

ANDREA CARBONE

Associato di Diritto amministrativo e pubblico presso la Sapienza Università di Roma
andrea.carbone@uniroma1.it

RIFLESSIONI INTRODUTTIVE SU METODO E POTERE GIURIDICO NEL DIRITTO PUBBLICO

LEGAL METHODS AND LEGAL POWER IN PUBLIC LAW: AN INTRODUCTION

SINTESI

Il presente saggio costituisce una prima sistemazione della Lezione su metodo e potere giuridico nel diritto pubblico tenuta il 10 marzo 2025 presso la Scuola di dottorato in Istituzioni e politiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, e ripetuta il 12 marzo 2025 al Dottorato di ricerca in Diritto pubblico del Dipartimento di Studi giuridici ed Economici della Sapienza Università di Roma.

ABSTRACT

This essay offers an initial reworking of the lecture on legal methods and legal power in public law delivered on 10 March 2025 at the Doctoral School in Institutions and Policies of the Università Cattolica del Sacro Cuore in Milan, and presented again on 12 March 2025 in the Ph.D. Program in Public Law of the Department of Legal and Economic Studies at Sapienza University of Rome.

PAROLE CHIAVE: diritto pubblico; diritto amministrativo; metodo giuridico; potere amministrativo; funzione.

KEYWORDS: public law; administrative law; legal methods; administrative power; administrative function.

INDICE: 1. Profili introduttivi. – 2. Scienza e metodo giuridico. – 3. Ipotesi ricostruttiva. Metodo giuridico e rilievo assiologico del dato normativo. – 4. Verifica dell'ipotesi ricostruttiva. Metodo giuridico e diritto pubblico. – 5. (*segue*) I termini problematici

**** L'A. coglie l'occasione per ringraziare la prof.ssa Barbara Boschetti e il dott. Nicola Berti dell'ospitalità presso l'Università Cattolica e del fecondo dialogo instauratosi in quella sede e negli sviluppi successivi.

attuali di riferimento e la loro possibile riconduzione a sistema. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Profili introduttivi

Il tema del metodo attiene ad una di quelle problematiche che, nel suo perenne stato di non soluzione, è sempre presente sullo sfondo del dibattito del giurista in genere, e del giuspubblicista in particolare, per riproporsi, periodicamente, in maniera più definita e compiuta.

Ciò appare naturale se sol si considera che il problema del metodo racchiude, in sé, la questione stessa della scientificità del diritto e, quindi, del ruolo e dell'identità del giurista¹.

Nello specifico, la problematica in esame è stata comunemente considerata in una duplice valenza, sovente ricondotta ad una sostanziale commistione, dell'*individuazione* del metodo e della sua *applicazione* (dell'oggetto, cioè, della conoscenza, a cui l'applicazione del metodo stesso si riferisce)². Cosicché, nel trattare del metodo giuridico, ciò che viene in rilievo risulta essere, essenzialmente, l'*oggetto del diritto* e la *modalità dello studio giuridico*.

Le presenti riflessioni sono volte a fornire considerazioni di carattere generale, e con esse un'ipotesi di lavoro, inerenti a tali profili. Rispetto al relativo inquadramento, si tenterà, poi, di verificare la sua specifica declinazione nell'ambito del diritto pubblico.

2. Scienza e metodo giuridico

La tesi tradizionale della negazione della scientificità del diritto prende le mosse, è noto, dalla critica radicale di Kirchmann, che, partendo da una considerazione del metodo proprio delle scienze sperimentali, sostenne l'impossibilità di uno studio scientifico del diritto in ragione della mutevolezza del dato di riferimento, della soggettività dell'operatore nell'analisi del dato in questione, nonché della possibile contingenza e arbitrarietà del dato stesso³.

1 Su tutti, S. RODOTÀ, *Un metodo tra i metodi?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 274.

2 La commistione tra metodo in senso proprio e sua applicazione è oggetto di comune rilievo da parte degli studiosi: cfr. N. BOBBIO, *Metodo*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 602 ss.

3 J.H. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin, 1848. Per una sintesi della questione, tra

Il tentativo di superamento di siffatta critica ha portato, è altrettanto noto, ad una considerazione del metodo che, per non lasciare la via positivista, ha ricercato la sottrazione dal contingente e dal mutevole ponendo a presupposto dell'analisi giuridica la positività del dato formale normativo, che dunque, per tale via, appunto nella propria formalità consentiva di superare la variabilità del dato storico. In questo modo, sconfessato il ruolo del giurista quale ideatore di sistemi scollegati alla realtà positiva, non si è d'altro canto negata la sua qualificazione di scienziato, scadendosi in una considerazione dello stesso quale mero esegeta delle disposizioni normative. Il giurista sarebbe, invece, colui che elabora un modello idoneo a descrivere in categorie generali asettiche, di carattere dogmatico, il complesso del giuridico, cioè il *sistema* giuridico, ponendo, dette categorie, in correlazione col dato normativo positivo⁴. Il diritto può assumere, così, la dignità di scienza; corrispondentemente, il metodo giuridico avrebbe, quale sua propria

gli altri, G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna, 1970, p. 189 ss.; D. VALITUTTI, *La bella addormentata. La scienza del diritto e il 'problema' della sua autonomia*, Napoli, 2024, p. 109 ss.

⁴ È la ricostruzione pandettistica tedesca, che, lo si ricorda per inciso, riconducendo la visione storica savigniana del diritto a sistematica dei concetti, può affermare, per tale via, come detto nel testo, la scientificità del diritto: B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. a cura di C. FADDA e P.E. BENZA, I, Torino, 1925 (op. orig. 1862), pp. 74-75. Di qui, il passaggio alla successiva adozione della medesima impostazione da parte della scienza giuspubblicistica tedesca, prima con C.F. VON GERBER, *Sui diritti pubblici*; ID., *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, entrambe in *Diritto pubblico*, Milano, 1971 (opp. origg. 1852 e 1865), attraverso una concezione organicistica progressivamente maggiormente statualista; e poi, in termini più compiuti, e rappresentativi dell'inglobamento della società nello Stato persona, con P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I-IV, Tübingen, 1876-1882. A ciò segue, in via generale, la successiva impostazione di G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912 (seconda ediz. orig. 1905); ID., *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921 (seconda ediz. orig. 1905); ID., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949 (terza parte dell'*Allgemeine Staatslehre*, ediz. orig. pubbl. postuma), con il suo tentativo di ricomprensione della realtà sociale nel giuridico attraverso la tesi dell'autolimitazione (su cui cfr. anche *infra*, n. 38); e, nell'ambito del diritto amministrativo, la sistematizzazione di O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I-II, Leipzig, 1895-1896, volta a fondare una dogmatica propriamente di diritto amministrativo (in ciò influenzato anche dall'esperienza francese). Per una sintesi, fra gli altri, M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, p. 13 ss.; ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, 2001, p. 3 ss.; M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, II, Milano, 2014 (op. orig. 1992), pp. 465 ss. e 563 ss.; W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974 (op. orig. 1958), p. 3 ss.; K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966 (op. orig. 1960), p. 3 ss.

caratteristica, quella di interpretazione della realtà normativa alla luce delle categorie giuridiche, così da fornire una compiuta elaborazione del sistema.

Nell'ambito del nostro diritto pubblico, l'impostazione appena descritta si ritrova in V.E. Orlando e nella Sua Scuola⁵.

Tale visione del metodo nel diritto pubblico, tradizionalmente definita 'pura', è stata però oggetto di rilievi, anch'essi ben noti. La critica generale del metodo giuridico, inteso nel senso rappresentato, è infatti quella per cui esso non consentirebbe un corretto riferimento alla realtà storico-sociale, in quanto non terrebbe adeguatamente in conto l'essenza storica e politica del fenomeno sociale, la quale non potrebbe non influenzare la stessa fenomenologia giuridica. La realtà è differente e mutevole, e ciò non permetterebbe una soluzione *sistematica* del

⁵ Il manifesto metodologico di V.E. Orlando è, non serve ricordarlo, contenuto ne *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Prolusione ai corsi di diritto amministrativo e costituzionale letta nella R. Università di Palermo l'8 gennaio 1889, pubbl. in *Arch. giur.*, 1889 (che rielabora e coordina le considerazioni espresse nelle precedenti prolusioni *Ordine giuridico e ordine politico*, letta nell'Università di Modena il 4 dicembre 1885 e *Necessità di una ricostruzione giuridica del diritto costituzionale*, letta nell'Università di Messina il 12 dicembre 1886), seguita poi da *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, in *Pubbl. Fac. giur. R. Univ. Modena*, 1925, entrambi ora in *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, pp. 3 ss. e 23 ss. Si veda anche la *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1897, p. V ss.; nonché *Introduzione all'edizione italiana. Diritto pubblico generale e diritto pubblico positivo*, in G. JELLINEK, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 1 ss.; e *Introduzione. Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, in G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., pp. III ss. e XVI ss. (nelle quali, specificamente, nell'ancorarsi alla tradizione germanica del diritto pubblico, si insistette sull'importanza di Jellinek come idoneo a fornire una impostazione vicina alla mentalità 'latina' della stessa scienza germanica).

È considerazione comune che, da parte di Orlando, si sia avuta un'indicazione metodologica essenzialmente di massima (cfr. lo stesso V.E. ORLANDO, *Nota*, cit., p. 28), idonea ad espungere dalle ricostruzioni di diritto pubblico i profili eccessivamente politologo-filosofici e un'analisi strettamente esegetica (si veda anche di seguito, nel testo e in nota), la quale avrebbe condotto ad assumere una sistemazione che, rapportandosi con la scienza germanica dell'epoca (in particolare, come ricordato, Gerber, Laband, G. Jellinek e O. Mayer), si è posta in chiave post-pandettistica, con il riferimento ad una dogmatica essenzialmente derivante da quella elaborata dalla dottrina privatistica: sul punto, cfr., in particolare, M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940, ora in *Quaderni fiorentini*, Milano, 1973, 2, p. 239 ss.; ID., *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 11 ss.; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, p. 21 ss.; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, p. 48 ss.

giuridico che presupponga un sistema già dato e da scoprire⁶, ma ne porterebbe in evidenza essenzialmente il suo stato *problematico*⁷.

Ora, a fronte di tale sintetica rappresentazione dei termini generali del problema, è possibile prendere le mosse per cercare di pervenire all'ipotesi ricostruttiva che in questa sede si vuole portare avanti.

Si consideri, innanzitutto, che quella che viene definita visione 'pura' del metodo non implicava, invero, comunque un'estraneazione dalle altre scienze⁸; piuttosto, di queste se ne sarebbero accolti i canoni, nei limiti della loro rilevanza

⁶ Sul punto, si veda in particolare S. CASSESE, *Cultura e politica*, cit., *passim*, spec. p. 161 ss.

⁷ Per una rappresentazione esaustiva della tensione tra i due profili, cfr. M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica del diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 347 ss.; ID., *Il confronto tra pensiero sistematico e pensiero problematico*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Il confronto nel metodo giuridico*, Napoli, 2023, p. 97 ss., a cui si rimanda per i relativi riferimenti. Sul punto, si veda ampiamente quanto si dirà *infra*.

⁸ È nota la problematica concernente il rapporto fra la Scuola orlandiana e le altre scienze. Da un lato, infatti, è lo stesso Orlando a specificare che non vuole circondare il diritto da "una specie di muraglia della China" che escluda la comunicazione con altri elementi di differenti ordini scientifici, ma solo tenere distinti e autonomi ordini scientifici diversi (V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici*, cit., pp. 19-20; cfr. la nota successiva). Dall'altro, la comunicazione con le altre discipline scientifiche tende a non mettere comunque in discussione le fondamenta della struttura del sistema giuridico, come è possibile rinvenire nella critica generale al realismo, e ad una generale tendenza di sostanziale riconduzione al positivismo dello stesso istituzionismo di Santi Romano (in sé rinvenibile anche nello stesso A.): cfr. V.E. ORLANDO, *Ancora sul metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, ora in *Diritto pubblico generale*, cit., p. 39 ss.; ID., *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*, in SANTI ROMANO, *Scritti minori*, I, Milano, 1950, p. V ss.; ID., *Lo Stato e la realtà*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, ora con il titolo *Sul concetto di Stato* in *Diritto pubblico generale*, cit., p. 199 ss.; ID., *Stato e diritto*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1926, ora in *Diritto pubblico generale*, cit., p. 243 ss.; ID., *Leone Duguit e la scuola del realismo giuridico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, ora in *Diritto pubblico generale*, cit., p. 73 ss.; U. FORTI, *Il realismo nel diritto pubblico (a proposito di un libro recente)*, Camerino, 1903, ora in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, p. 23 ss.; ID., *Le dottrine "realiste" di Hauriou*, orig. ined. 1913, ora in *Studi*, I, cit., p. 147 ss. Si veda pure G. CAPOGRASSI, *Il problema di V.E. Orlando*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1952-53, ora in *Opere*, V, Milano, 1959, p. 359 ss.

Impostata in questo senso, l'apertura verso la realtà storico-sociale e le altre scienze, pur potendosi in sé declinare in vario modo, è stata allora giudicata caratterizzarsi in maniera eminentemente riduzionistica: cfr. in particolare M.S. GIANNINI, *Recensione a V.E. Orlando, Principi di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera, 1952, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 147 ss., ed ivi la nota critica all'impostazione di Orlando, che il diritto amministrativo, negli anni '50 del secolo scorso, potesse ricostruirsi ancora sul modello precedente, sostanzialmente immutato, di stampo liberale; S. CASSESE, *Cultura e politica*, cit., p. 161 ss.; ID., *Tre maestri del diritto pubblico*, Napoli, 2012, p. 11 ss.; si veda pure F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e diritto*

in ordine al relativo profilo giuridico. In effetti, va in proposito sottolineato che l'esigenza espressa da Orlando è in sé un'esigenza di *tecnicità* del diritto pubblico, giacché questo, al tempo della *Prolusione*, era essenzialmente spiegato o nei vaghi riferimenti alla filosofia e alla scienza politica o quale mera esegesi di norme⁹. Tale esigenza di tecnicità, va del pari evidenziato, è propria di qualsiasi scienza, nel passaggio dal suo momento *empirico* a quello appunto *tecnico*¹⁰.

Il rilievo appena effettuato, tuttavia, non necessariamente supera la generale critica al metodo, come si è detto essere stata formulata. Il problema, in questo

amministrativo, in *Jus*, 1957, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, p. 1571 ss., che ne rimarca comunque gli aspetti positivi, in ordine al concreto sviluppo degli istituti giuridici attraverso l'elaborazione di teoria generale.

Secondo altra parte della dottrina, invece, lungi dal potersi concludere nel senso indicato, è possibile ricavare dalla lettura di Orlando che la considerazione delle altre scienze e del dato storico sociale sarebbe sempre stata presente ai fini della ricostruzione del sistema, e che l'unico limite che davvero si poneva era quello di non accedere ad un discorso che non fosse in senso proprio 'giuridico': M. MAZZAMUTO, *Orlando uno e trino versus Orlando dimenticato o immaginario*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, 2020, p. 309 ss.; ID., *Il confronto con la dottrina classica*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Il confronto nel metodo giuridico*, cit., p. 40 ss.

Sul punto, si veda anche quanto in generale considerato da M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico*, cit., p. 67 ss.; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980, p. 3 ss.; A. MOLITERNI, *Vittorio Emanuele Orlando e le vicende del metodo nella scienza del diritto amministrativo*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico*, cit., p. 141 ss.; ID., *Il problema del metodo e il diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2020, p. 479 ss.

9 La critica di Orlando si appuntava, infatti, sul non aver tenuto distinto l'ordine filosofico e quello esegetico da quello della scienza giuridica (V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici*, cit., p. 20; cfr. la nota precedente): "col pretesto di usufruire il necessario contributo di altre discipline si è imbastita una scienza di diritto pubblico come si farebbe per un mosaico, ravvicinando pezzetti di filosofia con pezzetti di storia di politica, di economia, ecc.; e, tanto per giustificare il nome di diritto che a questa scienza si affliggeva, si è data una parte preponderante al contenuto esegetico, cioè all'ultima e meno nobile manifestazione della scienza giuridica". È stato peraltro successivamente rilevato che, in realtà, pur non essendo infondata la critica di Orlando, vi erano stati giuristi pre-orlandiani che avevano comunque proceduto ad una prima sistemazione della materia, e che progressivamente ci si veniva smarcando dagli elementi estranei al giuridico; ciò che mancava era però in ogni caso una Scuola unitaria in questo senso, idonea ad assumere carattere nazionale (e che, come tale, si ponesse in correlazione con la costruzione del nuovo Stato unitario): cfr., in vario modo, M.S. GIANNINI, *Profili storici*, cit., p. 234 ss.; S. CASSESE, *Cultura e politica*, cit., p. 9 ss.; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., p. 26 ss.

10 Sul punto, si veda F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova, 1939, p. 20 e p. 22 ss.

senso, sono infatti i *termini* in cui tale tecnicità verrebbe a trovare svolgimento.

In effetti, se può dirsi che il metodo orlandiano non implichi, in sé considerato, un'estraneazione dal dato storico-sociale e dalle altre scienze, neppure sembra potersi negare che la sua applicazione abbia comunque portato con sé una certa asetticità nella considerazione di tali realtà al fine della ricostruzione del sistema giuridico¹¹. Ciò è dato riscontrare, in particolare, se poniamo i rilievi formulati in corrispondenza con un'ottica normativista tradizionale, di stampo formalista, ove la tecnicità è oggetto di rilevanza giuridica nei limiti in cui il relativo fenomeno è contemplato dalla disposizione normativa; per cui, rispetto a detto quadro ricostruttivo, si assisterebbe, di fatto, ad una concezione riduzionistica della realtà sociale al modello giuridico. Nella prospettiva indicata, la ricostruzione del sistema è così risultata poco permeabile al possibile mutamento di declinazione rispetto alla struttura dogmatica adottata.

La critica di asetticità, mossa dai critici del metodo 'puro' del diritto, coglie allora nel segno nel momento in cui si assume una pre-esistenza del sistema già dato e spiegabile attraverso categorie giuridiche del tutto asettiche, inidonee a co-

11 Si veda quanto considerato subito sopra, alle note precedenti. Come spiegato, infatti, una totale chiusura di Orlando alla realtà storico-sociale non era invero dato riscontrare, né ciò viene messo, in via generale, in discussione. In questo senso, allora, chi ha considerato la purezza del metodo giuridico quale indice di una generale asetticità rispetto al dato storico-sociale tende a ritenere che l'applicazione del metodo in questione non sia stata poi coerente con sé stessa, o quantomeno non sia stata in sé rigida, riferendo tali circostanze alla genericità delle stesse indicazioni metodologiche orlandiane, di cui si è detto: in questo senso, S. CASSESE, *Cultura e politica*, cit., p. 161 ss., il quale afferma come si possa individuare una 'destra' e una 'sinistra' orlandiana, a seconda del grado di purezza del metodo a cui si faccia riferimento; A. SANDULLI, *La disapplicazione del metodo giuridico orlandiano da parte di Vittorio Emanuele Orlando*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico*, cit., p. 299 ss., che ritiene che lo stesso Orlando non sia stato un purista dei criteri da lui enunciati. Secondo coloro che, invece, non ritengono che il metodo orlandiano comporti, in sé, una mancata considerazione del dato sociale ai fini della ricostruzione sistematica del giuridico, ma solo la necessità di utilizzare strumenti giuridici, vi sarebbe piuttosto, in questo senso, la dimostrazione della bontà della propria tesi: M. MAZZAMUTO, *Orlando uno e trino*, loc. ult. cit. Ora, rispetto alla prospettiva descritta, come detto di seguito nel testo, a noi pare che, se da un lato l'insegnamento di Orlando non comportava in sé un'assenza di riferimento alle altre discipline scientifiche ai fini della ricostruzione del sistema giuridico, ma solo rappresentava un richiamo alla necessaria tecnicità del diritto come scienza, neppure può negarsi che la relativa applicazione in concreto, da parte degli esponenti di quel periodo storico, si sia dimostrata inidonea a rinnovare la declinazione delle categorie giuridiche di riferimento, nel mutato contesto storico-sociale.

gliere la totalità dell'esperienza giuridica, o, quantomeno, il suo mutamento. In tale prospettiva, infatti, il dato problematico rischia un'estraneazione dalla metodologia giuridica rispetto al dato sistematico.

La medesima critica, tuttavia, va pure avvertito, non potrebbe essere seguita anche nelle estreme conseguenze che il relativo ragionamento potrebbe in ipotesi comportare. Nel momento in cui si denunciano i limiti del metodo giuridico, infatti, il rischio è quello di assistere ad una completa inversione di prospettiva, che conduce, tutt'al contrario, a rinunciare a qualsiasi sistematicità della ricostruzione del diritto, e quindi, a ben vedere, a negare la stessa possibilità di applicazione del metodo scientifico al diritto¹². La *pluralità di metodi*, in sé, potrebbe portare, cioè, ad una scelta metodologica che può presentarsi discutibile sia sotto il profilo concettuale generale, in quanto idonea a tradire una completa indifferenza metodologica¹³, sia in riferimento al singolo caso applicativo concreto, incorrendo nell'obiezione di pretestarsi, in via potenziale, a mutare il metodo di riferimento in relazione all'oggetto preso in esame, a propria convenienza¹⁴. L'unità di metodo sarebbe quindi, in altri termini, ciò che garantirebbe l'autonomia della scienza¹⁵.

12 È l'obiezione posta da A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discutendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 1523 ss., pp. 1525-1526, alle considerazioni in proposito effettuate da S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista Diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 789 ss., a sua volta in dialogo con A. ORSI BATTAGLINI, *In limine*, corsivo di presentazione del primo numero della rivista *Dir. pubbl.*, 1995, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 1513 ss. Secondo quest'ultimo A., infatti, pur non negando Cassese la necessità che l'apertura alle altre scienze sia comunque funzionale a pervenire ad una ricostruzione sistematica (in questo senso anche in *Cultura e politica*, cit., p. 188 ss.), il rischio sarebbe quello che, per la via descritta, il risultato non venga in concreto effettivamente perseguito, pervenendosi ad una pluralità metodologica che negherebbe, in sé, l'autonomia della scienza giuridica, e quindi lo stesso presupposto per la ricostruzione di un sistema propriamente giuridico.

13 Si veda, in senso critico, S. RODOTÀ, *Un metodo*, cit., p. 275. Per tale via, si incorrerebbe in nient'altro, a ben vedere, che in un anarchismo metodologico, quale quello proposto da P.K. FEYERABEND, *Contro il metodo*, Milano, 2024 (op. ediz. orig. 1975, ediz. def. 2010), p. 45 ss. (su cui, per un confronto critico, cfr. tra gli altri quanto riportato in I. LAKATOS, P.K. FEYERABEND, *Sull'orlo della scienza. Pro e contro il metodo*, a cura di M. MOTTERLINI, Milano, 1995).

14 Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle*, cit., p. 1526, sia pure come ipotesi patologica, da considerare possibile ma in concreto tendenzialmente da escludere.

15 Sul punto, si noti come del resto lo stesso M.S. GIANNINI, *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, in *Jus*, 1957, ora in *Scritti*, IV, Milano, 2004, p. 117 ss., pp. 126-127, pur

3. Ipotesi ricostruttiva. Metodo giuridico e rilievo assiologico del dato normativo

Rispetto all'insoddisfazione a cui si perviene di fronte all'alternativa appena prospettata, è possibile, a nostro avviso, proporre un tentativo ricostruttivo differente, ove l'unitarietà del metodo si coniuga con un'apertura ad una dimensione plurale del referente attraverso il quale avviene la sua declinazione¹⁶. In questo modo, sarebbe possibile recuperare le varietà prospettive proposte negli studi giuridici senza rinunciare ad una loro riconducibilità, sotto un profilo prescrittivo, ad una matrice comune, che, in quanto tale, segnerebbe anche i limiti di validità dei differenti approcci alla considerazione del diritto¹⁷.

In proposito, si prenda in considerazione quanto segue.

In via del tutto generale, lo studio del diritto ha a suo oggetto ciò che può essere definito come *materia giuridica*¹⁸. Questa, nella visione tradizionale a cui si è fatto riferimento, viene ricondotta al complesso di norme, che viene ad essere inteso, nella sua parimenti tradizionale declinazione, come complesso di regole asetticamente espresse. Lo studio giuridico concernerebbe allora, in questo senso, la conoscenza della materia giuridica al fine di inquadrare a sistema l'assetto del dover essere nell'ambito dell'organizzazione sociale, e quindi di definire il sistema giuridico siccome delineato in una particolare esperienza sociale, che per la via indicata assume tuttavia rilievo essenzialmente normativo-formalistico. Il metodo

affermando la necessità che i giuristi operino, se del caso, anche come sociologi, riteneva che non fosse pensabile un ritorno alla commistione dei metodi e al sincretismo, quale esisteva prima della pandettistica, concludendo nel senso che la scienza giuridica non si occupa del fenomeno quale è, ma del fenomeno sociale quale è disciplinato dalla norma, ciò che assicurerebbe l'autonomia dei due ordini scientifici.

16 L'unitarietà del metodo non si pone, infatti, in contrasto con la pluralità della sua dimensione applicativa, per cui, al variare del dato di riferimento (da intendersi non in chiave esclusivamente normativo-formalistica, come detto subito di seguito, nel testo) varia anche la sua applicazione, ma non il metodo in sé considerato: sul punto, si veda quanto considerato da U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 553 ss., spec. p. 554 ss.

17 Si può rispondere, in questo modo, alle considerazioni formulate in senso corrispondente da L. BENVENUTI, *Metodo giuridico, autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 661 ss.; ID., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 46 ss.; M. TRIMARCHI, *A margine di un dibattito recente sul metodo nel diritto amministrativo*, in corso di pubbl. su *Dir. e proc. amm.*

18 F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, cit., p. 22 ss.

giuridico avrebbe, a sua volta, come caratteristica quella di interpretazione della realtà alla luce delle categorie giuridiche, così da fornire una compiuta elaborazione del sistema.

Tale rappresentazione si pone in continuità con la nozione di scientificità a cui precedentemente si è fatto riferimento, di stampo eminentemente tradizionale e positivista. Rispetto ad essa, va tuttavia considerata la sua inattualità quale termine da prendere a paragone. Sotto il profilo del rapporto tra soggetto e oggetto della conoscenza, la meccanica quantistica ha infatti da tempo dimostrato la relazione che interviene tra osservatore e dato oggetto dell'osservazione, tale da non potersi predicare, di quest'ultimo, una consistenza ontologica disgiunta dal primo¹⁹. Sul versante più propriamente epistemologico, poi, si è riconosciuto che la verità scientifica è comunque un costrutto, tale per cui la forza attrattiva delle relative proposizioni sarebbe quella che deriva unicamente dalla loro capacità di attirare su di sé un consenso razionale, ed esse sono sempre suscettibili di essere falsificate, in quanto è la stessa possibilità di falsificazione che le rende scientificamente valide²⁰.

Il medesimo rapporto tra giurista e norma, del resto, non si presenta più nella chiave di lettura del sillogismo tradizionale, in quanto, anche a non voler sposare fino in fondo le moderne dottrine ermeneutiche²¹, non si è rimasti estranei alla considerazione del rimando di senso da esse espresso, per cui, in via generale, si ritiene non potersi delineare una contrapposizione netta fra realtà e norma, e si presuppone una concezione del giuridico comunque in continuità con l'intera esperienza del reale, pur potendosi declinare, tale relazione, in termini molto differenti tra loro²².

19 Per una sintesi, C. ROVELLI, *La realtà non è come appare. La struttura elementare delle cose*, Milano, 2014, p. 97 ss.; ID., *Helgoland*, Milano, 2020, p. 21 ss.

20 K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 2010 (op. orig. 1934), p. 66 ss.; I. LAKATOS, *La falsificazione e la metodologia dei programmi di ricerca scientifica*, in *La metodologia dei programmi di ricerca scientifica*, Milano, 1996 (saggio orig. 1970), p. 19 ss.

21 H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Firenze-Milano, 2019 (op. orig. 1960), p. 527 ss., nella loro rivalutazione ontologica del corrispondente circolo ermeneutico di cui a W. DILTHEY, *La nascita dell'ermeneutica*, Genova, 2013 (op. orig. 1900), p. 11 ss.

22 Così, si ritiene ormai pacifico che, per addivenire alla sussunzione, sia necessaria una costruzione giuridica del caso attraverso la selezione dei fatti che si assumono rilevanti e una parallela concretizzazione della norma, e che tali attività siano in rapporto di reciproca interazione

Nella prospettiva descritta, dunque, non soltanto la scienza giuridica può ricevere a pieno titolo l'attribuzione di scienza, senza incorrere nelle tradizionali obiezioni ad essa mosse²³; ma, per la medesima via indicata, è possibile pervenire a tale risultato senza per questo dover accedere ad una declinazione del dato tecnico che necessiti una generale asetticità del sistema a cui si fa riferimento, tale da scadere in un normativismo di stampo formalista.

L'oggetto del diritto, la materia giuridica, può essere infatti ricondotto alla complessiva esperienza sociale riguardata sotto il prisma del dover essere giuridico²⁴. La realtà che si prende in considerazione è però, in questo senso intesa, l'intera realtà assiologica in cui si risolve l'esperienza giuridica²⁵. In tale prospettiva, il dato problematico assume rilievo preminente, ma non si pone in contrasto con la possibilità di una sistemazione²⁶: ciò che rileva è che l'ipotesi ricostruttiva

e oscillazione tra loro: cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, p. 432, per cui anche nella prospettiva del cognitivismo attuale, come quella a cui l'A. aderisce, si riconosce comunque che tra precetto legislativo e sua applicazione intercorre un gioco continuo di rimandi. In generale, sulle implicazioni nella problematica dell'interpretazione in ordine alle questioni di cui si sta discorrendo, sia consentito rinviare a quanto da noi rappresentato in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020, rist. 2025, p. 417 ss., ed ivi i relativi, e più approfonditi, riferimenti.

23 Sul punto, A. ROMANO TASSONE, *Scienze giuridiche e realtà*, in *Scienza e realtà*, Napoli, 1997, ora in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 2024, p. 1129 ss. Si veda pure A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli 'altri saperi'*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 865 ss.

24 In questo senso, e nei termini che seguono, si può considerare in proposito l'insegnamento di G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937, ora in *Opere*, II, Milano, 1959, p. 401 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 15 ss. Sul punto, si veda V. CERULLI IRELLI, *Riflessioni introduttive sul metodo giuridico*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Il confronto nel metodo giuridico*, cit., p. 13 ss.

25 A. ROMANO TASSONE, *Pluralità di metodi ed unità della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 1998, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 1133 ss.; ID., *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 1147 ss.; ID., *Scienze giuridiche e realtà*, cit., p. 1125 ss.

26 Secondo una prospettiva che, del resto, è in generale accolta in dottrina: su tutti, L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 34 ss.; ID., *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, p. 321 ss., spec. p. 331 ss., il quale rileva come la contrapposizione radicale tra pensiero problematico e pensiero sistematico è espressione di una concezione riduttiva della dogmatica giuridica, che si fonda sull'equivoco che la sua funzione sarebbe quella di fondare metodicamente nell'unità del sistema conoscenze già acquisite. Si veda pure, in proposito, S. RODOTÀ, *Un metodo*, cit., pp. 275-276, secondo cui il

debba essere verificata alla luce degli schemi assiologici che caratterizzano l'intera fenomenologia di rilevanza del dato storico, sociale e politico, proprio dell'ordinamento; non vi è, cioè, una griglia di rilevanza predefinita²⁷.

Ora, se si conviene con tale rappresentazione, a noi pare che il contrasto fra dato giuridico e dato extra-giuridico, improntato sul rilievo assiologico dell'ordinamento, possa essere ricondotto ad unità dalla ricomprensione del secondo nella realtà normativa, non nei termini riduzionistici a cui si è in precedenza fatto riferimento, ma nella considerazione che il valore normativo assume una dimensione più ampia, e può declinarsi in maniera differente in ragione del valore assiologico che lo permane.

In tale prospettiva, le categorie giuridiche, intese come ordine sistematico di concetti giuridici idonei a spiegare, sotto il profilo del diritto, una realtà sociale, non esprimono un dato interno di validità che non sia altro che la loro reciproca coerenza. Sotto un profilo generale, è possibile quindi ipotizzare differenti sistematiche, tutte asetticamente valide (tutte ipoteticamente idonee a spiegare l'esperienza giuridica di una realtà sociale). Tuttavia, la considerazione del dato assiologico, che muove dal substrato storico-sociale dell'ordinamento, rende l'applicazione di una particolare declinazione di categorie quella maggiormente idonea a spiegare la realtà giuridica.

sistema non è una "gabbia totalizzante", ma può rispondere, invece, al bisogno di consentire l'esposizione e l'ordinamento del materiale problematico disponibile; aggiungendosi che "anzi, la consapevolezza di questa non necessaria incompatibilità [fra sistema e problema] può far evitare un rischio che talvolta il pensar per problemi mette in evidenza, il perdersi della ricerca in mille frammenti, permettendo invece la continua considerazione della totalità, e l'analisi delle relazioni che si stabiliscono all'interno di questa". In generale, sulla negazione della contrapposizione tra sistema e problema cfr. pure, nell'ambito della nostra dottrina, F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003, p. 34 ss.; G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1 ss.; L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica*, cit., p. 46 ss.; M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica*, cit., p. 379 ss.; ID., *Il confronto*, cit., p. 105 ss.; più complessa la posizione di N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, ora in *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 5 ss., spec. p. 15 ss., che conclude nel senso che il tenore del dato normativo potrebbe mettere comunque l'interprete di fronte all'impossibilità della sua riconduzione a sistema. Nelle opere citate si vedano anche i più compiuti e approfonditi riferimenti in ordine alla problematica in questione.

²⁷ A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, loc. ult. cit. Si veda pure L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, cit., p. 338 ss.

Tale correlazione esprimerebbe la validità del risultato nell'applicazione del metodo, che per tale via tiene conto del dato problematico dei valori dell'ordinamento rispetto ad uno schema di riferimento che risulterebbe altrimenti del tutto formale. In questo senso, quindi, il dato normativo positivo, se considerato dal punto di vista formale, può al limite escludere alcune delle proposte ricostruttive sistematiche, che con esso si pongono in contrasto; ma non è idoneo a fornire, in sé, l'assetto strutturale del sistema. Solo la dimensione assiologica, che al dato normativo stesso deve essere riferita, permetterebbe di conseguire tale risultato.

4. Verifica dell'ipotesi ricostruttiva. Metodo giuridico e diritto pubblico

L'ipotesi ricostruttiva formulata nel paragrafo precedente consente dunque di pervenire ad una risposta, di ordine generale, in merito alle questioni tradizionalmente sottese al problema del metodo, quali la pluralità o l'unitarietà del metodo, e il rapporto fra la scienza giuridica e le altre scienze, siccome ripercorse nella trattazione che si è effettuata. Sotto il primo profilo, infatti, l'unità del metodo non nega una pluralità di approcci, che dipendono, essenzialmente, dalla differente consistenza del dato di riferimento, non solo nella sua matrice logico-formale (l'insieme delle disposizioni normative di riferimento), ma nel rilievo assiologico che la matrice stessa assume (il rilievo assiologico che è possibile ricavare dal dato normativo). Lo stesso è da dirsi per la relazione con le altre scienze, le quali, per la via indicata, contribuiscono non soltanto a dare un contenuto di senso alle disposizioni di riferimento, ma arricchiscono il quadro assiologico sotteso alla relativa normativa; concorrendo, in tal modo, alla complessiva ricostruzione del sistema (in termini dunque non soltanto logici, ma anche assiologici), e alla stessa ricomposizione a sistema del quadro problematico che da esse, nel loro rapporto con la realtà storico-sociale, eventualmente scaturisce.

Le considerazioni effettuate devono essere, a questo punto, oggetto di un tentativo di verifica, che può trovare svolgimento nella stessa applicazione del metodo nel diritto pubblico.

A tal proposito, si può partire, in particolare, dalla considerazione per cui lo studio del diritto amministrativo può definirsi, in via generale, come lo studio dei rapporti P.A./cittadini nella cura concreta degli interessi generali a cui la stessa

organizzazione amministrativa è deputata da parte dell'ordinamento²⁸. In questo senso, se non si rimane ancorati ad una visione normativistica di stampo formalistico, può dirsi che tutti i profili a tali rapporti inerenti, quali organizzazione, esercizio della funzione, discrezionalità nelle scelte, rapporti formali e informali Amministrazione/amministrati, efficienza dell'azione, responsabilità, ecc., possono essere ascritti alla considerazione che si ha del potere, in quanto appunto non limitata ad una sua visione normativa di stampo formalistico.

Ciò che viene in rilievo, quale referente specifico della materia oggetto di operazione epistemologica, è dunque la considerazione del potere giuridico nel diritto pubblico.

Storicamente, può ricordarsi, la considerazione del potere nell'ambito della dogmatica pandettistica corrispondeva, essenzialmente, alla scissione fra la pre-determinazione normativa del diritto soggettivo nei suoi rapporti esterni, e la sua inerenza alla sfera interna del diritto stesso, come relativo alla volontà del suo esercizio. Il potere, in quest'ultimo senso, non rilevava giuridicamente all'interno di un rapporto, il cui ruolo era riservato al diritto soggettivo in sé considerato. Come conseguenza, mancava la giuridicizzazione dell'esplicazione del potere, la quale veniva corrispondentemente a coincidere con la libertà propria dell'esercizio del diritto²⁹.

Tale ricostruzione può essere ricondotta concettualmente, nei suoi massimi termini, ad una visione *prettamente statica* del diritto, ove il concetto di situazione giuridica è mutuato su quello proprio del diritto assoluto – meglio, su ciò che, in una prospettiva dinamica, corrisponderebbe ad una situazione giuridica *finale*³⁰ – e ove lo stesso concetto di rapporto giuridico è la considerazione che dà la legge dei limiti di un diritto sull'altro, per il resto lasciando il loro esercizio al libero movimento delle sfere soggettive. In tale contesto, si arriva, nelle impostazioni più estreme, a negare la natura di diritto al credito, in ragione della sua essen-

28 Per tutti, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 2 ss.

29 In proposito, si veda in particolare G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 12 ss., ed ivi i relativi riferimenti. Sul punto, sia consentito rinviare a quanto da noi sostenuto in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 4 ss. e 36 ss.

30 Cioè la situazione che è regolata quale costituita, modificata o estinta da un potere: cfr. *Potere*, I, cit., p. 134 ss. Si veda *infra*, nel testo.

ziale inattività³¹. A sua volta, il potere giuridico, per come attualmente inteso – non cioè quale generale espressione della volontà, come detto, ma quale specifica incisione effettuale su una situazione giuridica (nel senso della sua costituzione, modificazione o estinzione) – assume un rilievo parimenti statico, per cui non viene in sé soggettivizzato in un rapporto, ma, nella sua effettualità, può essere considerato proprio della stessa situazione finale quale potenzialmente incisa dal mutamento giuridico, pur non ancora operativo (è, questo, il concetto del c.d. diritto *latente*³²).

La visione appena rappresentata può essere contrapposta, sotto un profilo altrettanto concettuale, ad una visione *dinamica* del diritto. In quest'ultima prospettiva, tutt'al contrario della precedente, il concetto di situazione giuridica soggettiva è in sé assegnato a quella situazione che può essere potenzialmente inserita in un rapporto quale, essenzialmente, di pretesa-obbligo o non pretesa-facoltà³³.

31 Si vedano ad es. D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, c. 36 ss.; G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, p. 71 ss., p. 95. Sul punto, per un approfondimento e una maggiore contestualizzazione, oltre che per più specifici riferimenti, cfr. *Potere*, I, cit., p. 178 ss.

32 Si veda l'impostazione in tal senso di ALFR. ROCCO, *La sentenza civile. Studi*, Torino, 1906, p. 96 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1924, p. 31; a tale prospettiva può essere ricondotta anche la prima elaborazione di F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pp. 25 ss. e 54-55. Secondo la teoria appena menzionata, il mutamento giuridico preesisterebbe come diritto alla manifestazione di volontà del soggetto con cui si produrrebbe l'effetto, la quale servirebbe solo a rendere attuale l'obbligo, già esistente allo stato latente, cosicché la stessa manifestazione non rappresenterebbe che l'esercizio di quel diritto. La critica, che tradizionalmente viene formulata a tale impostazione, per cui non potrebbe anticiparsi l'attualità dell'interesse tutelato al rapporto tra diritto e obbligo che sorgerebbe con l'esercizio del potere (cfr. G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. it. dir. comm.*, 1939, I, p. 560 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 183; ID., *Principii di diritto processuale civile*, I, *Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist. 1923), p. 185, in nota), rappresenta una precipua manifestazione della tendenziale contrapposizione tra una visione statica e una visione dinamica del diritto, nei termini da noi espressi.

33 L'impostazione rappresentata è derivata dalla scomposizione tecnica dei piani delle differenti relazioni che possono porsi nell'ambito della realtà giuridica, effettuata da parte di W.N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969 (op. orig. articoli del 1913 e 1917), p. 3 ss., il quale, attraverso la distinzione del piano dei concetti deontici e quello dei concetti anankastici, ha potuto superare la monoliticità dogmatica propria altrimenti del concetto di diritto soggettivo. Per tale via, e corretta qualche discrasia della stessa distinzione hohfeldiana, è stato possibile dunque sostenere che la situazione giuridica individua una figura di qualificazione deontica rispetto ad un comportamento che è causa di un effetto giuridico: si veda, in particolare,

La definizione in questo senso di situazione giuridica delinea così situazioni atomistiche, di teoria generale, rispetto alle quali il diritto positivo fa riferimento dando loro rilevanza autonoma o composita fra loro. In tale quadro, e attraverso tale scomposizione, anche i diritti assoluti partecipano del medesimo carattere relazionale³⁴. Di conseguenza, si fa strada un concetto di situazione finale quale solo descrittivo, in sé strumentale a definire una situazione, intesa nel senso rappresentato, che sia potenzialmente destinataria degli effetti del potere³⁵; il medesimo concetto non va a costituire, invece, una tipologia di situazione giuridica, idonea ad ascrivere a sé, nei termini della potenzialità dell'incisione, anche la stessa dinamica del potere (attraverso il concetto di diritto latente). Il potere giuridico, in tale contesto, è in grado allora di iscriversi – ed anzi viene necessariamente ad iscriversi – in un rapporto, corrispondendo ad una situazione soggettiva, di facoltà od obbligo di un atto precettivo³⁶.

Ora, sotto un profilo generale di asettica ricostruzione del giuridico (profilo che possiamo considerare *interno* al sistema), entrambe le ricostruzioni sono valide. Non lo sono, però, con riferimento all'intera considerazione storico-sociale dell'ordinamento (il profilo, cioè, *esterno* del sistema, anch'esso giuridicamente rilevante).

L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 143 ss. e 300 ss., il quale, nello specifico, considera situazioni giuridiche corrispondenti a modalità deontiche (obbligo, divieto o facoltà) che si collegano, sul piano contenutistico, ad un determinato comportamento che fa capo al soggetto; a queste si contrappongono le situazioni di aspettativa (positiva, negativa o mancanza di aspettativa). Rispetto a ciò, e individuato più specificamente il concetto di *pretesa* quale figura di qualificazione deontica che fronteggia un obbligo, il quale a sua volta può essere positivo o negativo, si può pervenire alla distinzione fra il piano della qualificazione deontica, che presenta una facoltà o un obbligo (positivo o negativo) in capo ad un soggetto, a fronte del quale si può configurare una non pretesa o una pretesa (positiva o negativa) in capo ad altri soggetti; e il piano contenutistico del comportamento collegato alla stessa figura deontica, che consistere in un atto materiale o un atto precettivo. In tale quadro, il potere è la modalità deontica di un atto precettivo, a fronte del quale può configurarsi una corrispondente pretesa in capo ad un altro soggetto: cfr. ampiamente *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 57 ss., 66 ss. e 175 ss.; nonché subito di seguito, nel testo.

³⁴ Cfr. ancora *Potere*, I, cit., p. 175 ss.

³⁵ Come appunto da noi considerata in *Potere*, I, cit., p. 134 ss.

³⁶ Cfr. sempre *Potere*, I, cit., pp. 57 ss. e 66 ss., nonché quanto detto subito sopra, in nota.

La visione statica del diritto appartiene, infatti, ad un momento storico in cui il Parlamento è visto come espressione della società civile come contrapposta allo Stato, rappresentato dal Sovrano e dai suoi Ministri. La staticità può essere assunta in ragione di una previsione normativa di stampo legislativo, proveniente dal Parlamento, che si eleva a regolare i rapporti tra tutti i soggetti del diritto. In questo senso, tutti i soggetti (pubblici e privati) sono sullo stesso piano rispetto alla legge, a loro esterna. A sua volta, ciò che va garantito nello Stato del primo Ottocento è la libertà nell'esercizio delle proprie facoltà, non lo svolgimento di relazioni P.A./cittadini giuridicamente regolate. La dogmatica di tipo statico si adatta dunque a tale rappresentazione dell'esperienza sociale, che costituisce il dato assiologico dell'ordinamento, idoneo ad esprimere giuridica rilevanza nella sistemazione dell'esperienza giuridica, influenzando, in questo senso, sulla stessa interpretazione del dato normativo.

La situazione viene tuttavia a mutare quando la visione dello Stato appena rappresentata viene meno, a seguito dell'evoluzione tardo-ottocentesca dello Stato liberale, che porta ad inglobare il Parlamento nello Stato, e a pervenire, per tale via, ad una riconsiderazione dello Stato stesso, il quale, sia in chiave di tendenza accentratrice e autoritaria, sia nella considerazione dello sviluppo dello Stato parlamentare tendenzialmente pluriclasse, diviene esso stesso produttore della norma a cui è soggetto³⁷. In tale contesto, risulta allora necessario ricercare un diverso fondamento della giuridicità dell'attribuzione del potere³⁸.

³⁷ Sul punto, si vedano, in particolare, P. COSTA, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, 1986, p. 9 ss.; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, cit., p. 3 ss.; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato ed organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1986, pp. 10 ss. e 193 ss.; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., p. 21 ss., ed ivi i relativi riferimenti alla giuspubblicistica tedesca (tra cui in particolare Gerber, Laband, G. Jellinek, su cui cfr. *supra*, in nota) e italiana dell'epoca. Si veda poi anche quanto da noi riportato in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 4 ss., n. 8; *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 17/2024, p. 26 ss., ed ivi più approfonditi riferimenti.

³⁸ Si veda ancora *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 4 ss., nn. 8-9; *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, loc. ult. cit.

In particolare, si può ricordare come, una volta entrato in crisi il meccanismo della giuridicità basato sulla norma esterna bilatera, per i motivi descritti nel testo, e in disparte i tentativi di mantenere intatta quella logica attraverso la concezione dell'autolimitazione statale (la soluzione approntata da G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., p. 10 ss.; ID., *La dottrina*

L'applicabilità di quelle categorie teoriche, di stampo statico, pur possibile sotto un profilo logico, entra quindi in crisi sotto un profilo assiologico. La ricostruzione normativa assume così una chiave dinamica, corrispondente ad una concatenazione di obblighi, e, sotto il versante soggettivo, alla riconduzione dei rapporti al paradigma pretesa-obbligo/non pretesa-facoltà. Questo è il modo, non serve ricordarlo, a cui storicamente si è risposto – sia pure attraverso il filtro, funzionalmente e strutturalmente ambiguo, dell'interesse legittimo – all'esigenza di giuridicizzazione del potere pubblico.

La rappresentazione appena effettuata ha dimostrato, dunque, l'esigenza di rapportare le categorie giuridiche, e il sistema giuridico su di esse costruito, con il dato storico-sociale concreto, per potersi pervenire ad una compiuta scelta di valore in ordine al sistema giuridico che, sotto il profilo assiologico, è idoneo a tro-

generale dello Stato, cit., p. 302 ss., spec. pp. 346 ss. e 373 ss., che, per rimanere nell'ambito della personalità statale e della norma come regolativa del rapporto bilaterale, ricorre appunto alla teoria dell'autolimitazione dello Stato, che scaturisce dalla distinzione tra dottrina sociale dello Stato e dottrina giuridica dello Stato) si sia dovuto fare riferimento, come pure detto nel testo, ad un diverso fondamento per giustificare la giuridicità del potere pubblico. In questo quadro, salvo il ricorso all'istituzionismo (SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, seconda ed., prima ed. 1918), rimanendosi al contrario in una chiave di lettura normativistica, è stata in particolare la teorizzazione gradualistica kelseniana (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, op. orig. 1934, p. 50 ss.) che ha potuto fornire una giustificazione della giuridicità che prescindesse dal tradizionale riferimento al rapporto giuridico intersoggettivo: in quest'ottica, si assiste, infatti, al superamento della concezione dell'autolimitazione jellinekiana dello Stato attraverso la riconduzione del relativo momento alla potenzialità effettuale della norma fondamentale; attraverso, cioè, la sua considerazione quale limite intrinseco al momento genetico del diritto, assunto in termini di ipoteticità della norma. In un'ulteriore ricostruzione, del pari di stampo normativista, che si rinviene in C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998 (rist. 1940), spec. p. 53 ss., la giuridicità è stata fatta invece derivare dal fatto normativo della costituzione in senso materiale, quale insieme di forze, di rapporti e di situazioni che scaturiscono dal conflitto di interessi che porta all'affermazione del gruppo di potere e alla posizione di questo come Stato: in questo senso, la costituzione in senso materiale non è un antecedente sociale logicamente precedente all'instaurazione dello Stato, ma è essa stessa norma che si pone quale porsi dello Stato, ricomprensiva dei fini e quindi dei limiti riconducibili al rapporto di forze affermatesi; si supera così il problema del rapporto tra realtà giuridica e realtà sociale, che in Jellinek aveva portato all'elaborazione del concetto di autolimitazione, assumendo che il limite del potere è insito nel suo stesso fondamento, giacché, se la giuridicità del potere deriva intrinsecamente dalla costituzione in senso materiale, ne consegue che la sua dimensione normativa è permeata della stessa politicità che caratterizza quest'ultima. Sul punto, si veda anche quanto si dirà *infra*, nel testo e in nota.

vare riscontro in quella medesima realtà storico-sociale. Quest'ultimo aspetto non è dunque estraneo al profilo normativo, ma è ad esso ricondotto attraverso la scelta di valore che in esso si trova espressa. Risulta così possibile, da un lato, evitare di assumere la rilevanza della realtà extra-giuridica nei soli termini riduzionistici propri dei singoli enunciati delle disposizioni di riferimento; e, dall'altro, impedire che la medesima rilevanza possa condurre al di fuori dell'espressione di un metodo epistemologico che, per come in questa sede declinato, nella sua unità è idoneo a rappresentare l'individuazione della relativa scienza.

La ricostruzione svolta tiene anche conto del rapporto tra il dato problematico, che dal rapporto tra profilo logico e profilo assiologico di riferimento scaturisce, e il dato sistematico, rispetto al quale ci si viene a rapportare. Si tenga presente, in effetti, che la stessa distinzione, da noi rappresentata, tra modello giuridico statico e modello giuridico dinamico, se può avere piena cittadinanza sotto il profilo logico-teorico, solo tendenzialmente esprime la relativa contrapposizione storica; nel senso che storicamente, come è ovvio, non vi è stata una netta contrapposizione dell'una con l'altra visione, ma il progressivo passaggio dall'una all'altra, non esente da sovrapposizioni e stratificazioni. È sotto tale profilo tendenziale che la contrapposizione è risultata dunque evidente, e può essere ricomposta nei termini sistematici considerati.

Un esempio può essere idoneo a dimostrare quanto sin qui rappresentato. Si consideri infatti come, nel momento in cui, in una visione ormai (tendenzialmente) dinamica del diritto, è stata riproposta una tesi statica del potere (è la tesi di Piras³⁹), questa non solo non sia stata condivisa, ma di fatto non sia stata in sé compresa, nella sua effettiva valenza teorica, dalla maggioranza degli operatori⁴⁰.

39 Secondo l'impostazione di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I-II, Milano, 1962, infatti, il potere corrisponderebbe ad una modalità optativa di avvalersi di un effetto già prodotto ma non operativo, nel senso che la modificazione della realtà giuridica non deriverebbe dall'esercizio del potere sostanziale, ma risulterebbe già avvenuta sul piano sostanziale al verificarsi del fatto normativamente previsto, di cui il titolare può decidere se valersi o meno. Siamo, quindi, all'interno di una rappresentazione del potere nel senso che noi abbiamo definito prettamente statico. Sul punto, si rimanda ampiamente all'analisi di tale tesi da noi effettuata in *Potere*, I, cit., p. 143 ss.

40 La considerazione della tesi di Piras è infatti avvenuta solitamente in relazione alla problematica generale dell'accertamento giurisdizionale dell'intero rapporto P.A./cittadino, tralasciando, tuttavia, il declinarsi del potere, e quindi del relativo rapporto, che, nella tesi dell'illustre A., era a fondamento dell'accertamento stesso (ciò, va detto, anche in ragione del fatto

Essa è risultata dunque confutata non sotto il profilo logico (ché, anzi, in sé è di una coerenza estrema, quantomeno nei suoi assunti generali), ma sotto quello assiologico.

5. (segue) I termini problematici attuali di riferimento e la loro possibile riconduzione a sistema

La concezione metodologica di cui si è dato riscontro consente un'ulteriore specificazione, in ordine all'attuale considerazione della realtà giuridica di riferimento.

In proposito, si tenga presente come la visione dinamica del diritto, in sé considerata, conferisca valore specifico ai rapporti pretesa-obbligo, ma non specifici i possibili piani di rilevanza di quei rapporti. Il dato assiologico è ridotto al dato normativo sostanziale, che detti rapporti regola. Tutti i rapporti, in questo senso, sono uguali tra loro, nei termini del normativamente regolato⁴¹.

La considerazione non è senza rilievo. Se si accetta la visione in esame, non risulta infatti possibile alcuna distinzione, che non attenga a criteri meramente quantitativi, fra potere pubblico e potere privato. Andrebbe negata, cioè, una contrapposizione, di stampo qualitativo, tra modello di azione pubblicistica e

che nella successiva voce M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 255, sembra considerarsi l'accertamento del rapporto senza tuttavia farsi riferimento alla particolare concezione del potere assunta nel volume monografico). Sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., pp. 153-154, n. 271, e 155-156, ed ivi i relativi riferimenti.

⁴¹ Tale impostazione trova riscontro, nell'ambito del diritto amministrativo, da parte della Scuola fiorentina, e in particolare si rinviene in L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 617 ss.; ID., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, secondo il quale l'interesse legittimo sarebbe riconducibile ad un diritto di credito, in rapporto al corrispondente obbligo della P.A., a ciò che è normativamente regolato; più nello specifico alla *possibilità normativa del risultato favorevole*, corrispondente a certezza dell'utilità finale nel caso di poteri vincolati, e alla *chance* legale di ottenerla nel caso di poteri discrezionali. Il fondamento assiologico della tesi si esplica così nel senso che, definendo, l'impostazione descritta, una mancanza di funzionalizzazione del potere all'interesse pubblico, che è ridotto a ciò che è normativizzato nella regola, sarebbe possibile la piena espressione di un rapporto cittadino-PA. di stampo partitativo, che si assume caratterizzare il nostro attuale assetto ordinamentale: cfr. anche C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, p. 176 ss.

modello di azione privatistica, e quindi, in sé, allo stesso rilievo di una funzione amministrativa. Verrebbe meno, tra l'altro, il valore del concetto di discrezionalità amministrativa, quale differente rispetto a quello di autonomia proprio di qualsiasi operatore di diritto comune.

Tale rappresentazione costituisce sicuramente un'alternativa ricostruttiva logicamente valida, ma non è, necessariamente, anche l'unica assiologicamente possibile nel quadro attuale di riferimento. Invero, che il dato normativo non possa essere pervaso da una carica assiologica differente è circostanza che deve essere semmai dimostrata, ma non può essere assunta come in sé esistente, pena l'incorrere nell'obiezione di metodo che si è mossa all'inizio del nostro lavoro.

Si noti, in proposito, che il passaggio da un'impostazione prettamente statica del giuridico, ad un'impostazione essenzialmente dinamica, pur determinata da un diverso referente assiologico corrispondente alla complessiva visione socio-pratica dell'ordinamento, comporta, in sé, solo un cambiamento di dogmatica; ma, una volta che questo è avvenuto, l'impostazione in questione rischia di porsi nella medesima chiave asettica della visione precedente. Non si deve dimenticare, cioè, nel momento in cui si assume una diversa ricostruzione su base assiologica, che questa è suscettibile di specificazioni e mutamenti, che devono essere tenuti in conto, in ragione del medesimo criterio metodologico che all'ordine assiologico fa riferimento. Altrimenti, si rischia di ripetere l'errore di asetticità proprio della visione precedente sul metodo giuridico, solo declinata rispetto al nuovo dato storico; si sta, cioè, presupponendo un metodo giuridico che, pur fondato su un dato assiologico differente, rimane impermeabile al mutamento del dato assiologico stesso.

Si deve mantenere, dunque, una considerazione e declinazione del metodo che consenta al dato assiologico di pervadere l'ordinamento.

Ora, nell'ipotesi specifica della concezione del potere amministrativo, è possibile proporre una diversa ricostruzione rispetto a quella appena rappresentata, la quale, sotto un profilo tecnico, conferisca rilevanza ai differenti piani propri del modello di produzione del potere.

Si può assumere, infatti, che l'ordinamento attribuisca uno specifico valore al dato assiologico di determinazione del fine di esercizio del potere, ricavandolo dal dato normativo della previsione di una particolare modalità di svolgimento

dell'attività ad esso correlata, quale coincidente con uno specifico modello procedurale, deputato alla previa verifica, con particolari modalità, della possibilità di esercizio del potere stesso⁴². In tale prospettiva, il dato assiologico non è confinato ad una visione predeterminata del dato normativo, ma, pur non potendo prescindere da esso, conferma la ricostruzione del sistema giuridico all'influenza dell'uno sull'altro.

In particolare, nella visione in esame, che possiamo definire dinamico-procedurale, si conferisce rilievo, appunto, alla previsione normativa di una modalità di esercizio del potere, quale quello amministrativo, che dalla disciplina generale della l. n. 241/1990 può dirsi strutturata nei termini di un *processo di accertamento*. La relativa procedura è infatti strutturata, dalla normativa in questione, quale rivolta alla verifica della sussistenza, in contraddittorio fra le parti, dei fatti normativamente rilevanti ai fini della decisione in ordine all'esercizio del potere, decisione che deve essere a sua volta motivata in ordine alle risultanze dello stesso processo di verifica effettuato⁴³.

42 È l'impostazione da noi perseguita in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 439 ss.; e da ultimo anche in *Potere e situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in A. CARBONE (a cura di), *Potere e diritto amministrativo*, Pisa, 2026, p. 13 ss. (e in questa rivista). Si veda subito di seguito, nel testo e in nota.

43 Cfr. *Potere*, I, cit., p. 450 ss.

Nei termini descritti, viene cioè prevista, dalla l. n. 241/1990, una procedura all'interno della quale assume rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti, che si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori, regolamentata dagli artt. 6 ss. Tale attività si esplica nel contraddittorio delle parti, siccome disciplinato dagli artt. 7, 9, 10 e 10 *bis* (concernenti la comunicazione di avvio del procedimento, l'intervento nel procedimento, la presentazione di memorie e documenti e accesso agli atti del provvedimento, la comunicazione dei motivi ostati dell'istanza, ecc.); e proprio il contraddittorio è ciò che risulta idoneo a qualificare in senso processuale una determinata procedura (E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, pp. 60-61 e 73 ss.; ID., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1067 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; ID., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss.), ancorché, nel procedimento amministrativo, esso si espliciti su un profilo limitato sotto il profilo orizzontale (quello, cioè, che riguarda la sua esplicazione tra le parti), e più sviluppato sotto quello verticale (il contraddittorio che si esplica tra le parti e l'autorità decidente: cfr., su tale distinzione M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 69 ss.).

Su queste premesse, lo svolgimento dell'azione amministrativa viene ad essere inquadrato all'interno di un modello processuale corrispondente, che consente di rapportare l'attività stessa

Tale rappresentazione, alla luce del dato assiologico ad essa correlato, consentirebbe, a sua volta, di assegnare alla determinazione del fine da perseguire (la scelta discrezionale) un particolare valore, oltretutto sostanziale, anche procedurale, tale per cui, sotto il profilo procedurale stesso, senza quindi intaccare la relativa dimensione sostanziale, anche l'attività afferente alla determinazione della regola discrezionale sarebbe ascritta all'accertamento.

La ricostruzione prospettata avviene concependo l'operatività della scelta discrezionale quale scissa in due piani di rilevanza, sostanziale e procedurale (profilo *tecnico*). In questo senso, la mancanza di definizione della scelta nella dimensione prettamente sostanziale non corrisponderebbe ad una sua inoperatività in quella procedurale, in ragione del suo rapporto con l'accertamento, su cui si struttura il modulo di esercizio del relativo potere⁴⁴.

Si ritiene, cioè, che, sulla base del rilievo, conferito dall'ordinamento, ad un modello processuale di accertamento per l'esercizio del potere, si debba scindere la rilevanza della regola di preferenza discrezionale domanda alla scelta amministrativa, la quale andrebbe reputata già effettuale sul piano di rilevanza procedurale (come tale, rendendosi rapportabile all'accertamento), ancorché la stessa non abbia ancora ricevuto definizione nel suo contenuto, e non possa quindi reputarsi operativa sul piano di rilevanza prettamente sostanziale⁴⁵. Si mantiene quindi,

alla relativa decisione. A questo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di avvio del procedimento attraverso la proposizione o auto-proposizione della domanda, per i poteri su istanza di parte o ufficiosi); rispetto ad essa, si pone infatti la necessità di verifica della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica. Inoltre, l'atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, rapporta la decisione stessa alle risultanze dell'attività svolta: ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra nella norma di cui all'art. 3, l. n. 241/1990. In presenza di detti caratteri, l'attività può quindi essere unitariamente considerata, in senso procedurale, quale ascritta ad una verifica in relazione ad una proposta di decisione che trova la sua esplicazione nell'ambito di un corrispondente processo: cfr. subito di seguito, nel testo e in nota.

⁴⁴ Si veda in proposito *Potere*, I, cit., pp. 395 ss. e 439 ss.; II, *Considerazioni conclusive*, 2025, p. 503 ss.; *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 35 ss.

⁴⁵ Nello specifico, nel momento in cui il valore riferito, da parte dell'ordinamento, è alla rilevanza normativa di una procedura fondata sull'accertamento (scelta di valore procedurale), la stessa attribuzione di una partecipazione alla determinazione del valore da attuare, attraverso il conferimento di un potere discrezionale (scelta di valore sostanziale, che corrisponde alla necessità

per tale via, intatto il valore sostanziale della discrezionalità quale regola la cui definizione viene ad essere demandata alla P.A., ma si conferisce anche rilievo alla consistenza procedurale dell'attività, quale processo di accertamento; ciò, come appena spiegato, attraverso la considerazione della scelta discrezionale non ancora effettuata come proceduralmente riferibile all'accertamento, tale per cui la relativa regola si considera, sotto il profilo normativo, già operativa sul piano procedurale, ancorché non lo sia su quello sostanziale⁴⁶.

di creazione di una regola di preferenza discrezionale per il caso concreto, demandata alla P.A.), deve essere considerata necessariamente insieme alla prima, andando a costituire, entrambe, due piani di rilevanza del medesimo rapporto. Il risultato, a cui per tale via si perviene, è quello per cui, nei termini specificati, il modello procedimentale deve reputarsi idoneo ad *ascrivere proceduralmente all'accertamento*, che detta struttura connota, anche l'attività, differente, che caratterizza la scelta in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza discrezionale, *pur mantenendone inalterata la connotazione sostanziale*. Il modello di accertamento, costituendo, cioè, una scelta di valore effettuata da parte dell'ordinamento, di conferimento di rilievo giuridico, in generale, all'attività di correlazione tra fatto e diritto, fa sì che, per tale ragione, il modello stesso si deve reputare in sé idoneo a ricomprendere, sotto il profilo normativo della funzione, laddove suffragato dai caratteri strutturali corrispondenti alla sostanza processuale del procedimento decisorio, anche attività di valutazione che dall'accertamento tecnicamente esulerebbero, senza per questo obliterarne la relativa essenza sostanziale. Ciò appunto in ragione della compresenza, *accanto al valore sostanziale di definizione della scelta in ordine alla definizione della regola di preferenza, che in sé rimane intatto, di quello procedurale proprio del modello strutturale della determinazione stessa*. Il procedimento, in questi termini, non assumerebbe quindi comunque carattere determinativo, anche in presenza di una scelta discrezionale, ma rimarrebbe ancorato alla propria struttura normativa di accertamento, in ragione della scelta di valore ad essa sottesa.

La conseguenza, a cui si perviene accedendosi a tale ricostruzione, è così quella per cui, da un lato, *su un piano sostanziale*, la scelta discrezionale dell'Amministrazione comporta la definizione di una norma di preferenza del caso concreto precedentemente non esistente; dall'altro, *sul piano procedurale*, la regola in questione si deve invece considerare già normativamente esistente nel suo profilo di rilevanza, risultando in questo modo idonea, come tale, a porsi come referente dell'accertamento (e a consentire così, per tale via, la convivenza tra discrezionalità e accertamento). In tale prospettiva, *vengono dunque a delinearsi due piani di rilevanza, sostanziale e procedurale*, afferenti a due dimensioni della medesima situazione giuridica. Rispetto ad essi, *si viene a scindere l'operatività della regola di preferenza discrezionale*, che risulta distinta *sul piano sostanziale e su quello procedurale*, sussistendo comunque nel secondo, anche senza esserlo nel primo.

Sotto il profilo della correlazione tra discrezionalità amministrativa e situazioni giuridiche, ciò comporta che, *sul piano procedurale*, la scelta discrezionale partecipa già della struttura della fattispecie della situazione di potere, ancorché risulti non ancora definita. Poiché, cioè, la regola di preferenza discrezionale, che eventualmente connota il potere amministrativo, deve considerarsi

Il modello descritto si fonda così sulla presupposizione che l'espressione, sul piano normativo, di un modello procedurale di accertamento per l'esercizio del potere, corrisponda ad un dato assiologico idoneo ad incentrare la rilevanza dei rapporti giuridici sulla modalità, più che sul contenuto, della loro esplicazione (profilo *assiologico*). La ricostruzione effettuata sarebbe infatti ricavabile, come detto, dal momento assiologico espresso dal dato positivo corrispondente alla normativa generale del procedimento amministrativo, che struttura quest'ultimo appunto nelle forme di un modello processuale di accertamento.

Per la via indicata, sarebbe quindi possibile discostarsi dall'alternativa precedentemente esposta, di carattere dinamico ma prettamente sostanzialistico, ed assumere invece un'ipotesi ricostruttiva avente rilievo, come detto, dinamico-procedurale. Con la conseguenza, fra l'altro, di fornire le basi per una generale distinzione tra potere pubblico (che risponde ad un modello procedurale di accertamento) e potere privato (che risponde ad un modello prettamente sostanzialisti-

già operativa sul piano procedurale, ancorché non lo sia sul piano sostanziale, la situazione giuridica di potere viene di conseguenza a configurarsi, in ogni caso, quale *obbligo di adozione di un atto precettivo*, sussistente se sussistono gli elementi, vincolati e discrezionali, della relativa fattispecie; o come *obbligo di non adozione dell'atto*, in caso di loro insussistenza.

Si vedano in proposito, ampiamente, *opp. loc. ult. citt.*

46 La scissione dell'operatività sui due piani di rilevanza indicati rappresenta, dunque, il meccanismo *tecnico*, attraverso il quale è possibile ottenere il risultato spiegato. La circostanza che la regola di preferenza, afferente al profilo teleologico del potere, non risulti normativamente definita sul piano sostanziale, non preclude, infatti, ad una sua considerazione già effettuale, per come operativa sul piano procedurale, in ragione della componente normativa riferibile al piano procedurale stesso. L'indefinizione contenutistica, relativa al contenuto della regola, passa così, sul solo piano della rilevanza procedurale, dal profilo di definizione della regola stessa a quello di verifica rispetto ad una regola assunta come già definita. Tale fenomeno di operatività della situazione effettuale, si aggiunge, è del tutto conosciuto nel nostro ordinamento, ed è proprio dell'ottica processuale generale, ove l'operatività di un fatto, pur già effettuale su un piano sostanziale, potrebbe non occorrere su quello procedurale se non a seguito dell'esercizio di un particolare potere processuale: è questo, nello specifico, il fenomeno riconducibile all'eccezione in senso stretto (cioè non rilevabile d'ufficio dal giudice), la quale è appunto un potere processuale volto, attraverso la richiesta di applicazione dell'effetto giuridico corrispondente a determinati fatti allegati, ad attribuire rilevanza a detti fatti, già produttivi di effetti giuridici nella realtà sostanziale, anche sul piano processuale, ai fini dell'operatività del relativo effetto. Rispetto a tale evenienza, cambia il contenuto dell'effetto, e risulta invertito il rapporto di operatività tra i due piani, ma il presupposto logico è il medesimo, ma il presupposto logico è il medesimo, cioè che il piano di rilevanza processuale sia scisso da quello sostanziale, da ciò facendosi derivare le relative conseguenze. Cfr. ancora quanto detto in *opp. loc. ult. citt.*

co), mantenendo con essa intatto il rilievo concettualmente autonomo della discrezionalità amministrativa⁴⁷.

Ora, in termini teorici asettici, entrambe le ricostruzioni rappresentate (dinamico-sostanziale e dinamico-procedurale) si equivalgono (vi è comunque coerenza interna del dato logico). Né il dato positivo formale, in sé considerato, è idoneo a fornire un'indicazione sul punto: ci si potrebbe limitare a considerare, infatti, la sostanza procedurale dell'attività come una particolare modalità con cui il potere si deve esprimere, in sé non rilevante in maniera differente da qualsiasi requisito previsto dalle norme formali sulla produzione di un determinato atto.

Viene allora in rilievo, come detto, il profilo assiologico, che consente di pervenire alla ricostruzione maggiormente corrispondente all'esperienza storico-sociale del diritto nel quadro attuale.

Ovviamente, non è questa la sede per procedere all'indagine appena indicata, che concerne in sé non il metodo, ma il *merito* della sua applicazione. Sia sufficiente da parte nostra rilevare, sotto tale profilo, che della declinazione che abbiamo definito dinamico-procedurale del dato assiologico ci pare vi sia riscontro nell'attuale quadro normativo, giurisprudenziale, e dello stesso sentire sociale, pur non nascondendosi possibili punti di discrasia (com'era, del resto, nel rapporto fra visione statica e visione dinamica del diritto)⁴⁸.

Ai fini del presente scritto, piuttosto, ciò che va evidenziato è che l'applicazione del metodo giuridico, in chiave non formale, ma specificata nei termini spiegati, permette di ricercare la validità assiologica della ricostruzione del sistema nell'uno o nell'altro senso, senza rinnegare l'unitarietà del metodo nella scienza giuridica e l'ancoraggio del suo oggetto di studio ad un rilievo di carattere norma-

⁴⁷ Non è questa ovviamente la sede per la considerazione delle conseguenze che l'impostazione descritta, in ordine ad una considerazione procedurale della discrezionalità amministrativa, viene a comportare. Ci si limita ad evidenziare come, per tale via, si conferisce una base teorica alla tesi per cui la scelta discrezionale, pur rimanendo non sostituibile da parte del giudice, in ragione del valore sostanziale ad essa sotteso, possa essere esaurita in giudizio da parte della P.A., con mezzi processuali: ciò appunto in forza della connotazione procedurale della discrezionalità, e della consistenza processuale di entrambe le procedure (giurisdizionale e amministrativa). Si veda quanto da noi rappresentato in *opp. loc. ult. cit.*

⁴⁸ Si vedano ampiamente *Potere e situazioni soggettive*, I, cit.; II-1 e II-2, 2022-2023, ora in II, rist. 2025, cit., ed ivi anche le *Considerazioni conclusive*, cit. Cfr. pure *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 13 ss.

tivo⁴⁹. In questo modo, l'applicazione del metodo, orientato nel senso e nei termini decritti, è idonea a far emergere, attraverso il profilo assiologico del referente normativo, l'elemento problematico dell'ordinamento, così consentendo la ricostruzione del sistema senza che una crisi della costruzione precedente, o comunque del rapporto tra costruzioni alternative, sconfini in un ambito di rilevanza in sé extra-giuridico⁵⁰.

6. Considerazioni conclusive

49 Sul punto, si può ulteriormente specificare, riprendendo quanto rappresentato *supra*, alla n. 38, che se la ricostruzione dinamico-sostanzialistica del potere ben può giustificarsi in qualsiasi visione normativistica della realtà giuridica, quella dinamico-procedurale è destinata a ricevere riscontro, in particolare, ponendosi in rapporto con una concezione mortatiana dell'ordinamento, in quanto specificamente idonea, quest'ultima, a dare rilevanza al profilo assiologico di riferimento, senza per tale via discostarsi dal paradigma normativista.

50 In chiusura del ragionamento, ci siano consentite alcune specificazioni ulteriori, in ordine alla ricostruzione dinamico-procedurale da noi proposta, sia sotto un profilo più propriamente epistemologico, sia, sulla base di quest'ultimo, di paragone contenutistico con le scienze fisiche.

Ora, nella nostra impostazione, come detto, l'applicazione del metodo nel senso proposto consente di fornire il fondamento assiologico all'operatività giuridica della regola discrezionale in rapporto ad un modello di produzione normativamente improntato ad un modulo processuale di accertamento. La circostanza che la regola discrezionale di riferimento, per tale via, sia considerata, sotto un profilo tecnico, già operativa sul piano procedurale, senza che lo sia su quello prettamente sostanziale, connota, a sua volta, la definizione del concetto di accertamento, che si pone, per così dire, in una chiave di lettura *quantistica*, conforme cioè, in via di principio e per approssimazione, al corrispondente modello fisico, in generale attualmente accolto. Vi è, in altri termini, una definizione dell'accertamento che non considera come ontologicamente esistente la realtà a cui si rapporta (la misurazione può, in questo senso, definire ciò che è misurato), ma riconosce (*Potere*, I, cit., p. 427 ss.) che la distinzione fra integrazione della norma che ricade nell'interpretazione e integrazione della norma che ricade nella discrezionalità non è in sé ontologicamente definibile in positivo (in questo senso, si noti come un modello di considerazione quantistica della discrezionalità sia stato proposto anche, sia pure con differenti intenti, e con riferimento al problema del creazionismo giudiziale, da R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, p. 15 ss.). Per tale via, senza negarsi la distinzione fra le due categorie indicate (interpretazione e discrezionalità), ma anzi espressamente ribadendola, si viene però a declinare la stessa su altre basi, non cioè ontologiche, ma relative all'operatività della norma, se solo sul piano procedurale o anche su quello sostanziale, la cui scelta è demandata all'ordinamento sulla base dei riferimenti propri del medesimo piano normativo. Continuando il paragone con l'universo fisico, pur nella inevitabile approssimazione che ciò comporta, si può allora ritenere che: la visione statica dell'ordinamento coinciderebbe con la ricostruzione della fisica classica newtoniana, rapportata ad un universo statico; quella dinamico-sostanziale corrisponderebbe invece alla medesima ricostruzione classica, ma rapportata ad un universo in espansione; quella dinamico-procedurale, infine, considererebbe un modello

È stato ricordato, all'inizio della nostra analisi, come il problema del metodo sia essenzialmente sempre presente sullo sfondo del discorso scientifico di diritto pubblico, venendo, periodicamente, in maggiore e più diretto rilievo. Ciò, naturalmente, deve essere posto in correlazione con quanto avviene nel concreto svolgimento della scienza pubblicistica e dei suoi studi, nell'ambito di un determinato periodo storico.

Nel quadro attuale degli studi di diritto pubblico, ci sembra si stia assistendo, ormai da quasi un decennio, ad una proliferazione della settorializzazione negli scritti e negli studi di diritto amministrativo, presumibilmente anche in ragione di specifiche contingenze (la pandemia del 2020 e le sue conseguenze, con l'approvazione, in particolare, del PNRR) che ne hanno amplificato la portata.

Il pericolo, in tale contesto, è quello di una ricerca che, persa nel particolare, rischi di non rapportare l'apporto problematico, che pur opportunamente dai corrispondenti referenti è possibile trarre, ad una visione sistematica generale.

Nello specifico, la mancanza di riconduzione a sistema si palesa, ci sembra, sotto i seguenti profili.

In primo luogo, mancando un'accettabile visione sistematica complessiva delle riflessioni su parti settoriali, si perde la centralità del rapporto intorno al potere su cui, come si è avvertito, in tutte le possibili dimensioni rilevanti, ruota (dovrebbe ruotare) la scienza del diritto pubblico.

Inoltre, come ulteriore conseguenza, anche le questioni concernenti tale generale profilo finiscono per essere relegate ad un ambito specifico della scienza amministrativa. Lo studio del fenomeno dei rapporti inerenti al potere è infatti troppo spesso inteso come riservato al solo aspetto che assume rilevanza in ordine della tutela, quello, cioè, della giustizia amministrativa (tradendo peraltro, per tale via, il retaggio risalente delle posizioni dei privati solo indirettamente protette in quanto solo processualmente rilevanti).

Nella maniera descritta, si disconosce così il profilo di raccordo sistematico della ricostruzione pubblicistica, e, a ben vedere, la stessa possibilità di un pensie-

espansivo dell'universo, nell'ottica, però, propria della teoria dei quanti.

Il paragone effettuato, ad ogni modo, è qui proposto solo ai fini di fornire una prima impressione in proposito, e necessita di una più consona riflessione, che potrebbe essere svolta in futuro.

ro metodologico sistematico. Il superamento dei rilievi in questione dovrebbe quindi passare per il recupero, in chiave appunto sostanziale, della centralità della tematica indicata, a cui gli studi settoriali, come detto, devono apportare profili di possibile rilevanza, contribuendo per tale via alla loro riconduzione a sistema. Mentre, la parte effettivamente processuale, della tutela giurisdizionale, deve essere unicamente quella a tali profili corrispondente, avente, come tale, rilievo solo successivo e strumentale, e perciò ponendosi, attraverso gli strumenti del diritto processuale generale, a completamento di un profilo già risolto sul piano sostanziale.

Il problema viene a porsi, dunque, in termini essenzialmente di metodo. Tale essendo lo stato degli studi amministrativi⁵¹, non è allora un caso che la scienza giuspubblicistica abbia negli ultimi tempi iniziato a reinterrogarsi, in maniera più profonda e diffusa, sul ruolo del metodo nel diritto pubblico, con una serie di scritti ed iniziative⁵².

51 Non serve ricordare l'ammonimento di G. CAPOGRASSI, *Il problema di V.E. Orlando*, cit., p. 362, per cui "ogni volta che si fa questione di metodo, è segno che vi è sempre qualcosa di più profondo, che nel profondo c'è una vera questione di sostanza".

52 Si veda da ultimo, in particolare, oltre ai già cit. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Il confronto nel metodo giuridico*, che raccoglie gli atti del convegno sul tema tenutosi all'Università degli Studi Roma Tre il 1° marzo 2022, e F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico*, che raccoglie gli atti del convegno sul tema tenutosi all'Università di Trento il 12-13 dicembre 2019, alla serie di iniziative promosse dal prof. Enrico Follieri sul metodo nel diritto amministrativo, con gli incontri svoltisi (sinora) tra il 2024 e il 2025 a Lucera, Verona, Palermo e Firenze, le cui relazioni sono state diffusamente pubblicate nella rivista *Dir. e proc. amm.*: E. FOLLIERI, *Relazione introduttiva* al convegno di Lucera, 2024, p. 281 ss.; D. SCHEFOLD, *Il metodo del diritto amministrativo. Aspetti tedeschi*, 2024, p. 313 ss.; J. MARTIN, *Il metodo del diritto amministrativo in Francia*, 2024, p. 327 ss.; H.M. MOTZFELDT, *Digitalizzazione – uno studio dei fattori propulsivi del diritto amministrativo danese*, 2024, p. 355 ss.; P. DURET, *Saluti introduttivi* al convegno di Verona, 2025, p. 1 ss.; C.E. GALLO, *I principi del processo amministrativo tra codificazione e attuazione*, 2025, p. 5 ss.; S. MORO, *Intervento programmato al Convegno "Sul metodo nel diritto amministrativo: la ricerca dei principi del procedimento e del processo nel diritto vivente, fra dottrina e giurisprudenza"*, 2025, p. 17 ss.; G. SALA, *Sul metodo nel diritto amministrativo: la ricerca dei principi del procedimento e del processo nel di ritto vivente, fra dottrina e giurisprudenza. Introduzione al secondo incontro per la discussione di oggetto e metodo del diritto amministrativo*, 2025, p. 245 ss.; V. DOMENICHELLI, *Le "sfide" del diritto per principi*, p. 267 ss.; M.C. CAVALLARO, *Il metodo nel diritto amministrativo e il confronto con gli altri saperi*, 2025, p. 829 ss.; M. TRIMARCHI, *A margine di un dibattito recente sul metodo nel diritto amministrativo*, cit.

Nel quadro delineato, le considerazioni qui esposte corrispondono ad un tentativo di fornire un contributo, nel senso che si è rappresentato, al dibattito attuale. Tentativo che, se scoraggia un approccio formalista ed eccessivamente chiuso in sé stesso, non per questo rinuncia all'aspirazione ad un modello sistematico che derivi dall'applicazione di un metodo scientifico di carattere giuridico, ove il suo ruolo venga considerato tenendo in conto tutte le possibili declinazioni che allo stesso fanno (devono fare) riferimento.