

anteprima
visualizza la scheda del libro su www.edizioniets.com

JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

discipline civilistiche
discipline penalistiche - Criminalia
discipline pubblicistiche
filosofia del diritto
storia del diritto

TESTI

CLASSICI

Comitato scientifico

Marcello Clarich, Aurelio Gentili,
Fausto Giunta, Mario Jori, Mario Montorzi,
Michele Taruffo

Luigi Benvenuti

La discrezionalità amministrativa

nuova edizione



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2023

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884676763-9

INDICE

<i>Prefazione</i>	11
<i>Introduzione</i>	13

PARTE I PROSPETTIVE DI STORIA E METODO

Capitolo I *Interpretazione e discrezionalità*

1. Premessa sull'utilità di una storia delle dottrine	23
2. Cenni sull'origine del problema	25
3. Alcuni criteri seguiti nella ricerca. Importanza di studiare il tema della discrezionalità amministrativa in relazione all'interpretazione	28
4. Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica nella giuspubblicistica liberale. In particolare nell'opera di F. Cammeo	33
5. Il problema nell'opera di Presutti	41
6. Le soluzioni proposte dal Ranalletti	48
7. Raselli e l'allargamento alla discrezionalità dei giudici	57
8. La problematica nel clima politico degli anni '30	72

Capitolo II *Atto amministrativo e discrezionalità*

1. La discrezionalità in rapporto all'atto: alcune considerazioni di ordine metodologico	93
2. Il problema della volontà e la riflessione della dottrina civilistica sul negozio in particolare negli anni '30; analisi critica di una polemica sui concetti giuridici	100
3. Il problema della volontà e la influenza degli studi sul negozio nella dottrina giuspubblicistica intorno all'atto; in particolare la posizione di Giannini e di Mortati	110

4. Il tema della causa e sua incidenza sulla nozione di discrezionalità	121
5. Considerazioni conclusive	126
6. La discussione intorno al concetto di potere svoltasi nell'immediato secondo dopoguerra e sua importanza per il tema della discrezionalità	129
7. Alcune considerazioni critiche	141
8. Il problema del potere e la cultura giuridica italiana negli anni '50	144

PARTE II PROFILI RICOSTRUTTIVI

Capitolo I *Problemi generali e discrezionalità*

1. Considerazioni generali sull'indagine fin qui svolta e alcune prospettive ricostruttive	151
2. Importanza dei problemi del potere giuridico come presupposto per la problematica della discrezionalità	157
3. Il potere nell'ottica del giuspositivismo	163
4. Accenni alla problematica interpretativa tra crisi del giuspositivismo ed ermeneutica	172
5. Alcune considerazioni sulla nozione di potere giuridico	179
6. Potere giuridico e legittimazione del potere: l'emergere della solidarietà come ragione dell'ordinamento	186
7. Conseguenze delle definizioni proposte in ordine alle manifestazioni della dinamica del potere	191
8. Alcune prime osservazioni sulla nozione di discrezionalità	197

Capitolo II *La discrezionalità tra problema e sistema*

1. Considerazioni sulla dinamica della comprensione in rapporto alla discrezionalità	203
2. Il concetto di discrezionalità dal punto di vista della norma e da quello dell'ordinamento: esame critico di alcune linee di tendenza della dottrina	210
3. Individuazione del piano su cui sarà condotta la ricerca: caratteristiche morfologiche della discrezionalità secondo due modelli possibili	218

4. La discrezionalità nelle ipotesi di massimizzazione della libertà e in quelle in cui vi sia una serie procedimentale: ancora due modelli	227
5. Definizioni conclusive del concetto di potere discrezionale	231
6. Altre considerazioni sulla definizione della discrezionalità amministrativa	237
7. Sue caratteristiche morfologiche	241
8. Osservazioni finali	256
 <i>Postfazione</i>	 261

PREFAZIONE

Qualche breve cenno per spiegare le ragioni di una nuova edizione della monografia sulla discrezionalità amministrativa, apparsa per i tipi della CEDAM nel 1986.

Confesso che quando, con benevola insistenza, alcuni amici e colleghi mi hanno sollecitato ad una sua ripubblicazione, all'inizio ero rimasto un po' perplesso.

E mi sono chiesto quanto potesse interessare ripercorrere gli itinerari argomentativi che avevano portato a quella definizione del potere discrezionale e se le premesse di quel lavoro potessero essere tuttora attuali, eventualmente con qualche correzione ed adeguamento.

Nel dar risposta a tali quesiti è d'uopo inquadrare l'opera nel clima di quegli anni.

E sono anni in cui – il penultimo decennio del novecento – ci si cullava nelle illusioni di una vera spinta riformatrice, che, tenendo conto delle istanze provenienti dal basso, dalla società, fosse in grado di incidere sulle strutture dello Stato centrale e sull'intero ordinamento delle autonomie – di lì a poco avrebbero visto la luce due leggi fondamentali del 1990, la 142 sugli enti locali e soprattutto la 241 sul procedimento amministrativo.

Oltre ad una vaga speranza in un progressivo mutamento del sistema all'insegna della costruzione di un convincente modello di democrazia partecipativa, umori contrastanti correavano ed erano presenti nei dibattiti e nella cultura del tempo.

E un forte sommovimento di idee ha investito pure i piani alti della riflessione filosofico-giuridica.

Nello studio del diritto si è assistito ad un confronto tra gli esponenti del giuspositivismo formati alla scuola analitica facente capo a Bobbio e i paladini del nuovo verbo costituito dalla filosofia ermeneutica; con svolgimenti che, muovendo da premesse metascientifiche post-positiviste, hanno ripensato a temi quali quello della formazione dei concetti e delle teorie della scienza giuridica.

Senza poter indugiare su contenuti specifici e sugli intrecci tra differenti indirizzi di pensiero, quel che si può dire è che alcune motivazioni di fondo del richiamato lavoro sulla discrezionalità sono da rinvenire in quel composito sommovimento di idee.

Soffermiamoci dunque sui profili summenzionati, quello relativo alla spinta riformista nella direzione di una innovativa immagine di democrazia partecipativa e quello riguardante la questione del metodo.

Quanto al primo aspetto, va sottolineato come la tematica della discrezionalità è stata affrontata nel volume dando particolare importanza alla riflessione intorno alla nozione di potere, fino a toccare il versante di una sua legittimazione, letta nel prisma del principio di solidarietà.

Aderendo per alcuni tratti a quell'indirizzo di pensiero che ha approfondito la dinamica della produzione, incentrandola su una nozione di potere inteso in senso obiettivo, ho posto così le premesse per una considerazione della discrezionalità che fosse espressione delle spinte provenienti dal basso, dalla società.

Vista in una prospettiva attualizzata, tale impostazione può offrire qualche pezza giustificativa ad una amministrazione alla ricerca di una sua legittimazione democratica. Il momento delle scelte, infatti, ove aperto ad un confronto trasparente con tutti gli interessi in gioco, e maturato nell'ambito di un procedimento sensibile ad una rigorosa verifica fattuale, consegna all'amministrazione, come ben si è detto, un ruolo di «razionalizzazione e di stabilizzazione degli altri poteri».

Quanto all'altro aspetto, quello relativo alle opzioni di ordine metodologico, il volume risente pienamente dell'irrompere di un movimento ermeneutico che proprio sul finire del secolo si apriva al dialogo con altri indirizzi.

In particolare l'incontro con l'ermeneutica gadameriana, e sullo sfondo la condizione di suggestioni derivanti da premesse meta-scientifiche post-positiviste, sono alla base della tesi principale, quella secondo cui la discrezionalità sarebbe tout court emanazione della tematica interpretativa.

Una delle motivazioni di fondo della riedizione del lavoro risiede perciò nella rammentazione di alcuni passaggi d'epoca e di un clima culturale che di quella proposta teorica ha costituito la premessa.

Infine il volume si chiude con una postfazione, che dà conto delle più recenti elaborazioni di dottrina e giurisprudenza.

Al proposito una riformulazione della tesi principale, contenuta nella monografia del 1986, porta a discutere in modo rinnovato di quel rapporto tra pensiero e linguaggio che resta alla base delle prospettive aperte da una ermeneutica recepita come modo di essere del comprendere.

INTRODUZIONE

Nel presentare l'edizione definitiva di questa ricerca ci è sembrato opportuno chiarirne maggiormente i presupposti.

Il problema della discrezionalità è certamente uno dei punti nodali di ogni riflessione critica sul diritto amministrativo del passato e del presente. Tutti gli autori, in un modo o nell'altro, hanno dovuto occuparsene e tentare di scioglierlo e ciò è avvenuto, da parte dei giuristi usando un metodo interno al diritto, da parte dei filosofi usando un metodo appunto filosofico. Ci è sembrato di poter adottare un diverso punto di vista se si vuole dire intermedio tra i due, consistente nell'apprezzamento degli aspetti strutturali e funzionali del fenomeno alla luce di altre premesse fondamentalmente oggetto della teoria generale, che abbiamo ritenuto indispensabile precisare al fine di impostare in modo il più possibile critico l'intera ricerca. È da dire che spesso in sede di analisi della nozione si è messo in luce il carattere particolare del concetto rispetto ad altri più tipicamente oggetto di studio della scienza giuridica, talora affermandosene la essenzialità nell'ambito di una teoria dell'ordinamento, talaltra sostenendosene l'importanza al fine di chiarire il meccanismo intrinseco della produzione. Ci è sembrato peraltro che le spiegazioni offerte in dottrina risentissero di quella ambiguità di fondo di ordine metodologico per cui se da un lato da parte della cultura giuridica venivano presupposti e dati per scontati i quesiti più tipici di una problematica filosofica, per un altro lato in filosofia o nelle elaborazioni della teoria generale fatte dai filosofi non veniva operato il collegamento con il dato positivo o con la realtà degli ordinamenti contemporanei.

Proprio questa particolare posizione del fenomeno dunque, ci ha condotto nel corso del lavoro ad interrogarci da giuristi su alcuni nodi principali oggetto della teoria generale, ed in questo senso abbiamo creduto anzi necessario, nel cercare una definizione, di chiarire l'ambito culturale entro cui ci siamo mossi.

Il lavoro che abbiamo svolto non poteva prescindere dall'analisi il più puntuale possibile delle opere dei giuristi e ciò costituisce la parte di ricerca storica. Qui il primo problema che abbiamo dovuto affrontare è stato se scegliere nell'indagine di rivolgerci alle motivazioni più interne delle teorie, cercando di seguire l'evoluzione intervenuta su singoli punti delle costruzioni osservando dunque ad esempio la diversa formulazione dei nodi soprattutto strutturali della nozione dell'interpretazione;

ovvero piuttosto ricercare esclusivamente nelle condizioni esterne, di ordine sociale e politico, la spiegazione di quelle teorizzazioni del fenomeno, affrontando allora in particolare il tema della dimensione politica della discrezionalità, il ruolo da essa svolto negli ordinamenti storici.

In effetti, sembrandoci che in astratto una risposta e una separazione netta tra i due criteri non fosse possibile, abbiamo preferito lasciarci guidare nel concreto lavoro di ricerca dalle esigenze derivanti dalla specificità dell'oggetto trattato e dalla considerazione critica dello stato degli studi giuspubblicistici intorno al tema¹. In tal senso allora, nell'analisi di alcune opere della giuspubblicistica liberale, abbiamo ritenuto importante soffermarci sulla relazione esistente tra discrezionalità e problema dell'interpretazione, sottolineando le caratteristiche metodologiche e di «stile» delle diverse elaborazioni intorno al tema, dietro cui peraltro abbiamo cercato di riconoscere differenti concezioni politico-statali.

Successivamente, nell'analisi di alcune opere del ventennio fascista, ci siamo rivolti oltre che al profilo dianzi citato, specificamente ad un tema quale quello della incidenza delle regole extragiuridiche nel momento del giudizio, allargando il discorso al dibattito processualcivilistico e finendo, da ultimo, per osservare il differente ruolo assegnato dalla scienza giuspubblicistica e da quella civilistica al profilo della volontà, anche qui indicando la posizione assunta dalla cultura giuridica a fronte dello Stato corporativo. Infine, abbiamo ritenuto importante operare un confronto con il periodo subito successivo al secondo conflitto mondiale, e ciò abbiamo fatto considerando alcune teorizzazioni intorno al concetto di potere, scorgendo dunque nel momento della produzione il nucleo di fondo di ogni riflessione intorno alla discrezionalità.

Se queste sono le considerazioni che ci hanno mosso nell'analisi storica, è da dire che nella parte costruttiva ben più pressante ci è parsa la necessità di chiarire il quadro di riferimento metateorico, al fine di stabilire i fondamenti, i limiti e la funzione stessa della ricerca. Per capire allora entro quale orizzonte ci siamo collocati nella presente indagine, vogliamo innanzi tutto aprire una parentesi, facendo il punto sulla attuale fase del dibattito in corso nella metascienza contemporanea che da ultimo ha sembrato investire pure la scienza giuridica, in particolare ponendo in discussione i risultati cui sono pervenute le scuole italiane di indirizzo analitico.

La tendenza a mettere in discussione fin dai fondamenti molte delle tesi principali espresse dall'indirizzo neoempirista è una caratteristica tipica della riflessione

¹ In generale sul rapporto tra storia interna e storia esterna vedi P. ROSSI, *Problemi e prospettive nella storiografia della scienza*, *Rivista di filosofia*, 63, pp. 102-128 cui rimandiamo per la bibliografia.

Per quanto attiene alla problematica giuridica vedi DI ROBILANT, *La configurazione delle teorie nella scienza giuridica*, *Riv. int. fil. dir.*, 1976, p. 470 e ss. e più di recente, in una prospettiva post-positivista, VILLA, *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica*, *Mat. st. cult. giur.*, 2, 1985, p. 371 e ss., secondo cui un'immagine post-positivistica della conoscenza dovrebbe essere in grado di spiegare più e meglio di altre concezioni rilevanti episodi di storia della scienza giuridica come frutto di strategie conoscitive razionali (la «storia interna» della scienza giuridica). Sul punto vedi *infra* nota 8.

metascientifica più recente, che ha avuto effetti pure sulla riflessione epistemologica intorno alle scienze sociali.

È noto come il movimento neoempirista da una primitiva impostazione più strettamente verificazionista è pervenuto successivamente ad una precisazione dei limiti e della natura dei procedimenti della conoscenza sostituendo il concetto di verifica con quello di conferma – o di falsificabilità secondo la versione data dal Popper e dagli autori ad esso ispirantisi.

Così pure, dopo un primo momento rivolto a discutere la preferenza da dare al linguaggio fenomenistico ovvero a quello fisicalistico e superata una prima fase rigorosamente sintattica, si è rilevato da parte degli stessi fondatori del movimento la presenza di una dimensione semantica dello strumento linguistico, mentre per un altro verso è venuta approfondendosi la ricerca intorno al problema dell'induzione – osservato o tramite una ricerca delle teorie sulla probabilità o mediante una discussione sui fondamenti di un possibile giudizio sintetico a priori in sé distinto dal genere dei giudizi analitici – in tal modo pervenendo ad una definizione dei rapporti esistenti tra contesto della scoperta e contesto della giustificazione o del controllo².

Senza voler soffermarci su questa ampia vicenda ciò che intendiamo segnalare è come da ultimo si sia verificata una globale contestazione delle tesi di fondo dell'indirizzo, in questo senso sottoponendo a critica pure le versioni aggiornate e le diverse successive correzioni intervenute nei confronti delle primitive opzioni teoriche, pervenendo dunque ad un radicale superamento dei fondamenti di partenza su cui era retto l'intero edificio neoempirista³.

Nella fase più recente di questo travaglio teorico – le cui origini peraltro, si è sottolineato, si devono cercare nell'impostazione di alcuni esponenti del movimento degli anni '20 – vi è innanzitutto la tendenza ad una convergenza verso un'unica visione liberalizzata della conoscenza scientifica da parte delle più diverse impostazioni di pensiero, il che ha condotto ad una rottura dei tradizionali confini esistenti tra opposte culture.

² Esemplicativamente, per una considerazione di sintesi del movimento neoempirista e delle sue fasi vedi MEOTTI, *Sviluppi dell'empirismo logico*, in GEYMONAT, *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, Milano, 1973, Vol. IV, p. 242 e ss.; BARONE, *Il neopositivismo logico*, Bari, 1977; sul punto dei rapporti tra contesto della scoperta e contesto della giustificazione con riferimento anche alle elaborazioni del primo neopositivismo vedi ora ELKANA, *La ragione astuta*, in *La nuova ragione*, a cura di P. Rossi, Bologna, 1981, p. 155 e ss.

³ Circa il superamento del modello neopositivista anche nelle versioni più aggiornate e sulla più recente riflessione meta-scientifica contemporanea – con attenzione ai lavori di Hanson, Toulmin, Kuhn – vedi SUPPE, *The Structure of Scientific Theories*, Urbana, 1977; per la letteratura italiana vedi FISTETTI, *Neurath contro Popper*, Bari, 1985, in particolare la Prefazione p. 15 e ss.; ZOLO, *Scienza e politica in Otto Neurath*, Milano, 1986, in particolare la Prefazione e p. 176 e ss. Secondo lo Zolo, autori come Polanyi, Quine, Toulmin, Hanson, Bohm, Feyerabend, Scriven, Lakatos, Laudan, Mary Hesse sono alcuni degli esponenti più noti di questa filosofia della scienza, che con qualche approssimazione si può ormai chiamare «post-empirista»; mentre per quanto riguarda la riflessione epistemologica delle scienze sociali «la rivolta contro il positivismo ha dato luogo nel corso degli anni '70 ad una situazione assai complessa», essendovi una convergenza verso un unico universo post-empirista da parte di esponenti di diversi e tra loro opposti indirizzi di pensiero, *op. cit.*, p. 10. Con attenzione anche alle teorie della scienza giuridica, VILLA, *Teoria della scienza giuridica e teoria delle scienze naturali*, Milano, 1984, pp. 5-46.

Non sarebbe possibile in questa sede prendere in esame le linee di tendenza e le diverse interpretazioni che sono state date a questa rivolta nei confronti della ragione scientifica. È da dire peraltro che se sotto questo indiscutibile dato unitario si è spesso celato un atteggiamento contestativo fine a se stesso confondendosi dunque la ricerca di nuovi orizzonti con una generica constatazione di impotenza metodologica⁴, in altri casi si è solo finito per abbandonare ogni netta distinzione tra metodologia e sociologia, da un lato volendo superare ogni rigida differenziazione tra una pur sempre necessaria giustificazione critica ed il momento, in sé di difficile definizione, della scoperta, da un altro lato sottolineando la problematicità di mettere a confronto diverse teorizzazioni data la loro dipendenza da fattori esterni non riducibili per via di ragione⁵.

⁴ Espressione del primo atteggiamento ci sembrano alcuni dei saggi contenuti nel volume a cura di GARGANI, *La crisi della ragione*, Torino, 1979 – in ciò concordiamo con l'opinione di ZOLO, *op. cit.*, p. 17, mentre ci sembra eccessivamente semplificatorio il quadro proposto da questo autore dello stato della cultura contemporanea italiana, in cui, si afferma «lo scetticismo e l'anarchismo metodologico hanno finito così per saldarsi, nel particolare contesto italiano, con il background tradizionale dell'antimodernismo spiritualistico o religioso, della metafisica speculativa, dell'incultura scientifica». Per contro, secondo lo Zolo, solo tramite il riconoscimento della «priorità epistemologica delle scienze sociali» raggiunta attraverso una attualizzazione critica della tradizione convenzionalistica e scettica dell'empirismo, sarebbe possibile rispondere e superare la crisi dell'empirismo, evitando dunque gli esiti irrazionalistici e decisionistici tipici di una parte della cultura italiana più recente. Rispetto a questa impostazione, in fondo presupponente una netta contrapposizione tra punto di vista neoempirista e punto di vista post-positivista vogliamo sottolineare che se condivisibile ci sembra il tentativo di approfondire e di dare radicale importanza ad un'analisi critica ed anti-dogmatica del contesto sociale sottostante ad ogni indagine scientifica – sia nelle scienze della natura sia in quelle *lato sensu* sociali – d'altra parte eccessiva è forse l'accusa di irrazionalismo rivolta a quei settori del pensiero contemporaneo in modi diversi miranti a riconoscere la finitezza di ogni impostazione *lato sensu* scienziata. In questa direzione riteniamo invece che sia necessario anche un approfondimento proprio delle ragioni sociali e culturali che sono alla base di quelle posizioni – comprendenti ad esempio indirizzi quali quelli del pensiero negativo e del pensiero debole – al fine di contribuire ad una consapevole presa di posizione circa la funzione da attribuire alla conoscenza.

⁵ Per quanto riguarda il rapporto tra metodologia e sociologia della scienza, si veda esemplificativamente in una prospettiva generale i saggi del Popper e del Kuhn contenuti nel volume *Critica e crescita della conoscenza*, cit., il primo rivolto a escludere ogni profilo irrazionalistico, il secondo a sottolineare il condizionamento parziale della metodologia dal contesto politico-sociale. Per intendere peraltro la portata di quest'ultima tesi ci pare necessario riferirci all'intero iter del pensiero kuhniano al fine di seguire l'evoluzione e soprattutto i modi in cui si sono venuti criticamente precisando i concetti espressi nel suo primo lavoro; mentre non ci sembra che sempre sia stato colto lo spirito problematico e costruttivo insieme dell'opera in esame, e il significato da assegnare a concetti quali paradigma, scienza normale, rivoluzione scientifica, e da ultimo matrici disciplinari.

Parallelamente, ci pare particolarmente significativo osservare l'analoga evoluzione intervenuta nel pensiero del LAKATOS, da ultimo espressa in *Dimostrazioni e confutazioni. La logica della scoperta matematica*, Milano, 1979, tesa anch'essa a rompere con ogni astrattismo razionalistico pur tuttavia mirando alla ricerca di una definizione costruttiva del procedere della conoscenza. Sull'incommensurabilità vedi FEYERABEND, *Contro il metodo*, Milano, 1984 su cui vedi peraltro le acute osservazioni di GIORELLO in *Prefazione a FEYERABEND, op. cit.*, da cui – modificando precedenti opinioni – la teoria dell'incommensurabilità tipica di quella dottrina è letta in senso parzialmente costruttivo, essendo avvicinata alle tesi del Kuhn più recenti e dell'ultimo Lakatos. Sul punto dell'incommensurabilità ci paiono significative le osservazioni svolte proprio dal KUHN, precisando e forse correggendo precedenti opinioni espresse nella prima edizione della *Struttura delle rivoluzioni scientifiche*, tr. it., Torino, 1969, in *Riflessioni sui miei critici*, nel volume *Critica e crescita della conoscenza* specie p. 351 e ss., ove si discute in termini tutto sommato costruttivi del problema della «traduzione» e della comunicazione tra diverse teorie a confronto. Per quanto riguarda il riflesso politico di una visione così liberalizzata della conoscenza scientifica significative ci sembrano le posizioni di autori come il Giorello o M. Mondadori su cui vedi le acute osservazioni

Per contro, accanto a questo atteggiamento cui sono pervenute in campi diversi alcune recenti manifestazioni teoriche, si può inoltre segnalare una parallela difesa da parte di altri di una concezione conservatrice e tranquillizzante, ottenuta spesso mediante una ricognizione per così dire dall'alto dei percorsi metascientifici al fine di riassumere in modo uniforme e non problematico un panorama culturale intrinsecamente complesso⁶.

Per parte nostra, a fronte di queste posizioni del dibattito contemporaneo, ciascuna propria di impostazione di pensiero in sé pure intrinsecamente diverse e spesso frutto di un sincretismo metodologico non facilmente interpretabile in modo univoco, abbiamo tentato nel presente lavoro di sposare una visione particolarmente problematica della conoscenza con un atteggiamento critico e costruttivo.

In ciò abbiamo ritenuto innanzi tutto di trovare una conferma negli esiti ultimi di quegli indirizzi della metascienza contemporanea che hanno inteso operare un radicale superamento della impostazione scienziata. Ma proprio queste concezioni ci sono parse, d'altra parte, non in contrasto con un'altra prospettiva secondo cui abbiamo ritenuto di muoverci, quella rappresentata dall'ermeneutica, ed in questo senso anche svolgendo alcune considerazioni intorno all'opera di un autore, il Gadamer, abbiamo tentato di rendere funzionale la stessa riflessione metascientifica alle esigenze della pratica della conoscenza, in ciò scorgendo, nel farsi stesso della storia all'interno di un orizzonte linguistico, l'origine dell'emergere di un principio di solidarietà⁷.

È solo alla luce di questo discorso allora che ci siamo volti ad un approfondimento di temi di teoria generale quale quello della discrezionalità e del potere, avendo cioè

di BOBBIO in *Liberalismo vecchio e nuovo*, in *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, p. 101 e ss. attente a mettere in luce i rischi autoritari impliciti in un liberalismo senza democrazia e pluralismo. Su questo punto vedi anche Parte II cap. I *infra* par. 7-8, ove appunto discutendo la dimensione politica della discrezionalità, vale a dire il rilievo assunto dalla dinamica degli interessi e la loro incidenza sull'ente amministrativo avremo modo di prendere posizione circa l'emergenza di una discrezionalità giustiziale.

⁶ In questo senso ci sembra da intendere il tentativo operato da un autore, l'ANTISERI in *Teoria unificata del metodo*, Padova, 1981, di rileggere in chiave popperiana vicende spesso intrinsecamente diverse e per le quali più che una ricognizione di carattere generale sarebbe maggiormente adeguato un approfondimento rivolto a singoli aspetti delle teorie in esame. Significativo di ciò ci sembra l'accostamento fatto dall'Autore del Gadamer al Popper e la conseguente lettura del circolo ermeneutico secondo un modello fallibilista; mentre per parte nostra, come risulta dal contesto del presente lavoro, abbiamo creduto di vedere un possibile punto di contatto tra la posizione del Gadamer e quella del Kuhn, prendendo spunto anche da alcune osservazioni proprio dell'ultimo Gadamer.

In una direzione similmente semplificatoria di quella dianzi criticata, con attenzione alle prospettive sociopolitiche, pensiamo pure alle proposte antropologiche di partenza – fin troppo ovvie – del LUHMANN, in *Sociologia del diritto*, cit., p. 25 e ss., che ci sembrano alla base della concezione per così dire decisionistica dell'autore.

⁷ Cfr. GADAMER, *Filosofia o teoria della scienza*, in *La ragione nell'età della scienza*, Genova, 1982, ove da una parte si afferma come la nozione del paradigma kuhniano anziché quella di falsificabilità appartarrebbe alla logica della domanda tipica di una prospettiva ermeneutica; dall'altra è riconosciuta la natura solo condizionata di ogni teoria della scienza e la necessità dunque di superare una visione totalizzante del sapere scientifico. Per quanto concerne la nozione di paradigma si vedano peraltro le puntualizzazioni critiche di MASTERMAN, *La natura di paradigma* in *Critica e crescita della conoscenza*, cit., p. 129 e ss.; su ciò si vedano pure le recenti precisazioni del KUHN in *Second Thoughts on Paradigms*, in SUPPE, *The Structure of Scientific Theories*, cit., p. 459 e ss.

una chiara consapevolezza dei criteri di ordine metodologico sottostanti alle soluzioni proposte. Perciò, dunque, nell'analizzare il concetto di potere giuridico e nella definizione dei caratteri per così dire strutturali della discrezionalità abbiamo ritenuto indispensabile prendere posizione su altre questioni, affermando ad esempio la natura radicalmente pragmatica della scienza giuridica, evitando di prescrivere aprioristicamente un metodo nell'interpretazione delle norme e nella costruzione dei concetti della dogmatica, ed infine cercando di dare una risposta al ruolo per così dire politico della discrezionalità nell'attuale fase di centralità dello Stato amministrativo, evidenziando innanzitutto le premesse epistemologiche di partenza. Solo in tal modo confrontandoci e in taluni casi dissentendo dai risultati cui è pervenuta la scuola italiana di indirizzo analitico ci è parso dunque possibile rileggere le opere giuridiche intorno alla discrezionalità, solo così essendo in grado di ridefinire, in una prospettiva ermeneutica la nozione, tentando di operare la saldatura – spesso auspicata – tra una teoria generale scritta dai filosofi e quella più concreta e più legata alla prassi dei giuristi⁸.

⁸ Il problema del metodo della scienza giuridica è stato oggetto di un rinnovato interesse da parte della cultura italiana più recente. Su ciò vedi VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, 1984; *La scienza giuridica fra scienze naturali e scienze umane*, *Mat. st. cult. giur.*, 2, 1984, pp. 401-459, e per una discussione di queste tesi vedi gli atti del Seminario «*La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica*», ora in *Mat. st. cult. giur.*, 2, 1985, p. 371 con relazioni di Villa, Jori, Ferrajoli ed interventi di Barberis, Cianferotti, Gianformaggio, Tarello, Zolo. Nei lavori citati il Villa ha inteso risolvere in chiave post-positivistica alcuni nodi di fondo oggetto della teoria generale tentando di operare un superamento delle assunzioni epistemologiche neo-empiriste implicite negli indirizzi di teoria generale diffusisi a partire dagli anni '50 ad opera di Bobbio e Scarpelli. Aderendo ad una impostazione metascientifica vicina alle tesi del Lakatos, il Villa ha sottolineato l'importanza di predefinire lo stesso concetto di scienza e di chiarire il background epistemologico sottostante all'indagine della scienza giuridica. In questo senso, utilizzando un programma di ricerca mirante a rompere con un'immagine ristretta di scienza – quella facente capo appunto agli indirizzi analitici della teoria generale – e fondantesi tra l'altro sul superamento del mito della corrispondenza tra parole e cose e di una rigida distinzione tra le categorie del sintetico e dell'analitico, vengono individuati i seguenti quattro requisiti di scientificità delle teorie giuridiche, esse sarebbero: entità strutturali, comprendenti assunzioni di varia natura ma non solo di carattere logico formale; entità storiche, in quanto consistenti in un processo sincronico; in relazione con la prassi; e infine sistemi olistici, non dipendendo esse «da forme istantanee di verifica e di falsificazione».

Corrispondentemente vengono desunti dalla dogmatica giuridica alcuni esempi in grado di comprovare quei caratteri generali – in particolare i requisiti quale quello della coerenza, dell'efficacia e della semplicità – in tal modo volendosi proporre una diversa immagine liberalizzata della scienza.

Due sono i punti che in questa sede vogliamo rilevare a proposito di questa concezione e che ci sembra importante sottolineare anche al fine di chiarire la posizione da noi assunta nel presente lavoro.

Una prima osservazione è di carattere storico e riguarda il giudizio dato dal Villa delle impostazioni di indirizzo analitico oggi prevalenti in Italia.

In effetti ci pare che proprio la netta contrapposizione sostenuta dall'autore tra neo-empirismo e post-positivismo finisce per non rendere conto della problematicità degli esiti ultimi di quelle tendenze, che ci sembrano piuttosto confermare come nella riflessione più recente della teoria generale italiana è ben vivo il superamento delle opzioni iniziali degli anni '50, pur ciò non avvenendo forse nel senso di una radicalizzazione scettica globale – nella direzione cioè convenzionalistica propugnata ad esempio da un autore come lo Zolo –. Sul punto cfr. JORI, intervento al Seminario *La formazione dei concetti*, cit., che giustamente ha messo in luce la problematicità e la specificità della versione data dallo Scarpelli al tema della scientificità della giurisprudenza e ciò pur aderendo ad una impostazione non convenzionalistica e liberalizzata della scientificità. Su questi aspetti ci soffermeremo in Parte II cap. I, specie par. II e note 8 e ss.

La seconda osservazione che vogliamo fare è invece piuttosto di sostanza. In effetti è da chiedersi se il ricorso ad un paradigma così generale quale quello proposto dal Villa possa servire allo scopo di dare indicazioni concrete alla scienza giuridica. Valgono qui le obiezioni rivolte a questa concezione da autori come lo Jori o il Cianferotti, entrambi giustamente critici nei confronti dei requisiti, in sé semplicistici, ricavati dal Villa dall'analisi di alcune opere della dogmatica – in particolare quelli della coerenza, della semplicità e dell'efficacia –. Ma proprio queste ultime considerazioni non ci sembra debbano portare necessariamente ad un rifiuto in toto delle tesi in oggetto.

In effetti nel presente lavoro proprio facendo particolare riferimento ad alcune concezioni generali quali quelle del Kuhn e del Gadamer, abbiamo svolto alcune considerazioni critiche su punti specifici di impostazioni recenti appartenenti al contesto del neo-empirismo, in ciò pur consapevoli dell'inutilità di ogni aprioristica schematizzazione di giudizio e dell'importanza degli esiti ultimi cui sono pervenuti alcuni autori del movimento, cercando di trovare nell'analisi di temi specifici quali quelli della discrezionalità e del potere proprio quelle conferme «empiriche» che, per altri versi, il libro del Villa non ha offerto.

Ma questo ovviamente deve essere considerato solo un primo passo da cui non abbiamo ritenuto di trarre alcun criterio in grado di stabilire uno statuto della scientificità. Sotto questo profilo il presente lavoro vorrebbe essere dunque un'opera aperta, riservandoci in altra sede di continuare anche per questo aspetto l'indagine.

L'elenco completo delle pubblicazioni
è consultabile sul sito

www.edizioniets.com

alla pagina

<http://www.edizioniets.com/view-Collana.asp?Col=Jura>. Temi e problemi del diritto



Pubblicazioni recenti

STUDI

discipline pubblicistiche

- Luigi Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, nuova edizione, 2023.
- Eugenio Bruti Liberati, Marcello Clarich (a cura di), *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, 2022
- Rosa Palavera, *Il penalista e il suo spartito. L'imprescindibilità del segno nel diritto penale*, 2018
- Simone Rodolfo Masera, *Concessioni idroelettriche. Evoluzione e prospettive*, 2018
- Marcello Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, 2018
- Barbara L. Boschetti, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Nuove forme adattative tra settori e sistemi*, 2018
- Gianfrancesco Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, 2017
- Marcello Clarich, *Scritti scelti di diritto amministrativo (1982-1999)*, 2017
- Sara Cocchi, *Uguali nella sostanza, differenti per territorio? La tutela costituzionale dei diritti sociali in Italia e in Spagna*, 2016
- Valentina Gastaldo, *La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo tra concorrenza e governo del territorio*, 2016
- Francesco Morosini, *Banche centrali e questione democratica. Il caso della Banca Centrale Europea (BCE)*, 2014
- Michele Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, 2013
- Giuliano Fonderico, *Il comune regolatore. Le private e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, 2012
- Marco Croce, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, 2012
- Fabio Giglioni, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, 2012
- Francesco Monceri, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, 2011
- Emiliano Frediani, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, 2010
- Luigi Benvenuti, Marcello Clarich (a cura di), *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, 2010
- Giuliano Fonderico, *Autonomie locali e iniziativa economica privata. Studio sui monopoli e le private comunali*, 2008

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di settembre 2023