sia consentito il rinvio, ancora, a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit. Comunque, restano indispensabili per la comprensione del testo, V. ANGIOLINI, *Libertà e diritti di libertà*, in *Jus*, 1986, 185; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti Costituzionali*, Torino, Giappicchelli, 1994, 80, ID., *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1992, 203 e ID., *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti Di Celso*, Padova, Cedam, 1995, II, 97, nonché ID., *Salute (diritto alla salute - diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, vol. XXVII, 3; A. BALDASSARE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappicchelli, 1997; ID., *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Milano, 1996, 63; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, Cedam, 1996; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino^{11 ed.}, Giappicchelli, 2005; P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, Giappicchelli, 1991; P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. 2, Milano, 2008, 365; G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 1082; M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Bari Roma, Laterza, 2009, 41; T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappicchelli, 2002, e particolarmente ID., *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, *ivi*, 1. Per le indicazioni relative alla letteratura non italiana sia consentito rinviare di nuovo a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, cit. cui deve essere aggiunto, per la letteratura in lingua spagnola, I. RODRÌGUEZ FERNÁNDEZ, *La restricción sacrificial de los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2022.

In una prospettiva teorica e non strettamente dogmatica L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 2, 1998, pubblicato insieme ad alcune reazioni immediate ed ad ulteriori che hanno trovato spazio nei fascicoli successivi della rivista (fino al 2000); gli interventi ai quali si fa riferimento sono poi stati ripubblicati, a cura di E. VITALE, nel volume *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari Roma, Laterza, 2001; in particolare, la tesi originaria di Ferrajoli muove da una definizione formale di diritto fondamentale (sicché questi saranno «*tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a 'tutti' gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci di agire; inteso per 'diritto soggettivo' qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica*» (5); si precisa in quella teoria che la nozione proposta è teorica e non dogmatica, sicché viene formulata indipendentemente dal riferimento alle disposizioni di un ordinamento concreto. La definizione viene articolata in quattro tesi delle quali la quarta («*forse la più importante*», 10) riguarda esattamente il rapporto tra diritti e garanzie: si propone di identificare con «*garanzie primarie*» gli obblighi e divieti che corrispondono alle pretese positive o negative in cui si sostanzia il diritto e con «*garanzie seconda-*

1.1. La tradizione liberale è evoluta nel senso del doppio regime nella relazione tra diritti fondamentali e sovranità dello Stato: quella della completa separazione (propria della dimensione negativa delle libertà – cui, successivamente, alcuni interpreti hanno aggiunto alcune dimensioni, sempre negative, di diritti fondamentali) e quella dell'assorbimento nella sovranità pubblica di tutte le dimensioni di pretesa di prestazioni. In altri termini, le tradizionali libertà negative (e la *Drittwirkung* – almeno la dimensione della *unmittelbare Drittwirkung* – di diritti fondamentali) sono in relazione di completa alternativa al potere, mentre le restanti pretese appartengono alla garanzia che ne sia eventualmente fornita dalla sovranità, sicché sia l'autonomia privata, sia il potere, sono concepiti come ambiti di espressione di volontà (per quanto, il secondo, non interamente libero di esprimersi senza vincoli).

1.2. Al contrario, la tradizione dominante nel continente europeo e che si è affermata oltre un secolo fa, assorbe i diritti fondamentali (ed i diritti in genere) nella sovranità, per restituirli sotto forma di attribuzione da parte della legge – o della Costituzione, o dell'ordinamento in generale²⁹. Si tratta di un impianto che si regge su una coerente e corretta deduzione dalla premessa generale: se la sovranità appartiene allo Stato, tutte le dimensioni che vi si oppongono sono tali perché questi le riconosce attraverso espressioni del suo potere – nella specie la legge e gli atti di amministrazione che ne sono esecuzione– e secondo le sue procedure.

rie” la sanzione giudiziaria delle lesioni dei diritti; nello stesso volume, per un quadro delle idee, occorre riferirsi anche a R. GUASTINI, *Tre problemi di definizione*, 43; D. ZOLO, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*, 49; M. JORI, *Aporie e problemi nella teoria dei diritti*, 77; M. BOVERO, *Diritti e democrazia costituzionale*, 235; A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, 179. Sempre dal punto di vista teorico è utile G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Bari Roma, Laterza, 2002 e ID. e N. WALKER, *Relocating the Rule of Law*, London, Bloomsbury, 2008.

29 Per la ricostruzione di queste idee ed i necessari confronti con la dottrina, si rinvia a quanto in L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, cit.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, cit.; ID., *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, IV (1/2019), 7; ID., *L'attitudine della giraffa. Per una teoria dei diritti sociali come esercizio della sovranità, nella stagione della crisi del welfare pubblico*, cit.

Il risultato di entrambe queste impostazioni di fondo – largamente dominanti nel diritto pubblico delle democrazie occidentali anche oggi – è che l'intero plesso delle pretese che attengono ai diritti fondamentali diverse dalla loro pretesa più semplice, vale a dire quella di astensione e rispetto dell'autonomia, sono garantite (e quindi, attratte) dalla sovranità dei pubblici poteri. È in essa che sono garantite non solo la giurisdizione e l'amministrazione, ma la stessa predicabilità delle pretese che attengono a diritti fondamentali come situazioni giuridiche. Senza l'esercizio del potere (legislativo, amministrativo, giurisdizionale) non vi sono diritti – tanto è vero che la dominante concezione kelseniana³⁰, per la quale non v'è diritto senza la sanzione della coercibilità in giudizio, non è che affermazione di questa impostazione di fondo.

Le spiegazioni che innestano la natura e il regime dei diritti fondamentali nel basamento costituzionale assicurano un imponente balzo in avanti, che tuttavia non muta la loro relazione con la sovranità pubblica. Infatti, ad eccezione di poche riflessioni – delle quali si dirà – non muta lo sguardo quanto alla relazione tra diritti e sovranità e, piuttosto – ferma l'assegnazione della seconda allo Stato e la declinazione di quella popolare nelle forme della rappresentanza nelle assemblee elettive – il fondamento dei diritti fondamentali si articola secondo la gamma classica di opinioni che vanno dal giusnaturalismo al positivismo; semplicemente si scala di livello nella teoria delle norme³¹, trovando – tuttavia – attraverso la formula di cui all'art. 139 (cui si ricorre raramente, per vero³²) il solo vero cambio di passo quanto alla protezione del contenuto essenziale della pretesa (tuttavia, anche quanto alla disposizione relativa alla rigidità costituzionale servirebbe una riflessione più ampia per mostrare lo strettissimo collegamento tra forma repubblicana e sovranità popolare, giacché essa è per lo

30 Per la discussione del tema e una proposta di soluzione quanto ai diritti fondamentali, sempre nella logica dell'essenzialità in questa sede, sia consentito rinviare a I. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.

31 Per la discussione di questi problemi, si rinvia interamente all'ampia discussione in A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., da 80.

32 Una chiara indicazione in questo senso è in A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, op. loc. ult. cit.

più declinata lungo una gamma di significati che si concentrano soprattutto sulla sua modificabilità e fondamento, assai spesso ricercato in formule logiche o istituzionali che prescindono dalla norma di chiusura del testo costituzionale³³). Se non è seriamente dubitabile che su tutta la gamma di problemi che i diritti fondamentali pongono, la riflessione successiva alla Costituzione abbia segnato dei notevolissimi passi avanti, non è meno vero che – tuttavia – la classe degli argomenti utilizzati sia debitrice del passato e, nella nostra prospettiva, la relazione tra diritti e sovranità (dello Stato) non muta in modo decisivo.

Ultimamente, si è progressivamente innescato un diverso movimento: ci si rende conto del rilievo del fatto per il quale i diritti fondamentali non vivono in un ambito cui il potere sia estraneo ed, anzi, sono da esso circondati e condizionati, così come si avverte il rilievo della circostanza per la quale essi sarebbero riconosciuti dal potere pubblico e nei limiti di questo riconoscimento; ci si rende conto che la garanzia del nucleo minimo finisce per operare secondo lo schema classico dell'incomprimibilità da parte del potere di ciò che ad esso è sottratto, sicché, in fondo, non v'è relazione tra potere e diritti in questa porzione di pretese e, tuttavia, per un lato non ci si intende su cosa si debba intendere per "contenuto minimo" ma, soprattutto, si avverte l'esistenza di un'area

33 E' più che noto che v'è chi ritiene l'immodificabilità costituzionale contrastare con l'inesauribilità del potere costituente (cfr., V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, Cedam, 1970, 100), come chi, negando l'immodificabilità per ragioni differenti, ritiene che alla forza abrogativa e modificativa della legge costituzionale non sarebbe opponibile alcun ostacolo se non fondato su limiti espressi, letterali, sicché la rigidità risiederebbe solo nel procedimento aggravato di revisione (S. CICCONE, *La revisione della Costituzione*, Padova, Cedam, 1972, ove si afferma la tesi della relatività degli stessi limiti espressi (257), che si convertirebbero in un «semplice meccanismo ritardatore» - 279), mentre, non è mancato chi abbia rigorosamente affermato la forza di limiti espliciti ed impliciti (cfr., C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, specialmente da 207). In ogni caso, sul limite della «forma repubblicana» ed il suo collegamento con la sovranità popolare, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale. art. 1-9*, in A. Scialoja e G. Branca (a cura di) *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, da 724 e A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi*, Padova, Cedam, 1997; sempre sui limiti alla revisione costituzionale, M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la Costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, 253 e M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013.

Nella prospettiva del testo, il trattarsi dei diritti nella dimensione costituente partecipando della sovranità e delle «forme» in cui la si esercita, rende ragione della rigidità della «forma repubblicana» giacché essa non si pone in opposizione al potere costituente ma ne è parte.

grigia intorno ad esso nella quale diritto fondamentale e potere coesistono. Emergono nuove consapevolezze.

Per un lato, quanto alla porzione delle pretese che attengono i diritti fondamentali che si estrinsecano come domanda di beni o servizi, dopo una lunga stagione³⁴ nella quale a queste pretese si è negato lo statuto giuridico di diritto – passando dai meri interessi di fatto alla loro qualificazione come pretese finanziariamente condizionate, raffigurazione poi fortunatamente smentita dalla Corte costituzionale³⁵ –, una volta che la loro vera natura sia emersa, si sono enfatizzati i profili di commistione con la sovranità fino a ritenere che codesti diritti tali non fossero senza un comando legislativo ovvero la programmazione o disciplina che deriva da provvedimenti amministrativi o in difetto di attività materiali poste in essere da soggetti pubblici. In questa prospettiva, la negazione del rilievo del potere rispetto ai diritti fondamentali è solo un ossequio ideologico – e puramente formale – alle concezioni liberali; ed, infatti, la legge abolitiva del contenzioso viene presto messa da parte, la sostanza della giurisdizione sul potere appartiene al giudice amministrativo, la Cassazione civile viene sempre più riconoscendo ambiti di giurisdizione amministrativa su diritti fondamentali e con essa la Corte Costituzionale. In questo gioco di specchi³⁶ tra giurisdizioni ed in ordine al contenuto delle posizioni soggettive, le antiche distinzioni si superano o si attenuano³⁷, gli istituti si ibridano e si potrà teorizzare³⁸ che libertà e potere si congiungono nella riedizione dell'istituzionismo (del quale, pure, non dovrebbe essere sottostimato il perdurante impianto autoritario).

34 Per una ricostruzione di queste posizioni dottrinali e giurisprudenziali, tra le molte disponibili e di sicuro riferimento, per brevità sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, da 61

35 Corte Costituzionale, 16 dicembre 2016, n. 275.

36 L. FERRARA, *Individuo e potere in un giuoco di specchi*, in *Diritto pubblico*, 2016, 11

37 Per una profonda ricostruzione e le necessarie indicazioni che non si ha spazio per discutere nel testo, il notevole libro di B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020.

38 A. CIOFFI, *Giurisdizione amministrativa e libertà*, in corso di pubblicazione in *Diritto Amministrativo*, 2024.

Infatti, per altro lato, la relazione tra sovranità e diritti viene riscritta assorbendo i secondi nella prima, attraverso una riformulazione della teoria dell'ordinamento giuridico per la quale il primato dell'autorità o quello della libertà nelle singole fattispecie diviene valutazione, inestricabilmente connessa con il "superiore" interesse generale, consegnata all'autore della decisione pubblica³⁹ - sicché non si potrà ritenere che la garanzia dei diritti fondamentali davvero esista, perché essa finisce per essere libera determinazione del legislatore o discrezionale dell'amministrazione pubblica. Tuttavia, si tratta di sguardi profondi, che colgono movimenti essenziali del presente ma finiscono per risolversi in aggiornamenti della tradizione senza volersene discostare e lasciando inalterato un impianto pensato, in realtà, in un quadro ordinamentale (ed in una realtà storica) differente. I diritti restano sussistenti solo nella sovranità (statale). Nondimeno, si tratta di riflessioni molto importanti perché colgono alcuni mutamenti della realtà, perché non può essere negato che sia il giudice delle leggi che le giurisdizioni più elevate (e con esse la maggior parte della dottrina) non riescono a cogliere il potere se non come espressione della sovranità del soggetto pubblico ed i diritti fondamentali se non come pretese garantite all'interno di essa e per suo tramite.

Resta da vedere se queste evoluzioni dell'ordinamento (e le idee ad esso relative) siano coerenti con il diritto costituzionale positivo ed adeguate a garantire la sua evoluzione in coerenza con il disegno complessivo di fondo della carta e le energie ch'essa stessa individua per la sua realizzazione.

Ancora: resta da vedere se queste spiegazioni, che presuppongono uno Stato democratico accompagnato da una società forte e da una corrispondente rappresentanza, siano adeguate al tempo che viviamo ed a venire, caratterizzato, invece, da una società fragile cui corrispondono poteri pubblici che mostrano le stesse caratteristiche di debolezza rispetto al capitale globalizzato ed alla tecnologia e che, quindi, offrono risposte autoritarie – fatte di deroghe, sospen-

³⁹ A. CIOFFI, *Giurisdizione amministrativa e libertà*, cit.

sioni, leggi-provvedimento⁴⁰, travalicamento attraverso queste sia dell'amministrazione che della giurisdizione, limitazioni della tutela giurisdizionale, etc. – funzionali sia alle attese dei veri poteri che stanno al loro esterno, sia della domanda di protezione della maggioranza debole della società⁴¹.

1.3. La reazione a questo modo di spiegare i diritti fondamentali nella loro relazione con la sovranità è quello dell'opposizione.

La sovranità appartiene allo Stato (o è un concetto inutile⁴²) e, quindi, i diritti fondamentali vi si oppongono interamente, anche nelle pretese attive, nelle domande di prestazione. Si tratta dell'opposizione netta tra sovranità e diritti fondamentali, lasciando la prima nella sfera del potere pubblico.

Quest'impostazione contiene un nucleo di verità a mio modo di vedere profondamente condivisibile: se si consegna al potere pubblico la garanzia dei diritti fondamentali, essi saranno tutt'altro che incomprimibili giacché esistono se ed in quanto siano riconosciuti dal potere (dallo Stato, dalla legge, dall'ordinamento – più che altro raffigurato come un'entità astratta, non come un insieme di comandi provenienti dallo Stato o dagli altri enti pubblici che ne hanno competenza, allo scopo di ridurne l'appartenenza alla sovranità); la conseguenza è che il potere potrà revocarli, comprimerli, sospenderli. Il punto imprescindibile di queste – sia pure minoritarie, ma preziosissime – teorie, invece, risiede

40 G. U. RESCIGNO, *Ancora sulle leggi-provvedimento, sperando che la Corte cambi opinione* ([*Osservazione a*] *Corte cost.*, 2 luglio 2008, n. 241), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 2877 ed ID., *Dalla sentenza nr. 137/2009 della Corte costituzionale a riflessioni più generali sulle leggi-provvedimento*, *ivi*, 2010, 531.

41 Su questi temi sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2021, *passim* e, anche per le indicazioni della letteratura giuridica rilevante e le esemplificazioni dei processi di cambiamento – ed in particolare di alterazione del sistema delle fonti e neutralizzazione del ruolo di garanzia dell'amministrazione – che si leggono nella legislazione recente, ID., *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA Persona e Amministrazione*, XI (2/2022), 227

42 L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, *cit.* Ma è ovvio riferirsi anche a H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, Mohr, 1920, ID., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, Mohr, 1929 e ID., *Foundations of Democracy*, in *Ethics*, LXVI (1955), 1. Sulle questioni che ne derivano, H. SUGANAMI, *Understanding Sovereignty through Kelsen/Schmitt*, in *Review of International Studies*, XXXIII (2007), 511; N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003; J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979; N. MACCORMICK, *Beyond the Sovereign State?*, in *Modern Law Review* LVI (1993), 1.

nel disvelare l'errore (teorico e dogmatico) di consegnare riconoscimento e garanzia dei diritti allo Stato (sovrano); le pagine di Angiolini⁴³ sul punto sono così limpide che basta solo rinviarvi.

Il tratto non convincente di questo approccio, a mio modo di vedere, risiede nel costruire la conseguente opposizione tra diritti e sovranità, giacché la si lascia come attributo dello Stato (o si cerca di semplicemente di esorcizzarla, provando a farla divenire carattere dell'ordinamento⁴⁴ – dello Stato – o dello Stato-persona in opposizione allo Stato-comunità⁴⁵). Tuttavia, questa spiegazione dei diritti fondamentali fatica a trovare loro un fondamento sicuro ed opponibile al potere. Per lo più si rivolge all'ordinamento inteso come entità altra rispetto al potere pubblico; tuttavia, anche ammettendo una sostanza dell'ordinamento autonoma rispetto al potere che lo pone in essere, anche trascurando le capacità di questo secondo di sospenderlo o alterarlo (attraverso specifici comandi, legislativi o esecutivi), anche a voler credere ad una sorta di sua oggettività ed auto-completamento per via ermeneutica, anche a voler ritenere che sia idoneo ad assorbire una sostanza così politica, drammatica ed instabile come la sovranità, anche a voler superare queste ed altre difficoltà, resta che il singolo riconoscimento del diritto da parte delle norme finisce per abbandonare il diritto così riconosciuto in una trama fitta di valutazioni discrezionali dell'amministrazione e del giudice che, ritraendo legittimazione generale proprio da questo "ordinamento sovrano" potranno contornare il diritto di atti di potere fino a

43 Imperdibili le considerazioni autorevoli e sempre profonde di V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti. Diritti, sovranità, culture*, cit. – soprattutto da 4 a 35 – e, prima, ID., *Diritti umani. Sette lezioni*, Torino, Giappicchelli, 2012.

44 L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, cit.

45 In questo senso, F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Libreria Universitaria, 1975, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, Jovene, 2006, I, (la citazione è a 658) per il quale «è, dunque, sempre allo Stato cui spetta la sovranità ed è allo Stato che vanno riferiti tutti gli atti di sovranità da qualunque soggetto o organo siano prodotti secondo l'ordinamento giuridico vigente. Diversa è però la posizione della sovranità nello Stato-persona e nello Stato-comunità», sicché se la società è «espressa dallo Stato-persona» questo è titolare della sovranità ad ogni effetto, mentre se «la società è espressa dallo Stato-comunità» allo Stato-persona va sottratta la sovranità che spetta allo Stato-comunità, sicché si «manifesta una scissione tra titolarità della sovranità e imputazione degli effetti del suo esercizio, nel senso che la titolarità spetta allo Stato-comunità mentre l'imputazione spetta allo Stato-persona cui, nell'ordinamento comunitario, vengono attribuiti poteri sovrani».

soffocarlo, traendo legittimazione dallo stesso ordinamento (che sarà pur sovrano ma neutro, oggettivo, non politico, incapace di arginare il potere pubblico che sempre da codesto ordinamento promana).

Altre volte si evocano fondazioni naturalistiche (o quasi ontologiche), che non possono essere utilizzate in un discorso che si contiene nel perimetro dogmatico.

La sola parziale soddisfazione che si trae dalla dottrina e dalla giurisprudenza – anche costituzionale – sui diritti fondamentali nella loro relazione con il potere della maggioranza (che si esprime nella legge), dell'amministrazione o del giudice, richiede una diversa concezione della sovranità, a mio modo di vedere necessitata alla luce del puro diritto positivo.

1.4. Un chiarimento ulteriore è doveroso. I temi che si affrontano in queste pagine, come già detto, innescano la questione della sovranità. È necessario chiarire in quale senso la si intende, giacché anch'essa può essere osservata in diverse prospettive. Non si intendono affatto mettere in discussione gli approdi del costituzionalismo e l'affermazione della sovranità della Costituzione; anzi, sul tema – altra volta⁴⁶ – discutendo le questioni innescate questo profilo della sovranità, si è presa parte con quelle correnti radicali del costituzionalismo nord-americano che considerano lo stesso ruolo del Parlamento drasticamente condizionato dall'attuazione dei diritti e limitato da essi anche quanto alla discrezionalità sia nell'uso delle risorse, sia nel dettare regole legislative. In questa prospettiva, avvicinandoci al tema del potere esecutivo (che è ciò che qui interessa), non si svilupperanno neppure i problemi della deroga, della delegificazione, dell'emergenza – che pure si sono più volte affrontati – giacché attengo alla deviazione dal dover essere costituzionale.

La questione che qui interessa, piuttosto, è un'altra ed è quella della sovranità dello Stato. Nella concreta dinamica dell'esercizio del potere esecutivo è evidente come questa fonte di legittimazione del comando dia margine alla

46 Sia consentito, di nuovo, rinviare a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, cit.

creazione di dispositivi che, pur nel rispetto formale della legge, consentono fisiologicamente margini imponenti di apprezzamento, cui si accompagnano timidezze inaccettabili del sindacato sul potere discrezionale. La sovranità dello Stato (e l'idea dell'essere i diritti garantiti in essa) assicura legittimità ad ambiti significativi di esercizio del potere senza relazione stringente con la legge, ridottissima tipicità dei poteri, definizione amministrativa delle regole, tutti fenomeni che si reggono sull'inesauribile capacità dell'amministrazione di curare un (sempre presente e sempre indefinito) interesse pubblico. Questa prospettiva circa la sovranità è propria dell'amministrativista (e non sembra casuale che lo sguardo circa la sovranità dello Stato nella sua relazione con il potere abbia sempre attratto gli studiosi del diritto amministrativo⁴⁷, luogo nel quale la capacità di comando effettivo dell'autorità si esprime con plateale evidenza).

2. Sulla struttura dei diritti fondamentali e la sua relazione con il potere

Prima di affrontare il tema della sovranità e della sua relazione con i diritti fondamentali, sembra utile occuparsi della questione della struttura delle pretese concernenti i secondi. Per pura comodità, in un ragionamento che intende trattenersi nel perimetro della dogmatica e, quindi, del discorso circa il diritto positivo, si potrà evitare la discussione circa il catalogo di codesti diritti, comprendendovi le libertà ed i diritti sociali previsti dalla Costituzione italiana vigente e quelli che – attraverso il riconoscimento aperto di cui all'art. 2 Cost. – hanno assunto questa natura (anche provenendo dalle carte internazionali). In questa prospettiva si prescinde dalle discussioni – pure relevantissime – circa la discriminazione tra libertà, diritti umani, diritti inviolabili⁴⁸, assumendo ad oggetto la più ampia categoria di diritti fondamentali (anche perché l'aggettivo al-

47 Basteranno i rinvii a M.S. GIANNINI, *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 224 e G. BERTI, *Sovranità*, in *Jus*, 2007, 30, ora in *Scritti scelti*, cit., 107 e ID., *La sovranità dell'ordine giuridico*, in ID., *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Padova, Cedam, 2008, 127.

48 Su questi temi, per tutti, V. ANGIOLINI, *Diritti umani. Sette lezioni*, Torino, Giappichelli, 2012.

lude apertamente alla loro natura di fondamento del regime repubblicano – sulla quale si tornerà).

Una *prima* considerazione necessaria al nostro discorso attiene alla struttura delle pretese garantite dal diritto fondamentale ed al conseguente superamento della distinzione tra libertà e diritti sociali. La tradizione, come già ricordato, ci consegna la radicale opposizione delle prime rispetto alla sovranità (statale) e la completa dipendenza da quest'ultima dei secondi; l'idea tradizionale è che le libertà siano pretese di astensione (del potere) dello Stato, mentre i diritti sociali siano pretese nei confronti dello Stato (del legislatore, per la maggior parte degli interpreti, ovvero – avanzando – dell'amministrazione o del giudice)⁴⁹. Mi pare che queste raffigurazioni – come le loro varie ibridazioni – non siano da condividere.

Per poter proseguire nel discorso, serve proporre una *seconda* considerazione: siamo abituati a pensare che le situazioni soggettive siano entità (quasi ontologiche) determinate. Non appena le si osservi dal punto di vista delle pretese e delle loro tecniche di protezione, si noterà agevolmente che quest'idea delle situazioni soggettive mostra un deciso tratto ideologico (le cui radici si trovano, appunto, nella dinamica della sovranità statale e della qualificazione delle situazioni soggettive a partire da questa e dalla loro relazione con essa). Se si osserva l'ordinamento con occhio disincantato, in realtà, esistono solo pretese sostanziali che trovano protezione nell'ordinamento (ovvero cui manca, sicché si trattengono nel perimetro degli interessi di fatto), attraverso specifiche e differenziate tecniche di protezione (basterebbe, in questo senso, pensare all'interesse legittimo⁵⁰, che poteva essere descritto come situazione soggettiva in senso classico quando veniva presentato solo come interesse occasionalmen-

49 Sulle varie distinzioni evocate nel testo e per l'indicazione dei diversi autori che hanno elaborato ed argomentato variegate posizioni sul tema sia consentito rinviare, solo per le indicazioni, al già citato *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.

50 Sul tema, per tutti, con estrema completezza ed acuta teoria, F. G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappicelli, 2017; in una prospettiva più critica non si può mancare, M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. «Per una piena realizzazione dello Stato di diritto»*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017.

te protetto, che si esprimeva esclusivamente nella pretesa di annullamento dell'atto illegittimo, con coincidenza della posizione legittimante e dell'interesse processuale; tuttavia, ad esso oggi corrispondono indiscutibilmente una serie di pretese procedimentali e processuali differenziate, che si spingono fino a quelle risarcitorie, sicché è ben chiaro che le situazioni soggettive non sono se non l'insieme delle garanzie e tecniche di tutela che l'ordinamento appresta a pretese sostanziali). In questa prospettiva, sarà più agevole osservare come gli stessi diritti fondamentali, siano essi libertà o diritti sociali, possono atteggiarsi a situazioni soggettive che proteggono pretese diverse, che si esprimono attraverso tecniche di tutela differenziate (ed, ultimativamente, garantite dall'*actio utilis*⁵¹ prevista – senza limitazioni – dall'art. 24 Cost.⁵²).

Poste queste due piccole premesse, non si fatterà a dimostrare che sia la libertà che i diritti sociali si sostanziano di pretese negative rispetto all'esercizio del potere (vale a dire che richiedono il suo mancato esercizio) ed altre che, invece, lo richiedono.

Le libertà, per parte loro, esprimono certamente la pretesa dell'astensione del potere sicché si possano agire la libertà personale, o di culto, o di riunione, o di espressione e via discorrendo. Certamente si tratta di pretese negative che non presuppongono l'assenza del potere – che, infatti, potrà porre limiti che derivano dall'ordine pubblico, dalla sicurezza, dalla sanità e incolumità pubbliche, dal buon costume (solo per stare alle clausole generali espressamente previste in Costituzione) –, ma richiedono la garanzia ch'esso si contenga al di fuori del nucleo essenziale di questi diritti. Naturalmente non serve indulgere sull'estrema pericolosità delle clausole generali limitative cui s'è fatto cenno, né tornare sulla loro capacità espansiva in questi decenni caratterizzati dall'ipertro-

51 Per la discussione circa l'art. 24 Cost. come fondamento dell'*actio utilis*, sia consentito ancora rinviare a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.

52 Per la teorizzazione del diritto d'azione quale esso stesso diritto fondamentale (e per le necessarie discussioni dottrinali ed indagini giurisprudenziali), sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *Azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

fia della sicurezza e salute pubbliche; allo stesso modo, non s'è fatto cenno ad esse solo per evidenziare che le libertà – anche nella loro dimensione negativa – si confrontano sempre e comunque con il potere (cosa per sé scontata ed inutile rispetto al nostro discorso). Quel che, invece, importa indicare fin d'ora, è che questi diritti sarebbero ben poca cosa rispetto alla loro capacità di conformare l'intero edificio repubblicano, di porsi come fondazione dell'ordinamento (sicché usiamo l'aggettivo fondamentali), se li si confinasse nella sola capacità di porre in essere le condotte corrispondenti senza alcun mezzo ulteriore se non quello del corpo e della mente della persona libera. In altri termini, nel nostro ordinamento le libertà non mostrano solo la loro dimensione negativa e si declinano in una pluralità di pretese che non richiedono l'astensione del potere soltanto, ma – piuttosto – la sua azione coerente con le regole fondamentali dettate dagli artt. 2 e 3 Cost. È più che ovvio che le libertà personali non corrispondono al disegno costituzionale se non le si collega sia con la natura fondativa della convivenza cui assolve l'art. 2 Cost. e con il programma fissato dall'art. 3 Cost. Solo per esemplificare, perché la libertà di circolazione possa essere esercitata davvero, non basterà non vedersi costretti dall'autorità in un dato ambito territoriale, ma saranno necessari mezzi di trasporto ed infrastrutture che, accessibili con criteri di uguaglianza ed adeguatezza, consentano il suo esercizio; non diversamente sarà per la libertà di espressione o della corrispondenza e via enumerando. È molto chiaro che le libertà vengono agite sia attraverso pretese negative che positive e la raffigurazione tradizionale della libertà come pretesa di astensione del potere pubblico corrisponde ad una società del tutto diversa (e sprofondata nel passato) rispetto a quella disegnata dalla Costituzione vigente. La sostanza è che le pretese garantite dai diritti di libertà classici sono sia negative che, soprattutto, positive e che debbono trovare soddisfazione sia in ragione della loro dimensione fondativa dell'insieme delle istituzioni repubblicane e del potere pubblico (art. 2 Cost.), sia nella prospettiva di rea-

lizzazione dell'eguaglianza e del pieno sviluppo della persona (art. 3, co. II, Cost.).

La medesima cosa vale per i diritti sociali. Anzitutto, le norme costituzionali che li proteggono descrivono inequivocabilmente anche pretese negative (ad esempio, il diritto di istituire scuole di cui all'art. 33 Cost., quello al riposo e alle ferie di cui all'art. 36 Cost., la non discriminazione e la parità retributiva della donna di cui all'art. 37 Cost., etc.). Oltre a ciò, nel diritto vigente non è seriamente discutibile che questi diritti siano direttamente azionabili nei confronti dei terzi o del potere pubblico che vi attentino, come è stato chiaro per il diritto alla salute per primo⁵³. Come le libertà, i diritti sociali garantiscono sia pretese il cui contenuto è l'astensione del potere pubblico, sia altre che invece lo richiedono.

Se, quindi, tutti i diritti fondamentali proteggono pretese di astensione del potere dall'incidervi in qualsiasi modo – quanto, almeno, alla loro componente incompressibile –, è altrettanto chiaro che indefettibilmente essi proteggono anche la pretesa a godere di mezzi (beni e servizi) che assicurino l'effettività, l'uguaglianza e l'adeguatezza della loro espressione.

Questo pone inequivocabilmente il tema del regime (costituzionale) di queste pretese e, quindi, della relazione con il potere. Su questo punto si rintracciano spiegazioni consolidate che, nella loro notevole differenziazione mostrano – tuttavia – a mio modo di vedere, un tratto comune.

Il profilo fondamentale che accomuna le spiegazioni del regime costituzionale delle pretese corrispondenti a dimensioni dei diritti fondamentali è quello della loro garanzia attraverso la sovranità dello Stato. Il tema rileva particolarmente – in questa porzione del ragionamento che si concentra non sulla struttura del potere pubblico ma su quella dei diritti fondamentali – quanto alla loro dimensione positiva. Infatti, con riguardo alle pretese di astensione non è dubbio che, pressoché in qualunque ricostruzione, il profilo della garanzia si at-

⁵³ Per tutti, M. LUCIANI., *Salute (diritto alla salute - diritto costituzionale)*, cit., 3.

testa fondamentale nella pretesa a godere di un sistema giurisdizionale indipendente ed imparziale ovvero nel diritto di resistenza e disobbedienza dal comando ingiusto. Più articolato è il problema delle pretese attive, che si sostanziano nell'esigenza di disporre dei mezzi (beni e servizi) necessari ad esprimere quelle dimensioni dei diritti fondamentali.

Queste pretese sono normalmente configurate come domande rivolte allo Stato (sia esso colto nella dimensione del potere legislativo o amministrativo) – assegnando un marchio di pubblicità agli stessi diritti⁵⁴. Risiede qui l'operazione interpretativa fondamentale sulla quale occorre riflettere: la natura propria dei diritti fondamentali (come attributo inviolabile della persona, delle sue dimensioni sociali, articolandosi come strumento per l'eguaglianza e la dignità sociale) è quella, a mio modo di vedere e come spero di mostrare più innanzi, di porsi a fondamento sia della Repubblica e, quindi, dell'insieme delle forme della convivenza, che delle forme del potere pubblico, sicché queste ultime sono necessariamente funzionali al pieno sviluppo della persona umana e dei suoi diritti – escluso ogni altro compito auto-attribuito dal potere.

In questo risiede il radicamento decisivo della sovranità nel popolo e non nello Stato, con la conseguenza che la «*forma repubblicana*» non sarà se non questo connotato della sovranità. Al contrario, la quasi totalità delle riflessioni, recenti e tradizionali, muove dalla (perdurante) attrazione della sovranità in capo allo Stato (democratico e rappresentativo), con la conseguenza che i diritti fondamentali saranno effettivamente protetti solo se assunti nella loro dimensione pubblica, se assegnati e garantiti dalla sovranità statale; allo stesso modo, le prestazioni di cui abbisognano per essere effettivamente esercitati nelle dimensioni non attuabili direttamente e senza mezzi, sono sempre e soltanto garantite (quando non poste in essere direttamente) dallo Stato (sovrano). Sono i diritti fondamentali a colorirsi di un attributo di pubblicità e non la sovranità a per-

⁵⁴ Anzi, nella «*assunzione come pubblici essi stessi dei diritti che in quella sfera privata erano sorti, in quanto partecipi della sovranità*» (cfr. V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti. Diritti, sovranità, culture*, Torino, Giappicchelli, 2016, 12.

manere in essi e, conseguentemente, il potere ad essere (esclusivamente) funzionale ad essi – come, a mio avviso, è invece imposto dalla piena lettura delle disposizioni costituzionali vigenti. Nella prospettiva che a me non convince, ma che è quasi unanimemente sostenuta, quindi, la garanzia della realizzazione dei mezzi per l'esercizio delle pretese corrispondenti a diritti fondamentali può essere solo pubblica.

La questione del regime delle attività dirette alla realizzazione delle condizioni perché queste pretese siano fruibili innesca necessariamente quella della disciplina costituzionale della produzione di beni e servizi e dell'organizzazione pubblica nella relazione con l'autonoma iniziativa delle persone.

Da questo punto di vista, le letture più avanzate e sensibili ad una ricostruzione del sistema nella quale i diritti siano centrali non si sottraggono alla loro garanzia attraverso la sovranità dello Stato. Anche queste interpretazioni, infatti, non riescono a rinunciare alla necessità che i bisogni che corrispondono a queste pretese siano assunti dalle istituzioni pubbliche. Avviene, tuttavia, diversamente dall'impostazione tradizionale interamente centrata sull'amministrazione pubblica, attraverso la centralità della legge. La più sensibile dottrina dei diritti sociali⁵⁵, ad esempio, sente il bisogno di ricostruirli nella dimensione di una pretesa nei confronti del legislatore, senza l'intervento del quale il diritto non è riconosciuto e conseguentemente non esiste; nella sostanza è solo attraverso la garanzia della legge che il diritto sociale assume una conformazione, un regime e delle garanzie, sicché spetta alla maggioranza parlamentare di disporre di questi diritti senza il consenso della quale nessuna pretesa può essere avanzata. Anche in questa impostazione, quindi, la protezione dei diritti avviene attraverso la sussunzione nella sovranità dei poteri pubblici – mai messa in discussione. Allo stesso modo può dirsi della più condivisibile dottrina dei servizi pubblici⁵⁶, che pur riconoscendo che le omogenee attività poste in essere

⁵⁵ G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1975, 755, *passim*.

⁵⁶ Ci si intende riferire alla fondamentale monografia di U. POTOTSHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, che pure considera l'attività di indirizzo e coordinamento come relativa

dalla comunità spontaneamente hanno la stessa sostanza dei servizi riservati alla mano pubblica, in fin dei conti riserva alla legge parlamentare – e, dunque, alla maggioranza dei componenti l'organo – la definizione del regime e della sostanza dei pubblici servizi. Il risultato, naturalmente, di entrambe queste interpretazioni è che la decisione della maggioranza parlamentare dotata della particolare efficacia della forza di legge avrà l'effetto di incaricare di compiti l'organizzazione amministrativa che, quindi, resta pur sempre protagonista.

Se anche questi tentativi più avanzati non riescono a liberarsi dell'idea che i diritti possano essere garantiti soltanto attraverso ed a ministero della sovranità dei pubblici poteri, ciò è ancora più vero per la gran parte della dogmatica italiana. L'impostazione classica è più che nota essendo ancora oggi largamente dominante: la realizzazione dei mezzi che possono rendere effettivamente fruibili pretese attinenti ai servizi fondamentali passa attraverso l'assunzione di compiti da parte dell'organizzazione amministrativa, trovando un fondamento nella legge attraverso le maglie larghe tipiche della riserva relativa, sicché attività e poteri amministrativi sono gli strumenti perché quei mezzi vengano effettivamente realizzati; per conseguenza finché questi compiti non siano assunti dall'autorità, le pretese in questione restano semplici aspettative non tutelate ed essendo l'attività amministrativa condizionata dalle dotazioni finanziarie e caratterizzata da valutazioni discrezionali, la fruizione effettiva delle pretese in questione non potrà che essere condizionata all'iniziativa dell'amministra-

al conseguimento dei fini sociali («l'indirizzo e il coordinamento sono dunque modi di collegamento dei programmi e controlli coi fini sociali», 355) e non dell'utilità sociale, come si propone nel testo. La dottrina in questione è sempre attenta ad evitare che il contenuto dei fini sociali sia rimesso al legislatore – allo scopo di non svuotare la garanzia costituzionale. Tuttavia, non radicando fini sociali ed utilità sociali nelle pretese corrispondenti a diritti fondamentali, sicché l'ancoraggio avviene attraverso il richiamo all'art. 3 Cost., destinato ad assicurare la confluenza tra attività pubblica e privata verso un sistema unitario sicché «l'indicazione di <fini sociali> nel 3° comma dell'art. 41 non comporta una pubblicizzazione dell'attività economica privata, né esprime un principio del tutto ovvio riguardo all'attività economica pubblica, ma chiarisce come l'indirizzo e il coordinamento di entrambe mediante i programmi e i controlli debbano mirare a fini che non sono più quelli istituzionali e tipici del singolo imprenditore, ma che sono propri dell'organizzazione politica economica e sociale del Paese» (105). Tuttavia, la «organizzazione politica economica e sociale del Paese» imposta una sua definizione da parte del legislatore, tanto che «i fini sociali assumono rilievo solo se ed in quanto l'ordinamento li costituisca» talché «l'ordinamento, più che riconoscerli, li determina, definendone a propria discrezione l'ampiezza, le condizioni, il grado di rilevanza» (223).

zione pubblica, dalla disponibilità di risorse organizzative e finanziarie nonché dalle valutazioni discrezionali che funzionari dotati di competenza in argomento potranno in esse.

Non solo, quindi, pretese che sono manifestazione diretta di diritti fondamentali saranno o meno garantite solo attraverso la sovranità dei pubblici poteri ma, più ancora, la loro effettiva predicabilità come diritti dipenderà interamente dall'organizzazione e dal potere dell'amministrazione pubblica, con la conseguenza diretta che queste pretese non si esprimeranno come diritti soggettivi. Per quanto la nostra dogmatica abbia reso disponibile profondi ed importanti aggiornamenti ed avanzamenti relativamente alle posizioni soggettive vantate in confronto al potere amministrativo, quanto allo specifico tema di cui qui ci si occupa la sostanza della questione non sembra significativamente mutata; se, infatti, i risultati delle discussioni negli ultimi decenni sono certamente notevoli quanto alla definizione della pretesa che il cittadino vanta nei confronti del potere pubblico e della sua organizzazione⁵⁷, così come sono certamente significativi i progressi nella definizione del concetto e del regime dei pubblici servizi⁵⁸, tutti questi avanzamenti si riferiscono al contenuto e regime delle pretese soggettive una volta che il compito pubblico ad esse corrispondente sia stato assunto e definito dell'organizzazione amministrativa in base a previsioni di legge – sempre nei limiti delle disponibilità finanziarie e delle valutazioni discrezionali riservate al potere pubblico.

A mio modo di vedere la sostanza è che la funzionalizzazione dei poteri pubblici al mercato (e non ai diritti fondamentali) conservava l'idea della sovranità statale in termini tradizionali ed, anzi, si accompagna – in termini ordolibe-

⁵⁷ La letteratura in argomento è, ovviamente, sterminata e non serve darne conto. Per uno sguardo d'insieme e le discussioni delle diverse idee, sempre profonde, si rinvia a A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020, II-1 *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022; II-2. *Le situazioni giuridiche (prettamente) procedurali*, Torino, Giappichelli, 2024. In ogni caso, anche M. TRIMARCHI, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive tra diritto sostanziale e processo. Qualche osservazione*, in *PA Persona e amministrazione*, 2022, 529.

⁵⁸ Per una sintesi delle posizioni, R. VILLATA, S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, cit.

rali – all’espansione delle competenze e delle funzioni pubbliche, avendo in mente un ordine sociale artificiale, creato dalla dinamica del mercato in quanto regolato (nel suo stesso interesse) dal comando pubblico. Proprio la perdurante concezione dello Stato ha finito per determinarne il successo culturale (oltre a quelli politici ed economici, che derivano soprattutto da altre cause). La nostra letteratura giuridica, a mio modo di vedere, ha fornito consolidate letture (tra loro alternative) delle disposizioni costituzionali in materia economica, che si fondavano su concezioni politiche in dialettica tra loro. Tutte queste interpretazioni erano profondamente differenti da quella che si è proposta⁵⁹ e che qui si ripropone. Per conseguenza, le disposizioni del Trattato ed in generale l’impianto comunitario (prima, unitario, poi) è stato letto come sostanziale abrogazione di quelle disposizioni⁶⁰. L’invecchiamento delle interpretazioni classiche, quindi, non ha aperto ad una reale possibilità di leggere diversamente le norme di cui agli artt. 41 – 47⁶¹ Cost., ma ha subito una più agevole sostituzione con l’impianto comunitario in senso ordoliberal – con l’effetto di non mettere in discussione il ruolo della sovranità statale. Per parte mia, al contrario, ho provato da tempo ad individuare – nel rigoroso rispetto di un discorso dogmatico che fornisca una spiegazione del puro diritto positivo – le ragioni per le quali l’impianto classico non convince e quello della nostra Costituzione non è travolto da quello dell’Unione, ma entrambi consentono di argomentare una spiegazione interamente costruita sulla disciplina costituzionale dei diritti fondamentali, alla quale puntualmente corrisponde quella dell’attività economica di produzione di beni e servizi.

In altri termini, la garanzia delle pretese concernenti diritti fondamentali non consegue ad una scelta della maggioranza politica attraverso la legge ovvero dell’organizzazione amministrativa in base ad essa e nei limiti delle sue risor-

59 L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit.

60 Su questi temi, per tutti, S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013.

61 Sull’art. 47 e la costruzione paradigmatica ai nostri fini della disciplina bancaria, sicuramente, R. CALDERAZZI, *L’organizzazione economica privata di interesse pubblico*, in *PA Persona e Amministrazione*, vol. VIII, 2021, 379.

se organizzative e finanziarie, nonché delle sue valutazioni discrezionali ovvero alla sola regolazione nell'interesse del mercato; piuttosto, è il regime costituzionale dei diritti fondamentali a dare forma alla funzione e ai compiti pubblici ed a costituire la spiegazione più convincente del regime delle attività economiche riassunto negli articoli 41 e 43 Cost.

E' più che noto che l'interpretazione di queste disposizioni costituzionali abbia molto impegnato la dottrina – e la giurisprudenza; si tratta di un dibattito comprensibilmente influenzato, per molti decenni e quanto ai suoi contributi ancor oggi fondamentali, dalle diverse culture costituzionali (quando non politiche) della libertà economica e del ruolo dello Stato rispetto ad essa. Non mette conto – in questa sede – di occuparsene diffusamente; poiché si tratta di discussioni molto note – ed altre volte affrontate⁶² – nella prospettiva del nostro ragionamento basterà fornire una spiegazione dell'interpretazione che qui si intende seguire. Poiché di interpretazione di disposizioni vigenti si tratta, non è inutile osservare che i risultati di quella che si propone sembrano verificare i parametri variamente proposti per trarre una norma da una disposizione.

Infatti, il sistema tracciato dagli artt. 41 e 43 Cost., osservato senza la precomprensione derivante da una teoria (filosofica, politica o economica) assicura la libertà di iniziativa economica, sottoponendola a diversi gradi di limitazioni con una simmetria tra la ricorrenza di utilità sociale, fini sociali, fini di interesse generale e la previsione di poteri di intervento pubblico e di livelli differenti di riserva di legge. Da un punto di vista sistematico, letterale e relativo agli interessi tutelati le disposizioni in questione presentano una simmetria e coe-

62 Per brevità si rinvia ancora a L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit.; ID., *Servizi di interesse generale e servizi pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, 1245; ID., *Pubblici servizi come funzione della fruizione dei diritti. Elaborazione del modello e scelte metodologiche*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2001*, Milano, Giuffrè, 2001, 153; ID., *Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, 177; ID., *Principio di legalità e politica economica. Sui limiti posti alle imprese pubbliche alla acquisizione di imprese pubbliche nel settore dell'energia*, in *Foro amministrativo Consiglio di Stato*, 2002, 1561; ID., *I servizi pubblici locali*, in *Diritto amministrativo*, 2002, 575; ID., *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Diritto amministrativo*, 2006, 387; ID., *Autorità dello Stato, autorità del mercato, autorità dei diritti delle persone*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, Cacucci, 2016, 767.

renza che si avverte subito ove la si osservi dalla prospettiva dei diritti fondamentali.

L'attività economica (indipendentemente dal fatto che sia svolta in forma di impresa) potrà essere posta in essere purché non contrasti con l'utilità sociale, la libertà, sicurezza e dignità umana. Non sono previsti poteri pubblici – se non il rispetto delle regole generali dell'ordinamento – e nessun potere discrezionale è previsto. Diversamente dall'idea consolidata – ed autorevolmente sostenuta anche da chi ha sviluppato avanzate teorie dei diritti fondamentali⁶³ – l'utilità sociale non allude né legittima l'intervento di poteri pubblici sulla libertà di iniziativa economica. La questione è stata impostata anche in relazione alla natura dell'utilità sociale quale limite positivo o negativo della libertà d'iniziativa economica; la sostanza del tema è agevole da riassumere⁶⁴: l'utilità sociale è stata utilizzata per estendere le misure di indirizzo e coordinamento dell'attività economica fin nel contenuto essenziale della libertà di iniziativa, con il risultato di rendere difficile la distinzione di essa dai fini sociali di cui al terzo comma e di far ritenere, successivamente, che il regime costituzionale dell'economia fosse in contrasto con il Trattato comunitario. Al contrario, si intende continuare a sostenere che le norme costituzionali e quelle comunitarie sono tra loro coerenti perché i limiti negativi contenuti nel II comma dell'art. 41 non devono essere confusi con le misure di cui al III ed i fini sociali che in esso sono richiamati. L'iniziativa economica si può svolgere solo a patto di non violare i limiti negativi che nel II comma sono previsti perché essi sono riassuntivi del regime delle pretese immediatamente fruibili dei diritti fondamentali (ai quali utilità sociale, libertà, sicurezza e dignità umana nemmeno troppo implicitamente alludono). In quest'ambito non v'è intervento dei pubblici poteri, c'è solo la relazione tra diritti fondamentali e la loro *drittwirkung* (sicché non c'è libertà di avviare ed esercitare attività economica che possa danneggiare la salute, impedire

⁶³ Ad esempio, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983.

⁶⁴ Per una compiuta discussione delle diverse tesi e degli orientamenti della Corte, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Contributa., cit.*, capitolo III.

l'istruzione, la comunicazione, l'informazione, la percezione del salario, etc.). L'utilità sociale – come limite negativo – corrisponde alla garanzia dei diritti fondamentali quanto alle pretese che non richiedono la messa a disposizione di mezzi (beni e servizi) per il loro godimento – o, in altri termini, secondo ammonimento assai autorevole, ricavandola «con riferimento a tutto il sistema costituzionale»⁽⁶⁵⁾. Dal punto di vista dell'attività e dell'organizzazione pubblica – essendo assente la previsione di poteri amministrativi nel sistema del I e II comma dell'art. 41 –, la conseguenza è che ogni qual volta la società, nella sua autonoma organizzazione, si mostri in grado di porre a disposizione dei portatori dei diritti fondamentali le prestazioni necessarie per il loro godimento in modo adeguato a garantire l'eguaglianza e lo sviluppo della persona umana, le pretese che vi corrispondono trovano soddisfazione immediata attraverso la sola osservanza delle norme dell'ordinamento.

Al contrario, laddove ci si confronti con pretese attinenti i diritti fondamentali che non trovano immediata soddisfazione dalla sola applicazione delle norme di legge e che, quindi, richiedano un intervento pubblico perché i mezzi per il loro godimento siano effettivamente ed adeguatamente realizzati, si mostra la rilevanza di fini (cui corrispondono i mezzi cui s'è appena alluso). Saranno allora – secondo il chiaro dettato del III comma dell'art. 41 – previsti strumenti di indirizzo e coordinamento perché l'attività di produzione di beni e servizi (che sono mezzi) raggiunga «*fini sociali*»; «*fini sociali*» – né casuale paiono il finalismo dell'enunciato e l'individuazione degli strumenti pubblicistici – è, quindi, una formula riassuntiva che si riferisce alle pretese attinenti diritti fondamentali che sono suscettibili d'essere godute solo a fronte di interventi che regolino l'attività economica privata perché i mezzi necessari al godimento di quelle pretese siano effettivamente realizzati; l'iniziativa economica (di produ-

65 V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, ora in ID., *Legge e attività amministrativa nella programmazione economica*, Milano, Giuffrè, 1975, 1 (il testo citato si legge a 19); si veggano anche, ID., *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1957 e *Criteri programmatici e fini sociali nelle leggi che limitano l'iniziativa privata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962.

zione di beni e servizi) non cessa d'essere privata e, tuttavia, i suoi fini – e quindi i suoi mezzi – sono alterati dall'intervento di poteri di regolazione pubblicistici (indirizzo e coordinamento) sulla base della legge, coerentemente con la previsione di una riserva (solo) relativa di legge⁶⁶ – giacché solo la legge può introdurre potestà pubblicistiche, come previsto dall'art. 97 Cost.

Spetterà sempre alla legge (in ragione dell'art. 117 Cost.) la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni che corrispondono a quelle pretese⁶⁷. La determinazione dei livelli essenziali è del tutto coerente con la definizione del contenuto delle misure di cui al III comma dell'art. 41, misure attive, di inter-

66 Il tema della sussistenza di una riserva implicita nel II comma è stato ampiamente dibattuto ed indagata la giurisprudenza costituzionale in argomento; per un'acutissima indagine e ricostruzione (che qui non si condivide) resta fondamentale M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit. al quale ci si potrà riferire per la discussione delle tesi espresse in dottrina (per analoga discussione e le ragioni del dissenso rispetto all'opera di Luciani, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Contributo.....*, cit.).

67 E' noto che sia discusso se il concetto di prestazioni appartenenti al nucleo incompressibile dei diritti sociali e determinazione dei livelli essenziali di cui all'art. 117 Cost., coincidano.

A mio modo di vedere la coincidenza deve essere esclusa sia per ragioni dogmatiche che pratiche. Dal primo punto di vista, infatti, se il nucleo di prestazioni essenziali per il godimento della porzione incompressibile del diritto coincidesse con i livelli essenziali da fissarsi per legge, ciò equivarrebbe ad assegnare alla discrezionalità del legislatore (e, quindi, al dominio della maggioranza) il contenuto essenziale di un diritto fondamentale, azzerando il significato della sua protezione costituzionale. In secondo luogo, da un punto di vista pratico, poiché i livelli essenziali fissati per legge costituiscono una soglia che non potrà che essere uguale o maggiore del livello immancabile perché il diritto fondamentale sia goduto nella sua componente incompressibile, non si capisce per quale ragione si debba costringere il legislatore ad attestarsi al livello minimo – vale a dire quello relativo alla sola componente incompressibile.

Nel senso della sostanziale identità dei due concetti (nucleo essenziale e livello fissato per legge) sono, sostanzialmente, alcuni insegnamenti della Corte Costituzionale (ad esempio, sentenza 26 giugno 2002, n. 282, per la quale «quanto poi ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, non si tratta di una "materia" in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle», operando una – sia pure solo allusiva – coincidenza tra «livelli essenziali delle prestazioni» e «contenuto essenziale di tali diritti») e parte della dottrina (ad esempio, R. BALDUZZI, *I livelli essenziali delle prestazioni nel settore della sanità*, in G. Berti, G.C. De Martin (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi poli-centrici*, Milano, Giuffrè, 2003, 256; C. PINELLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Diritto pubblico*, 2002, 895, sia pure in modo problematico e riferendosi alla sentenza appena citata della Corte, giacché lo studio è prevalentemente orientato all'individuazione dei diritti civili e sociali ed al riparto Stato/Regioni; in senso opposto, invece, correttamente, da ultimo, A. GUALDANI, *La responsabilità da atto lecito della pubblica amministrazione per lesione di diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2024, 114, con le necessarie ulteriori citazioni di dottrina).

vento, fissate dai pubblici poteri perché nell'esercizio dell'attività economica i fini sociali siano effettivamente raggiunti – e ciò anche per ragione del fatto che non v'è ragione alcuna, nel diritto positivo, per ritenere che le prestazioni in questione debbano essere provviste dal settore pubblico (idea, questa, molto diffusa in dottrina e, tuttavia, del tutto infondata sulla base del testo dell'art. 117 Cost.)⁶⁸; né pare senza rilievo, nella prospettiva che qui s'è sostenuta, che le prestazioni appena evocate debbano esser poste in essere dalla «*Repubblica*» e non necessariamente (solo) dallo Stato o dai poteri pubblici. Correlativamente, obbligati a rendere le prestazioni saranno i soggetti che esercitano una data attività economica fatta oggetto di misure di regolazione.

Per l'ipotesi in cui la regolazione amministrativa – fondata sulla legge (riserva relativa) – non sia in grado di conseguire i «*fini sociali*» in modo adeguato, assicurando uguaglianza e condizioni di pieno sviluppo della persona (art. 3 Cost.), non resterà che riservare l'attività economica a soggetti pubblici (art. 43 Cost.). In questo (solo) caso, l'attività economica verrà riservata fin dall'origine o espropriata e ciò corrisponderà a «*fini di utilità generale*» e purché abbia «*caratteristiche di preminente interesse generale*». La sottrazione alla libera iniziativa economica di una data attività deriverà dal fatto che i beni e servizi che realizza sono «*di preminente interesse generale*», consegue a ragioni di «*utilità generale*», richiede una decisione legislativa (essendo in questo caso la riserva di legge assoluta). Vale la pena di notare che il fatto che l'attività economica – per essere riservata – deve essere «*di preminente interesse generale*» non fa che confermare che i beni prodotti

68 In questo caso, non sarà disagevole individuare la categoria dei beneficiari e degli obbligati. Mentre, infatti, l'utilità sociale, una volta ricondotta alle dimensioni immediatamente esigibili delle libertà e dei diritti sociali, riguarderà tutti indistintamente, i fini sociali che importano l'accessibilità delle prestazioni «*concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*» potranno riguardare anche solo categorie di soggetti beneficiari individuate dalla legge. In questo senso, la previsione deve essere letta in coerenza con il principio fondamentale dell'uguaglianza sostanziale, sicché non necessariamente quelle prestazioni dovranno essere accessibili a tutti alle medesime condizioni. Basta anche solo riferirsi all'art. 34 Cost. per cogliere un semplice esempio: la scuola dovrà essere aperta a tutti e tutti avranno il diritto (sociale) di frequentarla e, tuttavia, solo per i «*capaci e meritevoli*», sia pure se «*privi di mezzi*» dovranno esser previste prestazioni («*borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze*») che rendano il diritto effettivo.

sono necessari per il godimento di diritti fondamentali – in questo sostanzian-
dosi la natura di «*interesse generale*» e la finalità «*di utilità generale*».

Se i mezzi per il godimento di pretese che corrispondono a diritti fonda-
mentali non sono realizzati in modo adeguato dal sistema della produzione,
nemmeno attraverso la regolazione pubblica per «*fini sociali*», allora le esigenze
di eguaglianza e pieno sviluppo della persona ne saranno frustrate; poiché que-
ste esigenze sono carattere costitutivo della Repubblica, non potrà che essere di
«*utilità generale*» e di «*interesse generale*» far sì che queste pretese trovino soddisfa-
zione. Corrisponde ad una pretesa di tutti i consociati che il godimento dei di-
ritti fondamentali sia soddisfatto, perché esso costituisce elemento essenziale
della cittadinanza politica (artt. 2 e 3 Cost.), di garanzia della sovranità delle
persone (art. 1 Cost.). Quand'anche intere categorie di consociati possano frui-
re dei servizi necessari al godimento dei loro diritti anche in un regime di sola
regolazione, il fatto che una parte significativa ne sia esclusa determina la quali-
ficazione «*di preminente interesse generale*» dell'attività di produzione in questione
perché o ne vengono frustrati diritti fondamentali oppure, laddove si fissino
come condizioni operative per la produzione che soddisfano questi ultimi ma
rendono l'attività economica non vantaggiosa, si avrà un fallimento del mercato
(perché nessun operatore economico sceglierà di agire in condizioni che non
assicurano la continuità e sostenibilità dell'impresa⁶⁹). La pretesa all'uguaglianza
sostanziale, infatti, è parte integrante ed essenziale dello statuto costituzionale
del diritto fondamentale, sicché non ci si potrà dire sovrani, portatori di diritti
incomprimibili se parti della società non possano dire altrettanto. L'utilità è «*ge-
nerale*», di tutti, perché le pretese che attengono a diritti fondamentali – come si
dirà più innanzi – si trattengono permanentemente nell'esercizio della sovranità,
nel costituente che dà forma al costituito.

69 Per l'idea che il fine dell'impresa non sia necessariamente il lucro ma la sostenibilità nel tempo del suo equilibrio economico, anzitempo, F. A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione. Struttura – Funzioni - Limiti*, Milano, Giuffrè, 1967 (sul quale, se si vuole, la discussione in L. R. PERFETTI, *Le imprese pubbliche holding. Osservazioni sul problema del rilievo dell'interesse pubblico nella partecipazione a società di capitali da parte di enti pubblici*, in *Diritto amministrativo e società civile. Volume III - Problemi e prospettive*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 249).

L'interpretazione del sistema delle regole – che con ciò si alluda all'elaborazione di enunciati che hanno il medesimo significato di quanto espresso nella disposizione ovvero attribuire uno stato-di-cose alla fattispecie astratta⁷⁰ - di cui agli artt. 41 e 43 Cost. assume una coerenza utile ad esser messa a servizio del nostro ragionamento.

L'assetto degli interessi (antropologico) e dei valori (assiologico)⁷¹ delle simmetrie contenute in queste disposizioni assume un significato chiaro se le si osservano dal punto di vista dei diritti: in questa luce, l'assenza o presenza, con diversa intensità, di poteri pubblici corrisponde esattamente all'assenza o presenza e diversa intensità delle riserve di legge ed entrambi corrispondono alla presenza o assenza di pretese attinenti i diritti fondamentali che, per essere soddisfatte, richiedono la messa a disposizione di mezzi (e, quindi, la produzione di beni o servizi) e la diversa intensità di intervento pubblico necessario per conseguire questo risultato. Se ci si allontana dalla prospettiva classica di lettura di queste disposizioni (vale a dire quella dell'adesione ai principi dell'economia di mercato, socialista o sociale di mercato) e si decostruisce il loro sovrastato ideologico, apparirà chiaro un ordito perfettamente coerente con la struttura costituzionale dei diritti fondamentali e, quindi, con la loro natura fondativa dell'ordinamento e dei poteri pubblici nella loro interezza.

In questa prospettiva, non ci sono ragioni per assegnare la sussistenza e garanzia dei diritti fondamentali alla sovranità dello Stato ed agli atti di potere che ne discendono; è piuttosto vero il contrario: la sovranità popolare esclude l'attribuzione della sovranità allo Stato che, semmai, sarà legittimato all'esercizio di quei soli poteri (come il sistema degli artt. 41 e 43 Cost. conferma) che

⁷⁰ Per la discussione di questi temi, gli argomenti rilevanti ed i riferimenti dottrinali, almeno R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁷¹ Quanto all'insieme dei problemi che si pongono nella relazione tra bilanciamento ed interpretazione, si rinvia alla ricostruzione ed alle indicazioni di letteratura in F. FOLLIERI, *Discrezionalità e interpretazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2022, 597 (particolarmente da 620).

siano strettamente funzionali ad assicurare soddisfazione alle pretese che ne sono espressione.

Un'ultima osservazione su questo punto appare necessaria. Non si intende entrare, in questa sede, nel merito del perimetro del concetto e del regime del pubblico servizio – tema al quale mi sono già dedicato in passato – sicché il regime che si trae dalle disposizioni in questione è ricostruito al solo fine principale del ragionamento che si conduce in queste pagine.

Del resto, il sistema che s'è tratto da quegli enunciati è confermato da altre disposizioni costituzionali rilevanti per questi problemi; indici consistenti si leggono agli artt. 33 co. II e III, 38 co. IV e V, 42 co. II e III, 47 co. I.

Coerente con questo quadro è anche il profilo organizzativo che ne consegue. Ne sono manifestazione, l'art. 97 Cost. in via generale; le disposizioni di cui agli artt. 118 co. IV e I, quanto al principio di sussidiarietà; il già rammentato art. 117, co. I, lett. *m*); l'art. 119, co. V, quanto alla destinazione di risorse ulteriori a fini di coesione e solidarietà sociale, rimozione degli squilibri economici e sociali, sostegno all'effettivo esercizio dei diritti della persona; l'art. 120, co. II, in materia di poteri sostitutivi a tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Non è questa la sede per affrontare questo profilo e, tuttavia, che anche l'organizzazione amministrativa sia disegnata nella prospettiva del godimento dei diritti fondamentali è ben possibile sostenere⁷² (così come questo criterio influenza significativamente le relazioni organizzative⁷³).

3. Prima conclusione: i diritti fondamentali si pongono ordinariamente in relazione giuridica con il potere

Le pratiche giurisprudenziali che i saggi di questa Sezione mettono in luce, mostrano l'esistenza di una giurisprudenza amministrativa relativa a prete-

⁷² Per ulteriori considerazioni sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, LXV (2019), (1/2019), 43.

⁷³ Su questi profili, almeno, S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *PA Persona e Amministrazione*, VIII, 2020, 21 (così come la successiva elaborazione in ID., *Il dovere d'ufficio nella teoria giuridica della funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 2023).

se espressione di diritti fondamentali. Le considerazioni che precedono hanno la funzione di costruire un sistema dogmatico (non l'unico possibile né forse il migliore) che spieghi per quali ragioni il giudice amministrativo può (e spesso è) chiamato a decidere controversie nelle quali la situazione soggettiva sofferente o incerta che viene agita in giudizio è una pretesa espressione di un diritto fondamentale.

Questa prima conclusione, pur contrastante apertamente con il sistema dottrinale tradizionale ed ancora oggi convincente per larghissima parte della letteratura giuridica, può – si ritiene – essere condivisa da una parte non piccola degli interpreti; per quanto sovversiva rispetto alle idee più consolidate e diffuse, magari con specificazioni o diversa terminologia, (giacché spiega una porzione non piccola delle pratiche amministrative e giurisprudenziali), può – si confida – trovare accoglimento almeno da parte della dottrina.

È venuto ora il momento di sviluppare la seconda parte del ragionamento, che ben difficilmente potrà esser condiviso se non da pochi – per quanto si tratti di un discorso di diritto positivo, che si regge sul dato puramente letterale delle disposizioni costituzionali, sicché si spera possa essere progressivamente esser preso in considerazione.

Si tratta, cioè, di spiegare per quali ragioni il giudice amministrativo si occupa esclusivamente di controversie relative a pretese che attengono a diritti fondamentali – pretese che potranno essere nominate nel modo che più piaccia all'interprete, foss'anche interessi legittimi fondamentali (definizione che a me pare poco convincente⁷⁴), perché il problema resta quello della natura delle pretese agite e non dell'etichetta ideologica che vi si apponga.

SEZIONE IV

QUANTO ALLA STRUTTURA DEL POTERE SECONDO IL DIRITTO (COSTITUZIONALE) POSITIVO

⁷⁴ Tuttavia, è chiara l'evocazione della dogmatica di lingua spagnola, sulla quale, per tutti, L. MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

1. Ragioni per le quali la teoria del potere si fonda su feticci e miti. Necessità di leggere il potere pubblico alla luce delle disposizioni costituzionali ed europee e non in base a configurazioni ideologiche che vengono dalla tradizione

1.1. La pretesa agita in giudizio avanti il giudice amministrativo (per quel che interessa, la pretesa espressione di un diritto fondamentale) si colloca, necessariamente – sulla base delle disposizioni costituzionali e della più che nota giurisprudenza del giudice delle leggi –, all'interno di una fattispecie nella quale c'è espressione di potere pubblico (discrezionale – poco importa, in questa sede, se una qualificazione diversa, quale sarebbe il potere vincolato, davvero esista⁷⁵). Occorre, quindi, farsi carico anche della discussione relativa alla struttura e contenuto del potere amministrativo.

1.2. Non intendo affaticare il ragionamento con una trattazione estesa, essendomi già molte volte occupato di questi profili. Ciò che intendo porre in evidenza è che nelle nostre teorie il potere pubblico, anche in quelle recenti, si ritiene – in modo rassicurante – che esso sia applicazione del precetto legislativo.

Tuttavia, questo solo fondamento – ineccepibile relativamente a quanto disposto dall'art. 97 Cost. – non regge la spiegazione del fenomeno del potere pubblico; per almeno tre ragioni.

Anzitutto – salvo che per l'ipotesi del potere interamente vincolato, ammesso ch'esso esista – la legge è solo fondamento del potere ma lo disciplina solo parzialmente⁷⁶, sicché il giudizio che produce la decisione è solo parzialmente disciplinato dalla legge e regolato dal diritto; in secondo luogo, questa spiegazione è – al più – applicabile all'ordinarietà del fenomeno del potere, mentre si crede di avere messo in più occasioni in evidenza come con una plu-

⁷⁵ Sul punto, per tutti, F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi*, n. 7/2017, con argomenti notevoli e condivisibili in ragione dei quali credo si possa affermare l'inesistenza di atti propriamente vincolati.

⁷⁶ La questione del solo parziale fondamento nella legge e della conseguente natura puramente autoritaria della decisione in quanto non assunta in ragione di regole legislative prefissate, con maggiore articolazione e complessità, sia consentito rinviare ancora a L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, cit.

ralità di strumenti (norme derogatorie⁷⁷, leggi-provvedimento⁷⁸, uso dell'emergenza, della sicurezza e del rischio⁷⁹, norme integrative o interne o poteri impliciti⁸⁰) la reale fisiologia del sistema alteri in modo imponente il rassicurante quadro richiesto dall'art. 97 Cost., pur non producendo alcunché di incostituzionale secondo l'impostazione classica; infine, la legge dello Stato è sempre imputabile allo stesso soggetto cui spetta il potere amministrativo – all'apparato dei poteri pubblici in generale⁸¹ – il che, insieme al problema della discrezionalità, innesca senza dubbio il problema della sovranità. Da questo punto di vista basterà fare riferimento alle vicende delle recenti emergenze, con l'evidente riaffermazione dell'antica idea per la quale *salus rei publicae suprema lex esto*, facendo coincidere – a mio avviso erroneamente⁸² – la repubblica con l'autorità costituita invece di riconoscere il rilievo della sovranità popolare e la strumentalità di tutti i poteri costituiti al godimento pieno ed eguale dei diritti fondamentali.

La questione di fondo resta quella per la quale il potere dell'amministrazione pubblica è oggetto di una disciplina da parte del diritto che progressivamente lo regola ma non elimina il fatto ch'esso promana dalla sovranità, dal serbatoio di comando che ad essa si accompagna e che non consente di configurare – nella sua unità – la separazione dei poteri (e specialmente quella tra le-

77 Per indicazioni relative ai problemi, alla letteratura rilevante e circa il pensiero di chi scrive, sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, cit. e ID., *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA Persona e Amministrazione*, XI (2/2022), 227.

78 Per una ricognizione delle idee dottrinali, dell'evoluzione della legislazione e della giurisprudenza rilevante, anche per rinviare all'opinione di chi scrive, L. R. PERFETTI, *Massnahmevorschriften and Emergency powers in contemporary Public Law*, in *The Lawyer Quarterly*, X (n. 1/2020), 23. In ogni caso è necessaria S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007, particolarmente da 144.

79 Per tutti, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006.

80 Per tutti, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2007, 703; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001, nonché alcuni profili in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico – istituzionale*^{II ed.}, Torino, Giappicchelli, 2009.

81 Che qui si intende secondo la ricostruzione di G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini*, XI/XII (1982/1983), 1001, ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018, 15.

82 L. R. PERFETTI, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, vol. VII (2020), 51.

gislativo ed esecutivo) come una garanzia sufficiente. Dall'infinita riserva di comando della sovranità si potranno trarre leggi (tanto più considerando che da decenni esse sono, nella sostanza, un prodotto del vertice dell'esecutivo semplicemente ratificato dalle assemblee elettive) o atti amministrativi a seconda delle necessità e degli obiettivi dell'autorità, riuscendo davvero difficile ritenere che il solo affidarsi alla separazione dei poteri⁸³ consenta di esorcizzare la sovranità statale e la pienezza del comando.

A questo problema fa da specchio il tema dell'interesse pubblico, mai definito giuridicamente, consegnato al prudente apprezzamento dell'autorità, con valutazione sostanzialmente insindacabile, elemento in confronto del quale le pretese soggettive delle persone cedono in un bilanciamento al quale manca da sempre il parametro per operare una simile equilibratura, in definitiva, quindi, ulteriore fonte inesauribile di potere – sia quanto alle fattispecie che pur trovano un fondamento in un precetto legislativo (nella maglia larga della riserva relativa), sia quanto a quei segmenti dell'interesse pubblico promanano, riempiendo un'intelaiatura normativa pressoché inesistente, se non per il puro *nomen* del potere (come avviene per la l'estesa panoplia dei poteri d'urgenza innescati da sicurezza, salute, e via elencando).

1.3. Il problema risiede, appunto, nella natura e spettanza della sovranità.

Da questo punto di vista, non si può non considerare come ormai risulti piuttosto chiaro che il suo fondamento – in quanto attributo dello Stato, come da quasi tutti si ritiene – sia il frutto di feticci⁸⁴.

83 Per necessarie e condivisibili osservazioni (sia pure con la precisazione che l'insieme delle misure indicate non mi pare sufficiente all'opera di restauro, dovendosi agire sui fattori che hanno determinato l'alterazione del modello costituzionale e, quindi, muovere dal chiarimento sulla sovranità e fondando il ripristino sull'azione dei portatori dei diritti fondamentali), M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023, *passim*. Più recentemente, S. CASSESE (a cura di), *La separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2023. Per una lettura critica, B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013 (particolarmente il capitolo II).

84 Vari autori dimostrano quest'affermazione come qui non si ha modo di fare. Si rinvia a E. CASSIRER, *The Myth of the State*, cit., *passim*, nonché, in modo specifico, V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti*, cit., da 36 e J. DERRIDA, *Force de loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Paris, Galilée, 1994, trad. it. Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

La sovranità dello Stato s'è retta nei secoli su fondazioni mitiche, non prive di pericolosità⁸⁵; su teorizzazioni contrattualistiche frutto di invenzione⁸⁶; oppure organiciste⁸⁷ – con le loro derivazioni –; o intessute di volontarismo e decisionismo⁸⁸, nei quali la dimensione giuridica manca, nel trabordare del politico; ovvero, all'opposto, su piramidi di validità formale la cui base è un puro postulato logico in-fondato⁸⁹.

85 In questo senso, per tutti, E. CASSIRER, *The Myth of the State*, cit., passim.

86 A riprova della natura puramente ipotetica (per le critiche alla natura solo ipotetica di questa teoria, notoramente, R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 1977, trad. it. Bologna, il Mulino, 1982.) di queste giustificazioni v'è inequivocabile dato storico per il quale, essendo la loro funzione quella di fissare assetti sociali, economici e politici accettabili, il contrattualismo ha fornito ragioni, di tempo in tempo, per criticare ovvero difendere pressoché qualunque ordinamento e regime politico. E' più che ovvio che un simile accordo non solo non esista, il che è certamente vero sul piano storico, ma che la stessa natura ipotetica rende ragione della sua completa inidoneità a fondare le ragioni di una qualsivoglia struttura di comando. Le riflessioni critiche su questo tema sono così varie e consistenti che il solo fornire le indicazioni minimali eccederebbe lo spazio ragionevole in questa trattazione. Basterà indicare, per una riedizione critica di quest'idea, la più che nota opera di J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, Belknap Press, 1971, trad. it. Milano, Feltrinelli, 1993 – anche a questa teoria sono state mosse ampie critiche sia dal versante dell'anarchismo libertario, refrattario all'idea che esista una ragione naturale di dipendenza tra gli esseri umani che li costringa a cooperare (ovvio il rinvio a R. NOZIK, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, trad. it. Milano, Saggiatore, 2008), sia dalla filosofica politica che ha messo in luce il fatto che il contrattualismo si regge su di una ragion pratica del tutto assente (per le ragioni di quest'esigenza, S. VECA, *La società giusta*, Milano, Feltrinelli, 1982) in un contesto nel quale è oggettivamente dimostrabile che gli Stati sono radicalmente condizionati dall'interesse delle concentrazioni di capitale alla crescita economica, indipendentemente dai risultati sui diritti e l'uguaglianza (cfr., almeno, J. DUNN, (a cura di), *The economic limits to modern politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; ma già prima, con impostazione hegeliana, M. SANDEL, *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982). Sulla questione anche J. W. GOUGH, *The Social Contract: A Critical Study of Its Development*, Oxford, Clarendon, 1957.

87 Anche le teorie organiciste si fondano su assunzioni del tutto ipotetiche ed indimostrabili, sicché lo Stato sarebbe, nella sostanza, un organismo vivente costituito dall'insieme degli individui ma anteriore ad essi, pertanto tale da giustificare la soggezione e la sottrazione integrale di ogni capacità di diritto pubblico (se non derivante da un autolimito dello Stato stesso, attraverso la legge). Per i necessari riferimenti, sia alla radice hegeliana, sia alla giupubblicistica specifica, sia consentito per brevità rinviare alle indicazioni in L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit., anche per i profili attinenti l'istituzionalismo (sui quali, nella prospettiva del testo, maggiori considerazioni in 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 ESI, 2011, 653.

88 Basterà il rinvio a C. SCHMITT, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*^{VIII ED}, Berlin, 2004

89 Nel rispetto dell'essenzialità ci si limita al rinvio a H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1920 – sul quale almeno A. CARRINO (a

Allo stesso modo, l'attribuzione della sovranità all'ordinamento legale⁹⁰ anziché al soggetto statale risulta una mera affermazione teorica, priva di contenuto dogmatico, assente nelle norme. Si tratta di esorcismi, per separare la capacità illimitata di comando dal soggetto in grado di condurla alla completa prostrazione dei diritti e della dignità della persona. Tuttavia, essa non solo è priva di fondamento nelle norme vigenti ma, soprattutto, essendo l'ordinamento positivo parte determinante dell'ordine giuridico ed essendo il primo prodotto da comandi dettati – con atti amministrativi puntuali, regolamentari o generali, con atti del Governo aventi forza di legge, o con leggi delle assemblee parlamentari – dallo Stato (o dalle Regioni), non si vede come quest'esercizio riesca davvero a conseguire il suo scopo e sottrarre alla potestà del soggetto pubblico ciò che si vorrebbe consegnare alla pura oggettività di un prodotto normativo ordinante etereo e senza autore. Non si fatica a condividere l'idea che l'ordinamento sia altro e di più dall'insieme dei comandi normativi dettati dallo Stato; ma, al tempo stesso, non si vede come questi secondi non possano esserne parte determinante ed in grado sicuramente di produrre l'effetto di prostrazione dei diritti e della dignità delle persone – come l'uso recente dell'emergenza dimostra chiaramente.

2. Sul potere pubblico nella sua relazione con i diritti fondamentali (e rinvio sul tema della nozione giuridica di pubblico interesse)

2.1. Dal punto di vista metodologico, l'errore fondamentale (a mio modo di vedere) risiede nel ricercare una giustificazione della sovranità e del potere attraverso astrazioni (che dovrebbero rappresentarne la sostanza), invece di affrontare il problema dal punto di vista della *funzione*.

La distinzione tra sostanza e funzione è fondamentale nel dibattito teorico dell'ultimo secolo e quasi interamente trascurata dalla scienza giuridica. In-

cura di), *Kelsen e il problema della sovranità*, Napoli, ESI, 1990 – e, più ancora, ID., *Vom Geltungsgrund des Rechts*, in *Volkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross*, Vienna, Springer Verlag, 1960, 157, poi in H. Klecatsky, R. Marcie, H. Schambeck (a cura di), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Vienna, Europa Verlag, 1968, II, 1417.

⁹⁰ In questo senso, autorevolmente, L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, cit.

nescata dalle trasformazioni della fisica, della matematica e della psicologia della prima metà del Novecento, la discussione ha il suo snodo centrale nella distinzione tra concetti-di-cose e concetti-di-relazione⁹¹. Essendo stato ampiamente dimostrato che la definizione della sostanza di un concetto attraverso l'astrazione contiene necessariamente processi di integrazione impliciti⁹² e sottratti alla critica del giudizio⁹³, la costruzione del concetto deve essere necessariamente relazionale e fondarsi su rapporti di varianza o invarianza⁹⁴ funzionali.

Senza indulgere eccessivamente in questo preliminare chiarimento metodologico, basterà osservare che i concetti in sé di potere pubblico e di sovranità restano largamente controversi e la loro definizione insufficiente risiede – a mio modo di vedere – anche nell'essere ricercati come concetti-di-cose, non come concetti-di-relazione. Poiché, invece, di tratta di concetti decisivi nella definizione della relazione tra società e Stato ed in quella tra libertà e potere (o autorità), è solo con un approccio centrato sul concetto di funzione (e non di sostanza) che si potrà giungere a qualche risultato utile.

Il secondo aspetto metodologico, già più volte ribadito in passato, è che le teorie dogmatiche che si proporranno sono strettamente fondate sulla lettera

91 E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionbegriff*, Bruno Cassirer Verlag, Berlin, 1910, qui tenuto presente nella tradizione italiana La Nuova Italia, Firenze, 1973, nel quale si sostituisce compiutamente la centralità della concezione dell'essenza e dell'articolazione dell'essere, con la conseguente centralità della conoscenza del concetto, facendo precedere questo concetto dalla teoria del giudizio e, quindi, dalla critica della logica formale, sostituendovi la teoria della funzione, sicché il processo di identificazione (di un concetto) deriva sempre da una determinata forma di costruzione di serie, di conseguenti relazioni di necessità e, conseguentemente, di funzioni categoriali, sicché «non l'universalità di una rappresentazione bensì l'universale validità di un principio di ordinamento in serie determina l'elemento caratteristico del concetto» (31).

92 E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionbegriff*, cit, da 13.

93 E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionbegriff*, cit, da 11. E', peraltro, chiaro già da Russell (B. RUSSELL, *The Principles of Mathematics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1903, trad. it. Longanesi, Milano, 1980) che la costruzione delle classi contiene un giudizio quanto alla loro formazione, giudizio che, tuttavia, rimane implicito.

94 E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionbegriff*, cit, da 26. Peraltro, sempre dal punto di vista metodologico, è significativo richiamare l'idea per la quale «che sussista una dipendenza matematica tra fenomeni, non è semplicemente un dato di fatto, che ci si imporrebbe dall'esterno: è il presupposto grazie al quale perveniamo alla spiegazione dei fenomeni. (...) I fenomeni non si sottometterebbero mai da sé a un ordine concettuale e in particolare a un ordine matematico, se esso non fosse imposto loro dall'inizio, come condizione dall'indagine scientifica, che di essi ci dà conto. Entrambi concordano sulla decisiva concezione di fondo, secondo la quale il nostro sapere non si rivolge alle cose assolute bensì si risolve in un insieme di relazioni», *ivi* (enfasi nell'originale).

e la sistematica delle disposizioni costituzionali e non intermediano alcun elemento ideologico o teorico; questa precisazione non deve essere letta come semplice argomentazione persuasiva (giacché, ordinariamente, appaiono più accettabili le interpretazioni che denunciano di essere basate sul puro dato letterale delle norme), ma anche come affermazione polemica (per ragione del fatto che considero le altre spiegazioni della sovranità – anche quelle che nella sostanza la negano – frutto di approcci sostanzialmente ideologici). Naturalmente non intendo prospettare la costruzione dogmatica come conseguente la pura oggettività⁹⁵ né, tantomeno, ritengo che l'interpretazione delle disposizioni sia solo esercizio oggettivo e, tuttavia, v'è differenza tra interpretazione (e decisione e giudizio circa l'interpretazione⁹⁶) ed interposizione di premesse ideologiche.

2.2. Si deve guardare, quindi, alla possibilità di definire la natura e struttura della sovranità – e del potere delle istituzioni pubbliche, dei poteri dello Stato – nella sua relazione con i diritti fondamentali e negli elementi di invarianza di questa relazione. Si tratta di un sistema dogmatico che non può essere ricercato che nelle disposizioni costituzionali ed in quelle dell'Unione.

2.2.1. La relazione tra diritti fondamentali e sovranità deve (a mio avviso) esser ricercata nella relazione tra l'art. 2 e l'art. 1 Costituzione.

Attraverso quest'indagine si avrà agio di mostrare che la ricerca della garanzia dei diritti fondamentali attraverso il potere dell'autorità (o, se si vuole, la sovranità come attributo dell'autorità) non è solo un grave errore politico ma

⁹⁵ Assumo a riferimento delle questioni relative all'oggettività ed alle sue condizioni, R. NOZICK, *Invariances*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2001 (trad. it, Roma, Fazi, 2003). Nel diritto pubblico l'oggettivismo è particolarmente presente nell'impostazione della scuola benvenutiana, soprattutto in relazione alle esigenze di libertà che fronteggiano il potere (per una discussione più ampia, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, da 99) e ne è esempio chiarissimo la monografia di M. BELLAVISTA, *L'oggettività giuridica nell'agire pubblico*, Padova, Cedam, 2001.

⁹⁶ Per una preziosa discussione del tema ed i necessari riferimenti, per tutti F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit. – e più recentemente, ID., *Discrezionalità e interpretazione*, cit..

corrisponde chiaramente ad una lettura ideologica – e, pertanto, errata – delle disposizioni costituzionali.

L'elemento che chiarisce l'invarianza è espresso ed indiscutibile: i diritti fondamentali pertengono la persona (essi sono «dell'uomo»), «sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» e la sovranità appartiene al «popolo», vale a dire all'insieme delle persone. L'elemento di collegamento è evidente, la relazione si colloca sul versante dell'invarianza: la sovranità si trattiene permanentemente nell'insieme dei portatori dei diritti fondamentali. Si pone, quindi, il problema di come questa relazione – collegata in modo invariante dal profilo soggettivo – si articoli. Importa descrivere due aspetti della relazione.

2.2.1.1. Anzitutto, occorre chiarire per quale ragione i diritti fondamentali si trattengano permanentemente nell'ambito della sovranità. Il dato è sufficientemente chiaro nel testo dell'art. 2 Costituzione. Il riconoscimento dei diritti inviolabili avviene con l'atto costituente, vale a dire con quella decisione fondamentale attraverso la quale l'ordinamento è posto e giustificato. Ne deriva necessariamente che i diritti inviolabili, in quanto «riconosciuti» dall'atto costituente, esercizio indubbio della sovranità – se si vuole, della decisione fondativa dell'ordine⁹⁷ –, esistono indipendentemente dall'esistenza dell'ordinamento positivo. Essi esistono senza che l'ordinamento positivo esista, esistono nel momento in cui l'ordine viene ad esistenza. Quindi, non possono che esistere nella sovranità, che è l'energia giuridica che pone in essere l'ordinamento positivo e lo giustifica. Ed esistere in quanto diritti, non valori, esigenze etiche o scelte politiche; si tratta di pretese che esistono nella realtà materiale, nella concretezza della vita delle persone – e non hanno nulla a che fare con diritti naturali o increati.

Inoltre, i diritti fondamentali esistono come diritti: non si tratta di valori, di fondamenti ideologici, storici o politici: la Costituzione è chiara nell'identifi-

⁹⁷ Penso a W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt* (1920), in R. Tiedemann e H. Schweppenhäuser (a cura di), *Walter Benjamin Gesammelte Schriften*, vol. II.1, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1999, 179.

carli come «*diritti*» e «*doveri*». E poiché v'è un ordine di diritti e doveri esistente come diritto, indipendentemente dall'ordinamento positivo, essi costituiscono un ordine giuridico⁹⁸, l'ordine giudico della società, che permane nella sovranità anche una volta posto in essere l'ordinamento; in essa permangono perché i diritti fondamentali esistono come diritti anche in assenza dell'ordinamento positivo e non cessano di esistere nella sovranità perché l'ordinamento positivo è stato posto in essere.

Facendo riferimento all'esistenza di un ordine giuridico dei diritti inviolabili e di doveri inderogabili che sussiste indipendentemente dall'ordinamento positivo non si intende affatto fare riferimento ad una qualche forma di giusnaturalismo o di loro fondazione extragiuridica (non importa se ideologica, storica o mistica); la spiegazione è semplice: essi sono «*riconosciuti*» come «*diritti*» e «*doveri*», vale a dire come posizioni propriamente giuridiche ed, inoltre, si fondano e permangono nella sovranità (che è essa stessa energia giuridica); non si tratta di entità estranee al diritto, semmai indipendenti dal diritto positivo ed in grado di porlo in essere e fondarlo; non si tratta di diritti naturali postulati in orizzonte positivistic astratto, che si accompagnano ad una radicale distinzione tra sovranità e dimensione privata⁹⁹. Piuttosto, si tratta della concreta fondazione della Repubblica per come stabilita dalle norme, della forma di Stato che riviene dal disegno costituzionale, del radicamento dei diritti nella dimensione normativa della persona, che permane e permane nella sovranità.

La persona¹⁰⁰, nella sua individualità e nelle sue relazioni (come dispone l'art. 2 Cost.), è il luogo reale, concreto, materiale (e, come tale, non ideologico e non autoritario) nel quale si fondano il diritto (per ciò fondamentale) e la so-

98 Per maggiori considerazioni sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, 1153.

99 Nuovamente, B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica, cit., passim*, soprattutto da 60.

100 Ovvio pensare a D. DE ROUGEMONT, *Politique de la Personne. Problèmes, doctrines et tactique de la révolution personaliste*, Paris, Je Sers, 1934 e E. MOUNIER, *Le personalisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1950 (trad. it. Milano, Garzanti, 1952).

In ogni caso, è necessario il rinvio all'importante studio di P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *PA Persona e Amministrazione*, vol. I, 2017, 63.

vranità – e così, il suo esercizio, la sua permanenza nella persona e nell'ordine delle sue relazioni. L'ordine giuridico di diritti inviolabili e di doveri inderogabili assolve, esattamente, al compito di realizzare una fondazione dell'ordine costituito, delle istituzioni. Tuttavia, esso permane e costituisce la vera garanzia dei diritti fondamentali, giacché radica la libertà anche come capacità di critica e di opposizione alle decisioni del potere per come costituito in autorità e con esse alla (schmittiana) “dittatura della maggioranza” o anche solo decisione (legislativa) della maggioranza. Infatti, i diritti fondamentali ed i doveri inderogabili – costituiti in ordine giuridico della persona e delle sue relazioni – identificano (insieme all'eguaglianza sostanziale dell'art. 3) il progetto di società aperta, libera e pluralista che si legge negli stessi Trattati dell'Unione e che fonda le istituzioni pubbliche e le rende funzionali al perseguimento dell'obiettivo della massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali attraverso l'eguaglianza – ed, al contempo, fonda e radica la capacità di resistere al potenziale attacco che venga dal potere e dalle decisioni della maggioranza del momento. Inviolabili e inderogabili sono le dimensioni normative essenziali della persona e della sua dignità, sicché in essa diritti e doveri trovano il luogo di coordinamento e contemperamento – anzi, meglio, di raccordo ⁽¹⁰¹⁾. Il raccordo tra diritti inviola-

101 Intendo riferirmi a A. MORO, *Intervento del 13 marzo 1947 all'Assemblea costituente*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, Camera dei deputati – Segretariato generale, 1970, Vol. I, pag. 368 ove egli afferma che «sta di fatto che la persona umana, la famiglia, le altre libere formazioni sociali, quando si siano svolte sia pure con il concorso della società, hanno una loro consistenza e non c'è politica di Stato veramente libero e democratico che possa prescindere da questo problema fondamentale e delicatissimo di stabilire, fra le personalità e le formazioni sociali, da un lato, lo Stato dall'altro, dei confini, delle zone di rispetto, dei raccordi. Ed io insisto, onorevoli colleghi, su questo punto: quello dei raccordi da stabilire, perché, quando noi parliamo di autonomia della persona umana, evidentemente non pensiamo alla persona isolata nel suo egoismo e chiusa nel suo mondo. Non intendiamo — ritorneremo su questo fra qualche giorno, studiando gli argomenti della famiglia e della scuola — non intendiamo di attribuire ad esse un'autonomia che rappresenti uno splendido isolamento. Vogliamo dei collegamenti, vogliamo che queste realtà convergano, pur nel reciproco rispetto, nella necessaria solidarietà sociale». Moro riprenderà i contenuti di quella pietra fondativa della nostra civiltà giuridica osservando che «senza che diventi sociale, la democrazia non può essere neppure umana, finalizzata all'uomo cioè con tutte le sue risorse e le sue esigenze. Se essa resta strettamente politica, angustamente politica, questo raccordo con l'uomo, ch'è per il cristiano ragione essenziale di accettazione, diventa estremamente difficile ed, ove pure risultasse stabilito, si rivelerebbe effimero e poco costruttivo» (A. MORO, *Democrazia integrale*, in *Studium*, 1947, n.4 (il testo è riprodotto in A. MORO, *Al di là della politica e altri scritti. Studium 1943-1952*, a cura di G. CAMPANINI, Roma, Studium, 1982, 126).

bili e doveri inderogabili è un fatto concreto e reale, non una decisione dell'autorità (legislativa o giudiziaria). In questo si può agevolmente leggere il contenuto della «*forma repubblicana*» di cui all'art. 139 – profilo sul quale si tornerà.

Nella sostanza, la definizione dei diritti fondamentali avviene nella sua relazione (invariante) con la sovranità, perché in essa si trattengono permanentemente.

2.2.1.2. Il discorso si completa con l'appartenenza al popolo della «*sovranità*». Si tratta di un'attribuzione specifica, tecnica, che non si limita ad un'evo- cazione ideologica.

Le tradizioni continentali dello Stato contemporaneo sono per lo più ri- ferite – organicamente – alla società¹⁰². Che si tratti dell'istituzionismo o dell'organicismo, che si faccia riferimento alle tradizioni contrattualistiche o an- che quella che sembra un'idea radicalmente alternativa della sovranità – basata sul fatto e l'esercizio della forza rivoluzionaria – come quella che la fa coincide- re con la potestà di disporre la sospensione dell'ordinamento, presentano sem- pre una fondazione della sovranità nella volontà popolare o nell'organizzazione della società. Esse, però, presentano (in simmetria con quanto accade circa la concezione dei diritti, la cui garanzia viene riservata alla sovranità statale) un tratto comune indefettibile: che la sovranità promani organicisticamente dalla società o si eserciti in un momento inventato (come l'adesione al contratto so- ciale) o reale (come la forza rivoluzionaria¹⁰³), essa serve solo a legittimare in via definitiva quella dello Stato. E' lo Stato, l'autorità ad essere attributaria della so-

102 Non essendo questa la sede adatta per la discussione più estesa di queste idee, ci si per- mette di rinviare a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.; 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 (ESI), 2011, 653; ID., *Il governo dell'arbitrio*, cit.

103 Intendo riferirmi a W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt* (1920), cit., e ID., *Über den Begriff der Geschichte*, in *Nene Rundschau*, Vol 61, S. Fischer, Frankfurt 1950, cit., p. 560 (trad. it. Milano, Nemesi, 2012; sul quale, tra gli altri, D. GENTILI, *Il tempo della storia. Le tesi "sul concetto di storia" di Walter Benjamin*, Napoli, Guida, 2002 e M. LÖWY, *Fire Alarm. Reading Walter Benjamin's 'On the Concept of History'*, London, Verso, 2004 (trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2004).

vrantà. Il riferimento alla società o alla somma degli individui che la compongono opera solo in un mistico momento legittimante, costituisce solo un artificio, un dispositivo necessario a superare il gigantesco vuoto nella catena della legittimità determinato dal superamento della concezione sovrana dello Stato moderno e dell'autorità medievale, nella quale la sovranità era attribuito della persona del sovrano¹⁰⁴. In ogni caso, si tratta di un'inesauribile forza di comando rispetto alla quale il diritto opera per sottrazione, disciplinando le fonti del diritto, le procedure, gli organi, le tutele giurisdizionali, i caratteri degli atti di potere che si impongono ai privati. Ed essa pertiene all'autorità.

Il riconoscimento della sovranità al popolo rovescia drammaticamente questo schema.

Ecco perché l'enfasi è caduta immediatamente sulla circostanza che la sovranità si esercita nelle «*forme*» e «*limiti*» previsti dalla Costituzione («*nelle forme e nei limiti della Costituzione*»). La lettura dominante – ancor oggi – ripristina la dinamica della sovranità sulla quale s'è edificato lo Stato contemporaneo: la sovranità appartiene al popolo e, tuttavia, esercitata con l'atto costituente (in sostanza, con il referendum costituzionale¹⁰⁵) essa torna serenamente ad essere attribuito dello Stato (e delle altre articolazioni dell'autorità). Nei primi decenni di attuazione costituzionale e fino alla fine del Novecento, peraltro, questa soluzione non è sembrata contraddittoria rispetto al disegno costituzionale (per quanto, invece, ne fosse una plateale smentita), per una ragione storica evidente: la vivace dinamica del pluralismo sociale (partiti, sindacati, autonomie sociali e locali) era così significativa da poter far pensare che fosse tollerabile la riedizione dell'opposizione weberiana¹⁰⁶ tra società e Stato, giacché, comunque,

104 Sulla questione, per tutti, E. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, Princeton University Press, 1957

105 Sul referendum costituzionale del 1946 ed il suo valore costituente, almeno, A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1997, 7 e più largamente, ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*^{II ED}, Padova, Cedam, 2002.

106 Ovvio il riferimento a M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1922, trad. it., Milano, 1961. E' opportuno rinviare alla lettura di F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, cedam, 1969, da 170, per indicazioni nettamente

l'imponente partecipazione popolare ed il consistente esercizio delle autonomie, unite alla costante pressione per l'attuazione del disegno costituzionale e la garanzia dei diritti fondamentali, facevano intendere che fosse la società ad impossessarsi delle strutture dello Stato e non a venirne schiacciata dovendo ricercare spazi di autonomia dal suo potere. La democrazia diviene il motore del mutamento: lo Stato resti pur sovrano come lo si è sempre pensato, purché sia democratico ed il suo potere sia esercitato da organi democraticamente eletti e responsabili.

In altri termini, non s'è avvertita la drammatica smentita del disegno costituzionale perché la reale dinamica sociale e politica faceva intendere che non fosse necessario reclamare la sovranità che la Costituzione assegnava al popolo, ben potendo trattenersi nello Stato come sempre, purché esso fosse democratico e, quindi, il popolo esercitasse la sovranità attraverso la rappresentanza politica¹⁰⁷.

Ciò non toglie affatto che la costruzione per la quale la sovranità appartiene al popolo nel senso che ad esso spetta il potere di eleggere le assemblee rappresentative e di partecipare alle funzioni pubbliche nelle diverse forme previste dalle leggi (ecco, quindi, le «*forme*» e «*limiti*» previsti dalla Costituzione) sia chiaramente incompatibile con il testo della Costituzione; si trattava di un errore reso possibile dalla concreta dinamica della partecipazione e della rappresentanza. Non serve alcuna argomentazione per convincere il lettore del fatto che – da decenni – queste condizioni storiche siano del tutto venute meno e che, quindi, quest'errore interpretativo non sia più giustificabile in alcun modo – ciò, beninteso, ammesso che lo sia stato in passato, giacché il suo effetto era quello di consegnare il contenuto dei diritti alle maggioranze politiche delle assemblee legislative (con evidente compressione delle minoranze) e solo la con-

contrarie alla tradizionale alterità tra amministrazione e società e la sottolineatura del rilievo della democrazia in questo senso.

107 Sulla rappresentanza come concetto costitutivo dell'idea – soprattutto hobbesiana – di sovranità, per tutti, H. HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990.

creta dinamica storica e politica italiana ha consentito, attraverso il consociativismo ed il sistema elettorale proporzionale, di assicurare in concreto un funzionamento più che accettabile delle istituzioni.

Ciò, tuttavia, ha impedito di comprendere la reale struttura costituzionale della sovranità e, soprattutto, dei diritti fondamentali. Rispetto ad essi – ed ecco ancora l'utilità di un approccio funzionale, concernente le relazioni e le loro invarianze – infatti, ha continuato ad essere ritenuta convincente l'idea che avessero tutela nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, che fossero pretese nei confronti del legislatore, che si atteggiassero come interessi legittimi se rivolti a conseguire prestazioni e via dicendo. Tutto ciò è accaduto perché si è dimenticato il loro radicamento permanente nella sovranità e la “appartenenza” di quest'ultima al popolo e non all'autorità.

Il testo costituzionale, invece, è inequivoco: il riferimento è precisamente alla «sovranità» come concetto giuridico e politico. L'attribuzione è estremamente precisa. Il sovrano costituzionale è il «popolo» e non lo Stato. L'attribuzione avviene nel presente ed è duratura: la sovranità «appartiene» al popolo. Essa, quindi, «appartiene» – all'indicativo.

Non si tratta della legittimazione delle istituzioni costituite, una volta per tutte; è la permanenza nel costituente, nei diritti fondamentali della persona, come individuo e nelle sue relazioni sociali. È, quindi, permanente come i diritti fondamentali permangono nella sovranità.

2.2.2. Senza poter approfondire questo profilo funzionale in questa sede, è del tutto evidente il rilievo di quanto fin qui osservato con la revisione costituzionale. Nell'art. 139 Cost. si legge un profilo di invarianza funzionale decisivo.

La disposizione di cui all'art. 139 Cost. è stata oggetto di discussioni che non hanno condotto a conclusioni consolidate: si oscilla tra un estremo kelseniano, sicché vi si legge una specie di norma fondamentale (affetta però, pro-

prio sul piano dell'efficacia formale¹⁰⁸, dal problema della sua modificabilità), ed un altro che non esclude la sua modificabilità. A mio modo di vedere si tratta di una discussione che non conduce a risultati stabili ed affidabili perché fallisce proprio nel suo tratto essenziale, vale a dire quello del collegamento con la sovranità ed il suo “permanere” al di fuori dello Stato e del potere costituito.

Infatti, non appena si intenda con «*forma repubblicana*» immodificabile esattamente ciò¹⁰⁹ che risiede nel permanere della sovranità nell'ambito costituente dei diritti fondamentali, ecco che sarà agevolmente spiegata la ragione della sua immodificabilità: non c'è procedura valida per modificare ciò che permane nel costituente, che non è trasferito ad alcun potere costituito, che “permane” perché “appartiene”, perché al presente indicativo resta nella sovranità popolare che si esprime attraverso i diritti fondamentali.

La questione, è tanto più rilevante oggi, giacché – come ognuno sa – la teoria dei contro-limiti¹¹⁰ costituisce l'unico limite invalicabile alle norme dell'Unione.

108 Pongo il problema dei diversi profili di efficacia dei provvedimenti e per brevità basterà rinviare a F. BENVENUTI, *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 1989, 2, in cui si avverte una netta impostazione kelseniana (ma, per un ragionamento approfondito, debbo rinviare a L. R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017 (LXVII), 99).

109 Alcuni profili rilevanti di questo ragionamento – e sui quali non ci si può intrattenere in questa sede – sono in L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, Mucchi, 2017 e ID., *La democrazia attraverso i diritti: Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Bari-Roma, Laterza, 2013; da altro punto di vista, per l'elaborazione di queste tesi ritengo di grande utilità i lavori non recenti ma rilevanti di L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964 e J. SHKLAR, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1964. Sempre nella prospettiva della costruzione di questi argomenti, vorrei si tenessero presenti i lavori di G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, Giuffrè 1996; ID., *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, La Città del Sole, 1999; ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, raccolta di saggi pubblicata Roma, Armando, 2005; ID., *La giustizia autosoverviva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto?*, *lectio magistralis* pubblicata Napoli, La Città del Sole, 2008 (su Teubner, L. ZAMPINO, *Gunther Teubner e il costituzionalismo sociale. Diritto, globalizzazione, sistemi*, Torino, Giappichelli, 2012 e A. jr. GOLIA, *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, Utet, 2017, 217).

110 Si tratta di questioni che possono presumersi note; tuttavia, almeno G. P. DOLSO, *I controlimiti “comunitari” tra passato e presente*, in *Nomos*, n. 2/2017, 2 e M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogeneità dei fini*, in *Questione giustizia*, 2015, 89.

2.2.3. Non è rilevante, in questa sede, seguire l'insieme delle dimostrazioni funzionali che il testo costituzionale consente rispetto a quanto s'è detto della relazione tra diritti fondamentali e sovranità. Non è questo lo scopo di questa riflessione e si è convinti di avere fornito argomenti sufficienti a far ritenere seria la proposta interpretativa ribadita in queste pagine.

Quel che è necessario, invece, è porre questi risultati nella loro relazione funzionale con il potere esecutivo e la sua organizzazione.

È agevole osservare come l'intera teoria dell'organizzazione pubblica sia sempre stata costruita sulla sua funzionalizzazione al sovrano; in questi termini è assai semplice considerare che se il sovrano è il popolo, che esprime la sua sovranità non solo attraverso la rappresentanza ma, soprattutto, con il permanere nella sovranità dei diritti fondamentali, l'intera organizzazione pubblica ed il suo potere non possono che essere funzionalizzati alla massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali, secondo il precetto dell'eguaglianza sostanziale¹¹¹. È solo la spettanza allo Stato della sovranità che consentirebbe di reggere una sistematica per la quale l'amministrazione persegue fini pubblici (ed in conseguenza ad essi si organizza) per come essi sono fissati dallo Stato (dall'esecutivo, si starebbe per dire, giacché anche la legge è, ormai, sostanzialmente appannaggio governativo). Il quadro non muta se lo si osserva da lato della legittimazione democratica dell'amministrazione. Essa, infatti, sarebbe convincente solo a patto di conservare una visione inattuale dell'amministrazione stessa. Nella sostanza, si avrebbe che l'amministrazione resta articolazione del potere esecutivo e, tuttavia, essendo questo legittimato dal consenso elettorale e guidato dall'indirizzo politico rappresentativo, ne conseguirebbe una legittimazione democratica dell'amministrazione. Tuttavia, una simile soluzione si spiega solo se l'amministrazione viene colta quale «attività realizzativa», che si colloca rispet-

111 Per maggiori considerazioni sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Eguaglianza Vs. disuguaglianze. L'eguaglianza come «compito della Repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, IX (2/2021), 13

to ai compiti dello Stato nella «porzione terminale del processo di attuazione»¹¹²; una simile opzione si regge, tuttavia, solo a patto di ritenere che l'amministrazione sia funzionale al conseguimento dei compiti dello Stato per come concretamente definiti nel processo di determinazione dell'indirizzo politico. Del resto, quest'idea è assai presente nelle ricostruzioni dell'ultimo decennio sulla funzionalizzazione dell'amministrazione al perseguimento dell'efficienza o efficacia, in altri termini, dell'amministrazione di risultato: l'organo rappresentativo, forte della legittimazione democratica, indica obiettivi che all'amministrazione spetta solo raggiungere in modo efficace¹¹³. In realtà, questa visione dell'amministrazione pubblica resta del tutto soggetta alla spettanza della sovranità allo Stato ed al suo monopolio quanto alla definizione del pubblico interesse (al cui perseguimento l'amministrazione è funzionale).

V'è, però di più. E ciò risiede nel disegno costituzionale dell'amministrazione pubblica e del suo potere. Infatti, lo statuto costituzionale dell'amministrazione pubblica non può più essere spiegato nella prospettiva dell'articolazione del potere esecutivo e della dipendenza dal potere politico. Essa è, piuttosto, resa funzionale al godimento pieno ed eguale dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionali (nella loro struttura aperta)¹¹⁴. Non sono più convincenti quelle visioni dell'amministrazione pubblica che ne fanno un'articolazione dei poteri dello Stato, una struttura servente dell'esecutivo, l'organizzazione burocratica destinata ad eseguire gli indirizzi politici del Governo (o, meglio, degli esecutivi nazionali o locali). Questa raffigurazione si spiegava perfettamente a fronte della spettanza della sovranità allo Stato, sicché nella generale capacità che ne derivava, l'amministrazione era parte dell'articolazione della persona

112 U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, 11.

113 Per l'indicazione dei limiti di questa impostazione, G. PASTORI, *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge 241/1990 riformata*, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam 2008, 6.

114 Sulla comunanza dei tratti delle costituzioni che si reggono sul presupposto del riconoscimento della sovranità in capo al popolo, sono ancora imprescindibili le considerazioni di G. BERTI, *Perennità della Costituzione*, ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018, I, 117.

giuridica del sovrano; le raffigurazioni dualistiche¹¹⁵ non hanno consentito a lungo di cogliere la novità costituzionale. Tuttavia, quest'idea si scontra con alcune obiezioni non di piccolo momento. Anzitutto, i compiti dello Stato, nella nostra Costituzione, non sono rinviati alla determinazione del gioco politico, giacché essi sono «*espressi direttamente dalla Costituzione, nella maniera più diretta, esplicita e consapevole attraverso le formulazione riccamente orchestrate degli artt. 2 e 3*» sicché «*riconoscimento, garanzia e perfezionamento dei diritti*»¹¹⁶. Sono i compiti dello Stato.

In secondo luogo, l'amministrazione – come ogni articolazione pubblica che abbia funzione di garanzia – non potrà esser lasciata esposta al solo indirizzo politico, pena il contrasto con l'art. 97 Cost. che ne impone l'imparzialità e, più in generale, la possibile messa a rischio di fondamentali profili dei diritti inviolabili a danno delle minoranze.

Inoltre – e sul tema si tornerà tra brevissimo – nulla nell'impianto costituzionale legittima l'idea che l'amministrazione sia dipendente dal potere esecutivo.

Infine, non sembra difficile convincersi del fatto che, sulla base del diritto europeo come di quello nazionale, la distinzione netta¹¹⁷ (seppure non separazione) tra politica ed amministrazione impedisce di considerare coerente in sé stesso il quadro tradizionale.

È proprio la struttura costituzionale dell'amministrazione a legittimare il discorso che si va facendo. E' stato da tempo, ed autorevolmente, dimostrato che non esiste un modello costituzionale di amministrazione¹¹⁸. Piuttosto, il

115 Per le profonde ragioni storiche della prosecuzione della tradizione dualista in Italia, anche allo scopo di preservare l'amministrazione dall'influenza del regime nella stagione della dittatura, sia consentito rinviare alla letteratura richiamata e discussa in L. R. PERFETTI, *Principi costituzionali, istituti del diritto amministrativo ed interpretazione delle norme*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2004*, Milano, Giuffrè, 2005, 73.

116 U. ALLEGRETTI, *op. loc. ult. cit.*

117 Per considerazioni condivisibili, P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005.

118 G. BERTI, *La responsabilità pubblica: Costituzione e amministrazione*, Padova, Cedam, 1994; ID., *Amministrazione e Costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, atti del XXXIX Convegno di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè,

concetto di amministrazione pubblica è presupposto, si indicano (art. 97 Cost.) il suo metodo d'azione (imparziale ed efficace), la necessaria disciplina legislativa della sua organizzazione in modo che siano garantiti imparzialità e buon andamento, la professionalità, indipendenza e responsabilità dei suoi funzionari, l'assicurazione della tutela giurisdizionale rispetto alle sue decisioni (artt. 24 e 113 Cost.).

L'amministrazione pubblica, tuttavia, non è identificata come un potere dello Stato: «*la Costituzione non ha pensato all'amministrazione come ad un potere dello Stato e ha, al contrario, inteso l'amministrazione come dovesse vedersi collegata immediatamente con la società*»¹¹⁹; essa non è inserita nella declinazione delle sfere di attribuzione del potere dalla Costituzione, nella disciplina dei coordinamenti o conflitti tra poteri (ciò è previsto solo per il Governo); né si trova alcuna disposizione che ponga l'amministrazione funzionalmente o gerarchicamente in dipendenza del Governo stesso¹²⁰. La «*Costituzione si è di proposito astenuta dal configurare l'amministrazione con un volto preciso che ne consenta tra l'altro l'inserimento tra le funzioni esclusive e autoritarie dello Stato*»¹²¹; l'amministrazione pubblica è stata assunta in Costituzione «*così com'era, come un'entità ricavata*»¹²², o, più semplicemente, come un'attività, disciplinandone i caratteri immancabili, doverosi, e lasciando per il resto ch'essa fosse adatta al suo scopo, alla sua ragione.

Ad essere essenziale, quindi, è la sua funzione e, in ragione della struttura della sovranità popolare, non resta che pensare ad essa «*come una forma della società, non come un'immagine dello Stato*»¹²³, anzi, come una delle «*forme*» costituzionali nelle quali si esprime la sovranità delle persone e dei loro diritti.

L'amministrazione pubblica, quindi, è funzione della sovranità popolare assai più che struttura servente il potere politico, giacché «*la figura dell'amministrazione come braccio del potere legislativo o come parte dell'organizzazione politica dello*

1996, 11.

119 G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 16

120 Ancora, G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 16.

121 G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 14.

122 G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*

123 G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 16.

Stato era coerente con quel tipo di separazione della società dallo Stato, il quale impediva alla società di emergere nei confronti del potere politico ufficiale come entità a sé stante, come espressione dinamica del farsi da sé stessa politica»¹²⁴, ancor più come luogo nel quale risiede permanentemente una porzione significativa della sovranità.

Se l'organizzazione pubblica è funzionale al sovrano per l'esercizio delle attribuzioni che spettano alla sovranità, occorre affermare chiaramente che essa è quindi funzionale non allo Stato (o all'autorità in genere) ma al popolo ed all'attuazione dell'ordine dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che costituiscono la funzione stessa dell'ordinamento e dell'autorità. L'intero assetto dei poteri è funzionalizzato alla persona – vale a dire all'ordine dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che ne connotano la dimensione giuridica.

Si può condividere quanto messo in luce da tempo, cioè che non «*pare che la sovranità, in quanto esercitata dal popolo, possa prescindere da un adeguato complesso di strumenti attraverso i quali manifestarsi*»¹²⁵; il popolo, dunque, «*esprimendo la propria fondamentale realtà giuridica nell'ordinamento statale, obbliga, per così dire, secondo determinati moduli di composizione, la produzione giuridica e la formazione dei centri di potere in cui la produzione stessa si articola: il momento organizzativo diviene perciò preminente rispetto a quello puramente normativo*»¹²⁶. Dal mio punto di vista, la trasformazione è più radicale: la sovranità popolare è il fondamento dell'organizzazione e l'amministrazione pubblica è solo articolazione organizzativa del popolo sovrano, secondo le modalità e regimi che discendono dalla Costituzione – coerenti con il policentrismo istituzionale che la caratterizza¹²⁷ – che si sono provate altra volta a teorizzare¹²⁸. L'organizzazione pubblica ed il suo potere sono, quindi, funzione servente la sovranità popolare e luogo di articolazione e concretizzazione dei suoi fini. Poiché i fini del sovrano costituzionale – il popolo –

124 G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 17.

125 G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit., 73.

126 G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit., 75.

127 G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 475 (ma, soprattutto, da 478).

128 L. R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, LXV (2019), n. 98 (1/2019), 43

non possono che essere quelli della massimizzazione del godimento dei diritti individuali (e del necessario corredo di doveri), con garanzia della loro dimensione incompressibile e ponderazione delle dimensioni restanti se ed in quanto in conflitto con altre e nella prospettiva dell'eguaglianza sostanziale, a questi stessi fini sarà diretta l'amministrazione pubblica. Poiché, poi, l'amministrazione pubblica è funzionale a questi fini, la stessa intermediazione della legge (artt. 23 e 97 Cost.) è, per un lato, solo eventuale – giacché il dovere dell'amministrazione¹²⁹ potrà discendere direttamente dal precetto costituzionale – e, per l'altro, laddove l'amministrazione sia sottoposta al suo regime¹³⁰, tutt'altro che libera nei fini ed affatto sottoposta al limite delle risorse – giacché è noto come ormai anche la Corte Costituzionale¹³¹ ammetta che è la destinazione delle risorse ad essere condizionata al godimento dei diritti e non questi ultimi ad essere finanziariamente condizionati¹³².

Sempre nella linea della natura funzionale (di concetti-di-relazione) della ricostruzione delle nozioni, questa definizione dell'amministrazione pubblica e del suo potere si colloca in coerenza sia con le regole sul potere pubblico (sia quelle che si traggono dal sistema degli artt. 1, 2 e 3 Cost.; sia le disposizioni che incidono su libertà e diritti, come s'è accennato più sopra; sia quelle concernenti il sistema delle tutele di cui agli artt. 24, 101, 103 e 113 Cost.) che sulla sua organizzazione (artt. 97 e 118).

129 Per tutti, M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona e amministrazione*, 2020, 543; se si vuole si potranno esaminare anche L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti in onore di Franco Gaetano Scoca*, Napoli, ESI, 2020, 3965; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, ESI, 2016; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappicchelli, 2005.

130 Sulla diversità dei regimi, in relazione anche alla necessità dell'intermediazione legislativa, sia di nuovo consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit.

131 Basterà il riferimento a Corte Costituzionale, 16 dicembre 2016, n. 275, decisione in cui espressamente si afferma che è la garanzia dei diritti incompressibili «a incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione» delle prestazioni.

132 Sul tema, in ogni caso, resta fondamentale G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale* in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 1082 – ora anche in *Scritti Scelti*, II, Napoli, Jovene, 2010, 511.

2.3. Se si condivide il quadro dogmatico proposto, non resterà che concludere che la funzione costituzionale dell'amministrazione e la sua conseguente organizzazione non siano se non quelle, funzionali alla dinamica della sovranità popolare, di assicurare la massimizzazione dei diritti fondamentali.

3. Seconda conclusione: il potere e l'organizzazione pubblici sono funzionali solo al godimento dei diritti della persona in modo effettivo ed eguale, sicché il giudice amministrativo è sempre giudice di diritti fondamentali

Se, quindi, i diritti fondamentali debbono essere definiti in relazione alla sovranità popolare ed essa in considerazione dei primi; se il trattenersi permanentemente dei diritti fondamentali nella sovranità appartenente, altrettanto permanentemente, al popolo connota la – immodificabile – forma repubblicana; se, per conseguenza, l'amministrazione pubblica ed il suo potere sono interamente – e permanentemente – funzionalizzati agli scopi del sovrano popolare e, quindi, necessariamente, alla massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali e dei relativi doveri; ne conseguirà che l'intera attività dell'amministrazione pubblica, il suo potere e la sua organizzazione sono immancabilmente in relazione con diritti fondamentali. Quindi, il giudice amministrativo è sempre e necessariamente giudice dei diritti fondamentali.

SEZIONE V

PER UNA TEORIA GIURIDICA DEL PUBBLICO INTERESSE

1. Ragioni per le quali è necessaria una teoria propriamente ed espressamente giuridica del pubblico interesse

Come già osservato in apertura, perché la protezione dei diritti fondamentali sia adeguata alla dogmatica sviluppata nella sezione precedente, è necessario elaborare una teoria propriamente giuridica circa la nozione di pubblico interesse, coerente con il quadro fin qui tracciato e fondato su di esso.

Naturalmente, con quest'affermazione non si vuole affatto dire che non esistano teorizzazioni (giuridiche) del concetto in questione. Tuttavia, per un

lato esse appaiono insoddisfacenti in quanto tali; in secondo luogo, esse si reggono sull'idea della quasi inesauribile disponibilità di spazi di valutazione rimessi all'amministrazione, proprio attraverso la determinazione in concreto dell'interesse pubblico nella fattispecie concreta – o, se si vuole, la non meno quasi inesauribile disponibilità di valutazioni discrezionali – come tali, quindi, incompatibili con il quadro dogmatico appena tratteggiato; infine, proprio la determinazione del pubblico interesse consente all'amministrazione – ed assai spesso al giudice, ritraendo immotivatamente la propria giurisdizione o alterando il contenuto delle disposizioni legislative¹³³ – di ricavare spazi di discrezionalità o insindacabilità oltre la fattispecie legale attributiva del potere, proprio attraverso l'interposizione della clausola del pubblico interesse che, quindi, diviene essa stessa fonte di spazi di valutazione discrezionale ben più che strumento per dirigere quest'ultima e, dunque, renderla razionalmente controllabile.

Il problema di fondo, tuttavia, è che la ricerca del concetto di pubblico interesse in sé e per sé ha fin qui condotto vuoi ad una sostanziale assenza di contenuto – sicché è pubblico interesse ciò che l'amministrazione stabilisce che sia – ovvero alla rassicurante, ma impotente, evocazione dell'idea che sia la norma di legge a definire il pubblico interesse nella fattispecie concreta – con il problema ch'essa ordinariamente non definisce affatto la causa funzionale del potere e, secondo teorie non facilmente eludibili¹³⁴, non è neppure opportuno che ciò avvenga se non si voglia rendere inefficace l'azione amministrativa in contrasto con il precetto del buon andamento.

In altri termini, proprio la inconsistenza delle definizioni giuridiche di pubblico interesse dovrebbe rappresentare un problema non solo per chi condivide una dogmatica come quella che s'è fin qui condotta, ma anche il ben più

¹³³ Per una più ampia dimostrazione, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 429

¹³⁴ V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, vol. XXII, fas. III, Roma, ora in ID, *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1992, da 267

vasto numero di interpreti che si contenta della sola affermazione del principio di legalità¹³⁵ o dell'evocazione della democraticità¹³⁶.

2. Ragioni di insoddisfazione circa le teorie non deontiche del pubblico interesse e particolarmente critica del volontarismo che domina la dottrina in argomento. Sulla necessità di superare la condizione per la quale il tratto più significativo del potere pubblico – il pubblico interesse – ha un contenuto inconoscibile. Sugli ulteriori difetti delle teorie correnti dell'interesse pubblico in relazione alla molteplicità dei profili di interesse pubblico iscritti nelle fattispecie ed all'assenza di una regola giuridica di loro graduazione

Come accennato, vi sono ragioni per essere insoddisfatti delle definizioni di pubblico interesse di cui si dispone.

2.1. Anzitutto, vi sono impostazioni¹³⁷ secondo le quali il pubblico interesse non sarebbe altro che il frutto di una valutazione (quasi interamente) libera dell'amministrazione giacché essa corrisponde, nella sostanza, ad una decisione politica, legittimata dalla natura democratica del potere esecutivo. Ovvio che si tratta di una prospettiva che – al pari delle altre – assume la spettanza della sovranità al potere pubblico, sicché non avverte alcuna criticità nel teorizzare spazi insindacabili di pura valutazione politica nell'esercizio del potere; anzi, mostra una sua interna coerenza: l'esercizio del potere esecutivo si sostanzia in una scelta politica perché la sua legittimazione è anch'essa politica e risie-

135 Non sembra casuale che proprio chi si è dedicato – tra gli amministrativisti – con maggiore impegno al tema (F. SATTÀ, *op. ult. cit.*) abbia, proprio nella stessa trattazione, riaffermato vasti spazi di decisione discrezionale. Per l'opinione di chi scrive rispetto al problema del rapporto tra legalità e discrezionalità si rinvia nuovamente a, L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, cit.

136 Per una recente critica delle opinioni tradizionali e utili indicazioni sul tema, sia pure con un approccio politologico e senza che ci si appunti propriamente sul pubblico interesse, A. M. BERTELLI, *Democracy Administered. How Public Administration Shapes Representative Government*, University Printing House, Cambridge, 2021.

137 Si tratta di un atteggiamento molto ben presente nella letteratura in lingua anglosassone e meno diffusa nelle tradizioni continentali – naturalmente ciò non vale, invece, quanto alle teorie della discrezionalità, sicché questa distinzione meriterebbe una maggiore discussione. Per una posizione chiara nel senso della politicità della determinazione dell'interesse pubblico si può certamente rinviare a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La definizione dell'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino e A. Zito, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 349 – ma particolarmente 385 per l'idea che «una porzione consistente dell'attività appare ontologicamente propria della politica intesa come funzione» (enfasi nel testo).

de nella connotazione democratica del potere. La definizione della quale ci si occupa, semplicemente, non contiene alcun dover essere del pubblico interesse; esso è quel che è perché non è se non una valutazione politica. Questo primo difetto – tale, almeno, a mio modo di vedere e per le molte ragioni fin qui date rispetto alla natura del potere e dei diritti fondamentali – se ne aggiungono altri, almeno due dei quali merita indicare. Primariamente, la legittimazione democratica del potere (al netto delle molte perplessità che un'osservazione sociologica riferita agli ultimi decenni potrebbe far porre) come ragione della pura politicità della valutazione circa l'interesse pubblico non può non porre la questione della tutela dei diritti fondamentali. Infatti, pur con l'attenuazione data dal pluralismo¹³⁸ delle istituzioni locali, regionali e nazionali (e, quindi, la pluralità dei relativi governi), è più che evidente che quest'impostazione pone il tema radicale del consegnare la garanzia dei diritti della persona all'orientamento della maggioranza – e, quindi, ultimativamente, negare la protezione dei diritti fondamentali in una società pluralista e multiculturale. Ulteriormente, una simile concezione sembra stridere con i precetti costituzionali dell'imparzialità (essendo contraddittoria la declinazione di un orientamento politico-democratico, necessariamente coerente con la maggioranza, ed imparzialità ed uguaglianza nell'azione amministrativa) – art. 97 Cost. – e con della pienezza della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost e art. 6 CEDU) – essendo evidenti i vastissimi margini di insindacabilità di provvedimenti amministrativi nei quali la valutazione circa l'interesse pubblico non sia giuridica ma, appunto, politica.

2.2. In secondo luogo, non sembrano soddisfare neppure le concezioni volontaristiche¹³⁹, molto largamente diffuse nella nostra dottrina e giurisprudenza. Non mette conto indulgere sulla descrizione di un concetto fin troppo

138 Per il concetto, tra i molti e per tutti, G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, Vita e pensiero, 1980, ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2010, 275 – e, già prima, ID., *Gli enti comunitari. Profili generali*, in *Archivio ISAP 1962*, Milano, Giuffrè, 1962, ora in *Scritti scelti*, cit., 1.

139 Ovvio il riferimento a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939.

noto: l'interesse pubblico è l'oggetto di una volizione dell'amministrazione, entro il margine delle soluzioni lecite ed opportune, determinando e volendo una determinata ponderazione tra il pubblico interesse e quelli privati in gioco rispetto alla fattispecie descritta dalla norma.

Si tratta di una concezione le cui radici profonde vanno individuate nella circostanza per la quale l'emergere di un variegato complesso di interessi protetti nella relazione con l'amministrazione pubblica e l'assegnazione a quest'ultima di una consistente quantità e qualità di funzioni determina due passaggi concettuali rispetto alle concezioni consolidate fino al principio del XX secolo. Per un lato, in ragione del progressivo primato dell'amministrazione, il pubblico interesse (tale in quanto definito dal soggetto pubblico, dal potere esecutivo) sostituisce il concetto (settecentesco) di interesse generale; per l'altro, l'aggettivo non solo qualifica l'appartenenza al potere esecutivo della valutazione circa l'interesse, ma anche l'emergere di una molteplicità di profili intorno ad esso, in considerazione anche delle svariate funzioni dell'ente pubblico. Il risultato è lo sgretolamento della concezione unitaria dell'interesse pubblico a vantaggio della sua declinazione al plurale¹⁴⁰ nonché del passaggio dalla sua configurazione astratta, consegnata alla competenza della norma legislativa, ad una concreta, definita dall'agire discrezionale dell'amministrazione. In sostanza, si passa dall'interesse generale a quello (appartenente al soggetto) pubblico; dall'interesse pubblico al singolare alla sua declinazione plurale; dal primato della legge a quello della determinazione discrezionale dell'amministrazione. Una simile complessità, per essere ridotta all'unità del comando contenuto nella decisione dell'amministrazione non può che passare dalla volizione: l'amministrazione determina e vuole un determinato bilanciamento tra i diversi profili dell'interesse pubblico e gli interessi privati protetti dalla norma¹⁴¹.

140 Per tutti, A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 68

141 Con la consueta profondità e precisione, per tutti, R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, da 43 a 51 ove si sintetizza la discrezionalità come volizione – esercizio di potere – di una data ponderazione di interessi alla luce di quello

La previsione dell'interesse pubblico astratto da parte della disposizione normativa inizia a trascolorare ed è ormai chiaro che la definizione dell'interesse pubblico è questione che spetta al potere esecutivo; la centralità resta nella decisione esercizio di potere ed, infatti, la definizione dell'interesse pubblico emerge attraverso lo studio del potere discrezionale, mostrandosi come il suo tratto più caratteristico. Il comando passa dalla legge al provvedimento ed al provvedimento discrezionale, luogo di definizione dell'interesse pubblico; poiché nel momento della determinazione l'interesse pubblico si mostra multiforme e variamente irrelato a quelli privati, la sua sostanza è la volizione, l'esercizio del potere, la decisione (*de-cidere*, tagliar via) è il luogo della volizione discrezionale circa gli interessi che, ponderandone le dimensioni, determina (volontaristicamente) il contenuto concreto del comando.

A questa definizione dell'interesse pubblico mancano molti elementi decisivi. È in ombra tutto il processo di formazione della decisione (e, quindi, di apprensione dei fatti, di loro qualificazione, di censimento degli interessi, e così via); soprattutto manca interamente il criterio del bilanciamento tra i diversi profili dell'interesse pubblico e quelli privati in gioco con essi; ancora, non si conosce cosa sia – in sé – l'interesse pubblico. Un concetto (giuridico) indefinito (l'interesse pubblico) si forma in confronto tra le sue diverse (ed indefinite) dimensioni ed altri interessi (privati protetti dall'ordinamento e rilevanti nella fattispecie legale) senza che sia definito il criterio del bilanciamento; dell'interesse pubblico non resta che il contenuto di volizione ed il divieto ch'essa sia il frutto di valutazioni palesemente irragionevoli o errate. Non sembra senza ragione l'esigenza – che qui si avverte – di provare a ricercare una definizione più soddisfacente.

2.3. Infine, anche le profonde evoluzioni del concetto di interesse pubblico che ne sono seguite non sembrano appagare interamente il bisogno di fornire una definizione più completa del concetto. Ci si intende riferire ai pro-

primario.

fondi sviluppi che hanno posto in evidenza il rilievo dell'organizzazione pubblica e del procedimento nella definizione dell'interesse pubblico in concreto¹⁴².

Una volta definito l'interesse pubblico come l'interesse funzionale protetto dalla norma¹⁴³, non potrà che emergere l'insufficienza della collocazione dell'interesse pubblico nell'ambito della volontà e della decisione. L'interesse pubblico astratto scolpito dalla legge (in quanto ciò sia, giacché per lo più un simile chiarimento non è disponibile) non sarà se non un'ipotesi di lavoro¹⁴⁴ che dovrà essere verificato, costruito¹⁴⁵, nel corso del procedimento e nella valutazione comparativa degli interessi. La definizione dell'interesse pubblico trasforma dal provvedimento al procedimento – stante che la legge «*evidenzia, ma non ordina gli interessi che, non di rado contrapposti, reclamano e ottengono la qualificazione di potenziali interessi pubblici*»¹⁴⁶ – e, per l'altro, il suo concetto giuridico generale si esaurisce in una complessiva evocazione dei principi costituzionali relativi all'amministrazione pubblica e dei compiti ad essa costituzionalmente assegnati. La trama degli interessi dialetticamente in azione nel procedimento e nelle qualificazioni dei fatti che in esso avvengono è, poi, «*anzitutto organizzativa*»¹⁴⁷ giacché è l'organizzazione amministrativa che stabilisce la relazione tra gli interessi in relazione ai quali sono previsti poteri pubblici e, quindi, nel procedimento, si misurano per trovare una loro composizione. L'emersione della centralità dell'interesse pubblico specifico mostra gli elementi che ne determinano la composizione: la legge non è se non un'ipotesi astratta destinata ad essere incarnata dall'organizzazione amministrativa e verificata nel corso del procedi-

142 F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappicchelli, 1967, 301 e seguenti.

143 F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova ^{V ED.}, Cedam, 1987, 96.

144 G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amministrativo*, 1987, 3170.

145 F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, 1045.

146 G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1993, 313.

147 M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la P.A. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1980, 252 (più precisamente 273).

mento, per giungersi ad una definizione¹⁴⁸ caso per caso, «*composito, misto, frutto di confronto o compromesso*»¹⁴⁹.

Che questo sguardo derivi da una concezione democratica, partecipativa, inclusiva dell'amministrare per fini pubblici che sorge da un'idea cooperativa dei rapporti sociali, ovvero ch'essa consegua ad un serio realismo scientifico in grado di cogliere ciò che realmente accade, oppure che sia intesa a sussumere il conflitto nel primato dell'organizzazione autoritativa del potere esecutivo o che sia intesa a rendere più consistente il plesso delle garanzie enfatizzando questa funzione della sequenza procedimentale oppure che sia semplicemente diretta a porre rimedio alla perdita di autorevolezza sia della legge che della decisione amministrativa, poco rileva.

Quel che, invece, è interessante a mio modo di vedere è che, in ogni caso, non si dispone di una teoria giuridica dell'interesse pubblico, di una sua qualificazione deontica.

Nella sostanza, dell'interesse pubblico si sarebbe in grado di dare solo definizioni in negativo (non è una nozione unitaria, non è direttamente individuato dalla legge) ovvero silenziose quanto al suo contenuto (è ciò che prevale nel bilanciamento degli interessi in gioco nella fattispecie ed emersi nel procedimento, nulla potendosi dire di deontico quanto all'interesse pubblico se non che è aggettivato come superiore) ed alla sua dinamica (essa emerge nel procedimento, ma è ignoto secondo quale regola e proporzione si compendino di suoi vari e potenzialmente confliggenti profili, così come resta del tutto ignota la proporzione del bilanciamento con gli interessi privati – se non per misura dell'irragionevolezza o dell'errore «*manifesto*»); resta chiaro solo¹⁵⁰ ch'esso per-

148 Parla di decisione come combinazione di giudizio e volontà M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996, 3.

149 F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit.

150 Di fronte a tanta incertezza, quindi, non si può non rammentare dottrina sempre profonda che ne ricerca il contenuto in realtà esterne al diritto ed all'ordinamento: F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 307.

tenga all'autorità¹⁵¹ e che sopravvanzì qualunque altro interesse diverso da sé medesimo.

Per vero, poi, non si fatica a comprendere che il lemma “interesse pubblico” è necessariamente impreciso, considerato che più correttamente si dovrebbe parlare di “interessi pubblici” o, meglio, di svariati “profili di interesse pubblico”. La stessa dinamica tra i diversi profili di interesse pubblico non è retta da una regola deontica. Perché una disposizione di legge conferitaria di potere pubblico all'amministrazione possa esser ritenuta adeguata nel definirlo in concreto, occorrerebbe non solo che individui in modo espresso il profilo (di interesse pubblico) prevalente¹⁵², ma anche che identifichi e gerarchizzi i restanti¹⁵³, in modo da poter disporre di un sistema di principi o regole che consenta di identificare propriamente il pubblico interesse specifico.

È un fatto che simili previsioni di legge sono – non solo nel sistema giuridico italiano – rarissime. La sostanza, anche nell'esame della prassi e della giurisprudenza, è che non si dispone di una definizione deontica di pubblico interesse ed esso opera come un immenso bacino di significati, che legittima una gamma molto ampia di decisioni autoritative possibili.

Infine – e più ancora, a mio modo di vedere – non si tratta soltanto di un concetto privo di contenuto definito, ma di uno strumento che la giurisprudenza utilizza una clausola generale dalla quale trarre fonte del potere¹⁵⁴. Anche in

151 G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953, Giuffrè, 22; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., 315

152 Per una più ampia dimostrazione, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *La semplificazione amministrativa in materia di appalti pubblici*, in G.P. Dolso (a cura di), *Governare la ripresa. La pubblica amministrazione alla prova del Recovery Plan*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2022, 129; ID., *Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Giapichelli, Torino, 2021, Tomo II, 888

153 Per un più ampio chiarimento, ponendo ad esempio il nuovo codice dei contratti pubblici, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Introduzione*, in ID., *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, WolterKluwer, 2023, I.

154 Per la netta smentita della sufficienza del rilievo del pubblico interesse perché possano ritenersi sussistenti poteri pubblici e la chiara – e condivisibile – ricostruzione del principio di legalità nelle sue varie declinazioni, per tutti, D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2023, in vari luoghi, ma almeno da 23.

quelle ipotesi nelle quali è davvero inesistente qualsivoglia profilo di “superiore pubblico interesse”, perfino la Corte Costituzionale lo evoca come parametro (inesistente e comunque privo di contenuto) da bilanciare con diritti fondamentali ben concreti e solidi¹⁵⁵.

Almeno a mio modo di vedere, quindi, è più che necessario prospettare una teoria giuridica del pubblico interesse, se non si vuole che la costruzione fin qui condotta ed argomentata venga vanificata.

3. Definizione giuridica dell'interesse pubblico

La necessità di una teoria deontica del pubblico interesse emerge dall'idoneità della determinazione di quest'ultimo a condurre ad espressioni di potere non predicibili e, quindi, non sindacabili. È, altresì, chiaro che, se l'esercizio del potere pubblico è concretamente in grado di incidere in modo significativo sul godimento dei diritti fondamentali, non è irrilevante che il concreto contenuto della decisione sia il frutto di una valutazione (quella circa il pubblico interesse) il cui oggetto è indefinito.

A mio modo di vedere manca una definizione del pubblico interesse inteso nel senso classico – vale a dire l'interesse consegnato alla cura dell'organizzazione pubblica e del suo potere – semplicemente perché esso non esiste.

Occorre provare a dimostrare un'affermazione così dirimente – e, tuttavia, si tratta di uno sforzo agevole sulla base di quanto fin qui sostenuto.

L'idea che l'amministrazione pubblica disponga del monopolio del potere pubblico nel pubblico interesse deriva direttamente dalla spettanza della sovranità allo Stato.

Il che, peraltro, spiega la ragione per la quale il potere esecutivo viene configurato come immerso in un contesto discrezionale nel quale ciò che non è disciplinato chiaramente dalla legge dello Stato è deciso dall'amministrazione dello Stato attraverso la sua valutazione circa l'interesse pubblico. La spettanza

155 V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti. Diritti, sovranità, culture, cit.*, da 19, circa la sentenza Corte Costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138 in tema di diritti delle coppie omosessuali.

della sovranità, allo stesso modo, spiega per quale ragione la valutazione circa l'interesse pubblico (cuore del potere discrezionale) sia rimasta nell'ambito di indefinizione che ancora oggi constatiamo. La spettanza del fondamentale potere di diritto pubblico (la sovranità) determina che tutto ciò che il diritto riesce a regolare, a giuridicizzare, di quel potere è tratto fuori dall'ombra del potere originario che, tuttavia, continua a riempire di sé gli ambiti non disciplinati.

3.1. Se solo ci si pone nella prospettiva della sovranità, il problema trova una sua soluzione agevole. Se è vero quanto sostenuto più sopra, allora si dovrà affermare che il compito (costituzionale) dell'organizzazione e del potere pubblico è solo quello di massimizzare il godimento dei diritti fondamentali della persona, assicurando l'uguaglianza sostanziale quanto alle condizioni del pieno sviluppo della persona umana.

3.2. In questi termini, si avverte un primo dato fondamentale della teoria dell'interesse pubblico.

Esso non è un interesse dello Stato o della sua organizzazione, non corrisponde ad alcunché che riguardi la sua autorità e nemmeno i suoi indirizzi politici. Assicurare il pieno godimento dei diritti fondamentali è il compito del potere pubblico (delle diverse funzioni pubbliche), sicché – ad esempio – non è condizionato dalle risorse finanziarie ma ne condiziona la destinazione, non è condizionato dalla legge ma ne condiziona il contenuto, non è condizionato dalla politica ma è esso stesso il confine entro il quale la politica deve condursi se vuole essere governo dello Stato i cui fini sono già fissati dalla Costituzione e costantemente presidiati dal trattarsi dei diritti nella sovranità e dall'appartenere della sovranità al popolo. In questi termini, non può pensarsi all'interesse pubblico come alcunché che spetti allo Stato o in genere all'autorità e che possa contrapporsi alle pretese delle persone.

3.3. Emerge, quindi, il secondo tratto distintivo dell'interesse pubblico: senza che a comporlo siano indefiniti (ed indefinibili, perché inesistenti) interessi dell'autorità la cui unica sostanza è l'esser ritenuti "superiori" a quelli delle

persone, l'interesse pubblico non è se non il luogo della massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali delle persone. Non v'è altro di più o di estraneo e, soprattutto, non v'è alcunché che possa ritenersi (non solo “superiore”, ma) di spettanza propria dell'autorità; ciò perché la sola funzione dell'autorità (e della politica) è proprio la massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali delle persone perché sia assicurato il loro pieno sviluppo.

Ecco perché è priva di contenuto giuridico l'idea che i diritti fondamentali si possano garantire attraverso la sovranità dell'autorità pubblica; piuttosto, proprio per ragione dell'appartenere della sovranità al popolo e del trattarsi dei diritti nella permanenza della sovranità, la loro garanzia deriva dalla piena e completa funzionalizzazione del potere pubblico a quest'unico scopo complessivo.

3.4. Poiché è possibile che le pretese attinenti diritti fondamentali non possano essere interamente soddisfatte – e, quindi, il loro godimento massimizzato nella stessa misura – ovvero presentino aree di reciproca esclusione o incompatibilità, ferma l'incomprimibilità della dimensione essenziale dei diritti¹⁵⁶, la definizione dell'interesse pubblico in concreto sarà il risultato di un bilanciamento¹⁵⁷ che garantisca la dimensione incomprimibile dei diritti fondamentali

156 Di recente si è affermato che «l'idea di una Costituzione che prevede diritti individuali (in materie di interesse per la collettività) non degradabili e sottratti a ogni potere non è conforme al nostro diritto positivo che non vieta il conferimento di poteri pubblici nei settori della salute e dell'ambiente» e che «nel campo dei diritti costituzionalmente rilevanti sia la Costituzione, sia il legislatore ordinario attribuiscono alla pubblica amministrazione poteri riservati e discrezionali» (cfr. A. GUALDANI, *La responsabilità da atto lecito della pubblica amministrazione per lesione di diritti fondamentali*, cit., 2024, 83). L'affermazione, quanto meno rispetto al nucleo incomprimibile dei diritti, è da ritenere errata (come errata è l'equiparazione tra Costituzione e legge come fonte del potere, trascurandosi che ciò che è incomprimibile dal potere non potrà essere oggetto di una legge costituzionalmente legittima che prevede la compressione).

157 Può presumersi nota la dottrina in argomento. Solo per limitarsi all'essenziale, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992; M. LUCIANI, *Corte Costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, Giappichelli, 1990, 170; V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1992, ove, particolarmente, R. ROMBOLI, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, 206; G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 3953. Nelle riflessioni di teoria generale, G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica e politica*, 1, 2006; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costitu-*

che assumono rilievo rispetto alla fattispecie legale e che bilanci – in modo razionale e controllabile – le restanti dimensioni in quanto non siano tutte suscettibili di piena soddisfazione.

Anche questa attività di bilanciamento contiene un suo dover essere funzionale. Essa non è pura opera di equilibrio, ma si compone di due momenti (che si esprimono come due movimenti) essenziali, coordinati tra loro ma distinguibili. Il primo è dato dal *test* di compatibilizzazione; si tratta di bilanciare nel senso di rendere massimamente compatibili le pretese potenzialmente in conflitto o concorrenza e, quindi, di individuare nelle maglie della discrezionalità le soluzioni che consentano di rendere tra loro compatibili le pretese. Il secondo, decisivo nella sua prospettiva funzionale, è quello di dirigere il bilanciamento verso la massimizzazione della soddisfazione di tutte le pretese. Non si tratta, quindi, di un bilanciamento cui basti d'essere razionale – sicché ogni risultato ragionevole e proporzionato¹⁵⁸ sarà anche legittimo, con irrilevanza giuridica della scelta tra soluzioni lecite – dovendo anche essere funzionale al suo scopo (la massimizzazione del godimento di tutte le pretese espressione di diritto fondamentale), con il risultato che non ogni bilanciamento razionale sarà anche legittimo.

3.5. Non si può escludere che gli stessi diritti fondamentali possano presentare pretese: (i) il cui contenuto evolve con l'evoluzione della società – e

zione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, 65; per alcuni presupposti della discussione italiana, T.A. ALENIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, vol. 96 (1987), 943; P. MC FADDEN, *The Balancing Test*, in *Boston College Law Review*, vol. 29 (1988), 585. Vale forse la pena di osservare come la dottrina di diritto costituzionale si sia occupata prevalentemente del bilanciamento tra interessi, mentre quella di teoria generale sia stata molto attratta dal conflitto tra norme (sia pure con una nettamente più pronunziata attenzione al conflitto tra diritti – profilo sul quale si tornerà in conclusione); il testo, invece, si concentra esclusivamente sulla questione del conflitto tra diritti (tra pretese espressione di diritti fondamentali).

¹⁵⁸ Quanto ai problemi del principio di proporzionalità, almeno, V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappicchelli, 2012 e, comunque, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappicchelli, 2011; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988.

non siano, quindi, né astratte né immutabili; (ii) in parziale contrasto tra loro o; (iii) che possono non essere soddisfatte nelle medesima misura per ragioni di fatto, di disponibilità di risorse, di indirizzi politici – tutto ciò, fermo il fatto che sia la destinazione delle risorse che le scelte politiche sono condizionate dall'unico compito dei diversi poteri dello Stato di assicurare la massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali.

Il che pone con chiarezza la necessità di non limitarsi alla definizione deontica del pubblico interesse, ma di procedere illustrando la dinamica della valutazione circa il pubblico interesse.

4. Dinamica della valutazione del pubblico interesse

4.1. Prima premessa di metodo. Sulla necessità di evitare le fondazioni mitiche, storiche e paralizzanti. Le pretese attinenti i diritti della persona non possono essere ascritte alla sfera feticistica ed il loro bilanciamento non può essere sclerotizzato in formule astratte, pena la contraddizione del diritto (costituzionale) positivo e la creazione di nuove formule ideologiche. Esempificazioni sul concetto di democrazia

La questione della concreta dinamica della valutazione di pubblico interesse deve essere colta nella sua dimensione effettuale, allo scopo di conseguire non solo il risultato di completare il quadro dogmatico, ma anche di proporre soluzioni effettivamente applicabili.

In questa prospettiva, occorre evitare di abbandonare il terreno puramente dogmatico, di diritto positivo. I fattori della definizione funzionale del pubblico interesse – sovranità, diritti fondamentali, potere pubblico – infatti, sono stati fatti oggetto, ciascuno nel suo ordine, di fondazioni mitiche, astratte, ideologiche¹⁵⁹. Occorre, quindi, evitare di costruire sistemi concettuali anch'essi ideologici. Al tempo stesso la dinamica delle pretese della persona che attengono a diritti fondamentali deve essere mantenuta rigorosamente all'interno del quadro dogmatico del diritto costituzionale positivo, allo scopo di evitare l'ipo-

¹⁵⁹ Per la decostruzione di alcuni di questi concetti occorre riferirsi a J. DERRIDA, *Force de loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, cit..

statizzazione di formule statiche. La disciplina costituzionale dei diritti fondamentali fa di essi un catalogo aperto, la cui estensione è destinata ad evolvere nel tempo (secondo la nota interpretazione¹⁶⁰ dell'art. 2 Cost. come clausola aperta); il contenuto delle pretese che esprimono quei diritti è anch'esso destinato a mutare con il modificarsi delle relazioni sociali; l'ipostatizzazione di un ordine sempre uguale sarebbe contraddittoria con la stessa natura dei diritti fondamentali – e si tradurrebbe in una regola di matrice ideologica. La stessa funzionalizzazione del potere pubblico al godimento dei diritti fondamentali esprime una regola che impone al primo un costante adattamento al contenuto delle pretese (sia nella dimensione della ritrazione o espansione dell'organizzazione che del potere ovvero del ricorso a strumenti consensuali). Ciò che si potrà dire, per restare nell'orizzonte dogmatico prescelto, della dinamica dell'interesse pubblico attiene soprattutto al metodo della valutazione e non contiene una definizione storica ed astratta.

Quel che di specifico emerge dalle pretese attinenti di diritti fondamentali nella loro capacità di definire il pubblico interesse è propriamente il conflitto.

Si tratta di un conflitto tra porzioni delle pretese in questione che siano in concorrenza con altre pretese anch'esse attinenti i diritti fondamentali; il vantaggio della ponderazione che necessariamente ne consegue è che essa si svolge tra pretese della medesima sostanza (di diritto fondamentale) e dal contenuto conosciuto o conoscibile – diversamente da quanto accade con le concezioni correnti del pubblico interesse nelle quali il conflitto corre tra interessi (quello pubblico ed i restanti), in assunto, in posizione di disparità e nel quale uno dei termini della comparazione (l'interesse pubblico) è di contenuto sconosciuto.

Si tratta, però, anche di un tendenziale conflitto tra diritti fondamentali e potere. Infatti, dal diritto positivo emerge con chiarezza la funzionalizzazione del potere al godimento dei diritti fondamentali (il che escluderebbe il conflit-

¹⁶⁰ A BARBERA, *L'articolo 2 della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1975 in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca.

to) e, tuttavia, sarebbe ingenuo ed astorico non considerare la naturale pretesa del potere pubblico a comprimere i diritti fondamentali ed a liberarsi della costrizione dell'essere funzionale ad altro interesse che non a sé stesso ed alla sua espansione.

Eliminare queste dimensioni di conflitto dalla definizione dell'interesse pubblico e dalla ricostruzione della dinamica della sua valutazione – per muovere alla ricerca della pulizia definitoria e meccanica – sarebbe un errore grave, che condurrebbe a teorizzazioni ideologiche che sottraggono il pubblico interesse in quanto (solamente) massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali dalla concreta tensione dei conflitti che lo vivificano ed inverano nella realtà.

Si tratterebbe – solo per esemplificare (e chiarire meglio il pensiero attraverso un rinvio) – di un processo analogo a quello che riguarda il concetto di democrazia. Infatti, le sue definizioni giuridiche, fondazionaliste o procedurali le sottraggono la sua naturale struttura di concetto conflittuale, la necessità vivificante di una componente anarchica – in breve l'assenza dell'*arché*, la sua natura infondata e costantemente vivificata dalla concreta dinamica storica, sicché *«quanto più la democrazia rinuncia rischiosamente a principi e fondamenti, tanto più libera tutte le aspirazioni possibili proiettandosi verso forme inedite»*¹⁶¹.

Allo stesso modo, sovranità, diritti fondamentali ed interesse pubblico dovranno essere colti nella loro dimensione dogmatica, proponendo una definizione funzionale, relazionale ed evitando di addomesticare la loro relazione in formule statiche e astoriche. Si tratta di concetti che attengono alla vita e non alla costruzione di linguaggi artificiali (quando non artificiosi).

4.2. Seconda premessa di metodo. La natura funzionale del bilanciamento. Funzione e risultato. Massimizzazione ed uguaglianza come risultato del bilanciamento

Ne deriva una seconda, breve, premessa metodologica. Il bilanciamento tra pretese attinenti i diritti fondamentali nella loro dimensione non incompri-

161 D. DI CESARE, *Democrazia e anarchia. Il potere nella polis*, Torino, Einaudi, 2024, 25.

mibile – per le ragioni già accennate – non è un puro esercizio logico, nel quale la pluralità degli approdi possibili dipende da opzioni puramente concettuali, tutte egualmente razionali e, quindi, tra loro fungibili.

In altri termini, non appare adeguata al sistema dogmatico che si è fin qui proposto una concezione del bilanciamento che coincida con un giudizio limitato alla ragionevolezza. La ragionevolezza è funzionale ad un sindacato esterno del risultato del bilanciamento, sicché si potrà predicare l'invalidità di ciò che è irragionevole, restando nell'area del fungibile lecita ogni soluzione, ogni concreto bilanciamento che non sia irragionevole. In altri termini, nell'area del ragionevole tutto è egualmente lecito e, quindi, fungibile.

Il concetto di bilanciamento che si propone in questa sede non ha questo carattere. Piuttosto il bilanciamento è funzionale al conseguimento del risultato della massimizzazione del godimento di tutte le pretese attinenti diritti fondamentali in gioco nella fattispecie legale; il risultato, quindi, non deve essere quello di un ragionevole bilanciamento ma di una compatibilizzazione delle dimensioni in potenziale o attuale conflitto che consenta di godere in concreto della massima soddisfazione possibile di tutte queste pretese. I due movimenti già descritti (rendere compatibile e massimizzare) mi pare mostrino il loro fondamento costituzionale negli artt. 2 e 3 Cost., giacché rendere compatibili le pretese avviene nel segno dell'eguaglianza (art. 3, Cost.) e la massimizzazione del loro godimento è funzione del pieno sviluppo della persona umana (art. 2, Cost.).

In questi termini, per quanto possa darsi il caso di una pluralità di soluzioni tutte idonee a garantire la più alta soddisfazione possibile delle pretese in gioco, è chiaramente avvertibile come tra i vari bilanciamenti razionali e ragionevoli sarà da preferire quello (o quelli) che assicurano la soddisfazione più alta delle pretese. Ovviamente, a fronte del conflitto tra pretese attinenti i diritti fondamentali – e sempre impregiudicata la loro dimensione incomprimibile – potranno darsi più bilanciamenti ragionevoli che massimizzino ora l'una ora

l'altra pretesa in conflitto; in questo caso si sarà certamente nell'area della pluralità delle soluzioni possibili e lecite ma non perché si tratta semplicemente di bilanciamenti ragionevoli ma perché, nella loro dimensione funzionale, di funzionalizzazione ad un fine (la massimizzazione del godimento delle pretese) forniscono la massima soddisfazione delle pretese con una gradazione diversa tra quelle in conflitto. In sostanza, non è sufficiente che il bilanciamento sia ragionevole, giacché la sua funzione non è quella di definire un'area del lecito (sono tutti legittimi i bilanciamenti che siano ragionevoli) ma di indicare un obiettivo rispetto al quale vi sono soluzioni preferibili (quelle che assicurano il godimento delle pretese in gioco nella misura massima possibile) ed altre che, pur ragionevoli, non conseguono il risultato funzionale della massimizzazione. Il bilanciamento è, quindi, ragionevole solo in relazione al risultato che consegue (e non – come usualmente lo intendiamo – in relazione alla sola area di ciò che ragionevole o proporzionato non è).

4.3. Sull'assenza di bilanciamento tra dimensioni non comprimibili dei diritti fondamentali. I casi critici

4.3.1. Entrando nel merito della dinamica della valutazione circa il pubblico interesse, in ossequio al principio di legalità¹⁶², non sembra si possano nutrire dubbi circa il fatto che si debba muovere dalla norma di legge attributiva del potere. Ciò non perché in essa sia identificato il pubblico interesse cui è preordinata la funzione – il che ordinariamente non accade ed è discusso che debba occorrere, dovendosi tuttavia trascurare in questa sede la discussione circa la tipicità del potere; piuttosto, perché la disposizione di diritto positivo, anche quella contenuta nei Trattati o in Costituzione, descrivendo la fattispecie legale ovvero il principio generale (laddove vi siano disposizioni senza fattispecie¹⁶³), consente sia di identificare quali pretese corrispondenti a diritti fonamen-

¹⁶² Per una condivisibile declinazione del principio ed i concetti di legalità-indirizzo e legalità-garanzia, con efficace intesi, D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione, cit., passim.*

¹⁶³ Si deve tenere conto del fatto che sussistono norme senza fattispecie (sul problema, L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 8, ma anche ID.,

tali vengano in questione nel caso singolo, sia di fornire fondamento a queste pretese in ordine alla specifica vicenda di potere.

Non serve indugiare sul fatto che la singola fattispecie non è descritta solo dalla norma attributiva del potere – come, pure, con qualche semplificazione si tende molto diffusamente a ritenere, soprattutto in giurisprudenza. La norma specifica, infatti, è il frutto del concorrere dei principi e delle clausole generali pertinenti, delle disposizioni procedurali e di quelle processuali (giacché il contenuto delle pretese si misura anche alla luce delle azioni disponibili perché siano agite nella loro dimensione processuale), di quelle organizzative, del sistema complessivo delle disposizioni applicabili alla singola vicenda; è altresì da considerare che, attraverso il dipanarsi dell'istruttoria procedimentale, i termini della questione possano modificarsi e con essi l'insieme delle norme positive rilevanti per la costruzione della singola fattispecie.

4.3.2. Come già osservato, il problema principale che si pone per la definizione in concreto dell'interesse pubblico – essendo l'interesse pubblico in astratto solo la massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali delle persone, senza che vi sia alcunché di ulteriore e di spettanza dell'autorità pubblica come soggetto – è quello del bilanciamento tra le pretese concernenti diritti fondamentali. Questo tema, tuttavia, non si pone per quel che attiene la loro dimensione essenziale ed incompressibile.

In altri termini, una volta che si sia composta la complessiva fattispecie legale, la definizione dell'interesse pubblico passerà da una preliminare confor-

Autonomia privata e Costituzione, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, 9 e ID., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, nel volume collettaneo, *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 317, nonché C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 29; un approccio differente – nella direzione della valorizzazione della decisione legislativa diretta a procurare un sistema di produzione normativa – è in S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, 1987, 709, ma, ancor prima, ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1967 e ID., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1969, 132. Di recente il tema è stato nuovamente affrontato da V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, lavoro a muovere dal quale s'è sviluppato un dibattito in *Giur. it.*, 2011, con interventi tutti molto significativi. Per una recente critica M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizzonti del diritto commerciale* (sito internet), 2010.

mazione per la quale tutte le pretese che attengono a diritti fondamentali sono garantite quanto alla loro dimensione incompressibile.

L'esercizio che determinerà l'interesse pubblico specifico, quindi, muove (i) da una prima fase di ricostruzione della fattispecie e definizione dell'interesse pubblico astratto inteso come identificazione dell'insieme delle pretese attinenti a diritti fondamentali in gioco nella fattispecie, per passare ad una (ii) seconda, nella quale tutte queste pretese vengono comunque garantite nella misura in cui attengano alla dimensione incompressibile del diritto fondamentale; sicché, poi, (iii) solo in una fase finale si opera il bilanciamento tra quelle pretese che non partecipano del nucleo incompressibile del diritto.

Già queste due prime operazioni non sono prive di problemi. Per quel che attiene la prima, tuttavia, non si tratta di questioni differenti da quelle che ordinariamente riguardano l'interpretazione ed applicazione del diritto. Quanto alla seconda, invece, occorre affrontare subito alcune questioni generali.

4.3.2.1. Anzitutto, si è posto il tema della sussistenza del nucleo incompressibile. V'è, infatti, chi ha dubitato che esso esista (o che sia opportuno affermarlo). La questione non può essere approfondita in questa sede e basterà osservare – con il conforto della gran parte della dottrina – che se non fosse possibile identificare un nucleo incompressibile del diritto, essendo i diritti qualificati come “inviolabili” da parte dell'art. 2 Cost., non resterebbe che affermare che l'intero insieme delle pretese ch'essi esprimono sarebbe – appunto – incompressibile; l'opinione opposta (cioè che non vi sarebbe alcunché di inviolabile) è inaccettabile perché in contrasto con la lettera della Costituzione. Peraltro, la sussistenza di un nucleo inviolabile è pacificamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale.

4.3.2.2. Assunto che esiste un nucleo incompressibile, è evidente che questo non potrà essere compromesso attraverso il bilanciamento. La determinazione in concreto dell'interesse pubblico, quindi, esclude qualunque ipotesi di bilanciamento che comprima il nucleo inviolabile dei diritti fondamentali.

4.3.2.3. Quest'affermazione non è smentita dal fatto che – in concreto – non sia sempre facile definire il confine di ciò che è effettivamente incomprimibile. Riescono utili le osservazioni metodologiche poste in apertura: la dinamica dei diritti fondamentali, nel rapporto con l'ordinamento, con il potere e tra loro, è per sua natura evolutiva, sicché il contenuto di ciò che è incomprimibile è destinato a variare nel tempo, secondo la concreta evoluzione della società. Ipostatizzarlo in una definizione sarebbe un errore metodologico grave.

La questione, tuttavia, non sembra di rilievo, giacché quando si tratterà di definire l'interesse pubblico in concreto in un dato momento storico, l'individuazione del nucleo inviolabile sarà riferita alla sua percezione in quel momento, sicché – di nuovo – la questione non differisce dall'ordinaria interpretazione ed applicazione del diritto al fatto.

Diverso, invece, il caso dell'area di penombra. Come per l'interpretazione delle norme (per le quali vi sono significati certamente accettabili ovvero inaccettabili ed altri che si trovano nella zona di penombra tra i due¹⁶⁴), anche per la determinazione dell'interesse pubblico in concreto a fronte di pretese incomprimibili attinenti diritti fondamentali potranno darsi casi critici, che non hanno una soluzione *a priori*¹⁶⁵. In questi casi, si sarà innanzi a pretese per le quali è incerto se rientrano o meno nel nucleo incomprimibile del diritto fondamentale, sicché la collocazione rispetto a quest'appartenenza è un'opzione ineliminabile di chi interpreta ed applica le norme.

Assai più complesso è il caso in cui, sulla base delle condizioni di fatto, l'unico modo possibile di esercitare il potere pubblico sia nel senso della mancata soddisfazione di pretese incomprimibili attinenti diritti fondamentali. Anzitutto, è opportuno distinguere tre diverse ipotesi: quella per la quale non sia

164 La questione teorica è così nota che è da presumersi non doversi dare alcuna spiegazione della terminologia e dei concetti. Comunque, per pronto riferimento, H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

165 Anche rispetto a questa classe di problemi possono considerarsi più che noti i riferimenti e, tuttavia, solo per chiarezza del testo si può rinviare a N. MAC CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

possibile soddisfare la dimensione incompressibile di alcun diritto fondamentale; quella nella quale se ne potrà soddisfare una e non l'altra tra diritti uguali; quella nella quale l'ipotesi riguarda diritti tra loro differenti.

Il primo caso sembra puramente teorico e tende a convertirsi nell'ultimo. Infatti, se si pensa bene, la misura che impone di esercitare un potere pubblico legale il cui contenuto sia quello della compressione di tutte le dimensioni essenziali dei diritti fondamentali in esso coinvolti richiede sempre un'esigenza superiore (ad esempio, l'incolumità pubblica) che in realtà corrisponde alla garanzia di un diritto fondamentale più comprensivo (il diritto alla vita ed all'incolumità personale, in ipotesi) – finendosi, quindi, nell'ipotesi per la quale vi sarà compressione di dimensioni essenziali di diritti tra loro differenti ma non saranno mai tutte compresse. Il terzo caso è più frequente e per molti versi classico (si pensi allo sgombero del fabbricato pericolante che comprime irrevocabilmente la pretesa all'abitazione, alla privacy, etc.); esso corrisponde esattamente ad un bilanciamento in ragione del quale si darà prevalenza al diritto fondamentale più comprensivo degli altri, sicché le dimensioni essenziali ed incompressibili che vengono poste in sofferenza sono tali in funzione della conservazione di altre che ne consentono la ricostituzione.

Più complesso, invece, il caso del contrasto tra diritti fondamentali della medesima consistenza. Solo per esemplificare, un solo farmaco salvavita con due moribondi che ne necessitano. Tuttavia, quando dal caso astratto si passa alle ipotesi nelle quali siano effettivamente coinvolti poteri pubblici (per stare nell'ambito del diritto all'abitazione, un solo ultimo alloggio da assegnare a più richiedenti senza che vi siano programmi nel breve termine per reperirne altri) la scelta si accompagna sempre alla predeterminazione di criteri attraverso i quali il bilanciamento tra pretese attinenti diritti fondamentali è ben possibile.

In sostanza, se si abbandona il terreno delle ipotesi puramente astratte e nelle quali è anche difficile vedere coinvolti poteri pubblici, in tutte queste ipo-

tesi critiche, o ci si trova in situazioni del tutto emergenziali¹⁶⁶ ovvero la pre-determinazione di criteri di scelta è possibile ed in essa vi sarà il bilanciamento diretto alla massimizzazione del godimento delle pretese concernenti diritti fondamentali. Questo chiarimento, se ve ne fosse bisogno, rende ragione della necessità di confinare l'emergenza nei soli casi nei quali è effettiva, contrariamente alla sua proliferazione cui il legislatore contemporaneo ci ha abituati.

4.3. Sul bilanciamento delle pretese che sono espressione non incompressibile dei diritti fondamentali

Se si passano in rassegna i poteri concretamente assegnati ad autorità amministrative – anche solo per come si leggono in un repertorio o un manuale – non si fatterà a rendersi conto di come essi siano sempre diretti ad assicurare soddisfazione a diritti fondamentali e di come, al tempo stesso, ne limitino altri. Allo stesso modo, se si esamina il catalogo dei diritti fondamentali, per come emerge dal testo costituzionale o alla luce delle disposizioni dell'Unione, non si impiegherà molto a rendersi conto che essi esprimono pretese nei confronti del potere pubblico. Questa relazione biunivoca, della quale s'è trattato già più sopra, viene certamente alterata dall'idea per la quale l'autorità agisce in ragione di un pubblico interesse che sia alcunché di differente dalla pura e semplice massimizzazione nel godimento dei diritti fondamentali. Non appena si accolga la diversa prospettiva argomentata in queste pagine, l'ordine apparirà nella sua semplicità. Questa comprensione – che rende le considerazioni fin qui sviluppate null'altro che una più chiara comprensione della realtà e non una teoria astratta che ribalta le categorie tradizionali solamente – rende estremamente

166 Anche in relazione ad essa, peraltro, occorrerà chiarire che la funzione dei poteri corrispondenti all'emergenza non è se non quella di proteggere i diritti fondamentali e non l'interesse dell'autorità pubblica; per maggiori considerazioni, L. R. PERFETTI, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, cit.

Su alcuni aspetti decisivi dell'emergenza, delle sue conseguenze in termini biopolitici e sulla sua strumentalizzazione da parte di poteri privati, per tutti, l'importante raccolta e revisione di suoi lavori di G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023 (ma già prima, comunque, sui profili della sicurezza, ID., *Sicurezza e sussidiarietà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010).

agevole il discorso circa il bilanciamento delle dimensioni non incompressibili dei diritti fondamentali.

Infatti, anzitutto si tratta di un bilanciamento tra elementi omogenei (pretese espressione di diritti fondamentali), diversamente da come siamo abituati ad intendere quello tra questi ed un interesse pubblico inconoscibile e il cui contenuto spetta alla stessa autorità che decide.

In secondo luogo, gli elementi da bilanciare (le pretese) sono ordinati in relazione ad un fine unitario e razionalmente controllabile, vale a dire la massimizzazione possibile. È chiaro, quindi, che se molte soluzioni sono possibili in astratto, solo poche garantiranno che tutte queste pretese siano ordinatamente massimizzate nel massimo grado possibile nel bilanciamento tra loro. I criteri che le norme vigenti prevedono (imparzialità, proporzionalità, efficacia, etc.) sono tutti strumenti utili per ordinare l'equilibrio tra le pretese in modo che sia assicurata la loro massima soddisfazione. Naturalmente questo non equivale ad affermare che la conseguenza di questa forma di bilanciamento sia l'unicità della soluzione. Tuttavia, stante che il bilanciamento interviene tra grandezze omogenee (diritti fondamentali) e se ne è chiarito il metodo (rendere compatibile) ed il fine (massimizzare il godimento), solo poche soluzioni appariranno fungibili (e quindi, l'alternativa tra loro giuridicamente irrilevante) perché sono l'esito di operazioni di bilanciamento egualmente corrette.

Ad essere unitario e chiaro è il criterio alla luce del quale il bilanciamento deve essere operato. Come già osservato, non si tratta di un criterio esterno, sicché la decisione potrà intervenire in qualsivoglia modo purché non contrastante con esso; al contrario, il bilanciamento preordinato alla massimizzazione del godimento delle pretese nell'osservanza del principio di eguaglianza sostanziale è un criterio interno all'esercizio del potere ma, contrariamente a quanto si ritiene comunemente in assenza del chiarimento circa il contenuto deontico del pubblico interesse, è perfettamente conoscibile in modo razionale e, quindi, sindacabile.

A dover essere bilanciate sono le pretese non incompressibili espressione di diritti fondamentali – dunque, elementi tra loro omogenei; l'obiettivo del bilanciamento è la loro massimizzazione nel rispetto del principio di eguaglianza – dunque, un criterio conoscibile *ex ante*; il risultato del bilanciamento dovrà essere conseguito con l'applicazione dei principi generali che disciplinano l'attività amministrativa – dunque, principi e regole fissati dalla Costituzione, dal diritto europeo, dalla legge. L'insieme di questi elementi, eliminato il concetto di un interesse pubblico inconoscibile e frutto del puro volontarismo del potere pubblico, consente di svolgere l'esercizio in modo razionale e controllabile. Non è assicurato che ne rivenga una sola soluzione corretta ed esse potranno essere più di una¹⁶⁷. Ciò che, invece, è assicurato è che trattandosi di un esercizio razionale i cui elementi sono conosciuti esso è pienamente ripetibile.

167 Con quest'affermazione ritengo di aver chiarito di non aderire all'idea che i conflitti tra diritti non esistano. Per ragioni significativamente differenti da quelle sostenute da J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit.), condivido la soluzione per la quale i casi di effettivo conflitto tra diritti siano limitati e per lo più risolvibili.

L'idea che simili conflitti non esistano è stata sostenuta secondo percorsi concettuali diversi. Si è, ad esempio, sostenuto che sia possibile costruire il sistema in modo tale da rendere compatibili tutti i diritti e le loro pretese (ad esempio, il noto lavoro di H. STEINER, *An Essay on Rights*, Oxford, Blackwell, 1994); in altri termini, il conflitto sarebbe possibile ma sempre risolvibile. Anche la più importante (almeno a mio avviso) elaborazione dell'anarchismo libertario (R. NOZIK, *Anarchy, State and Utopia*, cit.) giunge a questa conclusione in ragione dei *side-constraints* sicché i diritti sono vincoli assoluti alle condotte disponibili (rispetto ad un diritto di "A", "B" non dovrà assumere alcuna condotta attiva per assicurarla ma limitarsi a quella negativa di non incidervi, sicché l'interferenza tra diritti è impossibile o almeno altamente improbabile). A risultati analoghi, per ragioni differenti, giunge anche L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., in ragione del fatto di avere proposto una definizione formale di diritto fondamentale per poi articolare la categoria dei diritti fondamentali in: (a) diritti (primari) di libertà, i quali a loro volta possono presentarsi come (a1) "libertà da", oppure (a2) "libertà di"; (b) diritti sociali, ossia diritti che richiedono prestazioni; (c) diritti secondari di autonomia – come i diritti civili o politici – il cui esercizio è produttivo di effetti sulle libertà altrui ed il cui esercizio avviene nei limiti della legge e con i vincoli degli altrui diritti di libertà e sociali; ne deriva un ordine gerarchico dei diritti essendo libertà e diritti sociali sovraordinati ai diritti civili e politici ed a quelli patrimoniali. Il conflitto sarebbe impedito per ragione del fatto che (i) i diritti-immunità e le libertà non soffrono limitazioni e la loro garanzia non interferisce con altri diritti, sicché «tendenzialmente convivono senza reciproche interferenze» (292); (ii) per il vero, le libertà incontrano il limite della convivenza con le altrui libertà, con cui effettivamente possono entrare in conflitto (328); (iii) i diritti sociali incontrano limiti solo in relazione alla disponibilità di risorse (è chiaro che Ferrajoli è legato all'idea che le prestazioni debbano essere erogate dallo Stato e finanziate con la fiscalità, cosa sulla quale s'è già detto per quali motivi si dissente profondamente); (iv) i diritti di autonomia, civili o politici, o diritti-potere non possono entrare in conflitto con i diritti fondamentali, perché esistono solo nei limiti della garanzia preliminare dei diritti fondamentali (330).

4.4. Conseguenze sulla giurisdizione

A riuscirne profondamente modificato è il contenuto della dialettica procedimentale ed il sindacato giurisdizionale. Infatti, è chiaro che tutti gli attori procedimentali partecipano in posizione pienamente paritaria della definizione dell'interesse pubblico in concreto perché la cognizione e qualificazione dei fatti, l'interpretazione ed applicazione delle disposizioni che formano la fattispecie e la decisione finale sono guidate – per tutte le porzioni discrezionali – dalla valutazione circa il pubblico interesse in concreto ed esso è definibile razionalmente da ciascuno di essi essendo chiari sia il suo statuto deontico che il criterio che guida la dinamica della sua determinazione in concreto. Per le medesime ragioni, la valutazione del pubblico interesse è interamente ripetibile in giudizio e nessuna sua porzione resta opaca rispetto alla tutela giurisdizionale, dandosi così corretta applicazione degli articoli 24 e 113 Costituzione.