

Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero

di Luigi Benvenuti, Torino, Giappichelli, 2011

Leonardo Di Carlo

Negli ultimi anni, si assiste ad un'apprezzabile tendenza, ormai consolidata, di convergenza tra studiosi di filosofia del diritto e cultori di diritto positivo che pare dar corpo a quell'idea di "filosofia come metodologia", così cara a Croce e ripresa da Bobbio, in cui la filosofia come attività astratta e metafisica viene sostituita da una riflessione metodologica che nasce dall'interno della prassi (economia, matematica, diritto) e si sviluppa non più tramite intellettuali di professione, ma ad opera di studiosi delle varie discipline, sensibili ad interrogarsi sul senso del proprio ambito di indagine. Luigi Benvenuti, inserendosi senza difficoltà in questa tradizione, riferisce di alcuni momenti della dogmatica e del diritto amministrativo, alla luce di assunzioni teoriche pienamente assimilate che, pur insistendo sulla ripresa moderata di istanze pragmatico-realiste e antiformalistiche, nel sottolineare la centralità del principio costituzionale del contraddittorio, portano ad espressione le esigenze del paradigma discorsivo, lasciandosi così alle spalle la tradizionale opposizione tra formalismo e realismo.

Perno centrale da cui muove la prospettiva mista di Benvenuti è il principio costituzionale del contraddittorio, che, in realtà, sembra assumere le forme di meta-principio costituzionale. A livello di rappresentanza parlamentare, infatti, esso assume le forme del principio democratico; nella giurisdizione, diventa momento centrale del processo; nella pubblica amministrazione viene radicato in seno al procedimento amministrativo. A tal riguardo, non si può non notare l'eco del principio discorsivo del secondo Habermas, dall'autore tedesco non più limitato alle interazioni tra rappresentanza politica e società civile, ma esteso anche al momento giurisdizionale (soprattutto in sede di giustizia costituzionale) e al momento amministrativo.

Sulla base di ciò, Benvenuti fa propria l'idea di democrazia amministrativa (p. 28) come collaborazione tra cittadini e pubblica amministrazione. Essa si oppone alla tradizionale concezione del procedimento amministrativo come procedura volta al conseguimento di un risultato anche senza la collaborazione dei cittadini, e, al contempo, porta ad espressione il paradigma della

“nuova cittadinanza” come disegnata dalla Carta costituzionale. In tale nuovo contesto, la procedimentalizzazione dell’attività amministrativa vede il cittadino non solo come destinatario degli atti, ma come protagonista dell’emanazione dei medesimi. Non si tratta di esaltazione del ruolo di partecipazione dal basso, in quanto la partecipazione degli attori privati all’emanazione del provvedimento, ad esempio nel caso di grandi aziende, potrebbe addirittura avere l’effetto distorsivo di un asservimento dei pubblici interessi a quelli privati. Proprio a scongiurare tale pericolo, Benvenuti trova infelice la formula “Costituzione senza Stato” (pp. 35-37), dietro la quale l’eliminazione del momento politico-statuale potrebbe rivelarsi funzionale agli interessi di parte. Contro posizioni decisamente formalistiche volte a ribadire la priorità del momento formale e autoritativo della legge, e, allo stesso tempo, contro posizioni realistiche più sensibili alla partecipazione dal basso, Benvenuti esprime maggiore simpatia verso le posizioni miste in grado di temperare entrambe le esigenze. Egli viene a porsi, pertanto, sulla stessa scia di Jellinek, Donato Donati, Feliciano Benvenuti e M.S. Giannini, tutti accomunati da un’insoddisfazione verso posizioni unilaterali formalistiche o realistiche che fossero. In tale ottica, l’Autore si esprime a favore di un equilibrio e di un bilanciamento tra i centri di produzione normativa, che vede non più la supremazia della legge astratta e generale sull’attività amministrativa, né, all’opposto, lo svincolo della discrezionalità amministrativa dal rigido parametro legale, bensì il loro contemperarsi nel procedimento amministrativo.

Nella stessa direzione di bilanciamento tra momento formalistico e momento pragmatico, l’Autore rivisita il concetto di consuetudine e di prassi sociale. Sulla scia di Celano, Benvenuti legge la consuetudine mediante la teoria dei giochi, in cui l’elemento dell’obbligatorietà, la tradizionale *opinio juris*, viene sostituita dall’“aspettativa di reciprocità” (p. 99). A tal proposito, Benvenuti sembra prediligere il concetto di prassi a quello di consuetudine in quanto la prima sarebbe maggiormente sottoposta al vincolo di legge, laddove la consuetudine appare più svincolata dal momento formale (p. 112). Il concetto di prassi, a differenza di quello di consuetudine, sembra più attento a contemperare entrambe le esigenze.

Il momento più importante di questo cambio di paradigma è individuato nel riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi, sancito dalla sentenza 500/1999 della Cassazione, che ha portato anche ad un cambiamento di lettura degli stessi: tradizionalmente intesi come semplicemente strumentali all’emanazione di un provvedimento corretto, adesso invece intesi come interessi sostanziali del soggetto coinvolto. La lettura di Benvenuti si fa a tal riguardo interessante nella misura in cui inquadra tale risarcibilità non più

mediante categorie civilistiche, di tipo ancora formalistico, ma in base al principio costituzionale del contraddittorio (pp. 151-153). Tale risarcibilità sancisce sia l'abbandono di posizioni tradizionali della pubblica amministrazione come pura autorità sia una lettura centrata sulla parità tra privati e pubblica amministrazione. Al contrario, essa presuppone la mediazione tra principio formalistico di legalità e procedimentalizzazione.

Il libro di Benvenuti, focalizzando l'attività amministrativa alla luce del principio costituzionale del contraddittorio, può essere visto come un'apprezzabile applicazione in ambito amministrativo della teoria del discorso. In tal modo, però, esso soggiace alla stessa obiezione cui sottostà la proposta di Habermas. La forte specializzazione tecnica di cui godono le pubbliche amministrazioni – si pensi, in particolare, alle autorità indipendenti – difficilmente può essere compensata in senso democratico dal principio del discorso e dall'intesa comunicativa. Le asimmetrie tra corpi tecnici specializzati e soggetti a debole competenza scientifica restano ultimamente incolmabili, a meno che si presuma, a torto o a ragione, l'esistenza di una sfera simbolica, il mondo della vita, la husserliana *Lebenswelt*, che accomuni tutti nella condivisione di un senso ideale: in tal modo, i corpi burocratici potrebbero implicitamente apparire legittimati proprio in base a tale sfondo condiviso di credenze.