

COSTITUZIONE E AMMINISTRAZIONE

Studi raccolti da VINCENZO CERULLI IRELLI

STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI

LA FORMA PRESA SUL SERIO

Formalismo pratico, azione amministrativa
ed illegalità utile

Seconda edizione



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

COSTITUZIONE E AMMINISTRAZIONE

Studi raccolti da VINCENZO CERULLI IRELLI

STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI

LA FORMA PRESA SUL SERIO

Formalismo pratico, azione amministrativa
ed illegalità utile

Seconda edizione



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-5668-3

Questo volume è stato realizzato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali dell'Università degli Studi "G. d'Annunzio" di Chieti e Pescara.

Publicato nel mese di febbraio 2024

A Luigi e Carlo

Ai miei genitori

This was our paradox: no course of action could be determined by a rule, because every course of action can be made out to accord with the rule. ... What this shows is that there is a way of grasping a rule which is not an interpretation, but which is exhibited in what we call "obeying the rule" and "going against it" in actual cases.

(LUDWIG WITGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, 1953, § 201)

A diciotto anni dalla sua prima uscita, d'accordo con l'Editore Giappichelli, che colgo qui l'occasione per ringraziare per un rapporto di collaborazione che prosegue da trent'anni, ho pensato di pubblicare una seconda edizione di questo libro, ormai fuori catalogo, per renderlo di nuovo accessibile a un pubblico più ampio dei frequentatori delle biblioteche univervitarie, anche grazie alla sua versione elettronica. Credo, infatti, immodestamente, che valga ancora la pena di leggere questa monografia.

Nel riprenderla in mano allo scopo di preparare questa nuova edizione – che presenta alcuni aggiornamenti del testo, tra cui una nuova introduzione e un nuovo capitolo conclusivo – continuavo a dirmi, con un po' di sorpresa, che, dopo tutto, non trovo nulla da cambiare sul merito delle teorie e argomentazioni proposte, ormai quasi venti anni fa.

Oxford, Lincoln College, Febbraio 2024

RINGRAZIAMENTI

Chi avrà la pazienza di leggere questo libro, non potrà non rendersi conto del debito che il suo autore ha contratto nei confronti dell'opera di Andrea Orsi Battaglini. Tanto più preziose mi appaiono, perciò, nell'ancora recente ricordo, le indicazioni fornitemi sull'impostazione del lavoro e l'incoraggiamento a non avere timore dei "pensieri domenicali".

* * *

Il saggio raccoglie gli esiti di circa cinque anni di studi e riflessioni svolti sul tema delle forme dell'azione amministrativa, adottando un accostamento al diritto di ispirazione analitica e giuspositivistica. Visto il tempo trascorso, non sono poche le persone che direttamente o indirettamente hanno contribuito a questo lavoro ed a cui pertanto desidero rivolgere un ringraziamento.

Al Prof. Marco Cammelli, per aver seguito il lavoro sin dai suoi primi passi; al Prof. Aldo Travi, per le discussioni, sempre illuminanti, e per avermi fornito utilissimi spunti sugli approcci della giurisprudenza a vari problemi affrontati nel libro; alla Prof. Alessandra Pioggia, per un dialogo costante che prosegue da anni e per la lettura critica, condita di molte acute osservazioni, di una prima versione del lavoro. Al direttore della Collana, Prof. Vincenzo Cerulli Irelli, anche per le preziose indicazioni fornitemi in questa ed in tante altre occasioni.

Ai colleghi ed amici del Dipartimento di Scienze Giuridiche di Pescara Professori Francesco Bilancia, Lorenzo Del Federico, Gianluca Gardini, Valerio Speciale per le tante e stimolanti occasioni di confronto e discussione, nonché al Prof. Francesco Romeo per l'aiuto nella traduzione ed interpretazione delle pagine di Niklas Luhmann sulla *Brauchbare Illegalität*; ed alla Professoressa Fausta Guarriello, direttore dello stesso Dipartimento, e tramite lei a tutti i colleghi, per l'appoggio e la fiducia dimostratami in questi anni.

Ringrazio, inoltre, la Dott. Melania D'Angelosante per l'aiuto nel reperimento e catalogazione della giurisprudenza e per aver pazientemente riletto le bozze.

Un ringraziamento davvero speciale al Prof. Robert Samuel Summers, della Cornell Law School, per la squisita cortesia con la quale mi ha consentito di disporre del manoscritto della sua importante opera *Form and Function in a Legal System – A General Study*, ora pubblicata per la Cambridge University Press.

Ho lasciato volutamente per ultimo il Prof. Paolo Urbani, nei cui confronti la mia riconoscenza travalica la scrittura di questo libro.

Se nel lavoro vi è qualcosa di buono, lo devo certamente a tutti loro, mentre solo al sottoscritto sono da attribuire le tante lacune.

* * *

Il tempo di questo libro si sovrappone in buona parte col meraviglioso tempo dei primi mesi e poi anni dei miei due figli Luigi, l'‘universalista’, e Carlo, il ‘particolarista’, cui esso è dedicato.

Ma l'ultimo pensiero, come il primo tutte le mattine del mondo, va a mia moglie Sabrina, senza la quale nulla di questo sarebbe stato possibile: *bocca baciata non perde ventura* ... e già mi giunge l'eco della tua risposta.

Spoltore, febbraio 2006

INDICE

	<i>pag.</i>
UNA SPECIE DI INTRODUZIONE	1
1. L'illegalità "praticabile" del provvedimento amministrativo	1
2. Forma, formalismo e vincolatezza delle decisioni amministrative	4
3. Il formalismo pratico	7

CAPITOLO I

LA FORMA E IL DIRITTO

1. Formalismo ed antiformalismo	13
1.1. La rivolta antiformalista e l'immaginazione dei giuristi	13
1.2. Il posto della forma nei 'fondamentali' del diritto	19
1.2.1. La polisemia della parola forma. Accezione concettuale e Accezione comune. Assonanze e dissonanze	19
1.3. Il formalismo giuridico	29
1.3.1. Premessa	29
1.3.2. I diversi significati di formalismo giuridico	34
1.3.3. Il formalismo pratico	37
1.4. Formalismo pratico, teorie del diritto e regime delle regole	49
1.4.1. L'impegno giuspositivista del formalismo pratico	49
1.4.1.1. Il significato formale della <i>rule of law</i>	55
1.4.1.2. Un <i>caveat</i> metodologico	64
1.4.2. La teoria e la scienza giuspubblicistica contemporanee di- nanzi alla "miseria del positivismo"	66
1.4.3. Sostenibilità concettuale del formalismo pratico	78
1.4.3.1. Linguaggio e regole	79
1.4.3.2. C'è qualcosa tra il formalismo interpretativo e l'inevitabile discrezionalità delle 'scelte interpre- tative'?	90

	<i>pag.</i>
1.4.3.3. Potere amministrativo e valori	99
1.4.3.4. Defettibilità delle regole?	102
1.5. Tipi di norme: regole, <i>standards</i> e direttive	107
2. Deformalizzazione o degiuridicizzazione?	109
2.1. Il c.d. diritto dell'età globale e la critica corrosiva delle teorie giuridiche post-moderne	109
2.2. La pressione della globalizzazione sul diritto amministrativo (domestico)	127
3. L'idea dell'illegalità utile	132

CAPITOLO II

FORMALISMO PRATICO E DIRITTO AMMINISTRATIVO

1. L'idea della progettazione di un ambiente decisionale e i costi delle strategie decisionali	137
1.1. Strategia decisionale basata su regole e strategia decisionale secondo la funzione	137
1.2. Regole costitutive e poteri normativi	153
1.3. Ulteriori tesi che tendono ad assimilare il potere amministrativo tout court al 'potere vincolato'.	163
1.4. Lineamenti per un'analisi strutturale delle norme sull'attività amministrativa vincolata	168
1.4.1. Individuazione del materiale giuridico e modalità giuridiche	168
1.4.2. Azione vincolata ed interessi pretensivi	175
1.4.3. Azione vincolata e interessi oppositivi	188
2. Possibilità e modalità di delimitare le rispettive aree della funzione amministrativa e delle "regole regolative"	194
2.1. Momento e modo di scelta della strategia decisionale	194
2.2. La specifica 'normatività' della funzione. La struttura fondamentale del procedimento come forma costituzionalmente necessaria	197
2.3. Ipotesi di lavoro: un ruolo accessorio del procedimento amministrativo nella strategia regolativa universalistica?	205

pag.

CAPITOLO III
INVALIDITÀ ED IRREGOLARITÀ
DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI

1. I concetti di validità	211
1.1. Premessa	211
1.2. Regole costitutive e validità sistemica	220
1.3. Validità, applicabilità ed irregolarità	229
2. Invalidità ed irregolarità degli atti amministrativi. L'irregolarità degli atti amministrativi come 'vizio minore'	234
3. Evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali sui vizi formali nel diritto amministrativo	238
3.1. Dalle origini alla legge sul procedimento amministrativo	238
3.2. Gli orientamenti della giurisprudenza dopo l'entrata in vigore della l. 241/1990	246
3.3. Una pronuncia paradigmatica. Dalprà v. Comune di Trento	252
4. La tesi dell'irregolarità degli atti amministrativi come ipotesi di vizio che in astratto ed <i>a priori</i> non implica l'invalidità dell'atto	258
5. Lineamenti di una possibile tesi esplicativa	265

CAPITOLO IV
L'ILLEGALITÀ PRATICABILE DEI VIZI FORMALI
TRA LEGISLAZIONE, GIUDICI E SCIENZA GIURIDICA

1. L'introduzione dell'illegalità praticabile degli atti amministrativi nella legge sul procedimento amministrativo. L'ipotesi, fuori quadro, dell'assenza di comunicazione di avvio del procedimento	277
2. Uno sguardo alle conseguenze dei difetti di forma di un atto amministrativo in alcuni ordinamenti europei	283
2.1. Le <i>formalités substantielles</i>	283
2.2. La regola del raggiungimento dello scopo nell'ordinamento tedesco	286
2.3. Difetti di forma che impediscano all'atto di raggiungere il proprio fine nell'ordinamento spagnolo	288
2.4. Brevi considerazioni di sintesi	293
3. Condizioni e limiti nella 'via italiana' all'illegalità praticabile degli atti amministrativi	295

	<i>pag.</i>
3.1. Regola canonica e regola pretoria: quando la forma muta la sostanza	295
3.2. La disposizione sull'illegalità utile come metanorma riferita essenzialmente al concetto di azione vincolata	300
3.3. Il significato e la portata della distinzione tra forma e contenuto degli atti amministrativi. a) Il difetto di motivazione	305
3.4. <i>Segue.</i> b) Il difetto di competenza	316

CAPITOLO V
VINCOLATEZZA *VERSUS*
DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

1. Di nuovo su strategia delle regole vs. strategia della discrezionalità	321
2. L'azione amministrativa vincolata: congetture e confutazioni	326
2.1. Azione amministrativa vincolata ed indeterminatezza del diritto	326
2.2. Il criterio giudiziario della 'direzione dell'interesse tutelato'	330
2.3. Le proprietà della classe 'atto amministrativo vincolato'	340
2.3.1. Varietà di classificazioni di atti 'non discrezionali'	340
2.3.2. I criteri impiegati dalla giurisprudenza	347
2.3.3. L'accertamento autonomo	351
3. I tipi di valutazione amministrativa	355
3.1. Discrezionalità tecnica e norme imprecise	355
3.1.1. Il modello 'Chevron'	366
3.1.2. Politicità e tecnicità della scelta	371
3.1.3. Le questioni tecnico-scientifiche	372
4. Discrezionalità amministrativa	379
4.1. Premessa	379
4.2. Libertà e limiti come elementi ricorrenti della discussione sulla discrezionalità	384
4.3. Il cosa ed il perché della discrezionalità	386
4.3.1. Il problema della scelta libera	388
4.3.2. Il problema della vaghezza	391
4.3.3. Il modo di collegamento tra libertà, vaghezza, potere e discrezionalità	398
5. Brevi considerazioni di sintesi	408

pag.

CAPITOLO VI
REGIME SOSTANZIALE E PROCESSUALE
DELL'ATTO VINCOLATO

1. Per un inquadramento dell'illegalità praticabile degli atti vincolati mediante alcuni elementi di carattere processuale	415
1.1. Premessa	415
1.2. Inconfigurabilità di ipotesi di annullamento per vizi formali di un atto vincolato	417
1.3. L'oggetto del giudizio relativo ad un provvedimento vincolato (rinvio)	420
1.4. Inammissibilità della proposizione di vizi-motivi formali nei confronti di provvedimenti vincolati e sua rilevabilità d'ufficio	421
2. Cenni riassuntivi sulla qualificazione concettuale dell'illegalità praticabile degli atti vincolati	428
3. Sindacato giudiziario sugli atti vincolati	434
3.1. Sindacato giudiziario sugli interessi pretensivi	434
3.1.1. Vi è ancora 'spazio' per la sequenza azione vincolata-diritti-giurisdizione ordinaria?	446
3.1.2. Giurisdizione esclusiva sulla dichiarazione di inizio dell'attività tra bipolarità e multipolarità	448
3.2. Sindacato giudiziario sugli interessi oppositivi	457

CAPITOLO VII
RIFLESSIONI CONCLUSIVE

1. Perché applicare il formalismo pratico al diritto amministrativo	463
2. Le discrezionalità amministrative	465
3. L'impegno formalistico del diritto e la tutela del bene comune	467
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	471
GIURISPRUDENZA CITATA	497

UNA SPECIE DI INTRODUZIONE ...

1. *L'illegalità "praticabile" del provvedimento amministrativo*

La domanda fondamentale che la ricerca pone riguarda il trattamento da riservare all'atto amministrativo difforme dal proprio schema normativo per motivi di sola forma. Dall'inizio degli anni Duemila, questa questione, del tutto tradizionale, è tornata al centro del dibattito tra gli studiosi di diritto amministrativo dopo l'introduzione nella legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo (LPA) dell'art. 21-*octies*.² Secondo questa disposizione non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la sua natura vincolata, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Una siffatta regola, presente in formulazioni più o meno analoghe in diversi Paesi europei (come Germania e Spagna), mira a circoscrivere l'invalidità dei provvedimenti amministrativi (vincolati) ai soli vizi materiali, quelli nei quali, cioè, vi è un contrasto tra il contenuto dispositivo di due proposizioni normative, l'una delle quali gerarchicamente superiore.

Possiamo considerare i seguenti esempi per comprendere subito di cosa stiamo parlando. La norma generale X desunta dal regolamento comunale A vieta l'insediamento di una conceria di pelli ("industria insalubre di prima classe") nelle aree urbane; la norma concreta Y desunta dal provvedimento B (emanato dal dirigente comunale allo sviluppo economico) autorizza l'azienda P a installare una conceria in centro storico. Y è in contrasto con X e quindi B – affetto da un vizio materiale – sarà annullabile. Nell'ambito dello stesso scenario, poniamo, invece, la norma Y1 (in luogo di Y) contenente il diniego a insediare una conceria nel centro storico. Il dirigente comunale non ha, però, comunicato l'avvio del procedimento all'azienda P né ha acquisito il parere consultivo dell'azienda sanitaria locale previsto dal regolamento A. Il provvedimento B1 presenta, in questo caso, due vizi formali (procedimentali), ma è "materialmente" conforme ad A poiché Y1 non è in contrasto con X. In effetti, il contenuto dispositivo del provvedimento (il di-

vieto di svolgere un'attività industriale insalubre) non avrebbe potuto essere diverso qualunque conseguenza avessero prodotto la comunicazione di avvio del procedimento (per esempio una memoria dell'azienda P) o il parere della ASL. Nel secondo esempio, quindi, B1 non sarà annullabile.

La *ratio* di tale regola sembra essere quella, secondo cui, in questi casi, l'annullamento del provvedimento sarebbe un rimedio eccessivo dal punto di vista dell'interesse generale. Occorre, infatti, considerare che dietro la metafora dell'interesse pubblico rappresentato nel processo amministrativo dalla pubblica amministrazione vi sono interessi della comunità politica che vanno tenuti in equilibrio con gli interessi individuali di chi difende i propri interessi legittimi.

Dietro l'apparente linearità e semplicità di questo schema legislativo si agitano una serie di problemi, che, forse sorprendentemente per un lettore non specialista di diritto amministrativo, arrivano a toccare alcuni degli aspetti più essenziali del diritto e della sua teoria. Questa, almeno, è la convinzione che ha mosso la presente ricerca.

Basta, infatti, grattare un poco la superficie della suddetta disposizione per imbattersi nel problema di quando possa dirsi di essere dinanzi a un provvedimento vincolato, tale per cui il suo contenuto dispositivo non consenta alternative, ammesso che sia questa la situazione che la fattispecie descrive. Inoltre, non è di immediata intelligibilità la nozione di forma o procedimento di un atto stabilite da norme la cui violazione rende, normalmente, questo atto annullabile, tranne nel caso contemplato dalla nostra disposizione¹. Forma e procedimento di un atto appaiono qui come locuzioni separate, ma, al di là delle varie concezioni su natura e funzione del procedimento amministrativo, che quest'ultimo esprima la forma dell'atto stesso colto nel suo divenire, è idea tanto persuasiva quanto diffusa. Abbiamo, quindi, a che fare addirittura con una tecnica che – come questo libro mostra – è pressoché consustanziale al diritto stesso come pratica sociale: il formalismo giuridico.

La discussione attorno a modi e gradi dell'imperfezione degli atti amministrativi offre lo stimolo per una più ampia riflessione sulle ragioni del formalismo e/o di un approccio formale al diritto in relazione al suo correlativo

¹ Per fare, solo, un esempio, diversi studiosi ritengono che la competenza non sia un elemento formale, sebbene la giurisprudenza tenda a ricondurre l'incompetenza tra i vizi non invalidanti. Se riprendiamo il suddetto esempio, sostituendo nell'ipotesi Y1 al dirigente allo sviluppo economico (competente secondo le norme comunali) il dirigente alla sanità (incompetente), notiamo che, nonostante lo "scambio di persone", il contenuto di B1 continua a essere corretto. D'altronde, nell'ipotesi Y le cose non cambiano. B continua a essere "sbagliato", indipendentemente che a emanarlo sia stato l'uno o l'altro dirigente.

opposto, sostanza o sostanzialismo. Cominciando a percorrere questa strada ci si avvede, anzitutto, che quelle coppie non sono necessariamente degli opposti e che comunque non vi è «dicotomia più ambigua della distinzione tra forma e contenuto»².

La formula “la forma è sostanza” può essere fatta risalire ad Aristotele. È naturale, quindi, che di tanto in tanto riemerge la necessità di ripulirla dalle “incrostazioni” che il suo uso plurisecolare vi ha sedimentato. In Aristotele la forma è ciò che definisce il carattere stesso della sostanza, la sua essenza ultima, senza la quale essa cessa di esistere come tale e, potremmo dire, diventa materia inerte. La forma, pertanto, non è solo l’aspetto esteriore di qualcosa, ma ne è la struttura intima e riconoscibile. Uno dei concetti fondamentali della metafisica aristotelica, il “*sunolon*”, indica il binomio forma-sostanza (*eîdos-ousía*). La sostanza delle cose è costituita da un’essenza (o forma) più la materia che le costituisce. Certamente, le cose del mondo fisico e quelle della realtà immateriale esibiscono caratteristiche assai diverse. Per quelle particolari cose immateriali che sono le regole sociali costituenti l’universo giuridico la dimensione formale è ancora più importante per coglierne l’essenza. Sono, infatti, talune caratteristiche formali che rendono certi costrutti linguistici delle norme e poi delle norme giuridiche.

Per forma, nel mondo del diritto, può intendersi, in breve, il modo di strutturarsi della realtà giuridica nel suo rapporto necessario (ma a sua volta problematico) con la realtà degli accadimenti fisici: questo è il significato che diamo al termine quando diciamo, a esempio, che il procedimento è la forma dell’attività amministrativa o ancora più in generale quando diciamo che l’autorità è, in senso formale, la relazione che intercorre tra i soggetti ed un determinato campo d’azione³.

La consapevolezza dell’imperfezione del diritto, che si basa, come tutti i linguaggi prescrittivi e non descrittivi, sul principio di probabilità piuttosto che sul principio di causalità, apre la strada al problema di come trattare le ipotesi in cui la suddetta armonia tra forma e sostanza va in crisi. Più precisamente, il problema riguarda il divario tra i programmi e la realtà dei fatti sociali, derivante dalla inevitabile insufficienza delle regole a penetrare compiutamente questa realtà. In questi casi, privilegiare la sostanza a scapito della forma significa far prevalere gli aspetti accidentali o periferici sul contenuto centrale di determinate enunciazioni.

² Ed «espressione più ambigua della parola “formale”». Sono parole di M. WEBER, *Critique of Stammerer*, trad. ingl., New York, 1977, 79.

³ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003, 138.

2. *Forma, formalismo e vincolatezza delle decisioni amministrative*

Nel libro, di forma e formalismo si parla anche, anzi prevalentemente, in un senso più familiare agli operatori giuridici. Nella tradizione e nella prassi giuridica, influenzata specialmente dalla pandettistica, quando si parla di forma si intende per solito riferirsi al modo di esternazione di un atto di volontà⁴, ove il rapporto forma/contenuto si iscrive all'interno del principio della 'strumentalità delle forme'.

Il significato di "forma degli atti" che troviamo nell'art. 21-*octies*, comma 2 prima citato, può in parte essere ricondotto entro quello schema. L'espressione "norme sul procedimento", assai più gravida di conseguenze, allude, tuttavia, a una violazione di tipo formale in un senso, anch'esso tecnico, più prossimo al suddetto aspetto concettuale. Nella formulazione di questa disposizione l'ambito esistenziale della disformità non invalidante è indicato per differenza attraverso un enunciato finalistico: l'imperfezione è priva di conseguenze invalidanti sull'atto non per determinate caratteristiche formali, ma perché non è in grado di incidere sul suo contenuto dispositivo. In altre parole, non vi è alcuna correlazione tra lo specifico requisito formale violato e la considerazione, operata in astratto, circa la sua attitudine a incidere sul contenuto del provvedimento. Non sembra esservi, insomma, alcuna possibilità di graduare i tipi di vizi formali in più importanti e meno importanti a seconda della loro presunta portata garantistica, a esempio sostenendo che la partecipazione valga più di un parere o viceversa.

Nel modello normativo che abbiamo dinanzi, pertanto, ciò che sembra rilevare è soltanto il giudizio sulla concreta assenza di alternative rispetto alla determinazione assunta. Come questo avvenga, da parte evidentemente del giudice, è a sua volta oggetto di discussione e, in effetti, proprio su questa parte relativa al cosiddetto 'giudizio prognostico' si sono appuntate molte critiche.

La disposizione, tuttavia, circoscrive l'irrilevanza dei vizi formali ai "provvedimenti di natura vincolata" e allora questo tipo di critiche deve misurarsi con la questione di fondo della natura dell'azione vincolata, che si collega, a sua volta, alla ancora più ampia discussione sulla natura delle operazioni che compiono gli organi amministrativi quando applicano

⁴«La volontà di per sé stessa deve essere considerata come l'unico elemento importante ed efficace, e soltanto perché essa è un fatto interiore, invisibile, noi abbiamo bisogno di un segno, per il quale essa possa essere conosciuta dagli altri» (F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. III, Torino, 1900, 342).

norme generali. È, anzi, proprio questa la questione che ha sollecitato ad aprire l'orizzonte della ricerca a una considerazione del posto della forma nel diritto amministrativo. È l'azione amministrativa vincolata una fattispecie conseguenza di disposizioni (se esistono) da cui possa trarsi un solo genuino giudizio interpretativo, o essa designa quelle ipotesi in cui l'amministrazione, pur non compiendo ponderazioni di interessi, comunque formula giudizi interpretativi, ammesso che questi siano distinguibili dai primi?

Una via d'uscita rispetto a questo interrogativo è sostenere che, risolvendosi la cosiddetta azione vincolata nell'applicazione di norme, è alla fin fine per elezione 'affare' dei giudici avere l'ultima parola in merito. Secondo questo approccio un risultato interpretativo (sebbene in ipotesi non corretto) sarebbe comunque giustificato se operato in sede processuale. Questa strategia argomentativa potrebbe trovare ulteriore alimento nella posizione scettica secondo cui le operazioni interpretative di testi non possono dare luogo a esiti incontrovertibili. Partendo dal presupposto che non si possa giungere a definire in termini di verità né quale sia il significato di una disposizione né quale sia la regola del rapporto in un determinato caso, si negherebbe, quindi, valore conoscitivo o pratico all'azione amministrativa vincolata.

Si può, però, obiettare che l'esigenza di interpretazioni corrette si pone su un piano diverso da quello della regola formale (*res judicata*) che consente di porre fine, risolvendola, a una disputa⁵. In una dimensione normativa, il posto della forma nel diritto si ricollega al principio della certezza⁶. L'ade-

⁵ T.A.O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, 2001, 193-202.

⁶ Si allude a due diversi approcci (o idealtipi) di carattere formale (o formalistico) collegati alla certezza, probabilmente il valore fondamentale sottostante al formalismo: uno relativo all'esito di ogni vicenda giuridica che deve trovare una definizione con il giudicato; un altro relativo al problema della prevedibilità, che riguarda invece il rapporto tra il c.d. diritto obiettivo e le soluzioni dei casi singoli. Secondo C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, 284-290, 516-519, il primo tipo di formalismo si ispira al principio d'autorità e a un'ideologia veteropositivistica; nel secondo tipo di formalismo, invece, si riconosce una matrice illuministica che postula l'obiettivo dell'uguaglianza dinanzi alla legge e dell'instaurazione di un principio, non di mera legalità ma, di stretta legalità.

Sulla certezza del diritto, v. S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, 131 ss., che citando J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, trad. it., *Fatti e norme*, Milano, 1996, 237, mette in luce come in generale la certezza giuridica sia da intendere come la possibilità di ricondurre le decisioni particolari a un precedente complesso di significati generali e astratti.

sione a una qualche concezione di *rule of law*, consiglia, vale a dire, di ricercare in modo più ampio giustificazioni per una strategia decisionale che si basi sull'adozione di direttive precise per l'azione, che possano funzionare *out of court*⁷.

Se, dunque, una strategia decisionale fondata su norme è desiderabile, occorre delineare quale sia in questo il ruolo del formalismo. Trattandosi di un formalismo che concerne la dimensione pratica delle regole sociali, esso è stato qualificato "pratico". Il suo assunto fondamentale consiste nel trattare le norme come strumenti di allocazione di poteri giuridici. Il che «presuppone un approccio costruttivista alle istituzioni giuridiche, la convinzione, cioè, che queste possano essere plasmate attraverso un'azione intenzionale e che sia possibile influire entro certi limiti sui meccanismi del loro funzionamento, ossia che si possa modellarle in modo che perseguano, per quanto possibile, i fini desiderati da chi le disegna. Significa inoltre privilegiare modalità pubbliche e controllabili di intervento sulle istituzioni, sottraendole all'influenza di poteri occulti, che in quanto tali sono sempre a rischio di trasformarsi in poteri selvaggi. Questo vale in particolar modo per il potere semiotico dei giudici negli stati costituzionali di diritto»⁸.

In definitiva, è anzitutto sul piano normativo (della politica della legalità) che la questione della natura dell'attività vincolata (e di quella discrezionale) non poteva essere elusa e la concezione del formalismo pratico è sembrata la più appropriata per ricostruirne i caratteri.

Secondo l'approccio giuspositivista tale certezza – considerata in termini di valore cui l'ordinamento giuridico deve informarsi e non come fatto – è concepita come possibilità di conoscere in anticipo i limiti dell'esercizio legale del potere coercitivo. Nel fare questo, particolare importanza riveste il fattore linguistico, oltre a quelli legati alle dinamiche della produzione giuridica (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 86-87). Secondo l'approccio che l'autore definisce post-positivista (che rifiuta un'analisi in termini formali-strutturali dell'ordinamento giuridico incentrata sull'idea di validità), invece, la certezza giuridica non definisce la conoscibilità delle future decisioni dei giudici, ma la controllabilità, secondo metodi e tecniche razionali, delle procedure decisionali che i giudici impiegano, e l'adesione, più o meno accentuata nei diversi approcci, a forme di cognitivismo etico.

⁷ H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961); trad. it., *Il concetto di diritto*, Torino, 1991.

⁸ A. PINTORE, *Il formalismo giuridico: un confronto tra Jori e Schauer*, in *Derecho PUCP*, 79, 2017, 72.

3. *Il formalismo pratico*

La caratteristica fondamentale del formalismo pratico consiste, dunque, nell'indicare un corso d'azione attraverso una norma (FP-1)⁹, in modo che quest'ultima sia una ragione sufficiente per agire in quel modo¹⁰. Questo deriva, a sua volta, da una caratteristica fondamentale del diritto come istituzione che in un gruppo sociale¹¹ avanza una pretesa di autorità legittima¹². Una norma giuridica, in altre parole, "offre" una ragione per agire che squalifica qualsiasi altra ragione per agire diversa da quella prescritta dalla norma stessa. Si tratta, quindi, di una ragione che viene definita "escludente", nel senso che blocca in partenza altre possibili ragioni per scegliere un determinato corso d'azione.

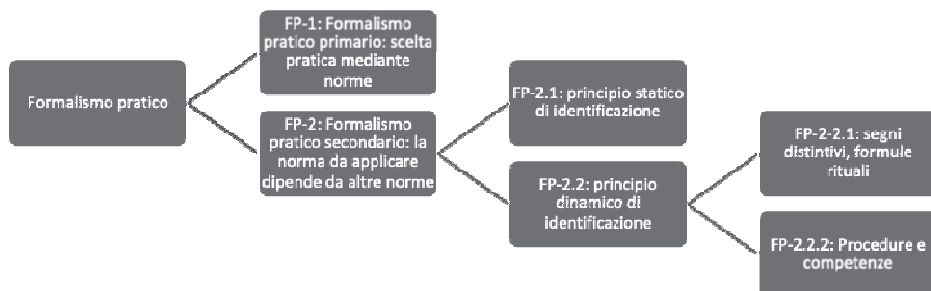
⁹ M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980, 7. Un problema rilevante per il "modello delle regole" e come spiegare il fatto della loro controvertibilità. R. DWORKIN, *A matter of Principle*, Oxford, 1986, 131, obietta che tale modello non sarebbe in grado di dare conto delle frequenti controversie sulla sussistenza di diritti e obbligazioni. Per una convincente replica a questa obiezione, cfr. T. ENDICOTT, *Are There Any Rules?*, *Journal of Ethics*, 2001, 209.

¹⁰ J. RAZ, *Authority, Law, and Morality*, in ID., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, 1994, 215.

¹¹ Questo punto allude alla questione lungamente discussa del "punto di vista interno" dei membri di un gruppo che si dota di un ordinamento normativo per spiegare come i primi comprendono e accettano cosa è il diritto e come esso funzioni. Uno degli assunti centrali del positivismo giuridico dopo Hart è che le pratiche per identificare cosa costituisce diritto sono accettate assumendo un punto di vista interno all'ordinamento giuridico almeno dai funzionari pubblici, in particolare i giudici (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 61).

M. JORI, *Il diritto inesistente*, Pisa, 2010, 1, sviluppando la teoria di Hart, ha convincentemente argomentato che le persone comuni riconoscono e accettano il diritto in generale e il diritto vigente in un determinato contesto spazio-temporale grazie a un insieme di abilità di senso comune a intuizioni radicate nelle pratiche di apprendimento sociale e nel linguaggio ordinario.

¹² J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, 30-33. La natura dell'autorità è cruciale per la tenuta del formalismo pratico. Il problema è connesso, ma non coincidente, con quello dell'esistenza e giustificazione degli obblighi giuridici senza ricorrere a congetture metafisiche. Al riguardo, v. L. GREEN, *Law and Obligations*, in J. COLEMAN, S. SHAPIRO, a cura di, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Theory of Law*, Oxford, 2004, 514; A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Pisa, 2010.

Figura 1. *Rappresentazione grafica delle tecniche del formalismo pratico*

L'esistenza di una regola in quanto norma giuridica, in questo senso specifico, implica che le persone la seguano solo in quanto tale, senza necessità di ponderare (ricorrendo a giustificazioni ulteriori) la ragione derivante dall'autorità legittima del diritto con qualunque altra ragione per compiere una determinata azione. Questo è il motivo per cui, in base al FP-1, una norma giuridica dovrebbe avere una struttura linguistica tale per cui una persona possa sapere cosa fare in una determinata situazione nel modo più semplice possibile. Da questo punto di vista, "non fumare all'interno e nelle vicinanze di questi locali" possiede tale struttura appropriata (è una regola genuina), nonostante il fatto che si possa non essere completamente sicuri di poter fumare, a esempio, a 50 metri di distanza dai locali. Viceversa, "agisci in modo ragionevole all'interno e nelle vicinanze di questi locali", lasciando completamente all'agente la scelta di come dovrebbe agire una persona ragionevole, non è una regola genuina e probabilmente non è affatto una regola da cui dedurre un qualunque obbligo. Nel caso in cui quest'ultima sia inclusa all'interno di un sistema normativo che abbia caratteristiche di ordinamento giuridico – sia quindi accompagnata da una sanzione – all'autorità con il compito di eseguirla viene conferito un potere illimitato di stabilire arbitrariamente se una persona si comporti o meno ragionevolmente.

Un aspetto importante della scelta pratica mediante regole è che la scelta avviene «all'ingrosso» piuttosto che «al dettaglio»¹³. È proprio in questo che risiedono i vantaggi del FP-1, nell'evitare la necessità di considerare ogni volta tutti i fattori rilevanti per prendere una decisione. Questa tecnica, tuttavia, ha anche risvolti negativi: considerare tutti i particolari di un caso (come si fa per una decisione al dettaglio) può portare a concludere che non

¹³M. JORI, *op. cit.*, 8-10.

applicare la regola sia l'opzione migliore tutto considerato. In etica questa tensione è nota come dialettica tra universalismo e particolarismo.

Il FP-1 lungi dall'essere una tecnica esclusiva degli ordinamenti giuridici, è solo una delle tecniche del formalismo pratico. Quello che, molto probabilmente, vi è di più peculiare in un ordinamento giuridico sono i meccanismi attraverso i quali si individua ciò che vale come norma giuridica in un certo contesto spazio-temporale. I meccanismi specifici con cui certi fatti¹⁴ vengono classificati come materiale giuridico danno luogo al "formalismo pratico secondario" (FP-2), in cui si rispecchia il tratto più essenziale di un approccio positivistico al diritto, noto come teoria delle fonti. Non solo, cioè, la scelta pratica è eterodiretta, ma anche l'individuazione della regola da seguire dipende da norme (di diverso tipo) che hanno questo specifico scopo. Questo è il motivo per cui queste norme sono state chiamate da Herbert Hart secondarie e di solito sono definite meta-norme. In base a questo diverso tipo di formalismo, a sua volta composto da quattro sottoclassi (vedi Fig. 1), la scelta all'ingrosso riguarda le modalità escludenti, basate su meccanismi formali, per selezionare una norma da applicare piuttosto che la sostituzione con una regola genuina della ponderazione tra diverse ragioni per agire in un modo o nell'altro. La tecnica del FP-1 da sola, infatti, non esclude di per sé la necessità di soppesare le ragioni a favore o contro la selezione di norme sulla base dei sistemi normativi cui queste appartengono. Un insieme di norme ordinato in base ad alcuni requisiti formali è un presupposto necessario del FP-2. In effetti, la prima operazione implicata dal FP-2 è l'individuazione di una norma come pertinente a tale insieme, da cui deriva l'effetto di esclusione di ogni altro insieme.

All'interno di un sistema normativo esistono due modi fondamentali di individuazione delle norme da cui derivano obblighi, relativi alla distinzione tra principi statici e dinamici. Nel primo caso (FP-2.1) la selezione di una regola si basa sulla deduzione da una regola più ampia, e normalmente di rango più elevato, secondo una tecnica chiamata derivazione sostanziale o

¹⁴ Più precisamente questi sono "fatti istituzionali" nel senso spiegato da J. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, New York, 1995, 20-27, la cui natura istituzionale dipende dall'esistenza di "regole costitutive". Grazie alla loro "funzione agentiva" le regole costitutive – che a loro volta esistono nella realtà sociale in quanto siano parte di una forma di "intenzionalità collettiva" – conferiscono ai "fatti bruti" status come moneta, confini, istituzioni politiche, etc. Questa idea di fatti istituzionali spiega come sia possibile che mettendo insieme elementi formali gli ordinamenti giuridici possano creare "unità funzionali" che possiedono una forma per adempiere complessiva per adempiere a determinati scopi (cfr. R.S. SUMMERS, *Form and Function in a Legal System. A General Study*, Cambridge, 2006, 22).

materiale. In tutti i sistemi giuridici contemporanei vi sono, però, dei dispositivi dinamici alla base di quelli statici, cosicché un ordinamento giuridico concreto è di fatto una combinazione di principi statici e dinamici di individuazione.

Il più importante principio dinamico è quello fondato su “competenze e procedure” (FP-2.2.2). Il diritto, in quanto artefatto intenzionale, è strettamente dipendente da questa specifica tecnica di formalismo pratico. Come è stato osservato¹⁵, non si può pienamente affermare che una norma sia positivizzata quando viene individuata valutando liberamente le ragioni pro e contra un corso d’azione in un determinato contesto, oppure ricorrendo al principio statico dell’individuazione. In questa evenienza chiunque può operare il processo deduttivo per inferire una norma da una più generale, mentre in base al FP-2.2.2 vi sono competenze e procedure che assicurano l’esistenza di una norma giuridica solo se il processo è intrapreso da un determinato organo (a esempio il Parlamento) a seguito di una specifica successione di atti. Probabilmente il caso paradigmatico del FP-2.2.2 è la competenza conferita ai tribunali di porre fine a una controversia in modo autoritativo. Per decidere qual è la norma di un caso particolare, i giudici devono osservare procedure estremamente dettagliate. Si pensi all’assunzione dei mezzi di prova, i fatti rilevanti su cui deve fondarsi la deduzione applicativa giudiziaria. Anche il procedimento amministrativo è un esempio specifico del FP-2.2.2, ma poiché non è destinato a produrre una “decisione risolutiva”, i suoi requisiti formali sono meno rigorosi.

Sotto il profilo giurisdizionale, si tende ormai a concepire il processo amministrativo come teso in primo luogo ad assicurare la soddisfazione di pretese sostanziali piuttosto che alla valutazione della legittimità/illegittimità di atti. La concezione del giudizio come rapporto consente di costruire direttamente dall’interno della posizione soggettiva fatta valere i limiti alla pretesa di carattere demolitorio di un atto amministrativo. Adottando questo approccio sembrerebbe potersi prescindere dalla dicotomia provvedimenti discrezionali-provvedimenti vincolati. Non è questa la strada seguita in questa indagine e per tale ragione la questione dell’oggetto del giudizio come questione unitaria non viene affrontata.

Restando nella prospettiva della disposizione sulla non rilevanza dei vizi formali, la stessa previsione di un tipo di cognizione del giudice come quella prima accennata, milita a favore dell’idea dell’accertamento. In ogni caso, il giudizio sui “provvedimenti vincolati”, per effetto della disposizione in pa-

¹⁵M. JORI, *op. cit.*, 23.

rola, assume caratteri necessariamente peculiari, a partire dalla stessa individuazione della giurisdizione, ma che investono anche fattori come la *causa petendi* e gli effetti del giudicato.

Considerando il tema dell'illegalità praticabile dei "provvedimenti vincolati" in una prospettiva processuale, occorre, inoltre, misurarsi con il problema del dissidio tra la dinamica bipolare (tipica dei rapporti inter-privati) che spesso – ma non sempre – caratterizza i giudizi su tale specie di atti (tipicamente le autorizzazioni), tanto nei casi in cui si prenda in considerazione un interesse pretensivo quanto ove si tratti di un interesse oppositivo, e la cosiddetta 'multipolarità' del potere amministrativo. È discutibile, infatti, che la multipolarità della funzione amministrativa debba effettivamente connotare anche l'azione vincolata dell'amministrazione. In questo caso, sul piano processuale, la platea dei terzi titolari di azioni nei processi andrebbe sensibilmente ristretta a quei "terzi" che vantino a loro volta un diritto¹⁶.

In ogni caso, né la dimensione processuale né quella della funzione amministrativa esauriscono i profili di rilevanza istituzionale della 'questione amministrativa'. La collettività, infatti, sebbene non presente né nel processo né nel procedimento amministrativo, è normalmente destinataria, o beneficiaria, dei risultati (o di una loro parte) dell'azione amministrativa. Questa considerazione ha portato a privilegiare in questo libro la ricerca degli approcci normativi a monte delle tecniche di tutela e quindi la centralità della scelta tra una strategia decisionale basata su regole (che riduce, o dovrebbe ridurre, la rilevanza dell'azione amministrativa nei confronti dei terzi) e una basata sull'esercizio di poteri discrezionali (che comporta una ampia rilevanza di interessi e situazioni dei terzi).

¹⁶V. G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016, che parte dalla considerazione che la norma attributiva di un diritto «è tale quando si preoccupa di individuare l'interesse soggettivo in vista del quale l'obbligo è posto, nonché di fornire all'interprete gli indici necessari per identificare i soggetti che ne sono titolari uti singuli» (pp. 192-193).

CAPITOLO I

LA FORMA E IL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Formalismo ed antiformalismo. – 1.1. La rivolta antiformalista e l’immaginazione dei giuristi – 1.2. Il posto della forma nei ‘fondamentali’ del diritto. – 1.2.1. La polisemia della parola forma. Accezione concettuale e Accezione comune. Assonanze e dissonanze. – 1.3. Il formalismo giuridico. – 1.3.1. Premessa. – 1.3.2. I diversi significati di formalismo giuridico. – 1.3.3. Il formalismo pratico. – 1.4. Formalismo pratico, teorie del diritto e regime delle regole. – 1.4.1. L’impegno giuspositivista del formalismo pratico. – 1.4.1.1. – Il significato formale della *rule of law*. – 1.4.1.2. Un *caveat* metodologico. – 1.4.2. La teoria e la scienza giuspubblicistica contemporanee dinanzi alla “miseria del positivismo”. – 1.4.3. Sostenibilità concettuale del formalismo pratico. – 1.4.3.1. Linguaggio e regole. – 1.4.3.2. C’è qualcosa tra il formalismo interpretativo e l’inevitabile discrezionalità delle ‘scelte interpretative’?. – 1.4.3.3. Potere amministrativo e valori. – 1.4.3.4. Defettibilità delle regole?. – 1.5. Tipi di norme: regole, *standards* e direttive. – 2. Deformalizzazione o degiuridicizzazione?. – 2.1. Il c.d. diritto dell’età globale e la critica corrosiva delle teorie giuridiche post-moderne. – 2.2. La pressione della globalizzazione sul diritto amministrativo (domestico). – 3. L’idea dell’illegalità utile.

1. *Formalismo ed antiformalismo*

1.1. *La rivolta antiformalista e l’immaginazione dei giuristi*

Per molti giuristi pratici ipotizzare un’opinione incline a negare la valenza che la forma assume nel diritto, per la sua stessa intelligenza, potrebbe suonare come artificio concettuale per preconstituersi un comodo bersaglio dialettico¹. Sembra far parte dei presupposti impliciti di ogni discorso giuri-

¹ Secondo R.S. SUMMERS, *Form and Function in a Legal System. A General Study*, Cambridge, 2006, 22, «even though many lawyers do not use the terminology of form explicitly, good lawyers implicitly understand how forms define and organize functional legal units and understand how forms differ from, yet relate to and interact with, material and other components of the overall forms of legal units» ed aggiunge che i “good lawyers” sono sensibili alla forma anche quando interpretano ed applicano il diritto e nel fare questo combinano gli elementi formali con il “materiale complementare” e le altre componenti

dico che l'individuazione di un evento cui conferire rilevanza giuridica presuppone che vi sia un modello di descrizione dei caratteri formali giuridicamente rilevanti di un fatto. Il che parrebbe rispondere ad una profonda esigenza non solo concettuale ma, appunto, anche pratica².

Il formalismo segue il diritto come l'ombra segue il corpo: chi volesse eliminarlo dovrebbe fare come chi è costretto a distruggere il proprio corpo per terrore della propria ombra³.

Solo l'adozione di una data forma permette un giudizio di conformità che possa dirsi almeno in astratto obiettivo e comunque verificabile in quanto ripetibile⁴. Distinta questione è se possa risolversi il diritto nella forma, come importanti correnti del pensiero giuridico novecentesco hanno forse ritenuto di poter fare. Quest'ultima questione è del resto mal posta, poiché si tratta prima di sapere che cosa si intende per 'forma'. E comunque non è certo mia intenzione rispondere ad un tale interrogativo. Se il punto di vista, peraltro, è quello dello studioso del diritto, vocaboli come 'obiettività' e 'verificabilità', immediatamente evocano un demone, quello della scientificità della giurisprudenza⁵. Quanto il tema della forma sia legato a ciò che è stato

richieste dall'analisi giuridica (p. 23). Il punto di vista dell'uomo di legge è essenziale per tentare una "difesa" del formalismo. Come si vedrà più avanti (§ 1.2 e, specialmente, 1.3.3) proprio il ribaltamento prospettico di una delle più diffuse accezioni del formalismo, come "vizio dell'uomo di legge" (G. TARELLO, *Formalismo*, in ID., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, 24), consente l'elaborazione di una nozione di formalismo pratico (v. nt. seg.) che è a mio avviso essenziale per la comprensione della funzione del diritto.

² Il formalismo (giuridico) pratico, nelle accezioni elucidate da M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980, *passim*, ma definito nei suoi termini più generali come «tecnica per la giustificazione di scelte mediante l'adozione di norme o metanorme (ordinamenti normativi)» (p. 83), rappresenta, come si vedrà, uno degli orizzonti concettuali che orienta l'intera ricerca.

³ N. BOBBIO, *Sul formalismo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 998.

⁴ Tutte le parole e le locuzioni contenute in questo enunciato sono peraltro suscettibili di attribuzioni di senso opinabili, come d'altronde in parte si osserverà più avanti. Si pensi in particolare a giudizio di conformità, obiettività, verificabilità. Sulla natura puramente formale delle regole nei sistemi giuridici contemporanei, come reazione tanto all'irrazionalismo proprio delle forme arcaiche di giustizia quanto all'assolutismo del periodo prerivoluzionario, proprio al fine di garantire prevedibilità e calcolabilità dei comportamenti regolati dal diritto, soprattutto in funzione dello sviluppo economico, M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* [1922]; trad. it., *Economia e società*, Milano, 1974, II, 170.

⁵ V. almeno N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950, 206-223, ove l'allineamento alla metodologia del neopositivismo comporta che il discorso giuridico debba essere concepito come analisi del linguaggio delle proposizioni normative in cui si esprime il

definito il paradigma “logistico-positivista”⁶ è cosa nota, ma la domanda fondamentale che quel demone pone non mi sembra ancora passata di moda: la scienza giuridica è (deve essere) formale perché formale è il suo oggetto o la scienza giuridica che vuole dirsi formale (obiettiva) manipola il suo oggetto per adeguarlo ai suoi scopi? Naturalmente non ho la pretesa di rispondere nemmeno a una simile domanda, nelle pagine che seguono mi limiterò a ricostruire dei percorsi, al massimo offrendo delle chiavi di lettura e qualche opzione personale.

Nota è anche la reazione al suddetto paradigma, che spesso ha storicamente assunto le dichiarate vesti di una “rivolta contro il formalismo”⁷ e che

legislatore (p. 219). In senso critico sulla tesi di Bobbio, v. il bel saggio di L. CAIANI, *Formalismo ed empirismo nella scienza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 83 ss. Il dibattito sul positivismo metodologico è tuttora aperto tra gli stessi studiosi che adottano un accostamento giuspositivistico. Sul punto v. M. JORI, *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985, capp. II e. IV; S.P. PERRY, *Hart's Methodological Positivism*, in *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, a cura di J. Coleman, Oxford, 2001, 311 ss.; M. BARBERIS, *Diritto: com'è/come deve essere. Hart, Dworkin e la teoria del diritto*, in *Ragion pratica*, 2003, 325 ss. Su alcuni degli aspetti implicati da tali questioni tornerò *infra*, § 1.4.

⁶ P. COSTA, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 2.

⁷ M. WHITE, *La rivolta contro il formalismo*, Bologna, 1956, 1-379, che si riferisce alla cultura nordamericana dell'età roosveltiana. Più in generale la polemica antiformalistica di matrice nordamericana è particolarmente accesa nel *Critical Legal Studies movement*. M. TUSHNET, *Introduction (to the symposium "Perspectives on Critical Legal Studies")*, in *G. Washington Law Review*, n. 52, 1984, 239, identifica nell'attacco contro ogni tipo di formalismo uno dei temi cruciali dell'*approach* di tale movimento. Nella visione di questo autore il formalismo sostiene «*that some type of analysis provides a solution to problems of legal choice, policy choice, or social analysis by limiting the range of pure choice within which the analyst – judge, policy-maker, social scientist – operates*» (p. 239). Una analoga rivolta contro il formalismo, soprattutto nella sua versione ‘concettualistica’, si ebbe in Germania tra le due guerre con la cosiddetta giurisprudenza degli interessi, peraltro intrisa di elementi ideologici che portavano a investire il giudice di una diretta interpretazione di concetti mistici quali la “coscienza popolare” e simili (v. a es. P. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932), in *Das Problem der Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, a cura di R. Dubischar, Zurigo, 1968, 140-198). Sull'antipositivismo nella cultura giuridica tedesca, si veda A. SOMEK, *German Legal Philosophy and Theory in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, in D. PATTERSON (ed. by), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, 1996, 343-354.

Secondo N. BOBBIO, *Sul formalismo giuridico*, cit., 976, l'espressione “rivolta contro il formalismo” descrive efficacemente anche agli orientamenti della teoria del diritto in Italia nel secondo dopoguerra. Per una panoramica sull'antiformalismo nel suo periodo aureo (il primo quarantennio del secolo scorso) è molto utile consultare A. TANZI (a cura di), *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Milano, 1999, *passim*.

in un'efficace raffigurazione dicotomica è stata descritta da Pietro Costa, in chiave storiografica, come rivincita della soggettività, che rivendica un ruolo "creativo" al giurista⁸. Si tratta di un "antiformalismo" che si alimenta soprattutto del verbo ermeneutico, ma che non riesce in fin dei conti a ridisegnare la mappa del giuridico in termini radicalmente innovativi⁹.

Anche perché nel frattempo è largamente maturata la presa di coscienza della natura a sua volta ideologica di una scienza che registri e descriva i fatti per come essi sono, e quindi quell'antiformalismo duella, forse, con un nemico immaginario. Se dalla autorappresentazione dei giuristi si passa, inoltre, a considerare quello che essi hanno fatto, si nota come assai difficilmente il paradigma positivistico o 'formalistico' (nel senso degli anti-formalisti) si è per davvero realizzato.

Continuando a seguire il racconto di Costa¹⁰, egli porta a esempio, in primo luogo, la grande opera di costruzione della dottrina dello Stato da parte dei giuspubblicisti tedeschi ed italiani tra Ottocento e Novecento, improntata a purezza del metodo e rigorosa obiettività, eppure costruita in totale assenza di qualsiasi dato testuale od oggettivo, ricorrendo invece a metafore ed immagini proprie della tradizione filosofica occidentale soprattutto di matrice idealistica¹¹. Nei confronti di tali costruzioni, sia detto qui per inciso, si apprezza a mio avviso lo stacco della dottrina di Hans Kelsen, che alla base del suo programma pone proprio la necessità di fondare realmente secondo i principi del positivismo scientifico la scienza del diritto, liberandola da ogni scoria metafisica e sviluppando fino alle estreme conseguenze l'intuizione (che in campi vicini nello stesso periodo altri dividevano) che l'ideale di oggettività propria delle scienze che studiano i fenomeni naturali – basati sul rapporto di causalità – può essere perseguito nel campo del diritto solo riconoscendone la struttura formale, ed il suo carattere di creazione umana, retto non dal principio di causalità ma da quello di imputazione, insomma proprio negando la meccanica trasposizione dell'epistemologia delle scienze della natura nella scienza del diritto.

Il secondo esempio riguarda l'atteggiamento dei giudici nell'età della codificazione, ossia il momento fondante del 'positivismo legalista', che, se in

⁸ P. COSTA, *op. cit.*, 12-14.

⁹ *Op. ult. cit.*, 15.

¹⁰ *Op. ult. cit.*, 22 ss.

¹¹ Emblematico è del resto il titolo di un libro che è ormai quasi un *cult-book* di P. COSTA, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986.

linea teorica dovrebbe essere informato ai canoni oggettivistici del giudice bocca della legge – questa è perlopiù l'immagine professionale che il giudice, forse ancor oggi, offre di sé per legittimare il proprio ruolo nella società¹² –, a un'analisi empirica rivela tendenze affatto diverse. I casi considerati sono quelli della Francia e dell'Italia. In Francia è un giurista antiformalista come Gèny, polemico nei confronti dell'ideologia della codificazione, a stigmatizzare l'aberrante “soggettivismo” dell'attività delle corti portando a suffragio di questo giudizio numerosi esempi legati ad importanti settori del diritto civile¹³. In Italia la situazione è speculare e ne è esempio eloquente quello della creatività giudiziale nei confronti della inadeguatezza del codice civile del 1865 nel settore giuslavoristico¹⁴. Ma forse lo stesso potremmo dire per il settore del diritto amministrativo, sebbene non codificato¹⁵.

Tra formalismo ed antiformalismo è bene, dunque, distinguere il dire dal fare in entrambe le direzioni di marcia. In modi e toni forse meno veementi (ma non meno decisi) una polemica antiformalistica (i cui variegati caratteri emergeranno nelle pagine successive soprattutto come critica al positivismo giuridico o a una certa idea del positivismo giuridico) o comunque un latente dissidio tra formalismo ed antiformalismo, mi sembra ancora ampiamente presente tanto nelle discussioni teoriche, quanto nella percezione degli operatori e nel dibattito politico. La stessa disposizione contenuta nell'art. 21-

¹² In tema v. G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, 475 ss.

¹³ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. I, II edit., Paris, 1932, 261.

¹⁴ P. COSTA, *Discorso giuridico e immaginazione ...*, cit., 28. Sulle tendenze antiformalistiche delle corti italiane dopo la codificazione del 1865 e sul ruolo dottrinale di argine al diritto giurisprudenziale assunto nel periodo successivo v. B. TONOLETTI, *L'accelteramento amministrativo*, cit., 37 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁵ Sul ruolo della giurisprudenza nella formazione del diritto amministrativo, S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Paquini e A. Sandulli, Milano, 2001, 1 ss.; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana ed inglese a confronto*, Milano, 1983, 121 ss.; P. D'AMELIO, *La formazione giudiziale del diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1969, III, 118 ss.; M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 533, con particolare riferimento alla “creazione” del principio di imperatività del provvedimento amministrativo. Da ultimo A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2002, 1373, distingue tre fasi storiche di attività creativa del diritto da parte del giudice amministrativo: una “fondante” a cavallo tra secolo XIX e XX, una di tipo “ordinatrice” nel secondo dopoguerra, una “interstiziale” a partire dagli ultimi dieci anni del secolo scorso.

octies.2, l. 241/1990, da cui ho preso le mosse e su cui ritornerò nei capitoli successivi, sembra il risultato di una sorta di rivincita dell'antiformalismo. Tuttavia, l'idea da cui è partita questa indagine, rafforzatasi nel corso del suo svolgimento, è che una lettura siffatta sia semplicistica e che sia invece più perspicua l'ipotesi, invero non particolarmente originale, che tra formalismo ed antiformalismo passi una terza via, per percorrere la quale appare utile una certa dose di buon senso¹⁶. Non si tratta di una terza via intesa come passaggio intermedio tra i due ricordati opposti, quanto piuttosto di una via che nega la fondatezza della dicotomia. In altre parole mi sembra importante osservare fin d'ora che quella dicotomia può rilevarsi mistificante soprattutto se utilizzata un poco all'ingrosso per travolgere – assieme al formalismo (sempre assunto con una connotazione spregiativa che nel linguaggio tecnico ha ben poca ragione d'essere) – anche la forma e con essa, tanto per fare qualche esempio, alcuni feticci come lo Stato di diritto o la certezza del diritto ed in ultima analisi l'ideale della *rule of law*. Non sembri un paradosso il fatto che mi accingo a difendere il formalismo (una sua accezione), ma non formulerò, nel corso di questo studio, un giudizio sfavorevole sulla delimitazione dell'annullabilità ai vizi non formali dell'atto operata dalla suddetta disposizione. Quello che cercherò di far emergere è anzi che lo schierarsi contro o a favore di tale scelta legislativa – atteggiamento che ha contraddistinto buona parte della nostra scienza giuridica – è frutto spesso di un approccio non sufficientemente critico al tema del formalismo, considerato in alcuni aspetti ma non in altri e quindi in fin dei conti di un approccio parziale.

Nei paragrafi successivi comincerò a esaminare il problema del rapporto tra forma e diritto da un punto di vista concettuale e degli usi linguistici e procederò a un tentativo di ricostruzione (naturalmente parziale e soggettivo) del rapporto tra forma e diritto o meglio ad isolare alcune delle accezioni non spregiative che si possono dare del formalismo giuridico, inteso come formalismo pratico. Quindi, nella sezione 2, mi soffermerò brevemente sul fenomeno della c.d. globalizzazione, dalla cui analisi emergono tesi che sembrano andare perfino oltre una reazione antiformalistica, propugnando immagini del diritto completamente destrutturate ed apparendo in qualche caso reazioni antiggiuridiche *tout court*, proprio perché giungono a negare qualunque rilevanza alla forma. Nella sezione 3 presenterò un'idea di 'ille-

¹⁶ Sembra di recente implicitamente negare questa possibilità B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, 1999, 384-386, che avanza il sospetto (dopo aver sollevato obiezioni definite "devastanti" alla teoria del diritto di Kelsen) che tra la pura forza e la moralità politica non vi sia nulla.

galità praticabile' secondo una prospettiva sociologica posta in luce da Niklas Luhmann.

1.2. *Il posto della forma nei 'fondamentali' del diritto*

1.2.1. *La polisemia della parola forma. Accezione concettuale e Accezione comune. Assonanze e dissonanze.* – Nonostante per certi versi il tema del posto della forma nel diritto faccia da sfondo da sempre a qualsiasi discorso sul diritto, secondo l'opinione di Robert Samuel Summers¹⁷ – se si eccettuano indagini particolari (quelle a esempio sul formalismo negoziale o quelle sulla *rule of law*) – esso risulta piuttosto negletto come oggetto specifico di studi a carattere sistematico. Il giudizio di Summers, che si riferisce, peraltro, soprattutto alla letteratura di lingua inglese, sembra generalizzabile, sebbene non possa dirsi, guardando all'Italia, che manchino del tutto studi a carattere generale sulla forma¹⁸. Inoltre, tale giudizio è probabilmente influenzato dall'approccio metodologico dell'autore, il cui accostamento è originale, come egli stesso chiarisce, non tanto in relazione all'uso di concetti inediti, quanto al modo di studiare la forma come

assetto sistematico orientato verso uno scopo delle parti e dell'insieme di un fenomeno giuridico¹⁹,

intendendo per fenomeno giuridico

ogni tipo o sottotipo di unità giuridiche funzionali (*functional legal units*)²⁰

presenti in un ordinamento giuridico (occidentale moderno).

Questa definizione presuppone una scelta tra la varietà di accezioni ed accenti che il lemma 'forma' assume nel contesto linguistico del diritto. Pur nella necessaria brevità, essa, invita a prendere le mosse proprio dalla polisemia del termine. In linea generale, e forse un po' troppo schematicamente, la parola forma può essere intesa secondo un'accezione concettuale oppure secondo un'accezione comune. Queste corrispondono, grossomodo, alle due fondamentali accezioni di forma isolate da Giovanni Tarello, rispettivamente, come qualcosa che prescinde dal contenuto e come qualcosa che costitui-

¹⁷ *Form and Function in a Legal System*, cit., 24-33.

¹⁸ Una delle opere fondamentale rimane quella di A.E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico. Studi* (1936), Milano, 1963.

¹⁹ R.S. SUMMERS, *On Giving Legal Form Its Due. A Study in Legal Theory*, in *Ratio Juris*, vol. 18, n. 2, 2005, 129.

²⁰ *Op. e loc. ult. cit.*

sce la caratteristica essenziale di un oggetto o di un concetto²¹. Questa seconda accezione è espressa anche in quello che è stato definito il maggior significato tecnico della parola ‘forma’ in Inglese ed in molte altre delle maggiori lingue occidentali, proprio della tradizione filosofica, e cioè di forma come

*that which makes anything ... a determinate species or kind of being*²².

Si tratta di una definizione che proviene chiaramente da Aristotele, ed in particolare dall’uso che egli fa della parola greca *eîdos* che rappresenta la struttura delle cose, la loro essenza²³:

*Forma est quod dat esse rei et conservat eam in esse*²⁴.

La sostanza del reale dipende dalla sua struttura. Se ogni contenuto fosse senza forma non potremmo farne esperienza. D’altronde una forma senza contenuto non sarebbe forma di qualcosa e quindi sarebbe un “nulla”. La forma è, pertanto, l’insieme delle caratteristiche che costituiscono la sostanza in questione come unità identica a quella di altre sostanze dello stesso tipo e distinguibile da altre sostanze di tipo differente. La forma non è separata dal contenuto ma è ciò che identifica un contenuto come quel contenuto. Questa accezione è stata definita di carattere ontologico e da essa se ne è distinta una ulteriore di carattere gnoseologico²⁵, di matrice kantiana²⁶.

²¹ G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 19-50.

²² R.S. SUMMERS, *Form and Function...*, cit., 47. La definizione riportata è tratta da *Oxford English Dictionary*, n. 2, vol. 4, alla voce “*form*”, 1.4.

²³ Che in realtà non sembra avere rapporti di derivazione etimologica con la parola forma, la quale deriva dal latino *formam* e risulta attestata nella lingua italiana a partire dal XIII sec. Cfr. T. DE MAURO, *Grande dizionario italiano dell’uso*, vol. III, Torino, 1999, 25. Ma per Aristotele μορφή, la traduzione letterale di forma, è equivalente di εἶδος.

²⁴ PIETRO ISPANO, *Tractatus. Summule logicales* (prob. 1230), Milano, 2004, cur. A. Ponzio, 160.

²⁵ R. DE STEFANO, *Il problema del diritto non naturale*, Milano, 1955, 108, secondo il quale la versione ontologica sarebbe alla base dell’uso della parola forma nel discorso proprio dei giuristi. Questo autore fornisce una definizione di sintesi di forma come “ciò che costituisce e rende possibile l’apparire del fenomeno in un campo fenomenico». L’elemento visivo è probabilmente alla base di ogni uso del termine e tanto nel linguaggio comune quanto in quello tecnico una forma è una classe di figure uguali o simili nello spazio visivo.

²⁶ L’accezione kantiana e neokantiana di forma ha indubbiamente influito sullo sviluppo del formalismo in una cospicua parte della filosofia e teoria generale del diritto del Novecento. I più recenti fautori di un formalismo giuridico di stampo non positivistico, si richiamano espressamente a Aristotele e Kant. Cfr. E.J. WEINRIB, *Legal formalism: on the Immanent Rationality of Law*, in *The Yale Law Journal*, n. 97, 1998, 949 ss.

In questo caso le forme²⁷, in cui l'esperienza si ordina e si organizza, si trovano a priori nell'intelletto, che è la

facoltà di produrre in modo autonomo rappresentazioni, ossia la spontaneità della conoscenza²⁸.

Tali forme sono dunque i concetti. A proposito di ciò Kant enuncia il famoso motto secondo cui

i pensieri senza contenuto sono vuoti, le intuizioni senza concetti sono cieche²⁹.

In questo senso la forma (come schema, classe, tipo, categoria³⁰ è ciò che consente, attraverso processi di generalizzazione e oggettivazione, di dare un ordine al caos del reale. Ai nostri fini questa distinzione (che si risolve, da un lato, nel credere che il mondo sia organizzato in un certo modo, e dall'altro, nel credere che siano le nostre facoltà mentali a sistamarlo, per poterlo conoscere e comunicare, poiché i dati provenienti dall'esperienza sensoriale non sono conoscibili in quanto tali³¹ non rileva più di tanto, poi-

²⁷ Secondo Kant l'oggetto indeterminato di un'intuizione empirica costituisce una apparenza, ciò che «fa sì che il molteplice dell'apparenza possa venir ordinato in certi rapporti ...» costituisce la «forma dell'apparenza» (I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, II ed.; trad. it. *Critica della ragione pura*, a cura di G. Colli, Milano, 1976, 75 s.).

²⁸ I. KANT, *op. ult. cit.*, 109. Si tratta del sintetico a priori, concetto esclusivamente formale, che rappresenta uno dei campi di battaglia privilegiati della filosofia del Novecento ed in special modo dell'empirismo e del neopositivismo e della corrente analitica e post analitica, ove si spazia da una completa negazione della possibilità degli a priori a una rivalutazione delle categorie kantiane ma private del fondamento di universalità e necessità ed invece dotate di uno statuto convenzionale e quindi "mobile" perché rivedibile razionalmente. Su queste vicende cfr. M. FERRARI, *Categorie e a priori*, Bologna, 2003, spec. 227 ss.

²⁹ *Op. e loc. ult. cit.* Nonostante il più fecondo (beninteso a mio modesto avviso) indirizzo della filosofia del Novecento, quello di ispirazione analitica, abbia tentato in tutti i modi di sbarazzarsi di Kant, tra le più interessanti proposte avanzate di recente sull'eterno problema dello 'statuto' della conoscenza, si segnala quella di J. MCDOWELL, *Mind and World*, HUP, Cambridge (Mass.), 1994; trad. it., *Mente e mondo*, Torino, 1999, che si ispira proprio al citato motto kantiano, recuperando un ruolo determinante per la spontaneità delle capacità concettuali, acquisite tramite l'educazione e sedimentate nel linguaggio (pp. 13, 73, 93 s., 136 s.).

³⁰ Cfr. A.E. CAMMARATA, *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, 1013, che parla della forma (da cui i derivati conformità, uniformità) come modello che consente la riduzione delle differenze tra vari elementi a una identità tra essi. Tale *reductio a unitatem*, «relativa e parziale», determina forma e contenuto «senza il quale si dirà "vuota", mera parvenza».

³¹ Questo può essere considerato il punto su cui vi è una certa intesa anche ai giorni nostri. Significativa è l'affermazione di uno dei più considerati filosofi contemporanei secondo cui «non è un disastro il fatto che non possiamo separare il nostro schema concettuale

ché in tutti e due i casi la sostanza³² non può dirsi contrapposta alla forma, è essa stessa compenetrata nella forma³³.

L'altra accezione, quella di forma come qualcosa che prescinde dal contenuto, sembra più prossima all'uso comune del termine. L'uso linguistico più diffuso del lemma forma è quello che fa riferimento all'aspetto esteriore di qualcosa, determinato specialmente dal contorno che ne delimita la superficie o il volume (quindi riferita a oggetti materiali). Traslare questa accezione da oggetti a concetti comporta alterazioni dell'attribuzione di senso. Così, appunto, forma diviene, semplicemente, qualcosa che prescinde dal contenuto.

Per i giuristi in genere l'idea della forma come contrapposta alla sostanza accompagna l'evoluzione in epoca moderna dei concetti di atto e negozio giuridico. Nella concezione tipica del diritto romano, dipinta normalmente come marcatamente formalista, era sconosciuta una vera e propria differenza tra la forma e il contenuto degli atti giuridici, tanto sul piano del diritto sostanziale quanto su quello del diritto processuale³⁴. Tale differenza prende corpo nel lungo passaggio dal diritto antico a quello moderno, in cui si assiste all'emergere di molte figure contrattuali che, favorite dalle nuove esigenze commerciali dell'epoca medievale, tendono a fondarsi sull'efficacia vincolante del consenso piuttosto che su determinati requisiti di forma³⁵. Angelo Falzea ha rintracciata l'origine dell'opposizione forma-sostanza in un passo di Baldo degli Ubaldi:

da ciò che è “là oggettivamente”» (H. PUTNAM, *The many Faces of Realism*, La Salle (Ill.), Open Court; trad. it., *La sfida del realismo*, Milano, 1991, 72). Mi pare che, rifiutando posizioni metafisiche, si debba ammettere che la forma esprime il modo fondamentale in cui, attraverso il linguaggio, dividiamo e classifichiamo il mondo e non il modo attraverso cui il mondo è oggettivamente organizzato, soprattutto – per quel che qui più interessa – quando le parole non si riferiscono a oggetti ma a concetti, come a esempio le norme.

³² La «materia dell'apparenza» per dirla con KANT, *op. cit.*, 75.

³³ R. DE STEFANO, *op. e loc. ult. cit.*, avverte che la distinzione tra accezione ontologica e gnoseologica della forma non deve peraltro oscurare l'elemento di collegamento esistente tra tali due punti di vista, costituito da un ulteriore criterio di classificazione che può dirsi logico, in quanto inerente all'antica distinzione tra materia e forma del pensiero, comune nella logica tradizionale di matrice aristotelica. Il riferimento è alle pure forme del pensiero razionale analitico proprie della logica proposizionale quali il principio di identità, non contraddizione, terzo escluso, ecc.

³⁴ E. BETTI, *Diritto Romano. Parte generale*, I, Padova, 1935, 216.

³⁵ Di recente ripercorrono questa vicenda, indicando la principale letteratura in tema, M. BENINCASA, *Formalismo e contratto di locazione*, Milano, 2004, 5-16; M. MESSINA, “*Libertà di forma*” e nuove forme negoziali, Torino, 2004, 34-58.

sostanza è il consenso, la volontà comune dei contraenti; forma, invece, sono le parole, dunque la dichiarazione attraverso cui la volontà dei contraenti si manifesta all'esterno³⁶.

La compiuta elaborazione della teoria del negozio giuridico (a opera della scuola storica e della pandettistica) consolida la dicotomia forma-sostanza, ma assegna alla forma un ruolo marginale, poiché questo era quanto richiedeva l'adesione ad una concezione strettamente volontaristica degli atti negoziali. Le cosiddette teorie della dichiarazione, pur continuando ad aderire al dogma della signoria della volontà, ne limitano la portata, riconoscendo che la manifestazione di volontà non può che avvenire per mezzo di una qualche forma esteriore, che è

il modo, qualunque sia, purché naturalmente idoneo, in cui la manifestazione viene a esistere³⁷.

Secondo la più influente ricostruzione della nozione giuridica di forma dell'atto, quella di Francesco Carnelutti³⁸, essa esprime il movimento in quanto alterazione di uno stato.

Senza o prima che il movimento e il mutamento avvenga non vi può essere che mera *cogitatio*, la quale da sola è indifferente per il diritto³⁹.

Il mutamento di uno stato del mondo è comunque frutto della volontà dell'uomo⁴⁰, la quale a sua volta è il pensiero che si manifesta in movimento, in forza fisica. Secondo Carnelutti sono questi i concetti attraverso cui deve essere compresa la parola forma e che portano alla famosa definizione secondo cui

³⁶ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte I, *Il concetto di diritto*, Milano, 1992, 80.

³⁷ D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1949, 314.

³⁸ Attribuisce a Carnelutti il merito di avere elaborato nel campo del diritto la nozione della forma come categoria generale, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 5, nota 5 (prolusione al corso di diritto civile tenuto all'università di Roma, pronunciata il 15 marzo 1948 e pubblicata in *Riv. it. scienze giur.*, 1948, 34 ss.).

³⁹ F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, 159.

⁴⁰ Si può fin d'ora notare come, da questo punto di vista, l'idea della forma sia connotata all'idea di potere, entrambi riguardando il mutamento di uno stato di cose. Mi pare che il collegamento tra forma, potere e trasformazione sia largamente utilizzato da Feliciano Benvenuti nei suoi scritti sulla funzione.

forma vuol dire la parte esterna di un ente o quasi il vaso o lo stampo, entro il quale la essenza si contiene: questa essenza è la volontà⁴¹.

Era stata la scienza giusinternazionalistica che, al principio del secolo XX, aveva cominciato a porre in discussione la concezione dell'opposizione o separazione tra forma e contenuto dell'atto, negando il carattere strumentale della forma, che può essere vista invece come il contenuto in quanto obiettivato, materializzato⁴². E proprio riprendendo queste intuizioni, parte della dottrina civilistica, giunge a riconoscere una immedesimazione tra forma e contenuto del negozio, il quale

deve soddisfare, in quanto atto di autonomia privata, l'esigenza della riconoscibilità sociale⁴³.

Secondo Natalino Irti – che tracciando le tappe fondamentali di questo nuovo orientamento, attribuisce a Emilio Betti il merito di aver mostrato che la forma non è qualcosa di separabile dal contenuto e quindi non ha carattere di fissità –

l'atto giuridico ci appare, senza residui, come integrale ed assoluta unità [...] dire atto è dire sintesi di forma e contenuto. All'atto nulla si può aggiungere dall'esterno, poiché in esso tutto è già compreso: il segno ed il significato, la parola ed il pensiero⁴⁴.

Riecheggiano in queste frasi le parole di Betti, il quale, però, pur criticando il dualismo forma-contenuto, poiché forma e contenuto si riassumono nella struttura del negozio, sul piano concettuale continua a ritenere identificabile ciò che appartiene alla forma – il modo come l'atto si presenta agli altri nella vita di relazione – e ciò che appartiene al contenuto – la fattispecie “interiore” di assetto impegnativo⁴⁵. Lo stesso pensiero di Carnelutti, consi-

⁴¹ *Op. ult. cit.*, 160.

⁴² N. IRTI, *Idola Libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 7-8.

⁴³ M. BENINCASA, *op. cit.*, 10.

⁴⁴ N. IRTI, *op. cit.*, 13. Per il pensiero di E. Betti, cui Irti si riferisce, v. *Riflessioni sul negozio giuridico*, in *Temi*, 1963, 609.

⁴⁵ E. BETTI, *op. e loc. ult. cit.* Il problema della forma è presente in Betti anche nei fondamentali studi sull'interpretazione. In *Interpretazione della legge ...*, cit., 5-6, egli afferma che la forma è rappresentazione di uno spirito e quindi l'interpretazione non può darsi se non in presenza di una «forma rappresentativa», che esprime il rapporto unitario di elementi sensibili idoneo a serbare l'impronta di chi l'ha creato. All'interprete si pone un'esigenza di obiettività che consiste proprio in una riproduzione il più possibile fedele del valore espressivo della forma rappresentativa che si tratta di intendere (pp. 11-12). Betti si riferisce, peraltro, alla forma anche in un significato più ampio, in quanto, cioè, impiegata

derato nel suo insieme, a mio parere, esprime, in realtà, un'idea più complessa sulla forma degli atti di quanto non riveli il riferimento alla tradizionale opposizione forma-contenuto. In questo autore l'opposizione è, infatti, tra forma e volontà, la quale si realizza soltanto nella forma, mentre il contenuto ha esso stesso natura formale, entrando a far parte del "regolamento della forma degli atti"⁴⁶. In effetti contenuto e forma corrispondono a ciò che gli studiosi del diritto penale, cui Carnelutti attribuisce il merito di aver dischiuso alla teoria generale lo studio della forma, definiscono evento ed azione. Ma azione ed evento, e quindi contenuto e forma, sono scomponibili solo sotto il profilo logico, essendo essi

inseparabili perché sono due aspetti di un solo fenomeno ... non v'è azione senza evento né evento senza azione perché non v'è movimento senza mutamento né mutamento senza movimento: il primo è l'aspetto dinamico, il secondo l'aspetto statico del fenomeno⁴⁷.

E, dunque, la forma è anzitutto azione, ma tale azione deve collegarsi ad un evento, che nel campo del diritto non è, ovviamente, un fatto naturale, ma un "effetto" descritto nel contenuto o precetto dell'atto:

se un atto è giuridico in quanto produce conseguenze di diritto, cioè in quanto il diritto ve lo ricollega, la sua giuridicità non si può concepire se non per quanto il diritto ne prestabilisce la forma⁴⁸.

Se, in breve, il negozio giuridico consiste in un fenomeno di convergenza tra lo scopo pratico perseguito e gli effetti giuridici, forma è la mera manifestazione considerata a parte dalla volontà. La forma è in breve ciò che consente di passare dall'interno (dalla sfera soggettiva) all'esterno (alla sfera intersoggettiva). In questo gioco tra l'esterno e l'interno si rinviene anche il limite del formalismo, poiché non può non ammettersi la possibilità immanente di una divergenza tra volontà e sua manifestazione, che è il limite connaturato a qualunque forma(lismo), giuridica o non giuridica.

dal diritto per operare una semplificazione per tipi del comportamento da tenere da parte dei consociati, necessaria per «dominare, e permeare la fluida materia della vita sociale cui si sovrappone» nonché per «raggiungere la necessaria trasparenza ed intelligibilità» (*ivi*, pp. 102-103).

⁴⁶ F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 170 s. Come emergerà più avanti il formalismo è in realtà qualcosa che attiene strettamente a determinate opzioni contenutistiche (v. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., 517-518).

⁴⁷ *Op. ult. cit.*, 161.

⁴⁸ *Op. ult. cit.*, 168.

L'idea, che continua a coesistere con un più recente orientamento, di una contrapposizione tra forma e sostanza, sembrerebbe legata a un uso più vicino al linguaggio comune. Devo, tuttavia, confessare che non mi sono del tutto chiare le ragioni per cui si affermi così di sovente che la forma dei giuristi (l'accezione in cui essa è in netta opposizione col contenuto) sia un *quid* radicalmente diverso dalla forma dei filosofi (l'accezione in cui la forma è struttura di un ente) e mi pare, invece, che la distanza tra uso giuridico, uso filosofico ed uso comune del termine sia minore di quanto normalmente si ritenga. Se si analizza la seguente definizione proposta da Angelo Falzea, secondo cui, in linea generale, nelle formule linguistiche utilizzate dai giuristi forma

è l'aspetto esteriore sensibile attraverso cui un fenomeno giuridico complesso ...
si manifesta all'esterno

ed in questo si rende

oggettivamente riconoscibile⁴⁹,

vi si nota chiaramente l'istanza conoscitiva, congiunta a una qualificazione in termini di obiettività di tale conoscenza, riferita, però, a un fenomeno che attraverso la forma si rende manifesto. Da ciò mi sembra discenda la difficoltà, spesso sottovalutata, di distinguere utilmente tra un'accezione concettuale ed una pratico-comune, sia perché della prima non ve n'è una sola sia perché nella seconda si ritrovano elementi delle due versioni della prima⁵⁰. Queste osservazioni sembrano trovare conferma in una rapida incursione nel linguaggio parlato. Quando, a esempio, si dice di una persona che è 'formale', si intende fare riferimento in genere a una eccessiva attenzione alle convenienze sociali che tende a nascondere il proprio modo di essere, a sacrificare in modo eccessivo la spontaneità. Forma, quindi, come adesione all'esteriorità. Ma quando si dice che un oggetto è 'a forma di sedia' si usa una categoria conoscitiva per indicare una classe di oggetti che presenta determinate caratteristiche a tutti note⁵¹. Tornando al primo esempio, a ben

⁴⁹ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte I, *Il concetto di diritto*, cit., 78. Come si nota nelle due proposizioni di questa definizione si ritrovano le due accezioni indicate da G. TARELLO, *Formalismo*, cit., 19.

⁵⁰ Più in generale l'idea di forma e l'istanza formale hanno avuto tante applicazioni in molteplici campi delle scienze sociali e dell'epistemologia che risulta pressoché impossibile rinvenire significati ed orientamenti comuni (sul punto R. DE STEFANO, *op. cit.*, 107).

⁵¹ Secondo J. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, New York, 1995, 20-21, 44, in questo caso si può parlare di un fatto sociale consistente nell'imposizione intenzionale di una

vedere, l'esteriorità del comportamento può essere giudicata soltanto sul presupposto che questo si conformi a un modello riconoscibile, quello delle 'buone maniere', da cui, tra l'altro, il 'conformismo'. E come si vedrà tra non molto il conformismo è parte integrante dell'uso delle tecniche formalistiche del formalismo pratico. Anche quando la forma è assunta, quindi, nel linguaggio giuridico col significato di parvenza, aspetto esteriore di un fenomeno, ecc., non ne viene meno la portata generalizzante, in questo tradendo il collegamento con l'accezione concettuale della parola⁵².

Una qualche forma è, dunque, necessaria perché certi fenomeni siano da qualunque (o almeno qualche) membro della comunità riconoscibili come quella complessa fattispecie cui si dà il nome di compravendita, costituzione di una società, testamento, ecc.⁵³. In un certo senso, quindi, forma è proprio ciò che fa di un *brute fact* (o di un mutamento dello stato del mondo, per dirla con Carnelutti) un "artefatto intenzionale"⁵⁴. Da tale punto di vista sembra fondamentale per questa attribuzione di senso istituzionale a determinati fatti, che altrimenti ne sarebbero privi, la nozione di regola costitutiva. Nella loro formulazione più semplice, secondo la spiegazione che ne fornisce John Searle, le regole costitutive sono espresse dalla formula "X conta come Y in C", dove X rappresenta le caratteristiche fisiche dell'oggetto designato, Y la funzione (agentiva) imposta all'oggetto – non derivante da caratteristiche proprie dell'oggetto stesso – e C il contesto operativo⁵⁵. Ad esempio le banconote emesse dalla Banca Centrale Europea contano come denaro in 'Eurolandia'⁵⁶

«funzione agentiva» a un determinato oggetto esistente in natura o artefatto, sicché in questa "forma" non vi è nulla di metafisico. Questi fatti sociali, peraltro, non sono ancora fatti istituzionali (su ciò v. *infra*, nel testo).

⁵² Questa analogia mi pare sia rilevata anche da R.S. Summers, *Form and Function* ..., cit., 50-51, confrontando la propria definizione di forma (che si ispira alla "forma dei filosofi" ma che l'autore impiega per scopi decisamente operativi) con la definizione più comune che indica i contorni visibili di un oggetto fisico.

⁵³ Il discrimine tra l'esigenza della forma nel diritto ed una particolare inclinazione al formalismo, inteso – con sfumatura dispregiativa – come tendenza a subordinare il raggiungimento di risultati giuridici a soverchie formalità, è questione di misura secondo un giudizio che non può che essere relativo (a un ordinamento, a un settore, ecc.). Ad esempio gli ordinamenti 'giovani' sembrano più inclini a questo genere di formalismo, come pare dimostrare anche il caso dell'Unione Europea.

⁵⁴ Sulle norme giuridiche come "artefatti intenzionali" v. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 249-252.

⁵⁵ J. SEARLE, *op. cit.*, 27-28.

⁵⁶ Sulla stretta relazione tra regole costitutive e validità giuridica v. III.1.2. Sin d'ora si può asserire che le regole costitutive danno origine a un "potere convenzionale" (J. SEARLE,

è una regola costitutiva. In tanto le regole costitutive svolgono il loro “lavoro”, in quanto, non potendo la funzione imposta all’oggetto essere svolta sulla base delle caratteristiche chimico-fisiche dello stesso, la funzione richiede una

cooperazione umana continuativa nelle forme specifiche dell’identificazione, dell’accettazione e del riconoscimento di uno nuovo *status* a cui è assegnata una funzione⁵⁷.

È ciò che Searle chiama intenzionalità collettiva. Un esempio può essere quello del confine tra due fondi, che in origine doveva essere un oggetto funzionante fisicamente per impedire l’accesso sul fondo (il muro di cinta), poi evolutosi in un oggetto simbolico, che in virtù del riconoscimento collettivo di *status*, assolve alla stessa funzione del muro. Mi sembra che qui il ruolo della forma, in quanto mezzo di riconoscimento di oggetti simbolici, sia fondante. La stessa ontologia della realtà sociale si basa su artefatti intenzionali, quindi su forme.

L’idea che sorregge l’ampio studio di Summers già citato è che, non solo la forma sia necessaria per l’individuazione dei fenomeni giuridici, ma che sia sommamente importante studiare il modo come si ‘assemblino’ gli elementi formali di una determinata unità giuridica funzionale, perché questa unità possa effettivamente perseguire gli scopi per cui è stata pensata. Mi pare che vi sia una stretta parentela con il concetto di fatti istituzionali, poiché l’intento è quello di indagare proprio il modo come certi oggetti (X) possano efficacemente avere determinate funzioni agentive (*functional legal unit*). La stessa giustificazione dell’esistenza di queste forme sembra possa essere spiegata, in un momento pre-normativo, sulla base della loro natura di fatti istituzionali.

Riassumendo gli spunti finora emersi, mi pare di poter affermare che anche i giuristi, come le persone comuni e i filosofi, si riferiscano alla forma non sempre avendo in mente la stessa cosa. In particolare sono emerse tre nozioni principali – che peraltro presentano tra loro confini incerti ed anzi

op. cit., 104-110). Il potere convenzionale interviene nel passaggio da X a Y, nel senso che è l’accettazione collettiva del potere di un soggetto che consente di imporre il contenuto Y sull’elemento X. «... *I am suggesting that for a large class of cases the content involves some conventional power mode in which the subject is related to some type of action or course of action*» (p. 104). L’esempio riportato può anche essere espresso così: noi accettiamo che la BCE ha il potere di far stampare certi pezzi di carta fatti così e così che contano come denaro in Eurolandia.

⁵⁷ *Op. ult. cit.*, 40.

consistenti zone di sovrapposizione concettuale – che possono essere elencate riferendole, per comodità, ancora all'area culturale della concettuologia del negozio giuridico.

Con la nozione a valenza più ampia e con portata generalizzante il termine 'forma' corrisponde alla nozione del 'tipo' (qui si vuole sapere quali elementi, o componenti, considerati nel loro insieme fanno di un qualcosa ciò che è).

In una seconda accezione, necessariamente correlata alla prima, si parla di forma come manifestazione, giocando sulla contrapposizione interno/esterno. Gli studiosi della disciplina codicistica del contratto parlano in questo caso di forma in senso ampio.

A quest'ultima accezione si contrappone la forma in senso stretto per fare riferimento alle ipotesi in cui per la valida conclusione di un contratto o per la sua prova è necessaria una specifica forma (negozi formali)⁵⁸.

Come si vedrà tra poco (nel § 1.3.3) tutte queste nozioni di forma entrano a far parte della dimensione tecnica del formalismo pratico: la prima ed in parte la seconda riguardano un formalismo che attiene a 'procedure e competenze', la terza a un formalismo che attiene a 'formule' rituali. Anche la caratterizzazione del requisito della forma degli atti amministrativi, come si vedrà, è condizionata dal riferirsi alla forma in un'accezione ristretta all'esternazione di un contenuto o a una sua specifica modalità oppure in un'accezione più ampia che consideri la struttura unitaria dell'atto.

I prossimi paragrafi sono dedicati a meglio definire l'atteggiamento definito 'formalismo giuridico' allo scopo di cercare di screditare l'idea che tale sintagma costituisca soltanto un epiteto e di mostrarne un'accezione rilevante per l'analisi che intendo successivamente condurre. L'idea, in breve, è che se forma e formalismo esprimono evidentemente significati simbolicamente diversi, in realtà l'istanza del formalismo non è che lo sviluppo del posto della forma nel diritto.

1.3. *Il formalismo giuridico*

1.3.1. *Premessa.* – Ricorrente è la considerazione che quando si parla di formalismo⁵⁹ giuridico

⁵⁸ Su ciò v. riassuntivamente M. MESSINA, "Libertà di forma", cit., 19-22.

⁵⁹ Il lemma formalismo è, secondo T. DE MAURO, *op. cit.*, 27, abbastanza recente, essendo attestato nell'uso dal 1869 (in Francia *formalisme* nel 1842) e nelle sue due accezioni comuni – rispettivamente rigorosa osservanza delle formalità e tendenza a dare eccessiva importanza alle forme esteriori – già denota una sfumatura dispregiativa.

*the avowed formalist is the missing interlocutor*⁶⁰.

Pochi giuristi sarebbero disposti, infatti, a dichiararsi ‘formalisti’, al punto che un uso laudativo di questa parola può sembrare perfino un errore lessicale. Al di là, tuttavia, di questo diffuso sentire⁶¹, scarsissimo è l’accordo su cosa effettivamente si debba intendere per formalismo giuridico⁶².

In una accezione molto comprensiva il giusformalismo asserisce la separazione del diritto dalla politica o dalla morale. In una accezione così vasta il termine può essere funzionale a istituire un collegamento tra famiglie di concezioni del diritto altrimenti considerate in antitesi, quali quelle legate alla tradizione giusnaturalistica o idealistica e quelle legate alla tradizione del positivismo giuridico. In questo senso realmente antiformalistiche sarebbero soltanto le concezioni scettiche estreme o realiste. La preoccupazione delle concezioni di ascendenza giusnaturalistica è di assicurare l’autonomia del diritto nei confronti della politica; quella delle concezioni di stampo positivistico più in generale di evitare ogni confusione del diritto con altri sistemi normativi appartenenti al dominio della ragion pratica, per dirla *a là*

⁶⁰ E. WEINRIB, *Legal Formalism ...*, cit., 950.

⁶¹ Ma non va dimenticato che soprattutto negli Stati Uniti, secondo una dinamica che sembra connotare da sempre il problema della forma, si è andata affermando una vera e propria corrente battezzata *new formalism* (in tema v. T.C. GREY, *The New Formalism*, in *Stanford Public Law and Legal Theory*, Working Paper Series, n. 4, 1999, 1-31). In genere si tende a identificare tale “neoformalismo” con la dottrina del giudice della Suprema Corte Federale Antonin Scalia (v. *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, n. 56, 1989, 1185 ss.; *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997), che si riallaccia all’ideologia del giudice *bouche de la loi* ed alla stretta fedeltà alla lettera della legge. Ma si dichiara neoformalista anche Lawrence Solum, il quale nel suo *legal theory weblog* (http://lsolum.blogspot.com/2003_05_01_lsolum_archive.html#200307682) ha perfino pubblicato un “manifesto neoformalista”, che però critica la posizione di Scalia ritenendola teoricamente inconsistente (v. L.B. SOLUM, *A Law of Rules: A Critique and Reconstruction of Justice Scalia’s View of the Rule of Law*, Loyola Law School (L.A.), *Public Law and Legal Theory Research Paper*, n. 5, 2002, 1-27).

⁶² Gli scrittori nordamericani tendono comunque a concentrarsi sul rapporto tra *statutory rules* (dotate di un *canonical embodiment*) e *decisionmaker* e quindi, sulla tematica della *statutory interpretation*. V. a esempio D. KENNEDY, *Legal Formality*, in *Journal Leg. Stud.*, 351, 1973, 2, secondo cui per il formalismo l’applicazione della regola è meccanica; K. LLEWELLYN, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, 1962, 183-88, secondo cui il formalismo ripone eccessiva fiducia nel linguaggio scritto delle regole codificate; M. TUSHNET, *Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory*, in *Michigan Law Review*, vol. 83, 1985, 1502, 1506 s., secondo cui il formalismo assottiglia artificiosamente l’ambito delle scelte interpretative. Nel recente dibattito si tende spesso a usare come sinonimi le locuzioni *textualism* e *formalism* (v. *infra*, § 1.4.3.2).

Kelsen, di tenere separato il diritto come tecnica dall'ideologia. In tal senso il tono di fondo di ogni approccio giusformalista potrebbe essere sintetizzato nella proposizione secondo cui i rapporti giuridici sono determinati per vie interne al diritto⁶³, in altri termini che quello del diritto è un dominio limitato⁶⁴.

I due suddetti approcci condividono, cioè, in linea di massima, un'esigenza (che è stata definita "oggettualistica"⁶⁵) di conoscibilità – perlomeno relativa – del materiale giuridico prima del suo impatto sulla realtà sociale; entrambi, in breve, accettano il dualismo tra essere e dover essere e la concezione del diritto soprattutto come norma⁶⁶. Si dividono, però, sulla cosiddetta *separability thesis* (distinzione tra diritto e morale, v. *infra*, § 1.4.1), nel senso che il 'formalismo giusnaturalista' – a differenza del positivismo giuridico – presuppone un ideale di coerenza, cui i sistemi giuridici tenderebbero nella realizzazione di determinate concezioni del bene, e secondo cui le regole giuridiche sarebbero realizzazione di valori che precedono la loro emanazione. Quest'ultimo approccio, in particolare, compendia un insieme di tesi filosofiche e teoriche del diritto, che, attraverso l'estensione del formalismo conoscitivo al mondo dei valori, tentano di rinvenire una forma *a priori* che consenta di definire in termini universali l'esperienza giuridica. In alcuni casi questa forma aprioristica riguarda i concetti giuridici dando vita a quello che è stato definito un "giusnaturalismo concettuale"⁶⁷, nel

⁶³ In Kelsen il diritto (*rectius* la sua teoria) deve contrastare due opposte tentazioni riduzionistiche. La riduzione del diritto a pura forza (il potere politico) e la riduzione del diritto alla realizzazione di una qualche forma di giustizia (morale). V. a es. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, HUP, Cambridge (Mass.), 1945; trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1966, XIII-XVIII. In tema N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici* (1954), in ID., *Diritto e potere*, Napoli, 1992, 17, ove si legge che «la teoria pura del diritto ha sempre combattuto sopra due fronti: contro il diritto naturale da un lato e contro la sociologia dall'altro».

⁶⁴ F. SCHAUER, *The Limited Domain of Law*, in *Virginia Law Review*, 90, 2004, 1909-1956.

⁶⁵ V. VILLA, *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di inclusive positivism*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 2000, 275; M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1990, 46-51.

⁶⁶ A. KAUFMANN, *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica*, in *Riv. interm. Filos. del Diritto*, L, 1973, 716.

⁶⁷ Da M. BARBERIS, *John Austin. La teoria del diritto e l'universalità dei concetti giuridici*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003, 422. Esponente principale di un formalismo giusnaturalista è oggi E.J. WEINRIB, *Legal formalism: on the Immanent Rationality of Law*, cit.

senso che ‘in natura’ sarebbero iscritte le forme immutabili dei concetti giuridici, come pretese, obbligazioni, promesse.

Non è solo falso, ma in ultima analisi senza senso definire le entità giuridiche come creazioni del diritto positivo [...]. Nonostante la contestazione appassionata cui ciò dà luogo, è possibile affermare come vera l’esistenza di entità giuridiche che entrano a far parte del diritto positivo e che questo trova già pronte e non produce affatto⁶⁸.

A parte, tuttavia, questa importante corrente del pensiero giuridico, il cui formalismo ha poco a che fare con quel sentimento che porta a considerare il formalismo un vizio dell’uomo di legge, in genere il ‘giusformalismo’ viene ricondotto alla corrente denominata *Allgemeine Rechtslehre*, nata in Germania alla fine del XIX secolo all’insegna del *Rechtpositivismus* come evoluzione della grande stagione della pandettistica⁶⁹, e ribattezzato dagli avversari, in tono polemico, “formalismo”, che si tende, ancora oggi, a far coincidere, un poco all’ingrosso, con il positivismo giuridico (a volte si parla di “giuspositivismo teorico” o di “formalismo giuridico positivista”⁷⁰).

Il cosiddetto antiformalismo, che (a differenza del formalismo) in genere

⁶⁸ A. REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, in *Jarbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1 (1913); trad. it., *L’idea della dottrina a priori del diritto*, in A. CARRINO (a cura di), *Metodologia della scienza giuridica*, Napoli, 1989, 162.

⁶⁹ Ma già nell’indirizzo della scuola storica si rinvengono i prodromi di un approccio formalistico, adombrato nella *Methodenlehre* di F. Savigny, che consisteva nell’applicazione della sistematica e dell’apparato concettuale del giusnaturalismo illuminista ai materiali del diritto comune. In questa fase, a cavallo tra ’700 e ’800, e per molto tempo dopo, il nascente positivismo giuridico ha un carattere prettamente ideologico (V. G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 42-58). L’ideologia fondamentale, che Tarello riconduce a Pufendorf, è quella del diritto arbitrario, nel senso di diritto posto dalla volontà di un’autorità suprema, come tale mutevole nel tempo. Questa ideologia, detta “volontarismo”, profondamente legata all’età delle grandi codificazioni, presentava due corollari di fondamentale importanza per le concezioni del diritto tipiche del giuspositivismo ottocentesco: il diritto, in quanto volontà dell’autorità, non consta di asserzioni ma di comandi (imperativismo); la conoscenza del diritto, di conseguenza, è conoscenza della autentica volontà del legislatore (psicologismo). In seguito, lo sviluppo di queste tesi, estese anche al diritto pubblico, portò ai contributi di teorici come Jhering, Gerber e Laband. In Italia uno degli esponenti più illustri del “giuspositivismo teorico” fu D. DONATI, di cui può essere considerato un classico *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*, Milano, 1910, spec. 185-212, ove la tesi della completezza dell’ordinamento giuridico è impiegata per confutare le dottrine che, partendo dal principio del *non liquet*, giungono a considerare variamente il giudice come creatore del diritto o come applicatore di norme non giuridiche.

⁷⁰ Si tratta, in fondo, di quel paradigma logicistico-positivista di cui si diceva all’inizio.

si autodefinisce tale, si caratterizza per il rifiuto delle tesi fondamentali del giuspositivismo teorico⁷¹. Al riguardo si può, per esempio, ricordare la figura di un eminente giurista tedesco di fine Ottocento, come Rudolph von Jhering, emblematica perché questi da una posizione decisamente formalista⁷² perviene a una posizione decisamente antiformalista, al punto che il riferimento a Jhering diventa un passaggio obbligato per le correnti antiformalistiche successive⁷³, ma il suo contributo allo studio della forma nel diritto è ancora oggi ritenuto di straordinaria importanza⁷⁴.

Una vicenda del tutto simile, ed a partire all'incirca dallo stesso torno di anni, caratterizza anche la teoria e la scienza giuridiche nordamericane, ove assume valore emblematico la contrapposizione tra Holmes e Landgell⁷⁵, e la polemica antiformalista contro la "giurisprudenza meccanica" tende a divenire quasi un'ossessione, come dimostra il fatto che nonostante sia stata più volte celebrata la vittoria del pragmatismo realista, dell'*instrumentalism*, sul formalismo, questo continua a essere attaccato da ogni generazione di teorici e giuristi⁷⁶. A dispetto di tutto ciò, il vero è che un preciso giudizio dell'errore formalistico non è facile da trovare.

⁷¹ Secondo M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, 2000, 140, le tesi che contraddistinguono, secondo l'originaria impostazione, dovuta soprattutto a Adolf Merkel, il formalismo giuridico della "teoria generale del diritto" sono le seguenti: 1) il diritto è solo diritto positivo con esclusione del diritto naturale; 2) il diritto consiste soltanto in comandi o norme; 3) caratteristico di comandi e norme giuridici è che la loro violazione comporta una sanzione; 4) porre e sanzionare le norme è compito esclusivo dello Stato; 5) il diritto costituisce un sistema unitario, coerente e completo; 6) per ogni caso che possa essere portato dinanzi a un giudice il diritto fornisce una ed una sola risposta; 7) la scienza del diritto è autonoma rispetto alle altre scienze.

⁷² R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol 3, 2nd ed., Leipzig, 1858, 322 ss., ove si parla della peculiare funzione della "tecnica giuridica" come modalità universale di conoscenza del diritto.

⁷³ Per una ricostruzione della formalità giuridica in Jhering, v. A. SOMEK, *Legal Formality and Freedom of Choice. A Moral Perspective on Jhering's Constructivism*, in *Ratio Juris*, vol. 15, n. 1, 2002, 52-62, che attenua, peraltro, la frattura tra il primo ed il secondo periodo, rinvenendo una continuità nel fatto che sin dal principio Jhering tenda a mitigare il costruttivismo concettuale con la considerazione del valore che assume la libertà di scelta assicurata ai singoli da un "sistema di diritti".

⁷⁴ V. a esempio R.S. SUMMERS, *Form and Function*, cit., 12 ss.

⁷⁵ Su cui v. P.J. KELLEY, *Holmes, Landgell and Formalism*, in *Ratio Juris*, vol. 15, 2002, 26 ss.

⁷⁶ M. STONE, *Formalism*, in J. COLEMAN, S. SHAPIRO (a cura di), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, New York, 2002, 166.

Le teorie normativiste del diritto del Novecento, a loro volta, rappresentano in qualche modo la risposta alle sfide lanciate dai movimenti antiformalisti. È banale osservare che il formalismo giuridico, anche nell'approssimativa descrizione fin qui offertane, implica l'adesione a una teoria normativistica del diritto. Altrettanto banale è ricordare il ruolo essenziale giocato da Kelsen (e più in generale dalla scuola di Vienna) e dal positivismo di scuola anglosassone – che da Bentham ed Austin giunge ad Hart e Raz – nel superamento del volontarismo ed imperativismo caratteristici del positivismo storico continentale.

Il mio intento, spero meno banale, sarà tuttavia di mostrare come sia possibile difendere una qualche versione di 'formalismo', dal punto di vista sia concettuale sia empirico-prescrittivo, attraverso un accostamento il cui punto di forza vorrebbe risiedere nella congiunzione tra la forma dell'autorità e la forma delle regole.

1.3.2. *I diversi significati di formalismo giuridico.* – Come si è osservato all'inizio del paragrafo precedente, secondo una prima approssimazione, e prescindendo dall'uso non tecnicizzato, o laico, di 'formalismo giuridico' – in cui prevale la connotazione negativa che nel linguaggio comune ha il vocabolo 'formalismo' – il formalismo giuridico asserisce, dunque, la separazione del diritto dalla politica o dalla morale (o da entrambe) e si oppone soprattutto a tesi sostenute da famiglie di concezioni del diritto di stampo realistico, scettico, sociologico, ecc. Martin Stone⁷⁷ ha cercato di racchiudere in sette tesi le idee che vengono normalmente attribuite ai formalisti a proposito del diritto:

1. cercare di acquisire informazione teorica sul diritto o di considerare il diritto come guida pratica prestando attenzione alla sua 'forma' piuttosto che al suo (storicamente e geograficamente variabile) contenuto⁷⁸;
2. evitare di decidere i casi giuridici in base a determinate politiche sociali o anche aderire a una norma giuridica senza avere riguardo alle sue ragioni sottostanti; o ancora negare che i giudici dovrebbero avere il potere di fare eccezioni a una regola in virtù degli scopi per i quali essa è stata posta;

⁷⁷ V. M. STONE, *op. ult. cit.*, 170-1.

⁷⁸ L'idea di trattare il diritto come identificabile senza alcun riferimento al contenuto, scopo e sviluppo delle regole che lo compongono è considerata come la vera essenza del formalismo da J.N. Shklar, *Legalism: Law, Morals, and Political Trias*, Cambridge (Mass.), 1964, 33-4.

3. ritenere che vi sono casi in cui l'applicazione di una regola è chiara senza interpretazione o asserire che il diritto assicura una base per risolvere alcuni casi senza richiamo alla politica o alla morale;
4. credere che tutti i casi sono giuridicamente regolati (che il diritto è completo ed univoco) o che un giudice non abbisogna mai di ricercare i presupposti della propria decisione al di fuori del diritto, esercitando un potere creativo di regole;
5. asserire che la validità giuridica è indipendente dal contenuto, o che il diritto può essere identificato sulla base di fonti autonome, senza ricorrere ad argomenti politici o morali;
6. negare che il diritto, o alcuni suoi settori, devono essere compresi come strumento di politica sociale (in questa accezione il formalismo è contrapposto al c.d. strumentalismo: *instrumentalism*)⁷⁹;
7. sostenere l'eguale diritto di ogni persona alla proprietà dei beni nonché di regolare i propri interessi attraverso l'autonomia contrattuale.

In realtà nessun formalista in carne ed ossa accetterebbe tutte queste tesi e nessun antiformalista le respingerebbe tutte. A seconda delle diverse qualificazioni che si suole aggiungere alla parola formalismo, alcune di quelle tesi si prestano a esservi incluse o escluse. Con l'espressione formalismo epistemologico, a esempio, si indicano le concezioni del diritto come forma⁸⁰, quelle cioè secondo le quali l'aspetto essenziale del diritto consiste nella conformazione della realtà sociale. Si parla anche di formalismo scientifico per indicare quelle concezioni (non del diritto ma) della scienza giuridica secondo cui il proprio oggetto è costituito soltanto dal 'diritto valido', con esclusione quindi di altri elementi (sociologici, storici, di carattere etico) che, invece, secondo concezioni antiformalistiche (ad esempio il realismo giuridico ed il giusnaturalismo), dovrebbero necessariamente entrare in una descrizione scientifica del diritto⁸¹. Ancora diverso è il cosiddetto formalismo etico, o legalismo etico, che si presenta come una teoria della giustizia, e non del diritto, in base alla quale è sempre giusto il comportamento con-

⁷⁹ V. E. WEINRIB, 'Legal Formalism' ..., cit., 949.

⁸⁰ V. G. TARELLO, *Formalismo*, cit., 28.

⁸¹ Anche in questo caso si tratta di una sintesi tra concezioni ed atteggiamenti non del tutto coincidenti. G. TARELLO, *op. ult. cit.*, 34, individua tre tipologie di formalismo scientifico: la c.d. dogmatica; le teorie che concepiscono la scienza giuridica come avente a oggetto la qualificazione normativa di fatti (normativismo); il formalismo degli studi di logica giuridica.

forme alla legge⁸². Problema a sé stante è altresì quello del formalismo interpretativo, su cui si dovrà tornare più avanti, anche perché come già accennato assai spesso il formalismo viene considerato soltanto come una teoria dell'*adjudication*.

In luogo di andare alla ricerca di una presunta dottrina o ideologia del giusformalismo, allora, più proficuo appare l'accostamento che considera il formalismo come una tecnica, consistente nelle specifiche regole che fissano determinate modalità e requisiti per il compimento di atti giuridici o per il verificarsi di effetti giuridici o anche il modo attraverso cui assicurare una adeguata realizzazione di determinati scopi⁸³. Tali requisiti attengono, in estrema sintesi, al tempo (termini per il compimento di atti giuridici), alla scrittura (testamento, processo verbale, istanze alla pubblica amministrazione, ecc.), alle modalità di funzionamento di istituzioni e organi, ma più in generale a quell'accezione di forma come "ciò che fa di qualche cosa una determinata specie o tipo di essenza", che non riguarda semplicemente le parole

*But also at the realities we use the words to talk about*⁸⁴.

utilizzata da R.S. Summers per identificare il modo come determinati elementi materiali ed immateriali debbono comporsi in modo ordinato per dare luogo a una determinata unità giuridica (una norma, un corpo legislativo, ecc.)⁸⁵.

Questo tipo di formalismo giuridico – che è quello più familiare nell'universo pratico del diritto – varia per estensione e qualità nei diversi sistemi

⁸² V. N. BOBBIO, *Sul formalismo ...*, cit., 981-984. Come mette in luce questo autore, è in realtà molto rara la riduzione della giustizia a validità, come è rara la dottrina opposta, attribuibile al giusnaturalismo, della riduzione della validità a giustizia secondo cui "la legge valida è solo quella giusta" (*Lex iniusta non est lex*). Ma anche nel formalismo etico vi è qualcosa da salvare, ossia i valori propri di un "formalismo etico moderato", e riconducibili all'ideale della *rule of law*, dell'ordine e dell'uguaglianza, ed in ultima istanza della certezza. Secondo il valore dell'ordine si richiede che le regole siano effettivamente applicate, al limite anche con l'uso della forza. L'osservanza delle regole, inoltre, genera uguaglianza di trattamento tra coloro cui le regole sono dirette, mentre chi viola la regola è come se pretendesse per sé un trattamento diverso (*op. ult. cit.*, 984). V. gli ampi sviluppi del tema operati da C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., 255 ss.

⁸³ In particolare il rapporto tra la forma e gli scopi delle unità giuridiche funzionali è oggetto dello studio di R.S. SUMMERS, *Form and Function*, cit., spec. 37 ss., che definisce «*the overall form of a functional legal unit*» come «*purpose-built*».

⁸⁴ J.L. AUSTIN, *Philosophical Papers*, Oxford, 1961, 130.

⁸⁵ R.S. SUMMERS, *op. ult. cit.*, 48.

giuridici⁸⁶. Viene usato in una accezione spregiativa quando si vuole evidenziare che i requisiti di forma non sono effettivamente necessari al raggiungimento del presunto scopo dell'atto o attività. Quasi sempre il problema sta, tuttavia, proprio nel rinvenire lo scopo di un atto, ovvero, utilizzando altra terminologia, la sua giustificazione, visto che in qualche modo essa richiede di andare alla ricerca di quella 'volontà' che la forma custodirebbe, ma che, al tempo stesso al di fuori della forma pare inattuabile⁸⁷. Di là dall'uso spregiativo, l'impiego delle tecniche formalistiche risponde a un'esigenza propria di qualunque ordinamento, antico o moderno, dando luogo a una ulteriore accezione di formalismo giuridico che Mario Jori ha chiamato *formalismo pratico*⁸⁸. Alla base del formalismo pratico vi è l'idea del diritto come tecnica sociale che opera attraverso regole, intese come direttive formulate attraverso il processo di generalizzazione (che porta alla creazione di categorie o classi di azioni)⁸⁹, che fungono da ragioni per le azioni dei consociati. Questa tecnica sociale, già di per sé formalistica in quanto basata sulla prescrizione di modelli di comportamento, non può fare a meno di utilizzare criteri formali di selezione delle norme, cioè criteri consistenti nell'uso di formule linguistiche o in altre tecniche: la richiesta di un certo contenuto prescrittivo, il rispetto di procedure o competenze (a esempio il procedimento), il compimento di certe formalità materiali collegate al testo, scritto od orale, della norma.

1.3.3. *Il formalismo pratico*. – L'elemento centrale del formalismo giuridico, secondo quanto si è appena finito di osservare, è costituito dalla scelta

⁸⁶ Molto frequente è il richiamo al fatto che gli ordinamenti primitivi si caratterizzano per un massiccio impiego di tecniche formalistiche, probabilmente collegate con credenze magiche in base alle quali certe formule o riti fossero effettivamente in grado di produrre effetti sul piano della realtà naturale. In tema v. G. TARELLO, *Formalismo*, cit., 21 ed ivi gli autori citati alla nota 1.

⁸⁷ Come emergerà progressivamente in vari punti dell'esposizione, proprio, invece, nell'atteggiamento dei giuristi diretto a svelare dietro le forme il 'vero significato' del diritto (applicando svariati generi di ragionamenti e ricorrendo a una pluralità di espedienti: concetti giuridici, principi e valori dell'ordinamento, ecc.) costituisce il più diffuso esercizio di formalismo. Cercare giustificazioni per l'agire pratico in un caso particolare in modo alternativo a quanto prescritto dal diritto è certamente possibile, lecito e magari anche auspicabile, ma in che senso questo può dirsi avere a che fare con il funzionamento del diritto è uno dei più grossi problemi della teoria giuridica.

⁸⁸ M. JORI, *Il formalismo giuridico*, cit., 1-10.

⁸⁹ Che si ricollega, in effetti, al principio di legalità, come mette in luce N. Irti, *Formalismo ed attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 1 ss.

pratica mediante regole⁹⁰. Si tratta della concezione, sviluppata soprattutto da Joseph Raz⁹¹, secondo cui una regola è una ragione per l'azione, in particolare una ragione esclusiva o protetta di secondo grado, nel senso che rappresenta sia una ragione per agire sia una ragione (*exclusionary reason*) per non considerare le altre ragioni a favore o contro la scelta pratica indicata dalla ragione-guida (la regola) scelta, per noi, da una qualche autorità⁹². Secondo Frederick Schauer

quella di essere una regola è dunque la condizione in cui una prescrizione generale può trovarsi rispetto alla giustificazione o alle giustificazioni di fondo della prescrizione stessa. La istanziazione di una qualsiasi giustificazione è una regola nella misura in cui quella istanziazione è trincerata, fornendo una ragione per l'azione proprio in quanto istanziazione. Quando l'esistenza di una istanziazione

⁹⁰ M. JORI, *Il formalismo giuridico*, cit., 7.

⁹¹ J. RAZ, *Authority, Law, and Morality*, in ID., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, 1994, 215, secondo cui le direttive legislative devono essere in grado di rimpiazzare le ragioni che potrebbe essere altrimenti considerate da un soggetto (*Preemption Thesis*). Ma v. soprattutto J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, London, 1975, spec. 35-70. Per una discussione critica delle tesi di Raz sulle ragioni per l'azione, v. il *Symposium: The Works of Joseph Raz*, in *Southern California Law Review*, n. 62, 1989, 731-1235. In argomento v. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., 484-497 e più di recente, in senso parzialmente critico, R. BITTNER, *Stronger Reasons*, in *Rights, Culture, and the Law*, a cura di L.H. MEYER, S.L. PAULSON, T.W. POGGE, Oxford, 2003, 17 ss.; B. CELANO, *Are Reasons for Action Beliefs?*, *ivi*, 25 ss.

⁹² J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, 3-28, ove il potere di un'autorità è definito come l'abilità di cambiare ragioni per l'azione, che qui Raz definisce "protette" (F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, Oxford, 1991; trad. it., *Le regole del gioco*, Bologna, 2000, 82 ss. le definisce similmente "trincerate"), nei confronti di altre persone. Il problema dell'autorità del diritto, uno degli interessi centrali nell'opera di Raz, è di fondamentale importanza nell'inquadramento del formalismo pratico. Rimangono, ovviamente, fuori dall'orizzonte della presente ricerca gli affascinanti e complessi problemi, di ordine strettamente filosofico, relativi alla legittimazione e giustificazione morale e politica dell'autorità, che peraltro si collegano necessariamente con l'altrettanto difficile questione dell'esistenza e giustificazione degli obblighi giuridici senza ricorrere a fondazioni metafisiche (v. L. GREEN, *Law and Obligations*, in J. COLEMAN, S. SHAPIRO (a cura di), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Theory of Law*, cit., 514 ss.; per una giustificazione ontologica, facente leva sul diritto naturale, della obbligatorietà delle norme v. S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981, spec. 58 ss.). Sullo stretto rapporto tra formalismo ed autorità, v. di recente C. LUZZATI, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, 2005, 73, che incisivamente osserva come "formalismo" ed "eteronomia" siano «nomi differenti per designare la rinuncia a esaminare certi problemi sul piano contenutistico, preferendo risolverli *per relationem*. Si obbedisce a un'autorità o a un criterio "estrinseco", piuttosto che al proprio raziocinio individuale».

aggiunge peso normativo a quello dato dalle giustificazioni sostanziali a essa sottese, l'istanziamento acquisisce la condizione di regola⁹³.

Sono regole in questo senso ristretto quelle aventi un ambito di applicazione universale, cioè quelle prescrizioni che stabiliscono in forma categorica cosa si deve fare in presenza di determinate circostanze. Si tratta, quindi, di enunciati che collegano proprietà naturali di uno stato di cose – costituenti le condizioni di applicazione della norma – con azioni che si considerano dovute. In questo modo l'enunciato che esprime una regola, proporziona ragioni sufficienti e indipendenti dalle circostanze particolari del caso singolo per realizzare l'azione prescritta⁹⁴. Perché si tratti di regole genuine, quindi, queste devono essere munite del carattere dell'infettibilità⁹⁵, nel senso che esse, una volta accettate⁹⁶, forniscono ragioni per agire semplicemente in virtù della loro esistenza come regole, prescindendo dalle giustificazioni sottostanti⁹⁷. Sotto questo profilo le regole regolative si contrappongono sia alle regole tecniche o massime d'esperienza, che si limitano a fornire istruzioni, riferendo i risultati di esperienze precedenti e di precedenti deliberazioni che si suppone possano ripetersi nel futuro, utili per l'argomentazione mora-

⁹³ F. SCHAUER, *op. ult. cit.*, 183.

⁹⁴ A.H. GOLDMAN, *Practical Rules. When We Need Them and When We Don't*, Cambridge, 2001, 11, 12.

⁹⁵ La c.d. defettibilità (*defeasibility*) delle regole come si vedrà più avanti costituisce, tuttavia, uno dei più grossi problemi teorici e pratici che il formalismo pratico deve fronteggiare.

⁹⁶ L'accettazione delle regole rappresenta uno dei più controversi aspetti della teoria giuridica di Hart, correlato al cosiddetto aspetto interno delle norme che consiste nel mettersi dal punto di vista di chi accetta ed usa le regole come guida per la propria condotta e come critica e richiesta di conformità per la condotta altrui (H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961); trad. it., *Il concetto di diritto*, Torino, 1991, 68-70), ed in ciò si distingue da chi guardi alle regole dall'esterno (a esempio un sociologo del diritto che voglia descrivere l'osservanza media della norma che fa obbligo agli automobilisti di arrestare l'auto in prossimità delle strisce pedonali). Per alcune interessanti considerazioni sull'aspetto interno delle regole – oggetto di una letteratura vastissima – v. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; trad. it., *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001, 310-324.

⁹⁷ Sul rapporto tra regole e giustificazioni v. F. SCHAUER, *op. cit.*, 99 ss. La generalizzazione propria delle regole semplifica l'operatività delle giustificazioni sottostanti. Schauer utilizza nel suo libro l'esempio del divieto di ingresso dei cani in un ristorante. Supponendo che la giustificazione di questa regola sia evitare fastidio ai clienti, è evidente come mentre determinare di volta in volta le fonti di fastidio è un compito complesso e dispendioso, determinare cosa conta come cane è molto più semplice.

le in quanto consentono di risparmiare tempo e sforzi, ma prive di forza normativa indipendente; sia alle norme che esprimono ‘convenzioni’, che servono cioè, pur sempre per risolvere certi problemi di coordinamento sociale, ma senza essere assistite da una specifica forza giuridica. Proprio in virtù di questa mancanza di “trinceramento”, la strategia decisionale delle regole convenzionali è ottimale e non sub-ottimale com’è quella delle regole in senso stretto. Ma la rigidità delle regole si rende necessaria proprio quando non vi è, o si presume non vi sia, una motivazione spontanea e costante a conformarsi a certe condotte, quando questa c’è le prime non sono necessarie. Mentre la logica delle regole non contempla, in linea di massima, eccezioni, le convenzioni sono sempre condizionali, ammettono cioè sempre che se vi è un modo migliore per raggiungere l’obiettivo specifico la regola ceda⁹⁸.

⁹⁸ È proprio questo carattere di rigidità che provoca l’accusa di formalismo, poiché esso sembra colpire direttamente un senso intuitivo di giustizia, che in genere è associato all’idea che la giustizia debba commisurarsi alle circostanze di ciascun caso concreto. Costituisce un importante problema filosofico se le regole siano in certe circostanze indispensabili o semplicemente opportune. Personalmente sono portato a pensare che abbiano ragione coloro che tendono a ritenere che le regole regolative rendono un servizio indispensabile alle società umane così come il legarsi preventivo all’agire pratico degli individui (J. ELSTER, *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitments and Constraints*, Cambridge, 2000; trad. it., *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Bologna, 2004, spec. cap. I). Sembra, peraltro, che le regole costituiscano una parte inevitabile della nostra realtà sociale, riflessa a esempio dal fatto che le nostre pratiche sociali frequentemente implicano un uso esplicito di regole. Basta pensare alla citazione continua di regole quando si insegna a un bambino a comportarsi correttamente nelle varie circostanze della vita associata. Tuttavia, in contrasto con questa intuitiva attrattiva della nozione di ‘regola’ il suo statuto teorico è qualcosa di problematico. Da un lato appare difficile catturare la dimensione normativa della condotta umana senza postulare l’esistenza di regole sociali condivise dai membri di una data comunità. Dall’altro lato, il termine ‘regola’ rientra tra quei concetti che gli studiosi del linguaggio ritengono dare luogo a “somiglianze di famiglia” (categoria utilizzata a esempio da Hart nel definire il suo ‘*concept of law*’), ma che difettano di una precisa definizione. Come è stato notato (da M. LÄHTEENMÄKI, *On Rules and Rule-following: Obeying Rules Blindly*, in *Language & Communication*, n. 23, 2003, 45 ss.) proprio a causa di ciò la discussione sullo statuto teorico delle regole e sul “*rule-following*” è spesso inquinata dal fatto che il termine ‘regola’ è usato con significati diversi ed incommensurabili, rendendo difficile comprendere cosa realmente è in gioco. Questo, secondo tale autore, può dirsi di alcuni approcci che presentano critiche radicali alla funzione delle regole. La tesi c.d. etnometodologica metterebbe, a esempio, in discussione l’adeguatezza di una descrizione del coordinamento dell’azione governato dalle regole, negando la classica descrizione dell’ordine sociale come quello in cui gli attori che esibiscono un corretto comportamento normativo si presuppongono abbiano ‘internalizzato’ uno stesso insieme di regole, laddove il comportamento deviante è spiegato in termini di impropria internalizzazione. Un’azione normativamente appropriata richiederebbe, invece, secondo l’etnometodologia, solo che gli attori «abbiano ed attribuiscono l’uno

all'altro una attitudine alla giustificabilità normativa delle proprie azioni» (J. HERITAGE, *Garfinkel and Ethnomethodology*, Cambridge, 1984, 117). Il comportamento non sarebbe causato o determinato da regole, ma di volta in volta si sceglierebbe di perseguire uno scopo senza considerare la norma. Questo approccio scettico alle regole in funzione della scelta 'al minuto' sembra costituire la base filosofica del 'particolarismo decisionale' come contrapposto alla 'ruleness' che caratterizza un accostamento normativistico al diritto, essenziale per il formalismo pratico, che viceversa si appella a un'idea di universalismo decisionale. Nelle scienze cognitive, viceversa, il concetto di regola non avrebbe secondo Lähteenmäki nulla a che vedere con le norme sociali. L'idea chiave dell'orientamento che si definisce "connettivismo", che in un certo senso si fonda su una semplice spiegazione biologica della cognizione umana, sarebbe che quest'ultima non implica l'uso di simboli (negando pertanto l'importanza della semiotica) e la loro manipolazione secondo regole precostituite, ma si basa sul funzionamento complesso di unità neuronali interconnesse (I.E. DROR, M. DASCAL, *Can Wittgenstein Help Free the Mind from Rules? The Philosophical Foundations of Connectionism*, in D. JOHNSON, C. ERNELING (a cura di), *The Future of the Cognitive Revolution*, Oxford, 1997, 219). Questo significa che per spiegare l'esistenza di comportamenti che paiono modellarsi secondo regole non vi è bisogno di fare riferimento alla categoria intermedia delle regole, perché la prima potrebbe essere spiegata direttamente in termini di flussi neuronali. Entrambi i suddetti approcci scettici su un comportamento governato da regole guardano, peraltro, a Ludwig Wittgenstein come presunto antesignano delle spiegazioni 'antiregolate' del comportamento (*op. ult. cit.*, 52). Esiste, in effetti, un'autorevole ed influente interpretazione che fa del c.d. secondo Wittgenstein (in particolare del Wittgenstein delle *Philosophical Investigations*) uno "scettico delle regole" (S. KRIPKE, *Wittgenstein on Rules and Private Language. An Elementary Exposition*, Oxford, 1982, 7), ma appare assai più convincente l'approccio di chi sostiene che Wittgenstein – sebbene il suo intento fosse quello di demistificare la nozione di regola insistendo sul fatto che non si devono concepire le regole come oggetti reificati esistenti in un qualche regno sociale o mentale – consideri fondamentale la dimensione del seguire regole, ma le intenda come una prassi sociale da apprendere, cui è estranea la dimensione dell'interpretazione (M. LÄHTEENMÄKI, *op. cit.*, 55-57). Per questo accostamento (molto importante per la teoria giuridica) grande influenza ha avuto il lavoro dei due studiosi oxoniensi Gordon Baker e Peter Hacker, la cui tesi fondamentale è che le regole sono bensì normative e possono essere usate come criteri di comprensione, ma come «causes of understanding they are indeed irrelevant» (G.P. BAKER, P.M.S. HACKER, *Wittgenstein: Understanding and Meaning*, Oxford, vol. I, 1980, 73). In questo senso le regole non sono esterne al comportamento né costituiscono la causa esterna del comportamento. Quando la nozione di regola è intesa come una prassi e conoscere una regola equivale a padroneggiare una tecnica, ne segue che le regole – costruite come modelli routinari di comportamenti normativamente corretti – possono essere apprese senza alcuna istruzione formale. Quando una persona entra in possesso di una certa abilità attraverso un "training" che non comprende il riferimento esplicito all'uso di regole, questa può anche seguire una regola senza essere conscia di alcuna regola esplicita. In questo specifico senso di 'regola', per quanto possa suonare strano, le regole possono essere seguite senza conoscere espressamente cosa sono. Così, sebbene tutte le regole sono potenzialmente esplicabili, esse non devono essere necessariamente formulate. Tuttavia occorre tener presente, come chiarito da G.P. BAKER, P.M.S. HACKER, *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity*, Oxford, 1985, 155, che agire meramente in accordo con una regola deve essere distinto dai

La scelta pratica mediante regole – che si può convenire di definire ‘formalismo pratico primario’ (fp-1)⁹⁹ – è una scelta “all’ingrosso”, proprio perché previene la necessità di considerare volta per volta tutti i fattori rilevanti che caratterizzano la scelta “al minuto”¹⁰⁰ e come tale ha, dunque, vantaggi e svantaggi¹⁰¹. Nel caso della scelta pratica mediante regole, forse è

genuini casi di “*rule-following*”, nei quali ultimi «un agente sa che c’è una regola, la comprende, e conforma intenzionalmente a essa la sua azione». Come ha chiarito F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, cit., 119, se è concepibile essere in possesso dell’abilità di comprendere e seguire una regola non formulata, allora la formulazione autoritativa di una regola sembra aggiungere peso ulteriore alla capacità di una regola di fare da guida all’azione. Questa spiegazione wittgensteiniana del modo di operare delle regole è importante anche per comprendere l’“aspetto interno” delle norme in Hart.

⁹⁹ M. JORI, *op. ult. cit.*, 83, per fp-1 si intende la «scelta di azione operata mediante norme a loro volta scelte singolarmente, sulla base di un calcolo delle ragioni, compiuto norma per norma».

¹⁰⁰ M. JORI, *op. ult. cit.*, 8-10.

¹⁰¹ Secondo F. SCHAUER, *op. ult. cit.*, 348, le regole hanno virtù silenziose, poiché liberano inavvertitamente coloro nei cui confronti sono dirette dal dover stabilire se ogni caso singolo sia conforme o meno alla giustificazione sottesa alla regola stessa (quando il semaforo è rosso ci si ferma e basta, non si decide quale azione sarebbe meglio compiere in relazione all’obiettivo di evitare incidenti stradali. Ciò accadrebbe, a esempio, se la scelta fosse determinata non con la tecnica della regola regolativa ma con quella di uno *standard* generale del tipo “occorre guidare con prudenza”). J. RAZ, *Practical Reason ...*, cit., 60, parla degli elevati costi sociali che una tecnica decisionale caso per caso comporterebbe a fronte di benefici effimeri: «*Fact-finding and evaluating the different reasons for action consume time and effort and these are costs which even under condition of infallibility will often outweigh the marginal benefits which in many cases ensue from engaging in a complete assessment of the situation on its merits. Even under ideal conditions, accordingly, we will still be in need of rules of this type*».

Il tema dei vantaggi e degli svantaggi del formalismo è un tema classico. V. a esempio M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 77-79, che richiamandosi a Jhering, ricorda, riferendosi in particolare alla forma scritta, come tra i vantaggi vi è il fatto che la forma costituisce una prova certa della volontà delle parti ed anche un modo per queste di assumere le proprie scelte con maggior prudenza, evitando decisioni precipitose, ed inoltre consente di estendere a coloro che siano stati estranei alla formazione dell’atto i suoi effetti e la sua conoscenza. Tra gli svantaggi soprattutto il pericolo di incorrere in vizi di forma e le difficoltà pratiche che spesso si incontrano per rispettare i requisiti formali. La presenza di vantaggi e svantaggi porta a ritenere che una corretta politica legislativa debba «*mantener un punto medio distante del exagerado ritualismo y de la libertad absoluta de forma que atiende, para resolver el problema de que se trate, al juego del los intereses públicos y particulares y a las características especiales de cada relación o institución jurídica, pues es notorio que la forma apropiada para una cierta institución podría ser completamente inadecuada para otra*» (J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. I, 1988, 798).

più appropriato parlare, piuttosto che di scelta, di ‘seguire una regola’, espressione questa, solo all’apparenza innocua, che ha dato luogo a una notevole discussione in ambito giusfilosofico, su cui tornerò ancora. È bene, però, subito precisare che – essendosi in questo modo evocato il problema dell’applicazione/interpretazione di un testo che esprime la regola – il fp-1 non implica affatto l’adesione al cosiddetto formalismo interpretativo. Certo l’applicazione può richiedere operazioni di interpretazione che riducono la distanza tra scelta all’ingrosso e scelta al minuto, e naturalmente quanto più la regola è enunciata in termini vaghi tanto più tale distanza si riduce (su ciò v. *infra*, §§ 1.4.3.1, 1.4.3.2).

Il fp-1 non concerne, tuttavia, che una parte della tecnica del formalismo, certamente propria di altri ordini normativi, limitandosi a prescrivere un corso d’azione attraverso una regola¹⁰². L’aspetto probabilmente davvero peculiare del diritto è dato dal modo come i giuristi selezionano le regole da applicare a un caso, attraverso un metodo che chiamerò, sempre riformulando la terminologia di M. Jori, ‘formalismo pratico secondario’ (fp-2)¹⁰³. Non solo, cioè, la scelta pratica dell’azione è eterodiretta da una regola, ma la stessa individuazione della regola di condotta dipende da altre norme, norme che hanno esclusivamente a oggetto il modo come individuare le disposizioni-D. Norme che, proprio per questo, vengono definite metanorme o norme secondarie.

Questo secondo tipo di formalismo si compone a sua volta di diverse sottoclassi, ma rispetto al fp-1, con cui è d’altronde variamente correlato, la scelta all’ingrosso non riguarda la sostituzione con una regola della ponderazione di ragioni per agire nell’uno o altro modo in una determinata circostanza, tecnica questa che in linea di principio lascia impregiudicata la scelta

¹⁰² Questo tipo di regole di condotta, che fissano modalità deontiche, possono essere chiamate, seguendo J. RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, London, 1970; trad. it., *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, 1977, 205-216 ss., disposizioni-D che impongono doveri (o obblighi) e che sono riconoscibili per essere parte di un sistema che consente, tra l’altro, di collegare le disposizioni-D a una disposizione sanzionatoria (disposizione-S), a sua volta doverosa o semplicemente permessa, nonché per essere impiegate allo scopo di criticare il comportamento da esse deviante da parte dei cittadini o degli organi che applicano il diritto. Il collegamento tra doveri giuridici e giustiziabilità sembra un tratto essenziale per la stessa concepibilità del diritto, che a sua volta, però, presuppone l’idea di un insieme variamente coordinato o coordinabile di norme e metanorme.

¹⁰³ M. JORI, *op. ult. cit.*, 83, per fp-2 si intende «scelta mediante norme, scelte a loro volta in base a (meta)norme, cioè scelte perché facenti parte dell’ordinamento individuato da tali metanorme».

sull'individuazione della regola soppesando ragioni per l'accettazione o il rifiuto di quest'ultima. Il fp-2 riguarda proprio le modalità escludenti, secondo tecniche formali, di individuazione della regola. Questa tecnica implica necessariamente il ricorso al concetto di sistema o ordinamento normativo, cioè di insiemi di regole tra loro variamente coordinate o coordinabili¹⁰⁴.

Entro un sistema di norme vi possono essere due fondamentali modi di individuazione delle regole di condotta, che corrispondono alla distinzione tra strutture normative nomostatiche e nomodinamiche. Quando la selezione di una regola si basa su un criterio deduttivo di derivazione da una regola di contenuto più ampio – che potrebbe dirsi analitico come opposto a sintetico – si parla di criterio di individuazione sostanziale o materiale (fp-2.1). Ad esempio, dalla disposizione secondo cui l'iniziativa economica è libera, deriva che chiunque può esercitare un'attività commerciale. In teoria questo criterio, qualora nella realtà operasse come unico criterio di selezione di norme, dovrebbe fondarsi su una unica regola originaria da cui derivare logicamente tutte le altre (alcuni ordinamenti morali di carattere religioso sarebbero costruiti in questo modo). In pratica, tuttavia, il criterio nomostatico opera soprattutto nel caso di applicazione di una regola a un caso particolare¹⁰⁵, spe-

¹⁰⁴ Il discorso che sto portando avanti richiederà di essere integrato e completato nel corso del lavoro proprio con riferimento alle modalità di concreta individuazione del materiale giuridico da cui individuare le disposizioni-D, le quali non sempre si presentano ai destinatari 'pronte per l'uso'. Prendendo in considerazione i destinatari ultimi di una regola di condotta, che non possono che essere i consociati, per essi il modo di riconoscere che una regola è giuridica deve avere dei connotati diversi da quelli del giurista professionista, limitati a quelle che i giuristi spesso chiamano mere condizioni di esistenza, anch'esse comunicabili attraverso forme e simboli. Se qualcuno incontra sul lato della strada che sta percorrendo in automobile un cartello circolare bianco, cerchiato di rosso, recante in nero la scritta "50", si deve presumere che questi associ a tale insieme di segni l'esistenza di una regola che gli impone di non superare il limite di velocità di 50 km/h ai sensi dell'art. 38 del Codice della strada secondo cui «gli utenti della strada devono rispettare le prescrizioni rese note a mezzo della segnaletica stradale ancorché in difformità con le altre regole di circolazione». L'automobilista non si domanderà se questa regola è valida, non si chiederà, cioè, a esempio, se il cartello stradale è stato posto in quel punto per errore o sulla base della determinazione di un organo non competente ai sensi dell'art. 37 del Codice della strada e nell'osservanza della complessa procedura prevista dall'art. 77 del regolamento di attuazione del Codice della strada, né tantomeno si domanderà se le direttive sull'organizzazione della circolazione e del traffico sono state emanate dall'Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale secondo la procedura prevista dall'art. 35 del Codice della strada, e così via via sino a domandarsi a ritroso se la Costituzione sia stata approvata da un'assemblea legislativa validamente insediata.

¹⁰⁵ Uno dei motivi ricorrenti nell'antiformalismo è volto a contrastare l'idea della deducibilità di una regola particolare da una regola generale, partendo dalla considerazione che la

cialmente quando ciò avvenga a opera del giudice, per cui si parla – in senso proprio o figurato a seconda della concezione del diritto che si adotti – di deduzione di una norma singolare da una norma generale: per esercitare concretamente la libertà di commerciare nel settore alimentare occorre aver frequentato con esito positivo un apposito corso professionale, ma Tizio non ha frequentato alcun corso professionale, pertanto a Tizio è precluso esercitare il commercio nel settore alimentare.

In realtà, in tutti gli ordinamenti giuridici moderni si intrecciano congegni contenutistici (statici) e formali (dinamici), e quindi è corretto parlare di aspetti dinamici e aspetti statici di un determinato ordinamento e non di ordinamenti statici e ordinamenti dinamici¹⁰⁶. Ed infatti quasi sempre l'accusa di formalismo è collegata al congiunto operare con il fp-2.1 del secondo criterio di selezione normativa, quello nomodinamico, che riguarda direttamente le caratteristiche formali delle norme (fp-2.2). In questa accezione 'forma'

logica è silente su come classificare i particolari (M.J. HOROWITZ, *The Transformation of American Law, 1870-1960*, Oxford, 1992, 200). Devono esservi, quindi, altre regole per applicare regole, ma queste regole (esplicative, interpretative) prima o poi devono portare a una conclusione, a un certo punto è richiesto un giudizio applicativo che precede l'inferenza logica. Che la logica non dica nulla su come classificare i particolari è certamente vero, ma questo non significa che non vi siano regole "deduttivamente applicabili" (M. STONE, *Formalism*, cit., 199-205). Sono deduttivamente applicabili, in particolare, le norme che non assumono la forma di semplici *standards* (v. *infra*, §§ 1.4.1.2, 1.5, V.3), nel cui predicato fattuale, cioè, o è appropriatamente descritta la 'premessa minore' una volta che siano conosciuti i fatti o si richiede soltanto la soluzione di problemi tecnici. Se si aderisse a tesi di questo genere, non potrebbe, evidentemente, mai parlarsi di un'attività vincolata dell'amministrazione (sembra profilare una tesi del genere Fabio Nicosia su cui v. V.1.2), ma neanche di obbedienza a una norma da parte di un privato.

¹⁰⁶ Secondo C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., cap. III, di nomostatica e nomodinamica, riadattando il lessico kelseniano, possono darsi tre principali accezioni. I due termini descrivono: a) due tipi di ordinamento, ciascuno dei quali si caratterizza per i differenti criteri di appartenenza delle rispettive norme al sistema; b) due tecniche giustificative che possono coesistere all'interno del medesimo ordinamento normativo dinamico: bi) *quid*: nel momento statico si utilizzano *standards* giustificativi di "diritto sostanziale", che tendono a determinare, in una misura più o meno penetrante, il contenuto prescrittivo degli atti di applicazione emanati dagli organi relativamente inferiori; bii) *quomodo*: nel momento dinamico si impiegano *standards* giustificativi di "diritto formale" che si limitano a stabilire quali siano le autorità competenti e le procedure richieste per l'emanazione di un certo atto, senza predeterminare il contenuto di quest'ultimo (questa riformulazione implica che si considerino le norme non come entità *sui generis* ma come ragioni per agire, nel senso spiegato da J. RAZ, *Introduction*, in *Practical Reason and Norms*, cit., 1-17. Sul punto v. anche F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit., 183); c) due differenti punti di vista della teoria giuridica; ci) statico come insieme delle norme valide nel momento t; cii) dinamico come processo di cambiamento del diritto in un dato periodo.

è usata in alcuni dei significati tecnici in precedenza accennati, due in particolare: come precisa forma linguistica (formula¹⁰⁷), comprendente anche le formalità materiali (fp-2.2.1), oppure come atti e fatti di produzione normativa che si fondano su requisiti di competenza e di procedura (fp-2.2.2).

Nel caso del fp-2.2.1 si intende per forma proprio una precisa forma linguistica ed in sostanza, si pensi a esempio al diritto processuale (giuramento, ‘formule di rito’ degli atti processuali), si tratta di tecniche che traggono la loro origine proprio da comportamenti rituali. La tecnica della ‘formula’ è quasi sempre utilizzata congiuntamente ad altre tecniche formalistiche, in particolare al fp-2.1 e al fp-2.2.2, ed a volte si esprime mediante formalità materiali richieste per la validità di una norma (bolli, firme, timbri, ecc.).

Ma di gran lunga più importante appare la tecnica di selezione di regole che prescrive di adottare determinate “procedure e competenze” attraverso le quali soltanto si può identificare una regola come giuridicamente valida in quanto prodotta da certi atti e fatti¹⁰⁸. Il carattere della positività del diritto (in quanto artefatto intenzionale o prodotto artificiale) è strettamente legato a questa specifica tecnica di formalismo pratico. Come è stato osservato, infatti, non si può parlare di posizione di una norma quando essa è scelta o direttamente con il computo delle ragioni pro e contro ovvero con il ricorso al criterio nomostatico¹⁰⁹. In quest’ultima ipotesi, in linea di principio, chiunque può compiere il processo logico-deduttivo per estrarre la regola più ristretta da quella più ampia, mentre nel caso del criterio nomodinamico

il concetto di produzione o creazione della norma acquista un senso specifico: la creazione non riguarda la esplicitazione o scrittura del testo della norma (quando c’è), ma la effettiva realizzazione delle “forme” del fp 2.2.2, degli “atti di produzione” che possono essere in realtà di qualunque tipo, purché siano previsti dalla particolare versione della tecnica formalistica di ragionamento pratico considerata¹¹⁰.

¹⁰⁷ «Formulazione linguistica fissa del testo normativo» (M. JORI, *op. ult. cit.*, 19).

¹⁰⁸ Come è noto H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 33 ss., parla di norme che conferiscono poteri, attribuendo al mancato riconoscimento di queste il principale difetto delle teorie imperativistiche delle norme giuridiche. Sulle *conferring power rules* tornerò numerose volte nel corso del lavoro.

¹⁰⁹ M. JORI, *op. cit.*, 23. Questa impostazione è di recente ripresa da C. LUZZATI, *op. ult. cit.*, 228-235: «la staticità e la dinamicità, intese nell’accezione appena menzionata, si riferiscono agli *standards* normativi, rispettivamente formali e sostanziali, adottati quali criteri per giustificare le decisioni prese ai livelli inferiori; esse, inoltre, caratterizzano i procedimenti giustificativi che a tali *standards* si rifanno».

¹¹⁰ M. JORI, *op. e loc. ult. cit.*

Naturalmente l'affermazione secondo cui il formalismo pratico primario è rivolto a chiunque (pur essendo, a mio avviso, un punto fondamentale di un accostamento positivistico al diritto, su cui mi soffermerò tra non molto) richiede di essere immediatamente precisata, poiché gli ordinamenti giuridici contemporanei affiancano sempre al fp-2.1 tecniche formalistiche di competenza e procedura che pongono limiti al dispiegarsi della ragione deduttiva entro i confini segnati dal significato dell'enunciato che esprime la regola primaria. A questo riguardo il fp-2.2 istituisce delle autorità che hanno la funzione di conferire valore risolutivo a quelle deduzioni, ed a quelle soltanto, che siano operate (non da chiunque secondo il libero fluire della ragione pratica, ma) mediante determinate procedure (il processo) e da certe persone qualificate (i giudici)¹¹¹. In questo ambito grande spazio ha, a esempio, la tecnica formalistica in esame applicata alla conoscenza dei fatti su cui fondare le scelte pratiche, poiché anche essa si fonda su un sistema di prove legali, concepite mediante formule, termini, ed altre modalità di procedura. Si noti fin d'ora, come promemoria per uno stadio più avanzato dell'indagine, che le specifiche tecniche che assicurano la possibilità di una decisione 'risolutiva' non sono ritenute in alcun modo proprie di quel tipo di fp-2.2.2 rappresentato dal procedimento amministrativo¹¹².

Nella connessione tra le diverse tecniche del formalismo pratico, uno degli aspetti di maggior rilievo è il modo di combinarsi tra fp-2.1 e fp-2.2 soprattutto considerando le motivazioni che possono indurre a differenziare il modo di tale combinazione. Si è già osservato che in taluni casi il fp-2.2 è utilizzato per rinforzare le 'ragioni' del ricorso al fp-1 e 2.1: siccome può essere fonte d'incertezza l'enucleazione della regola del caso mediante il ricorso a queste ultime tecniche¹¹³, si demanda a un'autorità la risoluzione

¹¹¹ A questo riguardo viene in rilievo la bivalenza del concetto-valore "certezza del diritto", che può riguardare «la possibilità di valutare razionalmente le conseguenze giuridiche delle proprie azioni» oppure «l'incontestabilità dei rapporti esauriti». Il primo significato ha a che fare con l'uguaglianza formale ed è stata definita «certezza del diritto illuministica», il secondo con l'esigenza di porre fine o prevenire le liti, consolidando i rapporti giuridici (C. LUZZATI, *op. ult. cit.*, 285).

¹¹² Né ha mai ricevuto ampi consensi la nota tesi che proponeva di estendere agli atti amministrativi il carattere della regiudicata (su cui v. A. MERKL, *Zum problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, I, 1919, 456-467, tradotto in italiano in A. MERKL, *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987, 327 ss.).

¹¹³ Uno dei più rilevanti problemi teorici del 'modello delle regole' è quello di dare conto della loro controvertibilità. Nella visione di R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Oxford, 1986, 131, questo modello non sarebbe in grado di spiegare la circostanza che l'attribuzione di diritti ed obblighi è quasi sempre oggetto di controversie. Su questo punto, però, v. la convin-

delle dispute derivanti dal libero dispiegarsi della ragion pratica¹¹⁴. In questi casi può, tuttavia, affermarsi che l'interesse dell'ordinamento (se è consentito usare questa immagine, un poco mistificante, a fini di chiarezza espositiva) si concentra sulla disposizione-D, su cui si fondano le suddette tecniche formalistiche di decisione all'ingrosso, mentre le determinazioni di formula, competenza e procedura hanno in questi casi

natura evidentemente ausiliare¹¹⁵.

Quando, viceversa, la tecnica del fp-2.2 non è associata alle tecniche del fp-1 e 2.1, pare evidente che l'interesse (e l'"intenzione") dell'ordinamento è quello di lasciare più o meno ampi margini di libertà al decisore, in questo caso, in tutto o in parte, 'creatore' della norma individuale. Qui si giunge a uno dei temi centrali del diritto (amministrativo in particolare), quello dei poteri discrezionali conferiti da norme (metanorme) superiori a determinate persone o organi. Dei molti problemi (alcuni dei quali saranno affrontati nel capitolo quinto di questo lavoro), quello, per così dire, originario riguarda, come si diceva, proprio gli scopi delle metanorme. Da un punto di vista logico sembra possano darsi tre modi di impiego della tecnica del fp-2.2 in relazione al tema della discrezionalità:

- i) lo scopo della norma è quello di massimizzare la discrezionalità¹¹⁶, nei casi in cui vengono indicate soltanto la competenza e/o la procedura e le prescrizioni di contenuto sono di fatto trasparenti (a esempio "fermo restando il perseguimento dell'interesse pubblico");
- ii) lo scopo della norma, al contrario, è quello di massimizzare la regola di condotta, quando questa si presenti esaustiva ed allora il fp-2.2 concerne la risoluzione e definitività delle vicende giuridiche;

cente replica di T. ENDICOTT, *Are There Any Rules?*, in *The Journal of Ethics*, n. 5, 2001, 209 ss.

¹¹⁴ In astratto, può anche immaginarsi un ordinamento che funzioni soltanto mediante il fp-2.2.2 relativamente alla istituzione e al funzionamento di organi giurisdizionali. Si tratta di quella che M. Weber chiamava la "giustizia del *cadi*". Nelle società contemporanee si tratta di un modello virtuale, ma secondo certe prospettazioni (su cui *infra*, § 2.1) esso caratterizzerebbe il "diritto globale", in quanto diritto *a la carte* che si vale esclusivamente di procedure arbitrali in assenza di regole sostanziali precostituite.

¹¹⁵ M. JORI, *Il formalismo ...*, cit., 57.

¹¹⁶ Da un punto di vista più generale, la massimizzazione della discrezionalità sottende uno schema di ragionamento per cui il risultato voluto sia meglio raggiungibile conferendo a qualcuno il compito di scegliere 'al minuto', circondando questa scelta di «precauzioni periferiche formali» (M. JORI, *op. ult. cit.*, 58), piuttosto che indicando da subito una prescrizione fissa.

iii) lo scopo della norma appare diviso tra i due suddetti estremi, potendo prevalere ora l'un aspetto ora l'altro ¹¹⁷.

Questa classificazione occulta in realtà i problemi più gravi, che sorgono particolarmente dalla ii) e dalla iii). Quanto alla ii), oggetto di disputa è la stessa possibilità concettuale e/o pratica di massimizzare la tecnica del fp-1 e 2.1, escludendo la discrezionalità. Quanto alla iii) occorre domandarsi se sia possibile distinguere i casi di indeterminatezza regolativa intenzionale (quindi di delega accompagnata da alcuni vincoli sostanziali) da quelli di indeterminatezza 'involontaria', che potrebbe definirsi interstiziale ¹¹⁸: rispetto a questi ultimi, secondo la logica della suddetta classificazione dovrebbe presupporre che lo scopo-interesse dell'utilizzo della tecnica normativa è ascrivibile all'ipotesi ii) e non all'ipotesi i), ma anche questa conclusione è oggetto di accese discussioni, del resto strettamente connesse con quelle implicite dall'ipotesi ii). Per tentare di venire minimamente a capo di questi problemi, è necessario offrire una ricostruzione più analitica della discrezionalità che, se a questo livello molto generale del discorso, può essere trattata come concetto di genere, in realtà presenta almeno due varianti di specie dipendenti dalla presenza o meno nella fattispecie di una configurazione specifica del potere di agire. Ciò farò, tuttavia, soltanto nel quinto capitolo (V.4).

Per la tenuta concettuale del formalismo pratico è, comunque, altrettanto importante l'aspetto implicato dalla ii) e per questa ragione la restante parte di questo capitolo è dedicata alle implicazioni del formalismo pratico 1 e 2.1, poiché è soprattutto alla dimensione delle regole regolative che vengono mosse critiche radicali che sono spesso critiche rivolte, a torto o a ragione, al positivismo giuridico. Come si vedrà, peraltro, la critica alla dimensione regolativa del diritto si dirige al tempo stesso nei confronti della 'capacità direttiva' delle regole e del modo attraverso cui tali regole sono individuate dai giuristi.

1.4. *Formalismo pratico, teorie del diritto e regime delle regole*

1.4.1. *L'impegno giuspositivista del formalismo pratico.* – Che il diritto sia fatto, prima di tutto, di regole, poste da uomini, può essere considerato uno degli assunti della gran parte di coloro che si definiscono, o che vengo-

¹¹⁷ Se si trasporta questa tricotomia sul piano dell'atto, la si può ritrovare a esempio in G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 144, a proposito del contenuto sostanziale di un atto distinguibile, rispettivamente, in contenuto libero o discrezionale, contenuto vincolato, contenuto parzialmente libero o discrezionale e parzialmente vincolato.

¹¹⁸ F. SCHAUER, *Playing ...*, cit., 338.

no chiamati, positivisti. L'ampio insieme di tesi che può essere ricondotto a un approccio giuspositivista non coincide, peraltro, con l'ampio insieme di tesi che può essere ricondotto a un approccio formalista, sebbene il discredito che investe il formalismo si estenda anche al positivismo. Secondo Norberto Bobbio il formalismo giuridico abbraccia un campo meno esteso del positivismo giuridico, indicando, in polemica con altri approcci – in particolare quello giusrealista – certe modalità per intendere e studiare il diritto positivo¹¹⁹. Ciononostante, il formalismo pratico, nella raffigurazione prima delineata, sembra richiedere l'adesione ad alcuni degli elementi che consentono di parlare del positivismo giuridico come di un approccio unitario¹²⁰. Questi possono essere riassunti nella tesi che il diritto pretende 'sinceramente', se ed in quanto è diritto, autorità¹²¹ e che la possibilità di questa autorità del diritto può essere spiegata esclusivamente da fatti sociali e cioè in termini convenzionali:

*most legal positivists ... takes this to mean that legal authority is possible in virtue of a conventional practice among officials*¹²².

Sicché le norme sono giuridiche solo nel caso in cui esse soddisfino i criteri convenzionali di legalità, secondo quella particolare tecnica formalistica di fp-2.2.2 di procedure e competenze che Ronald Dworkin definisce un *pedigree test*¹²³. La pretesa di una regola di governare la condotta pertanto

*rests on the fact that it satisfies the conditions expressed by the rule, and not its content as a rule*¹²⁴.

¹¹⁹ N. BOBBIO, *Sul formalismo ...*, cit., 979.

¹²⁰ E che secondo alcuni consentono di annoverare anche i giusrealisti nell'ambito del positivismo. Per B. LEITER, *Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis*, in *Hart's Postscript*, a cura di J. Coleman, Oxford, 2001, 355, essi sono «*tacit legal positivists: they presuppose views about the criteria of legality that have affinities with positivist accounts of law in the sense that they employ primarily pedigree tests of legal validity*».

¹²¹ È generalmente riconosciuto il contributo di J. Raz nella elaborazione dell'*Authority Thesis*, secondo cui «*though a legal system may not have legitimate authority, or though its legitimate authority may not be as extensive as it claims, every legal system claims that it possesses legitimate authority*» (*Authority, Law, and Morality*, cit., 215).

¹²² J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, 2003, 120. Sul 'convenzionalismo' v. A. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, 2001, 1-48.

¹²³ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), 1977; trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 83.

¹²⁴ J. COLEMAN, *op. e loc. ult. cit.*

In altre parole, per la maggior parte dei giuspositivisti contemporanei che il diritto continui a poter essere concepito prima di tutto come un insieme di regole poste in anticipo deriva dalla tesi fondamentale secondo cui ciò che il diritto è non dipende da considerazioni morali o di altro genere su cosa il diritto dovrebbe essere in una determinata circostanza¹²⁵ (*Separation o Separability Thesis*¹²⁶). Secondo Jeremy Waldron

¹²⁵ Questa tesi viene considerata l'elemento che collega il positivismo giuridico delle origini con i molteplici sviluppi successivi e viene ricondotta alla celebre frase di J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence* (1832); trad. it., *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995, 228: «L'esistenza del diritto è una cosa, i suoi meriti o demeriti un'altra. Se esso esista o meno, costituisce un certo tipo d'indagine; se esso si conformi o meno a uno *standard* assunto, costituisce un altro tipo di indagine».

¹²⁶ Una discussione ormai annosa appassiona i filosofi e teorici del diritto che si richiamano al positivismo, diversamente inclini a una versione inclusiva od esclusiva. Gli inizi del dibattito possono essere ricercati nelle risposte formulate agli argomenti di Ronald Dworkin contro il positivismo giuridico. Secondo Dworkin la morale giocherebbe un ruolo fondamentale nel ragionamento giudiziale, rappresentando la "fonte" che dinanzi a una lacuna dell'ordinamento impedisce al giudice di ricorrere alla propria discrezionalità, seguendone che almeno alcuni principi morali sono necessariamente parte del diritto (probabilmente, in realtà, per Dworkin i principi morali guidano sempre le decisioni giudiziali: v. *infra*, nel testo). Ma siccome questi principi morali non possono essere ritenuti parte del diritto in base a un "*pedigree test*", il positivismo sarebbe una teoria da rigettare. Alcuni teorici positivisti (c.d. *inclusive*) hanno concesso a Dworkin che in qualcuno o molti ordinamenti giuridici il diritto include principi morali, ma questo è un dato contingente che non implica sul piano concettuale che ogni sistema giuridico debba includere la morale. In ogni caso, anche negli ordinamenti che includono principi morali, questi fanno parte del diritto pur sempre in forza della loro incorporazione nel sistema attraverso la "regola di riconoscimento". Di converso, secondo la versione *exclusive* (detta anche *hard positivism* contrapposto a un *soft o broad positivism*) il diritto non può incorporare principi morali a meno di non sconfessare l'*Authority Thesis* (la tesi del positivismo esclusivo è attribuita sostanzialmente a J. Raz). Quando il diritto si riferisce alla morale questa non diviene parte del diritto, ma semplicemente il giudice risolve il caso non applicando norme giuridiche. Ecco perché per il primo orientamento è corretto parlare di *separability thesis*, mentre per il secondo si dovrebbe parlare di *separation thesis*. Il punto fondamentale è che qualsiasi rinvio alla morale suppone che sia possibile conoscere cosa la 'morale' obiettivamente prescrive in determinati casi (cognitivismo etico), ma questo sembra difficile da sostenere. A quest'ultimo riguardo assai perspicue considerazioni in S. POZZOLO, *Riflessioni su inclusive e soft positivism*, in *Analisi e diritto 1998*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1998, 229-242, la quale osserva che uno *standard* morale, una volta assunto dal diritto positivo, diviene uno *standard* giuridico, non molto diverso, si potrebbe aggiungere, da quei concetti vaghi o imprecisi, o clausole generali, che i giuristi ben conoscono. Osservazione analoga si trova in D. Priel, *Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 25/2005, 681. La letteratura in tema è sovrabbondante. Tra gli scritti più recenti,

*law can be understood in terms of rules and standards whose authority derives from their provenance in some human source, sociologically defined, and which can be identified as law in terms of that provenance. Thus statements about what the law is – whether in describing a legal system, offering legal advice, or disposing of particular cases – can be made without exercising moral or other evaluative judgement*¹²⁷.

Le ragioni per agire fornite dalle regole giuridiche si fondano, quindi, non sul contenuto delle regole, ma sull'autorità del diritto in quanto 'autorità pratica'¹²⁸. In questo senso mi pare permanga attuale l'accezione del positivismo giuridico che Bobbio definiva concettuale, distinguendola da quella metodologica e da quella ideologica¹²⁹, sebbene anche queste due accezioni colgano alcuni aspetti importanti. All'ideologia propria del positivismo giuridico, infatti, da tenere ben distinta dal 'formalismo etico', possono ricollegarsi quei valori di uguaglianza formale, certezza del diritto, subordinazione dell'amministrazione al principio di legalità, che costituiscono i presupposti concettuali della *rule of law* (v. par. seg.). Uberto Scarpelli parlava di un'interpretazione politica del positivismo giuridico, in quanto strettamente connesso alla formazione ed agli sviluppi dell'organizzazione politica del moderno stato di diritto. In particolare si tratta di riconoscere che le concezioni ed i modi di operare riconducibili al giuspositivismo hanno avuto una parte attiva nella vicenda dell'organizzazione politica dello stato moderno, contri-

A. MARMOR, *Exclusive Legal Positivism*, in J. COLEMAN, S. SHAPIRO, *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, New York, 2002, 104-124, K. HIMMA, *Inclusive Legal Positivism*, ivi, 125-165; W.J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, 1994; J.L. COLEMAN, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Law*, cit., 101-148. In Italia aderiscono a una versione inclusiva del positivismo, a esempio, V. VILLA, *Storia della filosofia analitica del diritto*, Bologna, 2003, 146-148; ID., *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di inclusive positivism*, cit.; G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, 2002, 97-111; A. SCHIAVELLO, *Accettazione del diritto e positivismo giuridico*, in *Analisi e diritto 2001*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2002, 285 ss. Di quest'ultimo autore v. anche, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart*, Torino, 2004, ove i capp. V ed VI, sono dedicati, rispettivamente, al positivismo giuridico esclusivo ed a quello inclusivo.

¹²⁷ J. WALDRON, *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in ROBERT P. GEORGE (a cura di), *Natural Law Theory*, Oxford, 1992, 160.

¹²⁸ Sulla centralità della nozione di regole giuridiche come riflettenti le scelte di persone o gruppi muniti di autorità per la definizione della natura del diritto, v. B. BIX, *Can Theories of Meaning and Referent Solve the Problem of Legal Determinacy?*, in *Ratio Iuris*, vol. 16, 2003, 287 ss.

¹²⁹ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, 132.

buendo a realizzarla e difenderla¹³⁰. Altri più di recente hanno parlato di giuspositivismo etico, o normativo o di “tesi delle conseguenze moralmente benefiche” del positivismo giuridico (*Beneficial Moral Consequences Thesis*)¹³¹. Il superamento dell’idea che la teoria giuridica debba essere soltanto descrittiva, si basa proprio sul riferimento alla forma del diritto piuttosto che al suo contenuto, e cioè all’impegno nei confronti di un modello di ordinamento giuridico che comprenda, nella più ampia misura possibile, la realizzazione di un autonomo sistema di regole, appropriatamente formulate¹³², come parte di ogni accettabile o desiderabile sistema politico¹³³.

In questo modo si riconosce, certo, che l’obiettivo dell’assoluta neutralità (che secondo certe versioni caratterizzerebbe la metodologia del positivismo) è insostenibile. Una versione moderata di positivismo prescrittivo non sembra, tuttavia, incompatibile con l’epistemologia propria di un accostamento analitico, al cui centro si pone, in ultima analisi, la *great division* fatto/valore, secondo cui non è possibile dedurre logicamente un giudizio di valore o normativo da un giudizio fattuale né si possono dedurre conclusioni di fatto da norme¹³⁴.

¹³⁰ U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico* (1965), Napoli, 1997, 99. Per la ripresa e l’approfondimento di questa prospettiva meta-teorica v. M. JORI, *Saggi di metagiurisprudenza*, cit., spec. 231 ss., 298.

¹³¹ F. SCHAUER, *The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 3/2005, 493 ss.

¹³² V. § seguente.

¹³³ V. T. CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, London, 2004, 21-23. Da questa prospettiva, che assume il punto di vista dei partecipanti che accettano il diritto come guida o come critica per il comportamento proprio ed altrui, il dibattito tra positivismo esclusivo ed inclusivo viene interpretato sotto una luce ulteriore, assumendo cioè che, sebbene sia possibile che in un certo sistema giuridico la regola di riconoscimento incorpori valori morali, è desiderabile che questo non avvenga e che il diritto si presenti nella versione descritta dal giuspositivismo esclusivo.

¹³⁴ M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995, 114. Questa versione della *great division*, non deve necessariamente coincidere con la dicotomia fatto/valore nell’accezione normalmente assunta in ambito filosofico analitico, secondo la quale gli enunciati fattuali sono oggettivi ed indipendenti dal nostro apparato concettuale, mentre gli enunciati valutativi sono irrimediabilmente soggettivi e dunque non si può argomentare razionalmente a loro sostegno. È sufficiente, infatti, parlare di una distinzione fatto/valore. In tal senso, con una penetrante critica alla rigida contrapposizione fatto/valore, v. H. PUTNAM, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays Including the Rosenthal Lectures*, Harvard, 2002; trad. it., *Fatto/valore: fine di una dicotomia*, Roma, 2004, 13 ss. (ed *ivi* 13-32 per una storia di questa “dicotomia”). In effetti quello che mediante tale distinzione si intende soprattutto porre in rilievo è proprio che certi presupposti sono semplicemente “postulati”, assunti come base di partenza e onestamente rivelati (M. JORI, A.

In altre parole, non si deve pensare che una descrizione oggettiva del diritto (sebbene non neutrale) non sia possibile ed opportuna¹³⁵. È possibile ed opportuna a patto che le scelte normative di fondo siano esplicitate e condivise. Questa obiettività debole

è nondimeno importante, perché senza di essa cade l'ultima possibilità di considerare non illusorio il paradigma della certezza del diritto, che sarebbe interamente svuotato se qualunque descrizione di ogni elemento del diritto fosse egualmente arbitraria ed egualmente corretta¹³⁶.

È evidente, peraltro, che il suddetto 'impegno' abbisogna di una serie di presupposti concettuali senza i quali esso rimarrebbe allo stadio di una mera

PINTORE, *op. e loc. ult. cit.*). Alla distinzione fatto/valore si associano altre distinzioni ricorrenti tra i teorici del diritto di indirizzo analitico, come quelle analitico/sintetico e prescrittivo/descrittivo, anche esse da non accogliere in termini assoluti. Il dualismo analitico/sintetico è direttamente implicato con la *great division*, ne è in qualche modo alla base: la conoscenza analitica è quella tipicamente logico-deduttiva (lo si è già visto a proposito del fp-2.1), e quindi i concetti analitici hanno la proprietà di essere veri soltanto sulla base delle regole del linguaggio; la conoscenza sintetica, quella che consente di fornire 'nuove informazioni', deve basarsi, invece, necessariamente sull'osservazione empirica. Ma ciò detto non è che quest'ultima sia necessariamente la 'vera' conoscenza. Considerazioni in parte analoghe valgono per il dualismo tra discorsi (e metadiscorsi: cioè discorsi che vertono su altri discorsi, a esempio le norme secondarie di procedura e competenza rispetto alle norme primarie di condotta, le regole di una lingua rispetto alla lingua-oggetto) descrittivi e prescrittivi: nel senso che se è vero che tali tipi di discorsi dovrebbero essere accuratamente tenuti distinti, neanche in questo caso può parlarsi di una vera e propria dicotomia. Sul superamento di una rigida contrapposizione descrittivo-prescrittivo nella teoria giuridica e per l'indicazione dei modi attraverso cui una teoria giuridica può avere «a che fare con valori», v. V. VILLA, *Teorie giuridiche "descrittive" e teorie giuridiche "normative" nel "Postscript" di Hart*, in *Ragion Pratica*, 2003, 463 ss. Tra i sensi in cui una teoria giuridica può essere prescrittiva vi è «quello che discende da un certo tipo di attribuzioni che il teorico può esprimere nei confronti dei sistemi giuridici di cui si occupa, per l'esattezza quelle attribuzioni che concernono l'assegnazione di particolari finalità, funzioni o caratteristiche rilevanti a tali sistemi» (*op. cit.*, 472). Più di recente per una approfondita discussione di questi problemi, che investe anche e soprattutto i giuristi (e non solo la teoria giuridica), v. C. LUZZATI, *La politica della legalità*, cit., spec. cap. I, significativamente intitolato "Dalla neutralità all'impegno". Sulla c.d. legge di Hume l'opera italiana di riferimento sembra essere quella di B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla Legge di Hume*, Torino 1994, 1-765.

¹³⁵ Va peraltro segnalato che secondo un ulteriore approccio il valore etico del positivismo giuridico non riguarderebbe tanto (o soltanto) il concetto di diritto, quanto l'accostamento metodologico (v. L.L. HIERRO, *Por qué ser positivista?*, in *Doxa*, n. 25, 2002, 263 ss.).

¹³⁶ M. JORI, *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, in *Analisi e diritto 2002-2003*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2004, 378.

velleità e tali presupposti concettuali – in breve – riguardano la tenuta della descrizione del diritto offerta dal punto di vista del formalismo pratico prima delineata. Sembra, pertanto, sussistere una connessione tra il concetto della *rule of law* ed il formalismo pratico, a sua volta correlata al già menzionato carattere autoritativo del diritto¹³⁷.

1.4.1.1. *Il significato formale della rule of law.* – Quello di *rule of law* (RoL) è un concetto essenzialmente disputato¹³⁸. Ho già più volte evocato tale concetto, in contesti nei quali probabilmente poteva intuirsi più o meno a che tipo di proprietà di un ordinamento giuridico volessi alludere. È bene, però, precisare a questo punto in che modo mi riferisca a esso in correlazione con il formalismo pratico, tra l'altro provando a chiarire in che misura esso è un concetto ed in che misura è, invece, un ideale. Una delle ragioni per cui la RoL è un concetto essenzialmente disputato è che in esso sin dalle origini convivono istanze apparentemente inconciliabili, che oltre a farne un concetto strutturalmente complesso, comportano una sua vera o presunta ambiguità di fondo. In quel pensatore sommo che è considerato il fondatore della tradizione della RoL, Aristotele, sono già presenti i termini del dibattito successivo racchiusi nella massima sul “governo delle leggi, non degli uomini” ricavata da un famoso brano della *Politica*:

¹³⁷ V. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., 159.

¹³⁸ J. WALDRON, *Is the Rule Of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?*, in *Law and Philosophy*, n. 21, 2002, 137; Y. HASEBE, *The Rule of Law and Its Predicament*, in *Ratio Juris*, n. 17/2004, 489. La ragione per cui preferisco mantenere l'espressione in lingua inglese è che né una traduzione letterale (regola di diritto) né le varie riformulazioni possibili (stato di diritto; principio di legalità) sembrano in grado di dare conto del valore al tempo stesso concettuale e simbolico che il termine reca. Del resto proprio l'ambiguità della parola 'rule' già sul piano semantico rende possibili almeno due significati. Come osserva F. Schauer, *Playing ...*, cit., 259-60, esso può indicare sia un sistema in cui prevale la pratica dell'autorità organizzata sia il tipo di rapporto che sussiste tra una strategia decisionale basata su regole e il processo decisionale tipico dell'istituzione designata dal termine diritto. Naturalmente il termine, o le sue riformulazioni, possono assumere significati contestuali specifici. Ad esempio S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, t. I, Milano, 2003, 213 ss. impiega l'espressione 'regola di diritto' in contrapposizione all'espressione 'principio di legalità' nella misura in cui questa, nel settore del diritto amministrativo, sia intesa come soggezione dell'amministrazione soltanto alla legge in senso formale. Sul fatto che sui valori che informerebbero la RoL non vi sia affatto accordo, come testimonia l'esorbitante letteratura in tema, v. P.P. CRAIG, *Legislative Intent and Legislative Supremacy: A Reply to Professor Allan*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 24, 2004, 585-6. Per una comprensiva indagine sotto il profilo sia storico sia delle teorie politiche e giuridiche sulla RoL v. B.Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, Cambridge, 2004.

È preferibile, senza dubbio, che governi la legge, più che un qualunque cittadino e, secondo questo stesso ragionamento, anche se è meglio che governino alcuni, costoro bisogna costituirli guardiani delle leggi e subordinati alle leggi. (...) Quindi chi raccomanda il governo delle leggi sembra raccomandare esclusivamente il governo di dio e della ragione, mentre chi raccomanda il governo dell'uomo, v'aggiunge anche quello della bestia, perché il capriccio è questa bestia e la passione sconvolge, quando sono al potere, anche gli uomini migliori. Perciò la legge è ragione senza passione¹³⁹.

Chi ritiene che il diritto sia qualcosa che ha a che fare con la ragione (inclusiva di qualche ideale di 'giustizia') intenderà il requisito della RoL sotteso a questo brano come idoneità delle strutture giuridiche a facilitare l'esercizio della ragione, questo richiedendo una fiducia nel fatto che sia ragionevole affidarsi alla discrezionalità del decisore piuttosto che alla rigidità delle regole¹⁴⁰. Chi viceversa considera il diritto come un modo di ridurre al minimo l'alea dei giudizi individuali trarrà da questo brano la necessità di attribuire poca, se possibile niente, discrezionalità ai decisori¹⁴¹. Questa tensione emerge più chiaramente considerando altre affermazioni di Aristotele. Nello stesso frammento da cui è tratto il precedente brano egli dice che nei casi difficili la RoL non potrebbe che limitarsi a specificare quali soggetti devono avere la responsabilità giuridica di decidere il caso attraverso idonee norme procedurali¹⁴² e nell'Etica Nicomachea aggiunge che

ogni legge è universale, ma su certi argomenti non è possibile pronunciarsi correttamente in forma universale ... la natura dell'equo [è] di essere di correzione della legge, nella misura in cui essa viene a meno a causa della sua formulazione universale. Questa è la causa anche del fatto che non tutto avviene in base a una legge, cioè del fatto che in certi casi non è possibile stabilire una legge, e c'è bisogno di un decreto particolare¹⁴³.

Nella Retorica sostiene, ancora, che la risoluzione di ogni problema deve essere decisa in anticipo nella misura più ampia possibile attraverso disposizioni generali¹⁴⁴.

¹³⁹ ARISTOTELE, *Politica*, III, 1287 a; trad. it. di R. Laurenti, Laterza, Bari, 1993.

¹⁴⁰ L.B. SOLUM, *Equity and the Rule of Law*, in I. SHAPIRO (a cura di), *Nomos XXXVI: The Rule of Law*, New York, 1994, 120.

¹⁴¹ A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, cit., 1182.

¹⁴² ARISTOTELE, *Politica*, III, 1287 a, cit.

¹⁴³ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 1137 b; trad. it. di C. Natali, Roma-Bari, 2001.

¹⁴⁴ ARISTOTELE, *Retorica*, I, 1354 a; trad. it di M. Valgimigli, Roma-Bari, 1983.

Come si vedrà ampiamente nel corso di questo capitolo, queste contraddizioni possono essere considerate apparenti: è vero che il discorso di Aristotele segnala una ineliminabile tensione tra universalismo e particolarismo, ma da una parte questo non mette necessariamente in discussione la RoL, dall'altra parte sembra abbastanza chiaro che Aristotele consideri maggiormente desiderabile l'universalismo delle leggi ma inevitabile il particolarismo delle decisioni del caso. Il che non ha impedito, peraltro, che proprio a partire dall'indiscussa autorità di Aristotele per il pensiero occidentale, partendo dalle suddette 'ambiguità', si sia sviluppata una millenaria controversia attorno al dilemma se il *judge-made law* deve essere considerato come l'epitome della RoL o come parte del problema che la RoL si suppone debba risolvere¹⁴⁵.

Considerato che il nostro problema riguarda la connessione con il formalismo pratico, una prima distinzione da fare è quella tra concezione formale e sostanziale della RoL, o come altri preferisce dire tra concezione legalista o non-legalista¹⁴⁶. Le concezioni non legalistiche o sostanziali sono quelle che individuano il nucleo essenziale della RoL nella richiesta che lo Stato sia in grado di giustificare il trattamento degli individui con riferimento al bene comune, il quale includerebbe, per esempio, le libertà di base di pensiero, parola, coscienza ed associazione¹⁴⁷. Ma come spiega Joseph Raz altro è la *rule of law*, altro è la "*rule of good law*"¹⁴⁸. In quest'ultimo significato essa perde di qualsiasi funzione specifica, mentre diviene interessante se sta a indicare le condizioni che il diritto deve soddisfare per adempiere la sua funzione di 'pivot' nella guida della condotta umana¹⁴⁹. Questo aspetto pone l'accento sul fatto che se le persone devono essere guidate dalle regole, queste regole devono essere tali da rendere possibile la loro osservanza. L'intuizione che sta alla base del concetto è allora che il diritto deve essere capace di guidare il comportamento dei suoi soggetti. In questo senso, che come si vede è quello del formalismo pratico, la RoL è una concezione for-

¹⁴⁵ J. WALDRON, *op. cit.*, 142.

¹⁴⁶ N.W. BARBER, *Must Legalistic Conceptions of The Rule of Law Have a Social Dimension?*, in *Ratio Juris*, n. 4, 2004, 474 ss.

¹⁴⁷ N.W. BARBER, *op. cit.*, 481-2.

¹⁴⁸ J. RAZ, *The Authority of Law*, cit., 211, il quale precisa che la RoL non ha nulla a che fare con ideali quali la democrazia, la giustizia, i diritti umani, ecc. Possono esservi pessimi ordinamenti che negano i diritti umani e che tuttavia si conformano perfettamente ai requisiti della RoL.

¹⁴⁹ A. MARMOR, *The Rule of Law and Its Limits*, in *Law and Philosophy*, n. 23, 2004, 5.

male¹⁵⁰. Come ricorda ancora Raz, Friedrich August von Hayek ha fornito una delle più chiare e possenti formulazioni dell'idea della RoL:

messa a nudo di tutti i tecnicismi significa che i poteri pubblici in tutta la loro azione sono vincolati da regole fissate e annunciate in anticipo, regole che rendono possibile prevedere con buona certezza come l'autorità userà i suoi poteri coercitivi in determinate circostanze, e pianificare i propri affari sulla base di questa conoscenza¹⁵¹.

A proposito della detta funzione di 'pivot' innumerevoli sono stati i tentativi di individuare i requisiti che un ordinamento giuridico dovrebbe a tal fine possedere. Una delle 'liste' più note ed influenti è quella fornita da Lon Fuller, secondo la quale le condizioni soddisfatte dal diritto dovrebbero essere le seguenti sette riferite ai caratteri delle norme: generalità, adeguata pubblicità, irretroattività, intellegibilità, non contraddittorietà, stabilità, consistenza (cioè possibilità pratica per una disposizione di essere eseguita), più un'ottava riferita alla congruenza tra il comportamento dei funzionari e quanto previsto dalle norme¹⁵². Fuller, così come molti altri, precisa che questi criteri dovrebbero essere integrati in sistema e che la realizzazione di ciascuno di essi è questione di grado non avendo tutti la medesima importanza¹⁵³. Si tratta evidentemente di *desiderata* tendenziali, oggi in molti settori utopici, e che comunque pongono una questione di grado non solo dal punto di vista della loro importanza relativa ma anche della loro realizzabilità pratica¹⁵⁴. Nessun ordinamento potrebbe rispondere effettivamente a tali requisiti e di fatto nessuno vi risponde, anzi sempre più spesso si tende a rilevare come gli ordinamenti contemporanei siano caratterizzati da caoticità, alluvionalità, imperscrutabilità ed inattendibilità delle leggi¹⁵⁵. Ciononostante la RoL rimane un concetto imprescindibile sul piano teorico ed un ideale

¹⁵⁰ J. RAZ, *op. ult. cit.*, 214. V. B.Z. TAMANAHA, *On the rule of Law*, cit., 91-101.

¹⁵¹ F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, London, 1944, 54.

¹⁵² L. FULLER, *The Internal Morality of Law*, Yale, 1969, 39, nt. 18.

¹⁵³ Molti altri giuristi hanno fornito liste alternative, a volte molto simili a quella di Fuller, altre volte, con alcune differenze, ma può dirsi con T. ENDICOTT, *The Impossibility of the Rule of Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 19/1999, 1-2, che questo ideale richiede che: «*laws must be open, clear, coherent, prospective and stable; legislation and executive action should be governed by laws with those characteristics; and there must be courts that impose the rule of law*».

¹⁵⁴ J. RAZ, *op. ult. cit.*, 222.

¹⁵⁵ M. AINIS, *La legge oscura*, Roma-Bari, 1997, *passim*, ma spec. 48 ss.; 144 ss. che parla di una sorta di groviglio inesplicabile ed "oscuro".

continuamente richiamato da giuristi e non giuristi¹⁵⁶. Cerchiamo di vedere perché.

I suddetti requisiti possono essere divisi in due gruppi, corrispondenti, rispettivamente, alle due fondamentali facce del diritto: regole e applicazione.

I criteri del primo gruppo sono quelli relativi all'esigenza che il diritto sia costituito da direttive designate per permettere una effettiva guida dell'azione. Si può dire che la forma appropriata perché una norma sia una 'regola' rappresenti da questo punto di vista un requisito indispensabile della RoL e che di questa forma appropriata facciano parte la generalità¹⁵⁷, completezza e 'definitezza'¹⁵⁸. Sono le proprietà di una regola necessarie a realizzare quella basilare esigenza di un ordine normativo consistente nell'ovviare ai difetti di coordinazione, ai costi deliberativi e agli errori di inesperienza che si accompagnano a una strategia decisionale particolaristica¹⁵⁹ nonché, in definitiva, di consentire l'allocazione della responsabilità decisionale scegliendo se adottare, attraverso "regole serie"¹⁶⁰, una strategia universalista (cui si riconducono altri valori comunemente associati con la RoL, quali la prevedibilità e l'uguaglianza di trattamento¹⁶¹ oppure se affidarsi alla sensibilità dei decisori particolari.

Sembra plausibile dire che tra gli obiettivi di fondo della RoL vi è quello di favorire la coordinazione delle azioni mediante la *self-direction* dei cittadini. Sotto questo profilo risalta con evidenza che una regola che stabilisca di 'guidare con prudenza' o di 'guidare in modo da massimizzare l'eguale libertà di tutti gli altri guidatori', e così via, fallisce completamente l'obiettivo di consentire ai cittadini di coordinare le proprie reciproche azioni applicando da sé stessi la regola, laddove una regola come 'non superare i 50 km/h' è pienamente consistente con il suddetto obiettivo. Il primo tipo di norme, dette in genere *standards* o '*dummy standars*' (v. *infra*, § 1.5), contiene termini

¹⁵⁶ Peraltro secondo R. GUASTINI, *Interpretazione*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. DONATI, Milano, 1980, 190 ss., il livello di incertezza sarebbe fisiologico e quindi l'ideale della RoL un vero e proprio autoinganno.

¹⁵⁷ Tanto sotto il profilo soggettivo quanto sotto quello oggettivo (v. A. MARMOR, *The Rule of Law ...*, cit., 9-15).

¹⁵⁸ V. R.S. SUMMERS, *Form and Function in a Legal System*, cit., 136-164.

¹⁵⁹ L. ALEXANDER, E. SHERWIN, *The Rule of Rules. Morality, Rules, & the Dilemmas of Law*, Durham and London, 2001, 14-15, 30-32.

¹⁶⁰ L. ALEXANDER, E. SHERWIN, *op. cit.*, 18, 32 ss.

¹⁶¹ Tutte cose che «enable and facilitate efforts of citizens to rely on the law and to plan their lives accordingly» (R.S. SUMMERS, *The Place of Form in the Fundamentals of Law*, in *Rario Iuris*, n. 14, 2001, 123).

vaghi o valutativi o moralmente controversi e pertanto chi voglia attenersi a essi deve in realtà cercare da sé una soluzione senza che la norma fornisca in realtà il benché minimo aiuto. In realtà, in tali ipotesi sembra che il vero scopo della regola non è quello di guidare la condotta ma di allocare il potere decisionale¹⁶², a seconda dei casi, sui giudici o sui funzionari amministrativi, i quali a loro volta potranno usare tale potere caso per caso o determinando regole più definite anche se prive di forma canonica.

Ma, come si vedrà, il problema della vaghezza ed ambiguità dei termini del diritto è immanente ed un certo grado di imprevedibilità è comunque inevitabile. E d'altronde la vaghezza in sé e per sé non è necessariamente un male per la RoL, così come non lo è in sé e per sé la discrezionalità che ne deriva¹⁶³. Ad esempio una qualche discrezionalità amministrativa controllata, in determinate circostanze, può essere considerata più desiderabile che nessuna discrezionalità¹⁶⁴. D'altronde a questo proposito occorre con-

¹⁶² V. F. SCHAUER, *Playing ...*, cit., 345.

¹⁶³ T. ENDICOTT, *The Impossibility ...*, cit., 17; A. MARMOR, *The Rule of Law ...*, cit., 14-15.

¹⁶⁴ J. RAZ, *The Authority ...*, cit., 222. È forse il caso di sottolineare che il concetto di RoL che sto difendendo è molto diverso dall'idea della RoL di A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1920), London, 1965¹⁰, 188 ss. – alla cui influenza si deve probabilmente del resto la fortuna dell'espressione – che come noto considerava la RoL strettamente legata al sistema britannico e caratterizzata dall'assoluta supremazia della legge e dal fatto che ogni attribuzione di potere discrezionale costituisca un danno alla libertà (I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, London, 1959⁵, 54): «*the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint*» (A.V. DICEY, *op. cit.*, 188). In ragione di ciò forse sarebbe più appropriato chiamare questa concezione idiosincratia del governo delle leggi *rule by law*. Gli altri due altrettanti noti elementi della definizione di Dicey sono rappresentati dal principio della sottoposizione di chiunque, compresi i funzionari, alla giurisdizione ordinaria (*op. cit.*, 194), e dalla superiorità nella tutela dei diritti individuali del *common law* rispetto ai sistemi continentali basati su costituzioni e codici scritti (*op. cit.*, 200-1). Sulla influenza negativa che le tesi di Dicey avrebbero avuto nel rallentare lo sviluppo di un sistema di controllo sull'avanzante burocrazia statale v. già F.A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, London, 1960, 204.

L'idea di una "perfetta" realizzazione del *Rechtsstaat*, come noto, portò la scienza giuridica germanica a una serrata critica dell'uso di norme imprecise da parte del legislatore, perché queste impediscono di distinguere nettamente i casi di discrezionalità pura, quelli in cui cioè si demanda espressamente all'amministrazione di completare la fattispecie, dalle genuine norme di condotta (v. in tema S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Determinatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 246 ss.).

Il suddetto concetto di *rule by law*, riconducibile alla formula di Aristotele, fa comunque anch'esso parte delle tradizioni comuni al diritto dell'Occidente. L'art. 6.1 del Trattato

siderare che vi sono due tipi di regole generali appositamente finalizzate a determinare la struttura per imporre limiti alla imprevedibilità introdotta dagli ordini particolari (specialmente regolamenti ed atti amministrativi): quelli che conferiscono i poteri necessari per emanare ‘ordini’ validi e quelli che istruiscono i detentori dei poteri su come esercitare tali poteri (v. capp. II e III).

Questi profili si collegano con i requisiti del secondo gruppo, riguardanti l’articolazione¹⁶⁵ dell’ultima condizione di Fuller – quella definita della *consistent application*¹⁶⁶ – in una serie di criteri che riguardano specificatamente la garanzia che la macchina predisposta per far rispettare il diritto svolga efficacemente ed appropriatamente questo ruolo: garanzia dell’indipendenza dei giudici, i quali hanno il dovere di applicare il diritto ai casi portati dinanzi a loro (essendo i giudici a stabilire definitivamente quale è il diritto nel caso, i cittadini possono essere guidati dalla legge soltanto se i giudici la applicano fedelmente); giusto processo; funzione delle corti, sia in ordine alla normazione subordinata e parlamentare sia in ordine all’azione amministrativa, limitata alla conformità alla *rule of law* con esclusione di poteri ‘di merito’; facile accesso alla giustizia; esclusione di poteri discrezionali relativi all’esercizio dell’azione penale.

Il primo punto sembra quello fondamentale, riguardando il fatto che l’indipendenza ed imparzialità dei giudici¹⁶⁷ sarebbe condizione necessaria per la corretta applicazione del diritto, sebbene non è certo possibile considerarla una condizione sufficiente per questo. Contrattare dell’indipendenza sem-

sull’Unione Europea prevede che l’Europa «si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri». Secondo la celebre sentenza della Corte di Giustizia Les Verts, c. 294/83, la Comunità europea è una «comunità di diritto».

¹⁶⁵ Operata da J. RAZ, *The Authority ...*, cit., 216-218.

¹⁶⁶ «A very complex requirement which entails a whole range of principles and practices» (A. MARMOR, *The Rule of Law ...*, cit., 7).

¹⁶⁷ Per una interessante e disincantata analisi dell’imparzialità in sede giurisdizionale, v. W. LUCY, *The Possibility of Impartiality*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 1, 2005, 14 ss., il quale individua tre ordini di questioni legate all’imparzialità: quelle riferite al ruolo ed all’attitudine del decisore, quelle riferite agli esiti delle decisioni e quelle riferite alle procedure che conducono alla decisione e tenta di difendere la possibilità dell’“eguaglianza di impatto”, che costituisce il fulcro dell’imparzialità sia riferita al risultato sia riferita alla procedura, nei confronti delle posizioni scettiche che partono da una critica generale dell’astrattezza e formalismo del diritto. Sull’irrimediabile contrasto della posizione del giudice amministrativo italiano con il principio di imparzialità, v. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, cap. III, Milano, 2005.

bra essere il requisito della esclusione di poteri di merito della giurisdizione, ma anche qui occorre vedere cosa con questo si intende precisamente, poiché, come si vedrà, una qualche scelta (di merito, discrezionale?) sembra in certi casi inevitabile. Anche a tale proposito si tratta di una questione di grado: molte volte è possibile una piena congruenza tra le norme generali e la decisione del caso, altre volte questo non sembra possibile (a esempio in caso di vaghezza) (v. *infra*, § 1.4.3.1). In questa seconda ipotesi si tratta di stabilire (da parte di chi e con quali criteri?), a esempio quando nell'applicazione sia coinvolta una pubblica amministrazione, se la scelta debba essere riservata a quest'ultima o spetti invece al giudice.

In definitiva, e salvo quanto sarò in grado di trattare nel resto dell'indagine di alcuni dei suddetti problemi, può parlarsi certamente di virtù della RoL in due sensi distinti, ma entrambi importanti¹⁶⁸.

Uno riguarda l'aspetto concettuale, in realtà il concetto stesso di diritto. A questo proposito l'efficace immagine utilizzata da Raz è quella di paragonare il diritto a un coltello: un coltello non è tale se non ha una qualche abilità a tagliare; il diritto non è diritto se non ha qualche abilità a guidare il comportamento umano, per quanto inefficientemente¹⁶⁹. Questo significa che sebbene la RoL sia anche un ideale politico e rientri quindi nelle ricordate premesse che il giurista non può non assumere, vi è una parte di tale ideale che riguarda un valore inerente al diritto in quanto tale, in quanto strumento per realizzare fini sociali, forma di organizzazione sociale che deve essere utilizzata (come ogni strumento) in modo appropriato. Tale valore inerente non è un valore in senso morale, ma proprio il valore intrinseco allo strumento, quello di essere utilizzabile per guidare la condotta umana. La sua specifica virtù è anzi proprio quella di essere moralmente neutrale. Questa è, dice Raz, la virtù dell'efficienza, la virtù dello strumento in quanto strumento.

Non è da escludere, peraltro, nonostante tale ideale non contenga tutte le virtù che si richiedono a un sistema politico 'giusto', che a esso possano essere associate anche ulteriori virtù, questa volta nel senso morale del termine (a esempio l'imparzialità che può essere maggiormente assicurata da regole generali; il dibattito pubblico e la trasparenza che possono essere favoriti dalla pubblicità delle norme; la maggiore protezione dell'autonomia dei cittadini che consegue da un'adesione convinta dei giudici all'ideale della

¹⁶⁸ I due diversi sensi del termine 'virtù' riferito alla *rule of law* di cui parlo a seguire nel testo sono stati delineati da N.W. BARBER, *Must Legalistic ...*, cit., 477.

¹⁶⁹ J. RAZ, *op. ult. cit.*, 225-6.

RoL), e che a volte queste virtù possano anche rendere preferibile attenuare l'affilatezza del 'coltello'¹⁷⁰.

Se la consistenza tra la *rule of law* ed un singolo ordinamento giuridico è, in definitiva, questione di grado (senza una misura minima non vi è diritto, una sua realizzazione piena non è di questo mondo), la misura in cui un ordinamento si ispira a tale ideale dipende in gran parte da fattori empirici. Come è stato detto l'"impossibilità" della RoL non dipende da ragioni concettuali o teoriche, ma più semplicemente dall'infedeltà dei funzionari nel conformarsi al diritto e dall'incapacità (o deliberata scelta) dei legislatori di non perseguire l'ideale¹⁷¹. Ma questo non significa né che non si debbano continuare a criticare i giudici ed i funzionari amministrativi 'infedeli' né che non ci debba sforzare, a esempio, di prescrivere ai legislatori l'impiego di un linguaggio normativo più rigoroso¹⁷².

¹⁷⁰ Questa è la tesi convincentemente esposta da A. MARMOR, *The Rule of Law and its Limits*, cit., 8, secondo cui non sarebbe vero che se «*the sharper the knife, the better it cuts*», allora «*the more a legal system instantiates the conditions of the rule of law, the better it functions in regulating human conduct*». Si pensi, a esempio, al caso di una regola non chiara, in quanto frutto di un compromesso politico, che tuttavia ha consentito la promulgazione della norma limitando così almeno in parte la discrezionalità dei decisori particolari. Più in generale si è argomentato che la certezza del diritto non sarebbe un obiettivo desiderabile in assoluto, ma sarebbe invece conveniente lasciare sempre un qualche spazio all'argomentazione morale, ed all'autonomia dei decisori, introducendo nelle norme appositi *defeaters*, in grado di paralizzare in determinati casi l'applicazione delle regole facendo valere le ragioni sottostanti (J.J. MORESO, *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia del pensiero giuridico*, 2005, 29 ss., il quale porta gli esempi delle cause di giustificazione nel diritto penale e dei vizi del consenso nel diritto privato). Il problema è, però, che i 'valori' della certezza e della 'autonomia decisionale' non sono compatibili, non possono essere realizzati contemporaneamente, occorre scegliere quale dei due favorire o sacrificare (v. M.C. REDONDO, *Sul positivismo giuridico e l'applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia del pensiero giuridico*, 2005, 248-50). Si torna, quindi, al punto della desiderabilità o meno di un 'sistema giuspositivista'. La questione è a volte affrontata dal punto di vista della desiderabilità 'politica' del formalismo (inteso come fp-2.1) maggiormente affine a una concezione liberale o libertaria rispetto a una 'comunitarista'. Infatti «*rules have the tendencies depicted in the picture of persons leaving law behind and standards have the tendencies depicted in the picture of persons forced to engage in public justification*» (P.N. COX, *An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism*, in *Indiana Law Review*, n. 6, 2003, 75).

Quello che preme, però, sottolineare – poiché il punto tornerà più volte nel corso dell'indagine – è che si tratta di opzioni discutibili e su cui occorre appunto effettuare una scelta da parte di coloro che hanno la responsabilità di definire un 'ambiente decisionale'.

¹⁷¹ T. ENDICOTT, *The Impossibility of the Rule of Law*, cit.

¹⁷² V. M. JORI, *La pragmatica di Claudio*, in http://server.fildir.unimi.it/Jori_home.html.

D'altra parte il fenomeno della deviazione dalle regole sembra essere un elemento quasi tanto importante quanto quello dell'osservanza delle regole come osserverò nell'ultimo paragrafo di questo capitolo.

1.4.1.2. *Un caveat metodologico.* – Mi sembra a questo punto opportuno, collegandomi alle osservazioni svolte nei due paragrafi precedenti e presupponendo un carattere anche parzialmente prescrittivo della teoria e della scienza del diritto, introdurre una breve digressione nell'esposizione della ricerca al fine di rendere espliciti tre livelli di giustificazione del discorso che sto portando avanti, che si presentano spesso intrecciati nell'analisi, ma che si può dire caratterizzano l'esposizione della ricerca in una direzione di marcia che dal generale conduce al particolare.

Il primo livello appartiene all'ambito della teoria generale nel senso appena precisato. Questo, a esempio, è il livello del discorso relativo alla distinzione delle due fondamentali strategie decisionali, una fondata sulle regole l'altra sulla discrezionalità, su cui mi soffermerò specialmente nel secondo capitolo. Questo è anche il livello del discorso condotto nel terzo capitolo in ordine alla validità giuridica. I concetti teorici impiegati a questo livello del discorso giustificativo sono, pertanto, definizioni stipulative¹⁷³, che vanno tenuti distinti dalle definizioni stipulative o lessicali della cosiddetta dogmatica o scienza giuridica, e la cui funzione non è direttamente costruttiva di queste ultime, ma dei quali

può essere soltanto saggiata la portata teorica e la capacità esplicativa nei confronti dei corrispondenti concetti ed asseriti di livello osservativo dogmatico ...¹⁷⁴.

Queste precisazioni sono particolarmente necessarie per chiarire in che modo va inteso, a esempio, l'asserto, che presenterò nel secondo capitolo, secondo cui il legislatore, una volta adottata una strategia decisionale fondata sulle regole, è più libero di disciplinare la forma dell'atto. In tale asserto non vi è alcuna pretesa che sul piano giuridico debba essere così o sia così¹⁷⁵, ma solo il suggerimento che possa essere così e che quindi certi fatti

¹⁷³ Sulle definizioni stipulative v. U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, in *Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino*, 1959, 27-33.

¹⁷⁴ L. FERRAJOLI, *La semantica della teoria del diritto*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, 1983, 111.

¹⁷⁵ I termini teorici «designano concetti privi di una relazione semantica immediata con la realtà giuridica osservabile ... introdotti mediante proposizioni che non hanno il carattere di riformulazioni metalinguistiche di norme» (*op. ult. cit.*, 110).

istituzionali disciplinati dal diritto positivo possano essere esplicitati alla luce di questa stipulazione. Fin da questo livello (e ciò vale anche per i due successivi), per quanto si è detto, il discorso è inevitabilmente compromesso con alcune scelte normative (politico-ideali) di fondo¹⁷⁶ che hanno portato a assumere un punto di vista giuspositivistico nell'accostamento alla realtà giuridica come insieme di fatti istituzionali.

Un secondo livello, intermedio tra la teoria e la scienza giuridica è quello che Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero hanno definito dell'“alta dogmatica”, che ambisce a costruire concetti giuridici a un livello di astrazione più elevato di quello proprio della scienza giuridica – che si riferisce a ordinamenti giuridici storicamente determinati – elaborando, quindi, “tipi ideali” di istituti giuridici concreti¹⁷⁷. Questo livello concerne parte delle tesi discusse nel terzo capitolo in ordine alla validità giuridica (prescindendo, quindi, dagli usi più strettamente giusfilosofici di questa espressione) e ad altre nozioni connesse come irregolarità, efficacia, applicabilità, nonché la correlazione di tali nozioni con i caratteri strutturali delle norme che prevedono fattispecie di atti amministrativi vincolati (di ciò parlo nel prossimo e nel quinto capitolo). In molti casi il confine tra questo livello del discorso e quello precedente risulterà sfumato, ma questo (a parte le deficienze proprie della ricerca e del ricercatore) è in parte inevitabile, stante il carattere non rigoroso ed opinabile di questa distinzione e la difficoltà di rinvenire un fondamento epistemologico delle costruzioni della scienza giuridica che non siano meri rifraseggiamenti dei testi normativi.

Il terzo livello è quello più strettamente dogmatico-interpretativo¹⁷⁸, riguardando, in particolare, la ricostruzione del concetto di ‘illegalità praticabile degli atti amministrativi vincolati’ ovvero di ‘irrelevanza dei vizi di forma degli atti amministrativi vincolati sul piano della validità’. Il punto di partenza è qui l'analisi del diritto positivo, nella quale, però, sia anche possibile tenere conto delle prospettive di giustificazione introdotte nei livelli di discorso precedenti. Nell'analisi del diritto positivo l'approccio sistemico, nei vari sensi in cui i giuristi sono soliti accostare (nei loro usi concreti) la nozione di sistema a quella di interpretazione, sembra in grado – in una certa

¹⁷⁶ Su ciò M. JORI, *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, cit., 379.

¹⁷⁷ M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, 2000; trad. it., *Illeciti atipici. L'abuso del diritto. La frode alla legge. Lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, 9.

¹⁷⁸ Che si fonda su definizioni lessicali (“riformulazioni metalinguistiche di norme”) che secondo L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 111, «sono suscettibili di un giudizio di verità o di falsità».

misura – di mantenere il discorso del giurista su basi concettuali, fermo restando il medesimo problema appena segnalato per l’alta dogmatica nonché quanto si dirà tra non molto sulla questione dell’interpretazione¹⁷⁹.

1.4.2. *La teoria e la scienza giuspubblicistica contemporanee dinanzi alla “misera del positivismo”*. – Diffusa nella cultura giuspubblicistica italiana, anche se probabilmente più teorizzata che praticata, è, invece, l’idea che i presupposti concettuali del positivismo giuridico siano fallaci nonché che esso sia un approccio indesiderabile, sebbene non sempre gli autori tengano adeguatamente conto nei loro discorsi del punto di vista adottato, se descrittivo o prescrittivo¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Sull’interpretazione “sistematico-dogmatica” v. V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, 165-168, il quale distingue tra una costruzione dogmatica elaborata prescindendo dal ricorso a termini presenti nel linguaggio legislativo (a esempio “negoziato giuridico”) ed un’altra costruzione dogmatica elaborata per dissociazione da altri concetti dogmatici o da espressioni contenute nel linguaggio legislativo previamente interpretate (a esempio “obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato”).

¹⁸⁰ All’inizio degli anni 2000 si era sviluppato in Gran Bretagna un dibattito sul fondamento del diritto pubblico connesso con il problema del fondamento costituzionale del *judicial review*, nel quale – in un modo molto più accentuato di quanto non avvenga in Italia – in gioco vi sono il fondamento e l’autonomia del diritto pubblico stesso, in genere negata da posizioni positivistiche ed affermata da posizioni antipositivistiche. Nel primo senso v. P. CANE, *Theory and Values in Public Law*, in P.P. CRAIG, R. RAWLINGS (a cura di), *Law and Administration in Europe: Essays in Honour of Carol Harlowe*, Oxford, 2003, 1 ss. Per un resoconto delle *posizioni* che invece tendono a fondare un’autonoma disciplina del diritto pubblico o sulla base di un “*higher order public law*”, comprendente una serie di principi razionali (T.R.S.A. Allan) – che richiama il formalismo concettuale di Weinrib (v. *supra*, § 1.3.1), ovvero sul radicamento nelle pratiche che costituiscono un autonomo “*political realm*” (M. LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, Oxford, 2003, 153 ss., che parla di una “*pure theory of public law*”), v. M. LOUGHLIN, *Theory and Value in Public Law: An Interpretation*, in *Public Law*, 2005, 48 ss. In tale dibattito è ripetutamente intervenuto P.P. Craig con vari saggi apparsi soprattutto su *Oxford Journal of Legal Studies* – in diretta polemica con Allan – e su *Public Law*. V. tra gli altri P.P. CRAIG, *Constitutional Foundation, the Rule of Law and Supremacy*, in *Public Law*, 2003, 92 ss. In tale discussione è ben presente la tensione tra il modello dell’*ultra vires* e quello del *common law*. Allan in particolare – dichiaratamente vicino a posizioni dworkiniane – si mostra critico nei confronti del presunto concettualismo e del legalismo del primo modello e ritiene che il *review* non debba fondarsi su di esso ma sui principi del *common law* tenendo però conto del “*legislative intent*” (T.R.S. ALLAN, *Legislative Supremacy and Legislative Intent: A reply to Professor Craig*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 24, 2004, 563 ss.), Craig ritiene invece possibile conciliare i principi del *common law* con la sovranità del parlamento o quanto meno non futile la discussione e gli sforzi per tentare di conciliare tali due modelli.

In uno scritto recente, emblematicamente intitolato “miseria del positivismo giuridico”, Antonio Baldassarre sferra un attacco frontale alla dottrina italiana del diritto costituzionale che sarebbe atavicamente ammalata di giuspositivismo¹⁸¹. Non so se questa accusa sia fondata, ma l’immagine che si offre del positivismo giuridico, gli argomenti impiegati e la ricetta che si propone in alternativa sono molto significativi per l’identificazione di un orientamento culturale che, invece, mi pare goda di un certo credito nella scienza giuridica italiana degli ultimi anni. Il primo bersaglio di Baldassarre è quell’aspetto del giuspositivismo che si compendia nella neutralità della scienza giuridica di cui si individua in Kelsen il più autorevole esponente. Come ho appena finito di osservare, credo, tuttavia, che nessun ‘positivista’ contemporaneo avrebbe nulla da obiettare sulla illusorietà di un accostamento alla teoria e alla scienza del diritto che si autodefinisca “neutrale”¹⁸², cosa diversa essendo, però, la ricerca di obiettività dei discorsi giuridici.

Il secondo obiettivo polemico di Baldassarre, riguarda il formalismo del giuspositivismo, soprattutto nella parte in cui considera il diritto un sistema chiuso. Qui viene presa di mira una definizione che del positivismo giuridico è stata fornita molti anni orsono da Hart¹⁸³, che si articola in cinque tesi: a) le leggi sono comandi di esseri umani; b) non vi è connessione necessaria tra diritto e morale, ossia tra il diritto com’è ed il diritto come deve essere; c) lo studio del significato dei concetti giuridici ha valore di per sé ed è differente dall’analisi storica o sociologica, così come dalla valutazione del diritto in termini morali, sociali, di “funzionalità” o di altro tipo; d) l’ordinamento giuridico è un “sistema logico chiuso” nel quale corrette decisioni possono essere dedotte con mezzi logici da norme senza riferimento a scopi sociali o principi morali; e) i giudizi morali non possono essere sostenuti con argomenti cognitivi. Di queste cinque tesi (che Baldassarre formula, però, in

¹⁸¹ A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, Torino, 2005, 201 ss.

¹⁸² Mi sembra che all’analisi di Baldassarre si possa applicare lo stesso giudizio che U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*, cit., 56, dava dell’analisi effettuata da N. MATTEUCCI nel celebre saggio *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, 985 ss., di considerare il positivismo giuridico come un’esperienza storica conclusa e definita una volta per tutte da determinati caratteri e non come una concezione viva perlomeno al pari di altre, storicamente peraltro ben più datate, quali il giusnaturalismo, cui Baldassarre sembra aderire.

¹⁸³ H.L.A. HART, *Positivism and Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, 601-602.

modo un poco diverso, correndo il rischio di travisarle¹⁸⁴, la seconda e l'ultima sarebbero proprie di qualsiasi concezione del diritto e non varrebbero quindi a dire alcunché sul positivismo giuridico¹⁸⁵. Sarebbe, invece, la separazione dell'analisi concernente le forme e i concetti giuridici dall'indagine storico-sociologica del diritto e dalle valutazioni sui contenuti (politici, morali, etc.) a conferire primariamente una propria specificità al giuspositivismo. In tal modo

il positivismo giuridico si qualifica come formalismo in uno specifico senso. Da un lato, depura il fenomeno giuridico da tutti i rapporti sociali e da quelli di potere riducendolo a norma giuridica ...; dall'altro lato, poi, distingue nella stessa norma giuridica un lato contenutistico (o materiale) e uno formale, facendo soltanto di quest'ultimo l'oggetto dell'analisi giuridica (i contenuti, infatti, riguardano il giudizio morale o quello politico). In breve, il formalismo giuspositivista deriva da una duplice riduzione: la prima isola dal complessivo fenomeno giuri-

¹⁸⁴ «a) l'analisi delle leggi per quello che stabiliscono e non per quello che dovrebbero stabilire (*Gesetze als Gesetze*); b) la separazione dei giudizi di fatto dai giudizi di valore (intendendo questi ultimi come espressioni di preferenze personali); c) la separazione dell'analisi concernente le forme e i concetti giuridici dall'indagine storico-sociologica del diritto e dalle valutazioni sui contenuti (politici, morali, etc.) eventualmente racchiusi nelle forme giuridiche; d) la concezione del diritto come sistema di coazione e delle norme giuridiche come comandi o imperativi, cui si deve in ogni caso obbedienza; e) la concezione dell'ordinamento giuridico come sistema normativo chiuso, all'interno del quale le conclusioni o le decisioni sono frutto di deduzioni logiche» (A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 205-206).

¹⁸⁵ Anche questo è un giudizio che a mio avviso non è possibile condividere, poiché, da un lato, come si è visto, proprio la tesi *sub b*) sembra fornire l'elemento che consente di includere sotto la stessa etichetta di positivismo giuridico un insieme di concezioni piuttosto eterogeneo, dall'altro lato, se è vero che il non cognitivismo etico (la tesi *sub e*) è una concezione filosofica che non tutti i positivisti accettano, non si può certo affermare «che esaminare un fenomeno per quel che è e separare le descrizioni dei fatti dalle proprie preferenze personali (v. *sub a* e *b*) non è certo proprio soltanto dei giuspositivisti, ma è un orientamento comune a chiunque voglia conoscere gli oggetti per quel che sono» (A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 206). Ora, il problema che certamente devono fronteggiare tutte le concezioni del diritto che si fondano sui valori è proprio quello epistemologico relativo alla conoscibilità dei valori come fossero "oggetti". Come già osservato uno dei punti (sempre relativamente) fermi del positivismo di scuola analitica è la c.d. legge di Hume. La stessa possibilità di parlare di una conoscenza delle norme giuridiche (o meglio delle proposizioni normative) può ritenersi plausibile soltanto grazie al *linguistic turn* del giuspositivismo di indirizzo analitico che ha riportato sul piano di artefatti linguistici oggetti che, ancora in Kelsen, sembrano vivere in una dimensione ideale, metafisica. Baldassarre omette, inoltre, di ricordare che delle cinque tesi riportate nel testo, Hart sostiene che Bentham ed Austin (ed egli stesso) accettano le prime tre e respingono le ultime due, enfatizzando il fatto che nessun giurista di indirizzo analitico abbia mai difeso la tesi dell'ordinamento come sistema logico chiuso.

dico la norma; la seconda astrae da quest'ultima l'aspetto formale e su di esso "costruisce" l'edificio "scientifico"¹⁸⁶.

Anche in questo caso l'accusa di formalismo sembra rivolta più che altro a quella variante che si definisce in genere 'formalismo scientifico'. Ma questo vizio del giurista scienziato, si evince dal ragionamento di Baldassarre, porterebbe il primo ad abbracciare una errata concezione del diritto esprimendosi nell'adesione a due tesi inaccettabili: quella del diritto come autorità, collegata in pratica al problema del 'riconoscimento' del diritto attraverso la tecnica del fp-2.2.2, e quella del diritto come sistema chiuso, inteso come sistema del tutto isolato dall'esterno ed operante, al suo interno, attraverso una serie infinita di sillogismi, quindi, sostiene Baldassarre, operante in realtà attraverso uno smisurato insieme di tautologie. Sul problema dell'autorità pratica del diritto (*law claims legitimate authority*) mi sono già soffermato in precedenza e mi pare che la portata di questo concetto (effettivamente basilare per il giuspositivismo) abbia poco a che vedere con l'autoritarismo politico cui si riferisce Baldassarre¹⁸⁷. Quanto al "sistema chiuso", si tratta di un problema effettivamente centrale del formalismo pratico, ma secondo una prospettiva che è antitetica rispetto a quella in cui in genere ci si colloca. Quest'ultima è relativa alla completezza, autoreferenzialità, ecc. del sistema giuridico e coltiva l'ambizione dei giuristi a una sorta di 'splendido isolamento'. L'altra prospettiva, all'opposto, è improntata all'umiltà, la chiusura è in funzione della consapevole limitatezza del diritto ma al tempo stesso della consapevole limitatezza di ogni decisore particolare: quello che vuole fare emergere è l'esigenza di scegliere a ragion veduta tra una limitatezza e l'altra (v. *infra*, 1.4.3.4). Quanto alla natura tautologica del sistema, essa, in una certa misura riguarda la tecnica del fp-2.1, ma non ovviamente la tecnica del fp-2.2.2 impiegata per conferire potere normativo, che mantiene, anzi, perennemente in movimento il sistema giuridico.

¹⁸⁶ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 206.

¹⁸⁷ Che ancora una volta riguarda, con particolare riferimento all'Italia, la ricezione di tesi storicamente contingenti come quelle della dottrina dello Stato di Gerber e Laband. Posto, quindi, che il bersaglio dell'autore è una particolare versione di quel positivismo concettuale, fortemente ideologico, che coniuga statalismo e legalismo, si comprende come sia individuata nell'opera di Santi Romano una linea di pensiero opposta a quella degli epigoni di Laband e di Jellinek, nella parte in cui assegna il primato nell'origine del diritto alla società rispetto allo Stato. L'adesione alla teoria e al metodo di Romano a opera di Massimo Severo Giannini, sarebbero alla base della «divaricazione dei destini storici fra il diritto amministrativo e il diritto costituzionale italiano nel secondo dopoguerra mondiale» (*op. cit.*, 223).

Ma la tesi davvero centrale di Baldassarre attiene alla incompatibilità tra il positivismo giuridico ed il nuovo Stato costituzionale, che richiederebbero due tipi di pensiero giuridico irriducibili, l'uno implicante necessariamente il ripudio dell'altro:

Con il riconoscimento della costituzione come fondamento della società e legge superiore ... i fini e i contenuti stabiliti nella Costituzione diventano i principi fondamentali del discorso giuridico, ai quali vanno subordinate anche la congruenza dei mezzi e l'adeguatezza delle forme. Nella misura in cui sono codificati come valori comuni (costituzionali), i principi morali e quelli politici non possono più essere lasciati fuori della conoscenza e della comprensione giuridica. A queste si chiede ora di spiegare perché e come quei principi limitano la libertà al legislatore. Inoltre, trattandosi di valori emergenti dalla comunità e che operano attivamente per tenere unita quest'ultima, i principi costituzionali possono essere compresi non per deduzione, bensì per induzione, cioè per le imputazione di valore che a essi conferisce la società¹⁸⁸.

Il ceto dei giuristi (sia accademici sia giudici) avrebbe finora stentato a comprendere ed applicare i nuovi paradigmi del costituzionalismo, che richiedono di abbandonare modelli di razionalità mezzi-fini – su cui sono costruite tecniche di sindacato ormai obsolete come quelle dell'eccesso di potere – per approdare a tecniche che si fondano su tests di bilanciamento tra i valori ed interessi in gioco, propri in particolare della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti dagli anni '60 in avanti¹⁸⁹. Analoghi processi si sono poi sviluppati anche in Europa, ma sempre con qualche impaccio teorico, anche a causa della tradizione giuspositivista. La rielaborazione in sede scientifica del nuovo corso delle giurisdizioni costituzionali deve basarsi sull'assunzione di fondo secondo cui le norme costituzionali per eccellenza – cioè quelle contenenti i diritti e i principi fondamentali – non contengo-

¹⁸⁸ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 220. È appena il caso di notare come la perentoria affermazione secondo cui i principi (costituzionali) possono essere “compresi per induzione” si pone in aperto contrasto con la legge di Hume e con l'idea, propria di un accostamento giuspositivista, che ogni discorso giuridico non possa che partire dall'alto.

¹⁸⁹ Si potrebbe, peraltro, prospettare anche una diversa spiegazione della politica giudiziaria della *Supreme Court* che non l'affermarsi delle costituzioni di valori, visto che questa si trova a maneggiare una costituzione che risale a duecento anni fa nel suo impianto originario, emendato più di cento anni fa, e molto difficile da modificare. D'altronde da una parte anche negli Stati Uniti si pongono problemi in senso stretto di interpretazione costituzionale, dall'altro lato la questione dei valori nelle società pluraliste sembra condurre a una crisi complessiva dello stesso ruolo del diritto come ‘mediatore’ tra valori ed interessi, rispetto ai quali la Costituzione sembra non poter dire quasi nulla (v. M. ROSENFELD, *Just Interpretation*, cit., 35 ss.).

no ‘regole di condotta’ ma statuizioni di valori in un certo equilibrio (gerarchia) fra loro. Di conseguenza, le tecniche “interpretative” e di applicazione di tali norme debbono adeguarsi alle “relazioni di valori” ed alla “relatività” tipiche degli stessi. Su questa linea, anticipata da Baldassarre in un noto saggio del 1991¹⁹⁰, la proposta maggiormente influente sulla dottrina italiana è stata quella improntata al “diritto mite”¹⁹¹, un diritto per principi appunto, tipico dello Stato costituzionale, ove tali principi sono “norme senza fattispecie”, che devono essere intese nel loro *ethos* e messe in relazione “costitutiva” con la realtà. La sola possibile unità dell’ordinamento passa per la mediazione della giurisprudenza che farebbe valere le esigenze di giustizia sostanziale veicolate da ciascun caso, anche contro la norma “localmente” applicabile, utilizzando a questo scopo tecniche prudenziali di giudizio quali l’“equità” e la “concordanza pratica”¹⁹². Il giurista, a sua volta, dinanzi a questo compito “costitutivo” non è più interprete di enunciati normativi, ma “mediatore” tra i valori pubblici e la realtà, egli

deve essere in grado di decifrare nel modo più rispondente possibile alla comunità di vita nel quale opera, non solo i valori, (per come sono “vissuti”), non solo le norme astratte, ma anche la realtà cui quelli si riferiscono. A partire da Santi Romano, la scuola del diritto pubblico italiana ha fornito, forse, i migliori contributi nell’affinamento dei metodi di indagine della «realtà giuridica». La lunga consuetudine con il formalismo di origine giuspositivista ha rattrappito questa capacità fra i costituzionalisti, i quali, non di rado, si adagiano sui paradigmi propri della politologia o della sociologia, fornendo così analisi totalmente prive di specificità giuridica, che vengono giustapposte o sovrapposte all’interpretazione giuridica. L’inattendibilità di tali elaborazioni o, ciò che è lo stesso, la loro intima tendenziosità diventano ancor più scoperte ora in un clima di radicale contrapposizione politica. Ma, come sempre, nel male si nasconde il bene, poiché in realtà non c’è modo migliore di questo per dimostrare incontestabilmente la mancanza del carattere «scientifico» del diritto costituzionale e la “miseria” del positivismo giuridico¹⁹³.

Più che il tema relativo all’interpretazione costituzionale¹⁹⁴, ed allo specifico ruolo dei costituzionalisti, interessa in questa sede mettere in luce gli

¹⁹⁰ A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, 639 ss.

¹⁹¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

¹⁹² *Op. ult. cit.*, 181, 201-207.

¹⁹³ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 230.

¹⁹⁴ Si tratta di un problema tra i più dibattuti in sede teorica e nei vari ordinamenti. L’opinione prevalente sembra incline a asserire la specificità dell’interpretazione costitu-

elementi teorici complessivi che si desumono dalle considerazioni sopra riportate. Dietro posizioni di questo genere, vi è una profonda istanza teorica, rappresentata da un consistente filone di studi – di recente definito “neocostituzionalista”¹⁹⁵ (ma evidentemente non sono le etichette a essere importanti) – in cui confluiscono tendenze ermeneutiche, assiologismo e costituzionalismo, e che sembra trovare terreno ancora più fertile a seguito di certe interpretazioni date al fenomeno della globalizzazione (v. *infra*, sez. 2) saldandosi con istanze antiformalistiche di più lunga data¹⁹⁶. Come ben mostrano l’analisi storica e concettuale e lo stile argomentativo impiegato da Baldassarre, i tratti comuni di queste tesi sono, a seconda dei casi, la constatazione, la predizione o l’auspicio del tramonto del positivismo giuridico, in nome di una presunta incompatibilità con il costituzionalismo¹⁹⁷, a sua volta inteso, non soltanto come ideale che si fonda sull’apprestare limiti giuridici al potere politico, ma (e questa è più propriamente la novità dell’approccio neocostituzionalista) come complesso di valori in grado di rimodellare di continuo i rapporti giuridici e di porsi come “pervasivo” punto di riferimento per l’esperienza giuridica¹⁹⁸. Questa particolare rilevanza e pervasività della Costituzione, consentirebbe di eliminare il peggior difetto del giuspositivismo, individuato nel modo formale di concepire la validità, in una concezio-

zionale, senza considerare che naturalmente posizioni come quella in esame sembrano condurre le operazioni delle corti costituzionali al di fuori della maggior parte dei significati che comunemente vengono dati all’attività dell’interpretazione giuridica. Peraltro le ragioni portate a favore della suddetta specificità non sembrano decisive. V. l’accesa discussione tra G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 19 ss. e R. GUASTINI, *Ancora sull’interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 457 ss.

¹⁹⁵ V. S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001, *passim*, ma in particolare cap. I per la definizione del neologismo “neocostituzionalismo”.

¹⁹⁶ Uno degli obiettivi di questi indirizzi è quello di superare lo storico dissidio tra giusnaturalismo e positivismo giuridico. Tale obiettivo accomuna, a esempio, il neocostituzionalismo e l’approccio ermeneutico, sul quale v. a esempio A. KAUFMANN, *Dal giusnaturalismo e dal positivismo ...*, cit., 712 ss.

¹⁹⁷ M. TROPER, *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XVIII, 1, 63.

¹⁹⁸ Sul concetto di “costituzione pervasiva”, v. S. POZZOLO, *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 2/2003, 53, secondo cui «la costituzione pervasiva si configura come costituzione-indirizzo o come costituzione-scopo: come un progetto giuridico che deve essere sviluppato. Tale documento non è (più) riducibile all’atto fondativo del sistema giuridico, da cui appunto “discende o deriva” la restante parte dell’ordinamento con ciò presupponendo l’unitarietà del sistema stesso. Piuttosto esso funziona come nodo assiologico centrale verso cui tutto il diritto deve convergere ...».

ne del principio di legalità, cioè, che prende in considerazione solo la forma delle regole senza alcuna considerazione per i loro contenuti nonché nell'incapacità di cogliere il diverso operare dei "principi" rispetto alle "regole". Soltanto una costituzione "di valori" consentirebbe, invece, l'impresa di conferire una qualche coerenza e razionalità sistemica a quell'insieme frammentato e scomposto che sono le norme legislative¹⁹⁹.

Il punto di riferimento fondamentale di questo insieme di tesi può essere individuato nella figura di Ronald Dworkin²⁰⁰, il quale nella sua lunga carriera di studioso ha sfidato al tempo stesso la pretesa del giuspositivismo di ritenere concepibile il diritto senza (necessario) riferimento a valori sostanziali e l'atteggiamento scettico nei confronti della (presunta) credenza dei giuristi che sia possibile risolvere qualsiasi questione richiamandosi al diritto. Questo ampio fronte culturale non poteva certo lasciare immune la scienza del diritto amministrativo, ove un approccio che si ritrova su posizioni che possono definirsi, in vario modo e con diversità di accenti, antipositivistiche, emerge, probabilmente non a caso, soprattutto in studi riguardanti il tradizionale tema dell'invalidità e quello 'nuovo' della cosiddetta amministrazione di risultato. Mi limiterò a citare alcuni esempi, senza pretesa di completezza, particolarmente significativi anche perché alcuni di essi attinenti alla questione dell'illegalità praticabile.

In un saggio di cui mi occuperò più diffusamente nel terzo capitolo, Antonio Romano Tassone sostiene la tesi secondo cui le difficoltà in cui si troverebbe la scienza giuridica nei confronti della spiegazione dell'invalidità degli atti amministrativi derivano da una scorretta interpretazione del principio di legalità come 'fonte' del potere amministrativo. Quest'ultimo avrebbe, invece, carattere originario, ricevendo la propria legittimazione da un legame diretto con la compagine societaria. Il concetto di invalidità (dell'atto amministrativo), dovrebbe, pertanto, essere ricostruito in termini assiologici,

¹⁹⁹ Spesso l'appannamento del carattere sistemico degli ordinamenti giuridici statali è correlato al venire meno del carattere della "chiusura", stanti i poderosi varchi che in essi continuamente aprono i fenomeni che vengono riferiti alla globalizzazione. In tal senso ci si riferisce all'apertura di (molto più numerosi) canali di collegamento con sistemi o corpi di regole estranei all'ordinamento nazionale, che rende quest'ultimo assai più permeabile di quanto si ritenesse un tempo. Questa idea della maggiore apertura degli ordinamenti statali, non mette, peraltro, necessariamente in crisi il carattere 'chiuso' del diritto, non nel senso della comunicazione tra ordinamenti, ma rispetto a altri sistemi sociali, contro cui, invece, il neocostituzionalismo muove all'attacco.

²⁰⁰ Sul fatto che sullo sfondo di teorie come quella del "diritto mite" via sia l'opera di Dworkin, v. già G. PALOMBELLA, *I limiti del diritto mite*, in *Dem. e diritto*, 4/94-1/95, 193.

non in base alla logica deduttiva. La risposta del diritto dovrebbe cioè fondarsi su un principio di “convenienza” dell’effetto giuridico in base alle valenze storico-sociali dei comportamenti devianti da determinare in concreto²⁰¹.

Più di recente, in uno studio dedicato parimenti all’invalidità del provvedimento amministrativo per vizi formali²⁰² – che con la presente indagine condivide l’esigenza di andare alla ricerca dei fondamenti teorici e culturali della forma e del formalismo nel discorso giuridico – si trae profitto in modo diretto dalla lezione di Romano Tassone, accogliendosene la nozione assiologico-reale di validità. In tale lavoro, peraltro, l’attacco al positivismo ed al giusformalismo è ancor più esplicito e si fonda sulla tesi secondo cui una concezione “filosofica” della forma da parte dei giuristi sarebbe funzionale a un atteggiamento sostanzialmente conservatore²⁰³ in base al quale l’universalità delle forme giuridiche, fungendo da schermo all’erompere della realtà, renderebbe il diritto impermeabile al divenire della realtà stessa²⁰⁴. Questo

²⁰¹ A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell’irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, 38-39.

²⁰² F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell’invalidità amministrativa*, Torino, 2003.

²⁰³ Naturalmente non è semplice misurarsi con un termine di questo genere – munito di una forte carica ideologica – in un contesto in cui il problema è proprio quello di valutare possibilmente in modo non ideologico qual è il posto della forma nel diritto. Voglio dire che il diritto può essere considerato fisiologicamente conservatore proprio in quanto ha la pretesa di munire di autorità determinate aspettative allo scopo di impedire al caotico fluire degli eventi di irrompere in modo inaspettato ed inaudito nella vita dei consociati. Se si nega quest’attitudine conservatrice del diritto, si nega, a mio avviso, parte dell’essenza del diritto. Diverso è usare il termine “conservatore” per riferirsi ai contenuti del diritto, ma qui, ancora una volta, mi pare che siamo assolutamente fuori del campo della scienza giuridica. Si può dire, a esempio, che molte delle cosiddette norme programmatiche della Costituzione abbiano un contenuto, in un certo senso, non conservatore dello *status quo*. Basti pensare a tutte le disposizioni relative ai diritti sociali o comunque alla promozione di fini di coesione e benessere sociale. Ma il giurista, preso atto che si tratta di norme che devono essere attuate, potrà valutare se le modalità di attuazione siano ‘valide’, se l’inattuazione può essere ‘sanzionata’, e così via (v. R. GUASTINI, *Rigidità costituzionale e normatività della scienza giuridica*, in *Analisi e Diritto 2002-2003*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2004, 413 ss.). Mentre non avrebbe alcuna valenza giuridica sostenere che esse esprimano, a esempio, un intento conservativo o progressista. È naturale, invece, che bene si prestino tali categorie a essere impiegate in un contesto concettuale in cui si ritenga che il diritto è riducibile alla politica, nel senso che siano in particolare i giudici a esprimere nel loro operato determinate opzioni politiche, in tal caso, etichettabili, evidentemente, di destra o di sinistra, progressiste o conservatrici e così via.

²⁰⁴ Sulla eccessiva generalizzazione di cui tale asserto soffre si avrà modo di tornare nelle pagine successive, poiché è evidente che il rapporto realtà giuridica/realtà del mondo è forse

atteggiamento è presentato come la causa di una concezione, per così dire, assolutizzante del formalismo giuridico, che, sul piano della validità, conduce a sostenere la rilevanza di qualunque elemento testuale della fattispecie, che in quanto ne faccia parte è per ciò stesso necessario e quindi indefettibile. Tale atteggiamento filosofico consisterebbe nel concepire la forma come struttura logica fondamentale di un qualsiasi costrutto del pensiero, che attraverso le “categorie” consente di conoscere ed ordinare il reale²⁰⁵. Tale orientamento è rintracciato nelle varie correnti riferibili al positivismo giuridico e in particolare ispirantisi all’insegnamento di Kelsen soprattutto quanto alla concezione coercitiva del diritto.

A questa concezione del formalismo giuridico, che porterebbe di fatto a un annullamento della complessità del reale, fondata sulla forma come solo aspetto della giuridicità, senza alcun riferimento agli oggetti della disciplina (beni, interessi), se ne dovrebbe contrapporre una seconda – “assiologico-reale” appunto – che, viceversa, considerando il diritto come un sistema di valutazione di interessi concreti, avvicina il diritto alla sostanza degli interessi sociali. Questo orientamento²⁰⁶ dovrebbe essere considerato alla base

il problema centrale della teoria giuridica. Certo per un *approach* positivista, secondo cui il sottosistema giuridico (per utilizzare un concetto *a là* Luhmann) ha carattere controfattuale non si può che guardare con cautela a posizioni che ritengono che il diritto posto debba continuamente modellarsi sulla ‘realtà’, ed in ogni caso non è affatto scontato che l’individuazione di forme universali o *a priori* sia funzionale a un tentativo di ingabbiamento della realtà.

²⁰⁵ Questa aspirazione è d’altronde coesistente alla stessa identità dell’Occidente come fissata dal pensiero greco nell’elaborare il fondamentale concetto della conoscenza come *epistème*, evocando gli «immutabili», ossia «le strutture che non sono travolte dal divenire del mondo, ma arginano la sua minaccia e fanno quadrato attorno a ciò che di volta in volta, per gli abitanti dell’Occidente, vale come l’irrinunciabile» (E. SEVERINO, *Legge e caso*, Milano, 1980, 17). L’*epistème* è essenzialmente principio ordinatore di tutte le cose presenti e soprattutto future e consente di “raccolgere” (λσγζ, *legere, lex*) «insieme tutte le cose divenienti» (*op. ult. cit.*, 18), di pervenire alla «legge alla quale deve sottostare tutto ciò che sopraggiunge» (*op. ult. cit.*, 25). Ecco che l’ordine, nascente dalla conoscenza del principio di ogni cosa, è fin dall’inizio forma, “stampo” per canalizzare il divenire continuo del mondo in schemi immutabili. Difficile è rifuggire la tentazione di accostare λσγ come elemento (struttura) che consente di raccogliere assieme le cose, di orientarsi nell’inaudita variabilità del mondo, *eidòs* e legge come momento centrale della giuridicità. A questo semplice schema dell’evocazione degli immutabili, secondo Severino, possono essere ricondotti innumerevoli prodotti culturali della storia europea, tra cui, a esempio, il diritto naturale e l’autorità dello Stato.

²⁰⁶ Luciani, sul piano teorico, rinviene in particolare nel pensiero di Hart questo spostamento di paradigma, attribuendo tale effetto alla sostituzione della *grund-norm* kelseniana con la regola di riconoscimento (che consisterebbe nell’insieme dei valori che di fatto co-

del passaggio da una concezione del diritto come fondato sulle regole a una (giudicata più consona) del diritto come fondato soprattutto sui principi. Tra le conseguenze di maggior rilievo di questo passaggio si evidenzia quella relativa alla stessa struttura linguistica della norma giuridica, che deve assumere un carattere di flessibilità²⁰⁷, per conformarsi al mutare dei valori sintetizzati dalla “norma di riconoscimento”, e quella del metodo interpretativo, che deve sapere utilizzare criteri più elastici del solo giudizio fondato sulla alternativa rigida tra identità o contrarietà tra fattispecie e comportamento, quali la convenienza, l’adeguatezza, la somiglianza, ecc.²⁰⁸. Da queste premesse si traggono una serie di conseguenze sul piano applicativo su cui avrò occasione di ritornare soprattutto nei capitoli terzo e quinto. Emblematico, comunque, è il fatto che tra gli obiettivi dichiarati dell’autore vi è quello di risolvere il problema della sovrainclusività delle regole²⁰⁹, intervenendo con correttivi che fanno appello ai valori introdotti dall’interprete, il che – come si vedrà meglio più avanti – comporta, però, il collasso dell’idea di regola regolativi, intesa come ragione escludente.

A mia conoscenza, la più ampia apertura al particolarismo decisionale in opposizione alla tecnica del formalismo pratico si trova in una serie di scritti ed interventi recenti di Lucio Iannotta in materia di amministrazione di risul-

stituiscono in un dato momento il collante del gruppo sociale). Si tratta, però, di una iscrizione di Hart nell’assiologismo antipositivista che non mi pare di poter condividere, anche perché se è vero che la regola di riconoscimento hartiana si fonda su una pratica sociale, essa, tuttavia, non riguarda i ‘valori’ del gruppo, limitandosi a determinare le regole fondamentali che il gruppo adotta per ‘riconoscere’ ciò che è diritto da ciò che non lo è. Se queste regole possano occasionalmente includere *standards* morali per determinare cosa è diritto valido, come Hart sembra ammettere nel *Postscript* del 1994 (v. H.L.A. HART, *The Concept of Law, Second Edition, With a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz*, Oxford, 1997), è questione ulteriore. Come già detto mi pare, invece, che atteggiamenti teorici del tipo in esame siano più riconducibili alla influenza dell’opera di Ronald Dworkin – al cui centro vi è proprio l’attacco alla concezione hartiana del diritto come insieme di regole – su ampi strati della scienza giuridica contemporanea.

²⁰⁷ Tutto il contrario, quindi, di quanto prescrive la *rule of law*.

²⁰⁸ Come si vede, in questo caso, il discorso dell’autore assume un tono prescrittivo. La vaghezza, si potrebbe dire, sarebbe un requisito del diritto comunque desiderabile, e non desiderabile soltanto in qualche circostanza in base a ragioni enunciabili.

²⁰⁹ Questa sovrainclusività è riferita alle norme procedurali che abbraccerebbero più fattispecie di quanto la «norma sia in grado di contenere» e pertanto di quanto sia necessario (F. LUCIANI, *op. cit.*, 335). Questo comporta, evidentemente, di far valere, da parte dell’interprete, la presunta giustificazione sottostante alla regola, smantellando la trincea eretta attraverso la regola stessa.

tato²¹⁰. Tra questi, non mi soffermerò sui lavori più ampi nei quali si trova lo sviluppo della costruzione teorica dell'idea dell'amministrazione di risultato proposta dall'autore²¹¹, ma su uno per così dire d'occasione²¹², dedicato al rapporto – a miei fini particolarmente rilevante – con il principio di legalità e contenente alcune prescrizioni dirette soprattutto ai giudici. Vi si trovano, in particolare, enunciate due tesi che se da un lato appaiono sicuramente originali, dall'altro si fondano su alcune idee-forza largamente condivise e già incontrate negli autori prima considerati. La prima tesi è che

l'amministrazione di risultato ... tende a trasformare la legalità nel rispetto di principi piuttosto che di prescrizioni,

(e qui, evidentemente, le idee-forza su cui l'assunto si basa sono quelle della dicotomia principi-regole, sul piano concettuale, e della desiderabilità di principi e non di regole sul piano prescrittivo).

La seconda tesi è che i diritti fondamentali riconosciuti ai singoli dalla Costituzione ed una serie di altri fattori che costringono le autorità pubbliche a un uso accorto delle risorse, imporrebbero all'amministrazione di non applicare la legge tutte le volte in cui la sua applicazione appaia "ingiusta" e ciò, a quanto pare di capire, non soltanto attraverso un uso molto ampio dell'interpretazione "conforme a Costituzione" (un uso, cioè, dal basso della tecnica propria delle sentenze interpretative di rigetto²¹³, ma ancora più a monte attraverso

quell'istinto razionale che è la giustizia²¹⁴

²¹⁰ Va detto, peraltro, che il pensiero dell'autore era già coerentemente espresso in senso consonante con quanto si esporrà in lavori molto più risalenti. V. a esempio L. IANNOTTA, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, 1989, 125-129, ove si parla di una «esigenza di individuazione della giuridicità propria dell'uomo come singolo» (p. 127).

²¹¹ V. in generale sull'amministrazione di risultato v. M. CAMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario 2002, AIPDA*, Milano, 2003, 107 ss.; D. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti di convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, 2004.

²¹² L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità*, a cura di C. Pinelli, Milano, 2000, 37 ss.

²¹³ Si può osservare che la stessa scelta di accentrare in un'alta corte il giudizio di costituzionalità delle leggi, è percepita come soluzione influenzata dall'ideologia del positivismo (M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, 2004, 100 ss.).

²¹⁴ *Op. ult. cit.*, 43. Appare qui molto chiara la comune ispirazione con l'idea centrale del

anche in quei casi in cui la via interpretativa appaia preclusa.

In appendice allo scritto in esame sono raccolti e commentati una serie di casi giudiziari molto utili a illustrare la portata pragmatica del modo di operare di questa versione particolarmente esigente dell'amministrazione di risultato, trattandosi di casi che, in base al senso di giustizia del decisore particolare, avrebbero dovuto portare a una immediata soddisfazione del "buon diritto" del cittadino, anche contro l'apparente ostacolo costituito dalla legge scritta, tacciandosi quindi implicitamente come formaliste le decisioni stesse (dell'amministrazione o del giudice) per non averlo fatto.

1.4.3. *Sostenibilità concettuale del formalismo pratico.* – Le concezioni sopra rapidamente rappresentate sollevano questioni del massimo interesse e sfidano il formalismo pratico sin dalle sue fondamenta ideali e concettuali. Le critiche al formalismo pratico vengono condotte, infatti, o su basi prescrittive – su questo terreno, oltre a quanto detto in precedenza sull'ideale della *rule of law*, il dibattito non può che riguardare le credenze e preferenze delle varie comunità organizzate – o screditandone i presupposti teorici. È quindi, in primo luogo, su quest'ultimo profilo che è necessario verificare la sostenibilità degli assunti teorici del formalismo pratico nonché la plausibilità o meno, nella parte in cui si pongono in termini antitetici rispetto al primo, dei diversi presupposti concettuali proposti in seno all'orientamento neocostituzionalista ed alle concezioni cosiddette c.d. postmoderne del diritto. Al cuore della parola 'formalismo' in molti dei numerosi usi, risiede, come visto, il concetto del prendere decisioni secondo regole. Formalismo è il modo in cui le regole realizzano la loro *ruleness*, precisamente facendo quello che si suppone essere la fallacia del formalismo: escludere quei fattori di cui un decisore sensibile terrebbe conto se non vi fosse la regola²¹⁵. Appare, inoltre, che questa esclusione prende luogo ampiamente attraverso la forza del linguaggio in cui le regole sono scritte. Così gli obiettivi performati dalle regole sono obiettivi per i quali lo strumento principale è la specifica formulazione linguistica di una regola. Ne risulta, visto che il formalismo è spesso criticato per l'eccessiva fiducia nel linguaggio di una regola, che è la

diritto mite, quella secondo cui «la focalizzazione del *thema decidendi* non deriva dalla sola norma, ma dipende dal "caso", dal "valore" in esso riconoscibile, e muove da una comprensione media di senso, *diffusa, oggettiva, culturale*, che risulta essenziale soprattutto nei casi critici» (G. PALOMBELLA, *I limiti del diritto mite*, cit., 192, corsivi dell'autore). Il riferimento ai casi critici (gli *hard cases*) come parametro per individuare i caratteri salienti del diritto, e non invece ai casi medi, testimonia della vicinanza di tali approcci con le tesi di Ronald Dworkin.

²¹⁵ F. SCHAUER, *Formalism*, in *The Law Yale Journal*, vol. 97, 1998, 510.

stessa idea del decidere secondo regole a essere condannata, sia in quanto descrizione di come le decisioni possono avvenire sia in quanto prescrizione di come le decisioni dovrebbero avvenire.

Questa idea si fonda su alcune tesi raggruppabili in due ordini di argomenti critici che possiamo definire rispettivamente di tipo semantico-epistemico e di tipo particolarista²¹⁶. Il primo tipo di argomenti mira a porre in discussione che attraverso il linguaggio possano crearsi regole genuine; il secondo tipo di argomenti – che tra loro presentano invero diverse e non secondarie varianti – mira a dimostrare che quand’anche esistano regole genuine, le ragioni escludenti che le sorreggono potrebbero sempre essere soppiantate da altre ragioni al momento dell’applicazione. In questo caso si usa anche dire che ogni norma giuridica sarebbe intrinsecamente defettibile (*deafeseable*), cioè soggetta a un numero aperto di eccezioni. Questo tipo di approccio è sostenuto, in alcune concezioni molto influenti, da una specifica concezione relativa al modo di operare dei ‘principi’. A proposito di questo secondo approccio, che pone problemi teorici e filosofici tra i più complessi (e che occorre riconoscere presenta argomenti seri per minare le basi concettuali del fp-1) mi concentrerò quasi esclusivamente sul presunto dualismo regole-principi. Di un terzo fronte critico, apertamente antipositivista, che però si vale in gran parte dell’arsenale dell’antiformalismo ‘classico’, quello del ‘diritto globale’, parlerò brevemente nella seconda sezione di questo capitolo.

1.4.3.1. *Linguaggio e regole.* – Partendo dall’argomento semantico-epistemico, il bersaglio della critica può essere identificato nella tesi degli *easy cases* nella versione formulata da Hart nel rinomato capitolo settimo di *The concept of Law*²¹⁷. Qui, dopo avere elucidato il fatto che all’interno di un enunciato normativo (espresso in forma canonica o dedotto secondo la tecnica del precedente) è possibile individuare l’area dei “casi chiari”²¹⁸ che

ricorrono costantemente in contesti simili ai quali le espressioni generali sono chiaramente applicabili²¹⁹

²¹⁶ A. MARMOR, *op. ult. cit.*, 72 ss.; M. C. REDONDO, *Reglas jurídicas y positivismo jurídico*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 1998, 243 ss.

²¹⁷ Intitolato *Formalism and Rule-Scepticism (Formalismo e scetticismo sulle norme)*, cit., 146 ss.

²¹⁸ Per una ricostruzione della questione “casi facili e casi difficili” nell’applicazione giudiziale del diritto, v. E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 242-256.

²¹⁹ H.L.A. HART, *op. ult. cit.*, 148.

e che sono la “gran massa”²²⁰, Hart segnala che la struttura aperta del diritto (nonché la natura fallibile dell’uomo che può avere una conoscenza soltanto incompleta dei fatti e può determinare soltanto approssimativamente i suoi scopi) comporta l’inevitabile presenza di casi incerti, situati ai margini del significato di un enunciato normativo, nel senso che questi possiedono solo alcune delle caratteristiche dei casi normali. In tali occasioni si verifica una “crisi della comunicazione”, non risolvibile del tutto nemmeno con il ricorso ai ‘canoni interpretativi’, i quali anch’essi utilizzano termini generali che possono presentarsi a loro volta incerti. In queste ipotesi, dunque, secondo Hart, colui che si trova ad applicare la norma generale deve compiere necessariamente una scelta. Per Hart può essere definito “formalismo” o “concettualismo” precisamente l’

atteggiamento di fronte a norme formulate verbalmente, consistente nel cercare sia di nascondere sia di minimizzare la necessità di una ... scelta, una volta che la norma generale sia stata posta²²¹.

Nella letteratura angloamericana il caso che più spesso viene invocato contro il ‘formalismo’ è *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)²²², con la *dissenting opinion* di Oliver Wendell Holmes, jr., il quale formula qui la sua famosa affermazione (vero e proprio manifesto dell’antiformalismo non solo d’oltreoceano) secondo cui

*General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise*²²³.

Proprio da questo caso prende le mosse l’analisi di Frederick Schauer in difesa del formalismo²²⁴. Si tratta di un caso in realtà davvero emblematico

²²⁰ Su questo v. M.H. KRAMER, *Dogmas and Distorsion: Legal Positivism Defended*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 21, 2001, 675-677.

²²¹ *Op. ult. cit.*, 132.

²²² Vedila in www.justia.us/us/198/45/case.html.

²²³ Si può peraltro notare come tale affermazione sia stata interpretata in un senso probabilmente deformato dagli orientamenti antiformalisti più radicali. Come osservo più avanti nel testo, infatti, nel contesto della sentenza in cui è inserita, quella affermazione si riferisce alle proposizioni generali intese come ‘proposizioni aperte’ o ‘termini vaghi’ (si trattava della libertà di contrattare). Non deve essere, quindi, necessariamente intesa come affermazione inerente al modo in cui azioni particolari possono ricadere nel campo di applicazione di una proposizione generale. Né quest’ultimo problema sembra avere a che fare con il diverso problema relativo alla fallacia logica di dedurre regole particolari da regole generali già affrontato in precedenza.

²²⁴ F. SCHAUER, *op. ult. cit.*

come caso di formalismo, ma per ragioni diverse da quelle addotte dai suoi critici e molto più prossime all'atteggiamento che secondo Hart può definirsi formalista. In *Lochner* il problema è infatti quello di aver coperto le ragioni politiche, morali, sociali ed economiche che avevano condotto a compiere una certa scelta – privilegiando le ragioni della libertà del datore di lavoro nei confronti di quelle riconducibili all'emergente ideologia del *welfare state* – dietro il paravento dell'interpretazione di un termine impreciso, come la libertà individuale, contenuto nel XIV Emendamento²²⁵. In altre parole, la scelta compiuta è 'mimetizzata' con l'argomento dell'inesorabilità del linguaggio²²⁶. La critica da muovere a *Lochner*, in breve, è di aver trattato un termine ed un concetto vaghi, come libertà e privilegio di contrattare, alla stregua di un termine preciso, come potrebbe essere a esempio la parola 'gatto'²²⁷. Si può discutere all'infinito sul fatto se la facoltà di disporre dei propri affari, comprando e vendendo forza-lavoro, debba necessariamente essere incluso nel concetto della libertà individuale (tale questione dipenderà da concezioni, credenze ed attitudini variabili nel tempo e nello spazio e in ultima analisi da preferenze individuali), ma se qualcuno indica un gatto chiamandolo 'cane' si può dire, molto più banalmente, che costui non conosce il significato della parola 'gatto' nella lingua italiana. Il tipo di indeterminatezza derivante dall'uso di termini generali, come libertà, equità, ecc. è per così dire pervasiva, ma nella maggior parte dei casi, seguendo Hart, l'indeterminatezza si incontra soltanto ai margini del significato di un termine o

²²⁵ La Corte affermò l'invalidità di una legge dello Stato di New York che poneva limiti all'orario di lavoro dei panettieri, in quanto contrastante con il XIV emendamento della Costituzione federale, sostenendo che soltanto in casi di effettiva necessità di tutelare la salute dei lavoratori poteva essere ammesso un *policy power* degli stati restrittivo della libertà individuale costituzionalmente protetta, comprendente «*the general right to make a contract in relation to his business*» nonché «*the right to purchase or to sell labor*».

²²⁶ F. SCHAUER, *Formalism*, cit., 512.

²²⁷ Di un siffatto tipo di formalismo si potrebbero portare numerosi esempi tratti dagli orientamenti delle corti italiane. Si pensi alla lunghissima prassi interpretativa del concetto di "danno ingiusto" contenuto nell'art. 2043 c.c. come inesorabilmente circoscritto ai soli "diritti soggettivi", termine a sua volta inteso come espressione di qualcosa di "esistente in sé e per sé" ed irriducibile all'altro termine "interesse legittimo" anch'esso considerato come espressione di una realtà che le parole si limiterebbero a descrivere. Tutti i sottesi intenti ideologici, di cui non è il caso qui neanche di accennare, affiorano a volte nelle stesse pronunce. Analogo tipo di formalismo può essere, a mio avviso, riscontrato quando è la stessa giurisprudenza a coniare o recepire concetti-chiave dietro i quali nascondere scelte politiche. Tipico è il caso della nozione di interesse pubblico per discriminare tra giurisdizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario in presenza di atti qualificati come vincolati (v. cap. V).

una proposizione contenuti nel materiale normativo. Per il resto, in entrambi i casi, il vizio formalistico riguarda la negazione o minimizzazione della scelta, trattando, rispettivamente, termini generali come se fossero specifici, e casi relativi all'area di frangia del significato di un termine (*penumbra*) come casi relativi al nucleo del significato (*core*)²²⁸.

In questo modo si riesce, però, a individuare una classe di ipotesi in cui si postula che un decisore non consideri le regole alla luce di qualche scopo o politica che queste debbano o possano servire. Questo rende possibile muovere un importante passo avanti nella comprensione della strategia del decidere secondo regole, consistente nell'avanzare l'idea che nelle suddette ipotesi l'applicazione delle regole sembra non richiedere attività interpretativa alcuna. Per Hart questa idea non sarebbe 'formalistica' nel comune senso dispregiativo, ma altri invece la criticano con tale appellativo ritenendola teoricamente inconsistente.

Altre volte la critica non è rivolta contro una 'teoria', prendendo, invece, di mira un'asseritamente non desiderabile pratica dei giudici o degli organi amministrativi²²⁹. Si afferma, in altre parole, che i giudici non dovrebbero essere troppo condizionati dalle regole, ma decidere comunque in modi che siano sensibili agli scopi ed ai bisogni che il diritto persegue. Il problema è che la critica condotta contemporaneamente secondo un approccio pratico ed uno teorico sembra logicamente contraddittoria. Per criticare una pratica come formalistica, infatti, occorre ammettere che sia possibile essere vincolati da una regola formulata; se, viceversa, si nega questa possibilità sul piano semantico, non ha senso prescrivere ai giudici di non mostrarsi ciecamente aderenti alle regole. In tutte le discussioni sui cosiddetti *hard cases*²³⁰, in realtà, da un lato si vorrebbe sostenere che non è mai perfettamente chiaro ciò che la regola richiede, dall'altro lato v'è la tentazione di pensare che dopo tutto, essa è perfettamente chiara, ma solo il fatto di aderire alla regola comporterebbe esiti assurdi o indesiderabili.

Conviene, invece, tenere separati i due punti di vista, ed affrontare la questione relativa alla possibilità di concepire che attraverso una serie di parole possa determinarsi una direttiva per la condotta umana. Quello che qui è

²²⁸ Quest'accezione di formalismo rientra in ciò che Claudio LUZZATI, *La politica della legalità*, cit., 284, chiama 'formalismo cattivo', quella convinzione cioè dei giuristi di disporre attraverso 'concetti' e 'principi' della chiave per risolvere qualsiasi problema con la 'soluzione giusta'.

²²⁹ V. a esempio la critica di Lucio Iannotta precedentemente considerata.

²³⁰ Tra i quali normalmente si prende Riggs v. Palmer, 22 N.E. 188 (1889).

in gioco è, dunque, l'idea (che peraltro appare quasi un luogo comune tra i giuristi²³¹ che per comprendere ciò che il diritto richiede, occorra sempre e comunque formulare un giudizio interpretativo aderente al caso.

Ma cos'è un giudizio interpretativo? La maggior parte dei giuristi sembra ritenere che esso coincida con l'applicazione di una norma generale a un caso particolare. Tuttavia mi sembra vi siano buone ragioni per dubitare di questa versione. Intanto l'applicazione è cosa logicamente distinta dall'interpretazione²³². L'interpretazione riguarda il significato di un certo enunciato, che una volta interpretato, cioè rifraseggiato in un altro enunciato, può essere applicato a un fatto dando luogo a una norma specifica, o concreta, o individuale. Quando questa operazione si rende necessaria è perché il significato dell'enunciato di partenza non è chiaro oppure non è chiara la sua riferibilità a una certa classe di fatti contraddistinti da certi caratteri. Per parafrasare il più noto ed utilizzato esempio della teoria giuridica contemporanea, dinanzi alla regola "nessun cane nella riserva naturale neanche al guinzaglio", sorgono dubbi sul se il visitatore che conduce al guinzaglio un coyote incorra o meno nel divieto. Secondo Hart, come visto, l'indeterminatezza del diritto è inevitabile a causa del carattere *open-textured* del linguaggio. Questa indeterminatezza, che condiziona l'applicazione del diritto, dipendendo dalla vaghezza o porosità delle regole²³³, tende a crescere via via che dal nucleo del significato di un enunciato ci si sposta ai suoi margini. Se è così, ecco perché una questione di interpretazione si pone soltanto in questa 'zona' – che è stata definita la '*twilight zone*'²³⁴ – in cui non è chiaro se il termine si applichi o meno a un certo oggetto o a un certo fatto²³⁵. Se il

²³¹ T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, 2000, 11, parla di "ortodossia interpretativa" riferendosi al consenso che incontra l'idea che ogni applicazione del diritto richiede una sua interpretazione. Sul punto v. già G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 406-411, il quale si riferisce all'uso parzialmente indifferenziato diffuso tra i giuristi dei termini interpretazione e applicazione e giustifica questo uso con il fatto che nella cultura giuridica europea è diffusa la convinzione che non sia possibile per un giudice, un funzionario amministrativo o un individuo applicare una legge senza interpretarla.

²³² R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 13, precisando come interpretazione e applicazione riguardano oggetti differenti: la prima testi, la seconda norme in senso stretto «intese come il contenuto di significato dei testi normativi».

²³³ Per un'accurata analisi delle fonti dell'indeterminatezza v. T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, cit., cap. 3. Una distinzione importante è quella tra ambiguità, vaghezza e ricorso a termini valutativi (su ciò v. *op. ult. cit.*, 48-54; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., 360-381).

²³⁴ T. ENDICOTT, *op. ult. cit.*, 8.

²³⁵ La varietà di casi che si può presentare ce la si può forse figurare come posta su uno

core sia una zona molto ristretta e la luce crepuscolare una zona molto ampia della fattispecie normativa, come molti pensano, è una questione empirica che mi pare inaffrontabile concettualmente. Tutto dipende da come è formulata la regola e se si vuole costruire un ambiente decisionale orientato alla certezza si dovrebbe investire la massima cura nella ‘manifattura’ di norme che rispondano ai criteri della *rule of law*²³⁶.

Ma nella parte ‘in luce’ della regola, differentemente da quanto postula l’antiformalismo, *general propositions do decide concrete cases*, nel senso che il linguaggio in cui è espressa la regola richiede una comprensione secondo lo *standard* medio richiesto dalla comunicazione tra i soggetti cui la regola è rivolta, e non un’interpretazione della stessa. Si può sostenere, in altre parole, che comprendere il significato di un’espressione consiste nella conoscenza delle condizioni che la rendono vera o falsa²³⁷. E questo, implica, a sua volta riconoscere che – in una certa misura – la comprensione del linguaggio sia indipendente dalle intenzioni dello ‘*speaker*’ ed acontestuale²³⁸.

Il carattere dell’acontestualità è, peraltro, parziale²³⁹. Il contesto, infatti, rileva almeno in due modi tra loro interdipendenti: riguardo al significato di ciò che si enuncia (l’enunciazione) e riguardo al significato della proposizione (l’enunciato). Molto spesso per spiegare tale differenza si ricorre a esempi basati su enunciazioni del tipo ‘la porta è aperta’, il cui significato (la cui ‘forza illocutoria’) varia a seconda del contesto in cui è proferito. ‘La porta è aperta’ potrebbe essere, cioè, la semplice descrizione di una situazio-

spettro cromatico che, a esempio, dall’azzurro vira al verde, ove tra i casi di azzurro e di verde pieno ve ne saranno di azzurrato e di verdognolo e poi altri in cui in nessun modo è possibile decidere se si ha un azzurro o un verde. V. quanto osserva N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., 230, a proposito del confine incerto tra casi chiari e casi in cui è ammissibile iniziare a sollevare dubbi di “rilevanza”, “interpretazione” o “classificazione”.

²³⁶ V. M. JORI, *La pragmatica di Claudio*, cit., e C. LUZZATI, *L’interprete e il legislatore*, cit., 521 ss.

²³⁷ A. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, cit., 74.

²³⁸ J. SEARLE, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969, 42 ss.

²³⁹ Nella cultura filosofica contemporanea ha portato alle estreme conseguenze la rilevanza del contesto nella comunicazione e l’idea dell’ubiquità dell’interpretazione, nel senso che tutte le percezioni e le idee implicano un’interpretazione e quest’ultima un’interpretazione, e così all’infinito, il “decostruzionismo” di J. Derrida (in tema v. A. ANDRONICO, *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Milano, 2002). Tale approccio, per quanto *a la page* ed apparentemente in piena sintonia con la post-modernità, è francamente controintuitivo. Per una condivisibile critica al decostruzionismo, v. su questo H. PUTNAM, *Ethics without Ontology*, Harvard, 2004; trad. it., *Etica senza ontologia*, Milano, 2005, 172-179.

ne di fatto, ma se pronunciata in un certo contesto potrebbe essere, invece, intesa come la richiesta a qualcuno di chiudere la porta oppure come l'invito a qualcuno a essere vigile poiché, a esempio, nella stanza vi sono bambini che potrebbero sgattaiolare fuori. Il contesto, negli esempi fatti, riguarda il cosiddetto aspetto pragmatico della comunicazione. Ma non si può negare che in tutti questi esempi il significato semantico di 'la porta è aperta', a prescindere dall'intento comunicativo, è sempre lo stesso, potendosi parlare, pertanto, di una relativa autonomia semantica²⁴⁰.

Per quanto concerne, in secondo luogo, la rilevanza del contesto nel significato di una proposizione – senza che sia necessario infilarsi nelle dispute dei filosofi del linguaggio in merito a come stabilire le condizioni di verità, né mettere in discussione la natura relativa di tale operazione – è sufficiente considerare quell'aspetto fondamentale del linguaggio consistente nel suo uso²⁴¹. Riguardante, cioè, quella conoscenza che consente di partecipare correttamente alla pratica sociale costituita dalla comunicazione linguistica. Entro questa prospettiva si suole osservare che poiché apprendere una lingua significa imparare a usarla per interagire con altri, questo non può che avvenire in un contesto determinato. La circostanza che, in un diverso contesto, la medesima cosa possa essere espressa in un modo differente non implica una inevitabile indeterminatezza del modo attraverso cui 'facciamo cose attraverso il linguaggio'. È proprio la conoscenza delle regole del gioco – vigenti in un dato contesto – che consente di capirsi e di attribuire significati sufficientemente determinati alle frasi che pronunciamo.

Non si tratta insomma di negare che il contesto in cui il linguaggio si usa abbia un importante ruolo nella comprensione, ma di rifiutare la tesi che il

²⁴⁰ F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, cit., 102-111; A. MARMOR, *op. ult. cit.*, 74; V. ITURRALDE, *Justificación Judicial: validez material y razones*, in *Analisi e Diritto 2004*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 129-130; T. ENDICOTT, *op. cit.*, 18-20.

²⁴¹ Messo in luce da LUDWIG WITTGENSTEIN in *Philosophical Investigations*, Oxford, 1953; trad. it., *Ricerche filosofiche*, Torino, 1993, spec. §§ 198-241. Occorre peraltro avvertire che altri partono da Wittgenstein proprio per screditare la possibilità di applicazione deduttiva delle regole che è alla base del formalismo pratico (v. a esempio M.J. RADIN, *Reconsidering the Rule of Law*, in *Boston University Law Review*, n. 69, 1989, 797-9, secondo cui non si troverebbe in questo filosofo nulla che confermi la concezione formalista delle regole, poiché le regole sarebbero considerate soltanto dal punto di vista della pratica sociale in cui l'accordo dei partecipanti è l'unico segnale della loro esistenza. Per una serie di critiche di altro segno, tendenti a sostenere l'irrelevanza delle tesi di Wittgenstein per l'interpretazione giuridica, M. Barberis, *Seguire norme giuridiche: Ovvero: cos'avrà mai a che fare Wittgenstein con la teoria dell'interpretazione giuridica?*, in *Materiali per una storia del pensiero giuridico*, 2002, 257 ss.

significato di ogni enunciazione sia interamente determinato dal contesto particolare in cui è espresso²⁴². Anzi, questa relativa dipendenza dal contesto non genera indeterminatezza, contribuendo, invece, al successo della comunicazione. Qualora il messaggio, in virtù del contesto generale o particolare in cui è emesso, suona come non ‘familiare’, sorge l’esigenza di una sua interpretazione²⁴³. Ma parlare di oscurità di un’espressione ha senso soltanto se abbiamo una serie di assunzioni e regole condivise che siano, invece, chiare e determinate. In altre parole, suonerebbe alquanto stravagante sostenere che quando si apprende a utilizzare il linguaggio quello che si sta apprendendo non è il modo di comunicare efficacemente ma di interpretare un’istanza di comunicazione.

Mi pare insomma da condividere, quantomeno perché maggiormente intuitiva, l’idea che l’interpretazione non riguarda l’uso diretto del linguaggio, essendo, piuttosto, un mezzo per spiegare – o riformulare – un’espressione nei termini di un’altra espressione²⁴⁴. Ma se è così, per non cadere in un re-

²⁴² F. SCHAUER, *op. ult. cit.*, 104, parla di un contesto universale o di base composto da una serie di comprensioni contestuali presupposte da tutti i parlanti una stessa lingua e si può soggiungere che vi saranno contesti di base e quindi comprensioni contestuali condivisi da tutti i partecipanti a “discorsi” che utilizzano altri linguaggi aventi o meno a base il linguaggio naturale, come a esempio il linguaggio giuridico ed i metalinguaggi giuridici. Sui problemi relativi al ‘linguaggio giuridico’ ed ai rapporti tra semiotica e pragmatica giuridica, v. M. JORI, *Semiotica giuridica*, in M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995, 305 ss.

²⁴³ Fermo restando che un’interpretazione ha senso soltanto in determinati contesti e non in tutti i contesti (M. STONE, *Focusing the Law: What Legal Interpretation Is Not*, in A. MARMOR (a cura di), *Law and Interpretation: Essay in Legal Philosophy*, Oxford, 1995, 31 ss.).

²⁴⁴ Non sembra pragmaticamente molto diversa la posizione di chi concede che si possa parlare di interpretazione anche nel caso in cui per ‘interpretazione’ si intenda una qualsiasi attività di attribuzione di un significato al testo normativo, precisando però che non è sempre richiesta un’attività interpretativa se per questa si intenda l’attribuzione di un significato al testo normativo «risolvendo problemi interpretativi ed eventualmente adducendo ragioni per mostrare che la soluzione adottata è la sola corretta o giusta, o la migliore, ecc.» (E. DICCIOTTI, *Interpretazione della legge ...*, cit., 179). Sul piano teorico rimane una differenza tra il ‘seguire una regola’ ed attribuire un significato a un testo normativo quando non occorra risolvere problemi interpretativi. Il primo atteggiamento riguarda tutti i destinatari del diritto, e direi in primo luogo i consociati. Il secondo mi pare sia più appropriato per descrivere l’attività decisionale dei funzionari ed in primo luogo dei giudici. D’altra parte vi sono anche forti analogie tra seguire una regola in quanto la si comprende ed applicare una regola a un caso sulla base del suo significato letterale. A quest’ultimo proposito v. a esempio quanto osserva E. DICCIOTTI, *op. ult. cit.*, a proposito del fatto che «il significato letterale di un enunciato sembra semplicemente mostrarsi al lettore che conosce la lingua in cui l’enunciato è formulato» (p. 343) e che «in un’accezione il termine ‘significato *prima facie*’ indica il

gresso all'infinito (che non consentirebbe mai di comunicare, ciò che invece è incontestabile che tutti facciamo)²⁴⁵, l'interpretazione deve necessariamente, a sua volta, radicarsi su una conoscenza primaria di come utilizzare il linguaggio, che prescinde dall'interpretazione stessa²⁴⁶. Questa conoscenza primaria delle regole del gioco linguistico riguarda ogni forma di espressione linguistica, tra cui anche il diritto²⁴⁷, che in una certa misura può essere compreso, quindi, anche senza l'intermediazione necessaria dell'interpretazione. Tornando a quanto si era notato in precedenza (§ 1.3.3) sulla nozione di regola in generale, è possibile osservare che comprendere una regola consiste in – o piuttosto ha affinità con – la nostra abilità di specificare in normali circostanze quali azioni siano in accordo con una regola e quali siano in disaccordo con essa. In questa prospettiva, qualcuno che segue una regola obbedisce a quella regola²⁴⁸. Questo, come si diceva sopra, ha a che fare con l'impadronirsi ed il maneggiare una determinata tecnica ed in tale ambito il possesso di un concetto è dimostrato soltanto dall'abilità di partecipare alle molteplici attività in cui il concetto è impiegato²⁴⁹.

significato attribuito immediatamente ed irreflessivamente a un enunciato legislativo da un interprete'» (p. 345).

²⁴⁵ V. L. WITTGENSTEIN, *op. cit.*, §§ 141 e 198; M. WILLIAMS, *Wittgenstein, Mind and Meaning. Toward a Social Conception of Mind*, New York, 1999, 160-1.

²⁴⁶ A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, 1992; trad. esp. *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, 2001, 195.

²⁴⁷ Sebbene, come è stato chiarito da M. JORI, *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 1995, 109-144, il linguaggio giuridico presenti differenze importanti sia dal linguaggio ordinario, basato sulla lingua naturale, sia dai linguaggi artificiali. Non può essere, quindi, risolto in una 'grammatica', essendo necessaria altresì un'analisi della sua dimensione pragmatica, e quindi del contesto nel quale il "diritto si parla".

²⁴⁸ L. WITTGENSTEIN, *op. cit.*, § 206: «Seguire una regola è analogo a: obbedire a un comando».

²⁴⁹ D. PATTERSON, *Interpretation in Law*, in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 4, 2004, 246, il quale spingendosi ancora oltre ritiene che la tecnica specifica che i giuristi apprendono è una sorta di "grammatica" della giustificazione di una determinata asserzione legale attraverso "forme di argomenti" tipici, cioè quelli che comunemente vengono definiti "metodi" o "argomenti" interpretativi (letterale, logico, teleologico, sistematico, ecc.). Mi pare tuttavia una conclusione eccessiva. Invece mi sembra corretta la precisazione di E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge ...*, cit., 339 ss. a proposito del fatto che il significato letterale degli enunciati normativi è più precisamente un significato letterale-testuale, nel senso che un tale enunciato è sempre parte di un testo formato da un insieme di enunciati appartenenti o meno al medesimo documento legislativo. Il riferimento al testo comprende inoltre anche il rinvio a determinate convenzioni seguite nella redazione dei testi normativi, come ad

Di converso

l'interpretazione è solo un'altra formulazione della regola, che sostituisce una regola all'altra²⁵⁰.

“Seguire una regola” è, pertanto, concettualmente differente dall'interpretarla: decidere quali azioni sono in accordo con una regola e riformulare una regola sono comportamenti distinti. La prima richiede di stabilire una connessione tra linguaggio (la formulazione della regola) e mondo (le azioni in accordo con la regola); la seconda consiste nell'associare due differenti formulazioni della regola, conseguentemente effettuando un collegamento interno al linguaggio. L'interpretazione, in altre parole, fa eccezione all'ordinaria comprensione di una regola, caratterizzandosi come un'operazione parassitaria del seguire una regola e non necessariamente legata a essa²⁵¹. L'errore in cui gli interpretazionisti incorrono commassando seguire ed interpretare una regola consiste nell'inferire dalla vaghezza che può rendere non direttamente applicabile una regola, che ogni esempio del 'seguire una regola' è un'interpretazione (in senso proprio) di essa. In definitiva

l'interpretazione non è qualcosa che si può chiamare in causa in ogni caso, bensì solo in circostanze in cui vi è un dubbio riguardante il significato di un testo o le parole di una persona ... una regola perfettamente precisa che dica quali siano quelle circostanze non è né necessaria né possibile²⁵².

esempio quella basilare secondo cui enunciati all'indicativo esprimono modalità deontiche (pp. 348-350). Il problema dell'individuazione delle norme, o meglio il modo più opportuno di disporre ed ordinare il materiale giuridico, è considerato tra i più importanti della teoria del diritto, riguardando il collegamento tra l'analisi di una disposizione e l'analisi dell'ordinamento giuridico (J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, cit., *passim*. La maggior parte di quest'ultimo libro è dedicata proprio allo studio dei principi di individuazione delle disposizioni giuridiche (V. comunque i capp. da IV a VII). Se il materiale giuridico positivo deve essere individuato attraverso un criterio dinamico, relativo, cioè, anzitutto, al modo come esso viene prodotto, occorre tenere presente che questo materiale, in quanto contenuto di un certo documento legislativo, è distinto dalla disposizione normativa in quanto insieme logico derivante da una molteplicità di documenti legislativi (*op. ult. cit.*, 116-117). Inoltre, per poter parlare di disposizione normativa, al criterio dinamico occorre affiancare il criterio statico-contenutistico (prendere, cioè, in considerazione il significato degli enunciati che ciascun documento normativo reca).

²⁵⁰ A. MARMOR, *op. ult. cit.*, p. 193. Sulla differenza tra una mera riformulazione di una disposizione o di una norma (che ne costituisce una sorta di parafrasi) e riformulazione interpretativa v. E. DICIOTTI, *op. ult. cit.*, 178-189.

²⁵¹ V. D. PATTERSON, *Interpretation in Law*, cit., 243 ss.

²⁵² H. PUTNAM, *Ethics ...*, cit., 177.

A mio avviso, la suddetta mancata considerazione della differenza tra seguire ed interpretare una regola – risolvendo il tema dell'applicazione nel *judicial reasoning* o nelle tecniche interpretative – è uno dei principali fattori di ostacolo nella descrizione del ruolo che le regole giuridiche assolvono nei confronti della società e più in generale di una parte importante del credito dovuto alla forma nel diritto.

Tornando al nostro esempio non diremo, allora, che il guardiaparco che eleva contravvenzione nei confronti del turista che conduce al guinzaglio lungo un sentiero del Parco Nazionale d'Abruzzo il proprio peraltro educatissimo e silenzioso levriero afgano, debba formulare qualche giudizio interpretativo, se nelle operazioni interpretative non si include anche il fatto di comprendere che un certo animale è un cane e che secondo una certa regola è vietato introdurre questo tipo di animali all'interno dell'area protetta. Le cose sembrano già presentarsi meno facili quando il turista percorre in auto una strada all'interno del parco ed ha il levriero a bordo. *Quid iuris?* Il cane fisicamente è nel territorio del parco, ma è davvero sul territorio del parco? Qui potrebbe dirsi che un guardiaparco 'legalista' multerebbe il turista, ma probabilmente pressoché qualsiasi giudice annullerebbe la sanzione, non tanto per questioni testuali, ma appellandosi alla *ratio* della regola²⁵³. Ma

²⁵³ Sulla *ratio legis*, v. A. MOSCARINI, *Ratio Legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996, spec. 10-69, per una rassegna degli usi del sintagma nella legislazione e nella prassi giudiziaria, mettendo in luce come il ricorso a questa formula riguardi più la giustificazione della creazione giudiziale di norme che l'impiego di una tecnica interpretativa; V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, spec. cap. V, ove si distingue accuratamente, negli usi della giurisprudenza, tra interpretazione sistematico-teleologica, interpretazione logico-sistematica ed interpretazione sistematico-testuale e si inquadra nella prima categoria la questione della *ratio juris* intesa sia in senso soggettivo sia in senso oggettivo. Velluzzi dimostra in modo convincente che il ricorso a tale *ratio* rappresenta una mera *ficlio*, poiché, in realtà, lo scopo della legge è determinato dall'interprete in modo discrezionale, purché nei limiti della cornice dei possibili significati dell'enunciato normativo e dando luogo a esiti ragionevoli ed accettabili, e facendo largo uso dei 'principi', ossia soprattutto mettendo "a sistema" l'enunciato da interpretare con altri testi normativi ritenuti rilevanti nell'ambito del processo interpretativo, da cui ricavare una base giustificativa per la disposizione da interpretare ed utilizzando particolarmente il criterio della congruenza (*op. cit.*, 131-2, 138, 145). Sulla plurivocità del termine 'principio' negli usi dei giuristi v. *infra*, § 1.5.

Si differenziano dalla *ratio legis*, l'interpretazione logico-sistematica e quella sistematico-testuale. La prima fa perno sul criterio della coerenza, cioè sull'evitare che il prodotto dell'interpretazione sia luogo a antinomie. Tanto il criterio della congruenza, quanto quella della coerenza sono di secondo grado, nel senso che consentono all'interprete di selezionare uno tra i possibili significati di un testo, ma, diversamente dal ricorso ai principi, non sono di ausilio alla determinazione del significato di un enunciato. L'interpretazione sistematico-

quando ci si appella a questioni come la *ratio* della regola si è già fuori del suo nucleo di certezza e si fa ricorso, appunto, a operazioni interpretative o giustificative di una decisione, cioè a operazioni terapeutiche rese necessarie da un fallimento della comprensione e della cooperazione²⁵⁴.

1.4.3.2. *C'è qualcosa tra il formalismo interpretativo e l'inevitabile discrezionalità delle 'scelte interpretative'?*. – Problema distinto, adombrato nelle ultime righe del precedente paragrafo, è se le operazioni interpretative vere e proprie rispondono davvero a regole giuridiche, a criteri razionali ed in ultima analisi abbiano qualcosa a che fare con i meccanismi di derivazione deduttiva. La risposta di Hart ed anche di Kelsen sembra essere che tali operazioni nascondano semplicemente scelte discrezionali.

Può essere forse sorprendente dal punto di vista di un giurista positivo 'al lavoro' notare che un accostamento giuspositivista all'applicazione del diritto può anche trattare la tematica interpretativa come una falsa questione, ritenendo che non vi sia nulla nello spazio tra comprendere una regola e – quando questo non sia sufficiente ai fini dell'applicazione – formulare una scelta discrezionale sulla soluzione di un caso²⁵⁵. Tuttavia, è anche vero che una delle critiche più frequenti al positivismo giuridico – accusato di rimanere silente dinanzi al momento dell'applicazione, o al contrario quasi ossessionato dal problema dell'*adjudication*²⁵⁶ o ancora di aderire a un 'letteralismo' epistemologicamente difficile da difendere – riguarda proprio il fatto di non disporre di strumenti concettuali che diano conto

testuale (che secondo alcune indagini sarebbe quella di fatto seguita dalla Corte di Giustizia CE: v. J. BENGHEXTÉA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, 1993, 240-251) si basa sulla «considerazione della legge come un discorso del legislatore e del discorso legislativo come mero "testo"» ed implica «la necessità di individuare i legami contenutistici e formali che rendono una successione di frasi indipendenti dal punto di vista sintattico un discorso unitario» (V. VELLUZZI, *op. cit.*, 154). In questo approccio i criteri interpretativi utilizzati sono quello della *sedes materiae* e della costanza terminologica (*op. ult. cit.*, 156-160).

²⁵⁴ D. PATTERSON, *op. cit.*, 246.

²⁵⁵ T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, cit., 182. Un ampio sforzo in senso contrario è portato avanti, adottando un accostamento giuspositivista, da N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., spec. cap. V.

²⁵⁶ Secondo molti giuspositivisti, invero, il ragionamento giudiziale e la giustificazione delle decisioni sono importanti quanto il principio di legalità. L'esigenza di giustificare le sentenze sarebbe direttamente collegata a certi caratteri di fondo delle società democratiche che esigono che esistano buone ragioni perché le decisioni dei giudici possano essere accettate.

dell'attività interpretativa²⁵⁷ – per il senso comune l'attività giuridica per eccellenza al punto che la parola 'interprete' è usata spesso come sinonimo di 'giurista'.

Il problema – soprattutto per chi non accetta l'idea che nel seguire le regole qualche volta il linguaggio del diritto costituisce giustificazione necessaria e sufficiente per l'assunzione di una decisione giuridica²⁵⁸ – è che senza una teoria del *legal reasoning* rischia di spezzarsi quel nesso tra disposizioni generali (autoritativamente formulate) e decisioni particolari che sembra essenziale (se non proprio per qualsiasi possibile accostamento giuspositivista, perlomeno) per il formalismo pratico. Occorre, però, evitare, nel tentativo di dare risposta a questo problema, di cadere nel c.d. formalismo interpretativo, che evidentemente ha molto a che fare con la formulazione linguistica delle norme, sebbene – questo mi interessa mettere in luce – abbia, a sua volta, assai poco a che fare con il formalismo pratico.

Per formalismo interpretativo si può intendere una particolare forma di cognitivismo interpretativo secondo cui per individuare la disciplina giuridica di ogni possibile caso è sufficiente prendere in considerazione gli enunciati normativi da cui ricavare la (sola) risposta corretta. In alcune varianti la fedeltà al testo si giustifica, in realtà, come fedeltà alla volontà del suo autore, in altre come ricerca del significato obiettivo delle proposizioni giuridiche²⁵⁹. In un certo senso è quest'ultima accezione ad apparire 'la più formalistica'. Nella letteratura di lingua inglese si parla anche in tali casi più precisamente di "legalismo" (*legalism*)²⁶⁰ o, nel recente dibattito soprattutto negli Stati Uniti, di "letteralismo" (*textualism*)²⁶¹.

"Letteralismo" è in particolare definita una certa dottrina dell'interpretazione dei testi giuridici, il cui principale esponente è considerato il giudice

²⁵⁷ V. a esempio F. ATRIA, *Legal Reasoning and Legal Theory Revisited*, in *Law and Philosophy*, n. 18, 1999, 537 ss.

²⁵⁸ O anche per chi ritenga che gli *easy cases* sono una sparuta minoranza, o ancora per chi ritenga che la parte davvero interessante per il diritto è costituita dai casi difficili, poiché è in questi che vengono chiamate in causa la sapienza e l'abilità dei giuristi.

²⁵⁹ V. E. DICIOTTI, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Siena, 2003, 5-6, nt. 3.

²⁶⁰ V., a esempio, W. TWINING, D. MIERS, *To Do Things With Rules. A Primer of Interpretation*, London, 1976; trad. it., *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Milano, 1990, 245-249.

²⁶¹ Traduco *textualism* con letteralismo poiché mi pare che nel contesto italiano il riferimento alla 'lettera' della legge sia più appropriato che non il riferimento al testo, che ha un significato più ampio.

della Corte Suprema Antonin Scalia²⁶², che si suole contrapporre al cosiddetto “intenzionalismo”. Mentre i “letteralisti” si preoccuperebbero solo del significato obiettivo delle parole contenute nel testo della legge, minimizzando o escludendo fonti extratestuali, gli “intenzionalisti” cercherebbero di identificare e far valere l’intento soggettivo del legislatore²⁶³. In altre parole i primi sarebbero preoccupati soprattutto del punto di vista del destinatario, i secondi del punto di vista dello *speaker*²⁶⁴.

L’obiettivo del letteralismo sarebbe, in concreto, quello di contrastare il ricorso a quattro rilevanti prerogative normalmente riconosciute alle corti: fare eccezioni agli enunciati normativi quando le prime appaiano giustificate o necessarie; permettere al significato degli enunciati di modificarsi nel corso del tempo; invocare canoni ricostruttivi per spingere le leggi verso direzioni desiderabili; invocare gli scopi del legislatore per forzare il significato non ambiguo di certi termini in determinate direzioni²⁶⁵.

²⁶² A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, cit., 20: «*of all the criticisms leveled against textualism, the most mindless is that it is “formalistic”. The answer is that is, of course it is formalistic! The rule of law is about form ... Long live formalism. It is what makes a government of laws and not of men*». Per un’applicazione del metodo interpretativo caldeggiato da *Scalia v. Chisom v. ROEMER*, 501 U.S. 380 (J. SCALIA, *dissenting*), ove si legge: «*I thought we had adopted a regular method for interpreting the meaning of language in a statute: first, find the ordinary meaning of the language in its textual context; and, second, using established canons of construction, ask whether there is any clear indication that some permissible meaning other than the ordinary one applies. If not and especially if a good reason for the ordinary meaning appears plain we apply that ordinary meaning*».

²⁶³ C. NELSON, *What is Textualism?*, in *Virginia Law Review*, n. 91, 2005, 348 ss.

²⁶⁴ In realtà si tratta di una distinzione che presenta una certa enfaticizzazione retorica, poiché varie indagini hanno mostrato che sul piano del metodo e degli obiettivi interpretativi tra giudici “testualisti” ed “intenzionalisti” le differenze sono assai più tenui di quanto la contrapposizione non faccia intendere (v. J.S. SCHACTER, *The Confounding Common Law Originalism in Recent Supreme Court Statutory Interpretation: Implications for the Legislative History Debate and Beyond*, in *Stanford Law Review*, n. 51, 1998, 5 ss.). Le differenze starebbero invece su un altro piano quello della diversa sensibilità rispetto al dualismo regole-principi (C. NELSON, *op. ult. cit.*, 403-417). Quello che a me interessa in questa sede è, comunque, l’apparato ideologico-concettuale che sembra sorreggere il “letteralismo” più che il modo come viene effettivamente applicato.

²⁶⁵ C.R. SUNSTEIN, *Must Formalism Be Defended Empirically?*, in *University of Chicago Law Review*, n. 66, 1999, 639. Dal punto di vista delle tecniche interpretative il moderno approccio formalista, secondo Sunstein, condividerebbe un certo numero di caratteristiche positive e negative, quali: l’insistenza a usare il testo come esclusiva fonte dell’interpretazione; il rifiuto di fare eccezione al significato ordinario dei termini, anche quando gli esiti sarebbero molto probabilmente non quelli desiderati dal legislatore; l’insistenza sul fatto che

Di recente Andrei Marmor ha osservato che questa forma di legalismo è oggi molto popolare nelle corti federali statunitensi e probabilmente ha una connessione con determinate posizioni politiche, contrarie al fatto che i giudici “creino” diritto, poiché questo sarebbe affare esclusivo dei parlamenti democraticamente eletti²⁶⁶. La cosa che può apparire strana è che questa diffidenza per il *common law*, e l’adesione a una rigida concezione della separazione dei poteri, sembra entrata a far parte del patrimonio ideologico dei conservatori, mentre in una prospettiva storica ci si potrebbe aspettare una posizione di questo tipo da parte dei movimenti liberal-progressisti. Ma, secondo la lettura di Marmor, per i “letteralisti-conservatori” l’idea della separazione dei poteri farebbe soltanto da paravento all’obiettivo reale consistente nel perseguimento dello “stato minimo”.

La strategia di politica giudiziaria si baserebbe, in particolare sulle seguenti mosse. Si prescrive ai giudici di attenersi nell’applicazione della legge allo stretto significato letterale, pur essendo consapevoli del fatto che questo è illusorio: l’interpretazione giudiziaria delle leggi è tipicamente necessaria proprio perché, come visto, il significato delle previsioni legislative è spesso non abbastanza chiaro per pervenire a uno specifico risultato o, qualche volta (v. *infra*), perché il significato letterale implica risultati che sono chiaramente ingiusti o comunque inaccettabili. In altre parole, dalla prospettiva di una teoria dell’interpretazione, dinanzi ai cosiddetti hard cases (quelli per i quali si richiede un’interpretazione) dire a un giudice che la previsione legislativa significa ciò che letteralmente afferma è pressappoco non dire nulla. Ma la suddetta prescrizione diventa coerente qualora si assuma anche una regola ulteriore, quella del *non liquet*, per cui le questioni interpretative devono rimanere prive di soluzione giudiziale. E sarebbe proprio questa la vera ragione a fondamento del letteralismo: lasciare che i casi difficili rimangano non risolti, in modo da limitare al minimo le funzioni regolative dello Stato, impedendo al legislatore di perseguire ampi obiettivi di

quando il testo è ambiguo i giudici devono attenersi alla lettura fornita dalle agenzie amministrative e comunque a utilizzare canoni di giudizio che aiutino a limitare il più possibile la discrezionalità giudiziale; il rifiuto di tenere conto della storia legislativa e di utilizzare con molta cautela il ricorso agli scopi ed alle intenzioni del legislatore; l’escludere l’invocazione di argomenti di policy, come a esempio le conseguenze che una soluzione o l’altra possa comportare (p. 653).

²⁶⁶ A. MARMOR, *The Immorality of Textualism*, in *University of Southern California Legal Studies Research Paper Series*, n. 05-5, 2005. Per quanto riguarda in particolare il diritto amministrativo una posizione di questo genere sembra congruente con il modello *Chevron* (v. V.3.1.1), che richiede alle corti di mostrare deferenza nei confronti dell’applicazione della legge effettuata dalle agenzie. Ed infatti Antonin Scalia aderisce a *Chevron*.

regolazione. Apparentemente il letteralismo difende la separazione dei poteri ed il ruolo dei regolatori, ma di fatto intenderebbe impedire – attraverso un atteggiamento non cooperativo – la possibilità di ampi obiettivi di regolazione pubblica²⁶⁷. Alle corti, infatti, è affidato il preciso compito di applicare il diritto e determinare autoritativamente ciò che il diritto è in determinati casi. Nell’adempiere a questo ruolo, i giudici assumono un dovere fiduciario di assolvere tale compito in buona fede ed al meglio delle proprie capacità di giudizio.

A tal proposito Marmor prende in considerazione una qualche analogia con il rapporto d’impiego. Il datore di lavoro affida al dipendente determinate mansioni. Certamente un buon datore di lavoro darà istruzioni su ciò che il dipendente ci si aspetta faccia e cercherà di farlo nel modo desiderabilmente più chiaro secondo le circostanze. Ma entrambi sanno che vi è un limite all’accuratezza di queste istruzioni ed allora l’aspettativa è che quando il dipendente non ha esplicite direttive egli deve usare il proprio giudizio ed agire in buona fede per adempiere ai suoi compiti. Insomma, non ci aspettiamo che l’impiegato agisca come un legalista²⁶⁸. Nel contesto dell’interpretazione della legge alle corti spetta l’importante compito di seguire le ‘istruzioni’ del legislatore nell’applicare il diritto a casi particolari. Sebbene, ovviamente, non possa parlarsi di un rapporto d’impiego, deve sussistere un analogo rapporto fiduciario sul fatto che il giudice agisca in buona fede ed adempia alle sue responsabilità con il massimo impegno. L’analogia si coglie comunque in questo aspetto cruciale: proprio come ci si aspetta che i di-

²⁶⁷ Questo profilo, sebbene da una diversa prospettiva, è considerato anche da C.R. SUNSTEIN, *op. ult. cit.*, 669, il quale sostiene che la difesa del formalismo interpretativo deve fondarsi su basi empiriche. Tra queste basi empiriche vi è l’asserto secondo cui un “regime formalistico” adottato dai giudici costituirebbe un incentivo per il legislatore a essere più attento ai fatti ed a correggere i relativi errori. Il formalismo «*might reduce error costs if it leads to fewer and less damaging mistakes than any alternative (again defining mistakes provisionally and, in cases of ambiguity or genuine doubt, as outcomes that deviate from what the enacting Congress would have done), and if any mistakes are corrected, quickly and at low cost, by the parties or by Congress*» (651). Indagini empiriche di questo genere sono assai difficili (forse impossibili) e questo solleva più di una perplessità sulla proposta in esame. Assai severa sul punto è la critica di A. MARMOR, *The Immorality ...*, cit., 8, rilevando, sia che appare irrealistico che in base a certe conseguenze indesiderabili delle decisioni giudiziarie i parlamenti migliorino le proprie *performances*, sia che vi sarebbero ragioni morali per dubitare che sia una buona cosa che le corti “educhino” il legislatore su come scrivere le leggi applicandole male.

²⁶⁸ Come agisce, in altre parole, il “bambino legalista” nell’esempio immaginato da W. TWINING, D. MIERS, *op. cit.*, 22-24.

pendenti conoscano che c'è un limite alle istruzioni che possono ricevere e che debbono poi agire secondo il loro migliore giudizio nello svolgere i propri compiti, così le corti devono conoscere che vi è un limite alle istruzioni che possono ricevere dal legislatore. Ad un certo punto esse devono agire come un buon dipendente quando le istruzioni si sono esaurite: usando il proprio giudizio e risolvendo il problema al meglio che possono. Ma, dunque, perché, in definitiva si chiede Marmor l'obiettivo del 'letteralismo' è mascherato da giustificazioni etiche quali la fedeltà alla stretta volontà del legislatore e la separazione dei poteri? La risposta, la cui valenza è certamente generalizzabile, è che nel complesso mondo in cui viviamo, i neo-conservatori sono costretti a un considerevole aumento delle regole per alimentare la loro ideologia antiregulatoria e ciò soprattutto perché la *governance* non è più il dominio esclusivo di un'amministrazione centrale, ma è spalmata tra molti livelli istituzionali²⁶⁹.

Dal punto di vista della teoria dell'*adjudication*, e ricollegandomi alle osservazioni introduttive di questo paragrafo, quello che emerge, in positivo, dalla penetrante critica di Marmor al letteralismo contemporaneo è che sia possibile mantenere un legame tra 'seguire una regola' ed interpretarla, nel senso che quest'ultima attività potrebbe aiutarci a seguire la regola quando questa non possa essere osservata (nei casi dubbi) senza ricorrere a una sua riformulazione. Si tratta, dunque, di una opzione intenzionalista, che fa appello a una qualche forma di lealtà del giudice all'autorità normativa²⁷⁰.

²⁶⁹ A. MARMOR, *op. ult. cit.*, 18-20. Non deve sorprendere, quindi, in questa ottica se il testo del disegno di legge sulla riforma dell'ordinamento giudiziario approvato dalla Commissione Giustizia del Senato il 25 settembre 2004 regolando la materia dell'illecito disciplinare del magistrato vi includesse «l'attività di interpretazione di norme di diritto che palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o abbia contenuto creativo». Anche a seguito delle numerose critiche piovute addosso a questo passaggio, nel testo della legge poi promulgata il divieto espresso di interpretazioni creative non è presente, ma qualcosa di più di una traccia di questa impostazione è presente nella disposizione – la cui ovvietà potrebbe far trasalire il lettore che non conoscesse l'antefatto – secondo cui «non può dar luogo a responsabilità disciplinare l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale» (art. 2.6, lett. c), n. 11, l. 25 luglio 2005, n. 150). In argomento v. M. CAVINO, *Attenzione a quel che chiedete! Potreste ottenerlo. Riflessioni sul posto dell'interpretazione giuridica nel nuovo progetto di legge sull'ordinamento giudiziario*, in www.costituzionalismo.it, fasc. 3/2003, nonché D. BIFULCO, *Divertissement sul "divieto di sentenze creative" e dintorni*, *ivi*. Più in generale su deontologia giudiziaria ed interpretazione v. D. BIFULCO, *Deontologia giudiziaria, disciplina e interpretazione della legge: territori (limitrofi?), da recintare con cura!*, in *Pol. e dir.*, 2004, 617 ss.

²⁷⁰ V. A. MARMOR, *Interpretation ...*, cit., cap. VIII, intitolato «L'intenzione del legisla-

Come si è visto, tuttavia, si può anche ritenere che i giudici non possano che risolvere le controversie sui casi dubbi ricorrendo al proprio giudizio discrezionale (opzione scettica). Ci si muove qui su un terreno estremamente scivoloso. Entrambi gli approcci condividono, infatti, l'assunto che quando il caso cade al di fuori dell'area di chiarezza di una regola oppure la sua formulazione è di per sé ambigua, la regola non possa disbrigare il suo 'lavoro di regola'. Se l'interpretazione, infatti, sostituisce per così dire una regola con un'altra regola, essa non può

salvare l'abisso che si dà tra la regola e l'azione²⁷¹.

Se la formulazione di una regola è inadeguata per determinare un risultato particolare in certe circostanze, allora non vi è niente più da spiegare o comprendere: si richiede una nuova formulazione della regola che elimini i dubbi ed è a questa operazione che si dà, in particolare, il nome di 'interpretazione'. Ma, tornando al dilemma iniziale, il punto è proprio qui: in che senso di questa interpretazione può dirsi che è attività conoscitiva, che rientra nelle operazioni di applicazione del diritto in quel più ristretto senso condiviso dalla nostra più illustre dottrina?²⁷² Qual è in particolare la differenza tra riformulare una regola e formulare una nuova regola, distinzione che consentirebbe di mantenere ferma la differenza tra operazioni solo interpretative ed operazioni creative del diritto?²⁷³

Non ho alcuna pretesa di rispondere a questa domanda. Il problema è tra i più complessi e purtroppo non può dirsi che chi si è più impegnato in questa direzione – vale a dire gli studiosi del ragionamento giuridico – abbia fornito teorie convincenti a sostegno dell'ipotesi che la scelta tra alternative giuridicamente valide possa essere giustificata secondo un modello razionale²⁷⁴.

tore e l'autorità del diritto». L'idea di fondo di questo autore è che ogni interpretazione è un'attribuzione di un'intenzione comunicativa a un autore reale o fittizio. Per una critica di questa tesi v. T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, cit., 167-183; I. LIFANTE VIDAL, *Interpretación y modelos de derecho: Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica*, in *Doxa*, 22, 1999, 171 ss. In tema v. anche C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., spec. cap. VII; E. DICIOTTI, *Interpretazione delle legge ...*, cit., 403-411, che riassume in modo convincente la scarsa tenuta della nozione di intenzione del legislatore o di scopo del legislatore (pp. 399-403).

²⁷¹ A. MARMOR, *op. ult. cit.*, 193.

²⁷² M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, cit., 67; E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, *passim*.

²⁷³ T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, cit., 179.

²⁷⁴ Non sembra, infatti, che gli studi in materia abbiano prodotto apprezzabili risultati

Rimanendo nella stretta ottica della presente indagine, pertanto, mi limito a osservare che quello che mi sembra possa plausibilmente dirsi è che il ragionamento giuridico si differenzi da altri ragionamenti pratici per il fatto di incontrare limitazioni legali rispetto alle ragioni che possono essere addotte a giustificazione di una determinata scelta²⁷⁵. Il problema è se oltre a tali limitazioni legali, che evidentemente costituiscono soltanto ‘ragioni escludenti’, nel senso che operano in negativo, il decisore incontri altre limitazioni che in un qualche senso possano essere chiamate giuridiche. Non è chiaro, infatti, come si possa configurare una razionalità di tipo giuridico²⁷⁶ che

concreti, essendo rimasti su un piano piuttosto astratto, anche perché – come è stato rilevato – gli operatori giuridici tendono piuttosto a nascondere (mediante l’impiego di un particolare linguaggio) che non a mostrare le ragioni delle scelte compiute (E.P. HABA, *Una discusión ¿Quiénes son los irracionistas en la teoría del derecho?*, in *Doxa*, n. 19, 1996, 390).

²⁷⁵ In tema v. V. ITURRALDE, *Justificación judicial ...*, cit., 120-121. Il ragionamento pratico proprio dei giudici, ed in genere di coloro che applicano il diritto, può essere definito come *rule guided reasoning*, ma tuttavia le ragioni in appoggio a una determinata decisione non possono ridursi a ragioni istituzionali (a meno che, aggiungo, non si affronti un caso facile) e occorrono ragioni addizionali, che consisterebbero nella razionalità o corretta giustificazione della decisione. Tra queste ragioni addizionali quelle che generano i maggiori problemi sono quelle ‘valorative’, che si richiamano, a seconda delle preferenze dei diversi autori, ai valori ordinamentali (particolarmente quelli incorporati nelle costituzioni), ai valori sociali (di una comunità, di un gruppo, ecc.), ai valori delle tradizioni giurisprudenziali, o infine a valori universali (come a esempio il diritto naturale). Ebbene, che tali valori siano oggetto di operazioni razionali, siano quindi obiettivamente conoscibili ed idonei a giustificare una decisione, è cosa difficile da dimostrare. Studi recenti mostrano in modo assai convincente come e perché il ragionamento del giudice non è un discorso razionale (v. E. DI CIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., 532 ss.).

²⁷⁶ Si possono, infatti, certamente distinguere diversi tipi di razionalità, ma non sembra possa parlarsi di una ‘razionalità giuridica’, a meno di non intendere per essa il cosiddetto sillogismo giudiziale che è proprio il tipo di spiegazione che tutti coloro che rivolgono la propria attenzione al *legal reasoning* rifiutano, potendo applicarsi il meccanismo sussuntivo soltanto dopo avere ricostruito attraverso l’interpretazione la ‘premessa maggiore’ del sillogismo. In argomento v. A. GARCÍA FIGUEROA, *La tesis del caso especial y el positivismo jurídico*, in *Doxa*, n. 22, 1999, 195 ss. La tesi del caso speciale si riferisce al fatto che il ragionamento giuridico sarebbe un caso particolare del ragionamento pratico e quindi del ragionamento morale. L’autore mette in luce come da un lato la specialità del ragionamento giuridico rispetto a quello morale sembra tendere a evitare l’identificazione tra i due, d’altra parte appartenendo, secondo questa tesi (l’autore prende in esame le note teorie di Robert Alexy e Neil MacCormick), allo stesso genere, è dubbio che tale cautela possa servire a «contenere le forti contraddizioni che possono generarsi tra il ragionamento giuridico e il ragionamento morale» (p. 198). Dopo un’attenta analisi di quattro possibili interpretazioni della tesi del caso speciale l’autore conclude, che tale tesi, costituente il nucleo della teoria dell’argomentazione giuridica, porta necessariamente alla dissoluzione del concetto di diritto come inteso nell’accezione giuspositivistica (p. 220).

renderebbe quindi ‘giuridici’ i meccanismi intellettivi, psicologici, ecc. che portano, a esempio, il giudice a formulare un determinato giudizio interpretativo piuttosto che un altro. Se questa configurazione non fosse possibile la distanza nei confronti della tesi della discrezionalità nei casi di penombra sarebbe dal punto di vista giuridico scarsamente apprezzabile, trattandosi in tutte e due le ipotesi di ricorrere a nozioni extra-giuridiche, in un caso una qualche forma di razionalità, nell’altro la discrezionalità²⁷⁷.

Le suddette limitazioni legali sono rappresentate dalla cornice, di spessore variabile, costituita dal linguaggio in cui sono espresse le norme e dalle altre limitazioni relative a esempio alle decisioni sulla validità ed applicabilità delle norme e sui mezzi di prova dei fatti rilevanti, nonché agli argomenti e metodi interpretativi prefissati in un determinato ambiente decisionale ed a determinate convenzioni linguistiche che consentono spesso di intendere in modo univoco certi termini tecnici o tecnicizzati. Ma tutto questo non appartiene all’interpretazione, semmai alla preparazione del terreno per la successiva interpretazione, la quale (nell’accezione qui accolta) sembra consistere essenzialmente di giudizi di valore. Il problema è che non pare esservi modo per sostenere plausibilmente che tali giudizi di valore possano essere obiettivi od universali²⁷⁸ o necessariamente rispondenti a un modello razionale²⁷⁹.

Tuttavia è proprio l’idea di una razionalità tipica del *legal reasoning* a caratterizzare, in contrapposizione al positivismo hartiano, l’approccio ‘interpretazionista’, che costruisce la concezione stessa del diritto attorno alla tesi fondamentale secondo cui vi sarebbe un tipo di ragionamento propriamente giuridico, costituito, in ultima analisi, dall’abilità di risolvere i casi attraverso principi incorporanti istanze morali. Quest’ultimo argomento conduce al

²⁷⁷ Anche in questo modo si spiega probabilmente la grande fortuna, sia in sede scientifica sia tra gli operatori, della disciplina dell’argomentazione giuridica, sorta di moderna retorica, tesa, pertanto, più a convincere che a dimostrare. Naturalmente molto spesso (nella maggior parte degli ordinamenti vigenti) la logicità del discorso del giudice (e di quello dell’amministrazione) è oggetto di una norma (a volte di creazione giurisprudenziale), ma come già osservato non si tratta di congegni che possano colmare il problema dell’indeterminatezza del diritto.

²⁷⁸ Su questo punto si può rinviare alle pagine di A. ROSS, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Bologna, 1982, 97-135, costituente la traduzione del saggio *On the Logical Nature of Propositions of Value*, in *Teoria*, vol. XI, 1945, 172, 210, che in realtà è una serrata dimostrazione della natura non logica e non oggettiva dei valori (v. spec. 127-135).

²⁷⁹ A proposito della razionalità nel diritto v. i saggi raccolti nel n. 25/2005 di *Ragion Pratica*.

secondo aspetto della discussione sugli *easy cases*, quello legato alla critica del particolarismo decisionale su cui tra poco porterò l'attenzione.

1.4.3.3. *Potere amministrativo e valori*. – Vorrei però prima fornire un breve saggio di come questi problemi sono percepiti nell'ambito della scienza italiana del diritto amministrativo, dove la tematica interpretativa non è oggetto di particolare attenzione²⁸⁰. Due dei suoi più importanti esponenti attuali, come Guido Corso ed Aldo Travi²⁸¹, hanno entrambi di recente dato atto della rilevanza dei giudizi di valore nell'interpretazione delle norme che in un senso condivisibile possono essere definite di 'diritto amministrativo': le norme che conferiscono poteri alle amministrazioni pubbliche. L'aspetto interessante a mio avviso è proprio relativo al fatto che siano queste particolari metanorme a calamitare in modo esclusivo l'interesse dei due autori.

Il valore soggiacente all'interpretazione delle norme sul potere è per Corso l'interesse pubblico. Tali norme attribuirebbero, infatti, il potere a protezione di un interesse pubblico specifico. Da un certo punto di vista individuare questo interesse non costituirebbe un grosso problema, perché in molti casi basterebbe per fare questo cercare nella Costituzione, confrontando l'intitolazione della singola legge (cioè la materia) con i motivi per cui la Costituzione consente l'esercizio dei poteri pubblici. Senonché tali motivi sono o *standards* molto vaghi, come "sicurezza e incolumità pubblica", o addirittura '*dummy standards*'²⁸², come "interesse generale" e "utilità generale". In che senso da essi è possibile trarre un interesse pubblico specifico? Corso accenna forse a questo problema quando dice, assumendo un altro punto di vista, che

sul piano normativo, per così dire, quell'interesse pubblico deve essere dato per scontato (e si tratta al più di individuarlo), non sarebbe costituzionalmente ammissibile una norma che conferisse un potere amministrativo che non fosse preordinato alla protezione di uno specifico interesse pubblico²⁸³.

Ma pare quindi evidente che, in realtà, quello che l'autore sta prescrivendo

²⁸⁰ Si potrebbe dire in gran parte non a torto, poiché non sembra esservi nulla di peculiare nell'interpretazione delle 'leggi amministrative', ammesso che vi sia qualcosa cui si possa dare questo nome (v. A. TRAVI, *Discussant (a Guido Corso)*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, 265; G. CORSO, *L'interpretazione della legge nel diritto amministrativo*, *ivi*, 251).

²⁸¹ V. nt. prec.

²⁸² T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, cit., 48-49.

²⁸³ G. CORSO, *op. ult. cit.*, 256-7.

do è di assoggettare sempre il potere amministrativo a una sorta di controllo sulla base di una qualche istanza – chiamata interesse pubblico – ricavata sulla base di giudizi in larga misura fondati su opzioni ideali. Vi è, peraltro, un valore ultimo presupposto, quello di considerare, in senso liberale, il potere discrezionale dell'amministrazione caratterizzato da una intrinseca limitatezza e limitabilità dei fini²⁸⁴.

Il fatto che l'interprete delle norme di diritto amministrativo si orienta in primo luogo secondo valori è, del resto, la tesi fondamentale di Travi, ed anche per questo autore vi è una diretta corrispondenza tra il ruolo giocato dai valori e la

lettura delle leggi che attribuiscono poteri²⁸⁵.

Il ragionamento di questo studioso si fa ancora più esplicito quando segnala la tendenza dei giuristi ad ancorare tali valori a norme positive di alto rango o di consolidata tradizione o di riconosciuta centralità disciplinare (Trattato CE, Costituzione, l. abolitrice del contenzioso amministrativo, l. 241/1990), mascherando il fatto che tali valori di fatto precedono l'interpretazione e non viceversa, non sono, quindi, logicamente desunti da quei testi. Rispetto al potere amministrativo, l'assunzione che i poteri affidati all'amministrazione non possono essere trattati in modo uguale ai poteri privati, deve fondarsi, quindi, su un valore fondante non traibile dalle norme, che in questo caso è per Travi, riprendendo le osservazioni di Corso, la garanzia della democrazia.

Lasciando di lato la parte prescrittiva di queste osservazioni, il dato già sottolineato è lo stretto collegamento che emerge tra l'interpretazione delle norme che conferiscono poteri e l'assunzione a monte di valori o ideali che prescindono da qualunque altra norma²⁸⁶. Ma mi sembra importante anche la parte che viene lasciata in ombra in questa discussione, quella relativa alle 'leggi amministrative' che non conferiscono poteri²⁸⁷. Si tratta di un punto

²⁸⁴ Questa idea, che ritengo risponda a un ideale molto importante, e cioè che «i poteri pubblici, a differenza dei soggetti privati, non sono meramente limitati, ma positivamente determinati quanto ai fini che possono lecitamente perseguire» (M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Ilicitos atípicos*, cit., 105) richiede un 'impegno'. Soltanto una volta assunto diviene una sorta di necessità logica che tali fini risultino determinabili, anche quando, come spesso accade questi non siano determinati.

²⁸⁵ A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 266.

²⁸⁶ A meno che non voglia dirsi che la stessa assunzione di tali valori fatta da un interprete professionale sia solo per questo una norma giuridica.

²⁸⁷ Vi alludono, però, sia G. CORSO, *op. ult. cit.*, 260 sia A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 269, per obiettare a Corso che la garanzia di democraticità investe l'amministrazione anche quando non le sono conferiti poteri.

fondamentale che qui è prematuro sviluppare. Occorre, infatti, stabilire cosa si intende per potere e quando si è in presenza di un potere, in particolare di un 'potere amministrativo'. Ma si può forse ipotizzare fin d'ora che nei 'casi facili' di applicazione di una regola che non delega espressamente scelte all'amministrazione non vi è un genuino potere degli organi amministrativi. D'altronde non è banale, come può sembrare a prima vista, chiedersi perché i suddetti "valori di fondo" sono invocati proprio per arginare una specifica situazione di potere e non, a esempio, l'organizzazione amministrativa o la 'burocrazia' in quanto tali. La risposta è che dinanzi a un potere si deve postulare un'area di libertà o di vuoto da riempire. L'incompletezza regolativa ed il potere sembrano due facce della stessa moneta, e non a caso entrambe le nozioni generano il problema della discrezionalità. Certo si tratta di capire se tutte le volte che vi è discrezionalità si deve sempre parlare di un genuino potere o se distinguendo tra tipi diversi di discrezionalità anche il potere diviene descrivibile secondo tipologie distinte²⁸⁸.

Ma in questo momento – senza avere affrontato questi difficili problemi – possiamo limitarci a dire che dinanzi a un vuoto da riempire, i giuristi, consapevolmente o meno, ricorrono a valori. Al di fuori del potere (incluso qui quel 'potere' di scelta derivante dalla vaghezza del diritto) è, però, plausibile ritenere che l'esigenza manifestata dai suddetti studiosi venga meno e l'applicazione del diritto (amministrativo) abbia poco o niente di divergente dal decidere seguendo regole genuine.

Una questione che a me pare di non secondaria importanza, ma che è invece, con le dovute eccezioni, considerata soltanto sotto alcuni limitati profili dalla scienza del diritto amministrativo, è se ciò che ho appena definito 'potere' derivante dalla vaghezza del diritto debba essere trattato alla stregua di un genuino potere amministrativo (e si ripete occorre però definire questo termine) oppure alla stregua del decidere secondo regole²⁸⁹. Il motivo di questa sottovalutazione è, peraltro, molto semplice: la giurisprudenza, con il massiccio appoggio della dottrina, non giunge neanche a porsi il problema in questi termini, poiché considera casi di 'genuino potere amministrativo' anche quelli in cui si tratta pacificamente di applicare soltanto una regola.

²⁸⁸ La tesi che sosterrò nel quinto capitolo è proprio in questo senso.

²⁸⁹ In altri termini se trattare anche la discrezionalità derivante da indeterminatezza regolativa come un caso di ciò che comunemente si intende per discrezionalità amministrativa. La questione, come è noto, è considerata dalla dottrina quasi con esclusivo riferimento alla problematica dei 'concetti vaghi e indeterminati' (che in Italia non sembra comunque costituire uno dei temi centrali del diritto amministrativo come in Germania), categoria questa che peraltro sembra ignorata dalla nostra giurisprudenza (v. cap. V).

Comincerò a sviluppare gli spunti impliciti in queste osservazioni nel prossimo capitolo, per poi cercare di giungere a elaborare qualche tesi in proposito nel quinto capitolo²⁹⁰.

Desidero, infine, tornare un istante sulla parte prescrittiva che emerge dalla discussione tra Guido Corso ed Aldo Travi sull'interpretazione nel diritto amministrativo. Ricollegandomi al valore della democrazia garantista, nonché all'esortazione

ad avere la capacità e l'onestà di saper ... sempre riconoscere e dichiarare²⁹¹

i valori presupposti, ritengo opportuno richiamare il tema degli 'impegni' del formalismo pratico, consistenti nel tentare di traghettare le virtù delle regole fuori dell'area degli *easy cases*, quindi di improntare, come dice Claudio Luzzati²⁹², la strategia interpretativa a un programma di rafforzamento della certezza giuridica proprio perché consapevole della necessità di compiere scelte e opzioni su valori. In questo caso l'impegno formalistico, derivante dall'esigenza propria dell'ideale della *rule of law* di avere regole il più possibile generali e complete, per perseguire i valori del garantismo e dell'uguaglianza, non può che essere quello di adottare argomenti e metodi interpretativi nonché principi sostanziali il più possibile generali e comunque orientati verso una non irragionevole fedeltà alla comprensione letterale-testuale. Questo impegno, come si vedrà a suo luogo, potrebbe essere in grado di mantenere all'interno di una strategia universalistica le ipotesi che chiamerò di discrezionalità interstiziale (V. 5).

1.4.3.4. *Defettibilità delle regole?* – Passo ora a esaminare alcuni argomenti della seconda obiezione al fp-1 e 2.1, che si fonda sulla tesi della defettibilità delle regole, che è tesi necessariamente soggiacente agli approcci degli indirizzi dottrinali giuspubblicistici velocemente esaminati nel § 1.4.2, se questi vogliono mantenersi coerenti con le proprie premesse ideali²⁹³.

²⁹⁰ Come si vedrà considero tali problemi rilevanti nell'inquadramento della fattispecie di anomalia di un atto amministrativo che però non lo rende annullabile disegnata dall'art. 21-octies.2 della l. 241/1990. Peraltro, in una sorta di moto circolare di cui non sono riuscito a isolare bene il punto di inizio, ho l'impressione che a sua volta questa disposizione, insieme a altre, conforti le tesi che andrò abbozzando.

²⁹¹ A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 270.

²⁹² *L'interprete e il legislatore*, cit., 155-163.

²⁹³ In realtà anche la tesi del *rule following* è necessariamente implicata da tali indirizzi, che infatti in genere non negano che sia possibile seguire una regola, sebbene quasi mai ci si avveda della contraddizione tra dire che si può seguire una regola e dire che per farlo la si

Questa tesi in una delle sue possibili declinazioni suona più o meno così: anche ammessa la possibilità di afferrare il significato di un'espressione contenuta nel diritto, ne rimane sempre incerto il suo autentico significato legale, poiché esisterebbe uno iato tra il significato semantico di un enunciato giuridico e le sue conseguenze pratiche²⁹⁴. In altre parole, una volta compreso come applicare una regola, rimane ancora la questione se ogni regola giuridica, per quanto chiaramente applicabile a un certo caso, deve essere tuttavia applicata quando produce risultati indesiderati. Viene, dunque, definito formalista chi nega la possibilità di una scelta del decisore integrativa o creativa della regola. F. Schauer ha mostrato come siano concettualmente ipotizzabili, in un determinato ordinamento, vari modelli di "escape route" dall'applicazione di una regola anche nei casi chiari, particolarmente attraverso il ricorso ai principi²⁹⁵.

L'obiezione relativa alla inerenza a qualunque regola di una *escape-route* è sorretta o da argomenti di taglio empirico-psicologico – un decisore dinanzi a un esito per lui indesiderabile, cercherà sempre di utilizzare un criterio di ragionevolezza tenendo conto di tutti i fattori rilevanti del contesto in luogo di quanto prescrive la regola – o dalla tesi concettuale secondo cui tutte le norme giuridiche devono essere interpretate come soggette a eccezioni implicite.

Quanto al primo tipo di argomenti non vi è molto da dire. L'idea, in definitiva, che la norma giuridica sia in quanto tale 'defeseable' non appare affatto convincente, anche perché – in realtà – essa confonde l'aspetto legato alla conoscenza di ciò che prescrive il diritto con la previsione di quello che

deve interpretare. Dire questo significa, infatti, già sostenere che la decisione di un caso dipende in gran parte o in tutto da ragioni esterne al diritto. Ma tutto ciò, appunto, non è in genere tematizzato, mentre quello che sembra soprattutto presente negli indirizzi in questione è che vi devono essere meccanismi giuridici per scardinare in ogni caso l'esclusività della regola quando questo appaia desiderabile al decisore particolare e, come si mostra in questo paragrafo, questo grimaldello è rappresentato in gran parte da un modo peculiare di intendere i 'principi'.

²⁹⁴ Non considero qui le molte teorie che arrivano a questa conclusione sulla base del fatto che il diritto è da considerare una 'prassi sociale' e che quindi il significato delle disposizioni è uno degli elementi ma non il solo, poiché rilevano i comportamenti di tutti i partecipanti al 'gioco del diritto'. Mi pare che si possa includere questo punto di vista in quanto prima considerato sul contenuto anche contestuale di una espressione giuridica. Una volta che un enunciato, anche in base alla prassi sociale, sia da intendere in un certo modo rimane da stabilire se esso lavora come regola oppure per applicarlo occorre sempre ricorrere alle particolarità del caso che ne imporrebbero una continua riformulazione.

²⁹⁵ F. SCHAUER, *Formalism*, cit., 519 ss.

decideranno i giudici in una circostanza particolare, che è problema diverso dal primo.

La tesi del carattere intrinsecamente aperto a un numero indeterminato di eccezioni (che spesso si fonda su una lettura forzata di un passaggio di Hart²⁹⁶ porta alla conseguenza che non potrebbe mai giungersi ad alcuna soluzione di un caso concreto in base al diritto, poiché non si potrebbe mai escludere che proprio in quel caso si verifichi una di tali eccezioni. Così, più che semplicemente ipotizzare che le soluzioni che le norme giuridiche stabiliscono possano essere derogate in certe situazioni atipiche, tale carattere comporterebbe il totale svuotamento del diritto come procedimento per la risoluzione di conflitti mediante decisioni giustificare a partire da norme generali²⁹⁷. In realtà questa è proprio la funzione che, in modo più o meno soddisfacente, continua a svolgere il diritto e da questo punto di vista la tesi della *defeasibility* è fortemente controintuitiva. Ritorna qui quel carattere del diritto che ne fa un ‘sistema chiuso’. Il modo di operare delle regole, ed anche i servizi che esse forniscono, sono effettivamente connessi a questa idea, particolarmente invisa all’antiformalismo. La chiusura non deve essere confusa, tuttavia, con la completezza ed autosufficienza di un sistema. Il diritto non ha una risposta a qualsiasi domanda ed anzi la vaghezza delle norme, dando credito al decisore particolare, può essere considerata proprio una risposta al problema dell’incompletezza. Quando è predicata di singole regole e non dell’ordinamento giuridico, la chiusura è in realtà un altro modo per dire ‘*ruleness*’. Se le regole non chiudessero la porta alle giustificazioni sottostanti, se non escludessero altre ragioni rilevanti, se non proteggessero le ragioni offerte dalle regole in quanto regole, sarebbe inspiegabile il motivo per cui dovremmo essere interessati ad avere regole giuridiche²⁹⁸. Da questo

²⁹⁶ *The Concept of Law*, 164, quando Hart dice che «una norma che termina con l’espressione «a meno che non ...» è pur sempre una norma. Ma non sarebbe una norma se a “a meno che non” fosse seguita da “tutto considerato si segua la soluzione migliore per il caso di specie”».

²⁹⁷ J.L. RODRIGUEZ, G. SUCAR, *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho*, in *Doxa*, n. 21, 1998, 403 ss.

²⁹⁸ Si ripropone qui il dualismo tra universalismo e particolarismo, su cui v. tra i tanti M.C. REDONDO, *Ragioni e norme*, in *Ragion Pratica*, 2005, 439 ss.; B. CELANO, *Possiamo scegliere fra particolarismo e generalismo?*, *ivi*, 469 ss. H. BOUVIER, *Particolarismo y generalismo. Un análisis de las tensiones entre racionalidad narrativa y subsuntiva en el ámbito teórico y jurídico*, in *Análisi e diritto 2004*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2005, 23 ss. Attorno a questo dualismo vi è l’aspetto teoricamente più difficile, quello che è stato definito il paradosso delle regole, ossia il “*gap*” o l’asimmetria dell’autorità (L. ALEXANDER, E. SHERWIN, *The Rule of Rules*, cit., 55 ss.). È necessario che le autorità adot-

punto di vista esiste una sorta di proporzionalità tra il concetto di regola ed un sistema giuspositivista: così come le regole vincolano la decisione del caso a una serie tronca di fattori rilevanti, così il giuspositivismo lega le strategie decisionali a una serie tronca di regole²⁹⁹.

Come si diceva, tuttavia, l'argomento legato ai principi è quello più sovente utilizzato per sostenere la defettibilità delle regole.

Secondo Dworkin il concetto di diritto come insieme di regole è da respingere, poiché nel ragionamento giudiziale il ruolo preponderante spetta ai principi, da concepire come contrapposti alle regole³⁰⁰. Queste ultime vengono caratterizzate come prodotte da atti di autorità politiche e come operanti secondo una modalità "tutto o niente", laddove i principi avrebbero una dimensione del "peso" che consente il loro bilanciamento ed adattamento ai casi da risolvere. Nessuna proposizione giuridica, secondo Dworkin, è vera semplicemente perché riporti il significato convenzionale di azioni accettate

tino regole 'serie', regole che non abbiano un numero aperto di eccezioni per i casi in cui esse confliggano con ragioni morali sottostanti; se vi fossero tali eccezioni queste si trasformerebbero in semplici regole d'esperienza. Ma quando come destinatari di una regola siamo convinti che questa confligga con ragioni morali che sono la sua ragion d'essere, quale possibile ragione comporta che agiamo secondo la regola e non secondo le ragioni sottostanti (*op. e loc. ult. cit.*)? Non si può negare, in generale, che il fenomeno di utilizzare la giustificazione (il principio) sottostante alla regola quando la generalizzazione contrasti con la prima, sia una prassi diffusa nella maggior parte degli ordinamenti giuridici. Per risolvere questo problema F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, cit., 311-2, ha proposto una tesi che egli chiama "giuspositivismo presuntivo", nel senso che le regole applicabili a un caso ottenibili sulla base dei criteri propri del formalismo pratico, sarebbero applicabili a meno che non vengano offerte altre ragioni particolarmente pressanti per non applicarle. Questo, tuttavia, comporta che le regole non possano essere considerate ragioni escludenti, poiché il tipo di applicazione ora descritta rende sempre necessario prendere in considerazione altre ragioni onde stabilire se in un dato caso non vi siano ragioni pressanti per oltrepassare la regola. Non è evidentemente il caso di proseguire in questo tipo di analisi: a quanto sembra, però, non vi sono argomenti cogenti per risolvere il *gap* (L. ALEXANDER, E. SHERWIN, *op. cit.*, 94-95); tuttavia «surely the benefits of law are synonymous with the benefits of formal rules. If that the case, then the impossibility of formal rules means in the most important sense the impossibility of law» (L. ALEXANDER, *Law and Formalism*, in *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. VI, n. 1, 2004, 39). Se questo è il caso, allora direi che l'unica soluzione è quella di assumere l'atteggiamento del *bootstrapping* (v. J.W. OLLER JR., *Common Ground Between Form and Content: The Pragmatic Solution to the Bootstrapping Problem*, in *The Modern Language Journal*, n. 89, 2005, 92: 'tirarsi su dai lacci dei propri stivali' si riferisce all'episodio in cui il Barone di Munchausen si tirò fuori da una palude tirandosi per i capelli).

²⁹⁹ F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, cit., 305.

³⁰⁰ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., 93.

in quanto derivanti da decisioni di autorità normative. Un enunciato giuridico può essere ritenuto vero soltanto se esso deriva dall'interpretazione dell'intera storia giuridica della comunità cui si riferisce. Insomma, per determinare ciò che il diritto richiede in ogni caso particolare occorre necessariamente un ragionamento interpretativo fondato sui principi (“*interpretive theory of law*”)³⁰¹.

Come è stato osservato, in realtà, a seguire sino in fondo Dworkin, sebbene egli parli di contrapposizione tra principi e regole, sembrerebbe che nel diritto non esistano regole in quanto tali, poiché esse per operare devono essere positivamente sostenute da principi³⁰². Ma a una direttiva che opera in questo modo è assai dubbio che possa attribuirsi lo statuto di regola in base alle caratteristiche in precedenza ricordate. In altre parole, se non si ammettono eccezioni alle regole come conseguenza della loro interazione con i principi, questi ultimi sono privi di rilievo giuridico. Se, viceversa, si ritiene che un principio possa introdurre eccezioni a una regola, allora quest'ultima – diversamente da quanto si era stipulato – risulterebbe derogabile e quindi si tornerebbe alle consueguezze della prima tesi, che ritiene la derogabilità un requisito di ogni regola³⁰³.

Quella della peculiarità dei principi è dunque una tesi poco chiara, che può essere sostenuta solo al prezzo di screditare del tutto la funzione delle regole, e quindi a mio avviso del diritto, considerando il diritto un semplice insieme di decisioni particolari, che è al fondo la tesi del particolarismo decisionale e che può trovare elementi di obiettività soltanto adottando concezioni morali cognitiviste. Ed infatti l'aspetto più caratteristico dei principi, come concepiti a esempio da Dworkin, Alexy o Zagrebelsky risiede nella loro dimensione morale, essendo una valutazione di questo genere che determina se un principio giuridico esiste o meno. I principi sono tali esclusivamente in base al loro contenuto e non deriverebbero, pertanto, la loro validità da criteri formali di riconoscimento.

Come molti studiosi hanno mostrato, peraltro, è proprio la tesi della dicotomia principi-regole a non essere convincente né dal punto di vista concettuale né da quello empirico.

³⁰¹ *Law's Empire*, cit., 353 ss., con particolare riferimento al rapporto tra spiegazione dell'attribuzione di un diritto, rispettivamente, nei casi facili e nei casi difficili, in entrambi i casi fondata sulla *interpretive theory*.

³⁰² T. ENDICOTT, *Are There Any Rules?*, cit., 199-220.

³⁰³ *Op. e loc. ult. cit.*

1.5. *Tipi di norme: regole, standards e direttive*

In realtà su cosa sia un principio vi è pochissimo accordo nella scienza giuridica³⁰⁴. Per la concezione che è stata definita ‘forte’ un principio, come visto, è qualitativamente diverso da una regola, esso, come dice Gustavo Zagrebelsky, fornisce solo criteri per prendere posizione sulla realtà, come tale è privo di fattispecie³⁰⁵. In breve è in senso lato un valore morale e su questo punto non credo di dover aggiungere altro, del resto il “diritto mite” di Zagrebelsky è diventato una sorta di emblema ed il libro che porta lo stesso titolo un *cult-book* le cui tesi sono state rfraseggiate molte volte nella letteratura giuridica degli ultimi anni.

Secondo un'altra versione, più moderata, i principi in senso stretto non sono altro che le ragioni che giustificano la promulgazione delle norme giuridiche. Normalmente queste ragioni risultano coperte dal carattere ‘opaco’ delle norme, dal cosiddetto fenomeno del trinceramento, ma svolgerebbero un ruolo attivo quando occorre risolvere casi oscuri o integrare l'ordinamento, oppure quando l'applicazione della regola sia in contrasto con la sua giustificazione³⁰⁶.

Anche quando un principio, come giustificazione, viene considerato come fattore di integrazione della vaghezza, o delle lacune, delle disposizioni giuridiche vi è poi da tener conto del fatto che può essere molto difficile stabilire quale sia la giustificazione di una disposizione ed ancora una volta questo ripropone il problema della razionalità delle scelte interpretative. La tecnica fondamentale utilizzata dai giuristi per compiere questa operazione³⁰⁷ consiste in un processo di induzione a partire da norme particolari³⁰⁸ o avanzando considerazioni in merito ai fini che avrebbero le disposizioni (giustificazione in senso stretto)³⁰⁹.

³⁰⁴ N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Nov.mo Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, 893; R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, Torino, 1999, 271-304. G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1 ss., opera, a sua volta, un collegamento tra principi e metodo induttivo come contrapposto al metodo deduttivo del normativismo (pp. 8-9).

³⁰⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 149.

³⁰⁶ Quest'ultimo aspetto genera, come visto, un grosso problema poiché sembra pregiudicare il lavoro proprio di una regola di escludere l'applicazione diretta della sua giustificazione (c.d. subottimalità).

³⁰⁷ V. R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 95-97.

³⁰⁸ V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. intern. Fil. del Diritto*, 1941, 157 ss.

³⁰⁹ Condivido l'osservazione di V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica ...*, cit., 137

L'accezione debole di principio è, invece, quella che si limita a considerare il grado di generalità di una formulazione normativa, il che presuppone che i principi siano al pari delle regole norme giuridiche che trovano fonte in uno o più enunciati giuridici: in questo caso si parla più appropriatamente di *standards* o concetti vaghi. Come è evidente si tratta di una distinzione approssimativa che non presenta una linea di confine concettualmente definibile essendo questione di grado stabilire se una norma è più vicina all'idealtipo della regola o dello *standard*³¹⁰.

Un principio, considerato in questo modo, può avere un contenuto programmatico, cioè limitarsi a stabilire finalità da perseguire, ed essere al tempo stesso più o meno vago, a esempio, rispettivamente, la Repubblica "tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione" (art. 9 Cost.), e la Repubblica "cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori"³¹¹.

Da queste norme programmatiche o direttive, nelle quali l'obiettivo è indicato in termini aperti e normalmente convive con altri fini con cui va armonizzato, possono essere distinte altre norme che M. Atienza e J. Ruiz Manero definiscono regole di fine. Queste ultime si porrebbero in una zona intermedia tra le regole vere e proprie (regole d'azione) e le norme programmatiche o direttive. Le prime (disposizioni-D) indicano una certa azione come obbligatoria, vietata o permessa; le seconde indicano soltanto un fine concreto da raggiungere, sono in un certo senso prive di predicato fattuale.

Le regole di fine, invece, prescrivono di dare luogo a un certo stato di fatto, in genere di realizzare un obiettivo senza specificare attraverso quali ac-

che queste due tecniche sono riducibili a una sola. R. GUASTINI, *op. cit.*, 97, mette in luce un ulteriore meccanismo particolarmente sofisticato, consistente nell'elaborare una norma implicita supponendo che sia l'istanziamento di un principio per poi elevare al rango di principio la norma creata. In tutti i questi casi è certo difficile negare che si tratti di operazioni largamente discrezionali.

³¹⁰ A. MARMOR, *The Rule of Law and Its Limit*, cit., 12. Una regola, in questo senso, è a esempio quella che stabilisce che le nomine dei rappresentanti del comune presso enti, aziende ed istituzioni «debbono essere effettuate entro quarantacinque giorni dall'insediamento ovvero entro i termini di scadenza del precedente incarico» (art. 50.9 t.u. enti locali); uno *standard* potrebbe essere quello secondo cui «la provincia, in collaborazione con i comuni e sulla base di programmi da essa proposti, promuove e coordina attività, nonché realizza opere di rilevante interesse provinciale sia nel settore economico, produttivo, commerciale e turistico, sia in quello sociale, culturale e sportivo» (art. 19.2 t.u. cit.).

³¹¹ Anche i principi fondamentali della materia di cui all'art. 117 Cost. o i principi e criteri direttivi di cui all'art. 76 Cost. possono essere considerati norme programmatiche nella misura in cui indicano le finalità cui le regioni e il governo devono improntare la propria attività legislativa.

corgimenti l'obiettivo sia da realizzare. Si può pensare all'esempio di una previsione contenuta in un programma esecutivo di gestione che impegni il dirigente del settore del personale di un ente locale a realizzare l'obiettivo di fare apprendere almeno al 50% dei dipendenti una certa lingua straniera entro un determinato periodo. Qui il fine è 'chiuso', ma i modi per realizzarlo sono molteplici (organizzare dei corsi in ufficio, adottare misure premiali, adottare sanzioni, ecc.).

Il problema per noi più interessante è stabilire se ed in che misura questo tipo di norme quando sono riferite ad autorità amministrative siano relative al conferimento di poteri discrezionali per il perseguimento di determinati obiettivi.

Il rilievo della distinzione tra regole regolative e regole di fine, secondo gli studiosi che l'hanno definita, riguarda, proprio i casi in cui

*la producción de un determinado estado de cosas deja a la discreción de su destinatario la selección de los medios causalmente idóneos para producirlo: en este sentido las de fin dejan a sus destinatarios un margen de discreción que no existe en el caso de las reglas de acción*³¹².

La distinzione con le direttive è peraltro, sulla carta, evidente, giacché queste non indicano uno stato di cose definito da performare. Nell'esempio fatto stabilire che la conoscenza di una lingua straniera è un obiettivo, che presumibilmente va perseguito insieme ad altri, implica una ponderazione il cui esito potrebbe portare a stabilire una regola come quella suddetta.

Come si vedrà, proprio dal mettere 'a sistema' questi caratteri delle norme con il problema della vaghezza, da un lato, e con quella parte fondamentale di un ordine normativo costituito dalle norme secondarie, specialmente quelle conferenti poteri, dall'altro, si cercherà di proporre un accostamento in parte diverso da quello corrente al problema del potere discrezionale.

2. Deformalizzazione o degiuridicizzazione?

2.1. Il c.d. diritto dell'età globale e la critica corrosiva delle teorie giuridiche post-moderne³¹³

Le concezioni del diritto che si ispirano in senso ampio a un atteggiamen-

³¹² M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho*, Barcelona, 1996, 8.

³¹³ Questo paragrafo costituisce lo sviluppo di riflessioni scaturite a seguito del dibattito avvenuto nell'incontro del Gruppo San Martino del 13 aprile 2002 a Pescara su 'poteri pubblici e globalizzazione', introdotto dalle relazioni di Maria Rosaria Ferrarese, Umberto Allegretti e Guido Corso (v. www.grupposanmartino.it/poteri_pubblici_e_globalizzazione.htm).

to antiformalistico e più in generale antipositivistico, sembrano aver guadagnato terreno negli ultimi tempi grazie al fenomeno della globalizzazione. L'insieme di fatti che si riconduce alla parola globalizzazione³¹⁴, il cui denominatore comune sembra essere costituito da una spinta disgregatrice e deformalizzatrice, potrebbe finanche scoraggiare dall'inizio il tentativo di ragionare sul diritto come forma. In realtà non sempre questa immagine corrisponde alle descrizioni degli studiosi né di questi fatti sembra possa darsi un giudizio definitivo. Sicché è possibile che certe descrizioni (non tanto del diritto transnazionale quanto) del diritto degli ordinamenti giuridici statali o superstatali, tutto riletto alla luce della globalizzazione, non siano poi così ineluttabili.

Partendo dalla crescente rilevanza che rivestono nei rapporti tra individui e/o gruppi fatti di dimensione internazionale, sovranazionale e transnazionale vi è chi teorizza l'emersione di un ordine giuridico mondiale³¹⁵. Quest'ordine, almeno secondo una parte degli studiosi, non sostituisce le discipline nazionali, ma coesiste con esse esercitando pressioni ed influssi di vario genere. Tale ordine si distingue da quello internazionale poiché non comprende soltanto rapporti tra Stati, ma include individui, organizzazioni pubbliche

³¹⁴ Lo stesso termine 'globalizzazione', e l'esistenza del fenomeno, sono contestati. Si tratta peraltro di un fenomeno che non può essere ridotto all'integrazione tra mercati, ed il cui esito è ancora sconosciuto. Qui se ne parla, comunque, come «un processo (o insieme di processi) che comporta una trasformazione nell'organizzazione delle relazioni e transazioni sociali – valutate in termini di loro estensione, intensità, velocità ed impatto – che generano flussi e reti di attività, interazioni ed esercizio del potere in una dimensione transcontinentale o interregionale» (D. HELD, A. MCGREW, D. GOLDBLATT, J. PERRATON, *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, Cambridge, 1999, 16).

La letteratura in tema è ormai sovrabbondante. A parte gli studi che guardano alla questione dal lato del diritto, alcuni dei quali considerati alle note seguenti, mi limito a indicare: il libro di I. CLARK, *Globalization and Fragmentation. International Relations in the Twentieth Century*, Oxford; trad. it., *Globalizzazione e frammentazione. Le relazioni internazionali nel XX secolo*, Bologna, 2001, ove ampi riferimenti bibliografici, ed un approccio problematico all'impiego del concetto di 'globalizzazione', sia perché declinato assieme a quello che sembra un concetto opposto, "frammentazione", che nella tesi dell'autore accompagna storicamente i fenomeni di globalizzazione, sia perché considerato nel suo sviluppo storico mostrandone le radici in periodi non recenti, sia perché non fatto oggetto di semplificati ed affrettati giudizi di valore (cfr. a es. p. 332 ss.); il libro di D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004.

³¹⁵ V. L.M. FRIEDMAN, *One World: notes on the emerging legal order*, in *Transnational Legal Processes. Globalization and Power Disparities*, a cura di M. Likosky, London, 2002, 23-40; G. TEUBNER, "Global Bukowina": *Legal Pluralism in the World Society*, in G. TEUBNER, *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997; trad. it., "La Bukovina globale": *il pluralismo giuridico nella società mondiale*, in *Sociologia e politiche sociali*, n. 2, 1999, 3-28.

e private, governi, ecc. Si tratta di un diritto, appunto, transnazionale, in quanto

*the norms and institutions which span, are valid in, or apply to more than one country or jurisdiction*³¹⁶.

Il carattere transnazionale è, dunque, uno dei profili distintivi del cosiddetto diritto globale rispetto ai sistemi giuridici nazionali, i quali peraltro risultano fortemente condizionati dal primo. Il diritto globale ... non è – come sarebbe comunemente inteso –

un *corpus* di diritto sottosviluppato, che ha certe deficienze strutturali in confronto al diritto nazionale. Piuttosto, il suo carattere peculiare in quanto diritto a pieno titolo lo distingue dal tradizionale diritto degli Stati-nazione. Tali caratteristiche possono essere spiegate dalla differenziazione nell'ambito della stessa società mondiale. Mentre il diritto globale manca di supporti politici ed istituzionali a livello globale, è strettamente accoppiato con i processi socio-economici globalizzati³¹⁷.

Il 'diritto globale' è in genere descritto come insieme di elementi formali (trattati, convenzioni, ecc.) e di elementi informali (consuetudini, prassi contrattuali, documenti e regole non imperativi: *soft law*). Sua peculiarità sarebbe, però, la netta prevalenza degli elementi informali su quelli formali. Non sono in grado di dire se vi siano i presupposti per parlare di esistenza di un ordinamento globale – inteso, come sopra detto, quale ordinamento giuridico che coesiste con gli ordinamenti nazionali e sovranazionali ma diverso dal tradizionale sistema del diritto internazionale – né, se esso esiste, di pronunciarmi sull'importanza al suo interno degli elementi informali. Mi interessa, invece, segnalare un orientamento culturale, con radici profonde soprattutto tra i giuristi nordamericani, ma diffuso anche in Europa, che ha utilizzato la globalizzazione per rilanciare una massiccia offensiva nei confronti degli elementi formali del diritto e del principio di autorità. Si tratta delle cosiddette concezioni post-moderne del diritto, che si ispirano essenzialmente al movimento dei *Critical Legal Studies* e si riallacciano in parte alla tradizione del realismo e post-realismo nordamericano³¹⁸ o perlomeno a una declina-

³¹⁶ L.M. FRIEDMAN, *Borders: On The Emerging Sociology of Transnational Law*, in *Stanford Journal of International Law*, n. 32, 1996, 65 s.

³¹⁷ G. TEUBNER, *op. ult. cit.*, 50.

³¹⁸ O.W. HOLMES, *The Path of Law*, in *Harvard Law Review*, 1897, 10 e poi di N.B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1923, spec. 160 ss.; *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, JR*, a cura di S.J. BURTON, G.

zione estrema di quest'ultimi orientamenti. L'opzione ideologica comune di tali concezioni risiede nel rifiutare un fondamento autonomo del diritto e nel considerare l'esperienza giuridica sostanzialmente estranea al circuito politico-democratico. L'idea del diritto come espressione di una comunità territoriale che si dà un ordine è ritenuta puramente retorica, inidonea a rappresentare il reale andamento delle vicende giuridiche. Da qui deriva, ancor più che negli orientamenti esaminati nella sezione precedente, un uso delle parole forma e formale in una accezione peggiorativa, come sinonimo di meccanico, rigido, soprattutto a proposito della forma delle regole³¹⁹.

Sarebbe di sicuro miope l'atteggiamento di chi volesse negare la profonda trasformazione che la globalizzazione produce sul diritto, i suoi istituti, le sue pratiche³²⁰. Per i giuristi soprattutto il problema della crisi dello Stato³²¹ rende malsicuro continuare ad applicare alcune tradizionali categorie o idee-forza, per quanto la critica alla immedesimazione tra diritto e Stato sia stata avanzata da tempo³²² e per i giuristi europei oggi si misuri assai concretamente con il metro dell'Unione. E tuttavia si può da questo stato di cose inferire la tesi che il diritto si identifica ormai con il modello delle transazioni economiche che regge l'economia globalizzata ed ha perso, o ineluttabilmente perderà, ogni ancoraggio con quella pretesa delle istituzioni di arginare o guidare gli eventi che 'ci minacciano' e che oggi possiamo, con tutti i

POSTEMA, CAMBRIDGE, 2000. In Italia posizioni che si ispirano a questi movimenti si ritrovano, a esempio, in alcuni studiosi del diritto privato comparato. V. a es. P.G. Monateri, *La giustizia globale e l'Italia*, in M. DEAGLIO, G.S. FRAENKEL, P.G. MONATERI, A. CAFFARENA, *Economia senza cittadini? Settimo rapporto sull'economia globale e l'Italia*, Milano, 2002, 87-91.

³¹⁹ V. a esempio D. KENNEDY, *Legal Formality*, in *Journal of Legal Studies*, 1973, 351, 358-9, 378.

³²⁰ Per un'efficace sintesi cfr. O. MIG PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid, 2004, 58 ss.

³²¹ Su cui cfr. soprattutto S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, *passim*. Anche il tema della crisi dello Stato, è appena il caso di notare, non è da poco al centro dell'attenzione degli studiosi della società. Vedasi a es. R. RUFFILLI (a cura di), *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, Bologna, 1979, con testi di O. HINTZE, L. FEBBRE, H. LUBASZ, T. SCHIEDER, A. CARACCILO, P. SCHIERA, R. RUFFILLI. Una delle tesi presentata come storicamente documentabile sul piano storiografico è che la crisi dello Stato sia crisi della «sovranità», intesa come «monopolio decisionale per la universalizzazione e la stabilizzazione di modelli razionali di ordine e di sviluppo» (p. 165). Da ultimo, con ulteriori riferimenti bibliografici, L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna 2005, 11, nt. 5.

³²² Per tutti V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, 15 s. Eppure anche nell'era post-moderna sembra non possa farsi a meno dello Stato. Su questo la letteratura è amplissima. Mi limito, pertanto, a rinviare a S. CASSESE, *op. ult. cit.*

nostri limiti, soltanto immaginare? Questa tesi in Italia è stata energicamente sostenuta da Maria Rosaria Ferrarese³²³, che enfatizza particolarmente l'emergere di elementi informali nel diritto dei mercati, elementi che significativamente sono definiti "invisibili"³²⁴, esattamente il contrario di quella "visibilità" che rappresenta una delle principali funzioni della forma, intesa anzitutto come forma linguistica³²⁵. Il diritto globale, contraddistinto dalla spinta all'oralità, tende a fuoriuscire, secondo l'elegante tesi in esame, dal ristretto recinto edificato sul rapporto tra giuspositivismo e cultura scritta attraverso il quale si compie il

tentativo di costringere il diritto in una struttura formale³²⁶.

Non è tanto – o non è solo – il ruolo crescente delle organizzazioni internazionali o sovrastatali (come le Nazioni Unite, la Banca Mondiale, il Fondo Monetario, l'Organizzazione Mondiale per il Commercio, l'Unione Europea, ecc.), il fenomeno su cui la tesi in questione è costruita, poiché il fattore realmente innovativo è individuato nell'attività delle *law firms*, organizzazioni professionali del diritto che plasmano continuamente le regole dei giochi commerciali e finanziari in base alle esigenze, viepiù mutevoli, dei propri clienti³²⁷. La legittimazione di questo 'diritto' è completamente auto-referenziale, non attingendo la propria autorità da alcun potere pubblico costituito. Non è, però, facile liberarsi dall'impressione che al fondo di questa concezione, che indubbiamente può apparire per molti aspetti attraente, vi sia una forte aspirazione a fare della sociologia la scienza che per eccellenza

³²³ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

³²⁴ M.R. FERRARESE, *op. cit.*, 73.

³²⁵ Cfr. A. MERKL, *Das doppelte Rechtsantlitz: Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie del Rechts* (1916), in *Il duplice volto del diritto*; trad. it., Milano, 1987, 124-125.

³²⁶ M.R. FERRARESE, *op. cit.*, 167. La posizione di questa autrice è quella che con maggiore coerenza e dovizia di argomenti sostiene la tesi del "diritto globale" come diritto non formale e non positivizzato e per questo la si è presa come esempio di un *approach* che si va facendo strada e che in altri autori si ricollega alle posizioni soprattutto nordamericane in precedenza ricordate. D'altronde una neanche troppo sottile linea di collegamento tra la chiave di lettura che del 'diritto globale' offre la Ferrarese e l'approccio della scuola dei comparatisti che si ispira al cosiddetto "circolo di Trento", promotore nel 1997 di un manifesto sulla ricerca comparativa (su cui v. A.M. MUSY, *La comparazione giuridica nell'età della globalizzazione*, Milano, 2004, 18, nt. 69) si ritrova proprio nell'adesione al pragmatismo di matrice nordamericana.

³²⁷ Per un interessante studio sulla circolazione del modello nordamericano delle *law firms* in Italia cfr. A.M. MUSY, *op. ult. cit.*, cap. II, 43-119.

indaga il diritto³²⁸, facendo uscire tale disciplina, più che il diritto, dal “recinto” in cui la posero, tra gli altri, Weber e Kelsen³²⁹. In altre parole, l'impressione che si ricava da accostamenti di questo tipo è che in luogo di offrire un diverso punto di vista di un determinato fenomeno sociale quale il diritto indubbiamente è (per quanto riguarda la sociologia quello che da Hart in poi si suole chiamare il punto di vista esterno) si tende ad assolutizzare un solo punto di vista, con un atteggiamento sostanzialmente riduzionista (atteggiamento in cui, beninteso, può facilmente cadere anche dalla sua parte il giurista) e che per quanto riguarda il diritto diventa “abolizionista”³³⁰.

Indagini basate su premesse teoriche e metodologiche molto distanti, pur condividendo gran parte dell'analisi del fenomeno della globalizzazione, giungono a conclusioni diverse. In un saggio coevo a quello della Ferrarese, Antonio Baldassarre evidenzia, tra le altre cose, come la globalizzazione batta in breccia le due forme di razionalità cui si sono ispirate le società moderne europee definite da Max Weber come “razionalità-rispetto-ai fini” e come “razionalità-rispetto-ai-valori”, che connotano anche l'esercizio delle funzioni pubbliche (legislativa ed amministrativa) e presiedono al funzionamento dei sistemi democratico-costituzionali³³¹. Quello che impedisce a tali forme di razionalità di dispiegare i propri effetti nello spazio delle relazioni globali è precisamente la mancanza di una dimensione temporale lineare in cui sia possibile distinguere un prima ed un dopo³³² e nella quale i

³²⁸ M.R. FERRARESE, *op. ult. cit.*, 74. Interessante è osservare come anche in settori di ricerca che tendono a utilizzare il “punto di vista esterno” si invochi una primazia del sociologismo aderendo al verbo pragmatista. È quanto metodologicamente prescrive A.M. MUSY, *op. ult. cit.*, 28 ss., per il diritto comparato.

³²⁹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*; trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967, 54, ove si legge che la «sociologia del diritto non pone in relazione i fatti naturali che deve studiare con le norme valide, ma stabilisce un rapporto di causa ed effetto tra questi ed altri fatti naturali [...]. Non è quindi il diritto quello che costituisce l'oggetto di questa scienza, ma costituiscono quest'oggetto soltanto certi fenomeni paralleli della natura».

³³⁰ C. LUZZATI, *La politica della legalità*, cit., 102.

³³¹ A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002. Entrambi gli studiosi in esame fanno riferimento a una trasformazione del diritto in “gioco”, parlando delle norme giuridiche come “regole del gioco” (FERRARESE, p. 200) e della società globalizzata come “società del gioco” (BALDASSARRE, p. 214).

³³² Sul rapporto fondamentale tra “forma” e “tempo”, cfr. F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 3443 ss., spec. 3444 e 3448, a proposito della imprescindibile necessità che nella dinamica giuridica vi sia sempre una manifestazione formale che consente di distinguere un “prima” da un “dopo”. In tema v. altresì F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 527 ss.

soggetti sociali sono in grado di elaborare le proprie strategie d'azione³³³. Quello globale

è un tempo che si coniuga eternamente al presente³³⁴.

Questo carattere esclude l'eventualità che le "relazioni globali" possano ordinarsi a guisa di nuova *lex mercatoria* poiché

l'assenza di qualsiasi momento autoritativo – foss'anche nella figura di un giudice o di un arbitro generalmente riconosciuto – fa del mondo globale un universo nel quale le regole, che eventualmente le parti si danno, non hanno alcuna garanzia di essere osservate, non posseggono alcuna forza imperativa al di là di quella che la volontà dell'interessato intende (arbitrariamente) riconoscere loro. Di qui deriva l'assoluta incertezza e la precarietà delle regole poste dall'autonomia dei soggetti globali e, conseguentemente, l'inesistenza, e, anzi, l'inconcepibilità di un "diritto globale"³³⁵.

Per interessanti considerazioni sul rapporto tra diritto e tempo, cfr. N. LUHMANN, *Aussdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, 1981; trad. it., *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna, 1990, 88 ss., che pur non mettendo in discussione la positività del diritto, pone il problema della effettiva possibilità che la stabilizzazione controfattuale di determinate aspettative di comportamento (questo è il senso del dover essere per Luhmann) possa reggere dinanzi al sempre più rapido erompere del futuro – di una infinita serie di possibilità – nel presente e "contro" il passato. Non mi pare implausibile sostenere che le tesi del 'diritto al presente' (in cui si elimina proprio il carattere controfattuale del diritto, poiché il diritto si modella continuamente sul fatto) nascano da questo tipo di riflessioni, indubbiamente meritevoli della più attenta considerazione anche da parte dei giuristi.

³³³ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 196.

³³⁴ *Op. ult. cit.*, 198. Anche questo punto è posto in primo piano da M.R. FERRARESE che proprio al diritto al presente dedica un altro più recente lavoro: *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, *passim*, ove l'autrice sviluppa e completa le tesi contenute in *Le istituzioni della globalizzazione*. L'affondo della studiosa è diretto specificatamente nei confronti del positivismo giuridico (p. 66 s.) e del ceto accademico che sarebbe ormai in preda a una sorta di atteggiamento schizofrenico, per cui, nelle stesse aule, in alcune ore continua a impartire la lezione di Kelsen ed in altre ore ne mostra il disfaccimento (p. 67). Merita una menzione anche il fatto che tra le "espressioni giuridiche al presente" la Ferrarese annovera un «processo di giudizializzazione del diritto» che consentirebbe di assecondare «il nuovo protagonismo dei diritti e la sete di giustizia che il mondo globalizzato presenta. Diritti e giustizia esprimono una parallela ispirazione antiformalista ed un bisogno di definizione che trovano nella sede giudiziaria la risposta più appropriata» (p. 75). Come si vede, fatalmente, evocando "diritti" e "giustizia", anche concettualizzazioni così spregiudicatamente giusrealiste finiscano con il tornare a temi giusnaturalistici.

³³⁵ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 367, virgolette dell'autore. Già F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1951, 282, osservava che «il carattere

Al “diritto globale” ed al “diritto al presente” vengono a mancare, quindi, alcuni connotati formali (legati alla pretesa di chi produce le regole di guidare comportamenti che non sono ancora avvenuti e che non stanno avvenendo attualmente³³⁶ che fanno addirittura dubitare di essere dinanzi a qualcosa che sia diritto o che se lo deve essere occorrerebbe dimostrarlo attraverso una vera e propria rifondazione delle concezioni e degli usi linguistici relativi al termine “diritto”. Ma evidentemente, quest’ultimo non può essere il compito della sociologia del diritto. Significativo è, d’altro canto, che molti studiosi del diritto hanno finora privilegiato il punto di vista del “diritto come dovrebbe essere” rispetto a quello del “diritto com’è”, evidenziando l’esigenza di governare o correggere in qualche modo la globalizzazione proprio avvertendo forti elementi di estraneità con una qualche concezione di “diritto”³³⁷. Diffusa, in questo senso, è l’aspirazione a un ordine o ordinamento mondiale e quindi al “globalismo giuridico”³³⁸, che si ispira al kantiano *Weltbürgerrecht*, il quale si fondava, però, sulla premessa di natura metafisica, che non so quanti oggi sono disposti ad accettare, che l’unità morale del genere umano avrebbe dovuto condurre all’unità giuridico-politica.

Non è, pertanto, in questione il fatto che il fenomeno della globalizzazione abbia bisogno di essere studiato, essendo, soprattutto nelle dimensioni, nuovo rispetto all’armamentario tradizionale degli studiosi della società, né di sorprendersi dinanzi al fatto che i fenomeni a essa riferibili destino maggiormente l’attenzione anche dei giuristi. Non ritengo questo, però, sufficiente a considerare già superati i modelli ‘tradizionali’³³⁹ o a far

specifico del diritto è dato da ciò che non ci sono soltanto i due, uno che vende e uno che compra, uno che ruba ed uno che è derubato, ma un altro o alcuni altri che si interpongono tra di loro o meglio si sovrappongono a loro ... nel fenomeno giuridico gli uomini debbono essere almeno tre». Occorre, infatti, «qualcuno che garantisce o cerca di garantire l’osservanza del contratto oppure impedisce o cerca di impedire o almeno punisce o cerca di punire il delitto».

³³⁶ Sul rapporto tra autorità e diritto v. *supra*, § 1.4.1.

³³⁷ In questo senso, a esempio, sia le due opere sopra citate di Baldassarre e di Puig sia, tra gli altri, U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina (EN), 2002, spec. 124 ss.; 224 ss. e N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 71 ss.

³³⁸ Cfr. D. ZOLO, *Globalizzazione*, cit., 101. È appena il caso di rilevare che in questa accezione il globalismo giuridico è un’aspirazione (forse un’utopia) che ritorna attuale dinanzi all’impatto disgregativo della globalizzazione, ma non ha nulla a che vedere con il “diritto globale” come diritto dell’era presente. Anzi gli autori che si richiamano alla necessità di una legislazione universale, partono o dall’assenza del diritto nelle relazioni del mondo globalizzato o da un giudizio morale di inaccettabilità dell’ordine giuridico globale.

³³⁹ Con ciò non mi riferisco a una qualche concezione dello stato di diritto o del diritto pubblico, ecc., o a qualche paradigma relativo alla costruzione di determinati sistemi con-

presumere che questi saranno ineluttabilmente messi da parte nel giro di poco tempo³⁴⁰.

Mi limito – per evidenziare la verosimiglianza o plausibilità di questo assunto, senza pretesa di completezza o sistematicità – a due ordini di osservazioni, riferite rispettivamente alle regole prodotte dagli Stati ed a quelle prodotte al di fuori di questi.

La prima osservazione è di carattere empirico e fa appello al senso comune. Mi sembra allo stato implausibile sostenere che i milioni di persone che ancora adottano certe ‘formalità’ per acquistare una casa, per assicurarsi un posto di lavoro presso una pubblica amministrazione, per creare una società di capitali o una fondazione, per ottenere un finanziamento agevolato, per richiedere una prestazione previdenziale e via proseguendo e che poi ingaggiano dispute con altre persone per il concreto soddisfacimento di tali interessi su cui numerose schiere di giudici si pronunceranno ‘secondo diritto’; mi pare implausibile, dicevo, sostenere che tutti costoro sono attori di una recita ormai priva di senso, poiché ciò che era il diritto, dopo aver mutato d’abito, si è trasferito altrove, nelle strategie delle grandi reti della finanza mondiale e nelle *law firms* che ne traducono gli intenti. Se si adotta un criterio di valutazione dell’esperienza giuridica che prenda in considerazione il cosiddetto punto di vista interno³⁴¹ – ossia il punto di vista di chi considera le regole giuridiche come ragioni per l’azione – appare difficile sostenere che tali regole – peraltro nel frattempo private dello statuto di regole perché valevoli solo al presente –, oggi, siano (solo o anche prevalentemente)³⁴² quelle di un presunto ordine globale. Detto altrimenti, la mia impressione è che la rilevazione di certe linee di tendenza di livello macroistituzionale non

cettuali utilizzati dalla dogmatica giuridica (a esempio il paradigma dell’autorità, giusto per fare riferimento a un ben noto dibattito all’interno della scienza del diritto amministrativo). Mi riferisco, invece, alla stessa possibilità di concepire il ruolo dei giuristi come studiosi del diritto positivo.

³⁴⁰ La dimensione dell’attualità è fondamentale per il giurista, essendo il diritto un prodotto necessariamente storico e contingente. Può certamente affermarsi che prima o dopo tutti i modelli e sistemi giuridici siano destinati a essere soppiantati da altri, ma nondimeno il giurista deve osservare il proprio tempo e non indulgere troppo alla futurologia. Secondo G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 864, lo «stretto legame con l’attualità è la ... caratteristica, ed anche ... il destino» del giurista.

³⁴¹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 68-70, 105-108, 117.

³⁴² È certamente possibile che in alcuni settori le regole da osservare siano prevalentemente di origine non nazionale né sovrastatale, ma internazionale, tuttavia ai fini del mio discorso questo elemento non rileva.

necessariamente e non sempre autorizza meccaniche trasposizioni di tali tendenze al livello microistituzionale³⁴³.

In secondo luogo, vorrei prendere brevemente in considerazione due casi macroscopici che sono spesso discussi negli studi relativi ai processi innescati dalla globalizzazione, questa volta proprio per affrontare la questione dello statuto delle norme poste al di fuori degli Stati. La perdita di centralità degli Stati nazionali in Europa è correlata secondo una sterminata letteratura alla nascita ed al consolidamento dell'Unione Europea³⁴⁴. Ebbene, nessuno potrebbe negare che tra gli effetti di questo processo vi è quello di un cospicuo aumento dello spazio coperto dal diritto scritto, con fenomeni di iperregolazione ed inoltre con la riproposizione di molti degli schemi consueti della tradizione del diritto occidentale statuale, a esempio la centralità del principio di legalità, di certezza del diritto, di giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive, ecc.³⁴⁵, e la creazione di un diritto amministrativo comunitario nonché di un apparato burocratico che lo esegue e di corti giudiziarie che esercitano il proprio controllo su tale esecuzione.

Il secondo esempio riguarda proprio una tipica istituzione della globalizzazione come il "sistema WTO"³⁴⁶, a proposito della quale recenti studi tendono a mostrare che la sua disciplina mutua in buona parte istituti e prassi del diritto pubblico e amministrativo conosciuto nei Paesi occidentali³⁴⁷, sebbene il suo modo d'essere sia irriducibile ai poteri pubblici statali ed il suo ordinamento, quindi, da studiare con metodi diversi da quelli usuali per

³⁴³ Riprendo un'osservazione, operata per altro per sostenere tesi opposte a quelle sostenute nel presente lavoro, che ho sentito formulare da L. Iannotta nella relazione al Convegno annuale AIPDA del 2004 a Napoli.

³⁴⁴ V. ancora S. CASSESE, *op. ult. cit.*; N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel "commonwealth" europeo*, Bologna, 2003, *passim*; L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, cit., 9-18.

³⁴⁵ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 143.

³⁴⁶ In letteratura si parla di "sistema WTO" sia con riferimento all'insieme dei Trattati istitutivi, sia più in generale per alludere alla struttura aperta e dagli incerti confini, in virtù dell'ampliarsi dei "trade-ands" e dell'utilizzo della nozione di "linkage" tra diversi organismi e corpi di regole internazionali. Sul punto v. S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, 2003, 235. Sul rapporto tra commercio (*trade*) e problemi generati dalla sua liberalizzazione, i c.d. *ands* (ambiente, salute, lavoro, ecc.) v. anche L.S. ROSSI, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? WTO e Unione Europea*, Bologna, 2003.

³⁴⁷ G. DELLA CANANEA, *Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law*, in *European Public Law*, n. 4, 2003, 563-578, secondo cui i *panels* del WTO hanno sviluppato veri e propri principi di diritto amministrativo.

gli ordinamenti statali. Inoltre, nemmeno il WTO è affatto avaro di regole sia sostanziali³⁴⁸ sia procedurali³⁴⁹, non solo contenute negli accordi istitutivi, ma anche poste da organi di istituzioni internazionali³⁵⁰ o create dall'organo di risoluzione delle controversie (Organo di appello)³⁵¹.

Queste osservazioni conducono a una considerazione ulteriore. Alle due 'tesi paradigmatiche' prima esaminate, opposte ma in qualche modo convergenti quanto all'individuazione dell'oggetto da ricercare: un diritto globale disancorato dai poteri pubblici – l'una tendente a rinvenire nelle mere strategie degli attori economici globali tale diritto, l'altra a negare che tale diritto sia concepibile – mi pare si possa contrapporre un diverso approccio metodologico, che in Italia è stato perseguito soprattutto da Sabino Cassese. Secondo tale approccio, in sintesi, più che ricercare oggetti introvabili, conviene ricercare il diritto là dove esso si produce. Come già ricordato, dall'esame di quello che anche Cassese di recente definisce ordinamento globale³⁵², si rilevano tendenze di cambiamento e vari gradi di resistenza o di adattamento degli ordinamenti statali, da un lato, ed il sorgere di nuovi scenari o "arene

³⁴⁸ Sulla tendenza nel sistema WTO a uno sviluppo degli scambi commerciali *rule-based*, in adesione al principio della *rule of law*, v. G. SANVITI, C. MARCOLUNGO, *I principi fondamentali del WTO*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 749.

³⁴⁹ Secondo S. CASSESE, *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 659, la determinazione di vincoli posti dagli organismi internazionali che riguardano il modo di agire delle amministrazioni nazionali è più difficile da riconoscere rispetto all'imposizione di regole sostanziali. Questo fenomeno è però crescente e se comporta la diminuzione «del grado di nazionalità dei diritti amministrativi», comporta altresì l'aumento del «grado di sottoposizione delle amministrazioni domestiche al diritto». Quindi, ancora una volta, non scomparsa ma incremento di vere e proprie regole di diritto.

³⁵⁰ *Op. ult. cit.*, 671-674.

³⁵¹ Sulla giurisprudenza dell'Organo di appello, oltre a G. SANVITI, C. MARCOLUNGO, *op. cit.*, 749 ss., v. P. MANZINI, *L'organizzazione mondiale del commercio quale sistema di diritto*, in L. S. ROSSI, *op. cit.*, 27 ss.

³⁵² S. CASSESE, *Gamberetti ...*, cit., 674-678. Ma credo che l'espressione "ordinamento globale" sia impiegata più in termini evocativi che non nel senso di un diritto proprio dello spazio globale fattosi ordinamento giuridico. Tant'è vero che Cassese si riferisce indifferentemente anche all'ordinamento internazionale. Questa sorta di ordinamento, del resto, non realizza l'unità strutturale dei soggetti che ne fanno parte ma una unità funzionale (p. 674). Si potrebbe, quindi, parlare in termini meno figurati di "ordinamenti globali" in luogo di "ordinamento globale" ed in effetti in altra sede lo stesso autore utilizza l'espressione "ordinamenti pubblici globali" (S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, cit., 14 ss.). In ogni caso l'analisi condotta nel saggio citato poco più sopra riguarda le istituzioni e le pratiche giuridiche sorti sulla base di specifici atti che hanno dato origine a tale "ordinamento".

giuridiche”, dall’altro. Questo “ordinamento globale” si presenta come una rete di governi di settore³⁵³

ed ha carattere

misto o composito, perché costituito da un livello statale e da uno ultra-statale³⁵⁴.

In tale ordinamento composito è ampiamente presente il diritto amministrativo, sebbene questo rivesta una funzione diversa da quella dei diritti amministrativi domestici, imponendo vincoli non ai cittadini ma alle autorità nazionali³⁵⁵. Di tale ordinamento si può meglio parlare in termini di *global governance* che di *global government*³⁵⁶, poiché gli elementi di connessione tra i pezzi dell’insieme non sono di tipo strutturale ma funzionale. L’osservazione che mi sembra più interessante è proprio legata al fine della *global governance* e degli ordinamenti pubblici globali, che è quello di tenere “sotto controllo” la globalizzazione,

per cui globalizzazione e “*global governance*” vanno intesi come fenomeni diversi e persino contrapposti, pur se vanno nella stessa direzione, di sottrarre una parte del diritto al suo abituale sovrano, lo Stato³⁵⁷.

Ciò su cui vorrei soprattutto porre l’accento è che, indipendentemente dai giudizi politici o di valore sul grado di efficacia di tali istituzioni o su quali politiche queste dovrebbero assumere, le indagini ricordate confermano che si è in presenza di fenomeni per la cui stessa comprensione è fondamentale la dimensione delle regole e della *rule of law*³⁵⁸. Anzi, secondo alcune interessanti opinioni, piuttosto che ipotizzare l’innesto nelle istituzioni internazionali degli istituti della democrazia rappresentativa, sarebbe l’adozione

³⁵³ S. CASSESE, *Gamberetti.*, 674.

³⁵⁴ S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 676.

³⁵⁵ *Op. ult. cit.*, 677. Per un commento sull’impatto della regolazione internazionale sul diritto amministrativo domestico e sulle prospettive di evoluzione di un diritto amministrativo transnazionale v. anche R.B. STEWART, *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 22 ss.

³⁵⁶ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, cit., 16. Sulla *governance* della globalizzazione v. F. SNYDER, *Economic Globalisation and the Law in the 21st Century*, in S. AUSTIN (ed.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, New York and Oxford, 2003, 4 ss. (dell’estratto), il quale distingue cinque principali concezioni su come la globalizzazione è governata: (1) contratto, (2) gerarchia, (3) reti, (4) *lex mercatoria*, (5) *Sites of global legal pluralism*.

³⁵⁷ *Op. e loc. ult. cit.*

³⁵⁸ *Op. e loc. ult. cit.*

sempre più ampia del principio della *rule of law* il solo modo di pervenire a un sistema più equanime, quantomeno perché retto da un set di regole pre-determinate³⁵⁹.

Con le suddette considerazioni non intendo negare l'esistenza di spazi di destrutturazione del diritto (ma meglio sarebbe forse dire di allontanamento dal diritto), lasciati liberi dal ritrarsi degli Stati nazionali sotto la pressione dell'economia globale, e non ancora occupati da altri poteri pubblici, ma da transazioni cui in alcuni casi non si saprebbe se assegnare il crisma della giuridicità secondo le categorie consuete e rispetto alle quali nuove categorie non sembrano ancora sufficientemente elaborate. Per affermare che non tutto quello che comporta relazioni e contatti tra persone e gruppi è diritto e che lo 'spazio globale' non è di per sé diritto, mi pare occorra assumere, quantomeno stipulativamente, una qualche posizione su ciò che è diritto. In precedenza si è evidentemente adottato un approccio che, pur non volendo negare altre dimensioni dell'attività pratica, pone al centro le regole ed in tal senso è necessariamente normativista. Qui non mi resta che ribadire che secondo quanto a me sembra un approccio di questo tipo è tuttora in grado di dare conto in modo quantomeno plausibile (anche se ovviamente discutibile) di ciò che si considera normalmente diritto³⁶⁰. A ciò si può replicare che non

³⁵⁹ P. MANZINI, *op. cit.*, 29. In senso analogo G. DELLA CANANEA, *Legittimazione e accountability nell'organizzazione mondiale del commercio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 748. Più in generale quest'ultimo autore ha sviluppato la tesi secondo cui è il diritto – in contrapposizione alla democrazia politica – il tratto saliente degli ordinamenti compositi in G. DELLA CANANEA, *L'Unione Europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003, 178. Come si è visto in precedenza, il tema della *rule of law* è strettamente connesso con quello del formalismo pratico. Da ultimo S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 331-357, oltre a segnalare l'esistenza di un'area grigia mista tra «sistemi regolatori globali e regolatori nazionali», che funge da canale di comunicazione, collaborazione ed integrazione tra i due sistemi (p. 343), che impedisce di tracciare una netta linea di separazione tra di essi (p. 347), pone in rilievo come «il gran numero di norme, lo sviluppo di principi e regole, l'affermarsi di giudici, consentono di dire che il sistema amministrativo globale ha un alto tasso di istituzionalizzazione ... Più, infatti, l'azione delle organizzazioni globali si allarga e va oltre gli Stati e le organizzazioni pubbliche domestiche, più diventa importante assicurare il rispetto della *rule of law*, del principio di partecipazione, dell'obbligo di motivazione delle decisioni, per assicurare una tutela di cittadini, organizzazioni e imprese non solo nei confronti degli Stati e degli altri poteri pubblici nazionali, ma anche nei confronti dei nuovi poteri pubblici globali» (pp. 352-3).

³⁶⁰ Ho già osservato che non deve destare preoccupazione il problema della "politicità" insita nella "scelta" di una concezione del diritto, ciò che renderebbe anche la metagiurisprudenza, per una parte, di carattere prescrittivo (U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., 26 ss.). Questo aspetto prescrittivo della metagiurisprudenza è particolarmente

si può ingabbiare la realtà in concetti e forme giuridiche inadeguati, perché questo sarebbe come infilare la testa nella sabbia. Ho l'impressione, tuttavia, che l'idea sottesa all'analisi giuridica della globalizzazione, proposta in particolare nei lavori di Maria Rosaria Ferrarese, voglia proprio, al fondo, scompaginare la possibilità di fare della teoria e della scienza giuridica un discorso autonomo, individuando in una serie di mutamenti sociali, economici e politici fatti epocali che renderebbero necessitato tale esito³⁶¹. È inutile ripetere che il "diritto al presente" comporta il venire meno di un carattere essenzialmente formale del diritto quale l'ordinazione della realtà attraverso l'adozione di formule linguistiche pre-visive³⁶², mettendo in discussione quella forza stabilizzatrice del diritto che ne costituisce la funzione sociale³⁶³. Questo si pone in contrasto con quella idea escludente del diritto

messo in risalto da M. JORI, *Oggetto e metodo della scienza giuridica*, in *Saggi di metagiurisprudenza*, cit., spec. 243 ss., ove si trovano notevolissime riflessioni su un approccio non (mascheratamente) ideologico al giuspositivismo.

³⁶¹ Se non erro, un approccio di questo genere implica una posizione come la seguente. L'idea del diritto come insieme di regole (quella della tradizione giuspositivistica) non è concettualmente inconfigurabile, ma sono i fatti riconducibili alla globalizzazione che la rendono inidonea a descrivere la 'realtà' contemporanea del diritto. Naturalmente, quindi, tale asserzione deve basarsi su dati empiricamente rilevati e congruenti rispetto alla tesi che si sostiene. Al di là, peraltro, della evidente difficoltà di pervenire a un grado di rilevazione dei dati che sia effettivamente congruente e concludente, quello che mi chiedo è se sia davvero possibile costruire l'idea del diritto su basi empiriche e non concettuali. Il dubbio che insinuo, in altre parole, è che anche le tesi che fanno leva sulla globalizzazione, per demolire il concetto di diritto come insieme di regole, non siano altro che un'ennesima manifestazione del periodico riemergere della cosiddetta rivolta antiformalistica, che si situa, più che sul piano della realtà dei fatti, su istanze concettuali o, più spesso, prescrittive. È interessante osservare come – considerando le forti e dichiarate influenze della cultura giuridica nordamericana sull'approccio della studiosa in esame – la nozione di questa rivolta «has been an obsession in American jurisprudence, something expressed in the fact that while 'formalism' is widely considered to have been dismantled by the Realists, it continues to be attacked by each generation of theorists. Like the treatment of neurosis or the death of God, the critique of formalism seems somehow interminable» (M. STONE, *Formalism*, cit., 166). In realtà qualsiasi concezione del diritto non può che partire dall'alto «nell'identificare gli ordinamenti» (M. JORI, *Oggetto e metodo ...*, cit., 241).

³⁶² All'opposto di questo ideal-tipo basato su quello che Max Weber considera un processo di moderna razionalizzazione delle regole si andrebbe sostituendo, si ripete, un sistema tendenzialmente privo di regole (*a priori*), ma fondato sulla c.d. regola del caso. Un siffatto modello, tuttavia, perché possa essere concepibile in termini giuridici richiederebbe almeno una regola, quella che attribuisce a un qualche organo il potere di stabilire la regola del caso, prestando poi alle decisioni di questo organo l'assistenza della forza.

³⁶³ N. BOBBIO, *Sul formalismo ...*, cit., 995. Su ciò v. anche quanto osservato in precedenza a proposito della *rule of law* e dei 'valori' funzionali del diritto.

che invece non sembra rinunciabile. Se una data realtà del mondo non si preta più a essere spiegata attraverso quello che, secondo una qualche concezione condivisa da una vasta comunità di persone e di specialisti è denotabile come diritto, allora tanto vale ammettere che in quella realtà sociale il diritto non c'è³⁶⁴. Non è detto, in altre parole, che sia necessario accogliere tali pratiche nel campo del diritto, se il prezzo da pagare è quello della perdita di qualunque criterio concettuale per tracciarne i confini e in fin dei conti per conoscerne in senso 'scientifico'. La questione rischia di diventare nominalistica. Se occorre denotare come diritto un presunto ordine globale, lo si può fare purché si sappia che al nome corrisponde un insieme di proprietà diverso da ciò che in ampie comunità di parlanti si designa normalmente con tale termine. Nel caso della tesi in esame, di questa rappresentazione fanno parte le ricordate asserzioni circa la dissoluzione della pretesa del giuspositivismo – di cui si offre, però, un'immagine stereotipata, da Pariah³⁶⁵ – di costringere il diritto in strutture formali e circa il fatto che a questa pretesa si sostituirebbero pratiche transattive del tutto deformalizzate. Qui e là ricompaiono, è vero, elementi giuridici più tradizionali (una mescolanza tra vecchio e nuovo) nella descrizione offerta, ma sembra che li si intenda ridurre al rango di simulacri o di fenomeni di retroguardia di una estrema ed inutile resistenza all'erompere del nuovo ordine. Di questo, come sopra osservato, d'altra parte non si offrono vere e proprie prove empiriche (ammesso che questo sia possibile), ma immagini suggestive, che, pur cogliendo alcuni aspetti importanti e ponendo ai giuristi problemi complessi ed inusitati, non consentono, però, di fondare solide sintesi concettuali. In definitiva, quello che viene definito il “bisogno di presente” dell'età della globalizzazione, e che altri chiamano “postmodernità”³⁶⁶, si realizzerebbe in due “espressioni

³⁶⁴ Quanto detto non è molto distante da ciò che premette Kelsen all'inizio della ricerca di una definizione di diritto nelle prime pagine della sua *General Theory of Law and State*. Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., 4-5. Per un'approfondita analisi della costruzione della definizione di diritto in Kelsen, secondo il metodo per “genere e differenza”, ed in particolare sull'esigenza di trovare un carattere differenziale dell'ordinamento giuridico rispetto agli altri ordinamenti della società, cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 22-51.

³⁶⁵ V. F. SCHAUER, *Positivism as Pariah*, in *The Autonomy of Law. Essay on Legal Positivism*, a cura di R.P. Gorge, Oxford-New York, 1996, 31-55, che definisce una «*caricature*» il modo consueto di intendere il giuspositivismo come ferrea obbedienza dei funzionari pubblici alle leggi.

³⁶⁶ Per una critica ai c.d. *postmodernist approaches*, dal punto di vista del diritto internazionale, inteso come sistema basato sulla credenza nella *rule of law*, v. A.L. PAULUS, *International Law After Postmodernism: Towards Renewal or Decline of International Law?*, in

giuridiche” quali il diritto costituzionale ed il diritto giudiziario³⁶⁷. In tal modo, la traiettoria di questo nuovo ordine interseca ed ingloba (certo con alcune diversità di accenti) molte delle idee del cosiddetto neocostituzionalismo. Su questo orientamento, che chiama tra l’altro in causa il controverso dualismo principi-regole, mi sono già soffermato in precedenza, ed è vero che si tratta di uno dei problemi centrali per il formalismo pratico.

Quanto al ruolo fondante della giurisdizione nell’impresa giuridica, al di là della novità consistente nell’accresciuta presenza di corti giudiziarie sul piano internazionale e sopranazionale, si tratta di problema che accompagna tutta la storia dei sistemi giuridici europei moderni. Condivisibile è l’affermazione secondo cui il successo del potere giudiziario dipende dalla maggiore adattabilità delle decisioni giudiziarie alla mutevolezza del caso singolo, assicurando, sia pure in misura relativa, una qualche “certezza” o meglio trattando

accettabilmente l’incertezza, che è propria di ogni situazione conflittuale³⁶⁸

Ma questo carattere che tiene

vivo il collegamento tra ciò che è particolare e ciò che è generale³⁶⁹

Leiden Journal of International Law, 2001, 727-755. Il comune denominatore degli approcci postmoderni consiste, secondo l’autore, nel rigetto della ‘modernità’ intesa come punto di vista obiettivo e come resoconto neutrale delle vicende umane verso la realizzazione progressiva di ideali liberali. Nel campo del diritto – soprattutto attraverso l’incontro tra la filosofia decostruzionista di J. Derrida ed il movimento dei *Critical Legal Studies* – quegli assunti conducono a sostenere che l’indeterminatezza delle regole e l’arbitraria applicazione di principi e valori preclude all’analisi giuridica di pervenire a risultati su cui si possa fare un qualche affidamento. Come mette in luce l’autore, tuttavia, «*the death of the legal foundations implies the impossibility of distinctly ‘legal’ responses*» (p. 735). Per la critica postmoderna il modo di argomentare dei giuristi può continuare, ma senza alcuna pretesa di autorità. Tuttavia, da questo deriva che gli attori politici non hanno alcuna ragione di prestare ascolto a tali argomenti e di fatto che il diritto sia ridotto al silenzio: «*however, silence of law results in an ultimate deference to unfettered, unprincipled politics. If rules do not mean anything, if legal discourse amounts to nothing but rhetorical devices for selfish ends, the result is brute power*» (Ib.). L’autore ritiene, invece, che le risposte giuridiche non possono che fondarsi su *standard*, regole e principi stabiliti da qualche tipo di procedura formale generalmente riconosciuta: «*if lawyers did not use those standards, that would result in arbitrariness and, ultimately, in the solipsism of the lawyer incapable of providing reasons acceptable to others, especially those holding positions of power*» (p. 754).

³⁶⁷ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., 74 ss.

³⁶⁸ *Op. ult. cit.*, 82.

³⁶⁹ *Op. ult. cit.*, 81.

non è necessariamente in contrasto (io direi che non lo è affatto) con la presenza di regole e sistemi di regole che in una certa misura vincolano (anche) il giudice. Come visto anche i teorici del *judicial reasoning* partono dal presupposto che il ragionamento giudiziale si differenzia da altri ragionamenti pratici per il fatto di incontrare limitazioni legali rispetto alle ragioni che possono essere addotte a giustificazione di una determinata scelta³⁷⁰. Al fondo, d'altronde, questo è uno dei punti di contrasto tra positivismo giuridico e teorie neocostituzionali³⁷¹. Come è in parte già emerso nell'esposizione precedente, la tendenza verso un diritto giurisprudenziale, a esempio in materia di diritti fondamentali, non è che sia nella natura delle cose, né deve essere necessariamente auspicato, essendo invece il frutto di una scelta o perlomeno dell'impiego di tecniche che ben possono essere messe in luce e sottoposte a critica dagli studiosi del diritto³⁷².

Neanche, infine, può essere eccessivamente enfatizzata la differenza tra sistemi di *common law* e *civil law*³⁷³, come prova l'acceso dibattito di cui si è dato conto nella precedente sezione su "*new formalism*", "*textualism*", e così via.

Tornando, quindi, alla questione della globalizzazione, in effetti, come si è già osservato, proprio sul piano empirico (quindi sociologico) è tutto da dimostrare che lo scenario sia quello di un ordine giuridico di nuovo conio che va scalzando il diritto positivo (*positum* certamente ormai non solo e probabilmente non prevalentemente dagli Stati e dai parlamenti nazionali³⁷⁴).

³⁷⁰ R. ALEXI, *Teorie der juristischen Argumentation*; trad. it., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, 20-21.

³⁷¹ L'orientamento neocostituzionalista non si limita a registrare il fenomeno della continua espansione del potere giudiziario, prescrivendo, invece, che tale fenomeno vada assecondato dai giuristi, essendo il mezzo per assicurare la razionalità del sistema attraverso il continuo adattamento alle mutevoli istanze sociali. In tal senso S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo ...*, cit., 10.

³⁷² M. JORI, *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, cit., 410.

³⁷³ Come fa a esempio P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in www.grupposanmartino.it/GROSSI,%20Globalizzazione.htm, in una entusiastica recensione del libro della Ferrarese.

³⁷⁴ Ma anche quello della costruzione giurisprudenziale del diritto (che tende a avvicinare sistemi di *common law* e *civil law*: v. S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 86) è un processo che viene da lontano e non lineare. Basti pensare al ruolo dei giudici amministrativi nella costruzione di molte figure del diritto amministrativo in Italia, pur in un ambiente culturale caratterizzato all'apparenza dall'ossessione per la legalità, ed all'effetto di retroazione (nei confronti del diritto giurisprudenziale) determinato dalla canonizzazione di tali istituti.

Riassumendo gli esiti della analisi sopra condotta, si può, invece, osservare, tenendo distinti il piano concettuale e quello empirico, che, in ordine al primo, appare plausibile sostenere che il “diritto globale” sia una ulteriore sottofamiglia della “rivolta antiformalista”, con molti punti di contatto con le tesi del neocostituzionalismo, da una parte, e della tradizione scettica e realista dall’altro. Quanto all’altro punto di vista, quello che si può osservare è che i fatti collegabili alla globalizzazione (soprattutto di carattere economico) esercitano una pressione rimodellatrice di norme ed istituti dei vari sistemi statuali, anche con differente ampiezza a seconda dei rami del diritto positivo che si considerano (a es. diritto commerciale, diritto amministrativo, ecc.), i quali continuano, peraltro, a costituire per i giuristi l’oggetto del proprio studio.

Non mi pare, in definitiva, che si debba (e possa) rinunciare al ruolo prescrittivo che il diritto svolge nella vita sociale, alla sua funzione di guida della condotta³⁷⁵ allo scopo di inseguire una giuridicità priva di forma. Se si riducesse il diritto a fatti psico-sociali o a una serie di decisioni che valgono in quel momento (diritto al presente) verrebbe meno insieme all’esigenza della conoscibilità del diritto il concetto stesso di diritto. In questo senso, come osservato in precedenza, accogliere un approccio giuspositivista implica necessariamente un concetto di diritto e quindi anche un impegno. Rimane il fatto, però, che secondo queste coordinate concettuali, alla globalizzazione in quanto tale non può essere accostata una descrizione dei suoi presunti caratteri giuridici se non si stabilisce prima quali proprietà debba avere un fenomeno per essere considerato giuridico. In altre parole a un fenomeno (peraltro a sua volta incerto nei suoi confini concettuali) come quello della globalizzazione non corrisponde una giuridicità propria di tale fenomeno³⁷⁶. Se, peraltro, per ‘diritto globale’ si intende l’insieme delle pratiche giuridiche diffuse in ‘ordini’ come l’Unione Europea, da un lato, e l’Organizzazione Mondiale per il Commercio, dall’altro, o lo stesso ‘ordine mondiale’ rappresentato dalla Società delle Nazioni³⁷⁷, allora siamo dinanzi a fenome-

³⁷⁵ U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*, cit., 191.

³⁷⁶ Nega l’esistenza di un sistema giuridico globale corrispondente all’ambito materiale della globalizzazione anche F. BILANCIA, *Lo Stato democratico rappresentativo nel sistema globale. Spunti di riflessione*, in www.grupposanmartino.it, sebbene sulla base di una concezione della giuridicità sostanziale ancora più esigente, presupponendo un principio politico, in concreto quello riferibile alla rappresentazione degli interessi dei destinatari delle regole, a garanzia della stessa tenuta di effettività dell’ordinamento medesimo, che orienti il contenuto delle norme giuridiche.

³⁷⁷ S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato*, cit.

ni certamente nuovi sotto molteplici aspetti (non sotto ogni aspetto), ma che sono almeno in parte descrivibili come strutture normative³⁷⁸. Per tali strutture sembra, anzi, si debba parlare di un ruolo costitutivo del diritto, le stesse esistendo proprio in virtù di specifici atti deliberativi assunti in veste giuridica dagli Stati nazionali, che mediante essi, se per un verso si autolimitano, per così dire in via definitiva, per altro verso, tentano di rilegittimarsi in forme diverse dal passato. Come questi fenomeni giuridici (e politici) ed altri fenomeni non giuridici incidono sui sistemi statali, tanto sul piano macro-istituzionale quanto su quello micro-istituzionale, è, come ho cercato di accennare, problema di carattere diverso e che, mi pare, non possa essere affrontato ‘tutto in una volta’ o da un solo punto di vista, ma mettendo insieme tanti punti di vista tra cui quello interno o esterno moderato degli studiosi dei diritti positivi.

2.2. *La pressione della globalizzazione sul diritto amministrativo (domestico)*

Questione, allora, distinta (e certamente più concreta) da quella della eventuale qualificazione giuridica dell’ambito materiale del fenomeno della globalizzazione, è quella degli effetti di tale fenomeno, tra le altre cose, sui diritti amministrativi nazionali. Già intuitivamente il processo di erosione della sovranità, la crescente emancipazione dell’economia dalla politica, il significativo ruolo di organismi sovranazionali nella produzione di regole rivolte non solo agli Stati, costituiscono fattori che non possono non incidere sul fenomeno amministrativo e quindi sul suo diritto³⁷⁹.

In prima battuta, scartato lo scenario ipotizzato nelle radicali prospettazioni prima criticate, che allo stato appaiono perlomeno futurologiche, l’incidenza di tali processi sembra soprattutto quantitativa (riduzione della sfera pubblica). Tuttavia non si può escludere che taluni o molti dei ‘mutamenti qualitativi’ da registrare negli istituti propri del diritto amministrativo siano da ascrivere alla globalizzazione. Gli esempi sono parecchi. Si può pensare

³⁷⁸ D’altronde, anche chi ammette l’esistenza di un ordine giuridico globale chiarisce che esso «è un ordine saprofito, che non potrebbe vivere da solo, è necessariamente correlato a altri, e li rende permeabili, ma allo stesso tempo li rafforza» (S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale*, cit., 343).

³⁷⁹ Il problema è stato fatto oggetto di una approfondita analisi da R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002, il cui capitolo terzo è intitolato «Le pubbliche amministrazioni e i processi di globalizzazione: verso quali scenari?», 193 ss.; 240 ss.

al fenomeno della liberalizzazione nei servizi pubblici, che trasforma certi paradigmi dei relativi istituti, a esempio nel settore locale, oppure al fenomeno, ben più vistoso, delle numerose regolazioni amministrative dei mercati che hanno sostituito l'intervento diretto dei pubblici poteri³⁸⁰. Di grande importanza, ancora, è il fenomeno, di portata più generale, messo in luce da diversi studiosi, della costituzione in via di fatto di reti di amministrazioni nazionali, internazionali e sovranazionali che operano spesso al di fuori degli ordinari canali del rapporto politica-amministrazione.

Particolarmente cospicuo ed importante ai fini della presente indagine è il fenomeno, sempre più spesso notato, della diminuzione, o ridimensionamento, dell'agire discrezionale a favore dell'applicazione di regole tecniche e scientifiche, risultato di una più generale tendenza verso una elevata tecnicizzazione delle regole di diritto³⁸¹.

Non è semplice (né oggetto della presente ricerca) stabilire in che misura i suddetti fenomeni siano il portato della pressione che la globalizzazione esercita sulle società organizzate, e in che misura siano invece il risultato della europeizzazione del diritto amministrativo, costituente parte della più ampia vicenda della formazione dell'Unione europea³⁸², e che, secondo lo schema concettuale prima richiamato, costituiscono una risposta alla globalizzazione³⁸³. Sia come sia, si tratta di vicende che incidono necessariamente

³⁸⁰ Che tra l'altro consente anche di recare in dubbio che vi sia effettivamente una riduzione quantitativa della sfera pubblica. Su questo problema v. J. FREEMAN, *Extending public law norms through privatization*, in *Harvard Law Review*, vol. 116, n. 5, 2002, 185 ss., secondo cui «*privatization can be means of "publicization" through which private actors increasingly commit themselves to traditionally public goals as the price of access to lucrative opportunities to deliver goods and services that might otherwise be provided directly by the state. So, rather than compromising democratic norms of accountability, due process, equality, and rationality – as some critics of privatization fear it will – privatization might extend these norms to private actors through vehicles such as budgeting, regulation, and contracts*».

³⁸¹ Cfr. R. FERRARA, *Introduzione ...*, cit., 77-78, 212. Uno dei fattori che contribuisce a ridimensionare la discrezionalità amministrativa è l'*Information Technology* che rappresenta una delle dimensioni più concrete della globalizzazione. Su ciò v. M. BOVENS, S. ZOURIDIS, *From Street Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology Is Transforming Administrative Discretion and Constitutional Control*, in *Public Administrative Review*, n. 62, 2002, 174 ss.

³⁸² La quale non solo può essere anch'essa vista piuttosto come una risposta alla globalizzazione che non uno strumento della globalizzazione, ma che – sia pure con caratteri per molti versi inediti – possiede probabilmente i requisiti di un "ordine" o "ordinamento" costituzionale.

³⁸³ A proposito di tale questione è però interessante notare come vi sono certamente

sulle caratteristiche e le modalità di funzionamento delle amministrazioni pubbliche, evidenziando una tendenza che è stata definita autocefala dell'amministrazione e del suo diritto, che mette in discussione il suo rapporto con gli apparati politici che tradizionalmente ne costituiscono il principale fattore di legittimazione. Tuttavia, anche conclusioni di questo segno vanno prese con cautela e non generalizzate o assolutizzate, poiché la crisi degli Stati nazionali è pur sempre relativa e certi connotati dei sistemi politico-amministrativi di carattere democratico rappresentativo sembrano resistere, mediante processi di adattamento, anche nel mutato scenario³⁸⁴. A questo proposito mi pare siano da condividere nella sostanza due tesi di recente avanzate da Rosario Ferrara sul rapporto tra il diritto pubblico/amministrativo della tradizione europea e le spinte disgregatrici provenienti dalla globalizzazione.

La prima riguarda proprio la dinamica informale/formale all'interno del diritto pubblico, notandosi come

molto spesso, almeno nelle esperienze più evolute, ciò che si presenta come informale prepara quanto sarà successivamente formalizzato, ovverosia si configura come sperimentazione, come iniziale *soft law*, in vista della sua definitiva riconduzione a principi e regole di più elevata formalizzazione giuridica³⁸⁵.

La seconda tesi rinviene un carattere di adattabilità e flessibilità delle tradizionali categorie positive del diritto pubblico-amministrativo al mutare dei problemi e degli scenari, che ne garantiscono la persistente vitalità. Elemento comune di queste categorie positive sembra costituito dal maggior "formalismo" del diritto pubblico, che soddisfa un bisogno di regolazione comunque insopprimibile; per quanto riguarda in particolare il diritto amministrativo esso si rivela

quasi per sua logica interna, come la sede privilegiata delle garanzie formali, e

alcuni problemi di fondo che riguardano il diritto amministrativo in generale, a prescindere dalla sua dimensione europea, come dimostra il dibattito su globalizzazione e diritto amministrativo sviluppatosi nella letteratura nordamericana.

³⁸⁴ È questo il giudizio di R. FERRARA, *Introduzione* ..., 263. Ma v. anche L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, cit., 10, nt. 4, la quale osserva che lo Stato nazionale è un progetto «realizzato e compiuto, per il quale si propongono a volte misure correttive, ma non si prefigurano nuovi stadi di evoluzione». Né l'Unione Europea sembra "cancellare" o "trasfigurare" il potere statale, sebbene questo ormai non è più «l'unica e l'ultima fonte del diritto e della sovranità» (p. 11).

³⁸⁵ *Op. ult. cit.*, 246. Questa tesi era già stata sostenuta da G. PÜTTNER, *Lo stato di diritto informale*, cit., 37.

pertanto capace, là ove necessario, di mobilitare gli opportuni reticoli procedurali e formali che rappresentano la più irrefragabile barriera che protegge chi è più «debole» dinanzi a chi comunque è più «forte»³⁸⁶.

Si tratta, all'evidenza, di una concezione che pone l'accento sull'aspetto liberale del formalismo³⁸⁷, quello che si collega con il principio della *rule of law*, sollevando interrogativi su cui tornerò più volte nelle pagine seguenti.

* * *

Partendo dalla tendenza, di cui si è dato conto nel § 2.1, a rimpiazzare le tecniche autoritative per la risoluzione dei conflitti con la “coordinazione spontanea” e la “negoziiazione diretta”, Claudio Luzzati ha di recente notato che l'autorità non “gode di buona fama”, mettendoci però sull'avviso rispetto alla facile tentazione di considerare ‘buono’ tutto ciò che è paritario e simmetrico e ‘cattivo’ tutto ciò che è asimmetrico e non paritario³⁸⁸. Non è certo una novità che dietro la superficie dell'eguaglianza formale si possano celare le più grosse disparità, come mostra del resto la parabola del contrat-

³⁸⁶ R. FERRARA, *op. cit.*, 264. Si tratta, peraltro, di una esigenza che non riterrei elettiva del diritto amministrativo, ma propria del diritto in generale. In proposito si possono richiamare a esempio le tendenze neoformalistiche presenti nel diritto dei contratti spiegabili proprio in funzione di protezione del contraente debole, a esempio nel settore della tutela dei consumatori. In tema v. G. CHINÉ, *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, vol. I, a cura di N. Lipari, Padova 2003, 461 ss., che parla di prescrizioni che pur non riconducibili alla nozione tradizionale di forma negoziale, configurano “formalità” «imposte al contraente professionale e rappresentano segni tangibili del nuovo formalismo». L'autore parla di “forme di protezione” – e non di “forme di efficacia” – che hanno lo scopo di favorire la «riflessione del consumatore sulle condizioni che si appresta a accettare e di conferire maggiore certezza alla stipulazione». I settori maggiormente interessati sono quelli dei contratti bancari e nel settore mobiliare, dei contratti commerciali stipulati fuori dai locali di vendita, della c.d. multiproprietà, della contrattazione a distanza, molti dei quali sono presidiati da direttive comunitarie. In alcuni casi gli obblighi del contraente professionale (forte) sono rinforzati anche da sanzioni amministrative (v. a es. art. 12.1, d.lgs. n. 427/1998).

³⁸⁷ R. FERRARA, *op. ult. cit.*, 19-20, ove si ricorda come «i più importanti studiosi [...] abbiano sempre messo la forma al centro del sistema dei valori di ogni ordinamento positivo» (corsivo dell'A.) e si richiama l'elogio delle forme tessuto da A. de Toqueville a proposito della costituzione nordamericana. Secondo J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M. 1992; trad. it., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., 495-496, il paradigma liberale è caratterizzato dalla riduzione della giustizia all'eguale distribuzione di diritti, ignorando l'uguaglianza di fatto, e dalla tendenza a un rigido formalismo interpretativo che consenta una netta distinzione tra legislativo e giudiziario e la prevedibilità delle decisioni.

³⁸⁸ C. LUZZATI, *La politica della legalità*, cit., 101-103.

to, la cui struttura canonica non può nulla dinanzi al predominio del contraente forte. In questo senso il neoformalismo negoziale di derivazione comunitaria a tutela del consumatore è emblematico.

In tale contesto l'impegno autoritativo è un aspetto essenziale del ruolo del giurista. Ci si serve, infatti, di un'asimmetria artificiale, creata apposta, per rimediare a un'asimmetria "naturale", che si verifica nelle tecniche negoziali o spontanee di coordinazione³⁸⁹.

In definitiva per qualche motivo che non riesce a essere del tutto esplicito il formalismo va perdendo terreno ma non sparisce, come dimostra incontrovertibilmente il fatto che continuano a susseguirsi polemiche antiformaliste. Esso è insidiato da una parte dalla richiesta di abolire le regole in nome di una coordinazione sociale spontanea, che, però, francamente appare del tutto illusoria. Da un'altra parte dalla sempre più massiccia iniezione di principi e valori in luogo di 'regole serie'³⁹⁰.

Si può supporre, peraltro, che la rivendicazione dei principi cominci a essere un poco inflazionata e che la sua capacità di trasformare le pratiche del diritto sia minore di quanto si pensi. Del resto è un fatto che, tra i giuristi, pochi sono davvero disposti a volgere del tutto le spalle alle ragioni del positivismo e tutt'al più si tende a rinnovarne la concezione, senza rinunciare ai valori di certezza, sicurezza ed eguaglianza che si incarnano nel primo.

Si può ipotizzare, come dicono molti, che il ripiego verso un diritto debo-

³⁸⁹ C. LUZZATI, *op. ult. cit.*, 103.

³⁹⁰ V. M. JORI, *Pragmatica, scienza giuridica ...*, cit., 409, che nota come le stesse formulazioni dei diritti nelle carte costituzionali moderne siano assai vaghe ed assegnino tutto il potere alle alte corti, ma che questo carattere – tipico degli ordinamenti pre-legislativi – non è né inesorabile né desiderabile, e quindi o andrebbe portata allo scoperto la chiara 'natura giurisprudenziale' dei diritti o, preferibilmente, andrebbero rese più precise le relative norme riconquistando il legislatore, anche costituzionale, il proprio ruolo di *rule-maker* in uno Stato democratico-rappresentativo.

Una critica 'devastante' alla tecnica dei principi, secondo la versione di Dworkin, per risolvere il 'dilemma delle regole' è quella portata da L. ALEXANDER, E. SHERVIN, *The Rule of Rules*, cit., 179: «*Rather than giving us the best of both the worlds of moral principles and posited rules, however, legal principles give us the worst of both worlds. They do no close the gap: An Actor faced with a legal principle that is nonetheless not equivalent to and thus morally inferior to a moral principle, will still see no moral reason to follow the legal principle rather the moral one. On the other hand, legal principles do not provide the settlement benefits of serious rules. They can be no more determinate than the controversial moral principles that shape them. And indeed, the very controversies over the application of moral principles that give rise on the need for serious rules will be replicated in attempting to formulate, assign weight to, and apply legal principles*».

le basate su norme deboli, arriverà a essere inevitabile nel contesto della società contemporanea, però oggi certamente non ancora è così. Inoltre, si comincia a sospettare che questo ripiego non rappresenti a lungo termine la strategia più efficace per fare fronte alle forme di ingiustizia dei nostri giorni. Come detto poco sopra, il dubbio, in due parole, è che un diritto debole finisca con il convertirsi in diritto al servizio dei forti e non dei deboli.

3. *L'idea dell'illegalità utile*

A chiusura di questo capitolo vorrei introdurre una domanda apparentemente stravagante: che ruolo gioca il tema della 'illegalità', ossia della esistenza obbiettiva di un gran numero di comportamenti che deviano dalle regole, rispetto al formalismo pratico? Pare quasi un truismo affermare che costituisce uno dei cardini del formalismo che il criterio di validità delle norme abbia natura formale. Ciò che si intende per diritto valido è, peraltro, tema altrettanto discusso di quello dell'interpretazione ed anch'esso, o soprattutto esso, è posto sotto accusa in quanto 'formalistico' qualora si limiti a dire che una norma o un atto sono validi se emanati conformemente a una norma valida. La disposizione di cui all'art. 21-*bis*, l. 241/1990, stabilendo – per quanto concerne i provvedimenti amministrativi vincolati³⁹¹ che determinate ipotesi di anormalità degli stessi non li rendono suscettibili di annullamento – sembrerebbe mettere in crisi il suddetto modo di dare conto dell'invalidità, poiché una ipotesi del genere ora descritto non sarebbe spieghabile in

un contesto che concepisce il rapporto norma-atto in termini di rigorosa esclusività legittimante, per cui soltanto la prima si considera idonea a reggere giuridicamente il secondo³⁹².

Su questo si avrà modo di tornare ampiamente nel corso del lavoro (in particolare nel capitolo terzo), ma quello che ora si vuole mettere in luce è invece la circostanza, apparentemente paradossale, che i sistemi normativi e le organizzazioni in genere hanno quasi bisogno di un certo tasso di devian-

³⁹¹ Nonché a certe condizioni per quanto concerne i provvedimenti discrezionali con riferimento al solo vizio consistente nella omissione della comunicazione di avvio del procedimento (v. *infra*, IV.1).

³⁹² A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993, 1119.

za dall'osservanza dei comportamenti approvati nonché di sviluppare congegni che consentano di riassorbire tale devianza nel sistema stesso³⁹³.

Tale fenomeno è stato in particolare analizzato da Niklas Luhmann che parla in proposito di "illegalità praticabili", concetto che esprime un delicato equilibrio tra formale ed informale nel modo di operare delle regole e che ad avviso di Franco Ledda potrebbe essere alla base della disposizione tedesca cui il legislatore italiano si è ispirato nell'introduzione della norma sopra ricordata³⁹⁴. L'interesse di tale analisi consiste, per un verso, nel consentire un ulteriore stimolante termine di confronto per la nostra indagine sul ruolo delle regole formali dal punto di vista del diritto, per altro verso, nel fornire un substrato sociologico al problema del trattamento giuridico delle anomalie. In qualche modo questo punto di vista è uguale e contrario al 'seguire le regole', ma costituisce un punto di vista complementare a quello e, lungi dal negarne l'utilità, lo rinforza.

Ebbene, secondo Luhmann un comportamento illegale è quello che lede attese formali, ma, sotto il profilo sistemico, comportamenti che si collocano in una sorta di zona grigia tra il legale e l'illegale, pur di fatto frustrando l'attesa formale, possono risultare utili. Luhmann elenca diversi esempi, come il seguire regole sulla base di motivi o scopi non permessi, il comportamento secondo diritto ma in un momento sbagliato, il discostarsi consuetudinario da norme obsolete, il discostarsi da norme formulate in modo problematico per motivi di interesse (economico) o il discostarsi da norme in modo non significativo (futile), il comportamento contrario al diritto che al contempo evita, però, la lesione di importanti sistemi di interessi. Tutti questi comportamenti, devianti ma utili, implicano strategie adattative delle quali un membro di un'organizzazione si vale quando debba aggirare problemi di legalità.

Ma in cosa consiste la loro utilità? Il punto è che ogni sistema sociale, per essere vitale, deve consentire, in una certa misura, un "distanziamento" dalle regole. Che la violazione di regole non è da valutare in modo senz'altro negativo è affermazione che ricorre anche in altri sociologi. La tesi di Durkheim e Mead, a esempio, è che distanziarsi dalle regole rafforza la coscienza delle regole stesse e, rafforzando la solidarietà tra coloro che le seguono, facilita l'assunzione di misure contro coloro che le violano. Vi sono, però, due conseguenze ulteriori che si possono trarre da tale distanziamento messe

³⁹³ Questo profilo è già stato messo in luce da A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 1132-3.

³⁹⁴ F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, cit., 3457. Ringrazio Francesco Bilancia per avermi fatto notare questo aspetto.

in luce da Luhmann: che esso (a) implica la costruzione di un ordine informale relativamente indipendente dall'organizzazione formale, e (b) che lascia spazio a comportamenti creativi ed adattamenti a un ambiente in continuo mutamento³⁹⁵. Queste due nuove tesi, non si limitano a riconoscere una funzione positiva al distanziamento dalle regole nel cerimoniale della sanzione, ma vi riconoscono una specifica utilità nel raggiungimento degli scopi che persegue l'organizzazione formale.

In altre parole, un ordinamento normativo non può che essere contraddittorio, perché tale orientamento è imposto dagli stessi sistemi sociali, mentre, laddove si progetti un ordine normativo privo di contraddizioni, una certa quantità di illegalità diventa inevitabile. La questione è, pertanto, quella dell'adattamento dell'organizzazione formale ad aspettative stimolate dall'ambiente sociale, ma non legittime sulla base dei parametri normativi. Questo adattamento può essere condotto o attraverso atteggiamenti 'latenti' oppure mediante deviazioni dalle regole esplicitamente tollerate e che appaiano difendibili sulla base di specifici motivi o argomenti³⁹⁶.

³⁹⁵ Nella complessa concezione di Luhmann questo "ordine informale" può essere visto come sottosistema dell'organizzazione formale. I sottosistemi devono mantenere costantemente efficaci consistenza e confini del loro orientamento normativo, in modo da consentire comportamenti che nella cornice del sistema globale non possono più essere giustificati. Caratteristica tipica dei sottosistemi è quella di organizzare i propri mezzi secondo criteri selettivi diversi da quelli dell'intero sistema: per il loro mantenimento è, dunque, utile ridurre le aspettative formali dell'intero sistema a grandezze tattiche. Il problema risiede nel fatto che la costruzione di sottosistemi genera orientamenti che sono contemporaneamente desiderati e contrari all'ordine normativo. Per questa ragione la strategia impostata dal sottosistema non è da ritenere né univocamente funzionale né univocamente disfunzionale per l'intero sistema.

³⁹⁶ In questo senso un esempio suggestivo è quello fornito da J. BRAND-BALLARD, *Legal Formalism, Stage-Neutrality, and Comparative Justice*, paper presentato all'incontro annuale (2005) dell'Associazione Americana di Filosofia, che individua come posizione più desiderabile nei confronti del 'formalismo' quella di un decisore che utilizzi la strategia che in teoria dei giochi viene chiamata 'mista', che potrebbe essere definita una versione 'debole' di formalismo, in contrapposizione a quella 'forte' delle 'ragioni escludenti'. A questo riguardo l'autore immagina il caso di un giudice che, trovandosi a giudicare un ragazzo accusato del furto di gioielli in un negozio, che abbia poi restituito, ignorando ciò che in tali casi prevede la legge, gli infligge una condanna molto lieve. Tale giudice poi confessa a un amico che si è comportato in tal modo perché la pena più severa non sarebbe stata di nessun beneficio per la vittima ed avrebbe rovinato il futuro del giovane. Qualche mese dopo, lo stesso giudice, infligge la pena più severa, quella effettivamente prevista dalla legge, a un altro ragazzo che ha rubato i medesimi gioielli nello stesso negozio ed egualmente li ha poi restituiti. Al perplesso amico il giudice confida di essere perfettamente al corrente che i casi sono identici e che ricorda benissimo il caso del primo ragazzo, ma spiega che in un certo

La forma più estrema di risoluzione delle tensioni che le suddette aspettative generano consiste, secondo Luhmann, nel rilevare la contraddizione nell'ordine normativo e con ciò giustificare tanto il comportamento difforme quanto quello conforme. Si tratta di una concezione che ritiene, in ultima istanza, non interamente significative le aspettative formali e che pone una sorta di dilemma tra comportamenti conformi alle regole e comportamenti devianti. Secondo Luhmann l'atteggiamento più produttivo non è quello che spinge all'eliminazione del dilemma. A proposito di questo noterei che l'antiformalismo è altrettanto criticabile del formalismo etico.

Più attraente risulta l'atteggiamento che porta a indagare quelle tecniche e pratiche operative, funzionalmente collegate a questo dilemma, che permettono a coloro che vi prendono parte di comportarsi, date determinate circostanze, in modo sensato. Si tratta della questione dell'utilizzazione pratica delle regole formali. Il significato fattuale di regole formali del comportamento non può essere ristretto a ciò che Luhmann definisce "aspettative formulate", limitandosi

a ridisegnare i desideri che erano nel pensiero di colui che ha posto le regole³⁹⁷.

Per cogliere il reale senso delle regole occorre assumere il punto di vista dell'utilizzatore. Anche se le regole sono formulate in modo impersonale e senza tempo, tuttavia il loro senso concreto dipende dal fatto che qualcuno, in determinate situazioni e con certe conseguenze, faccia richiamo ad esse, e che quindi in tali circostanze le regole formali siano prese in considerazione come premesse della decisione. Secondo Luhmann, tuttavia, utilizzare le regole in un contesto sociale, significa orientare le decisioni verso le regole, fatto che non dipende dalla semplice logica interna delle regole stesse. Ecco perché, in questo gioco è di notevole importanza il ruolo che riveste l'utilizzatore della regola, cioè dello specifico soggetto che ha la 'competenza', la possibilità, l'opportunità, ecc. di richiamare gli altri partecipanti al loro ruolo

senso è stato duro col secondo proprio perché era stato morbido col primo. Occorre, infatti, non rischiare di incoraggiare i furti, diminuendo la funzione deterrente della pena, ma di tanto in tanto è possibile ridurre la subottimalità della regola mitigando le sue conseguenze, questo facendo comunque né troppe volte né troppo poche. Secondo l'autore, una tolleranza della deviazione dalla regola a un livello ottimale di densità produrrebbe sicuri benefici per la società. E la giusta percentuale sarebbe il 15%.

³⁹⁷ *Funktionen und Folgen formaler Organisation* ..., cit., 311. Secondo Luhmann di questa prospettiva ristretta soffrono quelle che egli chiama "le scienze giuridiche positivistiche". Pare evidente, considerato che l'approccio di questo studioso è pienamente consistente con una concezione giuspositivistica del diritto come quella delineata nelle precedenti sezioni, che il riferimento è a concezioni strettamente legalistiche.

di appartenenti al sistema, ricordando loro quali aspettative devono soddisfare per continuare ad appartenervi. Questo, peraltro, non significa che la decisione di richiamarsi alle regole o tollerare le deviazioni dipenda dall'arbitrio dell'utilizzatore. Il dilemma si pone sempre in una situazione già strutturata, che è vicina all'una o all'altra soluzione, facendola apparire, secondo i casi, pericolosa oppure trascurabile, secondo condizioni imposte dall'ordine sociale. In breve, il valore strategico delle regole non starebbe nel fatto che esse debbano essere eseguite esattamente, bensì nel fatto che consentono a determinate persone di seguirle o meno, soprattutto utilizzando gli spazi interstiziali esistenti tra tali due estremi, ed attraverso tale decisione di assicurarsi un qualsiasi vantaggio. Secondo Luhmann è importante, tuttavia, rendersi coscienti della portata simbolica di tali comportamenti, poiché occorre tenere presente che ogni deviazione mette in forse la regola insieme con l'affidabilità di tutto il sistema e questo è un effetto collaterale non desiderabile, quindi, se possibile, da evitare³⁹⁸.

È chiaro che il suddetto fenomeno di una qualche misura di deviazione dalle norme investe un'area assai più vasta delle irregolarità di un atto giuridico, sia perché si riferisce a vari tipi di regole (primarie e secondarie ed anche non giuridiche) sia perché rileva la presenza di comportamenti che si situano a diversi livelli decisionali. Tuttavia, non si può affatto escludere che un certo grado di distanziamento dalle regole possa essere previsto e tollerato direttamente da chi progetta un ambiente decisionale e, per quanto riguarda il diritto, dai legislatori, in qualche modo 'sterilizzando' la devianza. Come avrò modo di osservare più avanti, è proprio la canonizzazione legislativa di una illegalità praticabile (IP)³⁹⁹, che – 'formalizzando l'antiformalismo' – scombina le carte delle posizioni troppo 'sostanzialiste', sebbene allo stesso tempo metta in crisi le posizioni che considerano la forma soltanto come formalismo 2.2.

³⁹⁸ Questo è l'atteggiamento che viene definito 'particolarismo sensibile alle regole' (v. L. ALEXANDER, E. SHERWIN, *The Rule of Rules*, cit., 61 ss.).

³⁹⁹ Anche nel prosieguo, come ho già fatto qualche volta in precedenza, chiamerò convenzionalmente 'illegalità praticabile' o 'utile' (IP) le ipotesi di distanziazioni in cui le anomalie degli atti non vengono colpite con la misura dell'annullamento.

CAPITOLO II

FORMALISMO PRATICO E DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. L'idea della progettazione di un ambiente decisionale e i costi delle strategie decisionali. – 1.1. Strategia decisionale basata su regole e strategia decisionale secondo la funzione. – 1.2. Regole costitutive e poteri normativi. – 1.3. Ulteriori tesi che tendono ad assimilare il potere amministrativo *tout court* al 'potere vincolato'. – 1.4. Lineamenti per un'analisi strutturale delle norme sull'attività amministrativa vincolata. – 1.4.1. Individuazione del materiale giuridico e modalità giuridiche. – 1.4.2. Azione vincolata ed interessi pretensivi. – 1.4.3. Azione vincolata e interessi oppositivi. – 2. Possibilità e modalità di delimitare le rispettive aree della funzione amministrativa e delle "regole regolative". – 2.1. Momento e modo di scelta della strategia decisionale. – 2.2. La specifica 'normatività' della funzione. La struttura fondamentale del procedimento come forma costituzionalmente necessaria. – 2.3. Ipotesi di lavoro: un ruolo accessorio del procedimento amministrativo nella strategia regolativa universalistica?

1. *L'idea della progettazione di un ambiente decisionale e i costi delle strategie decisionali*

1.1. *Strategia decisionale basata su regole e strategia decisionale secondo la funzione*

In questo capitolo cercherò di mettere in relazione il diritto amministrativo con le due principali tecniche di formalismo pratico emerse nel capitolo precedente, quella relativa alla scelta pratica mediante regole (fp-1 e 2.1) e l'altra legata alla forma degli atti giuridici produttivi di regole (fp-2.2, con particolare riferimento a competenza e procedure), a cui, mi pare, ma questo emergerà gradatamente nel corso dell'indagine, possa essere ricondotta la tensione che investe il problema dei vizi c.d. formali degli atti amministrativi in base alla legge sul procedimento amministrativo, che è tensione tra due istanze entrambe proprie del formalismo giuridico pratico¹.

¹ Si tratta di due formalismi ben diversi, come si ricorderà. Il secondo si ispira al prin-

Mi riallaccio, anzitutto, a quanto osservato nel § I.2.2, a proposito della pressione della globalizzazione sul diritto amministrativo. In particolare ove si era notato che tra i fatti che sembrano maggiormente imporsi all'attenzione degli studiosi vi è l'accresciuto ruolo della tecnica a scapito della "politica" o della discrezionalità. Su ciò si può, a esempio, vedere l'analisi di Marco Mazzamuto sulla riduzione quantitativa della sfera pubblica – dovuta non solo ai fenomeni della globalizzazione ma anche al paradigma liberista che connoterebbe l'Unione Europea – che sul piano qualitativo causerebbe la riconduzione dell'attività amministrativa a un alveo puramente esecutivo². Sarebbe correlata a questa tendenza una riduzione della discrezionalità e dell'imparzialità "inclusiva" con una forte riduzione della multipolarità tipica del diritto pubblico e dell'elemento teleologico dell'azione amministrativa ed una necessaria semplificazione del quadro degli interessi in gioco³. Gli esempi adottati sono persuasivi ed aiutano a impostare il discorso che qui interessa, senza che ai miei fini occorra cimentarsi con le conseguenze di più ampia portata che ne vengono tratte sulla base di presupposti ideologici che qui non serve discutere⁴. D'altronde, si è già accennato che la tendenza a una riduzione – quantomeno nell'area dell'amministrazione di carattere puntuale – della discrezionalità è un dato che trova riscontro in molti altri autori delle più diverse tendenze.

Indipendentemente dal dibattito sulla tecnica, che per complessità e dimensioni travalica di gran lunga l'ambito giuridico, tra le conseguenze della suddetta contrazione dell'area della discrezionalità sembra vi sia un riexpandersi dell'area in cui operano direttamente regole in luogo di scelte tra

cipio di uguaglianza davanti alla legge ed alla giustizia formale, e risponde all'ideologia del positivismo giuridico classico; il primo risponde all'ideologia dell'illuminismo ed ha come obiettivo "l'instaurazione della stretta legalità". Nel primo caso si parla di "formalismo" perché si astrae dagli aspetti sostanziali delle decisioni (contano per l'appunto procedure e competenze); nel secondo caso si parla di formalismo perché si astrae dalle caratteristiche "uniche" del caso e si decide all'"ingrosso" (v. in tal senso C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore* ..., cit., 517, da cui sono tratte le espressioni virgolettate).

² Cfr. M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, 239 ss.

³ La semplificazione del quadro degli interessi è, però, a mio avviso, predicabile anche come risultato di una preventiva selezione svolta in sedi politiche e non come carattere ineluttabile delle moderne società pluralistiche. Per una riflessione che sulla base di presupposti assai diversi pone al centro l'evoluzione (o involuzione) dell'amministrazione verso un ruolo puramente esecutivo, v. M. CAMMELLI, *Politica e apparati nella mediazione degli interessi: il ruolo delle pubbliche amministrazioni*, relazione al convegno del Gruppo San Martino, Torino, 15 aprile 2005, in www.grupposanmartino.it.

⁴ V. comunque M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 169 ss.

contrapposti interessi⁵. Si registra in dottrina la percezione di un'espansione dell'area dei poteri 'vincolati' o 'regolati', attribuita sia a fonti eteronome rispetto all'amministrazione, contenute spesso in atti comunitari, soprattutto nei settori economici, sia al fenomeno dell'autolimita della discrezionalità 'puntiforme' mediante provvedimenti a carattere generale⁶. A questa, che è una osservazione fattuale, mi pare si possa saldare anche quella rinnovata attenzione della riflessione della scienza giuridica per la dimensione delle regole rispetto alla dimensione del potere, probabilmente ascrivibile a orientamenti più generali che, come si è visto, sono presenti nella teoria giuridica. Mi sforzerò, pertanto, di rendere attraente, sulla scorta di quanto emerso in precedenza a proposito della presunta dicotomia regole/principi, ciò che si può derivare dall'idea di una diversa contrapposizione concettuale e pratica (non tra regole e principi, ma) tra una strategia del decidere secondo regole ed una strategia del decidere secondo la "funzione"⁷ (v. *infra*)⁷, su cui dovrebbero poggiare le basi di una progettazione

⁵ Vi è chi da una analoga affermazione di partenza, «l'irruzione della tecnica nel diritto» (sulla scorta di un più generale primato della *Techne* che sembra rifarsi alle tesi di EMANUELE SEVERINO, di cui v. ad esempio, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, 1988, spec. 67-86), trae, però, conseguenze diverse, quali quelle di un avvicinamento e "rimescolamento" tra le categorie della c.d. "discrezionalità tecnica" e della discrezionalità amministrativa (R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 76-78).

⁶ In questo senso da ultimo M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2005, 584. V. anche M. OCCHIENA, *Situazioni soggettive e potere amministrativo*, Milano, 2002, 269 con ulteriori rinvii bibliografici alla nt. 135. Ma v. già L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 12-15.

⁷ Sul piano della filosofia morale, con riferimento al tema delle 'ragioni per l'azione', come si ricorderà l'opposizione è tra strategia particolaristica, o dell'atto, e strategia universalistica. F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, cit., 133 ss., adotta in luogo di 'strategia universalistica' l'espressione 'strategia basata su regole' (che ritengo preferibile in ambito giuridico perché più familiare) continuando a contrapporla alla strategia particolaristica. Caratteristica di quest'ultima – come è emerso nel primo capitolo – è di avere riguardo al caso particolare includendo ogni volta la più ampia considerazione di tutte le possibili ragioni rilevanti sulla decisione da prendersi, di modo che la decisione tipica della strategia particolaristica è una decisione 'tutto considerato'. Nella dicotomia proposta nel testo, a mia volta sostituisco alla categoria generale della strategia particolaristica quella che nell'ambiente decisionale dell'amministrazione pubblica può essere considerata, scontando un certo margine di approssimazione, una sua istanza specifica, cioè il prendere decisioni secondo discrezionalità. Parlo di funzione, poiché nella tradizione della scienza del diritto amministrativo questa nozione ha giocato un ruolo di primo piano nel tentare di conferire una specifica valenza giuridica al modo di prendere decisioni su casi particolari non in applicazione di regole regolati-

di un ambiente decisionale che voglia dirsi consapevole⁸. È evidente che il fatto stesso di asserire che sia concepibile la progettazione di un ambiente decisionale (naturalmente ai vari livelli nei quali operano organizzazioni in grado di influire sulla condotta delle persone) presuppone un ‘impegno’⁹ preliminare nei confronti del formalismo pratico nel senso esposto in precedenza, nel senso, cioè che, entro certi limiti, sia possibile per coloro che hanno tale responsabilità stabilire in anticipo e con (relativo) successo¹⁰

ve, con l’obiettivo di omologare alla cosiddetta logica giuridica in un certo senso lo stesso processo del decidere ‘tutto considerato’ e con ciò di esorcizzare la discrezionalità. Si tratta di un’idea che appartiene alle ideologie di sfondo dei giusamministrativisti, difficilmente percepibile in termini strettamente normativi, ed è quindi come tale certamente criticabile ed eventualmente sostituibile con altre ‘ideologie’. Su questo mi soffermerò succintamente più avanti. All’altro capo della dicotomia nell’ambiente decisionale dell’amministrazione pubblica la strategia universalistica riguarderebbe quell’attività normalmente definita ‘vincolata’. Qui servono due precisazioni. La prima riguarda il fatto che è oggetto di un problema (forse il principale problema che la presente indagine ha cercato di mettere in luce) se vi sia convergenza o divergenza estensionale tra strategia basata su regole ed attività vincolata. Come si vedrà andando avanti non credo si possa dare una risposta a tale questione se non mediante il ricorso a preferenze ed opzioni ‘politiche’. La seconda precisazione riguarda il fatto, magari ovvio, che anche nella strategia particolaristica vi sono regole che costruiscono una cornice entro cui il decisore agisce e quindi potrebbe dirsi che il decidere ‘tutto considerato’ riguarda tutte le considerazioni rilevanti tranne quelle già considerate dalla cornice regolativa e comunque all’interno della ‘materia’ incorniciata da tali regole. Nella strategia universalistica, invece, come già visto nel primo capitolo, le regole dovrebbero, almeno tendenzialmente, costituire ragioni esclusive, salvo – ed ecco qui il problema della divergenza estensionale – l’indeterminatezza ai margini che non può essere eliminata da chi progetta e costruisce un ambiente decisionale.

⁸ Desumo questa espressione da F. SCHAUER, *op. e loc. ult. cit.*

D.J. GALLIGAN, *Discretionary Powers*, Oxford, 1986; trad. it., *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999, spec. cap. IV, analizza le strategie decisionali dal punto di vista del conseguimento della maggiore efficacia nel raggiungimento degli obiettivi posti e sotto questo profilo contrappone il paradigma della decisione giudiziale alla “decisione di indirizzo” (*op. cit.*, 130-132). In questo momento quello che interessa è che anche un simile approccio deve presupporre necessariamente che vi sia qualcuno che opera tali valutazioni e sulla base di esse sceglie di predisporre l’una o l’altra strategia decisionale.

⁹ Accolgo la nozione di ‘impegno’ impiegata da C. LUZZATI, *La politica della legalità*, cit., 58-74, che corrisponde ad un autovincolo, ad una restrizione liberamente accettata al proprio comportamento futuro in nome di determinati obiettivi.

¹⁰ Anche chi è in generale scettico su una strategia generalista ammette che entro una concezione del diritto che escluda la necessaria incorporazione di valori morali, sia possibile scegliere tra le due strategie (B. CELANO, *Possiamo scegliere fra particolarismo e generalismo?*, cit., 471).

Non è qui essenziale ‘scegliere’ se tale successo possa riferirsi soltanto all’area di ‘chiarezza’ delle norme oppure estendersi, almeno in parte, all’area di frangia, ai casi dubbi, nei

ambito e modalità dell'assunzione delle decisioni giuridiche¹¹.

In entrambe queste 'strategie decisionali', che assumerò corrispondano a distinti campi di azione pratica e giuridica, la forma, in alcuni dei sensi che sono emersi in precedenza, mi pare che giochi un ruolo costitutivo. In particolare, nel primo caso rileva quel formalismo delle regole che si ispira alla versione della *rule of law* come tesa a soddisfare svariate esigenze (*certainty* e *predictability*), coordinazione, *expertise* ed efficienza, allocazione di pote-

vari sensi in cui un caso può essere definito dubbio. Questa scelta dipende, come osservato nel capitolo primo dalla teoria dell'interpretazione giuridica accolta ed in particolare dall'accettazione di una tesi che contempra un qualche ruolo del *legislative intent*. Mi pare utile ricordare, comunque, che – non aderendo a tesi radicalmente scettiche sul diritto – una qualche influenza degli enunciati normativi – anche quando da questi non sia dato determinare alcun corso d'azione – sui decisori sembra comunque presente. A questo proposito avevo notato che il ragionamento giudiziale (e legale) si differenzia da altri ragionamenti pratici per essere comunque in parte delimitato da norme giuridiche. Anche quando, ad esempio, l'art. 50.5 del testo unico sugli enti locali attribuisce al sindaco la competenza ad emanare ordinanze contingibili e urgenti in caso di emergenze sanitarie, è vero che il concetto di "emergenza sanitaria" è ampiamente indeterminato, ma la parola *sanitaria* vale ad escludere che, ad esempio, un'emergenza idrica o bellica rientrino nell'area semantica della disposizione. Inoltre è necessario tenere conto del ruolo della scienza giuridica e della giurisprudenza nel determinare "orientamenti" che hanno l'effetto di delimitare ulteriormente lo spazio di scelta.

¹¹ Rinviano a quanto già osservato nel primo capitolo sul rapporto tra *rule of law* e formalismo pratico, mi pare, comunque, utile tornare a precisare che non intendo intraprendere una ennesima battaglia contro la discrezionalità, come del resto emergerà ulteriormente nel corso dell'esposizione (v. in particolare cap. V.4), fermo restando un atteggiamento vigile nei confronti della discrezionalità 'interstiziale' (*ivi*). Il dibattito posto nei termini del "*rules versus discretion*" approach (in questi termini R. BALDWIN, *Rules and Government*, Oxford, 1995, 19), quasi sempre associato con l'ideale della *rule of law* e con i valori politico-morali del liberalismo, è particolarmente sentito tra i giuristi di area angloamericana (come pure, naturalmente, tra i giuristi di area germanica). Su tale problema viene in genere considerato pionieristico e molto influente sugli autori successivi, lo studio di K.C. DAVIS, *Discretionary Justice*, Chicago, 1971, il quale, nonostante tra i suoi obiettivi principali ponga quello di "strutturare" la discrezionalità usando, tra le altre cose, regole, e di eliminare la discrezionalità non necessaria (p. 217), critica la «stravagante versione della *rule of law*» che non prevede alcuno spazio per la discrezionalità (p. 28). Tornando a quanto osservo nel testo, ritenevo che possano esservi ambiti decisionali caratterizzati prevalentemente da regole, non implica, non dico l'eliminazione, ma neanche un giudizio di valore (negativo o di qualche altro tipo) nei confronti dei poteri discrezionali. Come si vedrà meglio a suo luogo, l'impegno che questa tesi presuppone è che – scontata la presenza della discrezionalità interstiziale – il riconoscimento di spazi di discrezionalità amministrativa vera e propria possa in una certa misura dipendere da scelte effettuate a monte. Che questo, poi, possa determinare conseguenze diverse sul regime ed il controllo dei rispettivi "ambienti decisionali" è problema da affrontare.

re (v. *supra*, I 1.4.1.2), di cui può parlarsi in termini di formalismo pratico (fp-1 e 2.1). Nel secondo caso rileva, piuttosto, un concetto particolarmente importante nel diritto pubblico e amministrativo moderno quale quello della *forma* della funzione, il procedimento¹², attraverso cui l'assunzione delle decisioni è definito secondo un modello razionale, in grado di fronteggiare la "complessità del mondo"¹³ e di ridurre a una sintesi accettabile il groviglio degli interessi, legittimando, su un terreno diverso da quello della rappresentanza, l'attribuzione a organi pubblici di *poteri normativi*. La forma del provvedimento amministrativo (e correlativamente i vizi qualificabili formali) riguarda, pertanto, i requisiti richiesti dal diritto, non soltanto per esprimere la volontà del soggetto, ma anche per formarla. In un certo senso, allora, la forma è il modo di procedere per emettere una dichiarazione di volontà di un

¹² Per una aggiornata ed interessante discussione sul procedimento amministrativo come forma v. R. FERRARA, *op. ult. cit.*, 121-131, che presenta una definizione del "procedimento in quanto *forma*" che mi pare utile trascrivere: «il procedimento in quanto *forma* – in quanto forma che ordina e sostanzia la decisione sulle forme "giuridiche" della decisione – si presenta in questa veste quando si faccia riferimento al suo contenuto minimo, e dunque irrinunciabile, perché disciplina positiva di attribuzione e limitazione (positiva e negativa) delle sfere di potestà (pubbliche e private), senza che possano essere in alcun modo esclusi rapporti di integrazione o di potenziale conflitto tra regole e "regolarità", fra dati formali e vicende materiali concrete» (p. 130) (corsivo e virgolettati sono nell'originale). Il rapporto, per così dire, 'originario' tra forma e procedimento amministrativo fu posto in risalto, probabilmente tra i primi, da L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1906, 601 s.: «il complesso delle norme del diritto pubblico che regola i modi di azione dell'amministrazione costituisce il diritto delle forme amministrative. Ogni norma essendo un diritto, la forma, regolata da norme, è anch'essa un diritto, e non dicesi formale se non per relazione ad un altro diritto o rapporto giuridico, cui accede anche come forma e materia, come accessorio a principale. Nel suo contenuto la forma è un atto amministrativo, che accede ad un altro, di cui è garanzia, determinazione o modalità». Secondo l'autore una trattazione di tali forme sarebbe caduta nell'oblio con l'istituzione della giurisdizione amministrativa ed inoltre sarebbe stato sino ad allora inusitato lo studio delle forme dal punto di vista delle «modalità dell'azione amministrativa», che viceversa l'autore ritiene di grande importanza per lo sviluppo scientifico del diritto amministrativo: «Nel diritto amministrativo l'impero delle forme è più largo per la special natura del soggetto operante, che è l'ente il quale non manifesta la volontà e non esplica l'azione sua se non per congegni formali, anzi non opera e non afferma la sua esistenza, né è capace, se non per la rappresentanza e nelle forme determinate dalla legge». Secondo F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969, 118-120, questo approccio all'agire formale constitui il mezzo attraverso cui la scienza giuridica cominciò a sottrarre all'irrelevante giuridico la cosiddetta 'attività interna' dell'amministrazione pubblica.

¹³ N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, 1983 (III ed.); trad. it., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995, 34.

agente imparziale¹⁴. In tal senso, a differenza del diritto privato, il diritto pubblico sarebbe *essenzialmente* forma¹⁵. La decisione, che nel diritto privato è normalmente un fenomeno psicologico, per l'amministrazione è un fenomeno giuridico-formale. Si tratta di un'osservazione che non presenta nulla di nuovo. È un dato comune che la sfera giuridica dei poteri pubblici, riguardando direttamente o indirettamente tutta la comunità, richieda – quantomeno nei sistemi democratici – particolari garanzie nella formazione delle decisioni e che ciò avvenga attraverso la tecnica del procedimento¹⁶. Nel campo del diritto amministrativo, il collegamento con finalità di conoscenza (ruolo gnoseologico della forma), ancora prima che di difesa¹⁷, è sottolineato da chi vede nel procedimento la realizzazione della necessità di rendere

sostanzialmente avvertibile e decifrabile ciò che viene svolto prima che il provvedimento amministrativo faccia calare sul privato il suo effetto¹⁸.

Credo vi siano buone ragioni per sostenere che la normatività di questa dimensione della forma procedimentale come specifica realtà giuridica abbia rilievo costituzionale (v. § 2.2).

In uno sforzo ulteriore di astrazione, tra i due suddetti modelli di cura degli interessi collettivi, può essere rinvenuto un elemento di collegamento, assumendo un punto di vista esterno alla dicotomia, proprio nella dimensione formale, poiché se si vuole che le strategie decisionali rispondano, almeno in parte, a criteri razionali è alla loro forma che bisogna guardare. Anticipando un risultato complessivo dell'indagine, tale elemento di collegamento spiega perché laddove sia presente il primo modello di formalismo è lecito tendenzialmente attendersi un'attenuazione del secondo e viceversa. Una conferma

¹⁴ M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, cit., 76.

¹⁵ Come spero risulterà chiaro andando avanti, è in effetti una certa forma necessaria che differenzia l'attività amministrativa rispetto alle azioni poste in essere dai privati. Secondo la prospettiva qui suggerita, condivisa da molti studiosi, questa forma necessaria è strettamente legata al carattere finalistico dell'attività amministrativa, che per questo è funzione.

¹⁶ C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 392 ss.

¹⁷ Secondo F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, 113, «la necessità di estrinsecazione formale della funzione corrisponde piuttosto ad una esigenza di garanzia perché tale estrinsecazione in una serie di atti procedimentali consente, con la pubblicità di questi atti, il controllo dei cittadini – ed in particolare degli interessati – sull'esercizio del potere». Anche qui si noti – a proposito di quanto nel testo – l'accento posto sulla «pubblicità» degli atti e quindi sull'esigenza conoscitiva.

¹⁸ G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, 325.

di questa aspettativa può cercarsi anche nella prospettiva sociologica che si pone dal punto di vista della legittimazione sociale delle procedure giuridiche. Niklas Luhmann adotta le due espressioni “programmazioni di scopo” e “programmazioni condizionali” per indicare due separate strategie decisionali che, all’incirca, coincidono con quelle sopra sommariamente delineate¹⁹. Nel primo caso il decisore (la singola autorità amministrativa) adotta tecniche proprie dei processi decisionali politici (a esempio attraverso la creazione di “sistemi di contatto” con i destinatari), rinunciando ai

vantaggi di una differenziazione funzionale fra politica e amministrazione²⁰.

Nel secondo caso l’autorità amministrativa è vincolata a decidere in un senso determinato quando sussistono le condizioni specificate nel programma e questo avvicina questo caso a quello dei procedimenti giudiziari, nei quali

il decisore non è responsabile del raggiungimento degli scopi determinati, né deve assumere alcun impegno per il futuro, ma deve soltanto accertare se sussistono i presupposti pre-programmati di una data decisione²¹.

Sono questi caratteri, che Luhmann ritiene quelli più genuinamente propri dell’amministrazione, o comunque quelli cui sarebbe desiderabile che il sottosistema amministrativo fosse improntato, che consentono di concepire (prescrivere) un modello in cui l’amministrazione ed i procedimenti amministrativi siano il più possibile esonerati da funzioni legittimanti ed il lavoro amministrativo sia concentrato

in modo funzionalmente specifico sull’elaborazione di decisioni coerenti con una riduzione della complessità che sia la più elevata possibile²².

¹⁹ Od anche di *decisioni programmati e decisioni programmate*, di cui le prime operano a «condizioni di complessità indeterminata», le seconde a «condizioni di complessità già fortemente ridotte» (N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre*, Frankfurt, 1981; trad. it., *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, cit., 126).

²⁰ N. LUHMANN, *Legitimation ...*, cit., 213.

²¹ *Op. ult. cit.*, 214.

²² *Op. ult. cit.*, 220. Per Luhmann le funzioni legittimanti (che dovrebbero essere) estranee alla programmazione condizionale riguardano sia quelle relative alla ricerca e formazione del consenso (proprie della legislazione), sia quelle di assorbimento delle delusioni (proprie della giurisdizione). Coerente con questo disegno è l’idea di una netta separazione tra i sottosistemi politico, amministrativo e giudiziario. La nozione di programmazione condizionale è centrale nella visione che Luhmann ha della funzione del diritto positivo, il che si col-

Alla base della diversa idea dell'*amministrazione come funzione della società*, tuttavia, differentemente da quanto prescrive Luhmann, vi è la nozione di discrezionalità come selezione e ponderazione di interessi²³. Entro quest'ambito concettuale il collegamento funzione-discrezionalità è molto stretto²⁴.

Viceversa, esplicitando al massimo le premesse teoriche elaborate da un gruppo di studiosi appartenenti alla Scuola fiorentina del diritto amministrativo, particolarmente interessatisi al tema dell'azione vincolata, potrebbe avanzarsi l'ipotesi che in assenza della discrezionalità non vi è funzione, né – pertanto – procedimento come *forma necessaria* della funzione²⁵. Allo sviluppo di questa idea sono dedicate le osservazioni che seguono.

lega con alcune qualità delle regole su cui mi sono soffermato nel primo capitolo e sulla centralità della 'misura organizzativa' riguardante la separazione tra produzione ed applicazione del diritto. Ad esempio il fatto che il programma condizionale permette al decisore di pervenire ad una considerevole semplificazione, poiché questi deve esaminare soltanto le informazioni delineate nel programma, tenendo conto soltanto «di un frammento limitato del passato rilevante» (*Ausdifferenzierung ...*, cit., 134).

²³ Sicché ad esempio nella scienza italiana del diritto amministrativo prevale l'idea opposta e cioè che il "lavoro" più appropriato dell'amministrazione, che il legislatore sarebbe tenuto ad assicurare, è quella di prendere decisioni regolando interessi. V. ad esempio A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, 179.

²⁴ Sulla connessione necessaria funzione-discrezionalità e sullo sviluppo del concetto di funzione nella scienza del diritto amministrativo, v. il mio *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 436-448. Si tratta di quel lungo percorso (su cui v. D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996, 214 ss.) che conduce, mediante l'idea della rilevanza del fine, ad identificare tra la norma di attribuzione di un potere e l'atto di esercizio di tale potere un contenuto giuridico dell'attività indipendentemente da espresse previsioni di diritto positivo, ma sulla base di un regime generale di autonomia funzionale. In tal senso la funzione è la precisa dimensione giuridica dell'attività nel tramutarsi del potere in atto (F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.). Sul regime di autonomia funzionale come principio istituzionale dell'ordinamento particolare dell'amministrazione, v. A. ROMANO, *Introduzione*, in L. MAZZAROLLI E ALTRI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 54 ss. Per una illuminante ricostruzione del modo di intendere il rapporto tra potere amministrativo, funzione e discrezionalità, v. A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, spec. 129, 199, 244.

²⁵ Devo precisare che, sebbene ritenga che quanto affermato nel testo sia una necessaria implicazione di quanto sostenuto dagli studiosi dell'azione vincolata cui ho alluso nel testo (specialmente Enzo Capaccioli, Andrea Orsi Battaglini, Leonardo Ferrara), l'affermazione circa l'assenza di *necessaria forma procedimentale* è mia e non la attribuirei senz'altro ai ricordati studiosi.

In un articolo scritto nel 1995 Carlo Marzuoli ha messo in luce che il potere amministrativo, inteso come quello caratterizzato da una scelta adottata secondo la tecnica della funzione, ha in genere un “costo”²⁶. Tale costo è rappresentato in particolare dal peso costituito dalle situazioni soggettive di interesse legittimo, ossia dalla ‘multipolarità’ del potere amministrativo stesso, soprattutto in considerazione del fatto che la tutela apprestata, di carattere demolitorio, rappresenta una sorta di super garanzia per alcuni soggetti (l’esempio è quello degli imprenditori pretermessi in una gara d’appalto) e può pregiudicare, invece, interessi di altri soggetti, cui è rivolto direttamente o indirettamente il risultato dell’attività amministrativa (si pensi ai cittadini che aspirano a fruire dell’opera appaltata). Mi pare che l’idea che fa da sfondo a questa osservazione possa essere intesa come un invito a considerare l’allocazione dei poteri decisionali in termini di allocazione di risorse, avendo, cioè, contezza degli effetti che tali scelte comportano o, in altre parole, accettando consapevolmente i costi dell’una o dell’altra scelta allocativa²⁷. Tale ‘consapevolezza’ potrebbe, a esempio, guidare i ‘giudizi interpretativi’ che riguardano le norme di diritto amministrativo in una direzione piuttosto che in un’altra, evitando di mascherare le relative scelte dietro i principi. La prospettiva in esame non sembra molto distante da ciò che sopra ho chiamato progettazione di un ambiente decisionale, che presuppone la ‘fiducia’, o l’impegno, nella possibilità che l’ambiente costruito abbia un minimo di efficacia, eserciti cioè una effettiva pressione su coloro che prendono le decisioni ai livelli meno elevati.

Entro l’ambito di ciò che convenzionalmente riteniamo essere ‘diritto amministrativo’, probabilmente non vi è modo di evitare il suddetto costo allorché l’amministrazione agisca secondo la funzione, poiché la multipolarità sembra una caratteristica costitutiva della funzione amministrativa, di cui è parte altresì la necessaria forma procedimentale²⁸. La giustiziabilità

²⁶ C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 412 ss.

²⁷ Si è visto nel capitolo precedente quali vantaggi e quali svantaggi comporti, rispettivamente, decidere secondo regole o secondo l’apprezzamento delle circostanze del caso.

²⁸ Questa ipotesi peraltro è oggetto di riflessioni più recenti da parte dello stesso Marzuoli, il quale sembra indicare percorsi di ricerca che portino a mettere in discussione anche questo assunto (v. ad esempio recensione ad A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1143 ss.). All’interno di questo ordine di idee mette conto menzionare la posizione di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca ...*, cit., 154-155, secondo il quale la serie di assunti che fa da sfondo all’idea della multipolarità della funzione, strettamente correlata al sindacato sulla discrezionalità, avrebbe contribuito ad inquinare la discussione sulla natura

della funzione (art. 113 Cost.) si realizza specialmente attraverso la tecnica dell'eccesso-sviamento di potere. È proprio la struttura necessariamente aperta della fattispecie di attribuzione di potere discrezionale che induce a costruire, ed al tempo stesso consente di costruire, il rapporto preesistente e successivo all'emanazione del provvedimento in termini multipolari e non bipolari. Proprio perché la regola del rapporto non preesiste ma è determinata dal concreto trasformarsi del potere, si considera possibile e necessario che tale trasformazione non sia l'esito di una partita a due, ma porti alla luce una pluralità di situazioni meritevoli di essere prese in considerazione e tutelate, partendo dalla considerazione della possibilità di incidere sul contenuto della scelta, di orientare la direzione del potere, aspetto che nell'ambito dell'agire non funzionale si può supporre essere assente²⁹. Comune è l'osservazione che la tutela dell'interesse legittimo

riguarda una platea di soggetti molto più ampia (in via di principio, tutti i portatori di interessi qualificati) rispetto alla tutela dei diritti³⁰.

Tutte le volte in cui, in altre parole, dinanzi all'interesse sostanziale di un soggetto, vi siano regole di competenza, di procedura, criteri preordinati che disciplinano l'esercizio del potere, deve ammettersi la presenza di un interesse legittimo

una volta specialmente che la Costituzione solennemente garantisce la sindacabilità da parte del giudice di tutti gli atti della pubblica amministrazione³¹.

L'idea di Marzuoli è, però, che il suddetto costo possa essere evitato (al tempo stesso, si può aggiungere, evitando di incorrere nel regime costituzio-

giuridica delle situazioni soggettive nascenti a fronte degli aspetti regolati del potere, impedendo di vedere che tali regole danno sempre luogo a rapporti intersoggettivi nei quali la tutela è piena e non subordinata alla cura dell'interesse pubblico. Si tratta di un aspetto che meriterebbe ben altro approfondimento, ma che nel suo nucleo concettuale è da condividere, soprattutto per gli sviluppi che esso comporta sul piano del controllo giurisdizionale. Ciò detto, non sembra che l'idea della multipolarità debba essere accantonata, potendo essere intesa come espressione sintetica di un fascio di relazioni intersoggettive tutelate in vista di utilità di segno differente nei confronti di una manifestazione di potere che, se pure si dirige principalmente verso certi destinatari, abbraccia interessi (muniti di tutela giuridica) di altri soggetti che possono incidere sull'assetto finale di tutti tali rapporti.

²⁹ Questo punto sarà tematizzato più avanti.

³⁰ V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'azione amministrativa*, Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001, Milano, 2002, 77 ss.

³¹ V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione Italiana*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano 1981, 507 (edito a Milano 1966).

nalizzato di giustiziabilità dell'interesse legittimo) attraverso la predeterminazione da parte del legislatore dell'assetto degli interessi in gioco, adottando, in luogo dello schema multipolare, quello bipolare diritto/obbligo proprio del diritto privato³². La formula "meno procedura e più regole" sembra impiegata in un significato particolarmente vicino all'impegno del fp-1, essendo descritta (non solo e non tanto come 'meno vincoli procedurali' ma) come diretta a escludere (normalmente) il ricorso a norme generali e di principio, poiché è la fattispecie normativa, che l'amministrazione è tenuta a eseguire, a indicare

regole determinative di diritti ed obblighi secondo lo schema del rapporto obbligatorio³³.

Ecco dunque perché appare, se non altro sul piano intuitivo, quantomeno plausibile ipotizzare che l'azione amministrativa che non si esprime mediante atti d'*autorità* comporta il venir meno della *funzione*, nel senso che verrà precisato nel prosieguo. Con atti d'*autorità* non alludo a quelli tra le cui proprietà rientra la c.d. imperatività³⁴, mi riferisco, invece, ai casi in cui l'amministrazione esercita un potere di scelta³⁵. Questa idea mette necessariamente in discussione quella che può essere considerata la *communis opinio* della scienza del diritto amministrativo in base al quale il potere amministrativo costituisce un'entità unitaria, a partire dalla quale sarebbe possibile poi dedurre tutto quell'imponente edificio di nozioni e concetti costituiti dalla dogmatica dell'atto e del procedimento amministrativo.

Se prendiamo in considerazione, in particolare, le fattispecie di cosiddetta azione vincolata, l'opinione più diffusa è che si tratti di norme che attribuiscono comunque un *potere* all'amministrazione³⁶. Di conseguenza l'atto ammini-

³² C. MARZUOLI, *op. e loc. ult. cit.*

³³ C. MARZUOLI, *op. e loc. ult. cit.*

³⁴ Sulla cui ambigua natura, d'altronde vi è lo studio di B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, *passim*.

³⁵ La fissazione di uno dei termini della questione in esame con il potere di scelta solleva problemi che saranno esaminati nel paragrafo seguente. Per la dimostrazione che 'pubblico' non coincide con 'autoritativo' v. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 233 ss.; D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce 'atto amministrativo'*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano 1988, 758; A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1993, 461 ss. Si veda, in tema, A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., cap. I, ove è possibile reperire ampi riferimenti alla letteratura.

³⁶ Così come per la nozione di discrezionalità, anche per quella di attività vincolata si rende necessaria un'operazione di analisi normativa e concettuale che consenta di tracciare

strativo anche se vincolato sarebbe *sempre* accompagnato da un'attività procedimentale *proprio* in quanto esercizio di un potere. In altre parole, secondo il modo corrente di descrivere queste situazioni-atto, l'amministrazione, una volta riscontrata la sussistenza dei requisiti e presupposti previsti in astratto dalla norma, procede ad adottare un provvedimento di contenuto corrispondente al potere esercitato per generare gli effetti giuridici stabiliti dalla norma.

Il problema è ripreso in questi termini da Diana-Urana Galetta in uno studio sull'annullabilità del provvedimento amministrativo per violazione di norme procedimentali. Ponendo al centro del rapporto tra norma e provvedimento amministrativo il tema dell'interpretazione³⁷, in tale studio si aderisce alle opinioni di quella dottrina che – pur riconoscendo una differenza concettuale tra discrezionalità ed interpretazione – sostiene, tuttavia, che la distinzione tra attività discrezionale ed attività vincolata non potrebbe essere tracciata sulla base di quella differenza, ma secondo il diverso criterio della scelta, da parte della norma di attribuzione del potere, di lasciare o meno all'amministrazione uno spazio autonomo ed insindacabile per adottare la misura più adeguata alla soluzione del caso concreto³⁸. In questo modo si opta, pertanto, per la nota soluzione dogmatica dei *poteri di valutazione riservata*, intesi come un *tertium genus* tra discrezionalità e vincolatezza. A questa idea consegue che di attività vincolata possa parlarsi soltanto quando si incontri un'attività totalmente assoggettata alla legge, che non lasci spazio alcuno per margini di valutazione all'amministrazione³⁹. Al di là di questa

un confine tra di esse, o di munirsi di definizioni metodologicamente meglio fondate. Per ragioni espositive preferisco rinviare questa discussione al capitolo quinto, anche perché mi pare che la suddetta esigenza di analisi emerga ancora meglio dall'esame delle disposizioni e delle tesi giurisprudenziali sull'illegalità praticabile che sarà condotta nei capitoli terzo e quarto. Peraltro sotto il profilo dell'analisi strutturale della fattispecie – come dimostrano gli studi di riferimento di E. Capaccioli e di A. Orsi Battaglini – non è strettamente necessario identificare con precisione i contorni della categoria, e ci si può accontentare della nozione corrente riferita a seguire nel testo.

³⁷ D.-U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 94.

³⁸ E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 503 ss. Il che presuppone che adottare la misura più adeguata alla soluzione di un caso entro uno spazio autonomo ed insindacabile sia cosa diversa dalla discrezionalità. Tuttavia non è semplice cogliere questa differenza, poiché quella ora riportata sembra una perfetta descrizione della situazione in cui qualcuno è in possesso di discrezionalità.

³⁹ Questa è una delle possibili opzioni per l'identificazione dell'attività vincolata, ma non la sola come si vedrà nel cap. V.

opzione, il punto che pare essere realmente decisivo per la dottrina in esame è, peraltro, che

la differenza tra atti amministrativi vincolati ed atti amministrativi discrezionali, oltre a essere di difficile individuazione in termini concreti, risulta, di fatto, priva di rilevanza sul piano dell'ordinamento giuridico generale, sia per quel che concerne la situazione giuridica del destinatario del provvedimento, sia per quanto riguarda la rilevanza e l'efficacia del provvedimento medesimo⁴⁰.

A sostegno di questa osservazione se ne richiama un'altra oltremodo significativa:

il potere è sempre "potere" anche se vincolato, gli effetti giuridici non sono qualitativamente diversi in ragione della natura discrezionale o vincolata del provvedimento⁴¹.

Insomma, che l'amministrazione è titolare di un potere risulta un dato di partenza e quindi, con una inversione dei termini del problema, quello che conta è stabilire l'intensità del sindacato giudiziario su tale potere⁴². Mi pare

⁴⁰ D.-U. GALETTA, *op. cit.*, 98.

⁴¹ E. CASSETTA, *op. ult. cit.*, 522.

⁴² Questo tema del potere amministrativo come dato di partenza, caratterizzante, si direbbe in senso ontologico, qualsiasi attribuzione che l'ordinamento conferisca all'amministrazione, è ripreso anche da M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., 258-269. L'a. fa particolarmente leva sulla distinzione tra l'attribuzione del potere, come momento statico, ed esercizio del potere, come momento dinamico. La distinzione tra azione vincolata ed azione discrezionale atterrebbe alla fase dell'esercizio del potere, ferma restando la comune qualificazione di potere amministrativo. Abbastanza singolare è l'argomento utilizzato per difendere tale assunto consistente nel notare che, diversamente opinando, si porrebbe in discussione «quanto avviene nelle aule dei tribunali in attuazione di quel regime giuridico» (p. 269). L'elemento caratteristico del potere non consisterebbe, comunque, nella sua attuazione discrezionale o vincolata, ma nell'attitudine propria del potere amministrativo, «a generare effetti giuridici consistenti nella produzione di vicende giuridiche, secondo i limiti previsti dalla legge», riprendendo la nota definizione di G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 45. Tuttavia la suddetta attitudine (che Miele riferisce al potere *tout court*) non si vede perché dovrebbe essere propria di un *quid* chiamato "potere amministrativo". Qui l'autore si richiama alla nota costruzione di F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 145 (ma ripresa e puntualizzata in vari altri scritti) secondo cui l'amministrazione avrebbe comunque il potere di concorrere a determinare l'assetto giuridico degli interessi finali. Come osservo più avanti questo modo di ricondurre forzatamente ad unità il *potere* dell'amministrazione non è né necessario né particolarmente raccomandabile (a meno che, naturalmente non sia considerata indispensabile per sostenere il 'valore', che andrebbe esplicitato, secondo cui è desiderabile che il giudice amministrativo, attraverso la tecnica del processo amministrativo di impugnazione, sia il giudi-

si possa osservare che tale genere di argomentazioni presti il fianco ad alcune obiezioni. La strategia argomentativa utilizzata si basa, in sintesi, sulle seguenti mosse:

- [1] si comincia con il riconoscere che l'attività interpretativa è di altro genere da quella discrezionale⁴³;
- [2] si aggiunge, però, che l'attività interpretativa presenta anch'essa margini di *novità*, nel senso che la norma è anche il prodotto dell'interpretazione;
- [3] si dice, tuttavia, a questo punto, che di attività vincolata potrebbe parlarsi soltanto ove l'attività risulti totalmente assoggettata alla legge;
- [4] si aggiunge che l'ipotesi di cui al punto [3] non si ha (quasi) mai per giungere alla conclusione che
- [5] vi è un'area intermedia né discrezionale né vincolata di valutazioni riservate all'amministrazione;
- [6] alla suddetta conclusione si aggiunge un argomento che sarebbe "di chiusura" e cioè che *il potere è sempre potere*.

Ebbene, si tratta di una strategia argomentativa non consistente sotto il profilo logico. Infatti [2] è in contraddizione con [3], [5] è in contraddizione con [2], e [6] è un argomento assiomatico che rende superflui tutti i precedenti, ma che non dice perché "il potere è sempre potere", ossia dà per dimostrato quello che occorrerebbe dimostrare. Che [2] sia in contraddizione con [3] deriva dalla semplice constatazione che se è l'attività interpretativa a essere sempre produttiva della norma, allora non è concettualmente configurabile un'attività "totalmente assoggettata alla legge". [5] è in contraddizione con [2] poiché asserire che esista un'area intermedia tra discrezionalità e vincolatezza, da un lato, implica la stessa contraddizione ora indicata tra [2] e [3], dall'altro lato, non chiarisce in che senso questa ulteriore valutazione si distinguerebbe da quelle valutazioni che (stando alla [2]) sono anch'esse non di "mera attuazione della legge" implicando delle scelte. A mio avviso in posizioni di questo tipo, per un verso, non risulta sufficientemente chiarita quale sia la concezione accolta sulla tematica del ciclo produzione/appli-

ce di tutti gli atti amministrativi) e mi pare invece che il potere giuridico sia scindibile in via generale in due figure tra loro ben diverse a seconda che il primo sia o meno previsto da una norma genuinamente costitutiva.

⁴³ Come si vede il punto di partenza diverge dalla tesi che – pur presentando nelle mosse successive alcune analogie con la strategia argomentativa in esame – parte dalla negazione di una differenza concettuale tra attività interpretativa ed attività discrezionale.

cazione/interpretazione⁴⁴, per altro verso, non appare soddisfacente il modo come si configura il potere dell'amministrazione. Sicché, abbandonato il terreno concettuale, la tesi si risolve in una osservazione empirica e cioè che la difficoltà di individuare casi di c.d. attività vincolata discende dalla complessità delle operazioni ermeneutiche, particolarmente in un periodo di "oscurità" legislativa e di conseguente "relativismo interpretativo"⁴⁵.

Sul rapporto tra forma, regole ed interpretazione rinvio a quanto ho sostenuto nel primo capitolo. Ma qui la domanda centrale è se una strategia decisionale fondata sulle regole, nel senso preciso accolto in questo lavoro, è compatibile con il potere amministrativo. Se il potere amministrativo si predica di quella situazione di potere giuridico che ha come proprietà fondamentale un certo tipo di discrezionalità, e quindi una scelta, la risposta è negativa. Se, viceversa, il potere amministrativo non si identifica per la proprietà di essere un potere di scelta (e questo in molti sembrano disposti a concederlo), in quale altro senso è possibile mantenere l'assunto della sua necessaria uniformità di regime?

È forse il caso di tornare a precisare che ponendo in contrapposizione la strategia decisionale fondata sulle regole e quella fondata sul potere di scelta sto alludendo a qualcosa di diverso dal dualismo regole-principi⁴⁶, a qualcosa, invece, che ha a che fare con il diverso modo di operare delle regole costitutive rispetto alle regole regolative o d'azione. Perché sia sperabilmente più chiaro quello che intendo è pertanto necessario soffermarsi sul rapporto tra norme costitutive e potere giuridico, ciò che farò nel prossimo paragrafo. Le relative osservazioni risulteranno tra l'altro indispensabili nel corso della ricerca sia per affrontare il tema dell'anormalità degli atti amministrativi – nel prossimo capitolo – sia per operare una più soddisfacente (a mio avviso) sistemazione della antica distinzione azione vincolata/azione discrezionale – con cui mi cimenterò nel quinto capitolo – che deve fare i conti con la questione del potere (amministrativo) e del suo necessario rapporto con le norme⁴⁷.

⁴⁴ Sebbene, nei diversi autori, si noti quella tendenza, come ho già notato piuttosto pervasiva, ad accogliere, con maggiore o minore consapevolezza e convinzione, un ordine di idee più o meno "interpretazionista" e 'gadameriano'.

⁴⁵ D.-U. GALETTA, *op. ult. cit.*, 99-101.

⁴⁶ Stante il carattere relativo dell'opposizione regole/principi su cui mi sono soffermato nel capitolo precedente.

⁴⁷ Nella teoria generale del diritto ed in quella politica «*norm and power are two sides of the same coin*» osserva N. BOBBIO, *Kelsen and Legal Power*, in *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, ed. S.L. Paulson, B.L. Paulson, Oxford, 1998, 435.

1.2. Regole costitutive e poteri normativi

Si è già visto (*supra*, I.1.2.1) come si debba fondamentalmente a John Searle la spiegazione del concetto di ‘regole costitutive’ (*constitutive rules*) come speciale classe di regole aventi la caratteristica di costituire un’attività la cui esistenza è logicamente dipendente da regole, in altre parole di essere istitutive di ciò su cui esse vertono⁴⁸, e da cui si origina un potere convenzionale. Tali regole sono contrapposte alle ‘*regulative rules*’ che presuppongono una realtà esistente indipendentemente da esse e che risulta qualificata e disciplinata dalle stesse⁴⁹. Il potere convenzionale consiste nell’accettazione collettiva del potere di un soggetto che consente di imporre un contenuto, appunto convenzionale, a una determinata azione. Per indicare le regole costitutive altri utilizzano l’espressione *regole di competenza* ed altri ancora *regole di conferimento di potere* (*empowerment* o *Ermächtigung* nel lessico kelseniano)⁵⁰, sebbene queste ultime – che qui interessano – possano essere considerate un tipo delle prime, sia pure il più importante.

Lo schema delle norme che conferiscono poteri (CPR) può essere presentato nei termini seguenti: se esiste un certo stato di cose (X) ed una persona o un organo (O) compie una serie di azioni (Y) allora si produce un cambiamento che è un risultato istituzionale (R)⁵¹. In altri termini date certe circostanze, qualcuno può compiendo determinate azioni realizzare uno stato di fatto che presuppone un cambiamento normativo.

Sotto il profilo strutturale e degli effetti, ed in termini molto generali, la

⁴⁸ Sono «condizione eidetica di pensabilità di ciò su cui esse vertono» (A.G. CONTE, *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, cit., 24.

⁴⁹ Certi fatti ed azioni esistono per noi sul piano del linguaggio, indipendentemente dalle norme di una certa istituzione sociale. Uccidere un uomo è così un’azione naturale, mentre un omicidio è un fatto istituzionale perché occorre una norma che descriva l’azione di uccidere e vi ricollegli una sanzione. Viceversa il gioco degli scacchi (questo è l’esempio più diffuso in letteratura) non esiste se non dopo che è stato costituito da una serie di norme del gioco.

⁵⁰ V. in particolare A. ROSS, *Directives and Norms*, London, 1968, 56-58, che distingue tra *norms of competence* e *norms of conduct*. Le prime sono quelle che stabiliscono le condizioni di esercizio del potere convenzionale: «*Competence is the legally established ability to create legal norms (or legal effects) through and in accordance with enunciations to this effect. Competence is a special case of power*» (p. 130).

⁵¹ Questo schema è tratto, con lievi adattamenti, da M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Sulle regole che conferiscono poteri*, in *Analisi e diritto 1994*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1995, 69.

g e n u i n a idea di potere, che emerge anche nella suddetta definizione, è intimamente connessa a quella di c a m b i a m e n t o ⁵². In un senso molto ampio il potere può essere definito l'abilità di causare o prevenire un cambiamento in un certo stato di cose. Applicato a un ordine normativo, nel quale devono esservi determinate credenze su ciò che è 'giusto' o 'sbagliato' fare, il cambiamento riguarda il come si deve o non si deve agire. Ad esempio, accettare l'idea che occorre obbedire ai genitori rende a costoro possibile cambiare con le proprie decisioni cosa è giusto i figli facciano o non facciano ⁵³. Nonostante in ogni ordine normativo occorra una relativa stabilità, al tempo stesso pressoché ogni ordine normativo contiene determinate possibilità per introdurre deliberatamente cambiamenti nelle situazioni normative riguardanti gli individui. In breve, il potere, in questo senso, consiste nella capacità di assumere decisioni che cambiano, nella struttura di un determinato ordine normativo, quello che una persona, con o senza il suo consenso, deve o non deve fare, o può o non può fare, o che è in grado o meno di fare. Le norme che conferiscono poteri costituiscono una delle pietre angolari della teoria di Hart del diritto come insieme di norme primarie (regole di condotta) e secondarie. Tra queste ultime vi sono quelle che egli chiama "norme di mutamento", la cui forma più semplice

è quella che attribuisce a un individuo o a un gruppo di persone il potere di introdurre nuove norme primarie per la condotta della vita del gruppo, o di qualche classe nell'ambito di questo, e di abrogare delle norme antiche [e che] oltre a designare le persone legittimate a legiferare [possono] definire in termini più o meno rigidi i procedimenti da seguire nella legislazione ⁵⁴.

⁵² V. E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in ID., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, vol. I, Milano, 1957, 26 ss., per una efficace descrizione dell'intero universo giuridico come unione di doveri e poteri, aspetto statico ed aspetto dinamico.

⁵³ N. MACCORMICK, *Powers and Power-Conferring Norms*, in *Normativity and Norms*, cit., 494.

⁵⁴ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 113-114. Uno sviluppo della concezione che considera fondamentale per la comprensione del diritto distinguere tra norme che conferiscono poteri e norme che impongono obblighi (*op. ult. cit.*, cap. III-V; J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, cit., capp. IV-VI), si deve a N. MacCormick, *Il diritto come fatto istituzionale*, in N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Milano, 1990, 63-65, che distingue, a sua volta, tra norme istitutive, norme di conseguenza e norme terminative. Le prime sono quelle in base alle quali al compimento di certi atti o eventi un "campione specifico" di una certa istituzione giuridica viene ad esistenza nel tempo. Dall'esistenza di un determinato esemplare di un'istituzione giuridica (contratto, testamento, ecc.) derivano

In altre parole il potere normativo consiste nell'abilità di mutare 'ragioni protette' per agire, dove tali ragioni protette sono costituite, come già sappiamo, da quei fatti (come appunto le regole giuridiche) che al tempo stesso costituiscono ragioni per compiere un'azione e ragioni per non prendere in considerazione ragioni contrarie al compimento dell'azione (ragioni di secondo livello). Tale abilità può manifestarsi attraverso tre modalità fondamentali: prescrivere di tenere una condotta; permettere di tenere una condotta sebbene sino a qual momento la stessa fosse proibita da un'altra *exclusionary reason*; conferire a un'altra persona il potere normativo. In questo modo si osserva una stretta relazione tra l'autorità ed il potere, poiché se definiamo l'autorità come l'abilità di modificare ragioni, il potere è l'abilità di modificare tipi particolari di ragioni, quelle cosiddette protette⁵⁵.

Le norme che conferiscono poteri sono quindi descrivibili come '*facilities*' come modi che il diritto determina per il raggiungimento di determinati obiettivi che richiedono il mutamento dello *status quo* dell'ordine giuridico⁵⁶. Questi obiettivi sono risultati normativi e non stati di fatto. Raccogliendo l'eredità dei primi approcci analitici allo studio delle modalità giuri-

tutta un'altra serie di conseguenze in termini di diritti, obblighi, poteri, ecc. stabiliti da altre norme giuridiche. Le norme terminative stabiliscono le condizioni affinché possa determinarsi la fine dell'esistenza nel tempo di un determinato campione di un'istituzione giuridica. Esiste una connessione tra norme istitutive e terminative, da una parte, e norme che conferiscono poteri, dall'altra, sebbene non ogni norma istitutiva o terminativa conferisca poteri e non ogni potere sia conferito da una norma istitutiva o terminativa. Ci sono, però, molte istituzioni giuridiche i cui "campioni" concreti possono essere posti in essere soltanto attraverso atti di volontà. Ogni norma istitutiva che consente a qualcuno di mettere in moto i meccanismi giuridici per attivare determinate conseguenze giuridiche è una norma che conferisce poteri. Come tale essa deve indicare la forma dell'atto richiesto e deve specificare «le circostanze la cui presenza è essenziale per la validità dell'atto, e ogni circostanza viziante la cui presenza avrà per effetto l'invalidità dell'atto» (*op. ult. cit.*, 81). In altre parole la forma generale di una norma istitutiva conferente un potere giuridico è la seguente: «se una persona che ha le qualità q compie un atto a mediante la procedura p, e le circostanze sono c, allora esiste un campione valido dell'istituzione I» (*ivi*).

⁵⁵ J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, cit.

⁵⁶ È sulla base di queste norme che l'ordinamento giuridico può essere considerato in termini dinamici e tuttavia unitari. I teorici del diritto tendono a parlare di sistema giuridico per identificare un complesso di norme identificate mediante un qualche specifico criterio (regola di riconoscimento, norma fondamentale, o altro) in un dato momento t e di ordine o ordinamento giuridico per identificare la successione di sistemi giuridici che si verifica continuamente tutto le volte che si crea una nuova norma o se ne cancella una esistente (v. C.E. ALCHOURRON, E. BULYGIN, *Sobre el concepto de orden juridico*, in *Id.*, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, 395).

diche⁵⁷, secondo Hart un potere consiste, dunque, nella possibilità di alterare (mediante l'esecuzione di atti appropriati) posizioni giuridiche; nella possibilità, dunque, di alterare diritti (pretese), libertà, non-diritti. In particolare, nel caso dei poteri gli atti rilevanti sono *acts-in-the-law*

atti specificamente riconosciuti dal diritto come aventi effetti giuridici di variare le posizioni giuridiche delle varie parti e come aventi un appropriato metodo per tale variazione

contrapposti ai *liberty-rights* – vale a dire poteri di manipolazione fisica – nei quali l'atto che si è liberi di compiere o no è “*a natural act*”, un atto, cioè

*not endowed by the law with a special significance or legal effect*⁵⁸.

Le suddette osservazioni suggeriscono che la definizione sopra riportata non è, tuttavia, sufficientemente accurata rispetto alle informazioni su R, ed a mio parere richiede una importante specificazione, che la avvicini alla intuitiva considerazione dei poteri normativi come mezzi a disposizione dei soggetti del diritto per perseguire determinate finalità (costituire una società per azioni, adottare un regolamento amministrativo, ecc.). Tale specificazione riguarda la distinzione tra il perseguimento di risultati normativi che sono disegnati dall'agente e risultati (che chiamerei non normativi in senso stretto ma) giuridici che sono già provvisti da altre disposizioni⁵⁹. Questa descrizione dell'uso dei poteri mi pare corrisponda anche alla schematizzazione fornita, a esempio, da Andrea Proto Pisani⁶⁰ nonché all'analoga distinzione delineata da Franco Gaetano Scoca⁶¹.

⁵⁷ Mi riferisco in particolare all'opera di W. HOHFELD, su cui v. *infra*, § 1.4.1.

⁵⁸ H.L.A HART, *Legal Rights*, 1973, ried. in H.L.A. HART, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1984, 188.

⁵⁹ È appena il caso di precisare che non dò alla parola ‘normativo’ il significato convenzionale perlopiù accolto dalla scienza giuridica e corrispondente alle cosiddette fonti ufficiali del diritto che vanno a comporre la ‘scienza del giudice’. Quindi non rilevano nemmeno i caratteri di generalità ed astrattezza. Per questa nozione di norma impiegata nel diritto amministrativo v. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 54.

⁶⁰ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla c.d. tutela costitutiva e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 61 ss.

⁶¹ La tesi fondamentale di questo autore è che l'atto normativo (comprendente negozio giuridico e provvedimento) è considerato la fattispecie di una norma di produzione normativa, consistente in una fattispecie nella quale si esprime un potere normativo, il potere di dare vita giuridica ad una nuova norma (F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 223 ss., che – riferendosi ad A.M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del consiglio dei ministri*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, II quadr.,

Si dovrebbe, vale a dire, considerare R un risultato normativo in senso stretto quando esso consiste nella creazione di nuove regole d'azione, di autentiche disposizioni-D, che nel caso di contratti, testamenti o atti amministrativi possono anche essere di carattere individuale e concreto.

Non sempre, tuttavia, il compimento di atti riconducibili allo schema delle regole costitutive produce risultati giuridici del suddetto tipo. Si danno casi in cui l'agente non ha il permesso o l'obbligo di stabilire una regola d'azione, poiché il risultato attiene a cambiamenti tutti interni alla 'realtà normativa' dell'ordinamento giuridico limitandosi a condizionare il modo di operare di precedenti disposizioni-D. Secondo Alf Ross solo alle norme che conferiscono la capacità di provocare specifici mutamenti dell'ordine normativo si addice la definizione di regole costitutive ("regole di competenza" per questo autore):

la competenza è il potere di disposizione che viene esercitato mediante una dichiarazione dispositiva che normalmente produce effetti giuridici conformi al suo contenuto. Una dichiarazione dispositiva è una direttiva, spesso formulata come proposizione apparentemente teorica, circa l'esistenza di doveri e di poteri. Leggi, contratti, testamenti sono esempi di dichiarazioni dispositive⁶².

Queste considerazioni sembrano allora suggerire che il risultato dell'esercizio di un potere non è sempre della medesima 'qualità' e che quindi il potere giuridico non sia un *ché* di univoco. Si può parlare di potere, come si è visto, quando una persona o un organo è in grado di provocare effetti giuridici desiderati, ma il discrimine tra la competenza e gli altri casi di potere è incerto, presenta una zona porosa⁶³. Ross discute proprio la differenza tra i casi in cui la disposizione (contenuta nell'atto di esercizio del potere) contiene una descrizione dei rapporti giuridici creati ed i casi in cui la disposizione

897 – parla di "potere costitutivo" in senso tecnico. Il negozio è, dunque, la fattispecie di una norma, la cui statuizione consente di elevare a nuova norma il disegno negoziale degli interessi. Il fenomeno – tipico della produzione giuridica – è quello di un norma che sarebbe a sua volta un effetto giuridico (G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 126) (ma sul significato di 'effetto giuridico' v. § seg.). Nel mero atto giuridico si esprime, invece, un potere giuridico non normativo, ove si deve porre l'accento piuttosto sul fatto normativo comprendente atti e fatti idonei a produrre norme giuridiche. Esempi di fatti normativi sarebbero le dichiarazioni con valore legale tipico ed i provvedimenti amministrativi vincolati (p. 249: su ciò v. § seg.).

⁶² A. ROSS, *On Law and Justice*, 1958, London; trad. it., *Diritto e giustizia*, Torino, 2001, 157.

⁶³ *Op. ult. cit.*, 156-157.

si limita a riempire, nero su bianco, una serie di effetti giuridici che sono fissati dalla legge ... la disposizione si limita a una dichiarazione puramente formale che non ammette alcuna variazione individuale ... per esempio quando il compratore notifica di rescindere il contratto. È questione di mera preferenza dire che la notificazione della rescissione di un contratto è una dichiarazione dispositiva che produce effetti secondo il suo contenuto, oppure dire che la notificazione della rescissione produce gli effetti giuridici determinati dalla legge. Gli effetti della notificazione sono prestabiliti, ed essi si verificano automaticamente come premendo un bottone⁶⁴.

Una sistemazione ancora più accurata ed a mio avviso convincente *delle conferring power rules* si deve a Joseph Raz che parte da un ordine di idee analogo a quello appena presentato, ma ne individua con maggior precisione i tratti differenziali proprio analizzando l'elemento R. Le regole conferenti potere (disposizioni-P) secondo questo autore sono di due tipi ben distinti e non di un tipo soltanto, come ritiene la maggior parte dei teorici.

Un primo tipo di norme è quello che conferisce poteri regolativi (poteri-PR), la cui caratteristica è quella di porsi in una *relazione regolativa* con una o più disposizioni-D, regolando l'applicazione di queste. Le disposizioni-PR dirigono, quindi, il comportamento non rendendo questo preferibile alla sua omissione ogni qualvolta si danno certe circostanze, ma prevedendo certe conseguenze per certi atti, che talvolta rendono vantaggioso compiere questi atti e talvolta rendono vantaggioso non compierli. Come mostra l'esempio seguente il vantaggio o lo svantaggio non riguarda l'obbligo o meno di compiere questi atti. Si prendano in considerazione le disposizioni di legge che conferiscono a dei funzionari il potere di celebrare matrimoni. Il loro significato giuridico dipende da altre disposizioni che creano l'istituto del matrimonio, cioè disposizioni che impongono doveri e conferiscono poteri ai coniugi. In questo caso il potere dei funzionari dipende da altre disposizioni di cui il potere-PR loro conferito regola l'applicazione. Altri esempi citati da Raz riguardano le norme che conferiscono poteri di trasferire la proprietà, di dichiarare lo stato di emergenza, ecc.

Le disposizioni-PR sono, pertanto, connotate dal fatto che la reazione al compimento dell'atto previsto dalla norma è prescritta da un'altra norma, la quale deve coesistere con la disposizione-PR se quest'ultima deve avere un qualche significato. Tra queste disposizioni si possono distinguere, ulteriormente, quelle che rendono facoltativo utilizzare il potere-PR, producendosi quindi la sequenza che Andrea Proto Pisani chiama norma-fatto-potere

⁶⁴ *Op. ult. cit.*, 157.

sull'*an*-effetto, e quelle che rendono obbligatorio l'esercizio del potere-PR, fermo restando, in entrambi i casi, il rapporto regolativo con una disposizione-D.

Del tutto diverse sono le disposizioni che conferiscono quelli che Raz chiama poteri legislativi (disposizioni-PL). Essi sono caratterizzati dal fatto che la reazione al compimento dell'atto previsto dalla norma è prescritta da altre norme, ma queste non esistono quando la regola-PL è creata, poiché esse sono create dagli atti previsti dalle disposizioni-PL stesse. Le disposizioni-D che impongono i doveri che vengono trasferiti da una persona all'altra quando è trasferita la proprietà, esistono prima del trasferimento di proprietà; e solo poiché esse esistono, la disposizione-PR che conferisce potere di trasferire la proprietà ha un qualche significato giuridico. I doveri che sono imposti a una persona quando conclude un contratto sono prescritti solo dal contratto stesso, da una norma creata solo dal suo atto e non già da una norma preesistente. Il significato della regola-PL che conferisce poteri-PL di fare contratti non dipende dall'esistenza di altre disposizioni, essa ha rilevanza anche prima che qualsiasi disposizione sia creata sulla sua base. La sua rilevanza è nel conferire poteri di creare nuove disposizioni⁶⁵. Le disposizioni prodotte dall'esercizio di poteri legislativi, conferiti da una disposizione-PL, hanno una relazione interna con quest'ultima, relazione che può essere chiamata "relazione genetica". Rispetto alla definizione corrente sembra, allora, assai più appropriato riferirsi soltanto in queste ipotesi a norme aventi la proprietà di essere genuine regole costitutive.

Potremmo chiamare i risultati normativi conseguenti da una istanza di una disposizione-PL cambiamenti 'finali', nel senso di indicare un modello di condotta da utilizzare come ragione per l'azione. Viceversa le disposizioni-PR non provocano un cambiamento finale in questo senso. In altre parole poteri od atti che non producono risultati finali non possono essere considerati genuini poteri normativi, pur incidendo, anch'essi sulla realtà giuridica, ché altrimenti sarebbero privi di esistenza propria⁶⁶.

⁶⁵ J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, cit., 224.

⁶⁶ Questa definizione di potere normativo come 'finale' è più ristretta della definizione di potere come 'originario' nel senso specificato da F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 376, che attiene all'esigenza della *Ermächtigungsnorm*. L'originarietà della proposizione giuridica secondo M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 97-98, richiamato da Ledda, riguarda «il contenuto logico di quanto è posto da una volontà in un atto giuridico». Sul concetto di originarietà del potere discrezionale v. an-

Non mi sembra distante da questo l'approccio di Andrea Orsi Battaglini, secondo cui il potere attribuito dalla norma d'azione⁶⁷ deve avere particolari caratteri, sussiste, vale a dire, una relazione qualificante tra la nozione di potere e la funzione di comporre conflitti di interessi e di definire le rispettive sfere giuridiche dei soggetti: tali caratteri sono in particolare la "novità" e la "definitività". La prima riguarda l'esistenza di un effettivo potere di scelta; la seconda riguarda l'esclusività del potere di scelta, in particolare l'intangibilità a opera del giudice. Questi caratteri del potere sono generali, non tipici del diritto amministrativo, sibbene riscontrabili anche nel potere legislativo ed in quello contrattuale⁶⁸. Secondo questo autore, peraltro, l'individuazione di un tratto identitario comune tra i poteri contrattuali e quelli pubblici consente di costruire in termini di obblighi (sostanziali) i comportamenti giuridici non riconducibili all'esercizio dei poteri⁶⁹.

Un altro punto che merita di essere precisato attiene alla distinzione, presente in Hart ed in altri autori successivi, tra regole secondarie di cambiamento e di giudizio⁷⁰, distinzione che non sempre è chiaramente correlata con il tema delle regole conferenti poteri normativi. Le regole di giudizio, nella loro forma minimale, sono quelle

norme secondarie che legittimano gli individui a risolvere d'autorità la questione se, in una particolare occasione, una norma primaria sia stata violata⁷¹.

La definizione più generale di regole costitutive attraversa orizzontalmente la distinzione tra regole di mutamento e di giudizio, ma non può passare inosservata la netta differenza tra un mutamento ed un giudizio. Il problema evoca evidentemente il tema della discrezionalità giudiziale e più in generale del rapporto tra indeterminatezza, decisioni (in qualche senso) autoritative ed interpretazione, già toccato nel capitolo precedente. Tuttavia tale tema può essere in questo momento lasciato di lato, poiché anche in un

che A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 77 ss.; F. LEVI, *Legittimità*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1974, 133-134.

⁶⁷ Il termine norma d'azione è qui usato in un senso diverso da quello impiegato sopra e nel primo capitolo, riferendosi invece alla nota dicotomia tra norme di azione e norme di relazione introdotta da Enrico Guicciardi ed oggetto di molte discussioni, ma entrata stabilmente nel lessico della giurisprudenza.

⁶⁸ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 24., 39.

⁶⁹ *Op. ult. cit.*, 41.

⁷⁰ F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, cit., 262 ss.

⁷¹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 113.

ambiente decisionale ipotetico in cui non esista alcuna altra regola che non sia quella che affida a qualcuno il compito secondo il suo inappellabile giudizio di dirimere le controversie che sorgono⁷², rimane il fatto che questa sarebbe anzitutto una regola di giudizio, avendo di mira la risoluzione di controversie individuali. Il potere di dirimere controversie, tanto più in un ambiente decisionale costituito da un gran numero di norme primarie e secondarie, è comunque distinto, ha un fine diverso, dal potere di introdurre cambiamenti nell'ordine normativo. Una importante conseguenza di tale distinzione, non sempre sottolineata come si dovrebbe, è che gli organi giurisdizionali in linea di principio non sono chiamati a sindacare il contenuto del mutamento provvisto da una norma⁷³. Come è stato osservato vi sarebbe, a esempio, una sorta di malinteso sul fatto di lamentare che il giudice amministrativo abbia un limitato potere di cognizione del 'merito', non ponendosi la sufficiente attenzione sul fatto che neanche il giudice civile ha un siffatto potere di cognizione. Salvi casi particolari, infatti, questi neanche entra n e l m e r i t o del regolamento di interessi fissato tra le parti di un contratto⁷⁴.

Quando l'ordinamento attribuisce a un soggetto un potere di mutamento, significa, in altre parole, che quel mutamento si produce per effetto di un atto che non può essere discusso da un organo giudiziario: né dal giudice amministrativo dinanzi alla funzione amministrativa, né dalla Corte costituzionale dinanzi alla discrezionalità del legislatore, né dal giudice civile dinanzi all'autonomia negoziale. Quando un giudice esercita tale sindacato significa in realtà che, per qualche ragione, è investito di una funzione legislativa e non strettamente giurisdizionale.

Anche questo punto, peraltro, non è da prendere come una regola assoluta, discendente da qualche necessità di natura. Può essere considerata una regola tendenziale, quindi che richiede 'impegni', rientrando in quel *set* di condizioni che costituiscono la parte prescrittiva della *rule of law*. Il proble-

⁷² Ad esempio lo scenario costituito dal gioco che Hart chiama il gioco della "discrezionalità dell'arbitro" (*The Concept of Law*, 168).

⁷³ Quando oggetto del giudizio infatti è una metanorma di competenza o procedura, si è in presenza di un giudizio di convalidazione di un atto o di una norma, quando oggetto del giudizio è una regola primaria (di condotta) si è in presenza di un giudizio sulla sussistenza di una devianza del comportamento. Ma oggetto del giudizio non è la norma in sé e per sé. E quando il giudice crea una norma *ad hoc*, evidentemente nemmeno allora interviene su una norma preesistente poiché postula che non vi sia alcuna norma per quel caso.

⁷⁴ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 153 ss. Che non vi siano mai poteri giudiziari di merito anche in un senso diverso, cioè relativi alla definizione di assetti di interessi in casi di indeterminatezza, non mi pare si possa invece sostenere.

ma si pone a esempio rispetto all'eventuale ruolo dei giudici nella concretizzazione delle fattispecie vaghe ove in assenza di una chiara indicazione su dove è stato allocato il potere si dovrebbe operare una scelta (v. *infra*, V.4).

Al di là di questo, peraltro, in un senso si può parlare, quindi, di potere attribuito a organi giurisdizionali da una regola costitutiva, ma, almeno normalmente, questo non può essere considerato un potere normativo conferito da una disposizione-PL, quanto piuttosto l'ipostatizzazione di un generale potere di soggezione all'autorità delle decisioni giurisdizionali che, in base all'impiego di una precisa tecnica di fp-2.2, si riconnette a una norma di chiusura dell'intero ordinamento, relativa all'esigenza di certezza e definitività delle situazioni giuridiche⁷⁵. Soltanto in questo più ristretto significato, dunque, alla disposizione di una sentenza di può attribuire la proprietà di essere 'finale'.

Questo genere di 'potere', quello che deriva cioè dalle regole di giudizio, peraltro, è proprio quello che difetta alla pubblica amministrazione. È vero, d'altra parte, che nei casi in cui si parla di attività vincolata il ruolo di un'autorità amministrativa è da un altro punto di vista molto vicino a quello di un 'giudice', precisamente per il fatto di iscriversi più nell'area dell'accertamento (essendo quindi in linea di massima parassitario di regole preesistenti⁷⁶ che non in quella del genuino potere normativo⁷⁷. Ma, questo è il punto,

⁷⁵ V. cap. I.1.3.3. Nel magistrale affresco che Hart fornisce, dal punto di vista concettuale, del passaggio da un ordine giuridico primitivo (composto di sole regole primarie) ad un ordine giuridico evoluto, l'adozione delle norme secondarie di giudizio è finalizzata a risolvere il difetto dell'«inefficienza della pressione sociale diffusa dalla quale queste norme sono sostenute» (*The Concept of Law*, 111, corsivo nell'originale). Meno agevole sul piano della teoria giuridica, fermo restando il piano degli ideali politici, è dimostrare che questa regola di chiusura sia collegata al 'principio della separazione dei poteri'.

⁷⁶ Come si vedrà la discrezionalità giudiziale può essere sempre distinta da un altro genere di discrezionalità per prendere decisioni guardando al passato, dovendo cioè risolvere un caso avvenuto partendo da qualche disposizione, ma non predisponendo un progetto per regolare casi futuri (non fanno qualcosa del genere neanche i giudici di *common law* dalla cui *ratio decidendi* altri giudici potranno trarre il materiale per costruire regole giuridiche: v. F. SCHAUER, *Playing*, cit., 269 ss.).

⁷⁷ Il punto sarà un po' più approfondito nel capitolo V. È, però, opportuno precisare che con il riferimento all'accertamento, in contrapposizione al potere, non intendo, aderendo ad un'idea "legalistica" dell'accertamento, negare che tra la regola ed il caso intervenga una «concretizzazione delle disposizioni normative». Mi riferisco, invece, ad una generalissima nozione di accertamento come «affermazione dell'ordinamento nel caso concreto» (così S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 224). L'espressione «concretizzazione delle disposizioni normative» sopra riportata è di B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit., 90, alla cui ricostruzione della nozione di accerta-

l'azione amministrativa in tali ipotesi non è, quindi, 'finale' in nessuno dei due sensi sopra suggeriti.

In sintesi, l'idea del potere normativo sembra strettamente legata alla capacità di disposizione di interessi altrui e propri⁷⁸, che nella logica dell'accertamento è, invece, assente. Per questo tipo di attività, pertanto, non sembra il caso di parlare di potere conferito al giudice da una disposizione-PL⁷⁹ e lo stesso vale, a maggior ragione, per l'amministrazione.

Appare, allora, plausibile che i c.d. poteri vincolati siano da considerare semplici poteri-PR. Ma, allora, in che senso potrebbe sostenersi che, a esempio, il potere di accertare la liceità di una condotta affidato a un'autorità amministrativa, che sul piano dell'ordinamento normativo nulla aggiunge e nulla toglie al modo come il destinatario della disposizione-D deve condursi, dovrebbe avere i caratteri di un genuino potere normativo dell'amministrazione? E quindi condividere con questo il regime relativo al trattamento processuale e procedimentale?

mento rinvio il lettore (pp. 1-87). L'autore osserva, tra l'altro, come «nell'ordinamento attuale ha valore costituzionale il principio secondo cui le disposizioni normative non possono essere ordinariamente attuate se non tramite accertamento giurisdizionale, o comunque senza dare la possibilità agli interessati di promuovere un accertamento giurisdizionale» (p. 91).

⁷⁸ Una nozione di potere (comune ai poteri pubblici ed a quelli privati) connotata dalla «centralità della presenza di un margine di scelta riconosciuto dalla legge ad un soggetto in ordine alla produzione di effetti giuridici inerenti la composizione di interessi anche diversi dal proprio», è posta a base del lavoro di A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., 100.

⁷⁹ Sul fatto che la giurisdizione implichi un potere, riferibile in senso lato allo Stato, ma che occorra, poi, molta cautela nel considerare i poteri dello Stato nell'esercizio della giurisdizione, in quanto assoggettati alla disciplina del processo ed in perfetto equilibrio con i poteri delle altre parti, v. S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, cit., 225). Anche nel caso delle azioni costitutive si può considerare prevalente il momento dell'accertamento del diritto. Ad esempio si può considerare oggetto del processo amministrativo tipico «la verifica dell'affermazione del ricorrente che esso ha il potere di provocare l'annullamento dell'atto, e conseguentemente, anche l'attuazione di tale potere, vale a dire l'annullamento dell'atto stesso» (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, 1994, 228), ove, si noti, il potere (o diritto potestativo) è attribuito al ricorrente e non al giudice. Si può, inoltre, parlare di poteri processuali delle parti e del giudice come situazioni soggettive interne alla dinamica processuale, ma che appunto non riguardano il diritto obiettivo e le posizioni sostanziali.

1.3. *Ulteriori tesi che tendono ad assimilare il potere amministrativo tout court al 'potere vincolato'*

Esaminerò qui due risposte che sono state fornite all'ultimo interrogativo, la prima si situa sul piano dell'alta dogmatica, la seconda fa leva sul dato legislativo.

Quanto alla prima, mi riferisco alla tesi di Franco Gaetano Scoca secondo cui non sarebbe importante l'amministrazione eserciti un potere genuinamente normativo o meno, poiché anche semplicemente costituire un effetto sarebbe una proprietà sufficiente a identificare un potere che ne fosse in possesso come un potere normativo⁸⁰. Questa idea si ambienta in una più ampia teorizzazione secondo cui, come già ricordato, ogni provvedimento amministrativo (ed ogni atto negoziale) esprimerebbe sempre un contenuto precettivo, in quanto, contemporaneamente, fattispecie di norma e norma. Il punto fondamentale riguarda la distinzione tra il momento della redazione della regola ed il momento della elevazione della regola a norma giuridica. Il processo di produzione giuridica dell'atto precettivo avverrebbe, cioè, in due stadi: nel primo stadio si perviene alla produzione della regola degli interessi, nel secondo alla produzione degli effetti concreti. L'atto precettivo sarebbe fattispecie del primo stadio, in quanto fattispecie della norma di produzione della regola degli interessi. Nel secondo stadio l'atto precettivo non svolgerebbe alcun ruolo, poiché la regola degli interessi dal primo creata sarebbe innalzata a sua volta a norma giuridica, avente lo schema di ogni norma giuridica comprendente l'ipotesi e la statuizione, il quando e il come della modificazione giuridica. Quello che più rileva è però che solo un altro fatto integrante la fattispecie di questa norma darebbe vita sul piano giuridico concreto alle situazioni effettuali del negozio⁸¹.

A me sembra, tuttavia, che sebbene vi sia nei discorsi giuridici un uso diffusissimo (e probabilmente indispensabile sul piano descrittivo e della prassi giuridica⁸² relativo al termine 'effetti giuridici' intesi come conseguenze giuridiche di un certo atto – per cui il significato soggettivo⁸³ di un atto produttivo di una norma diviene indipendente da quest'ultimo, costi-

⁸⁰ F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., 249 ss.

⁸¹ La distinzione tra regola degli effetti e la determinazione degli effetti, tra cui si frappone la creazione di una nuova norma, consente in particolare di spiegare i fenomeni di sfasamento tra perfezione ed efficacia di un atto normativo (condizione, termine).

⁸² Basti notare quante volte è stato e sarà ancora utilizzato il termine in questo lavoro.

⁸³ H. KELSEN, *Der Begriff der Rechtsordnung*, in H. KLECATSKY, R. MARCIC, H. SCHAMBECK (a cura di), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, vol. II, Vienna, 1968, 1398.

tuendone il suo prodotto – non si può dimenticare che tale modo di dire è il frutto di una astrazione. Non esiste in nessun regno del reale qualcosa come gli ‘effetti giuridici’ di un atto. Il precetto posto non è altro che lo stesso significato soggettivo dell’atto, appare nell’atto e non come conseguenza di questo. Il precetto in quanto significato soggettivo di un atto normativo non è altro che la sfera di validità materiale di uno o più atti applicativi⁸⁴. Questo comporta che sia altrettanto frutto di una mera astrazione affermare che pur quando non si ravvisi la novità del contenuto della norma, rimarrebbe l’effetto normativo propriamente detto, cioè l’entrata in vigore della nuova norma. Ma quale sarebbe questa nuova norma? A proposito degli atti vincolati, nei quali secondo Scoca vi sarebbe appunto questa particolare modalità di produzione degli effetti, lo stesso Giannini osservava, partendo dalla tesi che l’interpretazione in quanto operazione giuridica ha sempre a oggetto un atto di volontà, che nel caso dell’attività vincolata

la volontà dell’atto sotto nessun profilo si può dire abbia una fisionomia propria [esaurendosi] nella semplice traduzione dei termini astratti del disposto della legge a quelli concreti della fattispecie⁸⁵.

Se l’attività interpretativa ha a oggetto un atto di volontà di cui deve rivelare il significato (in base a determinati criteri giuridici e non giuridici) l’attività interpretativa dell’atto vincolato diverrebbe interpretazione di un’interpretazione. Ed allora dinanzi a un atto vincolato

l’interprete non dovrebbe far altro che interpretare per proprio conto la legge, e vedere come l’autorità che ha emanato l’atto abbia a sua volta compiuto tale operazione⁸⁶.

In altre parole, l’atto si risolve in un accertamento del significato soggettivo di un atto normativo in relazione a un caso concreto, ed essendo previsto da una disposizione-PR si porrà in una qualche relazione regolativa con il primo⁸⁷.

⁸⁴ V. U. SCHMILL, *The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts*, in *Law and Philosophy*, vol. 19, 2000, 288.

⁸⁵ M.S. GIANNINI, *L’interpretazione dell’atto amministrativo ...*, cit., 208-209.

⁸⁶ *Op. ult. cit.*, 285.

⁸⁷ La mossa che – anche restando nell’ordine di idee della distinzione tra un potere di redazione ed uno di costituzione degli effetti della regola – si rivela problematica è quello che porta l’autore, pur dopo avere spiegato la differenza tra meri atti giuridici ed atti negoziali, a considerare i provvedimenti vincolati come istanza dei secondi. Sotto questo profilo mi sembra colgano nel segno i rilievi critici di L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*,

Anche a proposito di questa elegante tesi⁸⁸, mi sembra si possa dire che essa tende a nascondere il vero obiettivo, che è quello di mantenere fermo il postulato della sostanziale unitarietà ed uniformità del potere dell'amministrazione⁸⁹. Quest'ultimo si riflette, così, sul regime processuale dell'atto (interesse legittimo-giurisdizione amministrativa, modello impugnatorio, moltiplicazione degli interessati) e, come visto due paragrafi fa, sul regime della sua formazione attraverso il necessario procedimento amministrativo. Si tratta, peraltro, di un'impostazione che ha trovato oltre che consenso in dottrina, larga applicazione anche in giurisprudenza. Basti pensare a casi, davvero emblematici sotto questo profilo, come quelli degli accordi a oggetto pubblico cosiddetti integrativi, ove, pur escludendo il Consiglio di Stato la presenza di interessi legittimi, e configurando espressamente come di diritto soggettivo le posizioni scaturenti dall'accordo, nonostante ciò afferma che il provvedimento di 'emanazione' dell'accordo «implica sempre l'esercizio di poteri autoritativi [e] non può che essere attribuito a organi amministrativi e non all'autorità giurisdizionale»⁹⁰.

cit., 50-52. La costruzione in esame sembra, infatti, creare una inutile duplicazione quando postula che l'atto vincolato elevi a regola giuridica una regola che è già giuridica. Perché dare fondamento a questa costruzione occorrerebbe accettare l'idea kelseniana del *continuum* creazione/applicazione/creazione, per cui in ciascun atto si esprimono, contemporaneamente e necessariamente, un momento produttivo ed uno applicativo, ma non mi sembra che Scoca aderisca a questa tesi. Tesi quest'ultima che è evidentemente respinta anche da chi scrive, essendo logicamente inconsistente con l'idea della possibilità di progettare ambienti decisionali orientati, rispettivamente, più verso il particolarismo o più verso la strategia universalistica. Aderisce, invece, proprio a questa tesi G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 57-58, che riprende quasi alla lettera l'insegnamento di H. KELSEN, *Lineamenti ...*, cit., 111: tutti gli atti al tempo stesso pongono norme (generali o individuali) ed eseguono altri atti. Fanno eccezione soltanto i due anelli estremi della catena, la norma fondamentale – che è pura produzione – e l'atto coattivo che è pura esecuzione. Peraltro secondo Corso, l'atto amministrativo non essendo, “puramente esecutivo” (pp. 64 ss., 267), è allora necessariamente atto precettivo e quindi non sarebbe differenziabile sotto il profilo degli effetti giuridici dagli atti discrezionali. A parte che di questo ragionamento non si condivide la suddetta premessa teorica fondamentale e quindi, evidentemente, non si possono condividere gli ulteriori svolgimenti logici, anche in questo caso per una serie di ulteriori condivisibili rilievi critici v. L. FERRARA, *op. cit.*, 53-63.

⁸⁸ A mio avviso comunque la più temibile per l'idea dell'attività vincolata come estranea all'area del potere normativo.

⁸⁹ Postulato che d'altronde successivamente l'autore ha espressamente riproposto e giustificato in uno studio sull'attività amministrativa (F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. VI agg., Milano, 2002, 95). L'ordine di idee aprioristico (ripreso da Galetta) era già espresso da G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 10, 126 ss.

⁹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 5 febbraio 2002 (camera di consiglio), n. 2636 (corsivo mio).

Venendo alla seconda risposta fornita alla domanda formulata alla fine del precedente paragrafo, essa si fonda sull'attribuzione di una specifica intenzione al legislatore a partire dall'impiego di un termine. In particolare dal fatto che l'art. 21-*octies*.2, l. 241/1990 parla di "provvedimenti vincolati" si dovrebbe trarre argomento per escludere ogni possibilità di ricostruire in modo distinto il regime dei 'poteri vincolati'. Usando quell'espressione, cioè, il legislatore avrebbe avuto il preciso intento di fare riferimento al regime giuridico di ciò che nel linguaggio della scienza giuridica si intende comunemente per 'provvedimento amministrativo'⁹¹. Al di là dei dubbi già espressi sul ricorso all'argomento interpretativo fondato sul *legislative intent*, e del fatto che nel caso di specie l'intento degli autori di attribuire le proprie intenzioni a quelle del legislatore è particolarmente trasparente, l'argomento appare labile anche considerando che in più punti della legge 241 si fa uso in modo intercambiabile delle parole "atto" e "provvedimento" (artt. 1.1-*bis*, 3, 13, 19, 20).

In sintesi, credo si possa confermare che non vi sono stringenti ragioni di ordine teorico o di stretto diritto positivo: a) né per portare a rigettare la tesi secondo cui i poteri vincolati sono previsti da disposizioni-PR e non da disposizioni-PL; b) né per sostenere che questa differenza sia inessenziale sotto il profilo del regime degli atti amministrativi: questo secondo asserto rende, quindi, plausibile (non certo una necessità di natura) ed interessante individuare differenze nel modo di operare delle relative situazioni-atto.

Quello che mi sembra qui necessario aggiungere è che queste differenze di regime possono essere considerate anche, per così dire, come relative ad alcuni aspetti del 'normale' regime di un atto amministrativo e non necessariamente a tutti gli aspetti. Mi riferisco in particolare alla possibilità di trattare separatamente il regime della forma procedimentale ed il regime processuale (specialmente la giurisdizione), che comporta tra l'altro di considerare a parte il profilo delle situazioni soggettive di coloro che 'dialogano' con tali poteri⁹².

⁹¹ F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Articolo 21 octies, comma 2. Annullabilità del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 632.

⁹² Per la tesi della possibilità di conciliare il fatto che il comportamento dovuto dell'amministrazione, in quanto interamente determinato da norme, non comporti per ciò stesso il riconoscimento in capo ad altro soggetto il diritto ad esigere quel comportamento, poiché soltanto quando la legge ponga uno specifico collegamento tra il comportamento e la posizione del soggetto quel dovere si trasforma in obbligo, v. F.G. SCOCA, *La teoria del provve-*

Come si ricorderà, la presente riflessione si è avviata prendendo a parametro il tema dei 'costi' del potere amministrativo funzionale. Ebbene, riprendendo le parole di Carlo Marzuoli, questi costi possono essere riferiti, da un lato, alla formula 'meno procedura', dall'altro alla formula 'rapporti diritto-obbligo'. Quest'ultima formula (che rende certo un difficile esercizio di divisionismo quello di tenere da parte il tema della giurisdizione) chiama comunque in causa il problema del fondamento della multipolarità intesa come ampio riconoscimento di situazioni soggettive 'terze' per accedere alla tutela processuale⁹³. Questa stessa formula invita a riflettere maggiormente su come descrivere in modo esplicitamente soddisfacente la relazione che si instaura tra quello che qui si è chiamato potere-PR dell'amministrazione e tali rapporti obbligatori ed è precisamente rispetto a questo punto che ora tenterò di fornire un modesto contributo alle teorizzazioni, pressoché definitive, reperibili in letteratura⁹⁴.

Quanto alla formula 'meno procedura', essa in una certa misura costituisce il riferimento più centrale per l'indagine in corso, come si comincerà a vedere nella seconda sezione di questo capitolo.

1.4. *Lineamenti per un'analisi strutturale delle norme sull'attività amministrativa vincolata*

1.4.1. *Individuazione del materiale giuridico e modalità giuridiche.* – Come si è appena finito di ricordare è plausibile sostenere che i poteri vincolati siano previsti da disposizioni-PR e non da disposizioni-PL, e che le prime possono essere caratterizzate dalla proprietà di porsi in un rapporto regolativo con altre norme, che devono essere necessariamente disposizioni-D. L'idea che desidero sviluppare, partendo da questa premessa, è in qualche modo implicita nella premessa stessa, riguardando, appunto, il modo come si struttura la relazione tra le disposizioni-PR e le suddette disposizioni-D; tale idea, in realtà molto semplice, è che le norme che configurano un'azione vincolata dell'amministrazione siano me-

dimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento, in *Dir. amm.*, 1995, 33, nt. 75; su cui v. però la replica di L. FERRARA, *Diritti soggettivi ...*, cit., 21, nt. 42.

⁹³ Che in questo lavoro non sarà che sfiorato nel cap. VI.

⁹⁴ Teorizzazioni che probabilmente non avrebbero bisogno di ulteriori contributi. Peraltro mi consolo del fatto che almeno non correrò in 'soccorso del vincitore', visto che si tratta di tesi largamente minoritarie negli orientamenti della scienza giuridica.

glio descrivibili se considerate parte di un ‘aggregato normativo’ che ha come destinatari i cittadini in un senso più pregnante di quello derivante dal fatto che tutte le norme, secondo la concatenazione propria dei sistemi nomodinamici, sono finalizzate in ultima analisi a indirizzare la condotta degli individui. Si tratta, evidentemente, di uno svolgimento interno alla definizione data di poteri-PR: questi sono concepibili infatti soltanto in quanto ausiliari di una disposizione-D.

Parlando di aggregato normativo ho in mente qualcosa di simile alla definizione di “norma estesa” fornita da Claudio Luzzati⁹⁵. Questa corrisponde a quella parte di materiale giuridico occorrente a costruire una fattispecie completa dal punto di vista sia statico sia dinamico e definibile come quel giudizio ipotetico la cui protasi sia costituita dalla concatenazione delle condizioni cui si imputa il sorgere nei confronti dei singoli soggetti di un effetto giuridico concreto previsto dall’apodosi⁹⁶.

Si tratta, giova avvertire, di una costruzione virtuale, condotta per così dire ‘a tavolino’, che mira, pertanto, non a fornire nozioni che rispondano a un criterio di verità, ma modelli esplicativi, al limite soltanto utili a consentire di falsificare i modelli dominanti (ciò che già costituirebbe risultato non da poco), cioè a mostrare che questi ultimi non sono ‘inesorabili’ ma in gran parte frutto di opzioni, e che mediante diverse opzioni sono quindi rimpiazzabili.

A questa operazione di ricomposizione si accompagna una operazione di scomposizione analitica per individuare le concrete posizioni giuridiche. Per fare questo occorre munirsi di qualche strumento concettuale e nell’arsenale della tradizione analitica particolare importanza viene data alla teoria delle

⁹⁵ C. LUZZATI, *L’interprete e il legislatore*, cit., 55 ss.

⁹⁶ *Op. ult. cit.*, 58-59. La norma estesa rappresenta, secondo questo autore, un “campo di possibilità”, contenendo i molteplici presupposti giuridici (condizioni *prima facie*) che avrebbero potuto essere presi in considerazione nel decidere un certo caso, ma che non sono presi effettivamente in considerazione nella loro globalità da coloro che producono ed applicano il diritto. Questa idea di norma estesa è particolarmente raccomandata da Luzzati per sostanziare un ideale praticabile di certezza del diritto inteso come *predictability* delle decisioni dei giudici e dei pubblici funzionari facente perno sulle conoscenze giuridiche, e non come mera prevedibilità del loro comportamento secondo l’approccio antiformalista. Si tratta, pertanto, di una definizione che assomiglia alla definizione di interpretazione dottrinale o scientifica contrapposta a quella pratica, fornita tra gli altri da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 921. Nell’interpretazione dottrinale si ricostruiscono ipoteticamente tutte le condizioni concatenate riconducibili ad una certa fattispecie astratta; nell’interpretazione operativa si tratta di applicare la norma alla singola fattispecie concreta.

modalità giuridiche formulata dal giurista statunitense Wesley Newcomb Hohfeld, alla base della quale vi è l'idea che

uno degli ostacoli più grandi alla chiara comprensione, all'esposizione incisiva e alla giusta soluzione di problemi giuridici sorge spesso dalla supposizione, espressa o tacita, che tutti i rapporti giuridici possano essere ridotti a 'diritti' e 'doveri', e che queste categorie siano perciò adeguate allo scopo di analizzare anche gli interessi giuridici più complessi⁹⁷.

Secondo Hohfeld, invece, con il termine 'diritto' si fa in realtà riferimento, nel discorso giuridico corrente, ai seguenti quattro termini: 1) diritto in senso stretto ("*in the strictest sense*"), o pretesa (*claim*); 2) privilegio (*privilege*); 3) potere giuridico (*power*); 4) immunità (*immunity*). A ciascuno di questi quattro termini viene fatta corrispondere una nozione correlativa, rispettivamente: 1) dovere (*duty*); 2) non-diritto (*no-right*); 3) soggezione (*liability*); 4) incapacità (*disability*)⁹⁸.

Si ottengono in tal modo quattro relazioni diadiche fondamentali: pretesa↔obbligo, permesso↔non pretesa, competenza↔soggezione, immunità↔incapacità⁹⁹. A loro volta queste quattro relazioni fondamentali possono essere disposte in due quadrati non comunicanti: la tetraide dei concetti deontici e la tetraide dei concetti anankastici¹⁰⁰ o più semplicemente delle norme di condotta e delle norme di competenza¹⁰¹.

⁹⁷ W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, II (1917); trad. it., *Concetti giuridici fondamentali nella loro applicazione al ragionamento giudiziario*, II, in ID., *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969, 47-105.

⁹⁸ V. G.M. AZZONI, *Interpretazioni di Hohfeld*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994, 443.

⁹⁹ Seguendo in parte T. SPAAK, *Norms that Confer Competence*, in *Ratio Juris*, vol. 16, n. 1, 2003, 89, e A. ROSS, *On Law ...*, cit., 152, ho sostituito diritto con pretesa, potere con competenza, privilegio con permesso e dovere con obbligo.

¹⁰⁰ V. G.M. AZZONI, *Gli universali delle relazioni giuridiche*, in L. LOMBARDI VALLAURI (ed.), *Lógos dell'essere, lógos del diritto*, Bari, 1999, 9 dell'estratto. Le proposizioni anankastiche sono quelle mediante le quali si afferma che un certo comportamento è condizione di un certo risultato. I concetti anankastici attengono (specificano) alle regole costitutive.

¹⁰¹ Le due relazioni giuridiche deontiche sono pretesa ↔ obbligo e permesso ↔ on-pretesa; le due relazioni giuridiche anankastiche sono potere ↔ soggezione e immunità ↔ incapacità.

A proposito della tetraide deontica occorre, peraltro, avvertire che manca in Hohfeld un'adeguata tematizzazione delle norme costitutive o di competenza e pertanto la nozione di potere risulta inadeguata (v. B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2001, 10, nt. 18.

Ciascuna di queste quattro coppie di nozioni correlative identifica, secondo Hohfeld, un peculiare genere di relazione giuridica fra due soggetti, un tipo basilare di rapporto giuridico. Sarebbe soltanto frutto di ambiguità del linguaggio o di concettualismo parlare genericamente di diritti¹⁰². Insomma

quando si afferma che Tizio ha un ‘diritto’ nei confronti di Caio, si possono voler dire quattro cose distinte (o una combinazione di esse): (1) che Tizio è titolare, nei confronti di Caio, di una pretesa, cui corrisponde un dovere, da parte di Caio, nei confronti di Tizio; (2) che Tizio gode, nei confronti di Caio, di un privilegio (il privilegio di comportarsi in un certo modo), cui però non corrisponde alcun dovere da parte di Caio, ma semplicemente la non-pretesa, da parte di quest’ultimo a che egli si comporti in un certo modo (precisamente, non si comporti nel modo in cui Tizio ha, in ipotesi, il privilegio di comportarsi); (3) che Tizio ha il potere di modificare la posizione giuridica di Caio (di modificare, cioè, alcune delle relazioni giuridiche nelle quali Caio si trova, delle quali Caio è parte); in questo caso si dirà che Caio si trova in una posizione di soggezione rispetto a Tizio; (4) che Tizio gode di immunità giuridica rispetto a Caio, nel senso che Caio non ha il potere di (è incapace di) modificare la posizione giuridica (alcune delle relazioni giuridiche) di Tizio¹⁰³.

Il postulato che guida la teoria di Hohfeld è che ogni unità giuridica significativa non può che esprimersi in una relazione fra due parti.

Ogni rapporto giuridico determinato, concreto, che esemplifichi un particolare istituto di diritto positivo, può essere analizzato come, e dunque ridotto a, un rapporto, o un insieme di rapporti, che ricadono in una o più d’una di queste quattro forme fondamentali. O, in altri termini, ogni situazione giuridica concreta, determinata (come, a es., l’essere proprietario di un bene, o l’essere parte di un contratto validamente stipulato), può essere analizzata e risolta in un aggregato di posizioni giuridiche elementari (diritti in senso stretto, privilegi, poteri,

¹⁰² Come è stato osservato, la “tavola delle modalità giuridiche” fornisce una griglia di concetti che consente di accrescere la precisione dei ragionamenti giuridici, sottoponendo ad un trattamento analitico l’uso di termini, certamente importanti, ma forzatamente unitari e su cui si sono costruiti spesso impianti concettuali viziati da “essenzialismo metafisico” come il complesso di idee che sostiene ad esempio la figura del diritto soggettivo come nozione unitaria o quella del potere amministrativo parimenti come nozione unitaria (A. PINTORE, *Concetti giuridici*, in M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995, 32-33). secondo T. SPAAK, *op. ult. cit.*, 90, «using Hohfeld’s concepts, we can break down complex legal concepts such as “ownership” and “citizenship” into their constituent parts and so clarify their true nature».

¹⁰³ B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea ...*, cit., 10.

ecc.), ciascuna delle quali esprime una particolare relazione giuridica con un individuo determinato¹⁰⁴.

Probabilmente oggi nessun giurista accetta in forma così radicale la tesi della necessaria relazionalità di ogni posizione giuridica, che porta a esempio a negare la categoria dei diritti assoluti. In ragione comunque del suddetto postulato gli interpreti di Hohfeld si sono chiesti se l'analisi delle relazioni giuridiche fondamentali sia riferibile alla sfera giuridica nella sua interezza, o invece debba essere ristretta a un ambito limitato di applicazione come, a esempio, la sfera del diritto privato¹⁰⁵. Ed in effetti l'idea che questa tesi non possa essere accettata nella sua interezza viene spesso motivata, anche in chi ha impiegato le categorie di Hohfeld, osservando che nel diritto pubblico

si hanno anche doveri imposti per la realizzazione di interessi generali, di cui non sia portatore un soggetto o ente specifico¹⁰⁶.

Questo avverrebbe tipicamente per i doveri penalmente sanzionati, i quali generano un rapporto giuridico soltanto quando sono violati. Se l'idea hohfeldiana circa l'inesistenza di concetti giuridici irrelati va dunque considerata non in termini assoluti, da questo non deriva, però, che i concetti giuridici elementari siano da restringere al settore dei rapporti interprivati. Con riferimento, in particolare, al diritto pubblico, si può distinguere un livello del discorso che riguarda le descrizioni di sistema e degli elementi di carattere politico-costituzionale, entro il quale non sembra vi sia nulla di male nell'affermare, a esempio, che la 'doverosità' dell'azione amministrativa è connessa al perseguimento di interessi generali e forse anche che certi diritti di libertà o di agire sono pensabili in termini astratti¹⁰⁷, da un

¹⁰⁴ *Op. ult. cit.*, 11.

¹⁰⁵ J. WALDRON, *Liberal Rights*, Cambridge, 1993, 67.

¹⁰⁶ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1989, 57.

¹⁰⁷ Una delle critiche di recenti indirizzi teorici al modo di considerare le posizioni giuridiche in Hohfeld e poi anche in Hart attiene al loro carattere statico, ossia determinato soltanto secondo regole giuridiche. A questo viene contrapposta una nozione dinamica dei diritti la cui caratteristica fondamentale è di essere non necessariamente il termine di un rapporto giuridico, ma piuttosto la giustificazione della protezione di un determinato interesse da cui sorgono le varie posizioni giuridiche. Questa nozione è spesso associata alla necessità di dare fondamento giuridico a cose come i diritti sociali. (V. B. CELANO, *I diritti nella Jurisprudence*, cit., 35 ss.). Al di là del decidere se davvero questa nozione possa sostituire quella cosiddetta statica, fa parte sicuramente del linguaggio della scienza giuridica l'impiego di sintesi verbali aventi un valore più giustificativo/prescrittivo che descrittivo e nei limiti in cui questo emerga dal contesto non mi sembra che sia un uso da rifiutare.

livello del discorso che voglia descrivere i concreti rapporti giuridici. Ponendosi entro questo secondo livello, sembra ormai chiaro, secondo le acquisizioni più recenti della scienza del diritto amministrativo, che non vi è nulla che ontologicamente distingua le norme dirette a regolare comportamenti di un'autorità amministrativa e dei privati che con questa vengono in contatto dalle norme relative ad altri settori dell'ordinamento¹⁰⁸. Né la 'posizione' dell'amministrazione permette di considerare in modo speciale o differenziato le conseguenze che si sprigionano dal contatto tra le norme e le autorità amministrative¹⁰⁹ (dando luogo, a esempio a caratteristiche degli atti posti in essere che non derivano da qualificazioni normative). Lo stesso parlare, del resto, di una posizione dell'amministrazione indipendentemente dalle posizioni o modalità giuridiche ricavabili concretamente dalle norme giuridiche implica un'indebita inversione dei termini del discorso.

Se si condivide l'impostazione secondo cui, almeno normalmente, le modalità giuridiche implicano una relazione tra due parti, quello che si potrebbe definire l'assioma di Hohfeld¹¹⁰, non vi sono ragioni di principio per negare che esso si estenda anche alle norme dirette all'amministrazione, fermo restando che in alcuni casi i rapporti disciplinati saranno riconducibili alla tetradе anankastica altre volte alla tetradе deontica. D'altronde tra le più recenti linee di indagine sui caratteri delle posizioni soggettive delle parti di un 'rapporto amministrativo', particolare rilievo assumono in questo contesto quelle che hanno dimostrato come sia necessario recuperare proprio la dimensione relazionale se si vuole dare configurazione giuridica alle azioni poste in essere dalle autorità amministrative in attuazione di norme¹¹¹.

¹⁰⁸ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, *passim*, ma spec. 235-241; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, *cit.*, spec. capp. IV e V.

¹⁰⁹ Le quali, peraltro, a loro volta, non sono che 'istituzioni', cioè aggregati di norme.

¹¹⁰ Questo asserto di base si contrappone in particolare all'idea che fa da sfondo ad opinioni come quella secondo cui «quando una norma qualifica come dovuto il comportamento di un soggetto, non per questo crea in un altro soggetto un diritto soggettivo ad ottenerlo: si tratta di due vicende logicamente separate ... riguardanti soggetti diversi, ciascuna delle quali presuppone fatti costitutivi propri» (F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, *cit.*, 32). Se si accoglie l'impostazione teorica hohfeldiana vale il contrario, essendo quella dei doveri irrelati l'eccezione e non la regola.

¹¹¹ Mi riferisco in particolare a L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 113-117 e *passim*. L'autore ritiene che, sviluppando in tutte le sue implicazioni l'idea, ormai affermata nella scienza giuridica, della esistenza di un rapporto giuridico tra cittadino ed amministrazione prima del provvedimento (tra cui ad

Il punto da mettere ulteriormente in rilievo è semmai un altro e riguarda ancora una volta il carattere relativo (costruttivo) di ciò che può essere chiamato il ‘vocabolario’ dei diritti e delle situazioni soggettive, che non deve essere scambiato per qualcosa che esista in una qualche realtà. Tutti i ‘diritti’ si prestano a essere ridotti alle modalità deontiche deducibili dal neustico di una norma giuridica. Ed a loro volta tutte le modalità deontiche sono riducibili in fin dei conti a un obbligo¹¹², cioè sono esprimibili nella forma di *standards* di valutazione che dirigono il comportamento umano sostenuto da ragioni *standard* per ottenere la conformità (sanzioni)¹¹³. Dire che Tizio ha un diritto è semplicemente un modo diverso per dire che vi è una norma che prevede che qualcuno ha un obbligo nei confronti di Tizio¹¹⁴.

Rispetto a quest’ultimo aspetto, lo stesso carattere della relazionalità di ogni modalità giuridica non ha un’evidenza immediata, sembra più un postulato che un assioma. E tuttavia mi sembra che esso corrisponda a un’intuizione profonda di alcuni studiosi e probabilmente dei giuristi in genere, quella che considera essenziale per la stessa pensabilità del diritto, di quei fatti istituzionali che costituiscono l’universo giuridico, il momento del processo, che è anzitutto il far valere una pretesa attraverso il riconoscimento e l’applicazione di regole da parte dei tribunali¹¹⁵. Se si adotta questa

esempio il rifiuto della categoria delle norme d’azione come rivolte direttamente soltanto alle autorità amministrative), si giunge a dovere ritenere che ad ogni vincolo normativo posto all’agire della pubblica amministrazione debba corrispondere una posizione di diritto in capo ai privati a favore dei quali il vincolo è previsto. È proprio per conseguire questo risultato che Ferrara sottopone ad una serrata critica la concezione del potere amministrativo come oggetto di un dovere irrelato. I vincoli normativi all’agire dell’amministrazione si traducono, pertanto, in altrettanti obblighi e, cioè, rapporti obbligatori, il cui lato attivo è costituito da un diritto di credito ad una prestazione di mezzi o strumentale costituente ‘bene della vita’ distinto dall’interesse al bene finale, che dipende dall’esercizio del potere amministrativo.

¹¹² Secondo A. ROSS, *On Law and Justice*, cit., 153, tutte le modalità deontiche possono essere «ridotte in termini di dovere; se si definisce questo termine, allora tutti risultano definiti».

¹¹³ J. RAZ, *The Concept of Legal System*, cit., 177, che riformula il concetto kelseniano di disposizioni di legge che impongono doveri. Sulla riducibilità ad una, più la negazione, delle modalità deontiche elementari v. anche B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 155-160.

¹¹⁴ N. BOBBIO, *Norma* (1980), in N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 199.

¹¹⁵ J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, cit., 255, che richiama la definizione di disposizione di legge fornita da John William Salmond secondo cui «ogni disposizione di legge, comunque emanata è riconosciuta e applicata dai tribunali; e nessuna regola è riconosciuta dai tribunali che non sia una regola giuridica» (v. P.J. FITZGERALD (a cura di), *Salmond on*

prospettiva diventa più naturale condividere, con Hohfeld e molti altri, che il punto di partenza logico sia costituito dall'obbligo e pertanto dal suo concetto correlativo, la pretesa. Il solo modo, cioè, per dare concretezza a proposizioni come 'Tizio è titolare di un diritto' è pensare al fatto che sarà possibile portare dinanzi a un giudice colui che in base a una norma è obbligato a fare qualcosa a favore di Tizio.

Fatte queste puntualizzazioni cercherò ora di analizzare la tipologia strutturale fondamentale della 'norma estesa' sull'attività vincolata. Mi pare che per fare questo sia opportuno considerare separatamente le due prospettive che normalmente la scienza giuridica individua per descrivere la posizione materiale di un cittadino nei confronti dell'amministrazione, quella dell'interesse pretensivo e quella dell'interesse oppositivo.

1.4.2. *Azione vincolata ed interessi pretensivi.* – Cominciando, dunque, dalle pretese nei confronti dell'amministrazione, nella selezione del materiale giuridico si deve anzitutto considerare, a mio avviso, l'art. 19, l. 241/1990, la cui disciplina si applica a ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il "cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale". Indicativo appare, soprattutto, il riferimento alla tecnica dell'accertamento (v. *infra*, § V.2.3.3), che consente di ritenere che quello di cui si parla nel citato art. 19 (mediante una definizione ed un'elencazione esemplificativa di nomina) e quello di cui si parla nell'art. 21-*octies*.2 della l. 241/1990 (mediante il sintagma "provvedimento vincolato") siano concetti coestensivi. Il 'provvedimento vincolato' è, infatti, secondo quanto comunemente inteso, quello il cui rilascio dipende esclusiva-

Jurisprudence. London, 1966, 41); E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983, 293-4: «affermare la processualità del diritto ... significa, dunque, non già affermare un primato evidentemente assurdo del diritto processuale sul diritto sostanziale, ma piuttosto riconoscere che il diritto è in funzione alla possibilità di controversie che debbono essere definite da un giudizio. La parola "possibilità" va evidentemente sottolineata perché fortunatamente non sempre vi è, tra i soggetti, una controversia e non sempre la controversie portano ad un giudizio. Se, infatti, controversia, processo e giudizio rappresentano nella loro attuazione una parentesi "patologica" nella vita sociale, non c'è dubbio che la loro "possibilità" esprime una situazione fisiologica che totalmente investe la vita del diritto imponendole quella nota della "processualità" che rende, come dicevamo, indissolubili diritto e processo». V. anche E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., 3 ss.

mente dall'accertamento positivo di determinati requisiti e presupposti di legge¹¹⁶.

Ebbene, tanto l'"atto di autorizzazione comunque denominato" quanto la dichiarazione che lo sostituisca, si pongono in relazione con una certa condotta o contegno che un soggetto intende tenere, che devono però rispondere secondo la legge¹¹⁷ a determinate condizioni affinché siano leciti. A queste condizioni sostanziali, che possono consistere in fatti istituzionali o in fatti naturali (a esempio, rispettivamente, avere frequentato un corso professionale per il commercio ed essere in possesso di locali aventi certe caratteristiche) si aggiunge una condizione formale: qualcuno deve garantire che la condotta sia in effetti conforme alle condizioni richieste. Il punto notevole è questo: tale 'farsi garante' è in base al diritto vigente indifferentemente (secondo una scelta rimessa al cittadino¹¹⁸ oggetto di un'azione che può essere posta in essere dal diretto interessato o da un funzionario pubblico. Tale azione, che consista nella dichiarazione del privato o nell'autorizzazione dell'autorità pubblica, si risolve in una verifica su fatti. Questi fatti possono essere più o meno semplici o più o meno complessi, ma al di là del loro statuto di fatti giuridicamente qualificati non sembra vi siano altre nozioni che dal punto di vista epistemico possano essere utili a classificarli in un modo o in un altro (v. *infra*, V.3.2). Fatto, vale a dire, è sia che un certo locale da adibire a esercizio commerciale abbia determinate caratteristiche tecniche sia che una determinata costruzione non deturpi un paesaggio

¹¹⁶ Sull'assimilazione tra provvedimenti vincolati e denuncia di inizio dell'attività, v. G. CORSO, *L'interpretazione della legge nel diritto amministrativo*, cit., 259-260, il quale ascrive alla stessa tendenza della eliminazione dell'intervento preventivo dell'amministrazione con l'atto del privato, la disciplina delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni. Tratta congiuntamente tali due discipline come ipotesi di sostituzione amministrativa anche M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004, 247 ss.

¹¹⁷ Qui e in seguito intesa come comprensiva di qualsiasi regola generale, quindi anche regolamenti ed atti amministrativi generali, ai quali ultimi fa espresso riferimento la disposizione.

¹¹⁸ Fatti salvi naturalmente i casi in cui il ricorso alla dichiarazione di inizio dell'attività è espressamente escluso per via della materia cui afferisce l'atto vincolato. A parte questo, non credo, invece, che siano fruttuosi i ragionamenti interpretativi che ritengono di poter stabilire, in base alle norme, in termini cogenti, se la dichiarazione di inizio dell'attività (DIA) costituisca facoltà od obbligo. A parte il fatto che nella legislazione in settori molto importanti si dice espressamente che la DIA è una facoltà, quello che realmente mi pare decisivo per escludere l'ipotesi della tassatività della DIA è che la classe delle attività assoggettate a DIA costituisce un insieme aperto in quanto identificato attraverso una definizione per *genus et differentiam* e non secondo un elenco di singole fattispecie sostanziali (come era nella primitiva versione dell'art. 19, l. 241/1990).

naturale. Il secondo è un fatto più complesso, perché è qualificato mediante termini vaghi che rinviano alla formulazione di apprezzamenti al momento attuale opinabili¹¹⁹. Il primo è un fatto più semplice da accertare perché vi sono norme che indicano accuratamente le caratteristiche tecniche dei locali commerciali¹²⁰.

In questi casi l'applicazione della metanorma sul 'farsi garante' sembra esaurirsi appunto nel prescrivere la suddetta verifica: comprendere e seguire la regola si risolve nell'accertare il possesso di un determinato requisito o l'esistenza di un determinato presupposto. È vero che vi possono essere dei casi in cui l'accertamento del fatto comprende l'applicazione di un ulteriore enunciato normativo. Si pensi all'ipotesi di un permesso di costruire sostituibile con denuncia di inizio dell'attività, ove se un certo 'volume' sia realizzabile o meno dipenda dall'applicazione delle disposizione regolamentare che definisce la c.d. superficie utile di un edificio. Il caso in questione potrebbe cadere nell'area di frangia della disposizione o potrebbe trattarsi di una disposizione particolarmente oscura. Qui si pone il problema dell'estensione della nozione di attività vincolata (che verrà affrontato più avanti *infra*, V.5), ma in generale anche in un caso del genere direi che si può ancora parlare di verifica su fatti una volta stabilito che la superficie utile deve essere 'così e così'.

Del resto, la prospettazione di quest'ultima ipotesi consente di osservare che, preliminarmente alla suddetta attività di verifica, è sempre necessario un giudizio sulla riconducibilità dell'atto di assenso previsto dalla legge tra quelli contemplati dall'art. 19 l. 241/1990, quindi, in effetti, tra le ipotesi di azione vincolata e questo è un giudizio opinabile. Come si vedrà (cap. VI) quest'ultimo è, peraltro, il primo e fondamentale accertamento che deve compiere il giudice ai sensi dell'art. 21-*octies*.2. Ma un tale giudizio è formulato implicitamente in senso positivo anche dal privato che si avvalga della dichiarazione di iniziare l'attività. Nel precedente esempio, il fatto

¹¹⁹ Come si vedrà nel quinto capitolo (§ 3.2) il problema del possibile collegamento tra vaghezza normativa e complessità del fatto potrebbe effettivamente incidere sulla qualificazione della fattispecie sostanziale. Ma è rilevante notare come nell'ultima versione della disposizione sia stato soppresso l'inciso che poneva l'ulteriore condizione dell'assenza di esperimento di prove che comportino valutazioni tecnico-discrezionali. Il che fa pensare che anche in caso di accertamenti complessi (apprezzamenti) il privato possa fare oggi ricorso dalla DIA.

¹²⁰ Se peraltro vi fossero delle disposizioni (ad esempio nei piani paesaggistici) che disponessero con la stessa accuratezza quali tipi di costruzioni non deturpano un determinato paesaggio le due ipotesi si avvicinerebbero notevolmente.

stesso di presentare la dichiarazione di inizio dell'attività per realizzare un edificio avente determinati volume e superficie utile, implica sia che l'interessato abbia stabilito che la superficie utile debba essere 'così e così', sia che tale giudizio interpretativo sia compatibile con la nozione di attività vincolata.

Quello che può dirsi con certezza, pertanto, è che tra le condizioni per il lecito svolgimento dell'attività vi è un requisito formale, oggetto di una metanorma, consistente nella dichiarazione (basata sulla verifica che qualcuno abbia effettuato) che sussistono determinati presupposti richiesti dal diritto. Questo requisito formale si appoggia, tuttavia, altrettanto evidentemente, su un requisito sostanziale, cioè sulla esistenza di certi fatti, esso cioè ha la funzione di asserire come vero un determinato stato di cose. È il caso di concentrare ancora l'attenzione su quest'ultimo punto, ossia sul rapporto tra tale stato di cose e la condotta del privato, indipendentemente dal requisito formale che attesti come veri quei fatti.

Le autorizzazioni (come prototipo della suddetta famiglia di 'atti di consenso') vengono in genere descritte come fattispecie che assegnano a un'autorità pubblica il potere di rimuovere un vincolo all'esercizio di un diritto di un privato, ma, in parole più schiette, di rimuovere un divieto¹²¹. Questo modo di presentare le cose presuppone dunque che l'attività del privato sia vietata se non è costituito un effetto, attraverso l'atto dell'autorità, che rimuove il divieto. Questo resoconto, tuttavia, non sembra accurato se guardiamo a quello che accade nella dichiarazione di inizio dell'attività che come visto ha a oggetto le stesse fattispecie autorizzatorie, ove è più naturale considerare le disposizioni conformative dell'attività dei singoli come obblighi da rispettare piuttosto che come divieti da rimuovere.

Tornando del resto alla premessa secondo cui ogni modalità deontica può essere ridotta a un obbligo, per descrivere la posizione del privato nei termini più comprensivi possibili si potrebbe dire che le fattispecie-tipo in

¹²¹ V. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2004, 162-163, secondo cui lo "schema d'azione" dell'autorizzazione presuppone un divieto posto dalla legge di svolgere una certa attività, che può essere rimosso dall'autorizzazione. Questo A. rinviene nelle disposizioni costituzionali che vietano al legislatore di prevedere atti autorizzatori per l'esercizio di certi diritti (es. diritto di associazione) la conferma indiretta che l'esercizio di un diritto può essere normalmente sottoposto ad autorizzazione, come riteneva già Oreste Ranalletti. La letteratura in materia è molto vasta. Molte indicazioni ed i fondamentali termini del dibattito comunque in v. F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, parte generale, t. II, 1151-1165.

questione indichino cosa debba fare qualcuno se vuole che il proprio agire in una sfera altrimenti libera (o meglio oggetto di una posizione di diritto/libertà, v. *infra*) risponda tuttavia a determinati requisiti previsti dal diritto e sia quindi considerata lecita. In questo caso il privato, in altre parole, ha il dovere di conformare la propria condotta a tali condizioni.

Porre l'accento sul divieto mi sembra, invece, frutto del modo di vedere consueto che si pone dal solo punto di vista del potere dell'amministrazione e presuppone che la fattispecie di riferimento non abbia a che fare con le modalità della tetrade deontica, ma con quelle della tetrade anankastica. In altre parole considera la posizione del privato come tutta risolvibile nella relazione potere-soggezione. Qui basti ricordare che siamo partiti dal presupposto che il 'potere' dell'amministrazione in questi casi non è un genuino potere (potere-PL) e che pertanto lo stesso deve essere necessariamente posto in relazione con preesistenti norme di condotta e cioè con modalità della tetrade deontica.

L'accorgimento di allargare lo sguardo a un più ampio aggregato normativo serve proprio a fuoriuscire da tali strettoie. Si pensi alla disposizione che prevede che le strutture sanitarie pubbliche o private debbano possedere determinati requisiti minimi, strutturali, tecnologici e organizzativi, fissati con atto di indirizzo e coordinamento (art. 8-*bis* D.lgs. 502/1992) per essere autorizzate ("accreditate") a svolgere la loro attività. Non vi è nulla di errato nel dire che alle strutture che non hanno questi requisiti è vietato svolgere attività sanitaria. Ma si tratta di un modo di esprimersi che pone l'accento soltanto sul lato negativo della vicenda, al quale appartiene tutto ciò che non è e non ha alcuna intenzione di essere una struttura sanitaria, a esempio una società di brokeraggio. Il presupposto operativo della disposizione (e di tutte quelle di questo tipo che presuppongono un interesse pretensivo) è invece che vi sia qualcuno che intende essere ed operare come struttura sanitaria e che (perlomeno negli ordinamenti occidentali contemporanei) è libero di farlo.

Si può anche concedere che è questione di opzioni se porre più l'accento sull'asse divieto/potere amministrativo che lo rimuove o sull'asse libertà/regola di condotta che ne condiziona l'esercizio. Mettersi dal punto di vista del secondo asse, però, può forse risultare più attraente se si allarga lo sguardo alle parti apicali dell'ordinamento, in particolare alla Costituzione. In questo caso si può dire che la facoltà per un soggetto (S) di intraprendere una certa iniziativa è anzitutto oggetto di una sua libertà costituzionalmente riconosciuta¹²². A

¹²² Naturalmente si può ulteriormente allargare lo sguardo alle norme europee, ove i diritti di libertà sembrano ulteriormente garantiti.

questo stadio astratto, tale libertà, in senso hohfeldiano, può essere intesa come privilegio o permesso di S cui corrisponde la non-pretesa di un qualunque altro soggetto dell'ordinamento¹²³. Beninteso quando la libertà si cala nei concreti rapporti sociali il suo esercizio può incontrare una serie di limitazioni nei doveri di non entrare in contrasto con determinati altri interessi e di non recare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana, rispetto a cui la legge può prevedere determinati obblighi di condotta. In questi casi S, ai sensi dell'art. 41 Cost., è, pertanto, sì libero di fare x (fornire a esempio un servizio a pagamento), ma è tenuto secondo una legge, in uno specifico caso di esercizio concreto della propria libertà, a fare anche y (seguire a esempio un corso professionalizzante). Sono disposizioni-D, come illustrato nel primo capitolo, quelle regole che rendono il comportamento descritto come non opzionale in relazione a un certo stato di cose. Se lo stato di cose è 'avviare una struttura sanitaria', il comportamento obbligatorio è entrare in possesso di determinati requisiti stabiliti dalla legge.

Per meglio intendere il senso complessivo della vicenda, al di là dei tecnicismi resi necessari dalla necessità di utilizzare gli strumenti propri del discorso giuridico¹²⁴, si può ripartire dalla considerazione secondo cui il diritto può anche limitarsi a prevedere doveri di condotta non tradotti in obblighi specifici ed in questo senso assoluti. Si tratta dei casi in cui l'ordinamento si rimette in prima battuta alla *self-direction* dei singoli. Si pensi alla regola, presente in molti ordinamenti, che in genere è descritta dalla seguente proposizione normativa: "è obbligatorio che il conducente di un'automobile ed i passeggeri allaccino le cinture di sicurezza" (che può anche essere resa con "è vietato circolare in automobile senza aver allacciato le cinture di sicurezza"). Il profilo strutturale della norma non muterebbe se questa prevedesse l'ulteriore condizione secondo cui occorresse ottenere l'autorizza-

¹²³ Per alcune interessanti osservazioni sulla correlazione libertà~non pretesa e sulla distinzione tra libertà e permesso, v. A. ROSS, *On Law and Justice*, cit., 154-156. Ma ai fini del discorso che si portando avanti è indifferente considerare questa posizione come irrelata. Sulla tesi della eventuale necessaria corrispondenza tra diritti o libertà di agire e doveri di altri soggetti (articolabile in almeno sei varianti) v. F. POGGI, *Diritti d'agire, permessi e garanzie*, in *Analisi e diritto 2002-2003*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, 241 ss. La tesi della necessaria corrispondenza tra diritti e doveri è stata avversata dagli esponenti della c.d. concezione dinamica dei diritti (v. J. WALDRON, *Liberal Rights*, cit., 1-34).

¹²⁴ Sofisticati ragionamenti giustificativi, di cui è spesso difficile trovare punti deboli se si tengono ferme certe premesse, sono impiegati per giungere a soluzioni opposte a quelle qui caldegiate, come ad esempio quelli che si basano sulla presunta esistenza di entità come gli effetti costitutivi e gli effetti dichiarativi di un atto.

zione a circolare da un funzionario a seguito di verifica di avere effettivamente allacciato le cinture di sicurezza.

Sottile è, pertanto, la differenza tra queste ipotesi e quelle oggi 'liberalizzate' attraverso la dichiarazione di inizio dell'attività, nelle quali come di più rispetto alla tecnica della *self-direction* vi è un requisito formale (v. *supra*) che doppia, per così dire, il requisito sostanziale consistente nella conformità della condotta alla disposizione-D. A seconda di come si consideri la dichiarazione del privato queste ipotesi si prestano a essere considerate più vicine alla tecnica della *self-direction* o più vicine alla tecnica dell'accertamento preventivo. In realtà hanno semplicemente un po' dell'una e un po' dell'altra.

Da una parte si affidano alla comprensione delle regole da parte dei privati, dall'altra parte però richiedono che questa comprensione sia 'attiva' e cioè che il seguire le regole non sia di tipo irriflesso ma costituisca oggetto di un consapevole impegno, costituendo anche un elemento di garanzia per la collettività, che in questo senso assomiglia a una funzione pubblica. Oltre questo, però, non mi pare necessario andare e quindi credo sia scarsamente utile domandarsi se il privato dichiarante stia sostituendosi a un'autorità o ponendo in essere un'azione propria e soprattutto ancor meno interessante porre la questione in termini di cura dell'interesse pubblico¹²⁵. Per ragioni di semplicità propenderei per la seconda alternativa, ma anche accogliendo la prima non mi pare che ne muti il quadro complessivo della norma estesa sull'attività amministrativa vincolata.

Quello che può dirsi è che le tre tecniche individuate (la semplice attuazione spontanea¹²⁶; la dichiarazione di inizio attività; l'accertamento preventivo) si pongono lungo una stessa direttrice logica che ha pur sempre alla base il medesimo schema di ragionamento pratico, che è in breve il seguente: se si verifica lo stato di cose x [vale a dire il soggetto (S) intende svolgere

¹²⁵ Ad esempio affermando che il privato svolgerebbe una valutazione di compatibilità tra l'interesse privato e quello pubblico che potrebbe essere messo in pericolo dallo svolgimento dell'attività (G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, 1991, 127. Qui il solo 'interesse pubblico' è seguire le regole. Su tutta questa discussione, con ampi riferimenti bibliografici ed il resoconto delle varie posizioni, v. comunque M. BOMBARDELLI, *La sostituzione ...*, cit., 250-265; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, 189 ss.

¹²⁶ Nella quale come si è detto si tende a ritenere che il rapporto giuridico sorga soltanto al momento della violazione, concretizzandosi il presupposto per la 'pretesa punitiva' dello Stato.

l'attività (a)], allora è obbligatorio che S faccia y, ma nel caso c si verifica x, dunque S deve fare y¹²⁷.

Quando la tecnica normativa è quella dell'accertamento preventivo (autorizzazione) si potrebbe descrivere questa situazione dal lato del privato come la trasformazione del dovere irrelato di condotta in obbligo di tenere quella stessa condotta come correlativo di una pretesa di un'autorità amministrativa. Si tratta in questo caso di un uso delle categorie obbligo-pretesa di tipo classificatorio e stipulativo¹²⁸ e tuttavia sembra in grado di fornire una descrizione plausibile della vicenda.

In questo caso l'amministrazione può essere considerata titolare di una pretesa in quanto 'sostituto' della comunità nel suo complesso ovvero, usando l'immagine impiegata da Guido Corso¹²⁹, da un agente che ha nella collettività il suo principale. Questo elemento sul piano delle spiegazioni di ordine politico-costituzionale giustifica il fatto che tale pretesa sia garantita da prerogative in parte esorbitanti (nei limiti in cui si preciserà subito appresso), ma non certo sconosciute anche in casi in cui l'agente non sia un'autorità amministrativa.

I rapporti giuridici sono peraltro, il più delle volte, complessi, non si risolvono nella correlazione di una singola posizione elementare, ma si presentano come un fascio di posizioni variamente collegate e reciprocamente interconnesse¹³⁰. Così, contenuto di una pretesa possono essere a loro volta altre posizioni elementari come poteri, immunità, e così via a loro volta ulteriormente qualificabili dal punto di vista di soggetti diversi dal titolare della pretesa. Ad esempio, la pretesa del creditore è assistita dal potere di far vendere all'asta la cosa del debitore inadempiente cui quest'ultimo è assoggettato. Nel caso di una pretesa a tenere un comportamento, il titolare della pretesa può essere del pari munito di vari poteri.

Individuare nel suddetto fenomeno di previsioni di limiti alle libertà di agire una pretesa di cui è titolare un'autorità, consente di meglio individuare il discrimine tra la tecnica normativa fondata sull'indicare doveri previsti in

¹²⁷ V. M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Sulle regole che conferiscono poteri*, cit., 77. Si tratta evidentemente dello schema di ragionamento pratico sotteso alla tecnica del fp-2.1. Giova qui ricordare che, come osservato nel primo capitolo, le disposizioni-D – non dirette a funzionari – sembrano presupporre necessariamente il collegamento con una disposizione-S (v. *infra*, nel testo).

¹²⁸ Cioè non legato strettamente alla concezione statica delle modalità giuridiche ma che adotta un punto di vista giustificativo o dinamico, v. § prec.

¹²⁹ G. CORSO, *Attività amministrativa*, Torino, 1999, 3-10.

¹³⁰ P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 51.

funzione di interessi pubblici rimessi all'attuazione spontanea dei singoli (*self-direction*), e la tecnica che vi aggiunge una fase di controllo che si interpone tra la regola ed il seguire la regola da parte dei suoi destinatari. In questo modo i 'poteri' che risultano affidati all'autorità non sono tratti dal nulla ma si giustificano proprio e soltanto perché legati a una specifica pretesa. La differenza (specialità) di questi poteri rispetto a quelli a esempio riconosciuti a chi sia titolare di una pretesa creditoria non sta peraltro nella soggezione del privato (che è ipotesi normale in correlazione a un potere¹³¹ ma nel fatto che i primi rispondono a uno schema in senso lato *Gestaltungsrechte* piuttosto che *Gestaltungsklagerechte*¹³². La pretesa dell'amministrazione si concretizza cioè normalmente in (1) un potere di verifica in sede non giurisdizionale (autorizzazione e figure simili) ed in (2) un potere di reazione (sanzioni) all'inosservanza degli obblighi di condotta.

Tale pretesa, ed i relativi poteri, non sono evidentemente che istanziazioni in regole giuridiche di giustificazioni poste a un livello assai elevato per il diritto in quanto tecnica sociale, quale la giustificazione secondo cui le regole di condotta di un ordinamento debbano avere un apprezzabile grado di efficacia, siano, cioè, mediamente seguite. In altre parole si può immaginare sullo sfondo una pretesa in senso atecnico della comunità a che le regole siano il più possibile seguite. E tuttavia la pretesa dell'amministrazione in cui si istanzia tale giustificazione, che si concretizza negli atti emanati in applicazione di (1) e (2), costituisce pur sempre una deroga all'attuazione spontanea del diritto obbiettivo. La stessa specialità che caratterizza i relativi poteri deve quindi essere necessariamente intesa in questo contesto. La funzione di tali poteri (che come si vedrà nel capitolo quinto sono meglio definibili in termini di attività di accertamento autonomo dell'amministrazione) per le ragioni ora esposte si riassume nel loro carattere semplicemente cautelativo ma mai sostitutivo dell'accertamento giurisdizionale, che in quanto successivo ed eventuale non costituisce deroga all'attuazione spontanea del

¹³¹ Anche questo è un punto che sembra metabolizzato in una parte almeno della scienza giuridica. V. comunque M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 154 ss.

¹³² Su cui v. M. CLARICH, *Giudicato ...*, cit., 165 ss., il quale utilizza la distinzione tra i due modi di operare del diritto potestativo – nell'un caso è richiesta la sola manifestazione di volontà dell'interessato per la produzione dell'effetto, nell'altro caso a questa si aggiunge l'accertamento giudiziale dell'avveramento della fattispecie – per costruire un parallelismo tra il potere dell'amministrazione come diritto potestativo *Gestaltungsrechte*, che si esercita a mezzo del procedimento, ed il processo in cui il potere di promuovere il giudizio si configura come diritto potestativo *Gestaltungsklagerechte*.

diritto. Questo è il motivo per cui tali poteri possono essere considerati in un certo senso 'provvisori' se raffrontati con l'accertamento compiuto da un organo giurisdizionale. La giustificazione plausibile della suddetta deroga, dunque, non ha nulla a che vedere con nozioni ideologiche come quelle di potere amministrativo imperativo, supremazia, ecc. Non si può dimenticare, in breve, che attraverso l'allargamento di prospettiva qui operato, la 'pretesa' dell'amministrazione riguarda pur sempre l'esigenza che i singoli conformino il proprio agire a quanto la comunità richiede loro: ogni altra questione non può che essere rispetto a questa secondaria.

Non mi pare che richieda correzioni del modello il fatto che nella (1) il potere dell'autorità (e quindi l'esercizio concreto della sua pretesa) sia attivato dalla domanda dell'interessato. Tale domanda si pone a sua volta al centro della complessa vicenda, soprattutto perché, come ha osservato Leonardo Ferrara, essa in pratica contiene l'affermazione da parte dell'interessato della sussistenza delle condizioni previste dal diritto per lo svolgimento dell'attività che si intende intraprendere ed anche della volontà di intraprenderla¹³³. Tale domanda, oltre a rappresentare il necessario atto d'impulso della fattispecie, può costituire a sua volta, se vista nella rete di concrete relazioni che si va costruendo, un obbligo accessorio all'obbligo di tenere una certa condotta qualora l'ordinamento sanzioni come tale lo svolgimento dell'attività in assenza dell'autorizzazione amministrativa.

Naturalmente non è finita qui. La complessità della vicenda si manifesta ulteriormente nel fatto che alla pretesa (p_1) dell'amministrazione (O) nei confronti del soggetto (S), si può ben dire che l'ordinamento faccia corrispondere una pretesa (p_2) di S nei confronti di O, il cui contenuto ha per oggetto l'ottenimento di una risposta di O a sua volta soddisfattiva del proprio interesse¹³⁴. Il medesimo atto da emanarsi in applicazione di (1) può essere

¹³³ Dal che l'autore ricava la tesi che a tale domanda andrebbero ricollegati gli effetti costitutivi della fattispecie. In particolare la richiesta costituirebbe atto di esercizio di un potere (diritto potestativo) sull'*an* avente ad oggetto il 'mutamento' costituito dalla nascita della facoltà di esercitare una determinata attività privata; «tale diritto si eserciterebbe, inoltre, attraverso una manifestazione di volontà dell'interessato direttamente costitutiva dell'anzidetta facoltà, seppure la fattispecie normativa non risulterebbe integrata in tutti i suoi elementi senza l'accertamento della pubblica amministrazione» (L. FERRARA, *Diritti soggettivi ...*, cit., 82). Rimane, comunque, ferma anche in questa concezione l'idea della sostituibilità di tale accertamento con la sentenza del giudice (p. 87 ss.). Vale la pena notare l'analogia tra le proprietà strutturali della domanda di autorizzazione e le proprietà strutturali della dichiarazione di inizio dell'attività, sfruttando la quale Ferrara costruisce unitariamente quelli che egli chiama i diritti soggettivi ad accertamento amministrativo.

¹³⁴ Da richiamare sono anzitutto l'art. 2 l. 241/1990 e l'art. 21 *bis* l. TAR. Che la pronun-

visto, cioè, allo stesso tempo, come oggetto di una pretesa di S nei confronti di O e conseguenza di una pretesa di O nei confronti di S, a ciascuna delle quali corrisponde il correlativo obbligo¹³⁵. Il fatto che la pretesa di S si

cia dell'amministrazione sia il contenuto di un vero e proprio obbligo era già sostenuto da F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 111. È evidente che, al di là dell'aspetto processuale, nel momento in cui un privato inoltra ad esempio una domanda di autorizzazione, l'obbligo di provvedere dell'amministrazione è necessariamente esteso al merito della domanda e la pretesa del privato non è relativa soltanto ad ottenere una risposta in termini brevi ma anche ad ottenere una risposta positiva (per dire diversamente occorre abbracciare l'idea dei doveri irrelati sopra criticata). Che poi questa pretesa sostanziale non si potesse far valere direttamente in giudizio (salvo eccezioni: come quella della regola giurisprudenziale sul silenzio-rifiuto avente ad oggetto atti vincolati operante prima dell'introduzione del rito speciale sul silenzio) costituisce una delle stranezze del nostro sistema processuale. Sul disagio che si avverte quando si nota la divergenza estensionale tra quello che si richiede all'amministrazione e quello che si potrebbe poi richiedere, in ordine allo stesso oggetto, al giudice, v. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ...*, cit., 89. Sul fatto, comunque, che oggi si deve ritenere pienamente ammesso un giudizio avente direttamente ad oggetto la fondatezza di tale pretesa v. cap. VI.

Oltre che nelle disposizioni citate, peraltro, l'individuazione di una pretesa a favore del cittadino deriva dalla stessa basilare considerazione secondo cui si è pur sempre in presenza di casi in cui l'ordinamento introduce una deroga all'osservanza spontanea del diritto, fermo restando che l'osservanza del diritto costituisce la giustificazione istanziata nel potere di accertamento dell'amministrazione. Ebbene, come è possibile dire che quando il cittadino 'pretende' di osservare determinate regole di condotta l'amministrazione non abbia l'obbligo di acconsentirvi?

¹³⁵ Contestualizzando nel sistema italiano delle obbligazioni, la pretesa p_2 di S, si può osservare che fonte dell'obbligo di O, non è un contratto o un fatto illecito, ma un altro atto o fatto previsto come tale dalla legge (art. 1173, in combinazione con l'art. 2 l. 241/1990). D'altronde mi pare non vi siano difficoltà a considerare tali obblighi riconducibili alla clausola generale dell'art. 1173 c.c., considerato che essa fa riferimento ad atti e fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico e non al codice od alle "leggi civili". Diversamente da quanto ritiene L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 2005, 97. Mi sembra ben possibile che oggetto del diritto di credito siano beni giuridici immateriali (come un atto amministrativo), essendo comunque soddisfatto il requisito del "carattere patrimoniale" della prestazione che ai sensi dell'art. 1174 corrisponde ad un interesse anche non patrimoniale del creditore purché economicamente apprezzabile. Lo stesso ordine di problemi si pone ad esempio con riferimento agli obblighi di emanare certi provvedimenti discendenti in quanto prestazioni contrattuali dedotte nei cosiddetti accordi sul contenuto del provvedimento tra amministrazioni e privati oppure negli accordi di programma tra amministrazioni.

Naturalmente tale riconduzione non può essere intesa come vera e propria assimilazione, ma come appartenenza ad un *genus* comune a quella delle obbligazioni di carattere civilistico, da cui trarre – utilizzando il criterio della compatibilità richiamato ad esempio nell'art. 11 della l. 241/1990 – elementi di interpretazione analogica o sistematica. Si pensi ad esempio alla disposizione sul tempo dell'adempimento di cui all'art. 1183. È evidente che agli atti

estenda necessariamente all'emanazione dell'atto ed al suo contenuto e che quindi correlativamente l'autorità sia obbligata a emanare un atto con un determinato contenuto, potrebbe sembrare in contraddizione con il fatto che tale atto è anche esercizio di un potere di O cui S si assoggetta. Ma si tratta di una contraddizione apparente se si considera, per un verso, che tale 'potere' è strettamente accessorio alla pretesa di O che S faccia y, ma per S y è un obbligo di cui, tra l'altro, con la domanda S afferma l'avvenuto adempimento. Per altro verso, la soggezione a tale potere non riguarda né la sua emanazione né il suo contenuto, ma soltanto il fatto di rendere l'attività oggetto dell'iniziativa priva di un requisito per il suo lecito svolgimento.

La qualificazione di tali situazioni-atto – tipiche dell'autorità amministrativa che agisce non in veste di titolare di un potere-PL – come poteri-PR designa in questo specifico contesto il fatto che questi non pongono alcun precetto ma costituiscono contemporaneamente svolgimento di una pretesa – la quale per essere tale non può che essere determinata nel suo contenuto – ed oggetto di un obbligo sorgenti da norme preesistenti e rispetto alle quali tali poteri si pongono, appunto, in una relazione regolativa.

Così come la pretesa di O verso S è strumentale e provvisoria, anche la pretesa di S verso O è strumentale e provvisoria. Ciò significa che essa non è davvero essenziale all'ottenimento del risultato, consistente nel lecito svolgimento dell'attività. È quasi banale osservare, cioè, che nessuno degli atti in questione è condizione di pensabilità dello svolgimento di un'attività conforme al diritto. Questa è la semplice ed evidente ragione della loro 'sostituibilità' (o meglio della possibilità di promuovere un nuovo e 'definitivo' accertamento) a opera di un'autorità giudiziaria¹³⁶. Considerando, quindi, per un attimo il versante processuale, e ponendosi in una prospettiva che non sia quella del mero giudizio sull'atto ma della tutela di un assetto di interessi, sebbene spesso si dica che il giudizio che promuove S quando non ottenga risposta oppure ottenga una risposta negativa ha a oggetto la pretesa p₂, l'accertamento giudiziale promosso da S riguarda propriamente la pretesa p₁, in combinazione con la fondamentale 'posizione sostanziale' di

amministrativi si applica la specifica disposizione di cui all'art. 2 della l. 241/1990, e quindi ove non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore non può esigerla immediatamente, essendovi il termine legale di novanta giorni. Quanto però al modo di computare tale termine, si dovrebbe ritenere applicabile l'art. 1187 c.c. che rinvia all'art. 2963 c.c. ed aggiunge che il termine che scade in giorno festivo è prorogato al primo giorno non festivo successivo.

¹³⁶ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ...*, cit., 99; P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 34 ss.

libertà o permesso (*privilege* nel lessico di Hohfeld): anche se questo può sembrare paradossale la domanda cui il processo dovrebbe dare risposta è, infatti, se è stato adempiuto da S l'obbligo y oppure no e su questo l'atto amministrativo non ha nulla da dire¹³⁷. Come osservato in uno studio dedicato a una cerchia ristretta di atti vincolati (quelli dichiarativi), in questi casi la controversia non investe l'illegittimità dell'atto, ma la ricostruzione del fatto sottostante¹³⁸.

Richiamando la suddetta formula relativa allo schema di ragionamento pratico che caratterizza le norme di condotta, l'autorità amministrativa (così come il privato nel caso della DIA) si limita a una verifica del rapporto esistente tra a ed y¹³⁹. Occorre a questo proposito precisare che l'atto mediante il quale tale verifica si svolge ha, soltanto, come 'effetto normativo secondario' quello di neutralizzare i poteri sanzionatori previsti in caso di violazione dell'obbligo y¹⁴⁰. Come esporrò meglio tra breve (§ 1.4.3), e come era implicito nella descrizione prima offerta della pretesa p₁, un punto interessante da mettere in rilievo è che esiste in tali ipotesi una stretta affinità tra gli atti di accertamento e quelli sanzionatorio-rispristinatori, entrambi immaginabili come costituenti una sorta di *continuum* avente a oggetto l'esazione, preventiva o successiva, di uno stesso obbligo.

In breve, concepire nelle ipotesi in esame l'atto dell'amministrazione come potere di costituire gli effetti realizzando l'assetto degli interessi prefigurato¹⁴¹, distoglie l'attenzione dalla circostanza che tale potere non incide sull'estensione dei termini che definiscono l'obbligo di condotta sebbene il suo contenuto non possa essere altro che la mera puntualizzazione di tale obbligo di condotta¹⁴².

¹³⁷ Come si vedrà nel capitolo seguente questa idea trova oggi conferma nell'art. 21-*octies*.2, L. 241/1990 ed in altre disposizioni recenti.

¹³⁸ P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Milano, 1996, 262.

¹³⁹ Questo mi pare differenzi il modello in esame (il cui valore si ricorda è meramente esplicativo) da quello proposto da L. FERRARA, *Diritti soggettivi ...*, cit., 82, in cui l'accertamento dell'amministrazione è all'interno del meccanismo di produzione degli effetti, integrando la domanda dell'interessato.

¹⁴⁰ Com'è evidente si tratta di una semplice riformulazione della tesi di A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Digesto-Discipline Pubblicistiche*, II, Torino, 1987, 72.

¹⁴¹ Alludo, evidentemente, alla nota obiezione di F.G. COCA, *La teoria del provvedimento ...*, cit., 33.

¹⁴² Come osserverò in III.4 il contenuto di senso dell'atto vincolato è la reiterazione del comando legislativo, mentre tanto il c.d. 'controllo preventivo', quanto gli effetti normativi

Oltre questo, inoltre, non vi sono in senso proprio altri ‘effetti dell’atto’¹⁴³. Anche quegli effetti che realizzano finalità accessorie rispetto alle relazioni giuridiche di base non solo non entrano nel ciclo della produzione normativa, ma neanche incidono in alcun modo sull’assetto degli interessi, in particolare realizzandolo. Mi riferisco nel dettaglio a ciò che poc’anzi ho definito effetto normativo secondario dell’atto vincolato, riprendendo un’espressione di Carlos Alchourron ed Emil Bulygin, che la impiegano per indicare quegli effetti derivanti da certe “decisioni dichiarative” non aventi però la funzione di porre norme¹⁴⁴. Tali cosiddetti effetti normativi secondari a mio avviso non sono altro che ulteriori norme che divengono applicabili a un caso in coincidenza con la decisione dichiarativa che accerta la fattispecie concreta, decisione concreta che rispetto a tali effetti normativi secondari ha, pertanto, la rilevanza di un fatto e non di un atto¹⁴⁵.

Onde non appesantire ulteriormente in questo momento l’esposizione, rinvio al capitolo successivo alcune ulteriori considerazioni in punto di validità/invalidità degli atti vincolati che sembrano derivare pianamente da quanto ora osservato.

1.4.3. *Azione vincolata e interessi oppositivi*. – Passando ora sinteticamente agli interessi oppositivi (ossia quelli dei soggetti direttamente incisi da atti sfavorevoli: ordini, ablazioni, sanzioni, decadenze, ecc.)¹⁴⁶, e prendendo a

secondari (v. a seguire nel testo) non sono propriamente ‘effetti’ dell’atto.

¹⁴³ L’uso delle virgolette vuole evocare quanto osservato in precedenza al § 1.3.

¹⁴⁴ C.E. ALCHOURRON, E. BULYGIN, *Normative System*, New York, 1971, 149-50.

¹⁴⁵ Anche in questo caso il riferimento è alla acuta critica di F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento* ..., cit., 34-35, nota 77, secondo il quale anche se si aderisse alla tesi di Orsi Battaglini per cui l’autorizzazione ricognitiva attiene allo svolgimento dell’attività materiale e riguarda quindi soltanto la liceità/illiceità dell’esercizio dell’attività e non il diritto a svolgerla, ciò implicherebbe comunque che l’autorizzazione avrebbe un effetto costitutivo (del lecito esercizio dell’attività). L’argomento forte utilizzato da Scoca attiene proprio alla mancata distinzione, nella tesi di Orsi Battaglini, tra carattere ricognitivo dell’atto e carattere costitutivo dell’effetto, distinzione su cui tornerò nel quinto capitolo (V.2.3.1) proponendone l’accantonamento.

¹⁴⁶ Interessi oppositivi sono, nell’ambito del diritto amministrativo, anche quelli dei soggetti cui sia riconosciuta la titolarità di una situazione giuridica di vantaggio nei confronti dell’attività amministrativa avente per oggetto gli atti di assenso comunque denominati da cui discendono interessi pretensivi. Ma di questo tipo particolare di interesse oppositivo mi occuperò, in ordine ad alcuni limitati profili processuali soltanto nel capitolo sesto.

base dell'analisi il caso delle sanzioni ¹⁴⁷ – sia per la loro indubbia rilevanza quantitativa sia perché ben si prestano a rappresentare il modello di interesse oppositivo nei confronti di atti vincolati – in molti casi il loro punto di emergenza si situa lungo quel *continuum* prima segnalato relativo a una determinata disposizione-D ¹⁴⁸.

Si tratta di tutti i casi in cui secondo una scelta politica la disposizione-S è di carattere amministrativo, ciò che molto spesso completa un disegno che prevede anche una fase di accertamento amministrativo preventivo ¹⁴⁹. In tale ipotesi ciò che cambia è soltanto il punto di vista rispetto al caso in cui siano presi in considerazione interessi pretensivi. Cosicché la sanzione può essere concepita come parte di una norma estesa che regola compiutamente la condotta sia del cittadino sia del funzionario ¹⁵⁰. Questo accade, come

¹⁴⁷ Qui intese in senso ampio come comprensive di «ogni forma di reazione da parte della Pubblica Amministrazione alla violazione di un precetto» (P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 3). In questa sede non è necessario, infatti, soffermarsi sulle diverse tipologie di sanzioni (pecuniarie, interdittive, ecc.) né sulle diverse nozioni accolte dalla scienza giuridica (su cui v. comunque A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, cap. I). Sulla critica alla nozione ampia di sanzione amministrativa, v. comunque C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, 350-1.

¹⁴⁸ Ovviamente prendendo in esame tipologie di atti diverse dalle sanzioni, occorrerebbe introdurre nell'analisi le modifiche opportune. La categoria di atti sfavorevoli più ampia, insieme a quella delle sanzioni amministrative, è quella degli atti ablatori (cui peraltro in alcune ampie accezioni le prime vengono ricondotte: C.E. PALIERO, A. TRAVI, *op. cit.*, 350), che comprende atti ablatori personali e reali. Quando si possa escludere la presenza di discrezionalità, ma questa sembra un'evenienza infrequente, anche in tali casi si può considerare l'atto amministrativo come svolgimento di un potere costituente il contenuto di un pretesa dell'autorità cui corrisponde un obbligo di comportamento, che in tal caso coincide con la soggezione al potere, di un soggetto al verificarsi di un certo stato di cose non provocato dal soggetto stesso. In questo caso, tuttavia, non vi sono obblighi di astensione o pretese preesistenti del soggetto privato. Per sottrarsi alle conseguenze dell'esercizio del potere il privato potrà solo cercare di dimostrare l'insussistenza di tale stato di cose, giacché in tali circostanze la relazione tra le modalità giuridiche sarebbe descrivibile dalla coppia immunità-incapacità.

¹⁴⁹ Mi pare che rientri nell'ordine di idee esposte nel testo quello che G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988, 194 ss., definisce “manifestazione prima” e “manifestazione seconda” della stessa competenza di “amministrazione attiva”.

¹⁵⁰ Il fatto che tale potere sanzionatorio non sia una sorta di monade, isolata, ma che faccia parte di un quadro di strumenti «offerti all'amministrazione per il perseguimento della propria azione specifica», è uno dei risultati dell'indagine di A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 243, ma non mi pare che questo giustifichi l'affermazione che quindi si tratterebbe di un potere di “amministrazione attiva” (così F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e at-*

visto al paragrafo precedente, tutte le volte in cui oggetto di sanzione sia il comportamento che non si conformi a obblighi relativi all'esercizio di una libertà, formulati secondo la tecnica che prevede il ricorso a un accertamento preventivo.

Gli schemi normativi possono essere naturalmente molto diversificati e quindi contemplare altresì sia sanzioni semplicemente relative alla violazione di doveri di condotta (a esempio le contravvenzioni al codice della strada) sia sanzioni che si aggiungono, onde rinforzarli, a precisi rapporti pretesa-obbligo (si pensi alle obbligazioni tributarie¹⁵¹).

Anche in questi casi, peraltro, la 'reazione' dell'ordinamento è vincolata alla verifica di determinati presupposti per l'irrogazione di una misura sfavorevole al destinatario e ciò che assume rilievo è soprattutto l'accertamento di fatti descritti nell'antecedente della norma¹⁵². Dire, dunque, che il cittadino è soggetto all'autorità della sanzione amministrativa ha un significato solo descrittivo¹⁵³. La soggezione del privato è nei confronti dell'ordinamento, mentre l'esercizio del potere sanzionatorio dell'amministrazione consiste, in realtà, nell'accertare l'esistenza di un presupposto per il sorgere dell'obbligo restitutivo, risarcitorio, ecc.

Carlo Entico Paliero e Aldo Travi hanno, peraltro, individuato un carattere "costitutivo", anche se non discrezionale, nel momento applicativo della sanzione contrapposto al carattere "dichiarativo" della precedente fase di accertamento dei fatti e delle responsabilità¹⁵⁴. Questo aspetto è molto interessante ai fini della nostra indagine, poiché mostra un modo di definire tale costitutività diverso da quello consueto, essendo questa identificata con

tività della pubblica amministrazione, Torino, 2003, 262 e G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, cit., 185) se con questa espressione si vuole intendere in via generale un'attività riservata all'amministrazione, non sostituibile dal giudice (F. FIGORILLI, *op. cit.*, 270-1).

¹⁵¹ Sulla difficoltà sul piano dogmatico di distinguere tra sanzione e tributo v. L. DEL FEDERICO, *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Milano, 1993, 147 ss.

¹⁵² Che il potere sanzionatorio sia vincolato nei suoi presupposti e nel suo contenuto è opinione largamente prevalente nella scienza giuridica. V. C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni ...*, cit., 396-400; E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Atti del convegno di Sanremo, 21-22 ottobre 1978, Milano, 1979, 125 ss. Propende, peraltro, per la natura discrezionale (e costitutiva) della fase di applicazione della sanzione amministrativa L. DEL FEDERICO, *op. cit.*, 511 ss.

¹⁵³ Che non sia il caso di parlare nel caso delle sanzioni amministrative di una posizione di 'supremazia' o di 'potere' dell'amministrazione è ben chiarito da C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni ...*, cit., 402.

¹⁵⁴ C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni ...*, cit., 403.

l'attribuzione all'amministrazione del potere di fissare la norma per il proprio agire

e concretizzando questo un caso di valutazione riservata all'amministrazione poiché la fattispecie non può dirsi compiutamente definita dalla norma¹⁵⁵. Il riferimento è a quei casi in cui la specifica misura da irrogare non è predeterminata (si pensi ai casi di alternatività tra sanzioni ripristinatorie e pecuniarie in materia edilizia), sicché quando invece la misura sanzionatoria sia predeterminata non vi sarebbe alcuna valutazione riservata. Ed infatti gli autori ritengono che in questi casi (quelli a esempio riconducibili alle sanzioni contemplate dalla l. 689/1981) sia da ritenere coerente la scelta di attribuire la giurisdizione al giudice ordinario mancando qualunque spazio per l'identificazione di interessi legittimi, valendo il giudizio opposto per i casi di valutazione sulla sanzione da applicare¹⁵⁶.

Il problema, allora, non sta a mio avviso nella coppia costitutivo-dichiarativo, ma nella definizione della discrezionalità, che gli autori ritengono evidentemente non coincidere con il potere di fissare la norma per il proprio agire. Eppure, come si vedrà al capitolo quinto, probabilmente proprio quest'ultimo è il criterio per tentare di continuare a distinguere due tipi di discrezionalità.

Si profilano, comunque, due ipotesi. In alcune pare indubbio che la struttura della norma non sia di genuino conferimento di potere-PL. L'atto amministrativo può essere considerato 'provvisorio', in virtù del carattere cautelativo del conferimento di potere-PR, per essere rimesse sia la verifica definitiva sulla sussistenza dell'infrazione e sia la soggezione a una sanzione che da essa scaturisce all'accertamento del giudice. In altre si tratta, invece, di definire la sussistenza e l'ambito di tale potere di valutazione riservata, poiché se questo vi fosse saremmo probabilmente al di fuori della strategia decisionale secondo le regole ed in presenza di un potere-PL.

Naturalmente, indipendentemente da quest'ultimo problema, rispetto alle ipotesi in cui è rinvenibile un interesse pretensivo del privato vi è una differenza pratica di fondo, derivante dalla stessa differenza dell'interesse materiale del soggetto privato. Nel primo caso il fuoco cade su obblighi correlati a condotte attive ed al centro della vicenda si pone una domanda/dichiarazione dell'interessato; nel secondo caso il fuoco cade su un obbligo di astensione ed al centro della vicenda si pone la 'domanda' dell'amministrazione di irrogare una sanzione. Per il primo tipo di interessi

¹⁵⁵ *Op. ult. cit.*, 404.

¹⁵⁶ *Op. ult. cit.*, 404-5.

l'impugnazione e la sentenza di annullamento costituiscono la forma di tutela più naturale¹⁵⁷

e questo, peraltro, sarebbe alla base anche di un apprezzamento positivo del fatto che, a partire dal divieto di annullamento degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario posto dall'art. 4 della legge del 1865, la giurisprudenza abbia attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione sui provvedimenti ablatori (incidenti su diritti)¹⁵⁸. Ed è vero, altresì, che qui il ruolo delle forme assume una maggiore importanza, stante il maggior peso specifico di valori fondamentali quali la libertà personale e l'integrità del patrimonio, ecc.

Questo, però, è soltanto un modo di guardare al problema dal punto di vista del privato che commette un'infrazione. Si può anche guardarvi dal lato della collettività, ponendo al centro quella primaria giustificazione ricordata al paragrafo precedente relativa all'esigenza che le disposizioni-D siano effettivamente seguite¹⁵⁹. Si pensi al caso estremo di un ordinamento che ponesse tante e tali regole formali per l'applicazione di disposizioni-S da rendere di fatto del tutto inoperanti le disposizioni-D¹⁶⁰: si finirebbe col dire che queste sono soltanto fittizie, che mancano completamente di realizzare lo scopo del diritto in quanto tecnica sociale di guida della condotta. L'esempio è volutamente parossistico ma serve a porre in risalto come a volte si corra il rischio di risolvere il diritto amministrativo in una sorta di 'caccia all'errore' da parte di coloro che mirano a ottenere l'annullamento di un atto per essi sfavorevole, lasciando del tutto sullo sfondo le più ampie finalità della regolazione¹⁶¹. D'altra parte, come è stato osservato, il modello del

¹⁵⁷ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 477.

¹⁵⁸ *Op. e loc. ult. cit.*

¹⁵⁹ A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, 249, ha definito "smodata" la tutela assicurata agli interessi oppositivi «dal sistema tradizionale», proprio con riferimento a «tutte le ipotesi in cui il giudice sia costretto a disporre l'annullamento di un atto impugnato quando, in presenza di un vizio di legittimità meramente formale, il potere sia stato esercitato correttamente dal punto di vista sostanziale».

¹⁶⁰ Si pensi ad una metanorma procedurale che prevedesse ad esempio che per 'elevare una contravvenzione' per violazione del limite di velocità occorresse sempre, come condizione di validità dell'atto, che il contravventore fosse fermato nell'immediatezza del fatto da almeno due agenti di polizia di sesso diverso e condotto alla presenza del suo avvocato dinanzi ad un magistrato entro i 30 minuti successivi!

¹⁶¹ Anche se in un diverso ordito argomentativo (che mira a mettere in discussione la differenza tra diritto e politica, diritto e fatto, ecc.) v. per considerazioni simili T.R.S. ALLAN, *Doctrine and Theory in Administrative Law: An Elusive Quest for the Limits of Jurisdiction*,

giudizio sul rapporto non necessariamente si risolve in un vantaggio per il privato¹⁶².

La questione non può essere risolta sulla base di una radicalizzazione in un senso od in un altro. Occorre prendere atto, comunque, di alcuni altri elementi di giudizio.

Il primo riguarda la discussione sul processo di opposizione alle sanzioni amministrative disegnato dalla l. 689/1981. Come noto si contrappongono in proposito due concezioni dello stesso. Una che considera tale processo di carattere impugnatorio dell'atto amministrativo e quindi riferito a un controllo di legittimità dell'atto in cui si estrinseca la pretesa sanzionatoria dell'amministrazione, per cui l'oggetto del giudizio rimane fissato dai motivi addotti dall'opponente¹⁶³. Per la seconda concezione il sindacato del giudice non si limita, invece, alla verifica della legittimità dell'atto, ma si estende all'intera pretesa sanzionatoria dell'amministrazione, similmente a quanto avviene nell'opposizione a decreto ingiuntivo, ed indipendentemente dai motivi addotti¹⁶⁴. In questo secondo modello la controversia sarebbe pienamente devoluta al giudice sotto ogni profilo (esistenza della violazione e qualificazione giuridica) a prescindere dai motivi denunciati.

Come è stato osservato queste due impostazioni riflettono due concezioni molto diverse del rapporto tra giurisdizione e 'potere amministrativo':

giudizio sull'esistenza di un potere pubblico l'una, giudizio sull'esistenza di un fatto illecito l'altra. Specularmente, diversa è la pretesa intrinseca alla domanda di tutela giurisdizionale: pretesa alla legittimità dell'esercizio del potere sanzionatorio da un lato, pretesa a non essere assoggettato a sanzioni fuori dei casi espressamente previsti dall'altro¹⁶⁵.

in *Public Law*, 2003, 433-4, nonché 445 ss., con specifico riferimento alla relativa rilevanza dell'invalidità dell'atto nel *review*.

Utilizza l'espressione 'caccia all'errore', riferita ai 'vizi formali', V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 188, riferendosi a G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, 238.

¹⁶² R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario: studio sull'influsso dell'integrazione giuridica europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 1992, 142.

¹⁶³ Che assume la veste di attore.

¹⁶⁴ V. G. SEVERINI, *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, vol. VI agg., Milano, 2002, 1005-6. Nella seconda concezione l'opponente assume la veste sostanziale di convenuto anche in ordine all'onere della prova dei fatti contestati che sarebbe a carico dell'amministrazione.

¹⁶⁵ *Op. ult. cit.*, 1006.

Come si vede si ripropone anche in questa vicenda il medesimo tema della ‘trasparenza’ dell’atto rispetto alla disposizione-D di cui si è parlato nel paragrafo precedente e non è un caso che nell’ambito della seconda concezione si sia potuta profilare la tesi dell’irrelevanza dei vizi formali della sanzione¹⁶⁶.

Il secondo elemento riguarda la scelta del legislatore di prevedere in termini generali, ed in una norma non inclusa in una ‘legge processuale’, l’irrelevanza ai fini dell’annullamento dei vizi formali dei ‘provvedimenti vincolati’, ciò che può apparire come una scelta di campo rispetto ai due suddetti ipotetici punti di vista.

Si tratta, in ogni caso, di elementi che saranno utili per riprendere più avanti il problema proprio in relazione alla fattispecie disegnata dall’art. 21-*octies*.2, l. 241/1990 ora evocato.

2. *Possibilità e modalità di delimitare le rispettive aree della funzione amministrativa e delle “regole regolative”*

Riprendendo il filo del discorso, nella progettazione di un ambiente decisionale si delineano, pertanto, due strategie di fondo variamente combinabili, che dal punto di vista giuridico dipendono dal collegamento, rispettivamente, con genuine norme costitutive o con genuine norme regolative: una che delega a qualcuno il compito di determinare in concreto, di volta in volta, le direttive che guidano le azioni dei destinatari ultimi delle norme di condotta (poteri-PL), ed una strategia fondata sul fornire direttamente a tali destinatari le suddette direttive, che a loro volta possono essere più o meno precise e più o meno imprecise¹⁶⁷ (e che possono o meno essere accompagnate dalla previsione di poteri-PR di un’ autorità amministrativa)¹⁶⁸.

¹⁶⁶ V. SCALESE, *Le opposizioni alle sanzioni amministrative*, Milano, 2001, 116.

¹⁶⁷ Come osservato nel capitolo precedente, è peraltro assai dubbio che quest’ultima distinzione rappresenti una vera e propria dicotomia.

¹⁶⁸ Ritengo che questa dicotomia sia molto più interessante di quella apparente tra attività autoritativa ed attività di diritto privato, che viene attraversata orizzontalmente dalla prima. Come si vedrà vi è, invero, un altro significato in cui una strategia delle regole potrebbe avere a che fare con la ‘privatizzazione’. Si tratta del fatto che in un certo senso – riprendo ancora le osservazioni di Marzuoli del 1995 – la sola vera ‘privatizzazione’ sta nell’eliminazione della funzione e nella sostituzione ad essa di una regola o comunque di uno *standard* da seguire. Naturalmente – ma questo non ha alcun interesse sul piano della scienza del diritto amministrativo – vi può sempre essere anche la scelta della totale liberalizzazione e derego-

Mi occuperò nei prossimi paragrafi di trattare più analiticamente di alcuni degli aspetti fondamentali che caratterizzano la strategia della funzione rispetto alla strategia delle regole a cominciare da alcune puntualizzazioni sul principio di legalità e sul concetto di ‘forma’ della funzione.

2.1. *Momento e modo di scelta della strategia decisionale*

Si è sostenuto che le istituzioni politiche possono scegliere di affidare alla funzione amministrativa il perseguimento di certi obiettivi. È anzi normale ed inevitabile ed anche desiderabile che lo facciano. Se si concede che è sensata l’idea della progettazione di un ambiente decisionale amministrativo, questo implica che si definisca un presupposto logico-normativo della distinzione tra strategia del decidere secondo regole e strategia dell’agire secondo la funzione: l’individuazione del momento in cui avviene tale “progettazione”. Mi riferisco al fatto che la determinazione di una tra le due strategie spetta, in linea di principio, al legislatore¹⁶⁹. Rimane, vale a dire, compito della legge fissare l’area dell’azione amministrativa secondo determinate classi di fattispecie attraverso due fondamentali passaggi¹⁷⁰. Il primo, di

lazione, cioè la soppressione di qualunque intento regolativo della condotta per finalità di interesse pubblico.

¹⁶⁹ Intendo per legislatore – sia qui sia in tutti gli altri casi in cui utilizzo il termine senza ulteriori specificazioni – qualunque autorità normativa deputata a porre norme giuridiche valide nell’ordinamento italiano e quindi la Comunità Europea, il Parlamento, il Governo, le Regioni, gli Enti locali, ecc. Una strategia decisionale può essere, quindi, delineata anche attraverso atti amministrativi generali o regolamenti. Come è noto a volte sono norme di legge che impongono alle amministrazioni di adottare determinate regole per vincolare il contenuto degli atti concreti (si pensi alla predeterminazione dei criteri per l’attribuzione di benefici ai sensi dell’art. 12, l. 241/1990 o alla adozione di piani regolatori e regolamenti edilizi per vincolare il contenuto dei permessi edilizi). Sotto il profilo ora in esame non interessa la circostanza – già esaminata in precedenza – che la determinazione normativa della strategia decisionale possa essere in misura più o meno ampia frutto della pressione esercitata dai fatti. Il principio di legalità non va quindi inteso, qui, come relativo alla legge in senso formale e ricondotto, pertanto, al problema storico del rapporto Parlamento-Esecutivo. L’attenzione cade piuttosto, come è stato chiarito, sulla predeterminazione normativa (F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 88 ss.).

¹⁷⁰ Sarà appena il caso di precisare che questi ‘passaggi’ in molti casi sono contenuti in una stessa norma. Non mi pare, inoltre, che questo schema concettuale sia messo in crisi dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 303/2003, poiché il principio in essa stabilito circa la possibilità che le concrete esigenze della funzione amministrativa prevalgano sulla ripartizione delle competenze legislative, postulano pur sempre che un legislatore definisca la dimensione adeguata per l’esercizio della funzione/compito e poi regoli tale esercizio.

carattere generale, è quello dell'attribuzione e distribuzione di compiti e funzioni, il cui punto di riferimento, ormai interamente costituzionalizzato, è nel Titolo V della Costituzione. Il secondo passaggio è quello della specifica individuazione della fattispecie normativa. Questa biplanazione è una diretta implicazione della concezione di un sistema giuridico come insieme di regole primarie e secondarie. Come si è visto in precedenza tra le norme secondarie rientrano sia le regole che istituiscono determinate autorità, definendone l'ambito dei poteri¹⁷¹, sia quelle che definiscono come tali poteri debbano essere usati. È forse opportuno precisare che l'espressione 'attribuzione di compiti e funzioni' è qui utilizzata nel senso comunemente impiegato dai giusamministrativisti per non confonderla con la nozione di competenza¹⁷² in entrambi i suoi usi giuridici più comuni: quello proprio del diritto amministrativo, cioè imputazione di un atto a un determinato organo, e quello proprio della teoria generale considerato in precedenza.

È in, particolare, nel momento di fissazione della competenza¹⁷³ che in linea di massima si adotta una delle due possibili strategie decisionali, prevedendo o non prevedendo la "mediazione" del potere funzionale tra la norma e il fatto. Ma è possibile affermare che questo avvenga in termini ragionevolmente consapevoli? Nella risposta affermativa a questo interrogativo si situa uno degli impegni teorici intermedi del formalismo pratico del diritto amministrativo. Il problema è come distinguere in concreto la scelta compiuta dal *rulemaker*: naturalmente si avranno casi di indeterminatezza proprio sulla scelta stessa, e poi anche quando si sarà ragionevolmente certi che la scelta non è per una strategia secondo la funzione occorrerà ancora distinguere i casi facili e scontare una qualche misura di discrezionalità nei casi di frangia (anche se in quest'ultima evenienza non tutti sono disposti a parlare di discrezionalità). Occorre insomma una certa 'abilità' per individuare i casi di genuina delegazione di poteri normativi e non è detto che la cosa sia sempre possibile. Ma qui può soccorrere un ulteriore impegno teori-

¹⁷¹ Naturalmente assai spesso le norme istitutive – che comprendono anche l'ambito dei "poteri" di un'autorità – vanno ricostruite prendendo in esame una pluralità di enunciati normativi. Ad esempio l'art. 23 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112 secondo cui «sono attribuite ai comuni le funzioni amministrative concernenti la realizzazione, l'ampliamento, la cessazione, la riattivazione, la localizzazione e la rilocalizzazione di impianti produttivi», può essere considerato una porzione di una regola istitutiva nel senso specificato.

¹⁷² Secondo l'art. 21-*sexies* della l. 241/1990, il difetto (assoluto) di attribuzione dà luogo a nullità del provvedimento; per quanto riguarda l'incompetenza, invece, come si vedrà, il dibattito è aperto (v. cap. IV).

¹⁷³ E non a caso i due suddetti usi qui tendono a sovrapporsi anche sul piano concettuale.

co: scontata la suddetta difficoltà, va detto che, considerato che il suddetto impegno preliminare si collega a sua volta a un impegno di ordine più elevato relativo alla desiderabilità dell'orientamento alla certezza che può essere perseguito mediante una strategia di regole il più possibile chiare e determinate, non può che guardarsi con un certo 'sospetto' al conferimento di poteri discrezionali derivante dagli inevitabili spazi che si aprono nella trama dell'ordine normativo anche con riferimento alla 'scelta della strategia decisionale'. In tali casi, che potrebbero essere a esempio alcuni di quelli in cui si usano termini vaghi o quelli in cui si ricorre a nozioni tecnico-scientifiche¹⁷⁴, in base a tale impegno di ordine preliminare si potrebbe sostenere che l'incertezza vada risolta a favore dell'assenza di poteri 'finali' dell'amministrazione, potendosi presumere che l'allocazione della decisione – la gestione degli spazi di indeterminatezza – sia preferibilmente da affidare a un'autorità neutrale ed istituita in base a 'regole di giudizio' piuttosto che alla stessa amministrazione¹⁷⁵. Questa impostazione, che sulla base delle premesse metodologiche esposte non pretende di essere in assoluto migliore di altre, potrebbe a esempio essere utilizzata nell'affrontare la questione della sindacabilità giudiziale delle 'valutazioni tecniche' effettuate dalla autorità indipendenti laddove, per alcune di esse si potrebbe ritenere essersi in presenza di organi effettivamente neutrali, in luogo di ricorrere all'armamentario consueto sul controllo interno/esterno della 'discrezionalità tecnica' e così via.

¹⁷⁴ Ma, come si vedrà nel momento in cui si affronterà direttamente il problema dei poteri discrezionali, anche la nota polemica sui concetti vaghi e indeterminati non si presta ad essere ricostruita in termini unitari. Come ogni giurista sa, è quasi sempre vano lo sforzo di cercare nel testo o nelle 'intenzioni' se, ad esempio, il concetto di 'affidabilità' per il rinnovo del porto d'armi da caccia è un modo per rinviare al prudente apprezzamento delle autorità amministrative oppure per vincolare queste ad un presunto *standard* obiettivo della morale pubblica che stabilisca cosa si intende per 'essere affidabile', come tale deducibile da chiunque (fp-2.1) e quindi prima di tutti dal giudice. In casi del genere, come già notato al I.1., rimane aperto il problema se i giuristi abbiano davvero risorse da mobilitare, mentre la teoria può solo suggerire di mostrare 'sinceramente' i vantaggi dell'una o dell'altra opzione politica (che comunque sarà un'opzione decisa dai giudici).

¹⁷⁵ Ma, come si vedrà al capitolo quinto, non vi sono ragioni concludenti per dire che questa soluzione debba imporsi per 'ragioni giuridiche' o sia in assoluto preferibile all'altra, quella dell'allocazione di tali poteri all'amministrazione in nome di altre giustificazioni.

2.2. *La specifica 'normatività' della funzione. La struttura fondamentale del procedimento come forma costituzionalmente necessaria*

Venendo al problema della 'forma della funzione', appare opportuno anzitutto soffermarsi in modo sintetico su ciò che in termini ellittici si può indicare come la specifica normatività della funzione. Tale forma è, si è detto, il *procedimento*, ma per un verso occorre precisare cosa significa che tale forma è necessaria, per altro verso occorrerebbe delimitare concretamente la struttura fondamentale di tale forma necessaria.

In realtà, nella scienza giuridica, il modo di concepire questa rilevanza peculiare della forma procedimentale è sensibilmente diverso tra i vari autori. Si può forse dire, però, che oggi vi è una convinzione abbastanza diffusa – anche se non sempre esplicitata – secondo la quale dire che il procedimento è forma necessaria della funzione significa dire che il procedimento non è nella disponibilità del legislatore¹⁷⁶. Quali siano i necessari elementi di tale formalismo è problema ulteriore.

La funzione, in qualsiasi accezione si assuma il vocabolo, postula un rapporto mezzi/fini. L'affermazione più comune concerne l'essere l'interesse pubblico questo fine e la funzione il mezzo ('attività rivolta a uno scopo'). Per intendere meglio il discorso è utile ricorrere alla distinzione tra il concetto molto utilizzato di funzionalizzazione e quello di funzionalità¹⁷⁷. Per lo

¹⁷⁶ Lo dice molto chiaramente G. CORSO, *L'interpretazione della legge nel diritto amministrativo*, cit., 258-9: «la norma attributiva di un potere amministrativo va interpretata nel senso che questo debba essere esercitato a mezzo di un procedimento, che il provvedimento finale sia l'epilogo di un provvedimento».

¹⁷⁷ Mi sembra di poter trarre questa distinzione, nei termini descritti a seguire nel testo, da v. D. SORACE, *Da passatisti a "post-moderni"*, in *La necessaria discontinuità*, Quaderni del San Martino, Bologna, 1990, 205, in particolare ove si osserva che la funzionalizzazione è predicabile anche per l'attività privata, mentre ciò che caratterizza l'amministrazione pubblica secondo la Costituzione «è un complesso regime giuridico diretto a garantire che l'attività sia funzionale alle scelte politiche e al contempo non arbitraria». Naturalmente in entrambi i termini vive la radice comune "funzione", il cui senso sta semplicemente «nel mettere in risalto, rispetto agli scopi intesi solo soggettivamente, ciò che è oggettivamente conforme allo scopo, con un parvenza di univocità tecnica» (N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung*, cit., 206). RICHIAMANDOSI a W. KRAWIETZ, *Das positive Recht und Seine Funktion*, Berlin, 1967, qui Luhmann considera che la «funzione di un istituto o di una proposizione giuridica consiste nel compito di dare forma alla realtà, nella produzione di effetti valutati, in uno scopo» (206). In effetti lo scopo in questa dimensione è qualcosa di piuttosto inessenziale all'approccio del giurista, poiché la struttura tipica delle regole (*if-then*) in quanto programmi condizionali, sembra fondarsi su logiche diverse da quelle dello scopo. Anche qui ritorna un profilo già più volte emerso e che appare coesistente alla strategia regolativa. Il

più si rinviene il momento ‘pubblicizzante’ dell’agire amministrativo nel fenomeno della funzionalizzazione dell’attività dell’agente all’interesse pubblico. In questo caso la norma, nell’attribuire a un soggetto un potere di agire, ‘lega’ quest’ultimo, in termini più o meno stringenti, alla soddisfazione di un determinato interesse. La funzionalizzazione implica, in altre parole, che si concepisca che un potere di agire altrimenti libero sia indirizzato dall’intervento di un fattore esterno verso un determinato fine. La ‘funzionalità’ ha invece carattere intrinseco all’agire ed esprime quell’aspetto oggettivo della funzione amministrativa che costituisce un campo di riflessione tra i più impegnativi per la scienza del diritto pubblico della seconda metà del ’900 soprattutto teso a valorizzare l’amministrazione come fondamentale momento di attuazione della Costituzione¹⁷⁸. Le due nozioni possono, peraltro, coesistere rispetto alla medesima azione nella misura in cui il generico ‘fine’ (il pubblico interesse) sia specificato mediante la tecnica della funzionalizzazione¹⁷⁹. In concreto, però, mentre la funzionalità connota l’agire secondo la strategia del potere-PL, indipendentemente da qualunque disposizione di ulteriore specificazione del fine¹⁸⁰, la funzionalizzazione riguarda

giurista non prende in considerazione normalmente le conseguenze della sua decisione, non è responsabile di esse (Luhmann porta ad esempio il candidato bocciato in un concorso che per questo si sia tolto la vita), poiché gli effetti sono predeterminati dal “programma”. L’istanziamento dello scopo nella regola comporta che tali effetti siano conformi allo scopo. Questo non cambia neanche quando dello “scopo” si vada alla ricerca in sede di interpretazione della regola. Sicché anche quando parlo di funzionalizzazione ho sempre in mente uno scopo oggettivo. Quanto tutto ciò abbia a che fare con il formalismo mi sembra sia già emerso nelle pagine precedenti ed emergerà ancora nelle successive.

¹⁷⁸ U. Allegretti, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, 207; G. PASTORI, *La procedura amministrativa. Introduzione generale*, Vicenza, 1964.

¹⁷⁹ Occorre avvertire che spesso in dottrina si attribuisce un significato in parte diverso al concetto di funzionalità, più vicino forse al senso comune della parola, collegato al principio di buon andamento piuttosto che a quello di imparzialità. Anche nella legislazione la funzionalità si correla soprattutto con il buon andamento. Un’accezione ulteriore, concernente particolarmente l’area dei provvedimenti imperativi, è accolta da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano 2001, spec. 423, 436, che intende per funzionalità quell’esigenza di conseguimento del risultato indicato dalla norma attributiva di potere unilaterale all’amministrazione anche al di fuori degli stretti binari della legalità-garanzia, addotta dalla giurisprudenza come giustificazione di poteri autoritativi innominati (tipicamente la revoca).

¹⁸⁰ Quando si parla di finalità con riferimento alla funzione si intende un fine generico, che coincide in sostanza con un metodo, quello appunto dell’agire imparziale che si riflette nella necessaria procedimentalizzazione di tale agire. Si allude quindi alla ‘rilevanza giuridica globale’ dell’attività amministrativa. La ‘tensione al fine’ comporta, vale a dire, che, tutto dovendo essere preordinato a tale fine, tutto diventa rilevante.

tutte quelle disposizioni generali e particolari che specificano vieppiù lo scopo da conseguire¹⁸¹.

La funzione-funzionalità dice in realtà assai poco sull'interesse pubblico. Sembra, d'altronde, esistere un certo consenso tra gli studiosi dei più vari orientamenti sulla impossibilità di definire la 'sostanza' dell'interesse pubblico. Questo conduce a una sorta di paradosso, poiché se la funzione è un mezzo, è un mezzo fine a sé stesso e quindi è un fine. In questo senso la fun-

¹⁸¹ La distinzione tra funzionalizzazione e funzionalità presenta qualche tratto di somiglianza con la distinzione implicitamente delineata da G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 279 ss. e nt. 61, tra procedimento formale e procedimento sostanziale. Per questo autore la funzione è il modo di attuazione del potere che perciò non è da confondersi con la forma. La forma si apprezza «nel procedimento in senso formale che corrisponde a sua volta alla realizzazione della descrizione normativa dello svolgimento della funzione: tale descrizione ha lo scopo di consentire il riscontro della validità del risultato della funzione (atto o provvedimento) (p. 279). Il punto è che per Berti il procedimento *in senso formale* riguarda esclusivamente il momento imputativo, attiene in altre parole all'idea del procedimento come insieme di atti strumentalmente collegati dal riferimento ad un effetto (p. 280, spec. nt. 62). Il procedimento inteso come forma lascerebbe, dunque, in ombra il procedimento inteso come *sostanza*, che è la funzione, cioè il concreto trasformarsi dell'energia giuridica che dal potere giunge all'atto. Questa sostanza, tuttavia, fatta essenzialmente di un'azione la cui direzione di marcia è data dal confronto tra interessi pubblici e privati, per Berti è essere e non dover essere, è organizzazione e non norma, ed in realtà, però, anch'essa diviene percepibile soltanto come forma, attraverso una «disciplina esteriore che non tocchi la funzione nel suo contenuto, ma eventualmente incida in questa attraverso la regola del manifestarsi della funzione stessa» (p. 289, nt. 69). E questa regola è la procedura, nel lessico di Berti figura assimilabile al processo e contrapposta al procedimento come successione di atti collegati dall'inerenza ad un effetto finale. Quest'ultimo è *forma* rispetto all'atto, ma non *forma* rispetto alla funzione. La funzione, sebbene figura dinamica, è una figura esistenziale, non riducibile alla conformità ad uno schema normativo, ma definibile in termini di struttura. Su questo aspetto della complessa teoria di Berti (modificando in parte giudizi precedentemente espressi: S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997) ritengo oggi di dovermi distaccare. Da quell'idea, cioè – derivante dall'istituzionalismo storico di Hariou e Romano –, secondo cui i fenomeni della produzione giuridica non possono essere spiegati senza riferimento a fattori esistenziali, principalmente il potere, che prescindono dalla norma. In questo modo si finisce con l'accreditare una concezione del potere come forza sociale o come forza autonoma. Non mi pare si debba ritenere, inoltre, che il cosiddetto procedimento formale abbia rilevanza soltanto nei confronti dell'atto finale, laddove la forma della funzione si esaurirebbe, in pratica, nella tecnica del contraddittorio destinata a rifluire nell'atto finale quasi per una via parallela che non si interseca mai con la prima. La stessa l. 241/1990 sembra confermare l'idea che il procedimento abbia una forma (struttura), che non si esaurisce nel contraddittorio e che si addice, però, particolarmente a rendere visibile la funzione come *base esistenziale*.

zione è allora pura forma¹⁸². La tecnica formalistica in cui si concretizza la funzione sembra assumere la sua massima valenza nel caso di un potere normativo tendenzialmente illimitato (in realtà nemmeno le funzioni più prossime all'esercizio della sovranità sono ormai neanche paragonabili a un siffatto potere, concepibile solo in astratto), ma anche quando l'ambito del potere sia delimitato da regole sostanziali, essa gioca un ruolo essenziale nella cosiddetta concretizzazione dell'interesse pubblico (in un senso più ristretto, minimale, la funzione indica che occorre dare conto delle scelte che si fanno rendendo pubbliche in modo sincero le ragioni poste a base di tali scelte).

Il punto concettualmente più difficile sta, secondo quanto a me sembra, in un problema antico ma sempre incombente: se nello spazio 'libero', nel margine a disposizione del decisore, le regole procedurali siano separate dal momento decisionale o se in qualche modo costituiscano un ponte tra principi e regole sostanziali poste in precedenza e tale spazio 'di merito'¹⁸³.

¹⁸² Qui in pratica la parola forma è evidentemente intesa nella prima accezione utilizzata dai giuristi di cui si è parlata in I.1.2.1 la funzione è il modo di attuazione del potere che perciò non è da confondersi con la forma.

¹⁸³ Questa è la 'sfida' lanciata alla dominante visione della scienza del diritto amministrativo da A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., 124-5, 154-8, 162-6, spec. nt. 240 p. 163-4. La caratterizzazione finalistica della funzione amministrativa, e la connessa nozione della discrezionalità amministrativa, vi è criticata nei suoi stessi fondamenti concettuali. Secondo questa tesi, occorre separare nettamente l'area relativa alle regole che delimitano l'esercizio dei poteri discrezionali, dalla discrezionalità stessa, la quale coinciderebbe *in toto* con il merito della scelta, sottratta a qualunque condizionamento giuridico. Questa mossa consente di elevare al rango di "diritti" ogni situazione riferibile all'interesse di un soggetto enucleabile dalle suddette regole, facendo corrispondere a tali diritti obblighi in capo all'autorità amministrativa. Il che escluderebbe un sindacato sulla discrezionalità in quanto tale. Alla base di questa tesi, vi è l'idea che in qualunque potere (negoziale, amministrativo, legislativo) si trovi un nucleo decisionale intangibile, estraneo al diritto. Si tratta di una prospettiva che meriterebbe ben altro approfondimento. Mi limito ad annotare che accettare questa conclusione non mi pare renda necessario rinunciare all'idea della necessaria forma procedimentale dell'attività. Si può, infatti, pensare che le regole (procedimentali) e gli eventuali principi di ordine sostanziale che "organizzano" e delimitano l'esercizio della discrezionalità (canoni o clausole generali come ad esempio la proporzionalità) siano obiettivamente necessari, ma allo stesso tempo rilevanti sul piano di determinati rapporti intersoggettivi. Ritengo, in particolare, che siano condivisibili le affermazioni secondo cui: a) le disposizioni che recano i suddetti principi e regole non devono essere qualificati in base al loro presunto scopo (la direzione verso l'interesse pubblico); b) quando l'ordinamento pone limiti all'esercizio di una scelta questo avviene non certo in favore di colui che la scelta deve compiere, ma in favore di altri soggetti interessati al contenuto della scelta stessa

Considerare i due ambiti separati significa, in pratica, che sì le regole procedurali vanno osservate, perché se violate si presume che la scelta avvenuta sia errata ed è quindi da considerarsi invalida, ma se sono osservate, al contrario, si deve presumere che quella scelta sia corretta. La rilevanza del cosiddetto vizio sintomatico ne risulterebbe drasticamente ridotta¹⁸⁴.

Al contrario se la forma della funzione non è davvero separabile dall'esercizio del potere di scelta, ma il procedimento (soprattutto come tecnica di rilevazione di interessi) è davvero una sorta di stampo dal quale (in certe concezioni estreme) la decisione viene fuori quasi da sé, oggettivamente come si dice, allora l'incidenza dei vincoli sostanziali sulla decisione si allarga considerevolmente. Ogni elemento che compone la struttura fondamentale del procedimento diviene necessario in quanto 'funzione del risultato'. Qui, sotto il profilo degli stati invalidanti domina la logica dell'eccesso di potere¹⁸⁵. Secondo le tendenze dominanti anche i vizi della forma (del

(*op. ult. cit.*, 157-8); c) rapporti diritto-obbligo possono sorgere anche rispetto ad utilità strumentali e non finali, quando queste ultime siano dipendenti da una scelta altrui (*op. ult. cit.*, 166). Quando, vale a dire, esistono strumenti che, pur non permettendo di avanzare alcuna pretesa ad un risultato specifico, consentono ad un soggetto di cercare di influire su tale risultato, si può ben parlare di diritti [J.D. GALLIGAN, *Discretionary ...*, cit., 220-3, il quale si chiede «che cosa ci sia da guadagnare nell'esprimere i concetti di procedimenti e di procedura in termini di diritti ...: i diritti evidenziano il fatto che sono in questione interessi individuali importanti, che non dovrebbero subire pregiudizio senza la debita considerazione» (221-2)]. Ciononostante, resta il fatto che una certa forma di svolgimento dell'attività (cui corrispondono, oltre che diritti alla legittimità – per usare la categoria proposta da Orsi Battaglini –, sia aspettative non qualificate sia interessi giuridicamente tutelati ma non armati della garanzia giurisdizionale di carattere cassatorio) sia posta proprio a tutela che il merito della scelta di un'autorità pubblica non avvenga in forme del tutto libere come quelle che spesso (non sempre) connotano le scelte di autonomia privata. In breve, se la necessità della forma procedimentale dell'attività discrezionale è di ordine costituzionale essa si pone, allora, su un piano programmatico rivolgendosi anzitutto ai legislatori. Se è vero, quindi, che vi sono principi (quelli che Orsi Battaglini chiama clausole generali) che si prestano ad essere considerati come fonti di diritti ed obblighi reciproci, esistono altri (tipi di norme che vengono parimenti chiamate) principi (soprattutto nella Costituzione) che devono essere necessariamente "svolti" per dare luogo ad autentici rapporti giuridici.

¹⁸⁴ Una concezione di questo genere mi pare sia in fondo quella presupposta da H. KELSEN, *General Theory ...*, cit., 134, nel rinvenire un rapporto di delegazione in ogni passaggio da un grado all'altro dell'ordinamento normativo. In sostanza in Kelsen è difficile distinguere tra il fp-2.1 ed il fp-2.2.

¹⁸⁵ Da ultimo sulla stretta relazione tra sindacato sull'eccesso di potere e valorizzazione dell'aspetto funzionale dell'attività amministrativa, v. M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, 129-131.

procedimento) tendono a rilevare come vizi della funzione¹⁸⁶. Anche tali vizi, in altri termini, vengono spesso ricostruiti secondo il paradigma dell'eccesso di potere e quindi sulla base del fatto che il *vulnus* provocato dalla difformità riguardi la sostanza dell'esercizio del potere e cioè la ragionevolezza e proporzionalità della scelta¹⁸⁷.

Non si tratta, in questa sede, di operare una scelta tra l'una e l'altra concezione (ai fini del presente lavoro entrambe possono essere adottate a condizione che condividano il necessario collegamento funzione-procedimento) ma di essere consapevoli che di scelte teoriche si tratta.

Una critica che si potrebbe forse fare alla seconda è proprio quella di tendere di più a mascherare queste scelte, soprattutto prestando fede al fatto che determinati principi che sarebbero inerenti alla funzione possano davvero portare a un controllo delle scelte discrezionali di carattere esterno, tecnico, neutrale. Questa possibilità dovrebbe forse essere oggetto di più approfondita analisi critica.

Non sembra, comunque, esservi disaccordo tra gli studiosi sul fatto che la funzione amministrativa abbia una dimensione costituzionale, se non altro nel senso minimale che l'amministrazione deve organizzarsi ed operare in modo imparziale¹⁸⁸. Se la forma della funzione è il procedimento, allora di questa dimensione costituzionale (applicando semplicemente la proprietà

¹⁸⁶ Si tratta di una tendenza avvertita da chi ritiene che il sindacato sugli atti amministrativi è sempre formale, anche nel caso dell'eccesso di potere, come E. CAPACCIOLI, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa* (1973), in *Diritto e processo*, cit., 361. Il problema sembra avvertito in modo più urgente nell'ordinamento spagnolo ove, per vicende che verranno in parte descritte in IV.2.3, il procedimento amministrativo tenderebbe ad essere visto, anche da una rilevante parte della giurisprudenza, come un elemento puramente formale, nel senso di accessorio, dell'atto amministrativo. In un ponderoso studio sul procedimento amministrativo come estrinsecazione del dovere di buona amministrazione si contrappone a questa visione una concezione del procedimento come «una institución jurídica con relevancia constitucional propia conectada con el fondo, con la sustancia de la decisión, en cuanto que es el modo de desarrollo de la función administrativa» (J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Valladolid, 2001, 759). In senso analogo quanto alla funzione istituzionale del procedimento amministrativo M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia*, cit., 118 ss.

¹⁸⁷ F. LEDDA, *La partecipazione all'azione amministrativa*, in G. BERTI, G. DE MARTIN, *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Milano, 1996, 64.

¹⁸⁸ Di un «corpo di regole autosufficiente e abbastanza compatto» traibile dagli artt. 97 e 98 della Costituzione, attraverso i riferimenti espliciti ed impliciti ad altri istituti, parla G. BERTI, *La responsabilità ...*, cit., 397. Per una corretta impostazione metodologica del rapporto tra principi costituzionali e pubblica amministrazione, G.U. RESCIGNO, *Costituzione e diritto amministrativo*, in *La necessaria discontinuità*, cit., 125 ss.

della transitività del principio di non contraddizione) dovrebbe fare parte il procedimento amministrativo.

Appare, pertanto, plausibile sostenere che i punti di attacco della disciplina generale del procedimento amministrativo vadano reperiti attraverso una sorta di interpretazione bidirezionale degli enunciati costituzionali sull'amministrazione come attuati dalla l. 241/1990. Uno degli aspetti più delicati e discussi della legge generale sul procedimento è proprio il rapporto di quest'ultima con gli enunciati costituzionali sull'amministrazione, o in altre parole lo statuto costituzionale di questa. Senza giungere all'eccesso di considerare automaticamente di rilevanza costituzionale (tutte) le regole della l. 241/1990¹⁸⁹, in quanto "riempitive" dell'art. 97 Cost., non si dice nulla di straordinario se si osserva che la legge 241 ha contribuito a individuare significati delle norme costituzionali precedentemente non palesati o controversi, di modo che possa parlarsi di una rilevanza costituzionale di certi principi normativi in quanto diretto svolgimento di valori e principi costituzionali. Di questi può cambiare il modo di concretizzazione, ma, rispondendo a esigenze costituzionalmente poste, essi vanno considerati necessari, anche, al limite, a prescindere da specifiche disposizioni di attuazione¹⁹⁰.

Si tratta, quindi, di porsi alla ricerca del nucleo del procedimento come forma della funzione e fare questo significa identificare le regole che consentono di rendere tangibile la rilevanza della scelta discrezionale, di rendere pensabile la rilevanza giuridica della scelta. Soprattutto se si parte dall'idea (una delle più feconde nell'accostamento alla tematica della funzione amministrativa) che la funzione è essenzialmente energia che si trasforma al contatto con gli interessi che incontra sul proprio cammino. Questa ricerca non è, tuttavia, oggetto del presente lavoro, poiché importava delinearne soltanto

¹⁸⁹ Che il regime costituzionale dell'attività amministrativa non coincide con le previsioni della l. 241/1990, è confermato dalle recenti indagini tese a tracciare un quadro unitario di riferimento in materia di procedimento amministrativo dinanzi alla frammentazione della potestà normativa scaturente dalla revisione del Titolo V della Costituzione. Si è condivisibilmente osservato, così, che una parte della legislazione esistente è di carattere meramente ricognitivo di norme e principi costituzionali «con i conseguenti ulteriori precetti e principi che se ne ritengono esplicitazione ed articolazione o specificazione» e che l'esercizio di potestà normativa sub-costituzionale appare indispensabile quando l'attuazione dei principi costituzionali possa avvenire in modi diversi. V. in tema D. SORACE, *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: Prime considerazioni*, in *Annuario Associazione professori di Diritto amministrativo*, Milano 2002, 26.

¹⁹⁰ Si consideri, d'altronde, che molti istituti (come ad esempio l'obbligo di motivazione) esistevano prima della l. 241 e della loro enunciazione in una disposizione scritta.

alcuni profili metodologici¹⁹¹, onde farne maggiormente risaltare la differenza con la diversa tecnica formalistica del fp-2.1.

Riassumendo in estrema sintesi, si può dire che quando si ‘tocca’ la forma necessaria della funzione si entra probabilmente in una zona ‘costituzionalmente sensibile’: mi sono soffermato altrove su questo tema a proposito dell’interpretazione di quello che è poi diventato l’art. 1.1-*bis* della l. 241/1990. Quello che, a mio parere, è nella piena disponibilità del legislatore è la progettazione dell’ambiente decisionale: la funzione cioè può essere esclusa¹⁹², preferendo alla forma della funzione il formalismo pratico delle regole regolative.

¹⁹¹ Si tratta di elementi strutturali eterogenei aventi in comune soltanto l’attitudine a dare “forma” all’idea della funzione e quindi, vi rientrano insieme di atti ed operazioni, regole recanti doveri o obblighi in capo all’amministrazione, atti singoli e *standards* sostanziali. I candidati costituenti la forma necessaria della funzione, in quanto momenti di articolazione e definizione del procedimento potrebbero essere, rispettivamente, l’adeguata istruttoria (comprensiva della partecipazione degli interessati), il c.d. obbligo di procedere (che riguarda, peraltro, anche l’azione amministrativa non funzionale), l’obbligo di motivazione e la pubblicità dell’azione amministrativa. Per quanto riguarda gli *standards* sostanziali, si può fare riferimento all’interpretazione estesa del concetto di imparzialità, in cui si includono ragionevolezza, buona fede, proporzionalità, nonché ai principi del diritto europeo oggi richiamati dall’art. 1, l. 241/1990, ma aventi una rilevanza sostanzialmente costituzionale. Quanto al principio di legalità esso non riguarda la *forma necessaria* della funzione, permeando in senso orizzontale l’intero arco dell’azione amministrativa, attraverso la preliminare operazione, in due stadi, del conferimento di attribuzioni e della determinazione della fattispecie da cui dipende lo stesso conferimento di potere discrezionale ad un organo amministrativo. Ho già precisato, del resto, che al regime funzionale non appartiene una specifica dimensione del fine (che è invece in tale ambito del tutto generica: volendo può farsi coincidere con il latissimo concetto di buona amministrazione), tale dimensione essendo propria del “comando legislativo” attraverso la cosiddetta funzionalizzazione. In questo quadro, pertanto, sembra evidente come il principio della *rule of law*, di cui fa parte la sottoposizione dell’amministrazione al diritto, rimanga un principio-guida dell’intero diritto amministrativo e non un criterio di pensabilità della necessità della forma del potere funzionale. Quando naturalmente il diritto indirizza l’amministrazione verso una strategia decisionale basata su regole, la sottoposizione al diritto sembra raggiungere la massima possibile estensione. Ma si tratta, come anche si è visto, di una semplice opzione strategica. Sebbene tra i principi della *rule of law* si includa quasi sempre la riduzione al minimo dei poteri amministrativi discrezionali, non intendo prendere posizione su questo punto, che riguarda un ulteriore livello della discussione. Non sto quindi riproponendo la secolare discussione, particolarmente viva nella scienza giuridica di lingua tedesca, sull’esigenza di “azzerare” la discrezionalità, sebbene di quella ingente produzione culturale vi sia un punto che rimane centrale: il sospetto per l’esistenza di poteri discrezionali non apertamente e chiaramente attribuiti e definiti dalla legge.

¹⁹² Alludo ad una discussione di cui può trovarsi un’esauriente sintesi in C. MARZUOLI, *Recensione ad Alessandra Pioggia. Giudice e funzione amministrativa*, cit., 1143 ss.

2.3. *Ipotesi di lavoro: un ruolo accessorio del procedimento amministrativo nella strategia regolativa universalistica?*

Si può venire ora al punto accennato in precedenza sul modo di rilevare delle norme procedurali quando possa dirsi che l'attività dell'amministrazione non è 'funzione'.

In tale ipotesi si può assumere, proprio per contrasto con la stretta interdipendenza funzione/procedimento, in ragione della esigenza di dare forma alla suddetta funzionalità¹⁹³, che il procedimento non assume il medesimo tratto di necessità ma che rivesta, invece, così come il relativo potere-PR che costituisce il suo svolgimento, un ruolo semplicemente strumentale nei confronti della regola di condotta preesistente (disposizione-D).

Sostenere, peraltro, che in assenza della funzione il procedimento non è forma necessaria, non autorizza a inferire che il procedimento non occorre o sia inutile. Anche in questo caso l'ipotesi normale (ma questa è una notazione empirica sul contenuto del diritto positivo) è che vi siano norme che delineano determinati comportamenti posti in relazione con un risultato. Solo che in questa ipotesi il legislatore sembra in certo modo più libero, poiché la sostanza giuridica si appoggia più sulla regola sostanziale del rapporto che non sulle modalità per giungere attraverso la procedura a fissare la regola del rapporto. Nell'ipotesi dell'amministrare non funzionale potremmo pensare all'esistenza di una metaregola del gioco in base alla quale l'accertamento della suddetta regola sostanziale non compete all'amministrazione che *prima facie*, poiché in ultima istanza esso compete al giudice (del rapporto).

In altre parole, non è che, in base alle leggi vigenti, all'azione amministrativa non funzionale non si debbano applicare, a esempio, *tout court* le norme della l. 241/1990. Né che certe forme procedurali siano inutili. Anzi è vero il contrario, nel senso che è sicuramente utile a esempio che la partecipazione degli interessati fornisca elementi di fatto di cui l'amministrazione non dispone. L'ipotesi è, piuttosto, quella di considerare tali norme come se riguardassero l'azione amministrativa non funzionale in uno strato

¹⁹³ Sembra alludere a qualcosa del genere G. CORSO, *L'interpretazione della legge nel diritto amministrativo*, cit., 259-61, quando contrappone il fatto che l'atto vincolato tenda ad essere sostituito dalla denuncia di inizio attività o da autocertificazioni alla sottoposizione a regole dei poteri discrezionali nel senso che «la norma attributiva di un potere amministrativo discrezionale va interpretata nel senso che questo potere deve essere esercitato nella forma del procedimento, con una adeguata considerazione degli interessi in gioco in modo proporzionato agli scopi che si intendono perseguire» (p. 261).

più superficiale, usando un'immagine come se ne costituissero l'epidermide ma non il sistema cardiovascolare.

Per la verità uno studioso si è chiesto se alcune delle garanzie procedurali dell'attività non funzionale non siano da ricercarsi nell'area dell'attività giurisdizionale piuttosto che in quella amministrativa funzionale¹⁹⁴. In effetti, la scienza giuridica si è posta varie volte il problema dell'applicazione della l. 241/1990 in relazione a particolari classi di atti amministrativi, come a esempio quelli c.d. dichiarativi, che sarebbero caratterizzati dall'assenza di qualsiasi contenuto 'negoziale'¹⁹⁵. Per il problema in esame sembra oggi da tenere presente anche l'art. 1.1-*bis* della l. 241, secondo cui

la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.

L'espressione "atti di natura non autoritativa" non è particolarmente felice. Se, peraltro, si guarda alla giurisprudenza, sono chiamati *atti autoritativi* tutti quelli esercizio di una funzione di cura di interessi pubblici ed è questa l'accezione che ho in precedenza richiamato. Si è anche visto che, almeno in via di ipotesi, si può dire che l'amministrazione cura interessi pubblici quando compie al riguardo delle scelte. Ebbene, in base alla ricordata tesi di Marzuoli – "meno procedura più regole" – l'intento di evitare il costo del potere funzionale attraverso il ricorso alla tecnica bipolare diritto-obbligo è una misura di privatizzazione. Che l'elisione del potere funzionale riduca la 'sfera pubblica' è stato sostenuto, come già ricordato, anche un po' più di recente¹⁹⁶. Se questo è vero, potrebbe pensarsi che "agire secondo il diritto privato", ai sensi del suddetto art. 1.1-*bis*, comprenda anche le fattispecie in cui l'azione amministrativa è riconducibile al sopra ricordato schema diritto-obbligo. Può essere, allora utilizzata questa disposizione all'insegna

¹⁹⁴ P. SIRACUSANO, *Considerazioni in tema di obbligo di motivazione degli atti vincolati*, in *Foro amm.-Cds*, 2003, 3017 ss., secondo il quale l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi vincolati andrebbe fondato sull'art. 111 sesto comma Cost. e non sull'art. 3 della l. 241/1990.

¹⁹⁵ Anche a questi atti si applicano i principi della l. 241 ed in particolare gli istituti della comunicazione d'avvio del procedimento, della motivazione e della fissazione del termine per provvedere, secondo P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, cit., 278-90, che prende in esame le iscrizioni nelle liste elettorali, le iscrizioni di beni pubblici in elenchi, le iscrizioni scolastiche e in albi professionali, l'adempimento di obbligazioni pubbliche pecuniarie.

¹⁹⁶ M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, cit.

del 'meno procedura'? Può, cioè, pensarsi che un significato precettivo di questa disposizione (che rischia altrimenti di rimanere una sorta di norma-manifesto), sia quello di prevedere che, adottando una strategia decisionale secondo le regole, il procedimento secondo come disciplinato nella l. 241/1990 non solo non è forma necessaria, ma non è neanche modo normale dell'azione?

Una conclusione di questo genere, che escluda totalmente qualsiasi rilevanza delle regole procedimentali, sarebbe probabilmente giudicata eccessiva, ma in essa vi è nondimeno qualcosa di vero. Ritornando, per esempio, alla suddetta distinzione tra il concetto di funzione in quanto 'funzionalità' e la cosiddetta funzionalizzazione, si potrebbe dire che per l'amministrazione non funzionale si debba parlare, al massimo, di funzionalizzazione all'interesse pubblico¹⁹⁷ e non di funzionalità. In questi casi si attua, vale a dire, il massimo della funzionalizzazione possibile direttamente sul piano sostanziale, poiché il legislatore si spinge a dettare la regola del rapporto e quindi l'atto dovrebbe essere adottato interamente in funzione dell'applicazione di quella regola. In questo ambito, le stesse regole procedimentali possono essere intese, allora, come episodi di funzionalizzazione, ma strettamente strumentali, serventi, arriverei a dire accessorie, alla massima funzionalizzazione operata sul versante sostanziale.

In base a quanto si è visto in precedenza (§ 1.4) anche l'espressione 'regola del rapporto' risulta una sintesi verbale, potendo essere scomposta analiticamente in un fascio di rapporti ed in un insieme di regole. Il 'rapporto' a cui tale espressione allude è evidentemente il rapporto tra il soggetto privato e l'amministrazione e la terminologia utilizzata ha il fine di assimilare quello che accade nel caso in cui si tratti di applicare una 'regola di diritto amministrativo' con il regime proprio di una regola di autodisciplina di un rapporto tra privati. Ma si è cercato di mostrare che la situazione è più complessa e che quello che caratterizza la fattispecie non è tanto l'esistenza di uno schema diritto-obbligo, nel senso che al privato è dovuto un bene e l'amministrazione è tenuta ad assicurarglielo. O meglio questa non è che una parte della vicenda, che, come si è visto, non ne costituisce il fulcro.

Quello che soprattutto vi è di caratteristico nella strategia secondo regole è ciò che, parafrasando Frederick Schauer, potrebbe definirsi la 'trasparenza'

¹⁹⁷ Parlare di funzionalizzazione all'interesse pubblico ha un senso esclusivamente convenzionale e di omaggio agli usi linguistici, poiché ha il solo significato di manifestare che la regola del rapporto non può che essere conforme all'interesse pubblico, in quanto fissata da un'autorità normativa legittima.

del decisore rispetto alle regole. Mi riferisco ancora a quanto nel primo capitolo ho definito *self-direction* dei singoli, ottenibile grazie alla ‘forma appropriata’ delle regole, che si prestano (o si vorrebbe si prestassero), cioè, a essere seguite senza (stretta) necessità di atti di comando, ordini, ecc. da parte di una qualche autorità¹⁹⁸.

A questo punto mi pare che l’inquadramento della distinzione tra strategia decisionale secondo regole e strategia decisionale secondo la funzione possa considerarsi abbastanza definito per quanto riguarda i profili che interessano la presente ricerca. Occorre semmai tornare a precisare che da tale distinzione non si traggono immediate conseguenze sul piano della violazione delle norme procedimentali che accompagnano l’agire amministrativo non funzionale. Certo se le norme-PR non sono genuine regole costitutive o di competenza, non è da escludere che anche le conseguenze della violazione delle correlative norme procedimentali possano presentarsi in modo diverso da quanto comunemente non si pensi, possano, cioè, essere o meno trattate dal legislatore come ‘condizioni di validità’ di un atto o di una norma, e ciò eventualmente in dipendenza sia di valutazioni di opportunità sia di necessità contingenti sia del tipo di fattispecie primaria cui i poteri regolativi sono strumentali. Si potrebbe, esempio, dire che le tecniche formalistiche (del fp-2.2) assumono una valenza ‘interna’ (proprio come le regole procedurali di una organizzazione privata) o comunque riferita a un ordinamento normativo distinto da quello generale, in cui opera, nell’ipotesi in esame, lo schema bipolare. Un’idea di questo genere troverebbe conferma (ed allo stesso tempo giustificerebbe in una sorta di circolarità costruttiva) nel trattamento riservato dall’art. 21-*octies*.2 ai vizi del procedimento. Una ulteriore conferma potrebbe vedersi nella dichiarazione di inizio dell’attività, il cui archetipo è nell’art. 19, l. 241/1990, poiché qui, in virtù della predeterminazione delle regole del gioco, è proprio l’intero procedimento, compresa la determinazione finale, a poter essere messo da parte, e, per sovrammarchato, almeno in certi casi, sulla base di una opzione spettante al privato. Di questi aspetti, legati alla problematica nozione della validità giuridica, parlerò nel prossimo capitolo.

¹⁹⁸ Mi pare che una conclusione di questo tipo possa trovare sostegno anche nella ricostruzione di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 159, laddove egli distingue nettamente tra la pretesa al c.d. bene della vita e l’esistenza, invece, di posizioni strumentali, non necessariamente correlate con l’utilità sostanziale. Tali posizioni, certamente assicurate dall’ordinamento in caso di poteri discrezionali, che non assicurano il “bene della vita”, non assumono la stessa caratura quando è la legge ad assicurare l’utilità al soggetto al ricorrere di certe circostanze. In questo caso, appunto, il rapporto è tra l’ordinamento generale ed il soggetto che può/deve agire in un determinato modo.

CAPITOLO III

INVALIDITÀ ED IRREGOLARITÀ DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI

SOMMARIO: 1. I concetti di validità. – 1.1. Premessa. – 1.2. Regole costitutive e validità sistemica. – 1.3. Validità, applicabilità ed irregolarità. – 2. Invalidità ed irregolarità degli atti amministrativi. L'irregolarità degli atti amministrativi come 'vizio minore'. – 3. Evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali sui vizi formali nel diritto amministrativo. – 3.1. Dalle origini alla legge sul procedimento amministrativo. – 3.2. Gli orientamenti della giurisprudenza dopo l'entrata in vigore della l. 241/1990. – 3.3. Una pronuncia paradigmatica. Dalprà v. Comune di Trento. – 4. La tesi dell'irregolarità degli atti amministrativi come ipotesi di vizio che in astratto ed *a priori* non implica l'invalidità dell'atto. – 5. Lineamenti di una possibile tesi esplicativa.

1. I concetti di validità

1.1. Premessa

Di validità si parla in un elevato numero di sensi, trattandosi di una delle nozioni essenzialmente disputate in ambito giuridico, dipendendo in ultima analisi da premesse, concettuali ed ideali, ulteriori.

In un accostamento giuspositivistico dire di una norma che è valida significa secondo una prima approssimazione affermarne l'appartenenza al sistema giuridico in quanto ne soddisfi i criteri di validità¹.

Nella semplice operazione consistente nel riconoscere che una norma possiede la caratteristica richiesta di essere compresa in un elenco di norme dotato di autorità, è contenuto il germe del concetto di validità giuridica ... Dire che una norma è valida significa riconoscere che essa ha superato tutte le prove stabilite dalla norma di riconoscimento, e che è quindi una norma dell'ordinamento².

¹ È il significato fondamentale di validità che si trova in H. Kelsen, *General Theory ...*, cit., 158, la validità di una norma è la sua specifica forma di esistenza.

² H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 113, 121.

Questa accezione di validità, che si riferisce in sostanza alla c.d. *membership* di una norma, viene definita validità sistemica³. A proposito della validità sistemica, occorre anzitutto precisare di cosa si predica la validità e cioè, rispettivamente, se degli enunciati deontici, delle norme o delle proposizioni normative⁴, anche perché è attraverso tali fattori che si perviene alla distinzione tra validità formale e validità materiale e cioè tra validità dell'atto e validità del precetto.

Altro, infatti, è identificare genericamente il diritto valido, altro è identificare il 'contenuto del diritto'. Nel primo caso si ha a che fare con enunciati deontici, ossia con proposizioni linguistiche che descrivono una modalità deontica (divieto, obbligo, permesso), la cui validità discende esclusivamente dalla circostanza di soddisfare i criteri formali stabiliti per la sua emanazione dalla regola di riconoscimento. Questo è il campo della nomodinamica e della costruzione delle cosiddette catene di validità, ove, in realtà, l'enunciato non rileva affatto, poiché piuttosto si ha riguardo all'atto ed all'attività che lo ha prodotto⁵.

Come ho esposto nel primo capitolo alla nomodinamica si affianca la nomostatica che riguarda il rapporto tra i significati che diversi enunciati giuridici esprimono in un momento determinato. È a questo secondo tipo di proposizioni, in quanto esprimenti *status* deontici (corrispondenti ai 'fatti' cui l'enunciato si riferisce), che si addice il nome di norme⁶. Mentre non

³ J. WRÓBLESKY, *Tre concetti di validità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, 584; J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, cit., 127 ss. Tale nozione è particolarmente valorizzata da T. MAZZARESE, *Validità*, in *Dig. Disc. priv.*, vol. XIX, Torino, 1999, 596.

⁴ Su questa terminologia v. E. BULYGIN, *Objectivity of Law in the View of Legal Positivism*, in *Analisi e diritto 2004*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2005, 221.

⁵ Secondo L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 874-5, queste condizioni di validità formale sono quelle che determinano la vigenza della norma e sono suscettibili di essere verificate mediante giudizi di fatto, necessariamente veri o falsi. Secondo questo autore la vigenza di una norma va tenuta distinta dalla sua validità, sebbene egli tenda a includere nell'area della 'vigenza' la maggior parte dei vizi procedurali, rendendo per questo aspetto non molto attraente per i giuristi tale spiegazione, poiché sembra evidente che non tutti gli aspetti della 'regolarità formale' sono considerati attinenti alla vigenza/esistenza della norma. A parte questo profilo, su cui si tornerà più avanti, il concetto di vigenza può essere applicato anche agli atti amministrativi venendo a significare l'attitudine applicativa del contenuto di senso di un atto 'perfetto'. In senso analogo, cioè come nozione utile «*a distinguir el fenómeno de la eficacia, del de la existencia o positividad del acto ... y su idoneidad potencial para ser aplicado a determinadas situaciones*» nonché per una interessante discussione della nozione, con riferimenti comparatistici, v. T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Madrid, 2004, 159, 154 ss.

⁶ La validità della norma, o meglio la convalida di una norma, dipende da un'altra norma.

dovrebbe dare luogo a grossi problemi sostenere che nel primo caso la verifica delle condizioni di validità ha carattere conoscitivo/descrittivo⁷, nel secondo caso, trattandosi di ascrivere significati a un enunciato deontico, quella verifica può assumere sotto vari profili carattere prescrittivo, dando luogo a giudizi di valore.

Nomodinamica e nomostatica corrispondono, rispettivamente, alla validità in senso formale⁸ ed alla validità in senso materiale che declinati assieme costituiscono, quello che da Dworkin in poi, si definisce il *pedigree* di una norma. Con validità formale si fa riferimento, evidentemente, all'assenza di vizi di competenza e procedura (fp-2.2.2). Questa validità è tuttavia propria soltanto degli atti normativi, non si addice alle norme. Quando si parla di validità materiale ci si riferisce a norme in quanto significati di enunciati normativi⁹. Una norma sarà considerata, dunque, valida quando non in con-

In questo senso la validità in Kelsen è applicazione della legge di Hume. La derivazione statica e la derivazione dinamica sono i due modi in cui una norma può costituire il fondamento di validità di un'altra norma. Nel primo modo la derivazione, è di tipo analitico, nel senso che la norma convalidata è in realtà derivata da una norma più generale, per così dire è contenuta in questa. Il modello è: devi comportarti lealmente; mentire è un comportamento sleale; dunque non devi mentire. In questo caso si ha un'inferenza dal generale al particolare, mediante un'operazione intellettuale che si basa sull'analisi del significato dei vocaboli contenuti nella norma più generale. Nel secondo modo la norma convalidante è una norma che autorizza un certo individuo a produrre norme valide, cioè «stabilisce una certa autorità» (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., 220-1). Da essa non è possibile ricavare alcuna conclusione normativa, sino a quando l'individuo in questione non abbia effettivamente esercitato la propria autorità. La stessa condotta precedente viene ora giustificata così: Devi fare tutto ciò che Tizio ti ordina di fare; Tizio ti ha ordinato di non mentire; dunque non devi mentire. La norma convalidata sarà, quindi, il contenuto di senso di un atto di volontà, diretto al comportamento altrui.

⁷ V. già L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, 135 ss.

⁸ R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, 136 ss., ha classificato le norme che pongono condizioni di validità formale in quattro gruppi, la cui violazione non produce le medesime conseguenze: a) norme che ascrivono a un determinato soggetto il potere di creare specifici tipi di norme o di fonti giuridiche identificabili mediante il corrispondente *nomen juris*; b) norme che disciplinano l'esercizio di una competenza normativa o che regolano il modo di esercizio di un potere conferito (norme di procedura); c) norme che circoscrivono l'oggetto di una competenza normativa delimitando la materia; d) norme che riservano in esclusiva una competenza normativa a una specifica fonte legale. A questi quattro gruppi si può contrapporre il gruppo delle norme che limitano il contenuto di una competenza normativa, cioè che obbligano o proibiscono a un potere normativo di dettare norme con un contenuto specifico, che riguardano la derivazione nomostatica di norme.

⁹ R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, 216. La distinzione tra validità dell'atto normativo e validità della norma era già stata magistralmente delineata da M.S. GIAN-

trasto con norme gerarchicamente sovraordinate, ma è evidente che, essendo affidato il giudizio di contrasto/non contrasto a una operazione di derivazione nomostatica, essa potrà dipendere in concreto da scelte interpretative, ed in questo caso l'interprete sarà in grado, se del caso, di scegliere un significato che non risulti difforme dal significato attribuito alla norma superiore.

Vi sono, però, almeno altri due possibili significati di validità come esistenza: quello secondo cui una norma è valida se esiste effettivamente, nel senso che è seguita in un certo contesto sociale¹⁰, ed il significato, più controverso, secondo cui una norma è valida se moralmente obbligatoria o, inversamente, una norma non è valida se incoerente con determinate esigenze assiologiche¹¹.

L'idea che la nozione di validità debba necessariamente includere il riferimento a istanze assiologiche è alla base dell'approccio di alcuni recenti ed importanti contributi della dottrina giusamministrativistica, già menzionati nel primo capitolo, aventi, tra l'altro, come obiettivo proprio quello di distaccare, entro una generale nozione di invalidità, ipotesi di vizi non invalidanti ovvero di 'irregolarità' (nel senso che sarà specificato più avanti) in quanto – pur non superando “le prove stabilite dalla norma di riconoscimento” – rispondenti, però, a un tipo diverso di validità o di esistenza, dipendente in breve da un giudizio di valore¹².

Questi studi ritengono di dover muovere obiezioni radicali alla nozione sistemica di validità, sebbene, alla resa dei conti, se ne distacchino soltanto

NINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, Milano, 1955, ora in ID., *Scritti*, vol. III, Milano, 2003, 891 ss. In tema v. anche F. BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963, 336 ss.

¹⁰ L'accezione fattuale della validità delle norme riguarda, in particolare, le correnti del realismo giuridico, mentre per il giuspositivismo essa è limitata o al sistema giuridico nel suo complesso (che deve comunque possedere un certo grado di effettività: H.L.A. HART, *The concept of law*, cit., 122) o all'esistenza della regola di riconoscimento: H.L.A. HART, *op. ult. cit.*

¹¹ Per queste tre accezioni di validità cfr. J. WRÓBLESKY, *Tre concetti di validità*, cit., 584 ss. Mi pare, tuttavia, opportuno precisare, con A.G. CONTE, *Studio per una teoria della validità*, in *Riv. intern. Fil. del Dir.*, vol. XLVII, 1970, 334, che è errato ritenere quelle tre accezioni come *species* di un unico *genus*, poiché, invero, esse riguardano oggetti diversi (v. *infra*, nel testo).

¹² Naturalmente quando si fa riferimento a un giudizio morale o di valore si intende un qualsiasi valore che in concreto il diritto debba perseguire, e quindi non necessariamente valori etici, che sono alla base dell'esigente nozione di validità morale che a esempio R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg im Breisgau-München, 1992; trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, 89 ss., contrappone alla validità del positivismo giuridico. Ad esempio il valore messo in gioco normalmente con riferimento ai vizi formali del provvedimento amministrativo è quello dell'efficienza o del 'risultato'.

in parte. Oltre a quanto già osservato in precedenza (I 1.4.2) è sufficiente qui soggiungere che secondo il principale esponente di questa corrente di pensiero, Antonio Romano Tassone, il diffondersi delle teorie normativiste e gradualiste avrebbe favorito, da un lato, l'affermarsi di una concezione causale della validità, per tale dovendosi intendere l'idea che l'atto valido va identificato con quello conforme al diritto, dall'altro lato, l'assimilazione degli atti giuridici negoziali agli atti normativi, con ciò estendendo ai primi l'accezione della validità giuridica come specifica forma d'esistenza desunta dalla conformità a una norma superiore¹³. Questa influenza della Scuola di

¹³ Probabilmente non si può intendere la sostanza di questa tesi se non si dice che secondo Romano Tassone all'origine del concetto di validità vi sarebbe, invece, la centralità del soggetto di diritto nei processi dinamici dell'ordinamento proprio della tradizione pandettistica, cui si correla la separazione dell'atto giuridico (a sua volta momento di esaltazione della volontà del soggetto) dai fatti giuridici. In questa fase avrebbe dominato una idea "effettuale" della validità per la quale sarebbe invalido soltanto l'atto inefficace. Una riprova della diffusione di questa idea la si troverebbe nelle tesi che considerano validi i contratti annullabili. La tesi del passaggio da una concezione effettuale a una causale ha riscosso credito incondizionato negli studi recenti sul tema dell'invalidità degli atti amministrativi (v. F. LUCIANI, *op. cit.*, 153-4; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, cit., 124 ss.), ma proprio questo riferimento alla tematica dell'annullabilità mostra a mio avviso come essa sia piuttosto inconsistente, facendo leva su una distinzione, quale quella tra validità ed efficacia, che si basa su definizioni stipulative dei giuristi ed affatto malcerta. Come ho già osservato nel secondo capitolo (II.3.1) non esiste in nessuna realtà qualcosa come gli 'effetti giuridici' di un atto. E come dirò più avanti, in un uso linguistico assai diffuso validità vuol dire efficacia e quello che normalmente chiamiamo efficacia sarebbe forse più appropriato definire come validità. Dall'altra parte lo stesso Romano Tassone, in un passaggio che devo confessare non mi è chiaro sino in fondo in correlazione con il discorso complessivo, sostiene che i concetti di validità-invalidità non possono perdere il legame con l'efficacia giuridica, che ne costituisce il primo essenziale elemento definitorio e, quindi, pur scindendo sempre più nettamente validità ed efficacia, non si può negare che validità ed invalidità sono nozioni funzionali al riconoscimento o alla negazione dell'efficacia di un atto giuridico. Queste conclusioni mi trovano nella sostanza completamente d'accordo. Meno d'accordo mi trova l'affermazione secondo cui la qualificazione in termini di validità-invalidità di un atto corrisponderebbe oggi a uno schema tripolare (atto giuridico-diritto obbiettivo-efficacia giuridica), dove la validità attiene all'atto conforme al diritto, perciò pienamente efficace, e l'invalidità all'atto difforme dal diritto, perciò inefficace. A mio avviso la situazione è molto più complessa nel senso che come, osservava già E. CAPACCIOLI, *La gestione degli affari in diritto amministrativo*, Padova, 1956, 110 ss., qualsiasi atto esistente, come argomenterò più avanti, ancorché irregolare, è applicabile. In senso più ampio, si può chiamare irregolare qualsiasi atto che pur non conforme al diritto è efficace in modo claudicante, ma può divenire pienamente efficace.

La mia impressione è peraltro che parlando di efficacia Romano Tassone, al fondo, faccia riferimento al significato comunemente accolto nel linguaggio comune ed in sede di teoria generale, di effettività. Effettività che può essere declinata in molti modi, ma che attingendo da

Vienna¹⁴ spiegherebbe anche la dominante concezione logico-formale dell'illegittimità degli atti amministrativi come negazione del rapporto di conformità tra atto e norma (fattispecie concreta e fattispecie astratta). Entro questa concezione stenterebbe a trovare posto lo stesso vizio di eccesso di potere, che traduce il valore della legittimità

nella corrispondenza dell'azione amministrativa a principi vivi nella coscienza dei giuristi e dei cittadini¹⁵.

Il principale rilievo critico, anch'esso tipico del movimento antiformalista, che Romano Tassone muove a tale approccio, è che il concetto logico-formale dell'illegittimità dell'atto amministrativo non sarebbe in grado di dare conto dell'attuale situazione storica e di spiegare i fenomeni reali¹⁶. L'affondo è portato direttamente nei confronti del principio di legalità, assumendo da un lato che il potere amministrativo ha carattere originario, ricevendo la propria legittimazione da un legame diretto con la società¹⁷, dall'altro che sarebbe il carattere pluralistico delle società contemporanee a rompere l'equazione legalità-legittimità impedendo che il diritto possa solo in quanto sistema di norme rivendicare autorità¹⁸. La strada da seguire sarebbe, allora, quella di un radicale ripensamento della figura giuridica dell'atto amministrativo, che ne adegui i connotati disciplinari alla sua

essenza di misura determinativa e compositiva degli interessi, pubblici e privati, compresenti in una situazione concreta¹⁹.

uno dei motivi più classici dell'antiformalismo, significa prevalere della volontà effettiva del soggetto sulla *forma giuridica*. Questo significato rende peraltro più coerente il riferimento all'istanza assiologica ed al ruolo del soggetto, del prevalere dell'interno sull'esterno (v. I.1.2.1).

¹⁴ Questa tesi è ripresa da F. LUCIANI, *op. cit.*, 69 ss. Peraltro credo che sia frutto di un equivoco ricorrente attribuire all'influsso di Kelsen il genere di formalismo imputato alla scienza del diritto amministrativo a proposito dei vizi di illegittimità degli atti.

¹⁵ A. ROMANO TASSONE, *Contributo ...*, cit., 33.

¹⁶ In questa sede non ritengo necessario soffermarmi specificamente sulla dogmatica dell'illegittimità dell'atto amministrativo. Peraltro non mancano su questo studi anche recenti. Per una efficace sintesi R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Torino, 1999, 612 ss.; v. anche F. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 223 ss.

¹⁷ *Op. cit.*, 38.

¹⁸ *Op. cit.*, 99, nt. 124. Per una prospettiva simile, ma radicalmente scettica sul ruolo del diritto positivo nella composizione dei conflitti derivanti dal pluralismo delle società post-moderne v. M. ROSENFELD, *Just Interpretation ...*, cit., *passim*. Naturalmente negare l'*authority thesis*, vale a dire che il diritto in quanto tale deve sinceramente *claims authority*, significa negare uno degli assunti fondamentali del positivismo giuridico.

¹⁹ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 37.

Ciò cui si allude in questo passaggio è il tema, divenuto negli anni successivi sempre più presente ed ormai introiettato dalle più recenti generazioni di studiosi, della rilevanza della decisione e della scelta come metro del provvedere²⁰.

Il fulcro della tesi di questo autore è, però, che alla concezione logico-formale

non corrisponde un apprezzabile sostrato assiologico nell'ordinamento qual è storicamente dato [...] se si definisce il concetto di invalidità in termini assiologici piuttosto che logici, riconoscendo quindi che l'invalidità, in tutte le sue varie forme, rappresenta essenzialmente una risposta dell'ordinamento di fronte a comportamenti umani non corrispondenti ai valori ordinamentali, è evidente come tale risposta debba soggiacere al principio di convenienza dell'effetto giuridico (o della qualificazione giuridica) al fatto delle sue concrete valenze storico-sociali, e come, pertanto, non possano collocarsi sullo stesso piano tutte indistintamente le difformità dell'atto dal dettato normativo²¹.

Al di là di questa indicazione prescrittiva, che evidentemente si fonda su una diversa opzione teorica da quella adottata in questo lavoro sul concetto di diritto, la *pars destruens* della posizione in esame si affida a un motivo classico della critica al normativismo, quello relativo al fatto che esso non potrebbe spiegare la presenza nella dinamica dell'ordinamento di atti difformi dal "lineamento normativo" eppure efficaci²². Romano Tassone osserva che sarebbero state utilizzate due tecniche fondamentali per tentare di aggirare questo problema, quella della "negazione" e quella dello "spostamento". La prima, probabilmente la più seguita²³, è quella che sostiene che gli atti e norme difformi dallo schema normativo non sono validi e non producono effetti diretti, gli effetti che questi sembrano avere derivando in realtà dall'applicazione di altre norme valide²⁴. Si tratta di quel sistema di "interiorizzazione" della devianza già notato nel primo capitolo (I.3). La seconda sa-

²⁰ Mi limito a menzionare, per tutti, F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, 778 ss.; D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce 'Atto amministrativo'*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, cit., 758 ss.

²¹ A. ROMANO TASSONE, *Contributo ...*, cit., 37, 39.

²² Su cui v. anche A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, 51 ss.

²³ Questa è difesa, a esempio, da M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità ...*, cit., 39.

²⁴ V. M. JORI, *Ordinamento giuridico*, in M. JORI, A. PINTORE (a cura di), *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., 281.

rebbe quella che sposta il contrasto dall'atto al comportamento dell'agente e che in questo costruirebbe una specifica figura di irregolarità in senso soggettivo.

In realtà vi è, almeno, una terza tecnica, consistente nello scomporre il concetto di validità in più concetti, al tempo stesso demistificandolo, e nel considerare il nesso inscindibile di tali concetti con il modo di operare delle regole costitutive. Questa è precisamente la strada che intraprenderò tra breve. La quale dovrebbe non solo mostrare che i suddetti rilievi critici non comportano il collasso della concezione normativistica della validità, ma anche consentire di porre le basi per un soddisfacente inquadramento delle diverse ipotesi di illegalità praticabile. Questo non significa che le altre due tecniche risultino squalificate, ed anzi a mio avviso, ai vari livelli dei discorsi teorici e dogmatici, possono costituire anch'esse utili strumenti esplicativi dei complessi rapporti che esistono tra il livello della prassi e quello delle sistemazioni concettuali²⁵.

D'altra parte, a onta della profondità dell'attacco portato sul piano teorico alla concezione sistemica della validità, al livello della specifica proposta ricostruttiva la tesi di Romano Tassone, come si vedrà, non è affatto dirompente e continua in definitiva a muoversi al suo interno. Soprattutto non sembra esservi alcuna conseguenza tra il richiamo al modo attuale di intendere il provvedimento come misura compositiva di interessi ed il problema della validità di atti e norme, poiché, sebbene il valore che questo autore vuole difendere è proprio il risultato di tale composizione, essendo quest'ultimo un risultato concreto non predeterminato e non predeterminabile, il mezzo per raggiungere tale obiettivo è proprio quello della (in)validità sistemica attraverso la rilevanza sul precetto dei vizi che in astratto attengono all'atto²⁶. Secondo l'insegnamento di Jhering il caso in cui prevalgono

²⁵ Al fondo la spiegazione della validità, riposando sulla regola di riconoscimento o sulla norma fondamentale – concetti senza i quali non è possibile concepire un insieme di norme come un sistema – sembra infrangersi sulle difficoltà che da sempre accompagnano la fissazione del comune denominatore di un ordinamento (per la critica alla possibilità stessa di concepire qualcosa come un sistema 'ordinato' di norme, v. R. GUASTINI, *On Legal Order: Some Criticism of the Received View*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 2000, 265 ss.). Su questo, che è forse il tema più discusso della teoria giuridica del Novecento mi limito a dire che – proprio sul piano della prassi – mi pare necessario, se si vuole che il diritto assolva la sua funzione, presupporre che la validità sia sistemica. Qui assumerei quindi lo stesso atteggiamento che ho assunto a proposito delle necessità per il diritto di 'regole genuine', quello del *bootstrapping*.

²⁶ Significativo è che a questo proposito, a partire da una importante linea di pensiero, si parli di invalidità derivata (A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940,

gli ‘svantaggi del formalismo’ è quello in cui determinate disformità impediscano a un precetto conforme al proprio parametro normativo di riferimento di ‘spiegare validamente effetti’, ma la moderna assunzione della scienza del diritto amministrativo è che questo parametro sia a sua volta a mala pena una cornice entro cui, appunto, comporre gli interessi. Qui, pertanto, si pone una sorta di presunzione: non si discute neanche della giustizia, adeguatezza, ecc. del precetto – ciò che un accostamento assiologicamente orientato potrebbe ben ritenere di poter fare – quando l’atto che lo ha posto in essere non ha rispettato le condizioni previste per la sua valida produzione e tali condizioni si deve presumere possano in astratto avere incidenza causale su tale precetto²⁷. Ma allora, anche Romano Tassone dovrebbe essere interessato alla soluzione delle ‘aporie interne’ alla validità sistemica del diritto.

A quanto ora osservato si collega un altro aspetto che considero centrale. Si tratta della tendenza a trattare con lo stesso metro tanto la funzione (che è connessa a una scelta, o a una ‘determinazione compositiva’) quanto la strategia decisionale secondo regole. Su queste basi una ricerca onnicomprensiva della nozione di (in)validità è costretta a non prendere in considerazione la divergenza concettuale tra l’agire secondo la funzione e l’agire in base a una strategia delle regole²⁸. A mio avviso, com’è evidente da quanto

345). Come si vedrà nel capitolo successivo la prevalente dottrina giusamministrativistica spagnola tende sul punto a distaccare maggiormente il valore del precetto dai condizionamenti dell’atto.

²⁷ Questa è la tesi centrale dell’autore su cui v. *infra*, § 3.

Ho utilizzato in senso generico il termine ‘presunzione’ per descrivere una latente tecnica giustificativa come la seguente. Il precetto è quello fissato dal provvedimento, le regole convalidanti sono quelle ricavabili dalle disposizioni in tema di forma dell’atto e del procedimento in combinazione con la regola generale sul vizio di violazione di legge. Nel caso della determinazione compositiva di interessi, tuttavia, non si ha propriamente un problema di raffronto tra enunciati (che esprimono regole), ma tra regole convalidanti e modalità di formazione ed esternazione dell’atto in cui il precetto è contenuto. Si deve supporre, in tale ipotesi, che, essendo per definizione non determinabile dal giudice quale sia il modo di concretizzazione della fattispecie astratta, poiché questa concretizzazione è riservata all’amministrazione, qualunque difetto relativo alle modalità di produzione della regola concreta debba condurre a un giudizio di disformità del precetto così posto rispetto alle regole convalidanti di carattere sostanziale. Solo questa può essere una giustificazione (non puramente formalistica) della rilevanza delle regole formali. Una giustificazione, cioè, che porti comunque a operare il raffronto tra il precetto posto dal provvedimento e la fattispecie sostanziale astratta (o detto con lessico più familiare agli amministrativi con la norma sostanziale di attribuzione di potere). Diversamente si dovrebbe semplicemente formulare la seguente tautologia: l’esigenza del rispetto delle forme si giustifica perché le forme vanno rispettate (secondo la legge).

²⁸ A. ROMANO TASSONE, *Contributo ...*, cit., 85, nt. 91, è ben consapevole di questo

ho esposto nel secondo capitolo, il prezzo da pagare a questa uniformità è troppo alto, poiché costringe a rinunciare in partenza all'idea della configurabilità di ambienti decisionali non particolaristici confidando maggiormente nelle 'virtù delle regole'. In altri termini stigmatizzare l'idea dell'amministrazione esecutrice di leggi (come fa Romano Tassone nei brani sopra riportati) quando si sta parlando di funzione (di decisioni su cui in partenza si sa che sono discrezionali) è come mirare a una controfigura. Qui il problema è semmai²⁹ quello del formalismo concettuale che si nasconde dietro l'invocazione di principi e di valori (che si suppone siano) in grado di giuridicizzare tali decisioni. D'altra parte, quando il gruppo (attraverso le proprie istituzioni rappresentative ai vari livelli) non desidera la mediazione dell'amministrazione nella creazione delle regole generali o individuali, in che senso è corretto dire che l'amministrazione deve limitarsi all'esecuzione di leggi? A me pare che si tratti di un modo di esprimersi ambiguo³⁰, poiché svia l'attenzione dal fatto che si sta parlando di applicazione di regole o meglio ancora di vegliare (preventivamente) sull'applicazione di regole che

può essere provveduta dai singoli stessi di caso in caso, senza un ulteriore ricorso a una direttiva o alla discrezionalità dei funzionari³¹.

In questi frangenti sembra più plausibile dire che più concreto è il rischio di incorrere in quello 'svantaggio del formalismo' che impedisce a un precetto conforme al proprio parametro normativo di riferimento di 'spiegare validamente effetti'.

1.2. Regole costitutive e validità sistemica

Come si è accennato nel capitolo precedente il concetto di norma costitutiva o di competenza – nel senso di norma che conferisce un potere – è essenziale per fornire un più accurato resoconto della nozione di validità ed

aspetto come dimostra il fatto che egli avverte che per affermare l'irrelevanza delle disposizioni sul procedimento nei confronti dell'attività vincolata «bisogna ... battere un'altra strada ... su questa strada ci si potrebbe forse incamminare, sostenendo che gli atti vincolati non costituiscono espressione di potere della p.a.».

²⁹ Come emerge a esempio da certe discussioni tra i giuspubblicisti britannici cui si è rapidamente accennato nel capitolo primo (§ 1.4.2).

³⁰ Nel senso che nella tradizione culturale del nostro e di altri paesi con l'invocazione dell'esecuzione di legge si voleva esorcizzare il problema della discrezionalità.

³¹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 160.

invalidità di un atto o di una norma³². Basta ricordare la definizione di regola costitutiva in contrapposizione con quella di regola regolativa. L'ultima serve a qualificare delle condotte materiali, che esistono prima di ogni norma: se qualcuno compie l'atto di sottrarmi abilmente il portafoglio dalla giacca non dirò che questo atto è nullo o annullabile.

Le regole costitutive invece creano determinati fatti istituzionali ed indicano azioni per raggiungere obiettivi normativi, azioni e risultati che non sono concepibili prima della norma. In questo caso ha senso riferirsi sia alle azioni sia ai risultati come a esempio alla 'celebrazione' di un contratto o a un 'contratto valido'. In termini di validità o invalidità ci si riferisce, quindi, sia al fatto che da un determinato atto derivano/non derivano determinati 'effetti giuridici'; sia al fatto che un atto è stato adottato in conformità a certi requisiti di procedura, forma, sostanza. Insomma parlando di (in)validità ci si può riferire tanto alle condizioni per compiere validamente un atto quanto alle sue conseguenze³³.

Le norme che prevedono tali condizioni sono appunto norme costitutive. A questo proposito è però necessario porre in rilievo un problema di fondo per la teoria e la scienza giuridica, relativo al fatto che le regole costitutive attengono anzitutto all'esistenza dei fatti di cui sono condizione di pensabilità, come tale distinta dalla validità, intendendosi per quest'ultima la legalità o conformità con tutte e ciascuna delle norme sulla produzione giuridica rilevanti in un determinato caso. Se non si operasse questa distinzione una sentenza od un atto amministrativo *contra legem* non esisterebbero come tali, mentre è evidente che proprio il fatto che tali atti possono essere impugnati ed annullati dimostra che essi esistono per il diritto³⁴.

Una volta assunto che deve esservi una distinzione concettuale tra condizioni di esistenza e condizioni di validità di una norma, non è tuttavia affatto semplice demarcare il confine tra le une e le altre. In via di prima approssimazione si potrebbe dire che mentre le condizioni di validità formale riguardano sempre l'esistenza di atti e norme le condizioni di validità materiale non la riguardano mai. È, infatti, intuitivo osservare che per riconoscere una norma od un atto come esistenti per il diritto bisogna guardare a elementi come il soggetto che li ha posti in essere e lo specifico risultato normativo

³² Nella dottrina giusamministrativistica italiana costruisce la nozione di validità a partire dalle norme secondarie che conferiscono poteri G. CORSO, *Validità*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, 85 ss.

³³ Cioè al suo significato soggettivo.

³⁴ M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho*, cit., 49 ss.

che si voleva determinare. Nessuno prenderebbe sul serio un tribunale che intitolasse ‘decreto-legge’ un proprio atto oppure che dichiarasse guerra a un paese straniero. Ma quando la difformità riguarda esclusivamente la derivazione nomostatica si può, viceversa, essere relativamente certi che l’atto sarà sempre riconosciuto come appartenente al diritto.

Detto questo, tuttavia, è altrettanto evidente che non tutte le condizioni di ‘validità formale’ riguardano l’esistenza. Al di là dei casi suddetti, che sono casi-limite, vi saranno infatti molti casi in cui nonostante infrazioni, a esempio, delle norme di competenza e di riserva materiale, non si potrà dire che l’atto emanato non esiste, ma che esso esiste, e che malgrado la sua imperfezione, sarà applicato come un atto perfetto a meno che non sia annullato. Come detto poco sopra, la circostanza che deve essere annullato perché non sia più preso in considerazione come giustificazione di una decisione giuridica, dimostra che esso esiste come fatto giuridico.

Il caso più emblematico e problematico è proprio quello delle regole di procedura. Anche in questo caso è naturale sostenere che non ogni minima infrazione di queste regole rende l’atto inesistente, e sì viceversa il totale spregio di qualsiasi regola procedurale. Anche in questo caso è, però, estremamente difficile stabilire quando determinate violazioni siano tali da potersi affermare che, parafrando John Searle, un ‘atto X non conta come Y’ o che un ‘atto X conta come un Y invalido’. Come è stato osservato, per questo problema non esistono criteri normativi³⁵ ed al di là di mostrare esempi in cui indubbiamente non si è dinanzi a un fatto giuridico, ve ne sono altri in cui il dubbio permane e non c’è altro da fare che ricorrere a un criterio convenzionale³⁶.

Allora, sotto il profilo concettuale, si può dire che una certa decisione conta come norma della classe N quando all’organo O che l’ha posta in essere era stato conferito il potere di creare norme della classe N. Quest’ultima potrà essere, però, invalida se si verifica uno dei seguenti presupposti: a) se nel processo di produzione della norma N si sono verificate violazioni delle norme che regolavano il procedimento per la creazione di quel tipo di norma; b) se il contenuto della norma riguarda materie o argomenti che non sono di competenza dell’organo O; c) se l’argomento o la materia deve

³⁵ M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica*, in *Doxa*, n. 26, 2003, 726.

³⁶ B. CELANO, *Justicia procedimental pura y teoría del Derecho*, in *Doxa*, n. 24, 2001, 424. M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *op. ult. cit.*, 727, portano l’esempio di una legge non votata dalla maggioranza di un ramo del Parlamento eppure promulgata: esiste o no come istanza di un tipo di atto giuridico chiamato ‘legge’?

essere disciplinato da un tipo di norma diverso dal tipo cui appartiene N; d) se la norma ha un contenuto incompatibile con quello previsto da altre norme dell'ordinamento³⁷.

Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero richiamano l'attenzione sul fatto che le regole costitutive presuppongono un complesso insieme di relazioni normative, nel quale vi sono non solo regole d'azione che si riferiscono ad azioni diverse dall'uso dei poteri normativi, ma anche norme che regolano l'uso dei poteri conferiti, ossia modalità deontiche che riguardano direttamente tali poteri³⁸. Secondo questa distinzione le norme che disciplinano l'uso dei poteri conferiti, quelle sopra elencate alle lett. a-d, sarebbero dunque regole regolative primarie e non costitutive (secondarie). Questa posizione ha il merito di far risaltare nettamente la scissione tra le condizioni per l'esistenza di un atto o di una norma e quelle relative alla loro invalidità, che infatti i due autori chiamano invalidità regolativa per distinguerla dall'invalidità costitutiva (inesistenza)³⁹.

Rischia, tuttavia, di creare qualche confusione dire, a esempio, che le norme sul procedimento di formazione o sul contenuto di un atto sono regole di condotta (ossia riguardano una modalità deontica). È forse preferibile mantenere ferma l'originaria impostazione di Hart che considera tutte queste come norme secondarie, aggiungendo che vi sono alcune disposizioni che riguardano l'esistenza del potere ed altre che riguardano il suo esercizio⁴⁰. Il che, tra l'altro, consente di dare conto in modo più lineare del fatto che vi sono modalità deontiche che riguardano direttamente i poteri in un senso più preciso. Si tratta non di quelle norme che prescrivono come si debba agire per portare a termine correttamente un certo risultato, ma che aggiungono a tale prescrizione ulteriore peso normativo prevedendo certe azioni relative all'esercizio di poteri come obbligatorie o vietate o stabilendo termini⁴¹.

³⁷ A.M. PEÑA FREIRE, *Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas*, in *Doxa*, n. 22, 1999, 402.

³⁸ M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illicitos atípicos*, 76. Una classificazione analoga è presente già in F. BASSI, *La norma interna*, cit., 412, che individua tre schemi precettivi (regole di condotta; poteri giuridici; requisiti di validità ed efficacia di un atto).

³⁹ M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Seis acotaciones preliminares ...*, cit., 727.

⁴⁰ Un modo più preciso per distinguere i due tipi fondamentali di norme è quello di descrivere le seconde come regole anankastico-costitutive, mediante le quali si afferma, cioè, che un certo comportamento è condizione di un certo risultato, in particolare come condizione necessaria per la validità di altre norme (A.M. PEÑA FREIRE, *op. cit.*, 405).

⁴¹ In questo senso appare inadeguata l'idea corrente che tende a considerare le conseguenze dell'invalidità in termini di sanzioni: v. a esempio E. CANNADA BARTOLI, *Invalidità*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 598 ss.

Il caso più tipico e frequente è proprio quello dei poteri pubblici, in genere a esercizio obbligatorio, a esempio l'obbligo del giudice di emettere la sentenza o quello dell'autorità amministrativa di emanare il provvedimento amministrativo o, in generale, l'obbligo di non causare un danno ingiusto ad altri nell'esercizio del potere (*neminem laedere*). Spesso tali modalità deontiche riguardano poi direttamente l'agente investito concretamente del potere, al quale possono essere imposti obblighi e divieti ancora più specifici (si pensi all'insieme di regole che stabiliscono l'illecito disciplinare dei magistrati o la responsabilità dei funzionari amministrativi)⁴².

In ogni caso, secondo la distinzione tra validità costitutiva e validità regolativa, mentre la prima indica un concetto classificatorio, cioè mediante il quale si opera semplicemente la ascrizione di un fatto in una certa classe e, seppure possano darsi casi dubbi, il giudizio di ascrizione risponde a una logica bivalente: un certo insieme di azioni o è un atto amministrativo o no; la seconda indica un concetto comparativo, nel senso che non si applica mediante un semplice giudizio bianco o nero, ma mediante una scala graduale che va dalla piena validità a un estremo alla piena nullità a un altro estremo, passando, secondo la 'gravità' del vizio, per la annullabilità ed i cosiddetti 'vizi non invalidanti'⁴³.

Questo resoconto del modo di operare delle regole costitutive risponde in fondo a un'intuizione da sempre presente nella scienza giuridica, anche relativamente agli atti amministrativi, quando distingue il momento della perfezione da quello della validità/efficacia, spiegando che quello della perfezione è un requisito puramente formale che designa la chiusura del ciclo di

⁴² Può non essere semplice distinguere tra regole regolative (primarie) riferite all'uso dei poteri e regole secondarie che *definiscono* il modo di esercitare con successo i poteri. Un caso che sembra abbastanza pacifico di regola primaria sarebbe quello del termine per l'emanazione del provvedimento, in genere considerato non espresso da una metanorma sull'esercizio del potere, che incida quindi sulla validità dell'atto, ma da una regola di condotta, la cui violazione comporta conseguenze diverse dall'invalidità dell'atto. Questo vale, peraltro, nei procedimenti a iniziativa di parte. Per quelli a iniziativa d'ufficio, secondo l'ipotesi ricostruttiva di M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, cap. IV, anche il termine dovrebbe invece essere considerato come espresso da una metanorma sul potere, con la conseguenza di rendere invalidi gli atti emanati in violazione del termine. Inoltre non è da escludere che il medesimo fatto (bruto) sia qualificato sia da regole anankastico-costitutive sia da regole regolative, dando luogo a conseguenze differenti.

⁴³ V. M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Seis acotaciones preliminares ...*, cit., 727. Che il regime di validità degli atti dipende da scelte operate da ciascun ordinamento v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 469.

formazione dell'atto⁴⁴: a partire da questo momento esso produce effetti giuridici, anche se molto spesso l'efficacia è materialmente disgiunta dalla perfezione⁴⁵.

Occorre, però, segnalare un altro aspetto altrettanto importante. Postisi all'interno dell'ambito concettuale dell'invalidità regolativa, che un determinato risultato normativo sia visto come pienamente valido o invece come colpito da qualche specie di irregolarità (che può dar luogo a nullità, annullabilità, ecc.) dipende esclusivamente, in base alla tecnica del fp.-2.2, dal pronunciamento autoritativo di determinati organi⁴⁶. Il che comporta l'esigenza di relativizzare la nozione di (in)validità, perlomeno sotto il profilo del funzionamento pratico di un ordine normativo, e ciò rende non molto interessanti le questioni dibattute dalla scienza giuridica sul se a esempio un atto annullabile sia da considerare valido o invalido o persino sulle stesse qualificazioni di un atto come nullo o annullabile⁴⁷.

⁴⁴ G. MIELE, *Principi*, cit., 155.

⁴⁵ Nell'opinione della giurisprudenza e della dottrina più risalenti il momento di perfezionamento dell'atto è quello a partire dal quale sorge la presunzione di validità (legittimità) del medesimo. V. B.G. MATTARELLA, *L'imperatività ...*, cit., 192, per il recepimento di questa lunga tradizione da parte di M.S. Giannini.

L'art. 21-*bis* l. 241/1990 si limita a prevedere in via generale la ricettività dei provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati, disponendo che questi acquistino efficacia nei confronti dei destinatari solo con la comunicazione.

⁴⁶ V. sul punto D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005, 344. In sostanza il tempo (*final date*) in cui una norma cesserà di avere efficacia può essere stabilito soltanto da un organo appositamente munito di un tale potere. In un'ottica puramente kelseniana risulta difficile distinguere quindi l'annullamento dall'abrogazione essendo norme superiori a prevedere i criteri per l'"irregolarità". Tali norme svolgono due funzioni: stabiliscono il processo di creazione per altre norme; sono usate come criteri per la "nullificazione" di una norma a causa della sua irregolarità.

⁴⁷ V. a esempio M. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973, il quale, dopo avere esaminato lungamente gli argomenti portati dai vari orientamenti pro o contro la qualificazione dei contratti annullabili come validi o come invalidi, conclude per la tesi dell'invalidità sostenendo che l'annullamento può essere considerato come l'effetto di una norma diversa da quella che prevede la 'validità' degli atti. Il fenomeno sarebbe analogo a quanto avviene per tutte le forme di impugnabilità di un "autoregolamento" in cui, all'accertamento delle circostanze che lo rendono eliminabile, consegue il disconoscimento dell'atto e conseguentemente il venir meno degli effetti. Senonché da questa impostazione deriva che le circostanze inerenti e successive all'annullamento non possono essere rilevate relativamente alla fase antecedente all'annullamento stesso. In altre parole la riferibilità effettiva dell'atto agli indici che ne prevedono l'annullamento, se è ipotizzabile preventivamente in sede di interpretazione, e quindi è «ipotizzabile la fattispecie astratta dell'atto annullabile, diventa possibile e sbocca in una qualificazione tecnica soltanto a seguito e per

Il punto è che il diritto, avanzando una pretesa di autorità, essenziale al suo stesso concetto, incorpora una sorta di ‘presunzione di validità’ delle norme che possano essere riconosciute come appartenenti a un ordinamento giuridico. Se valesse la presunzione contraria la stessa idea del diritto di porsi come strumento di regolazione della condotta sarebbe destinata al totale collasso⁴⁸. A questo proposito mi pare si possa intravedere un modo di essere differente tra le norme primarie e le metanorme secondarie (in particolare quelle sopra definite anankastico-costitutive), proprio nel fatto che queste ultime, a differenza delle prime, hanno come destinatari più gli organi ufficiali di applicazione del diritto che non i consociati⁴⁹.

Per questi ultimi quello che realmente conta è la formula fondamentale della costitutività, che un atto X, emanato da un organo O⁵⁰, conta come Y in certe circostanze C, indicante i requisiti minimali perché un atto abbia l'apparenza della *membership* in un sistema normativo e quindi di essere valido. E come accennato nel primo capitolo è su questa sorta di validità *prima facie* che si fonda l'atteggiamento dei cittadini che seguono le regole di condotta giuridiche reputandole appunto regole appartenenti a un ordinamento normativo di carattere giuridico⁵¹.

effetto dell'annullamento» (p. 241). Sotto questo profilo non sono granché intuitivi gli argomenti per contrastare l'idea di una sostanziale assimilazione tra atto annullabile e nullo (M. PROSPERETTI, *op. cit.*, 245).

⁴⁸ Questa spiegazione mi sembra più comprensiva e più esplicativa di quella che fa riferimento soltanto al valore dell'ordine pubblico e della sicurezza dei traffici giuridici.

⁴⁹ Una prospettiva teorica molto interessante che confermerebbe la possibilità di considerare che le norme dirette ai cittadini sono diverse dalle norme dirette ai funzionari è quella indicata, in un altro contesto (quello del diritto penale) da M. DAN-COHEN, *Harmful Thoughts*, Princeton, 2002, 38-40, che parla suggestivamente di un fenomeno di “isolamento acustico”, immaginando un mondo diviso in due camere in ciascuna delle quali stanno separatamente cittadini e funzionari cui il legislatore comunica le stesse regole senza che gli uni possano udire gli annunci fatti agli altri. L'immagine è efficace per indicare come certi tecnicismi o certe soluzioni estremamente complesse sono dirette di fatto soltanto ai professionisti del diritto, fermo restando che il diritto non può adempiere alla sua funzione se non è principalmente ed effettivamente diretto ai ‘laici’.

⁵⁰ Tra le condizioni di esistenza si include in genere il requisito O, distaccandolo dalle altre regole di procedura e competenza. In realtà anche la riferibilità di un atto a O dipende da altre regole di forma e procedura, che consentono di individuare un certo insieme di persone e cose una unità giuridica funzionale detta Parlamento o Consiglio comunale. Proprio rispetto a questo profilo emerge l'estrema difficoltà del problema del funzionario di fatto (su cui v. E. CAPACCIOLI, *La gestione degli affari*, cit., *passim*).

⁵¹ Il problema relativo alla possibilità per i cittadini di resistere ai provvedimenti amministrativi invalidi era un tempo oggetto di discussione nella scienza giuridica, perlopiù esclu-

Questo aspetto, che caratterizza norme poste mediante contratti, testamenti, leggi, sentenze, atti amministrativi, mi pare consenta di guardare sotto una luce diversa dal consueto anche al problema della presunzione di validità o comunque di un operare rafforzato dell'efficacia che caratterizzerebbe gli atti dei pubblici poteri (nel lessico gianniniano il "modo dell'equiparazione" del provvedimento amministrativo illegittimo a quello legittimo⁵² rispetto agli atti dei privati.

dendosi che si dessero tali casi (F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, ristampa con note di aggiornamento a cura di G. Miele, 607-608, in particolare nota [a] con indicazioni della letteratura). L'opinione favorevole si basava sul fatto che l'art. 434 del codice penale previgente prevedeva la liceità della resistenza passiva agli atti invalidi e da questo passava a desumere, traendo argomento anche dall'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, la liceità della resistenza attiva. Tali argomenti, per quanto discutibili, non sono comunque più utilizzabili alla luce del codice penale vigente dal 1940. La resistenza attiva è punita dall'art. 337 come resistenza a un pubblico ufficiale; la resistenza passiva, seppure non sarebbe punibile ai sensi dell'art. 650 come inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, non impedirebbe all'amministrazione di eseguire gli atti illegittimi, poiché proprio in quanto passiva non in grado di impedire l'esecuzione coattiva, mentre se si trasformasse in attiva costituirebbe reato. Va notato che l'opinione secondo cui sarebbe ammissibile la resistenza passiva ai provvedimenti dell'autorità si fonda probabilmente sul fatto che l'art. 650 c.p. si riferisce all'inosservanza di un «provvedimento legalmente dato», ma di là dalla punibilità che qui non interessa, non vi è alcun riferimento al 'grado della legalità' ed anche in questo caso sarà sempre il giudice a stabilire se il provvedimento era o meno legale. Caso a sé è quello della causa di scriminante o di non punibilità prevista dall'art. 4 del Decreto Legislativo 14 settembre 1944 n. 288 secondo cui «non si applicano le disposizioni degli artt. 336, 337, 338, 339, 341, 343 del codice penale, quando il pubblico ufficiale o l'incaricato del pubblico servizio abbia dato causa al fatto preveduto negli stessi articoli, eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni».

Sul versante opposto, quello cioè relativo alla possibilità per l'autorità amministrativa di accertare l'invalidità dei propri atti, si è sostenuto che non vi sarebbe «alcun dubbio che (in base ai principi generali in materia di autotutela) il riesame dichiarativo della nullità possa essere condotto tanto dall'organo che ha adottato l'atto, quanto da quello gerarchicamente superiore» (A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 325). Una idea simile, seppure in termini non così perentori, sembra sostenuta anche da F. CAMMEO, *Corso ...*, cit., 654, e trova qualche riscontro in giurisprudenza. A mio avviso questa idea non ha alcun fondamento. L'annullamento d'ufficio è stato oggi disciplinato dall'art. 21-*nonies*, l. 241/1990 e si riferisce ai soli provvedimenti annullabili. Oltre questa previsione, che ha risolto una annosa disputa, non vi sono "principi generali in tema di autotutela" e non si vede, quindi, su quali basi un'autorità non giurisdizionale dovrebbe godere di questa prerogativa.

⁵² In Italia l'idea della presunzione di validità dell'atto amministrativo è stata da tempo sottoposta a una critica serrata proprio da Massimo Severo Giannini, il quale osservava come fosse fuorviante ricorrervi «perché se vi è un atto certo e non contestabile quanto agli effetti, questo è il provvedimento amministrativo» (M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc.*

Mi sembra che le suddette considerazioni trovino conferma anche da un altro punto di vista, quello relativo al fatto che in tutte le vicende dell'invalidità giuridica occorre considerare la dimensione dell'interesse, e quindi del

dir., vol. IV, 1959, 187) e riteneva, invece, che il fenomeno per il quale il provvedimento spiega immediatamente i suoi effetti vada ricondotto al "momento dell'autorità". Altrove, nell'ordinamento spagnolo a esempio, tale presunzione è, tuttavia, stata eretta a regola di diritto positivo. L'art. 57 della *Ley de Administración Pública* recita «*Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*». La stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia ricorre normalmente a tale categoria che sembra appartenere alle tradizioni giuridiche comuni agli Stati membri (v. a esempio CE 27 febbraio 1992 BASF AG e altri/Commissione, C 78/89, in *Racc. uff.*, 1-01229). Ad ogni modo l'ancoraggio dell'atto di amministrazione alla nozione di imperatività (come requisito ancipite dell'autorità degli atti amministrativi) è stato, a sua volta, sottoposto a una ampia rivisitazione critica sulla base della considerazione che, avendo la giurisprudenza storicamente scelto il "modo dell'equiparazione" sarebbe stato sufficiente fornire una spiegazione di ordine processuale alla efficacia provvisoria dell'atto invalido (B. MATTARELLA, *op. cit.*, 241).

La mia impressione è che quando ci si riferisce (nel contesto italiano) a una presunta centralità del ruolo dell'efficacia nel diritto amministrativo si allude, in realtà, a una circostanza molto precisa, che con l'efficacia, intesa come applicabilità di una norma (v. *infra*), ha poco a che fare. Alla circostanza, cioè, che sulla cosiddetta presunzione di validità, o modo dell'equiparazione, si è costruito il sistema della giustizia amministrativa. Ed anche in questo caso è evidente come una scelta politica, quella di estendere il più possibile la giurisdizione del Consiglio di Stato, sia stata 'mascherata' mediante una costruzione priva di basi di diritto positivo e concettualmente traballante. Uno degli obiettivi secondari dello studio di M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità ...*, cit., 135 ss., è proprio quello di ricercare una diversa giustificazione del "modo dell'equiparazione". Il che appare indicativo dell'influsso che il retaggio delle tradizioni dogmatiche continua a esercitare anche sugli autori che si pongono criticamente dinanzi a determinate formule. Voglio dire che se il problema dell'efficacia riguarda tutti gli atti giuridici irregolarmente adottati, non mi pare vi sia bisogno di uno specifico fondamento per il cosiddetto modo dell'equiparazione. Perché mai il cosiddetto effetto di degradazione dei diritti dovrebbe essere collegato a questo problema? L'imperatività, in altre parole, non è necessaria per spiegare il modo dell'equiparazione, ma per dire che l'atto degrada il diritto in interesse e su tale base giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo. Quindi osservare, con Mattarella, che il regime dell'annullabilità va inteso sul piano processuale, e che ciò è sufficiente a spiegare l'efficacia di un atto 'invalido' senza ricorrere all'imperatività, significa minare alle basi la giustificazione (mascherata) del 'modo dell'equiparazione'. Perché, infatti, se A, titolare di un diritto, ritiene che l'atto sia invalido, non può far valere il suo diritto adendo il giudice 'naturalmente' preposto a tutelare quel diritto? V. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 131, secondo cui «la teoria della degradazione e tutte le costruzioni a essa equivalenti non hanno giustificazione costituzionale ... la lettura congiunta dei primi due commi dell'art. 113 indica, quindi, una inequivocabile direzione interpretativa, nel senso che la presenza di provvedimenti amministrativi non può considerarsi *di per sé* giustificazione di una diminuzione dell'ampiezza e dell'intensità della tutela» (corsivo nell'originale).

processo, senza del quale neanche le figure più gravi di invalidità implicano in senso pratico l'inefficacia dell'atto⁵³. Si potrebbe, quindi, dire che la situazione soggettiva fa parte integrante del parametro normativo su cui si misura la validità/invalidità ed anzi ancora prima è la figura giuridica che collegando il diritto sostanziale con quello processuale, coglie una dimensione essenziale del diritto. Ha poco senso, pertanto, parlare della validità/invalidità di un atto o di un precetto (o di entrambi) al di fuori della considerazione del soggetto che può farla valere. Il che pragmaticamente può essere predicato non solo delle cosiddette nullità relative (espressamente collegate dal diritto positivo al soggetto nel cui interesse l'invalidità è prevista), ma anche della nullità propriamente detta, poiché sebbene in apparenza questa per definizione prescinda dalla considerazione di una specifica situazione di vantaggio e sia oggetto di una pronuncia dichiarativa del giudice, in realtà è pur sempre legata a una situazione di interesse (quantomeno) processuale che a sua volta non può che fondarsi sulla necessità di far valere un diritto (*rectius* la pretesa di essere titolari di un certo diritto) o di negare che qualcuno possa vantare un diritto nei nostri confronti.

1.3. *Validità, applicabilità ed irregolarità*

In base a quanto osservato nel paragrafo precedente, dunque, si può dire che un atto o una norma purché esistenti sono applicabili in un qualche rapporto giuridico o, se si preferisce, sebbene regolativamente invalidi sono applicabili. Si può parlare delle norme irregolari proprio con questo specifico significato ("le norme irregolari sono norme applicabili"), e riservare al termine validità il significato orientato verso l'antecedente, ossia verso le condizioni previste dal diritto perché un atto sia valido, cioè conforme al suo *type*. Ma è abbastanza agevole osservare che parlare di 'condizioni di validità perché una norma sia valida' suona come tautologico. È quanto intende Kelsen quando avverte che dire 'norma valida' non è diverso dal dire 'norma'. Perché questo paradosso si dilegui occorre riferire la validità alle conseguenze e riservare alla proprietà di un atto o di una norma di essere con-

⁵³ E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, 13. G. CORSO, *Validità*, cit., 87-8, nota che «il giudizio di validità – invalidità si iscrive di solito in un contesto di interessi... La stessa azione di nullità, pur essendo proposta da chiunque vi abbia interesse (art. 1321 cc.) ... presuppone pur sempre un interesse, in difetto del quale la domanda è inammissibile». Se si unisce questa considerazione a quella precedentemente fatta sulla centralità del giudizio per la nozione di (in)validità, ne risulta confermata l'idea che solo una norma priva del benché minimo requisito di esistenza non ha alcun rilievo per il diritto.

forme alle condizioni prescritte da altre norme il termine di atto o norma regolare. Si tratta, evidentemente, di definizioni stipulative, ma che tengono conto di usi linguistici presenti nel linguaggio ordinario, anche in quello dei giuristi.

Nonostante quanto osserverò subito appresso si può, peraltro, continuare a usare i termini irregolarità ed invalidità (orientata verso l'antecedente) come sinonimi; tuttavia, l'irregolarità riguarda, alla lettera, l'andare contro una regola, quindi la deviazione da uno schema⁵⁴, l'invalidità esprime, piuttosto, un giudizio sulle conseguenze di questa irregolarità. Nel linguaggio comune si dice di qualcosa che è valido quando "produce l'effetto desiderato"⁵⁵ e ciò si ritrova anche nei principali significati legali di uso corrente, non strettamente tecnico, ove validità sta per *legally binding* o *legally acceptable*⁵⁶. Si considerino i seguenti esempi. Un atto linguistico può essere scorretto, perché viola una regola grammaticale, eppure 'valido' perché realizza la sua funzione comunicativa. Se qualcuno parla, a esempio, utilizzando il condizionale al posto del congiuntivo non si dice che emette una comunicazione linguistica invalida, ma che parla in modo scorretto o sgrammaticato⁵⁷. Una proposizione come la seguente ha perfettamente senso ed è

⁵⁴ Secondo il *Grande dizionario Garzanti di italiano*, 2005, il lemma "irregolare" ha i seguenti significati: **1** che è in contrasto con le regole o con una data regola: *elezione, procedura, documento irregolare* | *condotta di gara irregolare, (sport) contraria ai regolamenti*; **2** che non è conforme alle norme morali, che non rispetta le convenienze sociali: *vita irregolare*; **3** che si allontana dalla forma, dal tipo o dalla consuetudine comune: *viso irregolare; edificio a pianta irregolare* | *nomi, verbi irregolari* o *nomi, verbi con declinazione, coniugazione irregolare, (gramm.)* quelli che si discostano dalla flessione regolare seguita dalla maggioranza degli altri nomi e verbi della stessa classe | *milizie irregolari*, formazioni militari non inquadrato nell'esercito regolare.

⁵⁵ T. DE MAURO, *Grande dizionario italiano dell'uso*, cit., vol. VI, 944. Questo uso è ampiamente e da tempo attestato anche nella scienza giuridica. V. a esempio A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916, 330, per il quale il concetto di invalidità «è in contrapposizione, e quindi in funzione, con quello di validità: per invalidità si deve intendere, quindi, la qualifica di un atto amministrativo, il quale non è capace di produrre, come effetti riconosciuti e tutelati dal diritto, gli effetti pratici che il suo autore si propone».

⁵⁶ V. *Oxford American Dictionary*. Questo comporta una certa difficoltà a distinguere validità da efficacia, sebbene tale distinzione sia un *topos* della scienza giuridica. L'idoneità a conseguire uno scopo (e lo scopo delle norme è essere seguite) è insomma alla base dell'idea di validità.

⁵⁷ Il parallelo tra un sistema di regole grammaticali ed un sistema di norme giuridiche può riguardare anche il piano dell'esistenza, nel senso che vi sarà un limite oltre il quale gli errori grammaticali renderanno i suoni profferiti o i segni scritti non idonei a costituire un'istanza di una 'valida' comunicazione linguistica. Stabilire questo confine è impossibile,

comprensibile nella maggior parte dei contesti comunicativi: “il *goal* era *invalido* perché la posizione in campo del centravanti era *irregolare*”⁵⁸.

La proprietà che sembra veramente interessante nella nozione di irregolarità risiede, allora, nella circostanza che una norma⁵⁹ irregolare è applicabile⁶⁰ (differentemente da quella ritenuta invalida o qualificata tale da un organo a ciò deputato), ossia ha attitudine a giustificare una decisione istituzionale⁶¹, potendosi cioè supporre che un organo di applicazione del diritto la porrà a fondamento di una propria decisione e che questo derivi da un preciso obbligo giuridico. Il concetto di ‘applicabilità’ di una norma appare assai più esplicativo del suo approssimativo sinonimo ‘efficacia’, largamente usato dai giuristi, ma che forse andrebbe riferito soltanto ai fenomeni di divergenza tra perfezione e ‘produzione degli effetti’.

Ciò che appare interessante sottolineare è che il collegamento tra irregolarità ed applicabilità di una norma si pone su un piano distinto da quello relativo al rapporto tra validità (comunque la si intenda) ed applicabilità. La nozione di applicabilità consente infatti di dare conto in modo plausibile di una serie di situazioni comuni nell’esperienza giuridica riguardanti l’operare all’interno di un ordinamento giuridico di atti e norme che in quel momento non ne farebbero parte secondo il criterio della sola legalità⁶²: si pensi al

così come è impossibile, come in precedenza osservato, definire in astratto il limite oltre il quale un atto giuridico non esiste come tale.

⁵⁸ Per questa ragione ritengo necessario avvertire che nel prosieguo salvo diversa indicazione parlando di (in)validità mi riferirò all’invalidità orientata alle conseguenze.

⁵⁹ Torno ad avvertire il paziente lettore che qui per norma intendo qualsiasi contenuto di senso dell’enunciato di un atto, anche particolare e concreto. L’applicabilità, riguarda, in effetti, sempre la norma e non l’atto. Ad esempio la norma dell’ordinanza di sospensione della costruzione di un edificio è l’ordine in essa contenuto di non proseguire nei lavori. Soltanto per via di una (innocua) semplificazione possiamo dire che occorre dare esecuzione all’ordinanza di sospensione, poiché dovremmo più correttamente dire che da eseguire è l’ordine in essa contenuto.

⁶⁰ V. J.L. TRIVIÑO, *Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teoría del derecho y la dogmática jurídica*, in *Doxa*, n. 22. 1999, 265. Questa definizione di irregolarità coglie un aspetto molto importante, poiché racchiude evidentemente anche l’irregolarità intesa come ‘vizio minore’ e come si vedrà consente di meglio giustificare il fenomeno dell’applicabilità di norme ed atti giuridici come distinto dal requisito della validità.

⁶¹ P.E. NAVARRO, C. ORUNESU, J.L. RODRÍGUEZ, G. SUCAR, *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, in *Análisi e Diritto 2000*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2001, 134.

⁶² La definizione di applicabilità è la seguente: una norma Ni è applicabile a un caso C se e solo se un’altra norma Nj, appartenente a un ordinamento Sj, prescrive di applicare Ni in C (E. BULYGIN, *Tiempo y validez*, in C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Análisis lógico y dere-*

rinvio ad altri ordinamenti, al fenomeno della concorrenza tra ordinamenti ed alla cosiddetta scelta del diritto, alla ultrattività ed irretroattività di determinate norme, ed appunto agli atti e norme irregolari. L'applicabilità di una norma giuridica riguarda, in breve, gli specifici doveri istituzionali di certe autorità in un caso e permette di ricostruire in concreto gli obblighi e le facoltà giuridici degli individui che sono soggetti alle decisioni di tali autorità⁶³; in altre parole l'applicabilità di una norma presuppone che un determinato organo abbia il dovere (prescritto da un'altra norma appartenente all'ordinamento giuridico di cui l'organo fa parte) di applicarla nella risoluzione di un caso. Una norma può essere, tra l'altro, applicabile per un organo ma non per un altro: si pensi al caso di un regolamento comunale che il dirigente del comune è tenuto ad applicare anche se in contrasto con la legge, laddove un giudice può essere invece tenuto o invitato a verificarne la legalità.

Il concetto di applicabilità chiama, inoltre, in causa quel carattere necessario di qualunque ordinamento giuridico non primitivo, consistente nell'esistenza sia di regole secondarie di mutamento sia di regole secondarie di giudizio. Sulla base di queste ultime, altro elemento che può dirsi costante negli ordinamenti moderni è legato all'esistenza di organi che hanno il compito di vegliare sulla regolarità della produzione giuridica⁶⁴. Naturalmente nessun ordinamento – nemmeno quelli che volessero ispirarsi a una concezione estrema dello Stato di diritto – considera tra le proprie regole quella secondo cui tutti gli atti che siano stati prodotti in modo non (perfettamente) legale debbano necessariamente soggiacere al controllo di tali organi. Corollario di questa osservazione è che non tutti gli atti debbano

cho, Madrid, 1991, 196). L'appartenenza all'ordinamento, a differenza della validità, non è condizione né necessaria né sufficiente per l'applicabilità di una norma, in quanto l'applicabilità di una norma a un caso richiede soltanto l'intermediazione di un'altra norma dell'ordinamento che ne prescriva l'applicazione. Secondo Joseph Raz, occorre riconoscere che «*the rules recognised and enforced in s are legally valid in accordance with s but are not thereby themselves part of the legal system s*». Questo significa che «*validity according to law is broader than membership of the legal system*» (J. RAZ, *Legal Validity*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. LXIII, 1977, 339, 342).

⁶³ J.J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, 1998, 153.

⁶⁴ Sotto il profilo della tecnica processuale si rispecchia la fondamentale differenza tra norme primarie e norme secondarie. Quando la pronuncia di un giudice è giustificata in base alle prime, egli dispone una condanna; quando è giustificata in base alle seconde egli dichiara l'inettitudine di x a contare come y. In questo appare abbastanza evidente la inaccettabilità della riduzione dell'invalidità a sanzione.

essere controllabili senza limiti temporali ed indipendentemente da altre circostanze di fatto.

In breve non esiste corrispondenza tra l'irregolarità di atti e norme ed il loro annullamento. Sotto il profilo normativo, considerando l'anzidetta graduabilità delle condizioni di tollerabilità della disformità di atti o norme dal diritto, possono delinearsi tre ipotesi previste da un ordinamento⁶⁵: a) che vi siano atti o norme irregolari il cui annullamento non è previsto come possibile dinanzi ad alcun organo di controllo giurisdizionale; b) che vi siano atti o norme irregolari annullabili soltanto entro un certo lasso di tempo, trascorso il quale esso non è più genericamente possibile; c) che vi siano atti o norme irregolari annullabili senza limitazioni temporali⁶⁶. Le ipotesi *sub* b) partecipano evidentemente di entrambi i caratteri di quelle *sub* a) e c), nel senso che fino a un certo punto si trovano nella situazione c) e poi passano, decorso il termine previsto, nella situazione a). Evidentemente i problemi che riguardano questo tipo di situazioni attengono in particolare alla determinazione del loro *status* rispettivamente: i) nel periodo compreso tra la perfezione ed il momento in cui se ne dichiara l'annullamento; ii) dopo che divengono resistenti all'annullamento e passano a coesistere con la loro astratta condizione di illegalità.

Quello che si può notare è che la situazione di un atto irregolare non annullabile sin dalla sua promulgazione non si differenzia concettualmente da quella di un atto irregolare passibile di annullamento entro un determinato lasso di tempo ed a certe condizioni, e che tuttavia sia divenuto non annullabile. Considerare queste ipotesi come di atti tutti invalidi o invece di atti tutti validi o ancora parlare di invalidità soltanto quando dall'irregolarità consegue la possibilità di annullamento, diviene una questione nominalistica, tanto più che, come già detto, per affermare senza tema di essere smentiti che una norma N è invalida nel momento T nel sistema S occorre necessariamente dire che questa affermazione costituisce il contenuto di senso di un atto di un'autorità giudiziaria. In pratica i giudizi di validità sono sempre giudizi di convalidazione o invalidazione, e quindi quella di (in)validità è la condizione di un atto o di una norma fisiologicamente successiva. Questo dà luogo evidentemente a un paradosso poiché quando si fa un'affermazione di

⁶⁵ Seguo qui A.M. PEÑA FREIRE, *Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2001, 211.

⁶⁶ Vi è chi ritiene che gli atti e le norme nulli siano sia invalidi sia inapplicabili e questo significherebbe che non rientrano in questa schematizzazione, ma si tratta di questione assai controversa. La mia impressione, come è già emerso, è che anche gli atti nulli, nonostante possano essere sempre invalidati, godano della proprietà di essere applicabili.

invalidità (*ex post*) non si può propriamente dire che quell'atto o norma siano davvero un atto o una norma, non facendo parte di alcun sistema giuridico ed anzi non avendo mai fatto parte di alcun sistema giuridico.

In definitiva il concetto di applicabilità dà conto della forza vincolante delle norme irregolari, senza al tempo stesso mettere in crisi l'idea sistemica (normativista) della validità.

2. *Invalidità ed irregolarità degli atti amministrativi. L'irregolarità degli atti amministrativi come 'vizio minore'*

La prima delle tre ipotesi considerate verso la fine del paragrafo precedente era quella di atti o norme irregolari il cui annullamento non è previsto come possibile dinanzi ad alcun organo di controllo giurisdizionale sin dal momento della loro promulgazione. È la condizione in cui vengono a trovarsi quegli atti amministrativi contemplati dall'art. 21-*octies*.2, l. 241/1990 con riferimento ai vizi riguardanti il procedimento e la forma. Questo significa che per tale tipo di atti (in particolare i 'provvedimenti vincolati') non si pone un problema di invalidità formale ma eventualmente soltanto di invalidità materiale, cioè non è mai l'enunciato normativo a essere invalido, ma soltanto la norma, quindi il significato che esprime quell'enunciato. Questa conclusione sarà meglio precisata ed argomentata nel capitolo sesto. Ci si può chiedere, però, riandando a quanto osservato in precedenza in questo capitolo, quale possa essere la giustificazione di una siffatta previsione, ossia se essa possa appoggiarsi su una più ampia tesi esplicativa del funzionamento concreto del diritto ovvero risponda soltanto al 'capriccio del legislatore'. Questa domanda costituirà, in qualche modo, il filo conduttore del discorso di qui alla fine dell'indagine.

Il punto di partenza non può che essere quello del modo come la scienza giuridica e la giurisprudenza hanno affrontato il problema dell'eventuale sproporzione tra il grado di disformità di un atto amministrativo dal parametro normativo e l'annullamento dell'atto come immancabile conseguenza di ogni disformità. Molto prima della entrata in vigore della suddetta disposizione, la lunga discussione sulle anormalità degli atti amministrativi aveva portato all'elaborazione di una nozione (o meglio di più nozioni) di irregolarità da intendersi nel senso specifico di "irregolarità non invalidante".

Il termine 'irregolarità' dell'atto amministrativo, prettamente di origine giurisprudenziale-dottrinale, in un'accezione generica e non rigorosa viene, dunque, utilizzato allo scopo di indicare tutte le ipotesi in cui certe anormali-

tà o disformità dell'atto rispetto al suo parametro legale non ne comportano l'annullamento. Si tratta, dunque, di un significato specifico, diverso da quello in uso in teoria generale e nel linguaggio comune.

Nel diritto amministrativo l'irregolarità, perciò, non ha tanto riguardo alla condizione dell'applicabilità quanto a una proprietà di un atto che lo distingue dagli atti illegittimi in quanto suscettibili di essere annullati.

Affidandosi alle parole del Consiglio di Stato,

si ha atto amministrativo irregolare nei casi in cui si riscontra il difetto di elementi formali marginali, tale da non comportarne la illegittimità, che, per il caso di violazione di legge, consegue alla violazione di norme giuridiche che, nel diritto pubblico sono di regola imperative⁶⁷.

Il punto su cui regna l'accordo è che le anormalità (che possono essere sia di forma sia di sostanza) che renderebbero un atto 'solo' irregolare devono possedere la caratteristica di essere molto lievi, minimali⁶⁸, ed è quindi soltanto in relazione a questa caratteristica che vengono a volte definite 'formali', nel senso che se fossero considerate rilevanti come cause di invalidazione dell'atto condurrebbero a tacciare come 'ciecamente' formalistico (meglio sarebbe dire legalistico) il sistema giuridico o l'autorità giudiziaria che li considerasse tali.

Fin d'ora può osservarsi come questo requisito della speciale tenuità del difetto per la qualificazione di un atto come irregolare appare assai poco utile nell'accostarsi alla disciplina dell'IP di cui all'art. 21-*octies*.2, ove tale requisito è assente ed anzi – pur essendo arduo stabilire quando un difetto sarebbe minimale e quando no – si può senz'altro dire che taluni dei difetti che potrebbero rientrare nella portata della disposizione (si pensi a esempio all'assenza di motivazione) sono tutt'altro che minimali.

Nell'ambito della suddetta idea della irregolarità come qualcosa che occorre distinguere dall'illegittimità di un atto, vengono in genere individuate due nozioni del fenomeno. Una più ampia e di carattere negativo, riguardante le ipotesi in cui, pur riscontrandosi nel comportamento tenuto dall'agente una difformità dallo schema legale, l'atto non ne risulta per questo invalidato⁶⁹. Una seconda, più ristretta, ed a quanto sembra influenzata dalla scienza

⁶⁷ Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 1997, n. 123, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2644.

⁶⁸ G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto amministrativo*, Milano, 2003, 79 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici ed un'elencazione esemplificativa di tali vizi minimali (pp. 80-81).

⁶⁹ A. ROMANO TASSONE, *Contributo ...*, cit., 9-10.

del diritto privato⁷⁰, che concepisce l'irregolarità in termini positivi come sanzione a carico dell'agente, ferma restando la insuscettività della difformità a invalidare l'atto⁷¹.

A proposito di queste due nozioni si parla anche di una 'teoria oggettiva' e di una 'teoria soggettiva' dell'irregolarità⁷². Questa seconda, in realtà poco accreditata dalla nostra scienza giuridica, pone l'accento sulla violazione di regole di condotta da parte dell'agente da cui deriverebbero sanzioni a suo carico. Rispetto alle notazioni svolte in precedenza sulla distinzione tra le tipologie di norme che accompagnano il conferimento di un potere, in questo caso occorrerebbe dire, dal punto di vista strutturale, che siamo in presenza di obblighi di comportamento in senso stretto, ossia distinti dalle 'azioni' disciplinate da norme che attengono alla validità regolativa, ma distinti altresì da quelle altre azioni che, pur essendo relative a obblighi di comportamento, non debbono essere necessariamente riferite alla persona dell'agente (si pensi all'obbligo di provvedere o all'obbligo di non recare danni ingiusti).

Il limite della teoria soggettiva, quindi, è legato a una concezione troppo ristretta degli obblighi di condotta: è abbastanza facile rilevare che non sempre alla violazione di determinati adempimenti corrisponde effettivamente una sanzione a carico dell'agente⁷³. Tuttavia l'idea più generale sottesa a

⁷⁰ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 13, nt. 10.

⁷¹ V. Soprattutto G. CICCIO, *Sulla nozione di irregolarità con particolare riguardo al diritto amministrativo*, in *Nuova Rass.*, 1969, 897 ss. In proposito v. altresì V. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 116, nt. 15; P. GASPARRI, *Sulla rettificazione degli atti amministrativi*, in *Amm. it.*, 1956, 454; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., 243, che nega la ricorrenza in diritto amministrativo del fenomeno dell'irregolarità.

⁷² A. CARACCIOLLO LA GROTTIERA, *La ratifica degli amministrativi*, Milano, 1976, 161, nt. 36.

⁷³ Per la medesima osservazione nell'ordinamento spagnolo v. M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia del los actos administrativos*, cit., 126. Il punto è peraltro considerato dal più convinto sostenitore della 'teoria soggettiva', il quale sostiene che nei casi in cui non sia rinvenibile una sanzione occorre parlare di *lex imperfecta* (G. CICCIO, *op. cit.*, 906) quindi finendo con il negare il carattere della giuridicità a quelle norme che prevedono adempimenti procedurali né sanzionati né trattati come relativi alla validità regolativa. Il che, a parte altre possibili obiezioni, suona di artificioso dando origine a un tipico ragionamento *a regressum*. Quali sarebbero, infatti, gli adempimenti procedurali che pur non sanzionati come illeciti non attengono al piano della validità regolativa? Probabilmente quelli che in base a un qualche criterio si può ritenere diano luogo a vizi di lieve entità, ma allora si starebbe impiegando in realtà il criterio oggettivo per stabilire quali proprietà deve possedere un atto amministrativo per essere considerato soltanto irregolare. Anche questa tesi, come la

questo accostamento, quella cioè di discriminare tra regole che attengono alla validità regolativa e regole relative a obblighi di condotta, ripresa anche in studi più recenti, come si vedrà, costituisce una indicazione da tenere presente per l'inquadramento della fattispecie di cui all'art. 21-*octies*.2, l. 241/1990.

La stessa critica fondamentale che Romano Tassone muove alla 'teoria soggettiva' è rivelatrice delle prospettive che si aprono a partire dall'idea di una scissione tra disciplina del comportamento e disciplina dell'atto, che lo stesso autore giudica, peraltro, interessante. Il rilievo cui mi riferisco concerne l'osservazione in base alla quale solo nel diritto privato può concepirsi la dinamica giuridica come centrata esclusivamente sul momento dell'atto senza dar peso a norme che regolino il comportamento del soggetto, in sostanza alla rilevanza di ciò che nel diritto amministrativo moderno ha assunto la consistenza di uno dei suoi concetti-chiave, quello appunto di attività amministrativa, in questi termini sconosciuta al diritto privato⁷⁴, tra le cui svariate conseguenze vi è quella della compenetrazione tra procedimento e provvedimento, sino a quelle teoriche che fanno dell'atto un mero riepilogo dell'attività o della decisione il risultato di una "coalizione decisionale"⁷⁵.

Ebbene, si ricorderà che uno dei punti di avvio dell'indagine era la considerazione dell'esigenza sottesa allo slogan 'meno-procedura-più-regole' proprio come ipotesi 'seria' di privatizzazione. Richiamando le considerazioni svolte nel secondo capitolo, è possibile allora osservare che se il 'sovraccarico' dell'attività amministrativa non si giustifica in presenza di una strategia decisionale fondata sulle regole, anche la suddetta obiezione all'idea della 'teoria soggettiva' di una scissione tra disciplina del comportamento e disciplina dell'atto dovrebbe perdere il terreno su cui poggia. Su questo come detto tornerò più avanti.

Tornando al confronto tra le due nozioni di irregolarità minimale degli atti amministrativi, a ogni modo, senza che sia necessario aderire all'una o all'altra, è abbastanza evidente che – essendo ora il nostro compito quello di andare alla ricerca delle tecniche argomentative e delle soluzioni escogitate

maggior parte delle tesi dogmatiche, pecca dunque di concettualismo. Quello che credo voglia dire è questo che una volta stabilito in base a quali criteri un atto ancorché viziato non sia passibile di annullamento, è opportuno rinvenire nel materiale giuridico una disposizione sanzionatoria che giustifichi la giuridicità delle disposizioni violate.

⁷⁴ V. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 405 ss.

⁷⁵ M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, 350 ss.

dalla giurisprudenza per risolvere il problema pratico ricordato all'inizio del paragrafo – si presenti, a questo fine, maggiormente esplicativa la 'teoria obiettiva' che in fondo, come è stato ben chiarito, si limita a fornire un'etichetta a un fenomeno dai contorni non ben precisati⁷⁶.

Soprattutto non mi pare che si possa considerare l'irregolarità come sinonimo di sanzione di una condotta: l'irregolarità rimane tale (difformità da uno schema), però a volte questa rileva come invalidità altre volte rileva su altri piani di qualificazione ma a opera di una diversa norma di qualificazione di un medesimo fatto brutto.

Una rapida analisi degli orientamenti della giurisprudenza in materia di rilevanza dei vizi ai fini dell'annullamento dell'atto diviene indispensabile per fissare l'oggetto della discussione e per comprendere gli schemi ricostruttivi proposti dalla scienza giuridica.

3. *Evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali sui vizi formali nel diritto amministrativo.*

3.1. *Dalle origini alla legge sul procedimento amministrativo*

Tornando alla accezione di irregolarità più largamente accolta dagli studiosi di diritto amministrativo, che come visto serve anzitutto a dare conto di certi orientamenti della giurisprudenza, sembra opportuno partire da un'analisi il più possibile obiettiva dell'evoluzione di tali orientamenti. Tale analisi si riferisce alla situazione antecedente all'entrata in vigore della l. 15/2005

⁷⁶ A. ROMANO TASSONE, *Contributo ...*, cit., 19-22. La genericità della detta nozione di irregolarità di un atto amministrativo e l'esigenza di una più compiuta delimitazione di tale figura sono, peraltro, le leve da cui muove la ricostruzione di questo autore. Il problema dello scarso rigore concettuale non preoccupa, invece, P.M. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova 2003, cap. V, la quale sostiene che bisogna accettare il fatto che l'irregolarità sia definibile soltanto in negativo, come quello «*status* dell'atto consistente in una difformità dell'atto concreto rispetto al modello legale, di tal fatta da non concretare un'invalidità dell'atto stesso» (p. 362). Questo giudizio viene giustificato osservando che la giurisprudenza applica l'irregolarità a una varietà di casi disomogenei, tali da non poter essere ricondotti a un denominatore comune. Tuttavia dire che un atto è irregolare quando non è né valido né invalido è una mera petizione di principio, può essere al limite assunto come punto di partenza, non di arrivo, poiché bisognerebbe sapere quando un atto è valido o invalido e, a stare alla formula della "violazione di legge", qualsiasi atto irregolare (nel senso letterale di non conforme alla sua regola) può essere considerato invalido.

ed all'introduzione nella l. 241/1990 dell'art. 21-*octies*.2. L'idea di una irregolarità come vizio minore dell'atto amministrativo è stata infatti elaborata, come detto, in assenza di una specifica base legale e la disposizione ora citata, diversamente da quanto spesso si dice, muta sostanzialmente il contesto di riferimento. È per questo che al fine di intendere il significato che la scienza giuridica e la giurisprudenza attribuiscono al termine ed anche di capire se il fenomeno che esso intende descrivere è ancora il medesimo, conviene separare in due arbitrarie periodizzazioni (*pre* e *post* l. 15/2005) la 'storia' dei vizi non invalidanti, considerando peraltro che nella prima periodizzazione può essere individuata una cesura nell'entrata in vigore della l. 241/1990. Come si vedrà, peraltro, nella stessa casistica relativa a tale storia si può distinguere un gruppo di vizi non invalidanti, ritenuti genuine ipotesi di irregolarità, da un gruppo di vizi in cui il carattere non invalidante non dipenderebbe da una genuina qualificazione di irregolarità. Questo problema dogmatico (che costituisce il nucleo della proposta di Romano Tassone) si ripresenta anche dinanzi al regime dei vizi formali introdotto dall'art. 21-*octies*.2.

Il momento di avvio della problematica è da individuarsi nella fase di passaggio, cruciale per il diritto amministrativo, tra la concezione dell'atto amministrativo costruito secondo i canoni concettuali del negozio giuridico e la reazione a tale concezione a partire dalla svolta orlandiana. Secondo la dottrina di inizio secolo scorso, in linea con le regole proprie del negozio giuridico, dunque, non ogni difformità avrebbe potuto dare luogo a invalidità dell'atto amministrativo, ma solo quelle 'testuali' o quelle derivanti da vizi di specifici elementi e requisiti di validità dell'atto⁷⁷. Tale impostazione cominciò, tuttavia, ben presto a declinare insieme al declino della teoria negoziale dell'atto amministrativo, e negli anni '30 del Novecento si può dire che essa risulta ormai messa da parte.

La giurisprudenza, dal canto suo, fin dall'inizio del '900 apparve più rigorosa sulla inderogabilità delle norme che impongono determinate formalità, quantomeno nelle enunciazioni di principio. Non mancarono, a cavallo fra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, alcune decisioni in cui il Consiglio di Stato valutò i vizi degli atti amministrativi alla stregua del rapporto fra la violazione commessa e lo scopo della norma violata, onde verificare se la realizzazione di quest'ultimo⁷⁸, l'obiettivo impossibilità di rispettare le

⁷⁷ V. A. ROMANO TASSONE, *Contributo ...*, cit., 46, ed ivi la letteratura citata alla nota 1.

⁷⁸ Cfr. Cons. Stato, parere, 17 febbraio 1882, in *Foro it.*, 1882, III, 89 (che ha escluso il carattere inderogabile di una norma in assenza della prova che la violazione formale avesse

prescrizioni formali ovvero la loro superfluità rispetto alla funzione dell'atto⁷⁹, potessero in qualche modo preservare il provvedimento dalla sua eventuale demolizione in sede giurisdizionale. Prevaleva, tuttavia, di gran lunga l'atteggiamento incline a ritenere tutte le forme 'essenziali'⁸⁰, cosicché quando le corti ritenevano di far prevalere la ragion pratica, evitando di annullare certi atti per la presenza di violazioni formali trascurabili, si astenevano dal formulare criteri di generale impiego, affidandosi, appunto, al buon senso ed a ragioni contingenti. Solo in alcune pronunzie si potrebbe cogliere, implicitamente, il ricorso a una distinzione di ordine concettuale tra forme 'essenziali' e 'non essenziali'⁸¹, come quando si ritenne irrilevante la mancata indicazione nell'atto dell'avvenuto rispetto di una prodromica formalità laddove essa era stata comunque osservata⁸², o si considerò ininfluenza la violazione delle forme prescritte per la comunicazione di una delibera ai fini della validità di quest'ultima⁸³.

A questo proposito, nell'atteggiamento della giurisprudenza di questo periodo Romano Tassone rinviene un elemento paradossale nel fatto che, mentre sul piano dogmatico, a causa della concezione negoziale dell'atto amministrativo, appariva praticabile la strada di configurare l'invalidità come limitata ai vizi essenziali, fu probabilmente proprio per scongiurare questo possibile esito che la giurisprudenza si attestò su posizioni di legalismo estre-

inciso sulla finalità di garanzia alla quale la forma stessa era preordinata); Id., sez. IV, novembre 1900, in *Giur. it.*, 1901, III, 38; Id., 13 maggio 1904, in *Foro it.*, 1904, III, 73 (che, nell'ambito di un procedimento di rimozione dall'ufficio, ha ritenuto irrilevante la mancata preventiva ammonizione di un Sindaco già sospeso dalle proprie funzioni).

⁷⁹ Si v. Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 1894, n. 139, in *Giust. amm.*, 1882, II, 89.

⁸⁰ Tra le più rigorose, v. Cons. Stato, sez. IV, 8 marzo 1891, in *Foro it.*, 1901, III, 73, che ha ritenuto annullabile la nomina di un segretario comunale poiché questi era stato in grado di esibire i richiesti titoli solo successivamente a essa, pur essendone in possesso anche in precedenza; Id., 1 luglio 1910, in *loc. ult. cit.*, 1910, III, 297, che ha annullato un atto di revoca in quanto erroneamente il *nomen iuris* lo aveva epigrafato come «annullamento»; Id., 15 novembre 1889, in *loc. ult. cit.*, 1890, III, 63, che ha annullato una delibera del C.C. non sottoscritta dal Segretario.

⁸¹ V. Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 1900, n. 262, in *Giust. amm.*, 1900, I, 353, che qualifica l'obbligo per i partecipanti a una selezione concorsuale di indicare il proprio domicilio nella domanda, non alla stregua di una formalità sostanziale di garanzia per il perseguimento dello scopo dell'azione amministrativa, bensì come una mera formalità non sostanziale finalizzata semplicemente ad agevolare l'organizzazione territoriale delle prove.

⁸² Si v. Cons. Stato, parere, 19 aprile 1907, in *Riv. amm.*, 1907, 517.

⁸³ V. Cons. Stato, sez. IV, 2 dicembre 1905, in *Foro it.*, 1906, III, 5; Id., 13 marzo 1925, n. 386, in *Foro amm.*, 1925, I, 143; Id., 4 marzo 1927, n. 113, in *loc. ult. cit.*, 1927, I, 218; Id., 21 ottobre 1927, n. 669, in *loc. ult. cit.*, 1927, I, 497.

mo⁸⁴; pur se, come visto, non mancarono alcune eccezioni. D'altronde, non bisogna pensare che nella dottrina pubblicistica – non solo italiana, ma anche francese e tedesca – non fosse ben radicata anche una posizione rigoristica sul piano delle forme⁸⁵.

A partire dagli anni '30 del secolo scorso, in qualche sia pur isolata pronuncia delle Sezioni IV e V del Consiglio di Stato si riscontrano, però, aperture in ordine alla portata non invalidante dei meri vizi di forma, sulla base della tesi (la novità consiste, quindi, nell'enunciazione di argomenti generali) che non sempre i profili di disformità riscontrabili in capo a un determinato provvedimento siano idonei a provocarne l'annullamento davanti al giudice amministrativo⁸⁶. Si stabilì, a esempio, che l'esito di un giudizio di avanzamento di pubblici dipendenti non possa essere compromesso dal grado (inferiore rispetto a quello richiesto) rivestito dal segretario della commissione d'esame⁸⁷, o ancora che un atto amministrativo mancante della data non possa essere annullato quando questa sia comunque desumibile dal suo contesto⁸⁸, avversando, in definitiva, l'orientamento maggioritario secondo cui ogni violazione di forma – anche lieve – deve essere considerata quale causa di invalidità⁸⁹.

Siffatti orientamenti ricevettero un significativo impulso quando si cominciò a sostenere che l'art. 156 c.p.c. (a tenore del quale «la nullità non può essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato») era applicabile anche nell'ambito del diritto amministrativo, sostanziale e processuale⁹⁰, con estensione altresì alla ben più diffusa (quanto meno in am-

⁸⁴ A. ROMANO TASSONE, *Contributo ...*, cit., 26 ss.

⁸⁵ *Op. ult. cit.*, v. nt. 11 con citazioni di Hariou e Kormann.

⁸⁶ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 52, ricorda in particolare una sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 23 giugno 1936, n. 352, in *Foro amm.*, 1937, I, 12, secondo cui «non qualsiasi più lieve irregolarità formale di un atto amministrativo può costituire illegittimità ai fini dell'annullamento, ma solo quelle che abbiano una qualche correlazione o un'influenza sul procedimento logico e determinativo che a quel provvedimento ha portato».

⁸⁷ Si v. Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 1937, in *Foro amm.*, 1937, I, 43.

⁸⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 1937, in *Foro amm.*, 1937, II, 266.

⁸⁹ Si v. Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 1945, n. 69.

⁹⁰ V. Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 1945, n. 11, in *Foro amm.*, 1945, I, 7. Si v. altresì Cons. Stato, sez. IV, 20 febbraio 1951, n. 68, in *Cons. Stato*, 1951, I, 159; Id., sez. IV, 4 dicembre 1957, n. 1151, in *loc. ult. cit.*, 1957, I, 1570; Id., sez. V, 21 ottobre 1950, n. 1077, in *Riv. amm.*, 1951, 112; Id., 27 ottobre 1951, n. 1537, in *Cons. Stato*, 1951, I, 1220; Id., 24 giugno 1947, in *Giur. it.*, 1947, III, 200.

bito pubblicistico) categoria dell'annullabilità⁹¹. Queste aperture finirono, tuttavia, per scontrarsi con il principio dell'inderogabilità delle norme di diritto pubblico⁹², che ha esercitato la sua influenza sugli orientamenti giurisprudenziali in materia fino ai tempi più recenti⁹³, a volte portando alle estreme conseguenze il concetto dell'essenzialità della forma a scapito del criterio del raggiungimento dello scopo della norma violata⁹⁴. Decisioni ispirate a questa linea di rigore, si possono rinvenire, a partire dai primi anni di attività della Sezione IV, in materia di funzionamento degli organi collegiali⁹⁵, di procedimenti elettorali (ove – sia pure ammettendosi che l'irregolarità formale non produce nullità quando non abbia influito sul risultato finale delle consultazioni – si finisce per considerare rilevante alla luce dell'incidenza sul risultato finale pressoché qualsivoglia imperfezione di forma⁹⁶ e di procedure a evidenza pubblica per la scelta del contraente

⁹¹ V. V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di dir. comp.*, 1947, 347 ss., spec. 351, secondo cui il fondamento della validità degli atti amministrativi va ricercato nell'effettivo soddisfacimento del dovere per il cui adempimento l'atto è compiuto. Questa tesi è fortemente criticata da E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 53-54, in quanto contraddetta dal diritto positivo.

⁹² Non è forse superfluo ricordare che proprio per rimuovere l'operare di questo 'principio' era stato proposto nel ddl 'Cerulli Irelli' di trapiantare nel diritto amministrativo la formula privatistica della "violazione di norme imperative", che – a quanto è plausibile pensare – avrebbe imposto all'interprete di ricercare tra le disposizioni rilevanti quelle contenenti "norme imperative", degradando le altre a norme dispositive. Per una critica – mi sembra rappresentativa di un diffuso sentire in dottrina – a tale impostazione, v. G. GARDINI, *La nuova disciplina dei vizi dell'atto amministrativo*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, Bologna, 2004, 77.

⁹³ Si v., in via esemplificativa, Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 1997, n. 127, in *Giur. it.*, 1997, III, 3693; Id., sez. V, 13 febbraio 1998, n. 166, in *Foro amm.*, 1998, 420; Id., sez. V, 15 luglio 1936, n. 702, in *Foro amm.*, 1937, I, 26; Id., 22 gennaio 1943, n. 17, in *loc. ult. cit.*, 1943, I, 56; Id., sez. V, 6 luglio 1951, n. 636, in *Cons. Stato*, 1951, I, 843; Id., 27 settembre 1954, n. 937, in *loc. ult. cit.*, 1954, I, 80; Id., 16 giugno 1956, n. 521, in *loc. ult. cit.*, 1956, I, 726; Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 1999, n. 948, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1179; Id., sez. IV, 17 febbraio 1997, n. 123, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2644; Id., sez. V, 13 febbraio 1998, n. 166, in *Foro amm.*, 1998, 420.

⁹⁴ V. Cons. Stato, sez. IV, 30 maggio 1982, in *Foro it.*, 1982, III, 88, secondo cui tutte le disposizioni sostanziali attinenti alla essenza degli atti sono ontologicamente indispensabili alla loro validità, indipendentemente dalla circostanza che la legge prescriva per la violazione di quelle norme la sanzione della nullità del provvedimento adottato.

⁹⁵ Si v. Cons. Stato, sez. IV, 11 giugno 1891, in *Foro it.*, 1891, II, 97; Id., 18 gennaio 1901, in *Giur. it.*, 1901, III, 102; Id., 4 marzo 1891, in *Foro it.*, 1891, III, 49; Id., 4 marzo 1910, in *Riv. dir. pubb.*, 1910, II, 239.

⁹⁶ V. Cons. Stato, sez. IV, 28 luglio 1893, in *Foro it.*, 1893, III, 123; Id. 17 marzo 1892,

privato dei contratti pubblici (in relazione ai quali la disciplina esistente viene qualificata quasi integralmente di ordine pubblico e pertanto ritenuta inderogabile⁹⁷. In quest'ultimo settore, tuttavia, i vizi formali sono stati ritenuti, a volte, inidonei a rendere il provvedimento annullabile in caso di mancata lesione dell'interesse sostanziale del ricorrente⁹⁸ (si è ammessa a esempio in tali circostanze la facoltà per l'appaltante di richiedere ai partecipanti il completamento o il chiarimento delle dichiarazioni all'uopo rese⁹⁹ e si è esclusa la necessità di una dettagliata motivazione nei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria¹⁰⁰, pur essendosi talvolta precisato che questo criterio (c.d. teleologico) può essere applicato solo in via suppletiva, vale a dire laddove il legislatore (o la stessa amministrazione, a esempio nel bando di gara) non abbia previsto esplicitamente che un determinato vizio comporti l'annullabilità o la nullità dell'atto¹⁰¹.

Può essere, infine, fatta menzione di alcuni altri argomenti utilizzati dai giudici per scongiurare l'annullamento di un atto non perfettamente confor-

n. 72, in *Giust. amm.*, 1892, I, 178; Id., 6 luglio 1894, in *Foro it.*, 1894, III, 157; Id., 11 giugno 1891, in *loc. ult. cit.*, 1891, III, 91. Per più ampie osservazioni e riferimenti sul rapporto tra principio del conseguimento *aliunde* dello scopo della norma violata e procedimenti elettorali, v. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, cit., 197-198.

⁹⁷ Si v. Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 1947, n. 415, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, II, 558; Id., sez. IV, 24 giugno 1947, in *Foro it.*, 1948, III, 104; Id., sez. III (parere), 7 dicembre 1937, n. 2765, in *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40*, II, 33; Id., 19 gennaio 1935, n. 12, in *Foro amm.*, 1935, I, 97.

⁹⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 dicembre 1993, n. 1020, in Cons. Stato, 1993, I, 1682; Id., 8 ottobre 1998, n. 1353; Id., 19 febbraio 2001, n. 875; Id., sez. VI, 24 maggio 2000, n. 2993; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 25 settembre 1996, n. 1153, in *Giust. amm. Sic.*, 1996, 221; Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2002, n. 2320, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2002, 481; Id., 30 gennaio 1998, n. 120, in *Foro it.*, 1999, III, 268; Id., sez. V, aprile 2001, n. 1996; CGARS, sez. giur., 3 marzo 2003, n. 62; Cons. Stato, sez. IV, 5 aprile 2003, n. 1785; Id., sez. VI, 30 gennaio 1998, n. 120, in *Foro it.*, 1999, III, 268.

⁹⁹ Si v. T.A.R. Campania, Napoli, 1 ottobre 1998, n. 3031.

¹⁰⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 1999, n. 508.

¹⁰¹ Si v. Cons. Stato, sez. V, 4 aprile 2002, n. 1857; Id., 25 gennaio 2003, n. 344; Id., sez. IV, 23 novembre 2002, n. 6440; T.A.R. Veneto, sez. I, 5 ottobre 2002, n. 5983; CGARS, sez. giur., 15 novembre 2001, n. 601; Cons. Stato, sez. VI, 11 ottobre 2000, n. 5409; Id., sez. V, 7 settembre 1995, n. 1277, in *App. urb. edil.*, 1996, 301; Id., sez. VI, 18 novembre 1994, n. 1668, in *Giust. civ.*, 1995, I, 623; Id., sez. V, 13 febbraio 1993, n. 250, in *Riv. giur. edil.*, 1993, I, 613; Id., sez. VI, 2 dicembre 1991, n. 961, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 2180.

Si v. altresì, in relazione alla materia elettorale, Cons. Stato, sez. V, 29 settembre 1994, n. 1061, in *Cons. Stato*, 1994, I, 1231.

me ai parametri legali, difficilmente sistematizzabili in un discorso sulla cosiddetta irregolarità. Mi riferisco all'errore scusabile, ai criteri generali di interpretazione del contratto, all'interpretazione del principio di legalità in senso formale.

La regola dell'errore scusabile, in genere utilizzata a favore del ricorrente, a volte gioca a favore dell'amministrazione, come nelle ipotesi in cui il provvedimento manchi dell'indicazione dell'autorità alla quale ricorrere e del termine entro cui proporre eventualmente il gravame¹⁰², aggiungendo che l'omissione può, al limite, costituire titolo per un giudizio di responsabilità disciplinare a carico del pubblico funzionario 'omittente'¹⁰³. I principi codicistici di interpretazione contrattuale, estensibili per pacifica giurisprudenza anche all'interpretazione degli atti amministrativi, hanno a volte suggerito soluzioni riconducibili agli orientamenti meno rigoristici in materia di vizi formali: in questo senso, si è a esempio ritenuto che l'atto amministrativo va interpretato alla luce del generale criterio di conservazione, secondo il quale occorre preferire la soluzione che privilegia l'invalidità meno grave o più immediatamente rimuovibile¹⁰⁴. Similmente, ma facendo richiamo a una categoria dogmatica assai distante, per la conservazione dell'atto impugnato è stato utilizzato il principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi in difetto di prova contraria (così in caso di mancata indicazione del sistema di votazione per l'adozione di una delibera collegiale¹⁰⁵. Infine il richiamo a una versione debole, o formale, del principio di legalità, come mera non contrarietà alla legge, ha anch'esso indotto in alcuni casi a determinare soluzioni favorevoli alla conservazione dell'atto pur in presenza di elementi astrattamente invalidanti¹⁰⁶.

¹⁰² Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, 22 novembre 1995, n. 1012, in *T.A.R.*, 1996, I, 349.

¹⁰³ Si v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 4 gennaio 2002, n. 80; Id., 3 dicembre 2001, n. 5185; Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6693; Id., 23 marzo 2002, n. 1742; Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 1999, n. 439; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 6 febbraio 2003, n. 750; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 1 dicembre 2001, n. 7645; T.A.R. Lazio, Latina, 24 agosto 1998, n. 664; T.A.R. Sardegna, 13 gennaio 1996, n. 36, in *T.A.R.*, 1996, I, 1124.

¹⁰⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 1996, n. 1239, in *Foro amm.*, 1996, 1239; T.A.R. Basilicata, 23 marzo 1998, n. 79; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 25 febbraio 1998, n. 707, in *Ragiusan*, 1999, f. 181-2, 312; Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 1996, n. 621, in *Foro amm.*, 1996, 1869; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 15 gennaio 2003, n. 128; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 30 dicembre 1999, n. 2042.

¹⁰⁵ Si v. Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 1989, n. 220, in *Foro amm.*, 1989, 1015; T.A.R. Piemonte, sez. I, 29 marzo 2004, n. 550.

¹⁰⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 1982, n. 6, in *Foro amm.*, 1982, I, 188, secondo cui la partecipazione di estranei alla fase di discussione nell'attività di un organo collegiale,

Questi abbastanza variegati indirizzi giurisprudenziali in tema di irrilevanza della disformità sul piano dell'annullamento dell'atto, sono stati ricondotti a due ispirazioni fondamentali tra loro eterogenee¹⁰⁷: a) la realizzazione per una via diversa da quella indicata dalla norma del fine da essa indicato (a esempio manca la data ma essa è desumibile): in questo caso si tende a negare la stessa sussistenza di una violazione di legge; b) l'individuazione degli interessi tutelati dalla norma, per giudicare, in base alla loro natura, il carattere essenziale o meno delle formalità prescritte dalla prima. I campi d'elezione di questa seconda impostazione – forse non a caso – sono quelli, prima ricordati, dei procedimenti elettorali e dell'aggiudicazione dei contratti pubblici. Nei primi l'interesse tutelato attraverso le formalità procedurali è la certezza circa la regolarità delle operazioni, nei secondi l'interesse tutelato consiste nella *par condicio* e nella segretezza dell'offerta: se si dimostra che tali interessi, nonostante le violazioni di forma, non sono pregiudicati, si possono ritenere i relativi atti immuni da vizi invalidanti. Sono questi i casi che consentirebbero di parlare di una regola del 'raggiungimento dello scopo', che porta a sostenere la mera irregolarità dei difetti formali che non impediscano tale raggiungimento¹⁰⁸.

Nel periodo, qui considerato, che giunge sino al 1990 sono distinguibili in particolare tre filoni giurisprudenziali secondo la proposta di sistemazione della casistica operata da Fabrizio Luciani¹⁰⁹. Una "direttrice formalistica",

in mancanza di espressi divieti legislativi, non è motivo di illegittimità della delibera finale. In senso contrario (per l'esame di una decisione che, paradossalmente, sembra riconducibile tanto al principio formalistico quanto a quello dello scopo della norma violata) si v. T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 5 aprile 1996, n. 96 (in *T.A.R.*, 1996, I, 1940), secondo cui la presenza di un soggetto estraneo nell'ambito di collegi, sia perfetti che imperfetti, determina l'illegittimità dell'atto adottato, in quanto tale presenza potrebbe aver esercitato una qualche influenza sulla volontà dell'organo e dei suoi membri, non rilevando, a tal fine, la eventuale mancata partecipazione di quel soggetto alla discussione.

¹⁰⁷ A. ROMANO TASSONE, *Contributo* ..., cit., 55 ss.

¹⁰⁸ La novità messa in luce da A. ROMANO TASSONE, *op. e loc. ult. cit.*, è proprio relativa alla formulazione di una regola di comune applicazione che si aggiunge (o supera) la generica individuazione di violazioni di particolare tenuità. Regola che – come si è detto – si agganca espressamente a quella formulata nell'art. 156.3 c.p.p. Si potrebbe, in realtà, avanzare l'ipotesi che più che la costruzione di una regola generale del raggiungimento dello scopo, questa giurisprudenza, continuando nel solco della prima esperienza del Consiglio di Stato, tenti semplicemente di attenuare il legalismo, a volte esasperato, che contraddistingue i settori menzionati. Non vi è da stupirsi insomma del fatto che gli stessi giudici che predicano l'inderogabilità delle norme di diritto pubblico dinanzi a certe fattispecie, posti dinanzi a casi in cui il modo di apporre un certo timbro su una busta può determinare l'esito di una gara, adottino la strategia dello scopo.

¹⁰⁹ *Il vizio formale nella teoria dell'attività amministrativa*, cit., 289-299.

che tende a negare qualsiasi rilievo al criterio del raggiungimento dello scopo ed a ritenere che qualsiasi disformità dell'atto dalle norme conduca al suo annullamento; una direttrice dell'"irregolarità minimale"¹¹⁰; una direttrice del "raggiungimento dello scopo", che si caratterizzerebbe, rispetto alla precedente direttrice, sia per il fatto di immettere nel giudizio di convalidazione dell'atto l'elemento costituito dalla *ratio* della norma, sia per il fatto di ritenere che anche la violazione di norme imperative possa essere "*ab origine* non invalidante".

In sostanza, nell'ambito delle due direttrici 'non formalistiche' in certi casi il criterio dello scopo della norma è stato utilizzato per stabilire il rango di una certa formalità, utilizzando la classica contrapposizione tra forme essenziali e non essenziali, e questa è la direttrice dell'irregolarità minimale; in altri casi (direttrice del raggiungimento dello scopo) rilevarebbe il raggiungimento in concreto dello scopo della norma a prescindere dalla esiguità del vizio astrattamente considerato¹¹¹.

3.2. *Gli orientamenti della giurisprudenza dopo l'entrata in vigore della l. 241/1990*

Dopo l'entrata in vigore della l. 241/1990 la casistica si fa quantitativamente assai più cospicua. La ragione è ovvia: alcune regole formali sulla conduzione del procedimento diventano cogenti e di portata generale e generano un contenzioso particolarmente ispirato da vizi-motivi di natura schiettamente formale. Tentando di riannodare alcuni dei profili emergenti dalla precedente giurisprudenza, il cui motivo dominante era costituito dalla *quaestio* inderogabilità/derogabilità delle norme pubblicistiche, con quelli della giurisprudenza successiva alla l. 241/1990, possono ancora grossomodo individuarsi tre diversi atteggiamenti 'culturali'. Secondo il primo l'inderogabilità delle norme di diritto pubblico e la speculare invalidità caducante degli atti emanati in violazione delle stesse, rappresentano un elemento fisiologico del sistema¹¹². Il secondo, viceversa, propende per la considera-

¹¹⁰ Sulla nozione il riferimento consueto è a M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 335, che si riferisce ad anomalie che non rendono l'atto invalido, in quanto di minor conto.

¹¹¹ F. LUCIANI, *op. cit.*, 268-9.

¹¹² Si v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 3 aprile 1996, n. 567, in *T.A.R.*, 1996, I, 1694; Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 1995, n. 1277, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1218; Id., sez. VI, 18 novembre 1994, n. 1668, in *loc. ult. cit.*, 1994, I, 1632; Id., sez. V, 13 febbraio 1993, n. 250, in *Riv. giur. edil.*, 1993, I, 613; Id., sez. VI, 2 dicembre 1991, n. 961, in *Riv. amm.*, 1991, 2289; Id., sez. VI, 11 ottobre 1990, n. 891, in *Cons. Stato*, 1990, I, 1256; Id., sez. V, 20 novembre

zione di determinate anomalie formali come astrattamente inidonee a determinare l'annullabilità del provvedimento¹¹³ (senza dunque la necessità di

1987, n. 711, in *Giur. it.*, 1988, III, 100; T.A.R. Veneto, 22 aprile 1982, n. 293, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1982, II, 383; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 4 maggio 1994, n. 934, in *T.A.R.*, 1994, I, 2796; T.A.R. Molise, 4 febbraio 1992, n. 8, in *loc. ult. cit.*, 1992, I, 1592; CGARS, 21 ottobre 1983, n. 116, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1983, II, 298; Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 1989, n. 202, in *Foro amm.*, 1989, 1002; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 5 giugno 1986, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1986, 1812; Id., 13 settembre 1990, in *P.Q.M.*, n. 3/1990, 100; Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2001, n. 1271; Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2001, n. 555; Id., 4 dicembre 2000, n. 6454; Cons. Stato, sez. IV, 6 novembre 1998, n. 1448; Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 1997, n. 1869, in *Foro amm.*, 1997, 3131; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 giugno 2003, n. 7540; T.A.R. Molise, 6 giugno 2003, n. 487; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 26 giugno 2001, n. 1050; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 21 giugno 2000, n. 636; T.A.R. Toscana, sez. I, 28 ottobre 1999, n. 870; Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 1997, n. 1364, in *Foro amm.*, 1997, 2339.

¹¹³ Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 30 novembre 1996, n. 1730, in *Foro amm.*, 1997, 1820; T.A.R. Sicilia, Catania, 3 maggio 1995, n. 1267, in *T.A.R.*, 1995, I, 3369; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 26 aprile 1995, n. 194, in *loc. ult. cit.*, 3195; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 21 settembre 2001, n. 7714; T.A.R. Sicilia, Catania, 28 marzo 1980, n. 346, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1980, II, 102; Cons. Stato, sez. IV, 9 agosto 1989, n. 507, in *Riv. giur. edil.*, 1989, I, 903; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 1 marzo 1991, n. 116, in *Giur. amm. Sic.*, 1991, 86; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 14 ottobre 1988, n. 1247, in *T.A.R.*, 1988, I, 3254; Cons. Stato, sez. IV, 29 ottobre 2001, n. 4628, in *Giur. it.*, 2002, 854; Id., 26 luglio 2000, n. 4178, in *Cons. Stato*, 2000, I, 707; Id., sez. VI, 17 giugno 1998, n. 977, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1030; Id., Ad. Plen., 14 febbraio 2001, n. 1, in *Foro it.*, 2001, III, 221; Id., 14 febbraio 2001, n. 2, in *Giust. civ.*, 2001, I, p1682; Id., sez. VI, 14 febbraio 2002, n. 875, in *Cons. Stato*, 2002, I, 307; Id., 6 giugno 1999, n. 597, in *loc. ult. cit.*, 1999, I, 909; T.A.R. Lombardia, sez. III, 3 febbraio 1986, n. 49, in *Foro amm.*, 1986, 1443; Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 1996, n. 449, in *Cons. Stato*, 1996, I, 614; Id., sez. IV, 3 giugno 1987, n. 326, in *Foro amm.*, 1987, 1353; Id., sez. V, 27 giugno 1983, n. 278, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, 625; Id., sez. IV, 13 ottobre 1983, n. 714, in *Cons. Stato*, 1983, I, 1004; Id., 18 marzo 1980, n. 270, in *Riv. giur. edil.*, 1980, I, 604; Id., sez. V, 2 dicembre 1998, n. 1724, in *Foro amm.*, 1998, I, 3126; Id., sez. IV, 8 ottobre 1996, n. 1101, in *Rass. dir. farm.*, 1997, 67; Cons. Stato, sez. VI, 14 febbraio 2002, n. 875; Id., sez. V, 3 marzo 2001, n. 1231; Id., sez. IV, 1 febbraio 2001, n. 386; Id., 30 marzo 2000, n. 1814; Id., sez. II, 16 novembre 1994, n. 1782 (parere), in *Cons. Stato*, 1996, I, 1658; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 14 ottobre 1988, n. 1247, in *T.A.R.*, 1988, I, 3254; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 25 febbraio 1998, n. 707; Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 1999, n. 597; Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2000, n. 6104; Id., sez. V, 22 gennaio 1987, n. 16, in *Cons. Stato*, 1987, I, 44; Id., sez. V, 14 dicembre 1989, n. 846, in *Foro amm.*, 1989, 3320; Id., 18 aprile 1996, n. 449, in *Cons. Stato*, 1996, I, 614; Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 1987, n. 242, in *Foro amm.*, 1987, 1013; Id., 8 aprile 1997, n. 337, in *Cons. Stato*, 1997, I, 497; Id., sez. V, 26 marzo 1996, n. 312, in *Foro amm.*, 1996, 910; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 12 dicembre 1994, n. 844, in *T.A.R.*, 1995, I, 547; Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2003, n. 939; Cons. Stato, sez. VI, maggio 1994, n. 680, in *Foro amm.*, 1994, 1145; Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 1994, n. 194, in *loc. ult. cit.*, 1994, 468.

una verifica empirica della loro incidenza sull'atto). Il terzo, mediano tra gli altri due, si applica a perfezionare ed affinare le argomentazioni a sostegno del criterio dello scopo della norma violata quale parametro di individuazione delle invalidità suscettibili di determinare la demolizione giuridica dell'atto¹¹⁴ (a esempio sostenendo che sul terreno della legittimità, ove occorre temperare le diverse esigenze della funzionalità e della garanzia dell'azione amministrativa, non necessariamente una delle due è destinata a soccombere nei confronti dell'altra, determinando peraltro tale soccombenza una ingiustificabile rinuncia all'imparzialità oppure al buon andamento nell'esercizio della funzione amministrativa)¹¹⁵.

Come è noto, in particolare, è attorno alle regole poste a garanzia della effettiva partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo che si registra il più elevato numero di decisioni.

Dietro la formula, a volte espressamente menzionata, dell'esigenza di equilibrio fra garanzia ed efficienza – da considerarsi soddisfatta laddove il provvedimento, sia pure se adottato senza prima aver rispettato le formalità di cui agli artt. 7 ss. della l. 241/1990, non avrebbe potuto essere diverso da

¹¹⁴ Si v. T.A.R. Lazio, Latina, 6 marzo 1995, n. 225, in *Foro amm.*, 1995, 2374; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 23 novembre 1999, n. 246; T.A.R. Toscana, sez. III, 19 marzo 1999, n. 42; T.A.R. Liguria, sez. II, 2 settembre 1995, n. 363, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1996, 1509; Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2002, n. 3200; Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 1991, n. 999, in *Cons. Stato*, 1991, I, 1159; Id., sez. II, 26 aprile 2002, n. 2560/01 (parere), in *Giust. amm.*, 2002, 887; Id., sez. V, 19 aprile 1994, n. 291, in *Giur. it.*, 1994, III, 610; Id., 27 febbraio 1998, n. 219, in *Cons. Stato*, 1998, I, 258; Id., 19 agosto 1992, n. 748, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2916; T.A.R. Liguria, sez. II, 2 settembre 1995, n. 363, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1996, 1509; Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2002, n. 3200, in *Foro amm CdS*, 2002, 1455; Id., sez. IV, 12 novembre 1993, n. 1001, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1405; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5157; Id., sez. V, 15 settembre 2001, n. 4830; Id., 27 giugno 2001, n. 3510; Id., 25 ottobre 1999, n. 1708; CGARS, sez. giur., 6 maggio 1992, n. 112, in *Giur. amm. Sic.*, 1992, 298; Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 1989, n. 572, in *Cons. Stato*, 1989, I, 1065; Id., 16 ottobre 1981, n. 452, in *Foro amm.*, 1981, I, 1952; Id., 10 luglio 1981, n. 345, in *Foro amm.*, 1981, I, 1628; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 10 febbraio 1999, n. 62; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 12 agosto 1997, n. 416, in *T.A.R.*, 1997, I, 3781; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 4 novembre 1994, n. 615, in *T.A.R.*, 1995, I, 1852; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 16 maggio 1991, n. 359, in *Giur. amm. Sic.*, 1991, 293; Cons. Stato, sez. V, 1 giugno 2001, n. 2972; Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 1994, n. 1159, in *Cons. Stato*, 1994, I, 1357; Id., 2 settembre 1993, n. 857, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1100; Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 1986, n. 441, in *Cons. Stato*, 1986, I, 1207; TRGA Trentino Alto Adige, Trento, 2 luglio 1999, n. 222; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 21 luglio 1993, n. 274, in *Foro amm.*, 1994, 655; Cons. Stato, sez. IV, 4 novembre 1999, n. 1734.

¹¹⁵ A questa prospettiva sembra soprattutto ispirarsi la ricostruzione di F. LUCIANI, *op. cit.*, 300-350.

quello effettivamente emanato – è dato individuare una diversificata serie di giustificazioni. Queste sono perlopiù riconducibili al principio della ‘strumentalità delle forme’, ossia legate al raggiungimento dello scopo specifico della norma procedimentale violata, e quindi potrebbe anche parlarsi di ‘fungibilità delle forme’. Si tratta di ipotesi come l’esistenza in leggi diverse dalla l. 241/1990 di strumenti di partecipazione alternativi (nella specie effettivamente adottati), o di conoscenza *aliunde* dell’avvio del procedimento, come nel caso (peraltro discutibile) dei procedimenti a istanza di parte oppure di quelli direttamente consequenziali e connessi ad altri procedimenti già noti al destinatario della comunicazione non effettuata¹¹⁶. Lo

¹¹⁶ V. Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 1999, n. 1517; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 13 gennaio 1997, n. 17, in *Giur. it.*, 1997, III, 488; T.A.R., Campania, Salerno, 1 dicembre 1997, n. 711, in *Foro amm.*, 1998, I, 1896; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 24 febbraio 1999, n. 530; T.A.R. Veneto, sez. II, 9 marzo 1999, n. 319; Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2000, n. 4162; Cons. Stato, sez. VI, 9 agosto 1996, n. 999, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1226; Id., sez. VI, 9 agosto 1996, n. 1000, in *Giur. it.*, 1997, III, 224; Id., sez. V, 24 novembre 1997, n. 1365, in *Foro amm.*, 1997, 3053; Id., sez. V, 26 settembre 1995, n. 1364, in *Foro amm.*, 1995, 1904; Id., sez. IV, 17 marzo 1992, n. 293, in *Foro amm.*, 1992, 437; Id., sez. IV, 29 ottobre 2001, n. 5628; Id., sez. IV, 2 gennaio 1996, n. 3, in *Foro amm.*, 1996, 53; Id., sez. V, 14 aprile 1997, n. 363, in *Cons. Stato*, 1997, I, 510; Id., sez. IV, 30 settembre 2002, n. 5003; Id., sez. VI, 8 novembre 2000, n. 5992; Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2003, n. 811; Id., 20 gennaio 2003, n. 178; Id., sez. V, 5 giugno 1997, n. 606, in *Giur. it.*, 1997, III, 636; Id., sez. IV, 9 agosto 1996, n. 1000, in *loc. ult. cit.*, 1997, III, 224; Id., sez. IV, 19 gennaio 2000, n. 248, in *Foro it.*, 2000, III, 1; Id., sez. V, 18 marzo 2002, n. 1562, in *Cons. Stato*, 2002, I, 591; Id., sez. V, 27 gennaio 2000, n. 383, in *loc. ult. cit.*, 2000, I, 119; Id., sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2984, in *Giust. amm.*, 2002, 506; Id., sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3556, in *Foro amm.*, 2000, 2144; Id., sez. IV, 18 maggio 1998, n. 836, in *Cons. Stato*, 1999, I, 791; Id., sez. IV, 2 gennaio 1996, n. 3, in *Foro amm.*, 1996, 53; Id., sez. V, 14 aprile 1997, n. 363, in *Cons. Stato*, 1997, I, 510; T.A.R. Basilicata, 20 marzo 2000, n. 147; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 17 luglio 1998, n. 1532, in *Giust. amm. Sic.*, 1998, 809; T.A.R. Umbria, 6 marzo 1998, n. 193; T.A.R. Veneto, sez. II, 16 dicembre 1997, n. 1754, in *Ragiusan*, n. 169/1998, 143; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 22 giugno 1996, n. 387, in *T.A.R.*, 1996, I, 4316; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 7 febbraio 2003, n. 634; Cons. Stato, sez. IV, 17 marzo 1992, n. 293, in *Foro amm.*, 1992, 437; Id., sez. V, 24 novembre 1997, n. 1365, in *loc. ult. cit.*, 1997, 3053; Id., sez. VI, 9 agosto 1996, n. 999, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1226; Id., sez. V, 26 settembre 1995, n. 1364, in *Foro amm.*, 1995, 1904; Id., sez. VI, 26 aprile 2002, n. 2253, in *Foro amm. CdS*, 2002, 1018; Id., 29 maggio 2002, n. 2984, in *Giust. amm.*, 2002, 506; Id., 8 ottobre 2000, n. 5992, in *Foro amm.*, 2000, 3634; Id., sez. V, 27 gennaio 2000, n. 383, in *Cons. Stato*, 2000, I, 119; Id., sez. V, 1 aprile 1997, n. 306, in *Cons. Stato*, 1997, I, 491; T.A.R. Toscana, sez. I, 1 luglio 1994, n. 416, in *Foro amm.*, 1994, 2485; Id., 20 dicembre 1999, n. 1114, in *loc. ult. cit.*, 2000, 2298; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 16 febbraio 1998, n. 131, in *Foro amm.*, 1998, 2884; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 23 febbraio 1995, n. 110, in *T.A.R.*, 1995, I, 1722; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 17 febbraio 1997, n. 304, in *Foro amm.*, 1997, 2430; T.A.R. Toscana, sez. I, 3 marzo 1993, n. 207, in *T.A.R.*, 1993, I, 1932; T.A.R.

scopo è, in breve, quello secondo cui coloro che hanno diritto a essere informati dell'avvio di un procedimento che li riguarda ne siano effettivamente informati. Questo scopo è parte a sua volta di uno scopo più ampio, che è quello di acquisire nel procedimento mezzi di prova, fatti di manifestazione di interessi, deduzioni da parte dei soggetti interessati dal futuro provvedimento.

Su questo piano la giurisprudenza ha certamente assunto un atteggiamento non legalistico ed in moltissime pronunzie si leggono considerazioni sul conseguimento degli scopi ora riferiti come fattore che neutralizza la portata potenzialmente invalidante delle carenze procedurali¹¹⁷. In que-

Lazio, Roma, sez. III, 17 giugno 1998, n. 1405, in *Temì Romana*, 1998, 947; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1381, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 483; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 31 gennaio 2001, n. 782; T.A.R. Campania, Salerno, 10 luglio 1997, n. 422, in *T.A.R.*, 1997, I, 3322; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 17 dicembre 1996, n. 900, in *loc. ult. cit.*, 1997, I, 753; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 9 aprile 1998, n. 420; Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 1998, n. 1615; Id., sez. VI, 12 gennaio 2000, n. 191, in *loco ult. cit.*; Id., 14 aprile 1999, n. 433, in *loco ult. cit.*; Id., sez. V, 30.12.1998, n. 1968; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 28 gennaio 1998, n. 74, in *Giust. amm. Sic.*, 1998, 178; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 15 settembre 1997, n. 546, in *Ragiusan*, 1998, n. 168, 35; Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2002, n. 343). In tal senso, i giudici amministrativi hanno altresì precisato che, solo laddove il soggetto non avvisato sia in grado di provare che la sua tempestiva partecipazione al procedimento gli avrebbe consentito di presentare osservazioni ed opposizioni le quali avrebbero avuto la ragionevole possibilità di una incidenza causale sul provvedimento conclusivo, l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento comporta l'illegittimità dell'atto: cosicché l'obbligo di comunicazione non sussiste qualora, sul piano del merito e della legittimità, non vi sia utilità alcuna, per l'azione amministrativa, che possa scaturire dalla comunicazione stessa (si v. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 20 gennaio 2003, n. 31; T.A.R. Veneto, sez. III, 11 giugno 2001, n. 1454).

¹¹⁷ Cons. Stato, sez. VI, 9 agosto 1996, n. 999, in Cons. Stato, 1996, I, 1226; Cons. Stato, sez. VI, 9 agosto 1996, n. 1000, in *Giur. it.*, 1997, III, 1, 224; Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 1997 n. 1365, in *Foro amm.*, 1997, 3053. È stata ritenuta superflua, per evidente raggiungimento dello scopo cui le norme in argomento sono preordinate, la comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo nel caso in cui l'interessato, destinatario del provvedimento finale, sia stato in grado di recare alla p.a. precedente ogni utile mezzo o argomento a favore della propria sfera giuridica soggettiva, di cui la p.a. stessa deve tener conto, cioè appunto lo stesso effetto cui tende la formalità della comunicazione (Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 1995, n. 1364, in *Foro amm.*, 1995, 1904; sebbene mancante la prova della consegna o dell'avvenuta trasmissione di copia conforme dell'atto con il quale si ingiungeva a un pubblico dipendente di sottoporsi a visita fiscale, è stato ritenuto che il suo scopo fosse stato comunque raggiunto sulla base di un rapporto dei carabinieri riportante dichiarazioni dell'interessato relative al suo intendimento di non sottoporsi alla disposta visita di controllo, Cons. Stato, sez. IV, 17 marzo 1992, n. 293, in *Foro amm.*, 1992, 437); è stato escluso l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento con riferimento a un procedimento di approvazione di variante reintroduttiva di un vincolo a contenuto espropriativo, procedimen-

ste ipotesi, evidentemente, non è mai in discussione la soddisfazione dell'esigenza sottesa all'adempimento formale e sembra quindi indifferente prendere in considerazione il tipo di attività amministrativa in cui l'adempimento stesso si colloca. Se, in altre parole, l'interessato ha avuto conoscenza non in modo rituale dell'avvio del procedimento, e questa circostanza è considerata idonea a escludere l'annullamento del provvedimento adottato, rispetto a quest'ultimo esito non fa alcuna differenza che l'attività svolta fosse a contenuto discrezionale o vincolato. Questo rilievo può servire, come si vedrà, a gettare un po' di luce sull'ipotesi prevista nella seconda parte dell'art. 21-*octies*.2, l. 241/1990.

Una diversa ipotesi di irrilevanza dei vizi formali – che peraltro è quella che maggiormente rileva per la presente indagine – è, invece, proprio quella che la giurisprudenza ricollega alla specifica natura dell'azione vincolata. Qui non è in gioco la regola di strumentalità o fungibilità delle forme, ma un fenomeno più ampio, perché in realtà non può mai dirsi che lo scopo della norma violata sia stato raggiunto. Lo scopo, in ipotesi, raggiunto è quello di un'altra norma (quella sostanziale che definisce la condotta), circostanza che allontana questa ipotesi anche dai casi paradigmatici di regola del raggiungimento dello scopo individuati dalla dottrina¹¹⁸. Nei procedimenti di aggiudicazione di contratti ed in quelli elettorali, infatti, gli scopi sono sempre di natura strumentale e non finale (a esempio la regolarità delle procedure stesse: ma se si ipotizza, a esempio, che lo scopo finale è aggiudicare al prezzo più basso e consentire la più rapida esecuzione dell'opera, il raggiungimento di questo scopo secondo la giurisprudenza non sana tutti i vizi di forma).

Non a caso il banco di prova degli orientamenti giurisprudenziali 'anti-formalisti' è costituito dall'azione vincolata ed è su questo terreno che si riscontra una maggiore divisione tra le corti¹¹⁹. Su questo aspetto, ripeto

to cui il privato interessato aveva già preso parte presentando osservazioni e fornendo in altro modo il proprio contributo partecipativo (Cons. Stato, sez. IV, 29 ottobre 2001, n. 5628, in *Giur. it.*, 2002, 854).

¹¹⁸ Anche secondo V. CERULLI IRELLI, *Note critiche* ..., cit., 192, questa categoria di violazioni è la più «problematica e perplessa»; v. pp. 204-207 per l'analisi delle diverse posizioni della giurisprudenza.

¹¹⁹ Molte sono le pronunzie che affermano la necessità di comunicazione di avvio anche in ipotesi di atti vincolati. V. T.A.R. Sardegna, 5 maggio 1997, n. 563, in *T.A.R.*, 1997, I, 2868; T.A.R. Trentino Alto-Adige, Bolzano, 30 dicembre 1996, n. 378, in *T.A.R.*, 1997, I, 535; Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 1999, n. 1238; Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 1999, n. 1245; Id., sez. VI, 20 aprile 2000, n. 2443; CGARS, sez. giur., 20 aprile 1998, n. 242; T.A.R. Liguria, sez. I, 7 marzo 1997, n. 97, in *Foro amm.*, 1998, 154; T.A.R. Emilia-Romagna, Bo-

centrale per il presente studio, ritengo utile prendere in considerazione una decisione che ha tutti i caratteri del *grand arrêt*.

3.3. *Una pronuncia paradigmatica. Dalprà v. Comune di Trento*

In Dalprà v. Comune di Trento (rel. Marco Lipari), la Sezione V del Consiglio di Stato, 20 febbraio 2001, fornisce un esempio emblematico del travaglio della giurisprudenza amministrativa sulla questione dei c.d. vizi formali. La pronuncia costituisce, probabilmente, la punta più avanzata di una posizione dei giudici amministrativi intenzionata a dare ingresso nel processo alle istanze efficientiste, ma al tempo stesso preoccupata di ribadire alcuni *topoi* dell'evoluzione in senso garantista del rapporto tra amministrazioni pubbliche e cittadini. L'interesse specifico della decisione risiede, per noi, nel fatto che in discussione era un caso di azione vincolata, rispetto alla quale viene ampiamente problematizzato il rapporto con le formalità garantistiche del procedimento.

La controversia riguardava la mancata comunicazione di avvio del procedimento concernente l'adozione della revoca del permesso di realizzare una 'soglia carraia'.

La strategia argomentativa impiegata sembra quasi celare una ritrosia del giudice rispetto al risultato interpretativo finale (di adesione all'orientamento 'dequotativo' ma con cautele), se si considera che il solenne *incipit* della motivazione consiste nell'adesione a un asserto ricavabile dalla giurisprudenza secondo cui

la partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo prevista dagli art. 7 seg., l. 7 agosto 1990 n. 241 costituisce un ***principio generale dell'ordinamento giuridico***, per cui ogni disposizione che limiti o escluda tale diritto va interpretata in modo rigoroso, al fine di evitare di vanificare od eludere il principio stesso (Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 1998, n. 569) (evidenziazione nel testo originale).

Tale asserto è rinforzato da un corollario: dire che la partecipazione degli interessati è un principio generale¹²⁰ – tra l'altro correlato con i canoni

logna, sez. I, 23 febbraio 1995, n. 110, in *T.A.R.*, 1995, I, 1722; T.A.R., Lazio, Roma, sez. I, 17 febbraio 1997, n. 304, in *Foro amm.*, 1997, 2430; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1381; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 31 gennaio 2001, n. 782; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 9 aprile 1998, n. 420; Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 1998, n. 1615; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 17 dicembre 1996, n. 900, in *T.A.R.*, 1997, I, 753; Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 474, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2363.

¹²⁰ Noto, per inciso, riandando alla discussione del capitolo primo, che in questo caso si

costituzionali di imparzialità e di buon andamento – implica sostenere che le eccezioni all’operare del principio possano essere stabilite soltanto dal legislatore (v. art. 7, l. 241/1990) e debbano essere considerate, quindi, tassative¹²¹.

Non può, quindi, non suonare un poco dissonante quanto si aggiunge subito dopo a proposito del fatto che

al tempo stesso, tuttavia, le regole della partecipazione, anche al di fuori dei limiti sopra definiti, non possono essere interpretate ed applicate in modo formalistico ed acritico, ma vanno lette alla luce dei criteri generali che governano lo svolgimento dell’attività amministrativa ed individuano i contenuti fondamentali del rapporto tra esercizio della potestà pubblica e tutela delle posizioni delle parti interessate: *ragionevolezza, proporzionalità, logicità ed adeguatezza* (evidenziazione nel testo originale).

Più avanti si osserva, ancora, che è la stessa l. 241/1990 ad affermare

con chiarezza i principi di *efficacia ed efficienza* dell’azione amministrativa, di semplificazione dell’istruttoria, di divieto di aggravio del procedimento, di valorizzazione del risultato concreto perseguito dal titolare della potestà pubblica, di tutela effettiva della posizione sostanziale del soggetto interessato.

E che pertanto divenga indispensabile l’individuazione del punto di equilibrio fra le esigenze garantistiche codificate dall’articolo 7 della l. 241/1990 e la necessità di assicurare l’efficace svolgimento dell’attività amministrativa, attraverso cui è possibile delineare in quali ipotesi la presenza di vizi formali non determina, tuttavia, l’illegittimità dell’atto finale adottato dall’amministrazione¹²².

Questa serie di affermazioni viene posta come premessa giustificativa di un altro asserto, sebbene, in realtà, le prime rispetto al secondo non sembrano né necessarie né sufficienti, in altre parole appaiono con questo inconsistenti¹²³. Secondo tale asserto, che rappresenta, a mio avviso, il punto

parla di principio per intendere la giustificazione sottesa a una norma e non di un tipo di norma. Tuttavia eccezioni possono essere previste a una norma, non a un fatto che dovrebbe essere valutato in termini di ‘peso’ e quindi prestarsi per definizione a essere soppesato con altri principi.

¹²¹ A prendere sul serio, come credo si dovrebbe fare, la correlazione tra il ‘principio’ della partecipazione e le disposizioni costituzionali sulla pubblica amministrazione, occorrerebbe anche dire che su tali eccezioni può svolgersi il controllo di costituzionalità.

¹²² Semplice argomento retorico sembra quello basato sul riferimento al progetto di legge che dopo quattro anni sarebbe diventato la l. 15/2005.

¹²³ Questi argomenti giustificativi, che rimandano all’ambigua idea dell’amministra-

dogmaticamente più importante della sentenza, dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato si potrebbe estrarre un canone (che nella sentenza viene definito interpretativo¹²⁴ secondo cui l'invalidità/illegittimità (i due termini sono usati come sinonimi) degli atti amministrativi non discenderebbe da qualsiasi difformità tra la fattispecie concreta e la fattispecie astratta, ma soltanto da quelle difformità che possiedono un requisito ulteriore. Questo requisito, che si aggiunge al fatto della difformità, consiste nella

lesione dell'interesse, ancorché meramente strumentale, perseguito dal ricorrente.

Credo che vi si possa scorgere l'adesione a una corrente di pensiero rimasta, a quanto sembra, a lungo minoritaria nella scienza giuridica – e su cui si avrà modo di tornare con più agio nel capitolo sesto – sebbene essa sia sostenuta da validissimi studiosi¹²⁵. Quello che una affermazione di questo genere implica è che l'invalidità dell'atto e la situazione soggettiva costituiscano le due facce inseparabili di una stessa moneta. Il riscontro circa il requisito della lesione dell'interesse diviene parte del giudizio di convalidazione ed allo stesso tempo, quindi, in una sorta di processo circolare, la validità dell'atto comporta l'assenza della situazione soggettiva di cui si domanda la tutela. Conviene, tra l'altro, osservare che in questo modo ci si pone al di fuori dell'orientamento incline a impostare il problema in termini di interesse processuale.

Un altro passaggio del percorso argomentativo della decisione riguarda il richiamo, a sostegno della tesi costruttiva principale, a una diversa conformazione che avrebbe assunto il processo amministrativo, specialmente dopo il decreto legislativo 80/1998 e la legge 205/2000, volto ormai

alla definizione del rapporto controverso, mediante il veicolo dell'impugnazione del provvedimento e la specifica deduzione di vizi propri dell'atto, piuttosto che al riscontro estrinseco della legalità formale dell'atto.

Quest'ultima tesi, nella sentenza solo enunciata, andrebbe fatta oggetto di una più ampia verifica. Con il senno di poi, essendo intervenuta la sentenza

zione-risultato, sono quelli valorizzati da Fabrizio Luciani per la costruzione di una tesi sul regime dei vizi formali, su cui v. *infra*, § 4.

¹²⁴ Ma sembra trattarsi di una vera e propria regola o meglio meta-regola di deduzione o creazione giurisprudenziale e non di un semplice canone interpretativo.

¹²⁵ Mi riferisco alla ricerca di Aldo Piras richiamata, proprio in tema di vizi formali, da F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 412 ss.

n. 204/2004 della Corte Costituzionale, si potrebbe quantomeno dubitare della sua fondatezza. Questa verifica non rientra, comunque, negli intenti della presente indagine, sebbene sia probabilmente vero che la suddetta ‘tesi principale’ richieda il sostegno di un modello processuale non forgiato, in senso oggettivistico, sul “riscontro estrinseco della legalità”. Tuttavia, come si vedrà nel capitolo sesto, è possibile non impegnarsi sulla gravosa questione dell’oggetto del processo amministrativo tipico, se si accetta l’idea che il sindacato sull’azione vincolata non sia parte del processo amministrativo tipico. Non posso fare a meno di notare, però, che i problemi maggiori derivano anche nel caso in esame dal trattare come uno stesso ‘oggetto’ l’azione funzionale e l’azione vincolata.

La restante parte della sentenza è diretta a fornire una sorta di catalogo, attraverso la ricapitolazione dei precedenti, delle ipotesi in cui si può sostenere che non ricorra la lesione dell’interesse e quindi della situazione soggettiva di vantaggio nonostante la mancata comunicazione dell’avvio del procedimento. Si tratta della casistica già esaminata in precedenza, che qui viene, però, sistemata, in base agli orientamenti della giurisprudenza, in due classi, quella dei casi pacifici e quella dei casi dubbi.

Nella prima classe vengono collocate le tre ipotesi della conoscenza *aliunde* del procedimento, del nesso di derivazione necessaria tra due procedimenti di cui il primo è conosciuto dall’interessato e dei procedimenti a istanza di parte.

La seconda classe riguarda le ipotesi in cui dalla comunicazione dell’avvio del procedimento non sortirebbe alcuna utilità all’azione amministrativa. Qui viene menzionato anche un orientamento (oggi sconfessato dal legislatore) secondo cui sarebbe a carico del soggetto non avvisato provare che, ove avesse potuto tempestivamente partecipare al procedimento stesso, avrebbe potuto presentare osservazioni ed opposizioni che avrebbero avuto la ragionevole possibilità di avere un’incidenza causale nel provvedimento terminale¹²⁶.

Nella classe dei casi dubbi rientra poi quella che viene definita come

versione attenuata di questa linea ermeneutica, ispirata, comunque, ad analoghe premesse ricostruttive, secondo cui l’ambito applicativo dell’articolo 7 è circoscritto alla sola attività amministrativa discrezionale, mentre tale obbligo non avrebbe ragione di operare in relazione all’attività vincolata dei soggetti pubblici.

¹²⁶ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 28 gennaio 1998, n. 74, in *Giust. amm. Sic.*, 1998, 178; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 15 settembre 1997, n. 546, in *Ragiusan*, 1998, n. 168, 35.

Ed è proprio a proposito della fondatezza di questa tesi giurisprudenziale, alla cui base vi è l'intuizione della differenza ontologica tra le due strategie decisionali, che la pronuncia offre un utile campionario dei giudizi interpretativi presenti nel diritto giurisprudenziale. La tesi che viene presentata come prevalente all'interno della Sezione V, è nel senso che la natura vincolata di un provvedimento amministrativo non esclude l'obbligo per la pubblica amministrazione di comunicare l'avvio del procedimento

in quanto la ragion d'essere della partecipazione al procedimento sussiste anche quando i presupposti del provvedimento da adottare, pur se stabiliti in modo preciso e puntuale delle norme, richiedano comunque un accertamento, nel cui ambito deve essere garantita al privato la possibilità di prospettare fatti e argomenti in suo favore (Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 474). Inoltre la formulazione letterale dell'articolo 7 non attribuisce rilievo al tipo di potere esercitato ed ai referenti normativi (rigidi od elastici) della sua attuazione.

Si tratta di rilievi condivisibili, ma, come si vedrà ampiamente più avanti, il problema va posto in modo diverso e cioè (proprio partendo da quella che sopra ho definito la "tesi principale") in termini di conseguenze della violazione di quell'obbligo giuridico e non già di ragion d'essere o meno della partecipazione.

Meno condivisibile, ma per ragioni di fondo che emergeranno compiutamente più avanti, è l'altro argomento a supporto della tesi dominante, secondo cui il criterio non è sempre di agevole applicazione, considerando le difficoltà della concreta distinzione tra attività discrezionale e vincolata; argomento che fa leva su idee ricorrenti anche in dottrina, volte di fatto a negare la dicotomia discrezionalità-vincolatezza.

Nel caso specifico il Consiglio di Stato adotta quella che definisce una tesi intermedia, secondo la quale, l'obbligo di comunicazione del procedimento non sussiste quando ricorrono due condizioni congiunte:

- i) che il provvedimento abbia contenuto e presupposti vincolati;
- ii) che l'accertamento delle condizioni fattuali per l'emanazione dell'atto non richieda apprezzamenti complessi, ma sia correlato, automaticamente, al riscontro obiettivo di un fatto strutturalmente semplice.

Richiamandosi a un precedente della stessa Sezione V, si individua come ipotesi paradigmatica di tale tesi intermedia la fattispecie della dichiarazione di decadenza di un permesso di costruire per mancato inizio dei lavori edilizi entro il termine stabilito

in quanto tale atto, che viene emanato per il sol fatto del verificarsi di tale evento indicato dalla legge, e come tale sottratto alla disponibilità delle parti, non ha

natura costitutiva, ma meramente dichiarativa di un effetto direttamente discendente dalla norma, nei cui riguardi il concessionario, anche se fosse tempestivamente avvertito dell'avvio del relativo procedimento, non avrebbe alcuna possibilità d'influirvi a proprio vantaggio (Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 1998, n. 1615).

Al di là dell'esempio – che richiama una dubbia distinzione tra atti di natura dichiarativa e costitutiva, che evidentemente indicherebbe sottoinsiemi aventi estensione diversa da quelli individuati dalla coppia atti discrezionali-atti vincolati – si tratta di un criterio del tutto empirico. Non mi sembra, infatti, che abbia alcuna genuina portata concettuale una sottoclasse (della classe degli atti vincolati) che sarebbe connotata da quegli atti la cui emanazione avviene automaticamente al riscontro obiettivo di un fatto strutturalmente semplice. Non che voglia negare che vi sono dei casi in cui questa descrizione si attagli efficacemente a un certo stato di cose, ma vi saranno numerosi altri casi in cui non si potrà stabilire se il fatto da accertare è strutturalmente complesso o semplice.

La sintesi definitoria proposta dalla sentenza degli atti per i quali non è necessaria la comunicazione d'avvio del procedimento risente, pertanto, di questo 'empirismo'. Vengono elencati quattro requisiti:

- [1] l'adozione del provvedimento finale deve essere doverosa (oltre che vincolata) per l'amministrazione;
- [2] i presupposti fattuali dell'atto devono risultare assolutamente incontestati dalle parti;
- [3] il quadro normativo di riferimento non deve presentare margini di incertezza sufficientemente apprezzabili;
- [4] l'eventuale annullamento del provvedimento finale, per accertata violazione dell'obbligo formale di comunicazione, non deve privare l'amministrazione del potere (o addirittura del dovere) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto (anche in relazione alla decorrenza dei suoi effetti giuridici).

Sono particolarmente i requisiti [2] e [3] a destare interesse evidenziando elementi problematici di carattere generale, soprattutto se si pensa alla tesi principale della sentenza in materia di situazione soggettiva-invalidità. Come si vede la *quaestio facti* viene completamente estromessa e si adotta una tesi ambigua in ordine al grado di incertezza normativa. Non mi pare, inoltre, che questi due elementi fattuali siano effettivamente collegabili con la questione del pregiudizio dell'interesse (finale o strumentale) nell'ipotesi (che è quella in esame) dell'azione vincolata. Sono tutti questi, punti su cui si avrà modo di ritornare nel prosieguo dell'indagine essendo molto rilevanti

per un accostamento dall'‘alto’ alla nuova disciplina *ex art. 21-octies.2*.

Quello che va per ora rimarcato è che dinanzi a un quadro ricostruttivo in cui l'alternativa era tra obbligo/non obbligo della comunicazione di avvio, questa posizione del Consiglio di Stato ha una indubbia giustificazione di ordine pratico, tendendo a circoscrivere al massimo il non obbligo. Il nuovo quadro normativo, a mio avviso, impone, però, di ragionare in modo diverso, sebbene il punto di fondo, come già ripetutamente notato, risiede nel chiarimento sulla natura e sull'ambito, potrebbe dirsi sull'intensione e l'estensione, della dicotomia discrezionalità-vincolatezza, che non dipende dal nuovo quadro normativo, quantunque quest'ultimo potrebbe contribuire a indirizzare tale chiarimento verso l'una o l'altra tesi interpretativa.

In altre parole, al di là delle ambiguità riscontrate, è interessante osservare come la strada seguita nella decisione *Dalprà v Comune di Trento* sembra quella di utilizzare il dualismo casi semplici/casi difficili per discriminare tra rilevanza ed irrilevanza dei vizi di forma. Il modo come questo aspetto sia rilevante nella ricostruzione della disciplina di cui all'art. 21-*octies*, che si riferisce ai provvedimenti di natura vincolata nonché a un requisito di evidenza del risultato applicativo, sarà sviluppato a partire dal prossimo capitolo.

4. *La tesi dell'irregolarità degli atti amministrativi come ipotesi di vizio che in astratto ed a priori non implica l'invalidità dell'atto*

Gli spunti che provengono dall'esame della casistica giudiziaria sono molteplici. Ma mirando all'essenziale preme evidenziare tre aspetti.

Nella maggior parte dei casi la regola enucleabile dalle decisioni è quella della strumentalità o, come preferisco dire, della fungibilità delle forme (moltissime delle decisioni relative all'art. 7, l. 241/1990 sono riconducibili a questo schema). Quando tali forme appaiano equivalenti a quelle previste per il raggiungimento del fine specifico sono considerate egualmente ‘valide’. Il fine in questo caso è però sempre ‘interno’ al procedimento. Se il fine è, a esempio, di avvisare l'interessato dell'avvio dell'inizio di un procedimento, allora la circostanza che la notizia sia stata fornita con mezzi irrutuali da un ufficio diverso dal responsabile del procedimento permette di dire che quel fine è stato conseguito.

In un altro gruppo di casi si possono includere quelle che sono state chiamate le vere e proprie ‘irregolarità minimali’, sulle quali – come si vedrà tra poco – si indirizza particolarmente l'ipotesi ricostruttiva di Romano Tassone.

Un ulteriore gruppo di casi riguarda (soprattutto intorno agli anni 2000) la cosiddetta regola del raggiungimento dello scopo, intendendosi ora per scopo però non lo scopo prossimo dell'adempimento di procedura, ma lo scopo remoto del potere conferito all'autorità. Qui, come detto, entra in crisi l'omogeneità dell'orientamento delle corti, che abbastanza comprensibilmente, date le premesse di partenza (la monoliticità del potere amministrativo), perdono il bandolo della matassa nella ricerca di un criterio che giustifichi, contemporaneamente, la 'dequotazione' degli obblighi procedurali e la tutela dell'interesse pubblico concreto¹²⁷.

Tanto per il primo gruppo quanto per il secondo gruppo il richiamo all'art. 156 c.p.c. e a un generico criterio del raggiungimento dello scopo è plausibile, sebbene appaia evidente come muti del tutto il significato di tale clausola se riferita, rispettivamente, allo scopo prossimo o allo scopo remoto.

Il chiarimento del modo diverso di operare delle strategie di conservazione degli atti amministrativi viziati messe in campo dalla giurisprudenza si deve soprattutto ad A. Romano Tassone, che nel suo intento di conferire maggiore rigore dogmatico alla discussa categoria dell'irregolarità, parte proprio dal notare come 'irregolarità'¹²⁸ e regola del raggiungimento dello scopo operino su piani diversi. La seconda non influisce sulla qualificazione in termini di invalidità dell'atto che anzi presuppone, operando invece come fatto preclusivo rispetto al verificarsi delle conseguenze giuridiche dell'invalidità: si realizzerebbe pertanto una sanatoria¹²⁹.

L'irregolarità, per contro, esclude in radice che l'atto possa ritenersi invalido ed è irrilevante, rispetto a essa, che lo scopo sotteso al conformarsi a quella determinata regola venga o meno conseguito. Le due tecniche appartengono a un comune valore ordinamentale, ma sono nettamente diverse per il fatto che una opera necessariamente *ex ante*, comportando una valutazione preventiva ed aprioristica dell'importanza della formalità considerata, e l'altra opera necessariamente *ex post*.

È, pertanto, evidente come diventi essenziale nell'opera ricostruttiva del-

¹²⁷ F. LUCIANI, *op. cit.*, 317 ss., propone un'altra classificazione della casistica giurisprudenziale, indicando: l'imperfezione superflua per il conseguimento *aliunde* dello scopo della norma violata; l'imperfezione superflua per l'inutilità dell'adempimento formale; l'imperfezione superflua per la neutralità degli interessi sostanziali coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo.

¹²⁸ Da qui in avanti intesa nel senso dell'irregolarità minimale cui si riferisce la scienza giuridica.

¹²⁹ Sulla «funzione ratificante dell'invalidità», v. l'ampia ricostruzione di F. LUCIANI, *op. cit.*, 162 ss.

l'autore precisare cosa debba intendersi per scopo, ossia quale è precisamente lo scopo (che sopra ho chiamato remoto dal punto di vista dell'adempimento violato) che viene raggiunto quando opera la regola del raggiungimento dello scopo con ciò sanando il vizio. Dopo avere escluso che tale scopo coincida con la causa, perché, ammesso che tale figura riguardi l'atto amministrativo, ben possono darsi atti causalmente corretti eppure invalidi; o con la più ampia funzione che l'atto concorre a realizzare; l'autore conclude che esso è costituito dalla definizione dell'interesse (pubblico) concreto. In questo senso, essendo l'interesse pubblico concreto in realtà l'impostazione del contenuto assunto dal provvedimento (il suo precetto), lo scopo dell'atto è il suo contenuto. E dunque, stanti le premesse, l'irregolarità deve riguardare un'ambito di disformità tali che non possa mai venire a interessare il contenuto del provvedimento. In termini positivi si avrà mera irregolarità soltanto in caso di

lesione di interessi non rilevanti, nemmeno potenzialmente, ai fini della determinazione del contenuto dispositivo dell'atto¹³⁰.

Secondo Romano Tassone, infatti, l'ambito dell'invalidità degli atti amministrativi deve essere determinato in funzione dell'inidoneità (anche solo potenziale od apparente) alla cura ottimale dell'interesse pubblico concreto:

viziato in legittimità si dirà quindi il provvedimento che contrasti con una norma la cui osservanza avrebbe potuto, in ipotesi, condurre a una decisione di contenuto parzialmente diverso, ovvero ancora che non presenti quei requisiti che ne consentono il riconoscimento quale legittima manifestazione dell'autorità¹³¹.

Il punto di equilibrio è costituito, dunque, da un elemento formale relativamente 'fisso' e cioè dal fatto che quello che occorre garantire non è, a esempio, un risultato dell'esercizio del potere giusto o equo, ma che non siano intervenuti fattori potenzialmente perturbativi della decisione assunta.

In tale ottica è considerata comunque perturbante la violazione sia delle regole sulla competenza sia delle norme sul procedimento amministrativo previste dalla l. 241/1990, miranti all'instaurazione di un nuovo rapporto tra

¹³⁰ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 76. Sulla base di questo criterio Romano Tassone individua alcune ipotesi di irregolarità: indicazione dell'autorità e del termine di ricorso; inosservanza del termine ordinatorio; inosservanza di oneri fiscali; apposizione di una motivazione vietata. Sono, in effetti, tutti casi in cui la violazione non intacca il contenuto dispositivo sebbene vi sia una violazione di (altri interessi) tutelati dalla norma. Ed inoltre è abbastanza evidente come si tratti di vizi marginali, perlopiù neanche ascrivibili all'area dei vizi procedurali ma a quella dei vizi di forma dell'atto in senso stretto.

¹³¹ *Op. ult. cit.*, 86.

amministrazione e cittadino improntato a collaborazione, trasparenza, responsabilità, ecc. Applicando questo schema concettuale alle varie figure di illegittimità previste dal diritto positivo, l'eccesso di potere e l'incompetenza risultano, pertanto, sempre invalidanti, mentre è ovviamente nell'area della violazione di legge in senso stretto che possono rinvenirsi ipotesi di disformità che non conducono all'annullamento, tra le quali l'autore individua con molta acutezza le tre specie corrispondenti ai tre gruppi sopra delineati: irregolarità, regola del raggiungimento dello scopo e principio di strumentalità delle forme. Irregolarità, principio di strumentalità delle forme, regola del raggiungimento dello scopo debbono dunque distinguersi con nettezza, ma tutte e tre, insieme, rappresenterebbero gli strumenti della reazione di una giurisprudenza via via più consapevole all'exasperato 'formalismo' insito nell'idea stessa di legalità¹³².

Successivamente, il criterio scriminante messo a punto da Romano Tassone, è ripreso da Fabrizio Luciani nello studio più volte citato. Questo autore propone una nuova figura di imperfezione dell'atto che definisce "vizio formale", che non ha nulla a che vedere con la nozione di validità formale, e che sarebbe di più recente emersione nel diritto amministrativo, indicando

quella specifica violazione di una norma di azione (a carattere imperativo), contenente la disciplina delle forme per la sua esternazione o delle procedure per la sua adozione; imperfezione alla quale ... non si collega la qualificazione di illegittimità dell'atto e quindi l'applicazione del regime tipico degli atti invalidi¹³³.

Così come l'irregolarità di cui parla Romano Tassone, anche questo "vizio formale" ha la proprietà di rilevare in astratto e non in concreto. Nel momento in cui la violazione si verifica, in altre parole, questa deve essere tale da non pregiudicare il contenuto del provvedimento. Questa è la ragione per cui il "vizio formale" può essere considerato una *species* dell'irregolarità, da cui si differenzia, tuttavia, per non aver riguardo a anomalie lievi, essendo configurabile anche nel caso di violazione di quelle che l'autore chiama norme imperative¹³⁴. Riprendendo un'altra indicazione della scienza

¹³² *Op. ult. cit.*, 98-99.

¹³³ F. LUCIANI, *op. cit.*, 211.

¹³⁴ Differentemente dall'opinione comune, pertanto, l'autore ritiene che sia possibile distinguere anche nel diritto amministrativo tra norme imperative e dispositive. Da ultimo in tema v. A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, *passim*.

giuridica, l'autore definisce forte questa irregolarità in contrapposizione a una debole¹³⁵. Così, mentre per Romano Tassone, la violazione delle norme sul procedimento amministrativo previste dalla l. 241/1990 è di per sé "perturbante", proprio la violazione di queste ultime costituisce il caso tipico di "vizio formale".

Se però si va a vedere più a fondo in che modo avverrebbe questa rilevazione *ex ante* dell'irregolarità forte, sorge più di una perplessità sulla consistenza della tesi in esame. Vediamo perché.

Sarebbe il valore della ragionevolezza che permette all'interprete di stabilire quando un vizio procedimentale investe interessi sostanziali e quando no, consentendo di delineare sul piano teorico la nozione di vizio formale dell'atto amministrativo, che sarebbe violazione soltanto apparente, riguardando la struttura esterna dell'atto e non la sua *ratio*.

In quest'ultima affermazione si nota il punto in cui la tesi di Luciani si allontana da quella di Romano Tassone, portando un 'po' più in là' il cosiddetto approccio assiologico-reale. Questa *ratio* è qualcosa di apparentemente diverso dall'interesse pubblico concreto (il precetto) che non può essere perturbato nell'idea di Romano Tassone e che, sebbene al prezzo di ridurre a casi marginali l'irregolarità, in quest'ultimo autore risponde a uno schema ben comprensibile. Si comprende cosa significa nel discorso di tale ultimo autore che il vizio deve in astratto essere ininfluenza sul precetto.

Con il riferimento alla suddetta *ratio*, invece, si intende dire che all'interprete è affidato in concreto il compito di operare di volta in volta una scelta di prevalenza, attraverso un metodo apertamente stipulativo, tra i valori ed interessi in campo, disposti secondo la classica ordinata che vede ai due estremi la garanzia e l'efficienza, ipostatizzati nella duplice aspirazione della disciplina generale sul procedimento amministrativo a portare a sintesi tali due 'valori'. È bene ricordare qual è il punto di vista che genericamente possiamo indicare come assiologico (riconducibile entro quegli orientamenti che si sono definiti a suo luogo neocostituzionalisti o del particolarismo decisionale) applicato al tema dell'invalidità. Secondo tale approccio, in estrema sintesi, grazie a una apertura in senso forte del sottosistema giuridico ad altri sottosistemi¹³⁶ – affidata concretamente all'attività giudiziale –

¹³⁵ G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità ...*, cit., 81, parla di irregolarità minimale ed estesa.

¹³⁶ Utilizzo categorie luhmanniane per fornire un inquadramento sintetico dell'approccio dell'autore in esame, ma è bene precisare che qui non sto esattamente riferendo il suo pensiero.

sarebbe possibile incorporare nel primo una regola, come quella sullo *status* non invalidante del vizio formale, a partire dall'assunzione di un principio (a sua volta desunto dal sistema delle leggi ordinarie e soltanto attraverso ulteriori manipolazioni e stipulazioni definibile di rango costituzionale) secondo cui l'orientamento al risultato¹³⁷ è prevalente sull'osservanza rigorosa delle modalità dell'azione e quindi, in senso ampio, sull'opposto principio garantista. Quest'ultimo può essere inteso tanto come garanzia dei privati quanto come garanzia di un astratto interesse alla legalità.

Questo approccio emergerebbe anche in giurisprudenza in via "definitiva"¹³⁸, attraverso la ricerca di equilibrio tra garanzia ed efficienza a proposito degli istituti di partecipazione, che darebbe luogo alla nozione della superfluità del vizio. Vi sarebbero tre classi di superfluità: conseguimento *aliunde* dello scopo della norma violata; imperfezione superflua per inutilità dell'adempimento formale; imperfezione superflua per la neutralità della violazione sugli interessi sostanziali¹³⁹.

Secondo Luciani, in particolare, gli interpreti sarebbero chiamati a effettuare una sorta di *test* avente a oggetto le norme sul procedimento teso a stabilire se un certo caso di applicazione cade nel nucleo della norma o nella sua area di frangia. L'impiego della categoria hartiana è però soltanto di stile, non avendosi riguardo al problema dell'*open texture*, ma appunto a un giudizio sui valori, ossia a una valutazione circa l'adeguatezza o inadeguatezza dell'osservanza della disposizione sulla base del bilanciamento tra garanzia ed efficienza.

Ebbene, dire che il giudice può rilevare il vizio formale solo mediante una valutazione *ex ante*, riferita al momento in cui la concreta violazione si è consumata, senza poter prendere in considerazione il risultato concreto del procedimento, sembra contraddittorio rispetto all'impostazione assunta,

¹³⁷ Il "risultato" deriva dalla elucidazione dello scopo della norma e quindi prescinde dalla contrapposizione discrezionalità/vincolatezza. È interessante notare, anche richiamando la discussione riportata nel primo paragrafo di questo libro, che secondo Luhmann la logica dell'orientamento alle conseguenze indica quelle posizioni che auspicano che le decisioni giuridiche siano prese con attenzione a dati esterni al sistema giuridico, facendo leva sullo 'scopo' delle decisioni e sui loro effetti immediati. La generalizzazione di questo approccio "è impossibile" sulla base di una concezione del diritto come "generalizzazione di aspettative di comportamento", le quali, se continuamente "tradite" dall'irrompere di elementi esterni al sistema giuridico, ne minerebbero le fondamenta, che si reggono su un principio autoregolativo.

¹³⁸ F. LUCIANI, *op. cit.*, 313.

¹³⁹ Queste ultime sono le ipotesi che grossomodo possono essere ricondotte all'irregolarità nell'accezione di A. Romano Tassone (F. LUCIANI, *op. cit.*, 330).

poiché implica che la c.d. valutazione assiologico-reale sia compiuta in astratto e non, come sembra connaturato a questo tipo di approccio, in concreto. L'impressione, in realtà, è che si tratti di una tesi costruita appositamente per legittimare lo stato della giurisprudenza, la quale aveva già individuato i casi in cui, con specifico riferimento alla comunicazione di avvio, questa possa ritenersi superflua. Come si è visto, però, un conto è la superfluità dello scopo prossimo della disposizione – i casi di conseguimento *aliunde* dello scopo – un conto è la superfluità dello scopo remoto.

Nel primo gruppo di casi, peraltro, sarebbe più corretto parlare di operare della regola della fungibilità delle forme piuttosto che di irregolarità, nel senso che nella prima non si avrebbe alcuna violazione¹⁴⁰.

Il vero problema riguarda quei casi in cui Luciani parla di inutilità dell'adempimento formale, in pratica le ipotesi di attività vincolata, che, come si è visto anche nel paragrafo precedente, sono quelli in cui la stessa giurisprudenza si mostra tentennante. Qui, a parte l'equivoco relativo al fatto di qualificare tali norme come "inutili", lo scopo della norma è quello che attribuisce il potere-PR all'amministrazione e non vedo come in questi casi possa applicarsi il *test* core/penumbra alle norme procedurali.

Il punto era già stato notato da Romano Tassone, che aveva osservato come nell'attività vincolata le norme di carattere procedimentale appaiano del tutto insuscettibili, *a priori* e in astratto, di influire sul contenuto del provvedimento. Sicché per giungere comunque a negare in tali casi la ricorrenza dell'irregolarità, l'autore si vedeva costretto ad aggiungere un correttivo alla tesi principale, nel senso che non sempre il semplice criterio dell'inidoneità a incidere sul precetto dell'atto è sufficiente per considerare il vizio un'ipotesi di irregolarità, esistendo altri criteri come quello della riconoscibilità di certi atti come legittimamente provenienti da un pubblico potere, insomma riguardanti la legittimazione politica del decisore. Le norme della l. 241/1990 nei confronti dell'azione vincolata avrebbero quindi esclusivamente quest'ultimo fine¹⁴¹. Non interessa discutere qui questa tesi (evidentemente ideologica), ma soltanto sottolineare il fatto che sotto il punto di vista strutturale per l'attività vincolata si affermasse in via generale la potenziale irregolarità delle norme procedurali.

Per giungere a tale esito, oggi canonizzato nell'art. 21-*octies*.2, l. 241/1990, non occorre insomma ricorrere a criteri assiologici, prescrivendo agli interpreti di andare alla ricerca del caso in cui l'illegalità procedimentale non impedisca

¹⁴⁰ A. ROMANO TASSONE, *Contributo ...*, cit., 94.

¹⁴¹ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 83-85.

all'azione amministrativa di riprodurre nella decisione concreta, l'equilibrato assetto tra i contrapposti valori di imparzialità e funzionalità dell'azione amministrativa, che la norma procedimentale fissa appunto in astratto¹⁴².

Quello che in definitiva emerge dalla giurisprudenza e dalla scienza giuridica è che, al di là delle definizioni adottate, vi è un'area di irregolarità che tocca soltanto lo scopo prossimo del requisito di forma e rispetto alla quale si registra un sostanziale consenso sul fatto che si tratti di irregolarità non invalidanti. Ma quando l'irregolarità investe lo scopo remoto del requisito di forma, nel caso cioè dell'attività vincolata, la giurisprudenza e la scienza giuridica si mostrano divise al loro interno e comunque le spiegazioni nell'uno o nell'altro senso non appaiono soddisfacenti.

Nel paragrafo successivo proverò a delineare in proposito una possibile tesi esplicativa, che d'altronde si limita semplicemente a svolgere alcuni corollari da quanto esposto in precedenza, in particolare al II.1.4.2.

5. *Lineamenti di una possibile tesi esplicativa*

La nozione di applicabilità, esaminata nel precedente par. 1.3, collegata con la funzione delle norme costitutive, consente di ipotizzare uno scenario differenziato in base alla circostanza che l'atto dell'amministrazione oggetto di giudizio di convalidazione costituisca o meno esercizio di un potere normativo (eventualmente creativo di una norma individuale). Come si è detto l'applicabilità riguarda l'obbligo di un organo giuridico di definire un caso mediante una determinata norma. Un'autorità amministrativa può essere abilitata da una norma 'superiore' a creare volta per volta una norma che disciplini il caso concreto¹⁴³. In tale circostanza la stessa autorità (quando l'atto non sia autoesecutivo e non esaurisca ogni rapporto) nonché il giudice sono obbligati ad applicare la norma così creata, fermo restando che chi vi abbia interesse ne può contestare la validità, a esempio sostenendo che essa è frutto di una scelta sviata o che nella sua formazione è mancato un atto istruttorio necessario.

Se partiamo dalla premessa che nei casi di attività vincolata (v. cap. II) non vi è per definizione la creazione di una nuova norma (generale o individuale), l'applicabilità non può che riguardare una norma preesistente.

¹⁴² F. LUCIANI, *op. cit.*, 339.

¹⁴³ Rimane da stabilire quando possa dirsi che e quando invece non possa dirsi che l'amministrazione crea la norma individuale, ma a questo problema è dedicato il quinto capitolo.

Qui, in altre parole, si è in presenza di una derivazione nomostatica e secondo le tecniche del formalismo pratico la relativa deduzione dovrebbe essere operabile da chiunque.

In altri termini il contenuto dell'atto vincolato non è altro che un *precepto reiterato*¹⁴⁴. Come ho ricordato nel capitolo precedente, quest'ultimo aspetto era stato indirettamente messo in chiara luce molti anni orsono da Massimo Severo Giannini, notando che l'atto amministrativo vincolato non pone problemi di interpretazione da parte del giudice, che interpreta in effetti soltanto la fattispecie normativa. Partendo dalla tesi che l'interpretazione in quanto operazione giuridica ha sempre a oggetto un atto di volontà, Giannini ritiene che nel caso dell'attività vincolata alla "volontà dell'atto" manca qualunque fisionomia propria, realizzandosi una mera "traduzione" dei termini astratti della disposizione legislativa a quelli concreti della fattispecie individuale¹⁴⁵.

Si tratta della semplice constatazione che se l'attività interpretativa ha a oggetto un atto di volontà di cui deve rivelare il significato (in base a determinati criteri giuridici e non giuridici) l'attività interpretativa dell'atto vincolato sarebbe in realtà interpretazione di un'interpretazione. E in effetti afferma ancora Giannini che, dinanzi a un atto vincolato, all'interprete non rimarrebbe che fornire una propria interpretazione delle disposizioni onde poi confrontare il suo risultato con quello che abbia ottenuto l'autorità nel compiere la medesima operazione. E questa evenienza si avrebbe sia quando l'interpretazione è meramente qualificatoria sia quando è piena, ossia quando non si accetta il fatto così come è stato ricostruito nell'atto¹⁴⁶.

Se, dunque, il contenuto di un atto vincolato è l'iterazione di un precetto, allora viene a mancare in radice lo stretto rapporto – caratteristico del concetto sistemico della validità – tra un atto e la creazione di una norma valida (nel senso di esistente nell'ordinamento) come contenuto di senso del primo¹⁴⁷.

¹⁴⁴ U. SCARPELLI, *Le "proposizioni giuridiche" come precetti reiterati*, in *Riv. intern. Fil. del Dir.*, 1967, 465-482.

¹⁴⁵ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo ...*, cit., 208-209.

¹⁴⁶ *Op. ult. cit.*, 285.

¹⁴⁷ V. anche F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario nell'Amministrazione pubblica*, cit., 381, il quale osserva che «solo con riferimento alle determinazioni di carattere discrezionale può correttamente affermarsi che l'amministrazione, di fronte al cittadino, si presenta come un "potere" pubblico a sé stante: quando l'attività sia pure applicazione della norma, il potere sostanziale che per il suo tramite si manifesta s'identifica in ultima analisi con il *potere della stessa legge*» (corsivi dell'autore).

Si potrebbe obiettare che in realtà il contenuto di senso dell'atto vincolato non sta nella reiterazione del precetto, ma nella verifica (nel controllo preventivo o successivo) sulla sussistenza in concreto delle condizioni previste dalle norme e negli effetti che da tale verifica derivano: l'atto di autorizzazione inibisce il potere sanzionatorio o secondo l'idea più corrente rimuove il divieto allo svolgimento dell'attività; la sanzione fa scattare determinate conseguenze; l'iscrizione in un albo professionale o in un elenco di beni produce determinate certezze su persone e cose, ecc. Senza ritornare sulle argomentazioni già svolte nel capitolo precedente, occorre semplicemente ricordare che il 'controllo' è semplicemente rinforzativo dell'attuazione spontanea del diritto da parte dei consociati e quindi non può essere né un precetto né un effetto dell'atto.

Quello che intendo dire può forse apparire più chiaro (o meno oscuro) attraverso una sorta di esperimento mentale, nel quale peraltro si ritrovano gran parte delle questioni sollevate nel primo e nel secondo capitolo sul 'regime delle regole' e sui poteri vincolati. Immaginiamo, dunque, che un regolamento deliberato da una facoltà universitaria stabilisca che i docenti (x) devono indossare la cravatta (y) mentre fanno lezione (c).

Quando il prof. alfa, seguendo la regola, indossa la cravatta prima di entrare in aula difficilmente diremo che egli sta esercitando un potere su sé stesso¹⁴⁸. Al di là delle dispute esistenti tra gli studiosi di logica deontica, non mi pare ragionevole porre in dubbio, cioè, che la derivazione nomostatica di norme abbia un sostrato deduttivo. Nell'esempio fatto: 'tutti gli x in c devono fare y; alfa è un x, ma c, dunque y'.

Come incide su tale meccanismo una ulteriore regola secondo cui ciascun docente prima di entrare in aula deve essere autorizzato dalla preside della facoltà che si limiti a verificare il fatto che il primo indossi la cravatta? È evidente che tale potere autorizzatorio non aggiunge alcunché alla tecnica di derivazione nomostatica, rispetto alla suddetta regola anche questo non è in nessun senso un genuino potere. È vero che il suo esercizio incide in qualche

¹⁴⁸ Quantomeno se siamo disposti a concedere che le regole costituiscono ragioni protette per agire. Se invece partiamo dal presupposto che una regola non chiude la porta a tutte le altre ragioni rilevanti in ogni caso specifico, allora possiamo sempre considerare ogni decisione come la posizione di una nuova regola. Ma partendo, invece, dalla anzidetta assunzione teorica del formalismo pratico, saremmo abilitati a dire qualcosa del genere solo qualora volessimo descrivere, a esempio, il fatto che il prof. Alfa si sia ripromesso all'inizio dell'anno accademico di non mancare mai di mettersi la cravatta a lezione. Anche in tal caso, evidentemente, il mettersi o no la cravatta in ciascuna lezione sarebbe un'istanza del seguire, eventualmente violandola, la regola così posta.

modo sul comportamento del soggetto obbligato, a esempio in senso psicologico aggiungendo pressione nei confronti dell'osservanza della regola (che si aggiunge alla pressione derivante da eventuali sanzioni previste per le condotte devianti rispetto sia all'obbligo di chiedere l'autorizzazione sia all'obbligo di agire in conformità alla disposizione-D). Può incidere, peraltro, anche in senso inverso: attribuendo un potere di tal genere si attribuisce inevitabilmente al soggetto che ne è investito anche una certa quota di 'discrezionalità' nel tollerare comportamenti devianti. Il prof. alfa potrebbe cercare di ottenere una deroga, adducendo ragioni particolarmente serie: questa mattina, potrebbe dire, una fastidiosa eruzione cutanea sul collo mi rende insopportabile il colletto della camicia, ma sono in grado di fare lezione e tutto sommato (ritiene il prof. alfa, ma non è detto che la preside sia dello stesso avviso) è meglio preservare il valore del fare lezione sacrificando il valore dell'essere sempre di aspetto impeccabile quando si è in aula. Ma tutto questo non ha nulla a che fare con il rapporto tra il potere di autorizzazione e la regola di condotta. L'unico contenuto di senso di tale potere non potrà che essere identico alla seconda parte della formula sopra riportata, che non è che un'istanza della regola, una sua reiterazione, giammai una nuova disposizione.

Ipotizziamo ora che per rilasciare validamente l'autorizzazione il regolamento preveda che la preside deve a sua volta indossare la toga.

A conferma di quanto sopra notato, dovremo pur sempre dire che se il professor alfa si reca in aula con la cravatta al collo è perfettamente 'in regola' quantunque la preside gli abbia accordato l'autorizzazione mentre era semplicemente in *tailleur*. Eppure starà esercitando la sua attività sulla base di un atto irregolare e quindi in modo illecito. Un collega potrebbe avere a sua volta il potere di fare ricorso in via d'urgenza ai probiviri della facoltà allegando che il professor alfa sta tenendo lezione sulla base di un'autorizzazione irregolare, chiedendone pertanto l'annullamento.

Ci potremmo ancora chiedere se anche gli studenti possano far valere, nel loro interesse, tale irregolarità. Ma probabilmente daremmo una risposta di questo tipo: quella deliberazione sarebbe da considerare una 'norma interna' all'ordinamento della facoltà nella parte in cui detta procedure e competenze, ed invece applicazione di una norma più generale, presumiamo esistente nell'ordinamento generale, in base alla quale i professori universitari devono mantenere a lezione un aspetto decoroso. Solo in relazione alla regola di condotta, quindi, potremmo pensare a una relazione giuridica tra la facoltà e un suo studente. Su questo punto tornerò tra breve.

Sarebbe, peraltro, molto più plausibile che le suddette stravaganti regole

fossero tutte considerate alla stregua di regole regolative. E così il professore che si presenta in aula per tre volte consecutive senza cravatta può perdere il posto; la preside che manca sistematicamente di indossare la toga quando autorizza l'ingresso in aula dei docenti deve lasciare il posto di preside a un'altra/un altro collega, e così via. Non sembra che in questo modo le ragioni per inserire una fase di controllo nella spontanea attuazione delle regole (a esempio le ragioni sopra indicate) perderebbero di peso. Si tratterebbe, invece, dell'utilizzo di una strategia che dequota il valore formale delle procedure di applicazione del diritto, ma che al tempo stesso non consente di sostenere che tali procedure non abbiano alcun valore.

In secondo luogo, i cosiddetti effetti giuridici dell'atto prima richiamati – inibire il potere sanzionatorio ('autorizzare'), creare una certezza su uno stato di cose, ecc. – costituiscono, come si è accennato nel capitolo precedente e si vedrà meglio nel capitolo quinto, i cosiddetti effetti normativi secondari dell'atto di accertamento e sono proprio quelli che adempiono la funzione regolativa propria dei poteri-PR rispetto alla disposizione-D. Ma in quanto effetti normativi secondari sono accessori al contenuto dell'atto, che è appunto un accertamento e cioè, come detto, l'iterazione di un precetto. In sostanza anche questi effetti normativi secondari sono appunto tali perché già previsti dall'ordinamento generale e non possono considerarsi contenuti di senso dell'atto vincolato, ma contenuti (effetti) di un'altra norma che si ricollegano *ex lege* al fatto che tale atto sia stato emanato o meglio che la norma sia stata iterata. Si può qui notare per inciso come nel caso dell'attività vincolata (anche nell'*an*) dell'amministrazione parlare di potere (anche nel senso dei poteri-PR) abbia un valore del tutto convenzionale.

Occorre, dunque, dire che il contenuto dell'atto vincolato è proprio l'accertamento del precetto nel caso concreto, poiché gli altri 'risultati' o si verificano nella presupposizione di tale accertamento o non sono distinguibili dall'accertamento stesso. Tanto basta a confermare che, non essendovi un vero e proprio nuovo precetto da convalidare, le tecniche del fp 2.2.2 non assumono in questo caso quel carattere necessario che sembra accompagnare il farsi del potere funzionale.

D'altronde se la trama delle relazioni giuridiche tra amministrazione e privati, secondo quanto si è esposto nel secondo capitolo, riguarda essenzialmente una serie di obblighi e pretese, non avrebbe senso che queste dovessero – in forza di qualche principio la cui fonte non sarebbe semplice da reperire – sempre essere fatte valere come questioni di invalidità dell'atto, quando si tratta invece di valutarne la concreta sussistenza e consistenza. Se – come ricordato nel secondo capitolo – lo stesso atto nell'azione vincolata

rileva come comportamento diretto ad adempiere un obbligo legale, allora il sindacato sull'atto costituisce un problema apparente: nessuno andrebbe a sindacare la conformità di un rifiuto di pagamento dei danni da parte di una società assicurativa alle pur esistenti e spesso complicate norme interne della società stessa¹⁴⁹.

Di conseguenza le anomalie che interessano il momento applicativo sembrano avere una 'qualità' diversa dal caso di esercizio di un potere-PL. L'errore sarebbe, vale a dire, ristretto soltanto a elementi relativi al piano logico o ricostruttivo dei fatti. Questo fa sì che il problema della validità possa anche essere ristretto alla validità materiale, nel senso appunto di riguardare questioni di rapporti tra disposizioni generali e particolari. È l'ordine di idee per cui i vizi degli atti processuali (la stessa nullità) hanno una portata del tutto relativa, 'interna' al processo. Nel caso della derivazione nomodinamica di norme, invece, il modo come certi atti sono posti in essere, in base a determinati requisiti di forma, procedura e competenza sembra comunque determinante, poiché tali requisiti sono proprio previsti affinché un certo enunciato sia riconoscibile come norma giuridica.

A proposito dell'ipotesi ora avanzata giova ricordare quanto osservava Enzo Capaccioli a proposito di quella proprietà di un atto amministrativo vincolato relativo alla sua "sostanziale" irrilevanza sul piano del successivo giudizio di cui diviene mera occasione¹⁵⁰. Secondo l'illustre studioso la se-

¹⁴⁹ Devo questa osservazione a un suggerimento, invero riportato quasi alla lettera, di Andrea Orsi Battaglini, secondo il quale l'irrilevanza del vizio formale deriva dal fatto che a essere irrilevante è propriamente l'atto vincolato, rilevando come comportamento diretto ad adempiere un obbligo legale. La domanda retorica formulata nel testo richiama alla mente una nota e discussa vicenda, che però, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 204/2004, sembra già appartenere a un'altra epoca. Mi riferisco all'ordinanza n. 1/2000 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che giunse a qualificare quello che senza dubbio era un comportamento dell'amministrazione in esecuzione di una obbligazione, anzi della più classica delle obbligazioni, quella di pagare un debito, come un 'potere'. L'atto del pagamento veniva ambientato in un clima pubblicistico, onde attrarlo nella giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici, proprio sul rilievo che esistono 'procedimenti di spesa' che vanno rispettati dagli agenti pagatori.

¹⁵⁰ Si noti che guardando dal lato che stiamo prendendo in considerazione al problema degli atti vincolati (lo stesso presso in esame da Marzuoli nel 1995) si coglie una dimensione complementare ma inversa rispetto a quella cui si sono prevalentemente dedicati coloro cui va il merito di averne configurato natura e caratteri (Capaccioli, Orsi, Ferrara), ossia la tutela 'piena' dell'interesse del privato nei confronti dell'amministrazione. In questo caso, infatti, per le stesse ragioni – ossia accertamento della fattispecie legislativa – l'interesse del privato può essere di r e t t a m e n t e sacrificato. Va da sé – riprendendo il punto di vista della scuola fiorentina – che, tuttavia, proprio questa regola dovrebbe definitivamente confermare,

quenza “norma di relazione-diritto soggettivo-giudizio di accertamento” vale per l’attività vincolata qualora il vincolo riguardi il “merito”, cioè il “risultato vantaggioso”. Quando il vincolo, viceversa, riguardi la forma (procedimento, competenza) vale la diversa sequenza “norma di azione-interesse legittimo-giudizio di annullamento”¹⁵¹. All’interno di questa bipartizione di fondo, l’autore delinea la distinzione tra giudizio di merito, che riguarda le posizioni di diritto soggettivo e mira ad attribuire il “torto o la ragione”, e giudizio di legittimità, che riguarda le posizioni di interesse legittimo e mira all’annullamento di atti, individuando un tratto comune dei processi di impugnazione – dei quali costituisce presupposto comune la preesistenza di un atto – nel fatto che, quando il giudizio investa il merito,

l’atto, pur costituendo il presupposto, non ha poi rilevanza alcuna; mentre se si tratti di sindacare i vizi formali, tutto si esaurisce nel controllo sull’atto, e eventualmente, nel suo annullamento¹⁵².

Nel diritto processuale, in particolare, il sistema delle impugnazioni è improntato alla regola secondo cui i motivi di nullità si convertono in motivi di gravame. Questa formula

esprime il canone della consumazione dei vizi formali nell’ambito del processo in cui si sono verificati [...] Ciò significa che quando l’impugnazione ordinaria è di merito (l’appello, tipicamente), in pratica i vizi formali non hanno rilievo perché ivi contano solo i motivi d’ingiustizia sostanziale [...] se si tratta di

a contrario, che quando si impugna l’atto negativo per vizi sostanziali, la giustizia somministrata debba essere piena nel senso che il ricorrente ottenga direttamente tutto quanto gli spetta e nella misura più efficace possibile (v. cap. VI).

¹⁵¹ Questo aspetto è particolarmente chiaro in E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, vol. I, 1972, ora in *Diritto e processo, Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 316, ove Capaccioli distingue tra norme che regolano l’attività e norme sostanziali. Secondo l’autore l’attività dell’amministrazione è sempre vincolata dal primo tipo di norme, ma è «quando esistono norme che vincolano l’amministrazione in ordine al merito delle sue determinazioni, cioè quando le norme vincolanti hanno carattere sostanziale, che corrispondono, nei soggetti interessati, le posizioni di diritto soggettivo». Questa impostazione era stata anticipata da O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, 318: «l’amministrazione viola diritti ... quando viola un obbligo, un limite preciso che la legge ha posto; ... ogni questione la cui soluzione si trovi anticipatamente scritta in un testo obbligatorio, per modo che, verificati i fatti, non resti più che consultare il testo invocato, per decidere fino a qual punto esso si applichi o non si applichi, deve ritenersi di competenza dei tribunali».

¹⁵² E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano, 1963, ora in E. CAPACCIOLI, *Diritto e processo*, Padova, 1978, 148.

attribuire il torto o la ragione, bisogna vedere come stanno i fatti e qual è il loro regime giuridico ...¹⁵³.

All'interno di questa concettualità si colloca una notevole precisazione di Andrea Orsi Battaglini, secondo cui la suddetta doppia sequenza non va letta in termini di rigido parallelismo, poiché in tal modo dovrebbe immanabilmente applicarsi la seconda sequenza in ogni caso in cui si rilevi un fenomeno normativo di regolamentazione delle modalità dell'agire¹⁵⁴. La seconda sequenza, pertanto, deve ritenersi applicabile solo se ed in quanto non sussista la prima:

se vi è norma di relazione come norma che regola esaurientemente il fatto e vincola i termini sostanziali del rapporto, siamo *senz'altro* in presenza di diritti soggettivi e le ulteriori norme (che certo sussistono nella grande maggioranza dei casi) dirette a regolare il comportamento dell'amministrazione relativamente a quel rapporto possono anche assumere rilievo ad altri fini, in senso ampio "interni" all'amministrazione stessa, ma restano totalmente irrilevanti rispetto alla situazione intersoggettiva che è, e rimane, qualificata dalla norma di relazione¹⁵⁵.

Come si vede viene toccato il punto centrale relativo alla natura e rilevanza delle 'norme d'azione' nell'ambito della strategia decisionale secondo le regole, in altre parole la questione è se le cosiddette norme d'azione che accompagnano la strategia decisionale secondo le regole hanno le stesse proprietà delle norme d'azione che accompagnano la strategia della funzione, se sono, cioè, entrambe norme costitutive dell'ordinamento generale. Questo aspetto per un verso rimanda al rapporto tra regole costitutive e validità e per altro verso alla fondamentale differenza tra le tecniche del fp-2.1. e del fp-2.2.

La questione che rimane sul tappeto è quella relativa all'ambito di rilevanza delle regole procedurali relative a disposizioni-PR, quando queste non rilevano sul piano della validità dell'atto, e come visto alcune indicazioni della scienza giuridica tendono a considerarle relative ai rapporti organizzativi¹⁵⁶.

¹⁵³ *Op. ult. cit.*, 149.

¹⁵⁴ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata ...*, cit., 38-39.

¹⁵⁵ *Op. ult. cit.*, 38.

¹⁵⁶ V. anche P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi*, cit., 261-2, secondo cui in presenza di atti dichiarativi illegittimi non si pone neanche il problema della qualificazione del vizio ai sensi delle leggi sulla giustizia amministrativa essendo semplicemente atti *contra ius*, o meglio fatti produttivi di un illecito.

Questi spunti inducono a prendere in considerazione una teorica rimasta, a mio avviso ingiustamente, piuttosto in ombra nel diritto amministrativo, quella della 'norma interna' elucidata soprattutto da Franco Bassi. La premessa da cui muove, certo discussa ma sicuramente di grande forza esplicativa, è quella di origine romaniana secondo cui l'amministrazione pubblica costituisce un ordinamento giuridico sia pure particolare. La norma interna è norma giuridica all'interno dell'ordinamento in cui è prodotta, e che rileva in vari modi (a esempio attraverso la tecnica del rinvio, ma non soltanto) in un altro ordinamento, ed estranea in quest'ultimo, nel quale può, però, rilevare totalmente o parzialmente. Si tratta, come si vede, dello stesso meccanismo che è alla base del concetto di applicabilità delle norme esposto in precedenza.

Appare evidente – questo anzi può dirsi un carattere proprio della categoria secondo la tesi in esame – che le norme in tanto sono interne in quanto hanno il carattere di essere prodotte dall'ordinamento particolare (l'esempio tipico sono le circolari e le cosiddette norme di buona amministrazione). Alcune di queste norme interne, peraltro, possono rimanere *del tutto* interne all'organizzazione, a esempio essere norme deontologiche sanzionate soltanto sul piano disciplinare. Ma su questo più oltre. La questione che, tra l'altro, affronta Bassi è quella della misura in cui tali norme interne possano, tuttavia, incidere sulla validità degli atti amministrativi in quanto atti operanti nell'ordinamento generale¹⁵⁷.

Il problema che si pone nel caso dei vizi degli atti amministrativi vincolati è per così dire inverso: è possibile che l'ordinamento generale detti regole che sono destinate a rilevare come fossero norme interne? Se questo è possibile il problema potrebbe porsi in modo analogo. Ebbene mi pare che non vi sia alcuna preclusione ad accogliere questa ipotesi. Se si considerano le regole di forma e procedura relative agli atti vincolati come norme che riguardano l'organizzazione amministrativa si può individuarne anche il parametro costituzionale di riferimento nell'art. 97 Cost.: una legge dello Stato non potrebbe dettare le regole di funzionamento interne a un'associazione senza violare il principio di libertà associativa (art. 18 Cost.), ma può ben farlo per le organizzazioni pubbliche. Né le misure organizzative possono essere ristrette a questioni come l'articolazione degli uffici, gli organici, le sfere di competenza, le modalità di nomina, ecc., poiché in senso lato ri-

¹⁵⁷ Come noto, una delle tesi più originali, ma rimasta minoritaria, è quella che considera il vizio di eccesso di potere come violazione della parte rilevante per l'ordinamento generale delle regole di buona amministrazione.

guardano l'organizzazione anche le misure relative al modo in cui i compiti degli uffici devono essere svolti. D'altronde, lo stesso Bassi riferisce all'art. 97 disposizioni di carattere 'sostanziale' come appunto le circolari e le norme di buona amministrazione. È quindi, in secondo luogo, possibile che tali norme di buona amministrazione non siano di carattere sostanziale ma di carattere procedimentale: nulla esclude che, a esempio, il modo di portare avanti una 'pratica' attraverso il compimento di certe operazioni non possa considerarsi una regola di buona amministrazione svolta quindi primariamente nell'interesse dell'organizzazione. Riprendendo un precedente accenno, ben può essere, vale a dire, che una compagnia di assicurazione detti ai propri dipendenti una serie di regole di trasparenza (comunicare a clienti o danneggiati tempestivamente l'apertura di una pratica, indicare il nome del responsabile, ecc.) nonché un'altra serie di regole per procedere alla liquidazione dei creditori (ottenere il parere di un ufficio, ecc.). Non mi sembra che l'una o l'altra serie di regole potrebbe essere fatta valere in termini di validità/invalidità degli atti né contro né a favore dei soggetti esterni alla compagnia assicuratrice.

Ebbene, l'idea è che le regole procedimentali, nel caso della strategia decisionale secondo regole, operino in linea di principio – salvo diversa espressa indicazione normativa – come norme interne all'organizzazione amministrativa, pur essendo al tempo stesso (qui gioca in un primo senso la tecnica della pluriqualificazione) norme dell'ordinamento generale nel caso di svolgimento di una funzione¹⁵⁸: ed infatti quando lo stesso schema viene applicato ai poteri discrezionali (seconda parte 21-*octies*) si trasforma in qualcosa d'altro, torna cioè a operare di fatto secondo il modello della strumentalità delle forme che si ritrova, come visto, in molte pronunce della giurisprudenza.

Occorre, però, introdurre una precisazione. Mentre le regole di buona amministrazione attinenti al 'merito' possono operare sia come massime d'esperienza sia come precetti deontologici¹⁵⁹, le regole di buona amministrazione di carattere procedimentale, sia per la loro natura sia per essere previste dall'ordinamento estraneo, sono sempre del secondo tipo e quindi obbligano l'agente, che in caso di loro violazione commette un illecito disciplinare¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Il che è reso possibile dal fatto che si tratta di norme poste da un atto-fonte prodotto nell'ordinamento esterno. È del tutto ovvio che questo specifico meccanismo di pluriqualificazione non potrebbe operare se queste norme fossero prodotte dall'ordinamento particolare.

¹⁵⁹ F. BASSI, *La norma interna*, cit., 419, spec. nt. 167.

¹⁶⁰ Un'altra differenza da mettere in rilievo è che in ordine a tali regole procedimentali

Il fatto, in definitiva, che la ‘dinamica ordinamentale’ non risulti pregiudicata da difetti di funzionamento di tali poteri-PR (ma semmai ciò che risulta in parte pregiudicata è la scelta di derogare all’attuazione spontanea che giustifica l’attività di accertamento) può essere considerata la ragione per cui la presenza di vizi nel procedimento di formazione dei relativi atti è ‘trattata come norma interna’. Insomma si può ritenere che le tecniche del fp-2.2.2 non essendo in tali ipotesi dettate per la genesi di una disposizione-D – non riguardando in altre parole norme sulla produzione – siano in grado di prestarsi a modalità d’impiego diverse rispetto a quando si utilizzano in relazione alle disposizioni-PL.

Va, tuttavia, ricordato (riprendendo i rilievi svolti in II.1.4.3) che nel caso di poteri vincolati di tipo ‘positivo’ (sanzioni; decadenze; ecc.) l’interesse del privato è di tipo difensivo (nel precedente esperimento mentale il titolare dell’interesse pretensivo era evidentemente il prof. alfa) e questo giustifica in genere una maggiore attenzione alle garanzie formali. Ma la regola di derivazione opera allo stesso modo ed il contenuto di senso dell’atto è pur sempre iterativo di una disposizione-D. In questo caso ragioni di opportunità possono anche far preferire una strategia mirante a non dequotare il valore formale delle procedure. Inoltre a questo riguardo l’atto assume, per così dire, un effetto regolativo più essenziale, poiché in assenza di esso la pretesa ‘ablativa’ non può manifestarsi e sebbene pure in questo caso nel successivo giudizio si può ritenere che l’atto diventi ‘trasparente’ rispetto all’applicazione delle regole, prevalgono sia in giurisprudenza sia nella scienza giuridica indicazioni che tendono invece a considerare rilevanti gli aspetti formali dell’atto. Per contro occorre osservare che la scelta del legislatore è stata quella di valorizzare gli aspetti comuni alla categoria degli atti vincolati trattando alla stessa stregua le diverse situazioni riconducibili alla coppia interessi pretensivi/interessi oppositivi¹⁶¹.

(solo trattate come norme interne) non possa porsi un problema di validità/invalidità del precetto nell’ordinamento interno, che F. BASSI, *op. ult. cit.*, 331 ss. ritiene debba porsi per le norme interne prodotte dall’ordinamento particolare. Quantunque l’ordinamento amministrativo e gli ordinamenti particolari in genere siano da considerare semplici, e quindi delineino normalmente solo in modo approssimativo vincoli procedurali per la produzione normativa, quando tali vincoli siano violati la norma interna può essere oggetto di un giudizio interno di invalidazione, che rende in radice irrilevante il precetto interno per l’ordinamento estraneo. Ma questo non può darsi per la violazione delle regole procedurali in esame che non sono produttive di alcun nuovo precetto, ma sono soltanto dirette a iterare un precetto esistente nell’ordinamento generale.

¹⁶¹ Osserva come sotto questo profilo la soluzione adottata dall’art. 21-*octies*.2, l. 241/1990 vengano a colmare un’asimmetria del sistema tra interessi pretesivi ed oppositivi, A. ROMANO

In questi casi, pertanto, l'irregolarità opera effettivamente *ab origine* ed allora è corretto parlare di irregolarità non invalidante: sin dal momento della sua promulgazione il contenuto di senso dell'atto non è passibile di annullamento, poiché la validità dell'atto non può che essere vista come conformità del suo precetto (che è iterazione o accertamento del precetto legislativo). Peraltro il carattere di provvisorietà di tale affermazione relativa al contenuto di una norma, passibile di essere confermato o sostituito dall'autorità giudiziaria, rimane un dato di fondo della tecnica dell'accertamento preventivo da parte dell'amministrazione e questo costituisce un ulteriore elemento a favore dell'idea che le regole di procedura in tali casi operino come norme interne.

Un dubbio. Questa spiegazione concettuale poteva forse essere già sufficiente a pervenire all'esito oggi consacrato dall'art. 21-*octies*.2? A pensarci bene il dubbio mi sembra ozioso; in fondo può dirsi anche il contrario e cioè che quest'ultima disposizione confermi e rinsaldi la tesi esplicativa esposta.

Vi è, infine, da tenere presente un ultimo aspetto, in parte già emerso, relativo alle tecniche di pluriqualificazione normativa, e cioè che se tali adempimenti di procedura vengono fatti oggetto di 'norme interne', non incidenti sulla validità degli atti nell'ordinamento generale, non è detto che in base a ulteriori regole regolative gli stessi adempimenti (le stesse azioni) non possano essere fatte oggetto da altre norme di una qualificazione come illecito nell'ordinamento generale, e ciò sia sul piano della responsabilità amministrativa dei funzionari sia sul piano della responsabilità civile dell'amministrazione¹⁶² entrambe da tenere distinte dall'illecito deontologico relativo alla violazione della norma interna¹⁶³.

TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico on line*, n. 2, 2005, 8 dell'estratto.

¹⁶² Sul punto tra i tanti, ma con particolare efficacia, F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 416-418.

¹⁶³ In tema di obblighi di correttezza professionale dei funzionari amministrativi, anche in relazione all'arte del buon amministrare, v. per alcuni interessanti spunti V. ANTONELLI, *Dal Contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 687-689.

CAPITOLO IV

L'ILLEGALITÀ PRATICABILE DEI VIZI FORMALI TRA LEGISLAZIONE, GIUDICI E SCIENZA GIURIDICA

SOMMARIO: 1. L'introduzione dell'illegalità praticabile degli atti amministrativi nella legge sul procedimento amministrativo. L'ipotesi, fuori quadro, dell'assenza di comunicazione di avvio del procedimento. – 2. Uno sguardo alle conseguenze dei difetti di forma di un atto amministrativo in alcuni ordinamenti europei. – 2.1. *Le formalités substantielles*. – 2.2. La regola del raggiungimento dello scopo nell'ordinamento tedesco. – 2.3. Difetti di forma che impediscano all'atto di raggiungere il proprio fine nell'ordinamento spagnolo. – 2.4. Brevi considerazioni di sintesi. – 3. Condizioni e limiti nella 'via italiana' all'illegalità praticabile degli atti amministrativi. – 3.1. Regola canonica e regola pretoria: quando la forma muta la sostanza. – 3.2. La disposizione sull'illegalità utile come meta-norma riferita essenzialmente al concetto di azione vincolata. – 3.3. Il significato e la portata della distinzione tra forma e contenuto degli atti amministrativi. a) Il difetto di motivazione. – 3.4. *Segue*. b) Il difetto di competenza.

1. *L'introduzione dell'illegalità praticabile degli atti amministrativi nella legge sul procedimento amministrativo. L'ipotesi, fuori quadro, dell'assenza di comunicazione di avvio del procedimento*

Come si è accennato, l'introduzione nell'ambito della l. 241/1990 della disposizione che convenzionalmente e per brevità ho chiamato sull'illegalità praticabile degli atti amministrativi (IP), è stata accompagnata da una accesa discussione tra gli studiosi del diritto amministrativo, in cui sono in verità prevalsi i commenti negativi o preoccupati. Occorre peraltro ricordare come le prime versioni della disposizione contenute nei diversi disegni di legge succedutisi escludevano l'annullabilità dei provvedimenti "in caso di violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti quando il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", riproducendo in buona misura l'originario testo dell'articolo 46 della legge tedesca sul procedimento amministrativo¹. Oltre ai timori deri-

¹ Il testo del § 46 del *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 25 maggio 1976 era il seguente:

vanti dalla restrizione delle garanzie procedurali², le perplessità sollevate riguardavano essenzialmente, anche se non solamente, il fatto che apparisse affidato al giudice il compito di pronosticare l'esito dell'esercizio del potere discrezionale. Non è un caso che chi – come Francesca Trimarchi Banfi – aveva accolto favorevolmente la proposta di inserire la suddetta disposizione del nostro ordinamento, l'avesse intesa come riferibile pressoché esclusivamente agli atti vincolati³.

Anche Vincenzo Cerulli Irelli ha osservato che per accertare che il contenuto del provvedimento non potesse essere diverso da quello concretamente adottato occorre che l'atto non involga aspetti discrezionali, poiché il giudice non può mai procedere egli stesso a determinare l'assetto concreto di interessi riservato alla scelta dell'autorità amministrativa⁴. L'aspetto particolarmente sottolineato da questo autore riguarda il versante della divisione dei poteri, quindi per così dire postula una preclusione ontologica, e non epistemica, a che il giudice possa formulare un giudizio prognostico sul contenuto che avrebbe potuto assumere il provvedimento qualora il vizio non si fosse verificato. È tale preclusione che consente al portatore di un interesse contrario al provvedimento irregolarmente formato di sperare che, a seguito dell'annullamento, un nuovo esercizio del potere possa avere un esito a lui favorevole⁵.

Altri hanno posto maggiormente in rilievo la estrema difficoltà, se non impossibilità, di un giudizio ipotetico sulla piega che avrebbero potuto prendere le cose qualora il vizio formale non si fosse verificato, non escludendo quindi che il tenore della disposizione autorizzasse il giudice (anche ai soli fini dell'annullamento) a spingersi oltre le tecniche di sindacato consentite dal giudizio di legittimità⁶. È appena il caso di notare che si tratta di ordini

«Non si può richiedere l'annullamento di un atto amministrativo che non sia nullo ai sensi del par. 44 solamente perché esso è stato posto in essere violando prescrizioni riguardanti il procedimento, la forma e la competenza territoriale se nel caso non si poteva prendere nessun'altra decisione».

² V. a esempio le equilibrate riflessioni di G. PASTORI, *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull'attività amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, 315-316.

³ F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità ...*, cit., 412-413, della cui pregevole ricostruzione si è tenuto ampiamente conto nella ricerca.

⁴ V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, cit., 210.

⁵ *Op. e loc. ult. cit.*

⁶ Per la verità vi era anche chi (G. MORBIDELLI, *Invaldità e irregolarità*, cit., 92-93) aveva fornito una interpretazione che, «non ancorandosi alla distinzione provvedimento

di problemi che presentano molte analogie con quelli relativi al giudizio prognostico che il giudice sarebbe chiamato a compiere nell'area della cosiddetta risarcibilità dell'interesse legittimo dinanzi a interessi pretensivi.

Il fatto che l'art. 21-*octies*.2, l. 241/1990 limiti l'operatività della regola ai provvedimenti vincolati viene, quindi, incontro a un sentire diffuso in dottrina e in effetti sembra rendere più coerente il disegno normativo. Naturalmente il problema si sposta sulla individuazione della fattispecie 'provvedimento vincolato'. Non soltanto si pone, cioè, la questione relativa alla casistica riconducibile a tale sintagma⁷, ma soprattutto – onde resistere alle critiche rivolte alla formulazione più ampia della disposizione – occorre dimostrare che nei casi di provvedimenti vincolati la regola del raggiungimento dello scopo opera in modo diverso, o forse non opera affatto.

Le suddette perplessità sembrano peraltro avere ancora ragione d'essere quantomeno limitatamente alla previsione dell'art. 21-*octies*.2 seconda parte, che circoscrive la sua portata ai vizi attinenti alla comunicazione di avvio del procedimento ma evita di riferirsi ai soli provvedimenti vincolati. In virtù di tale previsione il provvedimento non è annullabile, quand'anche l'obbligatoria comunicazione di avvio sia stata omessa o irregolarmente formata, ove l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

La netta cesura tra il primo ed il secondo periodo dell'art. 21-*octies*.2, appare chiaramente percepita dai giudici amministrativi che in diverse occasioni hanno già escluso l'applicazione della regola in questione laddove il vizio contestato sia intercorso nell'ambito di un procedimento riconducibile all'attività discrezionale⁸. E correlativamente nell'ipotesi in cui il difetto investa la comunicazione di avvio del procedimento, anche nel caso in cui il potere esercitato sia stato riconosciuto avere carattere discrezionale, si è ritenuta applicabile la regola della non annullabilità, ove l'amministrazione abbia comunque fornito la prova che il contenuto del provvedimento non

discrezionale-provvedimento vincolato», faceva leva sul fatto che vi sono casi in cui nel corso del procedimento anche una valutazione discrezionale può presentarsi in concreto vincolata, facendo il caso della comparazione tra due domande di concessione demaniale di cui una presentata da un soggetto priva di ogni minimo requisito.

⁷ Sul punto v. V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, 210, nt. 56.

⁸ V. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *bis*, 31 ottobre 2005, n. 12376; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *ter*, 10 novembre 2005, n. 12775; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 6 ottobre 2005, n. 3954; Cons. Stato, sez. VI, 8 novembre 2005, n. 6204; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 1 marzo 2005, n. 3751; T.A.R. Veneto, sez. III, 8 giugno 2005, n. 2427.

avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato⁹. Si è anche precisato che tale prova di resistenza dovrà essere tanto più forte quanto più l'attività amministrativa considerata si connota in termini di discrezionalità¹⁰ e viceversa¹¹. In tal modo il legislatore sembra aver fondamentalmente condiviso il principio dell'utile partecipazione al procedimento, invertendo, però, l'onere della prova: mentre in precedenza, secondo un orientamento assunto dal Consiglio di Stato, l'interessato doveva far constare circostanze ed elementi idonei a un'esatta valutazione sulla rilevanza del provvedimento adottato ed eventualmente a far recedere l'amministrazione dal provvedere, con la disposizione in parola grava sull'amministrazione la dimostrazione che, anche in caso di partecipazione del privato, non avrebbe potuto adottare un provvedimento con contenuti diversi da quelli del provvedimento in concreto adottato¹². Si è precisato, altresì, che la relativa disposizione deve essere interpretata in modo restrittivo e costituzionalmente orientato, essendo necessario che l'amministrazione dimostri inequivocabilmente che il provvedimento finale non poteva che essere adottato in modo conforme a quello concretizzatosi¹³.

⁹ T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 6 luglio 2005, n. 560.

¹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2005, n. 4156.

¹¹ T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 31 maggio 2005, n. 164.

¹² T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *quater*, 6 giugno 2005, n. 6358; Id., sez. III *bis*, 18 luglio 2005, n. 9274; T.A.R. Piemonte, sez. II, 22 ottobre 2005, n. 3278; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *bis*, 31 ottobre 2005, n. 12376; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *ter*, 10 novembre 2005, n. 12775; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 6 luglio 2005, n. 560; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 17 ottobre 2005, n. 1724; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 18 ottobre 2005, n. 805; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 6 ottobre 2005, n. 3954; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 16 giugno 2005, n. 9375; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 9 giugno 2005, n. 10415; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 25 marzo 2005, n. 1332; T.A.R. Sardegna, sez. II, 20 giugno 2005, n. 1435; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 21 aprile 2005, n. 1473; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 29 giugno 2005, n. 9368; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 4 luglio 2005, n. 9804; Id., sez. II, 26 ottobre 2005, n. 11337; Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2005, n. 3124; T.A.R. Basilicata, 23 maggio 2005, n. 430; T.A.R. Molise, 16 marzo 2005, n. 447; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 30 ottobre 2005, n. 1525; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 12 maggio 2005, n. 1158; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 19 aprile 2005, n. 247).

¹³ Secondo T.A.R. Piemonte, sez. II, 22 ottobre 2005, n. 3278. In sostanza, poiché di ogni norma, in via di interpretazione, deve essere ricercato il significato che la renda coerente con i principi costituzionali di buon andamento, di conservazione dei valori giuridici e di ragionevolezza, la disposizione in esame va interpretata nel senso che l'onere della prova deve essere adempiuto dall'amministrazione con modalità tali da poter essere giudicate sufficienti, secondo i richiamati canoni, se poste in correlazione con l'ampiezza del potere discrezionale esercitato. «Già un orientamento consolidato della giurisprudenza aveva, in via

A proposito della disposizione in esame è stata sottolineata, tra l'altro, una contraddizione interna alla l. 15/2005 tra il 'potenziamento' che essa opera della comunicazione di inizio del procedimento e il depotenziamento della tutela giurisdizionale per il caso di sua violazione¹⁴. Se si può convenire che le due parti della legge 15/2005 relative alle garanzie partecipative ed al regime dell'invalidità non sono propriamente ispirate da una medesima ispirazione, non è detto tuttavia che esse siano necessariamente in insanabile contraddizione. Questo aspetto solleva questioni che non sono circoscritte al

di esegesi, escluso l'annullabilità per lo stesso motivo in tutti quei casi in cui l'apporto partecipativo del ricorrente non avrebbe addotto nel procedimento elementi di fatto idonei a modificare la scelta dell'amministrazione. Dopo il recepimento legislativo del principio e la introduzione di una autonoma fase processuale diretta specificamente alla verifica dei presupposti che potrebbero rendere il provvedimento in origine illegittimo non più annullabile perché sanato, la prova che l'amministrazione è tenuta a esibire deve essere tale da introdurre nel giudizio elementi di fatto, prevalentemente di natura tecnica ed oggettivamente verificabili, idonei a dimostrare in concreto che in nessun altro modo non lesivo per la posizione del ricorrente si sarebbe potuto raggiungere lo scopo. Deve in altri termini risultare provato che, secondo i canoni della logicità e congruità, l'amministrazione ha comunque operato, nel corso del procedimento, una corretta comparazione e sintesi degli interessi coinvolti, alla luce dei tratti mutevoli della realtà, in modo che risulti evidente che il provvedimento, anche se divergente dal diritto positivo, è rispettoso dell'assetto degli interessi che le norme impongono, in misura tale da rendere superfluo il riesame, in quanto ogni ulteriore elemento conoscitivo che l'interessato avrebbe potuto evidenziare non avrebbe scongiurato la lesione lamentata». Tale fase del procedimento giurisdizionale, avendo il fine di conciliare il criterio dell'efficienza amministrativa con quello della garanzia, imporrebbe, inoltre, che al privato sia data la possibilità di controdedurre a sua volta sugli elementi di prova esibiti. Non è comunque da ritenersi sufficiente la semplice asserzione circa l'impossibilità di adottare un provvedimento di contenuto diverso (T.A.R. Sardegna, sez. II, 20 giugno 2005, n. 1435).

¹⁴ D.-U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della Legge n. 241/90*, § 4, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico on line*, n. 2/2005. Questa notazione è stata fatta anche in giurisprudenza, sollevando un possibile dubbio di costituzionalità della norma. Il T.A.R. Sardegna ha affermato che l'art. 21-octies può essere censurato sotto il profilo della compatibilità con i principi deducibili dagli artt. 24 e 113 Cost., oltre che per la apparente contraddittorietà rispetto alla scelta dello stesso legislatore di rafforzare contestualmente l'ambito di applicazione della comunicazione di avvio del procedimento. Da ciò la necessità di fornirne un'interpretazione restrittiva e rigorosa, poiché altrimenti, in presenza di una obiettiva violazione di legge (mancato o non idoneo avviso di avvio del procedimento), si rischierebbe di limitare il diritto di azione del cittadino. Ai sensi dell'art. 113 Cost. il potere della legge ordinaria di individuare i casi e gli effetti dell'annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo deve essere, infatti, esercitato in modo da garantire al soggetto leso, quanto meno nella sede contenziosa, il sostanziale esercizio di difesa nei confronti di un'attività discrezionale che abbia determinato la violazione di legge (T.A.R. Sardegna, sez. II, 20 giugno 2005, n. 1435).

solo enunciato in parola e che quindi riprenderò nel corso dell'indagine. Quello che si può notare sotto il limitato profilo ora in esame è, però, che per effetto della clausola limitativa contenuta nell'ultima parte della disposizione, la natura del tipo di irregolarità configurata dalla norma si distanzia sensibilmente dal caso generale. È vero, infatti che si adotta il criterio della 'prova della resistenza'¹⁵, ma ponendo a carico dell'amministrazione l'onere di dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La precisazione è importante, poiché, come accennato, non era mancato un orientamento delle corti che riteneva di addossare, invece, l'onere della prova al ricorrente¹⁶.

Tale previsione sembra, quindi, in grado di attenuare il temuto rischio di affidare al giudice il compito di effettuare il cosiddetto giudizio prognostico in merito all'incidenza del vizio sul contenuto del provvedimento. I casi in cui, infatti, l'amministrazione potrà dimostrare che il difetto nella comunicazione non ha inciso sul contenuto del provvedimento – anche in virtù degli esigenti standard che le prime sentenze successive alla novella imponevano in punto di onere probatorio – sembrano ridursi a quegli stessi già ormai ben delineati dalla norma di creazione giurisprudenziale esaminata nel precedente capitolo relativa all'area della strumentalità o equivalenza delle forme (conoscenza *aliunde* dell'inizio del procedimento; partecipazione avvenuta anche in assenza di comunicazione, ecc.)¹⁷. La previsione in parola si differenzia, pertanto, nettamente dal caso generale, poiché in quella opera in effetti il criterio del raggiungimento dello scopo della norma violata, mentre nel caso generale, come si vedrà più avanti in questo capitolo e nel capitolo sesto, l'irregolarità può dirsi *ab initio* priva di effetti invalidanti.

¹⁵ Su cui v. G. GARDINI, *La nuova disciplina dei vizi dell'atto amministrativo*, cit., 75.

¹⁶ «L'omissione della comunicazione comporta l'illegittimità dell'atto conclusivo del procedimento soltanto nel caso in cui il soggetto non avvisato possa poi provare che, ove avesse potuto tempestivamente partecipare al procedimento stesso, avrebbe potuto presentare osservazioni ed opposizioni che avrebbero avuto la ragionevole possibilità di avere un'incidenza causale nel provvedimento terminale» T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 20 gennaio 2003, n. 31. V. anche Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823; Id., 21 gennaio 2002, n. 343; T.A.R. Veneto, sez. III, 11 giugno 2001, n. 1454. Ad analoghe conclusioni è giunta la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE (si v., *ex multis*, 13 febbraio 1979, in C. 146/76, in *Racc. uff.*, 1979, 461).

¹⁷ In tal senso v. anche V. CERULLI IRELLI, *Note critiche ...*, cit., 215, secondo cui dinanzi a un potere discrezionale «la violazione di legge può assumere consistenza formale solo con riguardo alla tipologia di violazioni assolutamente minimali ... ovvero a quelle che non impediscano comunque alla norma violata di conseguire in concreto il suo scopo».

Il riferimento esplicito all'attività vincolata differenzia, peraltro, la soluzione italiana dai diversi modelli europei che hanno costituito un punto di riferimento costante per il dibattito sul tema e anche, inizialmente, la fonte di ispirazione del legislatore.

2. *Uno sguardo alle conseguenze dei difetti di forma di un atto amministrativo in alcuni ordinamenti europei*

2.1. *Le formalités substantielles*

Uno dei mezzi più frequentemente utilizzati nel contenzioso dinanzi alle corti comunitarie relativo all'illegittimità degli atti comunitari è il vizio consistente nella "violazione delle forme sostanziali". Si tratta di una figura tratta dal diritto francese, in particolare dal vizio di forma, uno dei quattro *moyens* su cui si fonda il *recours pour excès de pouvoir*¹⁸. Per forma si intende in ambito comunitario tanto il procedimento di formazione dell'atto quanto i requisiti formali dell'atto, tra questi a esempio la motivazione ai sensi dell'art. 253 Trattato CE. La dottrina francese distingue, tra le "illegittimità esterne", quelle che riguardano un certo formalismo previsto a garanzia degli amministrati, la cui violazione dà luogo sia a vizi di forma sia a irregolarità della procedura. Tra le illegalità esterne rientrano anche i vizi di competenza che non sono, però, considerati vizi relativi a tali formalismi.

Tra i vizi di forma in senso stretto, che concernono il modo come l'atto si presenta esteriormente, vengono menzionati la sottoscrizione, i contrassegni tipici e la motivazione. Tra i vizi di procedura, quello più frequente concerne la mancata o irregolare acquisizione di un parere preventivo. Questo tipo di adempimento, assieme a quelli relativi ai "diritti di difesa", sono quelli più spesso ritenuti "sostanziali" dai giudici¹⁹. A queste formalità sostanziali vengono contrapposte le formalità accessorie. Secondo la giurisprudenza soltanto le prime comportano l'annullamento dell'atto

*Pour éviter de verser dans un formalisme étroit et paralysant*²⁰.

Il criterio per stabilire quando una formalità ha la proprietà di essere sostanziale riguarda l'incidenza dell'omissione della formalità sulla decisione

¹⁸ J.M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, II, Paris, 1962, 529 ss.

¹⁹ J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*⁸, Paris, 2003, 697-698.

²⁰ *Op. ult. cit.*, 698.

da assumere e sulle garanzie previste a favore dei destinatari di tali decisioni. Quando questa incidenza può essere esclusa le formalità sono considerate accessorie.

In un certo senso, quindi, tali formalità non vengono prese in considerazione in sé e per sé, ma in quanto abbiano o possano avere una qualche influenza sul contenuto dell'atto. A questo approccio si ispira da molto tempo anche la Corte di giustizia, che già nel 1955 forniva una spiegazione funzionalista del requisito della motivazione di una decisione dell'Alta autorità CECA, precisando che le prescrizioni formali previste dal Trattato sono in genere

sancite per garantire che i provvedimenti di cui trattasi siano emanati con la massima circospezione e prudenza²¹,

lasciando poi intendere che non tutte le prescrizioni formali abbiano tale funzione, ponendosi quindi per queste il problema della loro incidenza sul regime dell'atto²².

Il problema, come si intuisce, riguarda l'applicazione pratica del criterio. Come e quando può dirsi che determinate formalità incidano sul contenuto dell'atto? L'atteggiamento della Corte di giustizia sembra improntato a un robusto pragmatismo. Non è tanto il tipo di formalità che in astratto possa indicarne la natura "sostanziale" o "accessoria" quanto una considerazione attenta del caso concreto. Così certi adempimenti – come la consultazione di un organo oppure la comunicazione di elementi rilevanti del "fascicolo d'ufficio" – che rappresentano potenzialmente istanze di *formalités substantielles*, la cui mancanza porterebbe normalmente la Corte di Giustizia (soprattutto in materia di diritto al contraddittorio) all'annullamento dell'atto, vengono presi in considerazione

solo nell'eventualità che, in mancanza di queste irregolarità, il procedimento amministrativo avesse potuto portare a un risultato diverso²³.

²¹ C. Giustizia CE, 21 marzo 1955, in causa 6/54, in *Racc.*, 1954-55, 203.

²² L'art. 230 della versione consolidata del Trattato CE prevede che «La Corte di giustizia esercita un controllo di legittimità sugli atti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della BCE che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del presente trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione».

²³ C. Giustizia CE, 10 luglio 1980, in causa 30/78, in *Racc. uff.*, 1980, 780; v. anche Id., 21 marzo 1990, in causa 142/87, Belgio c. Commissione, in *Racc. uff.*, I, 959.

In questi casi, pertanto, il criterio utilizzato è proprio quello del raggiungimento dello scopo, in base al quale il giudice decide *ex post* se la finalità per il cui potere è stato conferito sia stato comunque raggiunto ed in tal caso valuta l'irrelevanza anche di una violazione formale "grave" come quelle ricordate.

Applicando i medesimi principi, il Tribunale di I grado CE ha ritenuto che, laddove la procedura seguita dalla Commissione per emanare una decisione sia irregolare, tale decisione può essere annullata solo se, in mancanza di tali irregolarità, il procedimento avrebbe potuto portare a un risultato diverso²⁴.

Le corti comunitarie impiegano dunque una versione della regola del raggiungimento dello scopo in presenza di decisioni amministrative irregolarmente formate. Il meccanismo è, evidentemente, quello consueto consistente nel trarre il materiale per la costruzione di regole giuridiche sia mediante una sorta di sintesi operata a partire dalle 'tradizioni giuridiche' comuni agli Stati membri sia attraverso il recepimento di principi ed istituti

²⁴ Trib. I Grado CE, 18 ottobre 2000, n. 290, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1201; Id., 8 luglio in 2004, causa T-198/01, punto 201 ss., in *Racc. uff.*, 2004. Si è, peraltro, richiamata l'attenzione su una pronuncia che è stata interpretata come una sorta di *revirement*, ma che a ben vedere si limita a pronunciare il proprio *non liquet* per ragioni processuali sulla questione riguardante il trattamento delle irregolarità formali degli atti amministrativi da parte degli Stati membri e non il regime proprio degli atti comunitari. Si tratta di C. Giustizia CE, 14 dicembre 2003, in causa C-448/01, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 1, 2004, 299 ss., che ha considerato di natura meramente ipotetica (e pertanto conseguentemente rigettato) la questione sottoposta alla sua attenzione dal giudice di rinvio, il quale aveva nella specie chiesto se l'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva del Consiglio n. 665/89 (c.d. direttiva "ricorsi") potesse essere considerato in contrasto con una disposizione del diritto interno che subordina l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo illegittimo alla positiva dimostrazione della sua influenza essenziale sull'esito del procedimento. Nel dettaglio, la Corte ha motivato la decisione sottolineando che le proprie funzioni si sostanziano nel contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri e non nel rilascio di pareri consultivi su questioni generali od ipotetiche che non abbiano una specifica rilevanza ai fini del decidere. La pronuncia appare semmai come una sorta di marcia indietro rispetto alla diversa questione relativa ai principi di equivalenza ed effettività della tutela, vale a dire quelli a tenore dei quali il diritto comunitario non impedisce in linea di massima che il diritto interno disciplini aspetti dei procedimenti da ricorso non definiti nella direttiva n. 665/89, purché le norme nazionali applicabili non siano meno favorevoli né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (C. Giustizia CE, 18 giugno 2002, in causa C-92/00, in *Racc. uff.*, 2002, 5553 ss.; Id., 12 dicembre 2002, in causa C-470/99, in *loc. ult. cit.*, 2002, 11617 ss.; 20 settembre 2001, in causa C-390/98, in *loc. ult. cit.*, 2001, 6117 ss.; 20 settembre 2001, in causa C-453/99, in *loc. ult. cit.*, 2001, 6297 ss.).

giuridici di un singolo ordinamento nazionale riadattandoli all'ambito comunitario. La circostanza che questo sia avvenuto anche a proposito della regola del raggiungimento dello scopo genera qualche perplessità, già sul piano intuitivo, sulla tesi della 'illegittimità comunitaria' di discipline nazionali dell'illegalità praticabile²⁵.

2.2. *La regola del raggiungimento dello scopo nell'ordinamento tedesco*

La regola del raggiungimento dello scopo riferita agli amministrativi è prevista espressamente nell'ordinamento tedesco²⁶ ed in quello spagnolo, sebbene, a dispetto di differenze letterali non sostanziali, sensibilmente diverso è il modo in cui, nei due ordinamenti, si è articolato il dibattito tra scienza giuridica e corti giudiziarie.

In Germania si è sviluppata una vivace discussione che vede la scienza giuridica ed i giudici schierati su posizioni contrapposte. La disposizione relativa alla regola del raggiungimento dello scopo, intitolata "Conseguenze dei vizi procedurali e di forma" nella sua prima versione prevedeva che non si può richiedere l'annullamento di un atto amministrativo che sia nullo ai sensi del par. 44 solamente perché esso è stato posto in essere violando prescrizioni riguardanti il procedimento, la forma e la competenza territoriale se nel caso non si poteva prendere nessun'altra decisione. Nonostante il fatto che la scienza giuridica, all'indomani della entrata in vigore della disposizione, tendesse a restringerne l'ambito di operatività ai casi di attività vincolata, la giurisprudenza ha invece esteso la sua portata anche all'area delle decisioni discrezionali, ritenendo che l'indagine sull'assenza di alternative al contenuto dispositivo dell'atto vada condotta in concreto e non già in astratto²⁷. A seguito della modifica apportata nel 1996 la disposizione ha assunto il seguente testo:

²⁵ Sostenuta in Germania da E. Schmidt Aßmann, *Europäisches Verwaltungsverfahren, in Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union*, a cura di P. Christian e M. Graff, Heidelberg, 1998, 149, e in Italia da F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Art. 21 octies, comma 2, Annullabilità del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 633-6.

²⁶ Oltre che in quello austriaco, nel quale secondo la legge sul procedimento amministrativo non si giunge all'annullamento dell'atto se non risultino violate «le prescrizioni "la cui osservanza avrebbe potuto condurre l'autorità competente a formulare una decisione diversa" (par. 42, comma 2, n. 3)» (G. CORSO, *Validità*, cit., 104).

²⁷ D.-U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo ...*, cit., 40.

L'annullamento di un atto amministrativo che non è nullo ai sensi del § 44 non può essere rivendicato solo in ragione del fatto che esso è stato perfezionato nell'ambito di una violazione di norme procedurali, formali o sulla competenza territoriale qualora risulti palese che la violazione non ha influito sul merito della decisione²⁸.

Come è stato osservato, questa definizione estende maggiormente la portata della regola, poiché sostituisce all'infungibilità del contenuto della decisione l'irrelevanza causale della violazione, sebbene poi soggiunga con più cautela che tale irrilevanza causale deve risultare in maniera palese²⁹. La nuova formulazione costituisce una conferma degli indirizzi della giurisprudenza³⁰. La principale obiezione della scienza giuridica è quella stessa sopra riportata a proposito della discussione in atto in Italia, facente leva sul fatto che il giudice è chiamato a ripercorrere *ex post*

le tappe del processo decisionale seguito dall'Amministrazione per adottare la sua decisione, e tutto ciò, in un contesto che – piaccia o meno – è caratterizzato da un grosso margine di opinabilità³¹.

Secondo Diana-Urania Galetta, che aderisce totalmente alle perplessità della dottrina tedesca, in quel sistema l'esistenza di efficaci rimedi in sede di ricorso amministrativo (opposizione preliminare) ed una articolata disciplina del recupero dei vizi degli atti ai sensi del § 45 della legge sul procedimento, consentirebbe di ammortizzare gli effetti deteriori di IP³².

Questa lettura del nuovo testo del § 46 non è peraltro univoca, essendo stato rilevato che il riferimento all'essere palese che la violazione non abbia influito sul merito della decisione, comporta che da qualsiasi prospettiva si esamini la questione deve potersi escludere anche la sola possibilità di una diversa decisione, e questo sinora avrebbe comportato un ruolo abbastanza limitato di tale disposizione nella prassi giudiziaria, ove invece ha molto più

²⁸ Traduzione ripresa da Camera Deputati, Dossier n. 392, Norme generali sull'azione amministrativa, A.C. n. 3890 e abb., XIV Legislatura, 31 maggio 2003, 257.

²⁹ G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, cit., 89-90, nt. 35. Analogo rilievo in J. BECKER, *La sanatoria dei vizi formali del procedimento amministrativo tedesco*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, 19.

³⁰ D.-U. GALETTA, *op. ult. cit.*, 41, riferisce che dalla lettura dei lavori parlamentari si evince che l'intento del legislatore sarebbe stato proprio quello di dare più ampia copertura normativa all'orientamento della giurisprudenza.

³¹ D.-U. GALETTA, *op. ult. cit.*, 42, richiamandosi a F. HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, Baden-Baden, 1998, 385, che parla di un *Lotteriespiel*, gioco della lotteria.

³² D.-U. GALETTA, *op. ult. cit.*, 42-45.

spazio la disciplina delle sanatorie³³. D'altronde Giorgio Pastori, partendo dalla premessa secondo cui la violazione di forme procedurali può essere irrilevante solo quando si possa verificare compiutamente la correttezza sostanziale del provvedimento, ha ritenuto più coerente una formulazione come quella che è accolta dal nuovo testo dell'articolo 46 della legge tedesca, secondo cui non si procede a annullamento quando nel caso concreto il provvedimento doveva essere emanato, ed è evidente che l'inosservanza delle norme sulla forma o sul procedimento non ha influito sul contenuto medesimo³⁴.

Il legislatore italiano dell'art. 21-*octies*.2, dal canto suo, ha da un lato recepito dalla versione vigente del § 46 il riferimento all'evidenza dell'assenza di conseguenze della violazione formale sul contenuto del provvedimento, dall'altro aggiunto l'elemento della vincolatezza dell'azione, recuperando così anche le posizioni della dottrina tedesca emerse in relazione alla primitiva versione del medesimo § 46.

2.3. Difetti di forma che impediscano all'atto di raggiungere il proprio fine nell'ordinamento spagnolo

Nell'ordinamento spagnolo ai sensi dell'art. 63.2 della Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo n. 30 del 26 novembre 1992, il difetto di forma determina l'annullabilità dell'atto solo quando questo sia privo dei requisiti formali indispensabili per raggiungere il proprio scopo oppure leda il diritto di difesa degli interessati³⁵.

La storia della rilevanza dei vizi formali in Spagna è fortemente segnata da una sorta di paradosso costituito dal passaggio da una ipertrofia dell'importanza dei vizi formali a una loro eccessiva sottovalutazione³⁶. Tale vicenda ha precise radici storiche essendo legata alla dottrina dei vizi formali come vizi di ordine pubblico, elaborata a cavallo tra XIX e XX secolo come strumento per rispondere all'esigenza di estendere il più possibile la prote-

³³ J. BECHER, *op. cit.*, 20.

³⁴ G. PASTORI, *Dalla legge n. 241 ...*, cit., 316.

³⁵ Il testo della disposizione, da leggere congiuntamente al primo comma, è il seguente: «1. Sono annullabili gli atti dell'Amministrazione che incorrono in qualsiasi infrazione dell'ordinamento giuridico, compreso lo sviamento di potere. 2. Tuttavia, il difetto di forma determinerà l'annullabilità solo quando l'atto sia privo dei requisiti formali indispensabili per raggiungere il proprio fine o pregiudichi la difesa degli interessati».

³⁶ J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Valladolid, 2001, 712 ss.

zione dei cittadini nei confronti dell'attività discrezionale dell'amministrazione in un momento in cui gli atti discrezionali in quanto tali erano esclusi dal controllo giurisdizionale³⁷. Il fatto di considerare determinati vizi formali come afferenti all'ordine pubblico consentiva l'accesso dei cittadini ai giudici ordinari – i quali tra l'altro potevano rilevare il vizio d'ufficio – per far dichiarare nullo l'atto amministrativo. Peraltro tale vizio era assorbente rispetto a qualsiasi altro aspetto, non assumendo alcuna rilevanza la considerazione del contenuto o della causa dell'atto³⁸.

Questo stato di cose perdura fino alla *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* del 1956, che introduce specifiche tecniche per il controllo della discrezionalità tra cui in particolare la *desviación de poder* ai sensi dell'art. 83. Non è un caso che solo due anni dopo la *Ley de Procedimiento Administrativo* (art. 48) considerò le infrazioni formali semplici irregolarità non invalidanti³⁹. La tendenza ad accrescere il sindacato sugli atti discrezionali e a eliminare qualsiasi causa di inammissibilità dei ricorsi fondata sulla natura discrezionale degli atti si accrebbe soprattutto dopo la Costituzione del 1978, facendo definitivamente venire meno le ragioni che sorreggevano la dottrina dei vizi formali come vizi di ordine pubblico⁴⁰. Ciononostante tale dottrina continua a essere – spesso implicitamente – sullo sfondo dell'atteggiamento dei giudici, nella misura in cui il riscontro di un vizio procedimentale è considerato un mezzo per evitare di accedere ai vizi materiali della discrezionalità⁴¹.

L'idea soggiacente alla dottrina dell'ordine pubblico è essenzialmente legata a una visione individualistica e garantistica della 'forma' come presidio della libertà del cittadino nei confronti dell'azione amministrativa e nasce, infatti, nell'epoca liberale. Anche in Spagna l'affermazione dello Stato sociale porta, però, in primo piano l'esigenza che le finalità che l'ordinamento assegna all'amministrazione siano effettivamente conseguite. La forma (il procedimento) da quest'altro punto di vista non si limita a rappresentare una garanzia individuale ma diviene anche garanzia per il soddisfacimento degli interessi pubblici⁴². Questa attenzione al perseguimento del fine, congiunto

³⁷ T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970, 93.

³⁸ J. PONCE SOLE, *op. cit.*, 713.

³⁹ M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia ...*, cit., 105.

⁴⁰ V. Tribunal Supremo, 7 maggio 1987 (Ar. 5241).

⁴¹ J. PONCE SOLÉ, *op. cit.*, 715.

⁴² J. GONZALÉS PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, 60.

al venir meno delle ragioni che avevano portato al successo della dottrina del vizio formale come vizio di ordine pubblico, ha favorito l'affermazione di tesi fortemente scettiche sull'importanza dei vizi formali (procedimentali), basate sul carattere strumentale della forma rispetto alla sostanza e sul considerare la forma stessa come semplice elemento dell'atto e non come autonoma istituzione giuridica.

Nella formula dell'art. 63.2 della legge sul procedimento sembrano presenti entrambi i suddetti sensi in cui la forma rileva per l'attività amministrativa secondo la scienza giuridica spagnola, e questo comporta però una certa tensione, che è poi quella tra garanzia ed efficienza, che sembra caratterizzare in generale qualunque disciplina normativa del procedimento amministrativo in ogni ordinamento giuridico contemporaneo. Da un lato la forma deve garantire il raggiungimento del fine, dall'altro lato il diritto di difesa degli interessati. Considerare la forma soltanto come strumento che deve garantire la correttezza della decisione finale porta ad abbracciare la tesi secondo cui il vizio di forma rileva solo quando sia possibile rinvenire una sua influenza sulla sostanza dell'atto. Secondo una delle tesi più influenti, quella di Tomás-Ramón Fernández,

*la anulación de un acto administrativo por defecto de forma exige siempre un estudio de fondo de la decisión que contiene y una valoración de la conformidad de la misma con el ordenamiento jurídico, con el fin de averiguar si en el caso enjuiciado ha existido o no una relación causal entre el vicio formal y la decisión misma*⁴³.

Se tale relazione causale manca e la valutazione globale del problema porta a ritenere corretta la decisione dell'amministrazione, nel senso che essa sarebbe stata la medesima anche quando il vizio non vi fosse stato, non si potrà dare luogo all'annullamento. Secondo questo autore le formalità prescritte dalla legge si configurano come presunzioni *iuris tantum* della legalità della decisione, ma proprio per questo la decisione può essere corretta nonostante il fatto che tali formalità siano state non esattamente osservate⁴⁴. Questa impostazione, largamente accolta dalla giurisprudenza, che si impernia sulla tesi secondo cui

*el juez puede siempre obtener los elementos de juicio necesarios para averiguar la conformidad o desconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico del acto o disposición impugnados*⁴⁵

⁴³ T.-R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *La doctrina* ..., 160.

⁴⁴ *Op. ult. cit.*, 145.

⁴⁵ *Op. ult. cit.*, 143.

porta a una interpretazione riduttiva anche del requisito dell'art. 62.3 volto a garantire il diritto di difesa degli interessati, in quanto il diritto di difesa procedimentale viene considerato del tutto fungibile con il diritto di difesa dinanzi ai tribunali. Come è stato osservato, la giurisprudenza si è peraltro quasi esclusivamente concentrata su questo secondo elemento prestando poca attenzione a elucidare la sussistenza del requisito del raggiungimento del fine in relazione al tipo di attività esercitata, finendo in alcuni casi per negare qualsiasi valenza alle formalità procedurali⁴⁶. Si consideri a esempio la decisione del Tribunale Supremo, avente a oggetto l'aggiudicazione di una concessione per una lotteria, in cui dopo avere accertato l'insufficiente acquisizione e valutazione dei fatti anche in relazione alle deduzioni degli interessati, che si riflette sulla difettosa emanazione dell'atto amministrativo, conclude che tali vizi non invalidano l'atto perché questa insufficiente ponderazione

*ha sido corregida por el órgano judicial contencioso-administrativo con la plenitud de jurisdicción que le confiere el proceso administrativo y la posibilidad de contradicción de las partes dentro de la potestad de control de la actuación administrativa que a los Tribunales viene asignada para asegurar que sirva con objetividad los intereses generales y su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*⁴⁷.

In tal caso è particolarmente evidente come l'orientamento che tende a svalutare il requisito della partecipazione procedimentale, largamente accolto dalla giurisprudenza⁴⁸, si unisce con l'idea che il giudice possa spingersi a ricostruire, attraverso l'integrazione dell'istruttoria, anche la correttezza della decisione assunta, sconfinando in un campo che, come è stato osservato⁴⁹, dovrebbe essere riservato all'amministrazione.

In breve gli esponenti più eminenti della scienza spagnola del diritto amministrativo e le corti giudiziarie, utilizzando argomenti come l'antiforma-

⁴⁶ J. PONCE SOLÉ, *op. cit.*, 719-727, 773.

⁴⁷ Tribunal Supremo 11 gennaio 1995 (Ar. 462).

⁴⁸ V. Tribunal Supremo, 26 marzo 1983 (Ar. 1360), che sembra richiamare anche la nozione di "formalità sostanziali", secondo cui: «la teoría jurídica de las nulidades de los actos administrativos ha de explicarse con especial moderación y cautela, debiendo solo considerarse para declarar tal efecto gravísimas y sustanciales infracciones legales, a no ser que resulte quebrantado el sagrado derecho de defensa de los interesados, considerando que non puede predicarse si éstos han utilizado los recursos administrativos y la vía jurisdiccional pues lo contrario supondría un exceso dogmático que conduciría el futuro a un acto de igual contenido, lo que sería contrario a la economía procesal».

⁴⁹ J. PONCE SOLÉ, *op. cit.*, 737.

lismo, il principio di conservazione degli atti giuridici e quello di economia processuale, condividono una posizione che rende le forme procedurali del tutto accessorie. Su questo punto, del resto, l'indicazione più significativa si trae dalla lettura del Corso di diritto amministrativo di Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ove partendo dalla premessa che non vi è settore del diritto meno formalista del diritto amministrativo⁵⁰, si giunge a prefigurare una quasi totale affrancazione degli atti amministrativi dall'incidenza dei vizi formali. Questo esito segue la strada battuta dalla giurisprudenza di considerare l'intero ciclo procedimento amministrativo-ricorso amministrativo-ricorso giurisdizionale come un ché di unitario in grado di condurre progressivamente a emendare la decisione dalle eventuali irregolarità formali per giungere alla fine a una piena valutazione della fondatezza sostanziale dell'atto:

De esta manera lo probable es que cuando se lluege a alcanzar la resolución capaz de causar estado en la vía administrativa, los vicios formales del acto inicial hayan quedado totalmente eliminados. Si esto no fuera así y subsistiría todavía una sombra de indefensión, el propio recurso contencioso-administrativo ofrece a lo largo de su tramitación nuevas oportunidades de eliminar esa sombra (alegaciones, prueba, diligencias para mejor proveer, etc.)⁵¹.

Soltanto nei casi in cui, pertanto, non è possibile indagare se la decisione nel merito è o meno corretta, perché l'infrazione formale ha sottratto elementi di giudizio necessari per una giusta valutazione della soluzione adottata, si farà luogo all'annullamento dell'atto.

Va osservato, peraltro, che negli ultimi anni è cresciuta una opinione critica verso la tesi del valore solo strumentale della forma, fondata, per un verso, sulla percezione del procedimento come fatto istituzionale⁵², finalizzato a realizzare valori e finalità ulteriori rispetto a quelli della 'decisione concreta', per altro verso sul carattere sempre causalmente determinante delle forme procedurali nei confronti della decisione quando la decisione implica margini di valutazione⁵³, sino a proporre di considerare i vizi del procedimento amministrativo come vizi di carattere sostanziale che non possono essere equiparati ai vizi di forma cui si riferisce l'art. 62.3., circoscri-

⁵⁰ V. anche Tribunal Supremo, 28 ottobre 1998 (Ar. 8354), ove si sottolinea il «*carácter escasamente formalista del Derecho administrativo*».

⁵¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, Madrid, 2002, 645.

⁵² M. BELADIEZ ROJO, *op. cit.*, 115 ss.

⁵³ J. PONCE SOLÉ, *op. cit.*, 762.

vendo la portata di quest'ultima disposizione alle sole irregolarità relative alla forma come esternazione in senso stretto della decisione assunta⁵⁴. Quest'ultima proposta sembra peraltro contrastare con il tenore testuale della disposizione che riferendosi a vizi di forma che impediscono il diritto di difesa sembra evidentemente impiegare la parola forma nel significato comprensivo anche del procedimento. È, peraltro, rilevante segnalare che anche per gli esponenti dell'orientamento critico nei confronti della eccessiva svalutazione dei vizi procedurali in ipotesi di attività vincolata le ragioni di tale critica vengono meno:

*en efectos en los casos de actos reglados, siempre que sean materialmente conformes a Derecho ... la infracción de las exigencias de forma carecen de fuerza invalidante*⁵⁵.

2.4. *Brevi considerazioni di sintesi*

Mi sembra che dalla veloce analisi compiuta si possano trarre alcune indicazioni utili ai fini della ricerca, mentre esula del tutto dagli obiettivi del presente lavoro una valutazione sulla desiderabilità o meno dell'una o altra soluzione normativa o della loro congruenza rispetto a determinati ideali che ciascuno riterrà di dover difendere (garanzia degli interessati, efficienza, risultato, ecc.).

Elenco di seguito tali indicazioni.

Le formulazioni (legislative o giurisprudenziali) di IP non distinguono tra attività discrezionale e vincolata ai fini della disciplina dei vizi formali.

La forma è sempre intesa nell'accezione ampia che include il procedimento e non è limitata al significato cui i francesi si riferiscono con il termine "contrassegno". Differenze possono aversi rispetto all'identificazione esatta degli elementi che compongono la forma procedimentale. Senza dubbio vi rientra tutto ciò che attiene agli atti della fase preparatoria: acquisizione di pareri ed altre forme di consultazione, partecipazione ed informazione degli interessati. Per lo più si considera far parte della forma dell'atto in senso stretto la motivazione, mentre soltanto l'enunciato del § 46 della legge tedesca si riferisce anche alla competenza. Altro aspetto dubbio riguarda lo

⁵⁴ E. MALARET GARCÍA, *Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento*, in J. TORNOS MAS (a cura di), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Barcelona, 1994, 313.

⁵⁵ M. BELADIEZ ROJO, *op. cit.*, 122, evidenziazione nell'originale.

status dei requisiti temporali⁵⁶. Questi ultimi tre aspetti, soprattutto il secondo, come si vedrà, sono quelli rispetto ai quali si discute maggiormente sulla loro natura di semplici requisiti di forma dell'attività amministrativa.

Il criterio che sembra possa costituire il denominatore comune di IP in ambito europeo – con le differenti declinazioni derivanti più dalle concezioni dei giuristi che non forse dalle intenzioni dei legislatori – sembra essere quello del raggiungimento dello scopo, riferito non allo scopo della norma procedimentale violata ma al fine sostanziale e concreto che con l'attribuire una data competenza a un'autorità amministrativa s'intende assicurare⁵⁷. Il carattere del giudizio a posteriori che postula la regola del raggiungimento dello scopo, impedirebbe, peraltro, di assimilare a essa l'irregolarità in senso stretto (quella descritta al III.2.1) che dovrebbe essere identificabile soltanto in astratto ed *a priori* e mai in concreto⁵⁸. A questo proposito, tuttavia, mentre tra gli studiosi suscita discussioni, più o meno accentuate, l'applicazione della regola ai casi di esercizio di poteri discrezionali, sembra essere abbastanza pacifico che la stessa regola trovi applicazione, quantomeno, nel caso di atti vincolati⁵⁹.

⁵⁶ Su questi non conosco precedenti giurisprudenziali, e direi, però, che come è ben mostrato nello studio di M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., cap. IV, il termine va riferito ai limiti di esercizio del potere per i procedimenti a iniziativa d'ufficio nei confronti dei titolari di interessi oppositivi ed all'area dell'adempimento di un obbligo nei confronti dei titolari di interessi pretensivi, e quindi non riguarda né la forma né il contenuto dell'atto.

⁵⁷ Il sistema britannico è difficilmente comparabile con quelli continentali sotto il profilo del trattamento delle anomalie procedimentali, in assenza di una disciplina compiuta del procedimento amministrativo. Eppure anche in questo sembra potersi riscontrare una tendenza favorevole a una sorta di regola del raggiungimento dello scopo (v. J.A.G. GRIFFITH, H. STREET, *The Principles of Administrative Law*, Bath, 1973, 103). In tema v. anche T.R.S. ALLAN, *Doctrine and Theory in Administrative Law ...*, cit., 445 ss., il quale riferendo una serie di casi, discute la tendenza ad attribuire discrezionalità ai giudici rispetto alla rilevanza o meno della legalità formale dinanzi alla correttezza sostanziale del provvedimento. Interessante è in particolare la tesi sostenuta dal giudice Lord J. Woolf, e difesa da Allan – che come ho accennato nel primo capitolo è un avversario del modello dell'*ultra vires* – in Bugg v. Director of Public Prosecution (1993) Q.B. 473., volta a distinguere la legalità procedurale dalla legalità sostanziale dell'atto. Tesi però contraddetta dalla House of Lords, soprattutto argomentando in ordine alla difficoltà di distinguere tali due piani (T.R.S. ALLAN, *op. cit.*, 448).

⁵⁸ A. ROMANO TASSONE, *Contributo ...*, cit., 79. Attraverso un maggiore accesso al fatto, secondo l'autore quello che si può ottenere è una minore estensione dell'area dell'interesse ad agire (molta letteratura, infatti, ha preso questa strada), che trova possibile applicazione soprattutto nell'area degli interessi pretensivi e molto meno in quella degli interessi oppositivi (e non è un caso che i commentatori dell'art. 21-*octies* oggi si dolgano soprattutto per questi ultimi casi).

⁵⁹ Si tratta della posizione di quella parte della letteratura giuridica (preponderante in

Lo stesso Romano Tassone ammette che secondo la suddetta nozione di irregolarità una larga messe di casi di violazione di legge risulterebbe priva di conseguenze invalidanti con riferimento ai provvedimenti vincolati. Ma, come già visto nel precedente capitolo, ritiene che la suddetta soluzione non può essere accolta *sic et simpliciter*, poiché in riferimento agli atti vincolati il procedimento avrebbe pur sempre una valenza di legittimazione politica della decisione e consentirebbe la riconoscibilità sociale del provvedimento⁶⁰. In definitiva, indipendentemente dal tipo di attività amministrativa, la regola del raggiungimento dello scopo sarebbe inapplicabile nell'ordinamento italiano perché i principi in materia di procedimento amministrativo non sono 'disponibili': il procedimento amministrativo non ha la sola funzione di consentire la definizione migliore dell'interesse pubblico concreto, ma anche quella di legittimare politicamente la decisione provvedimentoale.

È evidente che ormai questa posizione è pragmaticamente superata dalla disposizione di cui all'art. 21-*octies*.2, l. 241/1990, ma è possibile che l'idea che essa – proprio in quanto riferita ai “provvedimenti vincolati” – non operi come una regola sul raggiungimento dello scopo, se questa implica la qualificazione *ex post* di una decisione come difforme/conforme al diritto, sia comunque fondata.

3. Condizioni e limiti nella 'via italiana' all'illegalità praticabile degli atti amministrativi

3.1. Regola canonica e regola pretoria: quando la forma muta la sostanza

In linea con l'impostazione e gli intenti della ricerca circoscriverei l'analisi all'enunciato contenuto nella prima proposizione dell'art. 21-*octies*.2, l. 241/1990, tralasciando la seconda proposizione riferita ai provvedimenti discrezionali, che come visto risponde a una logica completamente diversa, in parte più vicina a quella che può riscontrarsi negli ordinamenti considerati nella sezione precedente, ove, sebbene il problema dello specifico regime del *potere reglado* sia in qualche misura presente, esso non costituisce il punto di discriminazione, come nel caso italiano, tra illegalità praticabile e non praticabile.

Germania e minoritaria in Spagna) che 'concede' l'applicabilità di IP all'attività vincolata proprio per rendere più incisiva la critica agli indirizzi giurisprudenziali favorevoli a estendere la portata della clausola sul raggiungimento dello scopo dell'atto agli atti discrezionali.

⁶⁰ *Op. ult. cit.*, 83-85.

Una domanda che ci si potrebbe porre è se l'enunciato di cui all'art. 21-*octies.2* abbia effettiva portata innovativa. Soprattutto prima che la disposizione entrasse in vigore, infatti, riscuoteva un certo credito l'opinione (tra coloro che non hanno assunto una posizione apertamente ostile) che la stessa avrebbe avuto, per così dire, una portata precettiva piuttosto tenue, limitandosi a rendere espresse regole già implicite nel sistema e di fatto applicate dalla giurisprudenza, soprattutto attraverso un più largo impiego dell'istituto dell'interesse a ricorrere. Che non sia così è già emerso quando si è notato nel precedente capitolo quale fosse il punto in cui si arrestavano le 'aperture' della giurisprudenza. Se questa era pervenuta a esiti abbastanza univoci con riferimento a quelle ipotesi che potevano essere ricondotte al principio della fungibilità delle forme, il punto controverso restava proprio quello relativo alle fattispecie di azione vincolata, costituenti il fulcro della disposizione in parola⁶¹. D'altronde occorrerà vedere quanto e se la norma in esame abbia una portata più ampia della norma ricavabile, a esempio, dal caso Dalprà.

Un primo riscontro empirico circa l'utilizzo della disposizione da parte della giurisprudenza amministrativa pare indicare un largo impiego della norma da parte delle corti amministrative di prima istanza. Il ricorso alla disposizione fu sì dall'inizio cospicuo soprattutto perché i tribunali amministrativi regionali ritennero applicabile la suddetta disposizione anche ai giudizi pendenti al momento dell'entrata in vigore della l. 15/2005. Inoltre si può notare in linea generale – salvo rinviare per alcune questioni specifiche al prosieguo dell'indagine – un sensibile ampliamento della casistica dei vizi che non generano invalidità.

A ogni modo anche solo il fatto in sé della canonizzazione della regola in

⁶¹ Così credo costituisca più un omaggio alla solita formula 'riduzionista' secondo cui le 'leggi amministrative' si limiterebbero sempre a mettere per iscritto le norme giurisprudenziali, che qualcosa di realmente esplicativo, quanto si legge in quelle sentenze secondo cui l'art. 21-*octies* rappresenterebbe la mera codificazione del consolidato principio giurisprudenziale secondo cui le norme di cui agli artt. 7 e segg. della legge 7 agosto 1990, n. 241, non vanno applicate in modo meccanico e formalistico, in quanto deve tenersi conto che la partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo tende a garantire l'attuazione dei principi di buon andamento ed imparzialità, che l'art. 97 della Costituzione pone alla base dell'attività amministrativa, con la conseguenza che la mancata comunicazione di avvio del procedimento non vizia il provvedimento finale qualora la partecipazione dell'interessato non avrebbe potuto, comunque, apportare elementi di valutazione idonei a incidere, in termini a lui più favorevoli, sul provvedimento finale (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 17 ottobre 2005, n. 941; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 4 luglio 2005, n. 9804; Id., sez. III *ter*, 3 novembre 2005, n. 12004; Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2005, n. 3977).

questione⁶², comporta un mutamento del quadro di riferimento sistematico e concettuale del rapporto tra atti dell'amministrazione e tecniche di tutela a disposizione dei cittadini, riproponendo temi e problemi solo in apparenza ormai consegnati alle invarianti del diritto amministrativo. Questa è almeno la prospettiva assunta in questa ricerca.

Sicuramente quello che diviene superfluo a seguito di tale canonizzazione è tutto il discorso giustificativo operato dalle corti nella costruzione delle regole oggi assorbite nella disposizione in questione. Ma insieme a tali discorsi giustificativi viene meno anche la tecnica decisionale (operante appunto per i casi riconducibili all'area del raggiungimento dello scopo e molto meno per quella della strumentalità delle forme) fondata sulla ricerca di volta in volta, mediante premesse più o meno velatamente 'politiche' (equilibrio tra garanzia ed efficienza), di una prevalenza delle ragioni della 'forma' o delle ragioni della 'sostanza'. In particolare non si tratta più di decidere se, in questa o quell'altra fattispecie, l'adempimento procedimentale sia superfluo o necessario e sulla base di tale premessa decidere, poi, se il vizio possa o meno avere conseguenze sull'atto.

Un diverso percorso argomentativo che potrebbe condurre a ritenere superflua la disposizione in esame (sempre nella parte in cui si riferisce all'azione vincolata) passerebbe, invero, da ben diversi presupposti concettuali. Mi riferisco alle concezioni della natura di accertamento e della giurisdizione 'di spettanza' del sindacato giudiziario sull'attività amministrativa vincolata, in cui l'atto dell'amministrazione – quantomeno nel caso degli interessi pretensivi – non gioca alcun ruolo⁶³. In fondo questa prospettiva non era neanche tanto celata in quanto si è osservato nel capitolo precedente sul rapporto tra disposizioni-PR e problema dell'invalidità formale. Si vedrà come, in realtà, anche entro questo approccio (che è poi quello cui questo studio si ispira), la disposizione non è pletorica: non solo perché essa riguarda anche gli interessi oppositivi, ma soprattutto perché, in una sorta di pro-

⁶² Mi riferisco alla formulazione autoritativa delle regole, in quanto caratteristica delle norme giuridiche (se non necessaria quantomeno) certamente importante per l'individuazione di differenze qualitative tra regole, rispettivamente, munite e non munite di un testo canonizzato. In proposito v. soprattutto F. SCHAUER, *Playing by the rules*, cit., 269 ss. che mette a confronto le norme ricavabili dalla *ratio decidendi* delle decisioni dei giudici di *common law* e le norme promulgate da corpi legislativi.

⁶³ Riporto qui una suggestione di Andrea Orsi Battaglini: «direi addirittura che, a voler seguire le mie tesi, la norma è superflua, perché se l'atto è vincolato non si dà impugnazione e dunque la giurisdizione è sempre del giudice ordinario, che non ha nulla da annullare, ma deve solo dare ragione (e adeguata tutela) a chi ce l'ha» (com. pers.).

cesso circolare, consente, sul piano esplicativo proprio della teoria del diritto, di rinvenire nuove ragioni per tracciare una netta distinzione tra una strategia decisionale basata su regole ed una strategia decisionale secondo la funzione⁶⁴.

Proprio la mancata considerazione di tali prospettive, e l'assunzione di un metodo quasi totalmente prescrittivo, peraltro, mi pare che avvicini tra loro tesi in materia che per il resto sembrano porsi su piani di radicale contrapposizione.

Mi riferisco, in particolare, a due lavori, già ripetutamente presi in esame, che hanno affrontato in modo approfondito il tema dei vizi procedimentali, l'uno favorevole l'altro contrario alla 'dequotazione' di tali vizi. Entrambi, pur affrontando (soprattutto Luciani) il tema dall'ottica forma/formalismo, non considerano la dimensione del formalismo pratico ed entro questa la differenza tra fp-1 e 2.1, da un lato, e fp-2.2, dall'altro, ed è soprattutto questa mancata considerazione – beninteso dal mio punto di vista – a rendere insoddisfacenti entrambi gli approcci⁶⁵.

⁶⁴ Ancora A. Orsi Battaglini, del resto, osservava come «l'art. 21-*octies* fornisca (insieme ad altre norme recenti come quella del d.l. 35 sul silenzio) una forte conferma della profonda differenza tra attività c.d. vincolata e attività discrezionale: personalmente sono anzi sempre più convinto che il diritto amministrativo (anche a voler concedere che esista come disciplina scientificamente autonoma) cominci là dove comincia la seconda» (com. pers.).

⁶⁵ Il medesimo discorso può essere esteso al saggio di F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giustizia amministrativa. Rivista online di diritto pubblico*, n. 2-2005. Uno dei tratti peculiari del modo di valutare il regime dell'attività amministrativa secondo Fracchia e Occhiena sarebbe nella tendenza ad abbracciare la "concezione antiformalista", secondo cui la congruità del risultato ottenuto prevale sul rispetto delle regole sottese alla formazione di queste ultime. Questa impostazione generale sarebbe assecondata dall'ampliamento dell'irregolarità cui si contrappone la riduzione dell'illegittimità. Per antiformalismo gli autori intendono semplicemente quella parte degli orientamenti degli studiosi che aderisce alla regola del raggiungimento dello scopo. Tale concezione attribuisce prevalenza alla sostanza sulla forma e «finisce con il qualificare la giuridicità delle regole di diritto a seconda dell'aderenza ai valori socialmente rilevanti siccome emergenti sul piano operativo» (p. 3). Questo sostanzialismo viene ricondotto alle concezioni realiste, ma esso, come si è mostrato nel primo capitolo, è condiviso da altre concezioni, molto più diffuse, come quelle interpreteazioniste. A questo antiformalismo sarebbe da contrapporre il formalismo della "logica della legalità", che riguarda «l'applicazione dei canoni legali dell'agire amministrativo». Mi pare che a questo proposito non sia sufficientemente chiarito il riferimento a una valutazione dell'atto amministrativo secondo moduli di prevedibilità astratta che tuttavia non sembrano granché congruenti con le sole "regole dell'agire". La stessa impressione suscitano quelle ulteriori affermazioni relative alla definizione nella legge dell'interesse della collettività, che invece sarebbe avversato dal "sostanzialismo" per il quale

Diana-Urania Galetta, partendo dal formalismo del procedimento (che sarebbe il solo modo perché la corsa all'efficientismo non azzeri le garanzie), si vede costretta a ignorare del tutto il formalismo pratico delle regole ed infatti il suo assunto, come visto (*supra*, II 1.2) è che il potere dell'amministrazione sia sempre uguale a sé stesso e non, invece, un dato da ricavare strutturalmente dalle norme. Di qui alla negazione della legittimità concettuale dell'area dell'azione vincolata, e quindi delle regole regolative, il passo è breve. In sostanza (e questa sembrerebbe una conferma a contrario di una delle tesi di questo lavoro) assumere una posizione di formalismo in ordine alle garanzie procedurali sembra richiedere un atteggiamento di scetticismo estremo su una strategia decisionale basata su regole. Si tratta in realtà, come osservato nel primo capitolo, di un atteggiamento piuttosto diffuso nella dottrina giuspubblicistica, intrisa di 'proceduralismo' e di 'principi', in quanto direttamente o indirettamente influenzata dalle tesi interpretazioniste *à la* Dworkin e condizionata dalla perdurante tendenza a concepire il raggiungimento dell'interesse pubblico (dato inevitabilmente pregiuridico) come stella polare di ogni episodio in cui agisce l'amministrazione.

Come già osservavo nel primo capitolo, Fabrizio Luciani rifiuta, invece, un formalismo del procedimento fine a sé stesso, ma nega altresì il formalismo pratico delle regole, aderendo apertamente a una concezione assiologica del diritto ed alla logica del risultato. Il che, però, come si vedrà rende problematico misurarsi con l'art. 21-*octies*, che, se desacralizza il procedimento, adotta, tuttavia, una regola formale che sembra escludere qualsiasi riferimento al risultato inteso come prevalenza della 'regola del caso'.

l'interesse pubblico deve essere «desunto ed interpretato in concreto». A questo proposito Fracchia e Occhiena tracciano un parallelismo, rispettivamente, tra l'assetto istituzionale dello stato liberale ed il formalismo, e l'assetto dello stato pluriclasse ed il sostanzialismo. In particolare per l'approccio formale il presupposto teorico-sistematico consiste nella separazione tra la fattispecie – i cui elementi sono fissati dalla legge e giudicati idonei a produrre effetti giuridici – e le sue modalità di emersione (p. 7). Per l'approccio sostanziale dominerebbe, invece, la logica del risultato, nel senso che il procedimento diviene luogo di "precisazione" dell'interesse pubblico e momento di concretizzazione di conflitti tra interessi che non sono risolti sul piano legislativo. Si tratta di una contrapposizione che non mi pare granché convincente, potendo essere considerata, se relativa a definizioni della scienza giuridica, come esprimente due punti di vista – i gianniniani profilo strutturale e funzionale – sullo stesso fenomeno complesso. Ed è proprio l'idea della forma della funzione (soprattutto negli sviluppi proposti da Berti della concezione di Benvenuti) a costituire il momento di sintesi tra i due punti di vista. Rispetto a questo sembra indebolire il discorso proprio la deliberata scelta di non considerare la peculiarità dell'azione vincolata (quindi del formalismo pratico delle regole).

3.2. *La disposizione sull'illegalità utile come metanorma riferita essenzialmente al concetto di azione vincolata*

Scomponendo l'enunciato contenuto nella prima parte del comma secondo dell'art. 21-*octies* nelle sue parti costitutive, il suo predicato fattuale è il seguente: 'provvedimento di natura vincolata adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti'; il conseguente è: 'non è annullabile'. Ho tenuto fuori l'ulteriore proposizione secondo cui deve essere palese che il suo il contenuto dispositivo (del provvedimento) non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, poiché, a mio avviso, come osserverò tra un momento, si può anche dubitare che questa proposizione integri effettivamente il predicato fattuale ossia abbia un significato autonomo.

La proposizione in esame può essere, anzitutto, descritta come recante una metanorma⁶⁶, inerendo evidentemente ad altre norme che conferiscono compiti ad autorità amministrative e a regole per i privati (disposizioni-D). Non esprime, intendo dire, una regola di condotta, non ponendo obblighi, divieti o permessi nei confronti di soggetti dell'ordinamento, siano questi cittadini o funzionari. In particolare, come osserverò in maggior dettaglio più avanti, non contempla un permesso rivolto a funzionari e organi amministrativi di non applicare le regole del procedimento amministrativo o quelle sulla forma degli atti. Tale disposizione, quindi, ha un carattere in senso lato costitutivo (o definitorio) contribuendo a definire le conseguenze giuridiche derivanti dall'attribuzione a un atto posto in essere dall'amministrazione della natura di campione dell'istituzione giuridica atto amministrativo vincolato. Più in particolare tale disposizione vale a precisare l'ambito della rilevanza di un insieme di fattispecie normative denotate dalla riferibilità ai significati dei tre sintagmi: provvedimento vincolato; vizio di forma o del procedimento; raggiungimento dello scopo. Come si noterà, a questi tre sintagmi corrispondono tre filoni tematici non solo della metanorma in esame, ma dell'intera ricerca.

Quanto al raggiungimento dello scopo, si tratta di un tema particolarmente 'stressato', poiché, come ho già osservato, si ritiene in genere che la giustificazione dell'illegalità utile sia affidata proprio a tale elemento anche in riferimento ai provvedimenti vincolati. Il raggiungimento dello scopo evoca la logica del risultato. Sulla eccessiva enfasi data all' 'amministrazione di ri-

⁶⁶ In tema v. T. MAZZARESE, *Metanorme. Rilevi su un concetto scomodo della teoria del diritto*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINO (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996, 374-392.

sultato' ho già svolto alcune considerazioni nel corso dell'esposizione. Nel più ristretto ambito ora in discussione, va tenuto presente che il risultato non va confuso con lo scopo, se per scopo si intende la finalità (o la giustificazione) delle norme cui la metanorma in esame inerisce. Se per risultato o scopo, in questo contesto, si intende, invece, semplicemente che una norma sia applicata secondo la tecnica del fp-2.1, allora il risultato coincide con il concetto di corretta applicazione della tecnica deduttiva propria del fp-2.1. Sempre nel contesto in esame, una opzione politica di fondo tendente a massimizzare l'efficacia di questa specifica tecnica formalistica (che se si vuole si può anche definire logica del risultato) può determinare, peraltro, scelte interpretative rese necessarie da elementi *open textured* presenti nella disposizione in parola. Proprio su questi elementi dobbiamo ora portare l'attenzione, relativi alla parte dell'enunciato che esige sia palese che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Sul sintagma "vizio di forma o del procedimento" mi soffermerò, invece, nel prossimo paragrafo.

Il suddetto sintagma indicante l'evidenza dell'assenza di alternative rispetto al contenuto concretamente assunto dall'atto⁶⁷, si presta a essere inteso in almeno due modi e, pertanto, questo rende necessario ricorrere a un giudizio interpretativo e quindi a delle riformulazioni che cercherò di rendere esplicite.

Si può scegliere, in primo luogo, una riformulazione secondo cui la disposizione si limiti a richiedere una corrispondenza tra contenuto dispositivo del provvedimento concretamente adottato e fattispecie normativa astratta. In tal modo, prestando fede alla sintassi dell'enunciato, si intenderebbe la suddetta frase esplicitamente legata (attraverso la preposizione "per") alla locuzione "natura vincolata del provvedimento". In questo caso essa avrebbe il solo scopo di fornire una sorta di giustificazione del conseguente, di enfatizzare in altre parole il riferimento ai provvedimenti vincolati. Tale implicita giustificazione potrebbe essere del seguente tenore: poiché in caso di provvedimento vincolato il contenuto del provvedimento può essere reso palese attraverso la semplice applicazione di una norma, e quando l'operazione deduttiva sia esente da errori logici o di fatto non vi sono altri elementi che possano rendere diverso il contenuto dispositivo concretamente adottato, è

⁶⁷ Che come si ricorderà è presente nell'enunciato del § 46 della legge tedesca sul procedimento amministrativo, ma in un contesto che contempla anche i provvedimenti discrezionali. Nel diverso contesto della disposizione italiana sulla IP quel riferimento assume un significato sostanzialmente differente.

consentito e può essere ritenuto opportuno stabilire che il provvedimento non sia annullabile per vizi di forma e procedura. Entro questa scelta interpretativa si hanno due possibilità concettualmente distanti ma praticamente equivalenti:

[x₁] si può voler sostenere che quando la competenza ad adottare un atto non comporta l'esercizio di potere discrezionale o valutativo⁶⁸, l'unico contenuto dispositivo corretto è quello 'risolutivamente' affermato da un organo a ciò preposto, dando luogo a quella accezione della certezza giuridica che si riferisce all'esigenza, soddisfatta attraverso tecniche di fp-2⁶⁹, di definitività dei rapporti giuridici.

[x₂] si può voler sostenere che qualora si possa escludere la presenza di un qualche tipo di discrezionalità o di valutazione è sempre possibile ricavare da una norma un (il) solo risultato corretto⁷⁰.

L'equivalenza pratica sta nel fatto che in tutte e due i casi si ammette che spetta al giudice stabilire quale è il contenuto dispositivo che palesemente non aveva alternative.

In x₁ e x₂ come si vede l'aggettivo "palese" non determina alcuna prescrizione, nel senso che se anche non vi fosse stato le due ipotesi avrebbero potuto emergere dal solo riferimento a "provvedimento vincolato". In questo caso quello che si rende necessario è di fatto stabilire quando si possa escludere che un provvedimento è discrezionale. Questa opzione potrebbe sottintendere altresì che vi siano spazi interpretativi non discrezionali che rientrano nell'attività vincolata e che in linea di principio la presenza di incertezza nella determinazione di un presupposto di fatto non comporti la presenza di discrezionalità. In poche parole si tratta di stabilire, in realtà, quando possa parlarsi di un atto discrezionale, rispetto al quale la vincolatezza avrebbe valenza residuale.

⁶⁸ Questa premessa è a sua volta problematica e proprio dal chiarire cosa si intende per 'potere discrezionale' dovranno passare le scelte interpretative di cui sto discutendo. In qualche modo per delineare queste due alternative ho dovuto presupporre come non sia affatto pacifico che l'interpretazione di una norma e la discrezionalità sono attività distinte e facilmente separabili. Se così fosse, sarebbe sufficiente accettare la consueta spiegazione secondo cui nell'attività vincolata l'amministrazione si limita a interpretare disposizioni, ma anche in questo caso all'aggettivo "palese" non si potrebbe attribuire alcun senso specifico.

⁶⁹ V. I.1.3.3.

⁷⁰ In altre parole aderendo a una forma di cognitivismo interpretativo, per la verità assai diffusa tra i giuristi, più nella versione dell'*interpretive thesis* che in quella del testualismo, ma epistemologicamente insostenibile in entrambe.

La parola palese potrebbe però essere intesa come parte del *definiens* di un atto vincolato o di una sottoclasse degli atti vincolati. Quindi:

[y₁] La disposizione considererebbe atti vincolati, fornendone una definizione, quelli per i quali dal predicato fattuale e dal conseguente della norma da applicare non sorgano dubbi applicativi, oppure non si pongano ‘questioni interpretative’;

[y₂] la disposizione in esame isolerebbe una sottoclasse degli atti vincolati connotata dall’essere palese del risultato applicativo.

Anche y₁ e y₂ sono opzioni praticamente equivalenti dal punto di vista dell’art. 21-*octies*, poiché in entrambe quello che rileva è che l’illegalità praticabile riguarderebbe soltanto i cosiddetti casi facili, mentre l’esistenza di giudizi interpretativi (di valore), che questi siano considerati o meno distinti da quelli discrezionali, escluderebbe l’applicazione dell’illegalità praticabile⁷¹.

Per la verità le suddette distinzioni e le scelte a esse connesse non emergono né in giurisprudenza né nelle discussioni della scienza giuridica e comunque mi sembra di poter dire che prevale un atteggiamento incline a non problematizzare né il riferimento al sintagma ‘provvedimento vincolato’ né il significato del termine ‘palese’. Soprattutto la prima questione è del resto indice di uno scarso interesse in generale per le tematiche applicative a sua volta frutto della tendenza a concentrare l’interesse sulla discrezionalità che spesso è più o meno implicitamente intesa quasi come sinonimo di ‘amministrazione’. Questo fa sì che in generale si possa dire sia che il modo di intendere la disposizione in esame si riferisce perlopiù alle ipotesi [x]; sia che la scienza giuridica e la giurisprudenza ritengono di sapere cosa sia un ‘provvedimento vincolato’ o più in generale di disporre di una soddisfacente nozione di attività vincolata dell’amministrazione.

In realtà anche da quanto osservato sinora mi pare emerga, invece, l’esigenza di precisare il senso e la portata del sintagma ‘provvedimento vincola-

⁷¹ Come si ricorderà, è in certo senso la linea indicata dal Consiglio di Stato nel caso Dalprà v. Comune di Trento (III.3.2.1). Questa alternativa è segnalata da F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, cit., 419, che contrappone i «provvedimenti che siano il risultato dell’esercizio di un potere amministrativo interamente vincolato» ai casi in cui i presupposti di fatto «siano descritti dalla legge con formule indeterminate, che rinviano a giudizi di esperienza comune o a conoscenze non incontrovertibili» (p. 420), giungendo in realtà alla conclusione che questa contrapposizione non possa costituire una linea di discriminazione per l’applicazione della regola sull’illegalità praticabile e quindi, in sostanza, raccomandando l’ipotesi x₁.

to', esplicitando meglio quelle opzioni concettuali che si sono andate delineando sin dal secondo capitolo e le variabili sottese alle ipotesi interpretative sopra sbazzate, il che non può che comportare la speculare esigenza di soffermarsi sulle valutazioni discrezionali e 'para-discrezionali' dell'amministrazione. Mi pare, quindi, che il fatto di non disporre di una definizione della natura vincolata di un provvedimento costituisce il problema di fondo dell'art. 21-*octies*⁷². Sembra, in breve, assai opportuno indirizzare in questo senso la prosecuzione della ricerca, il cui esito non consentirà soltanto di meglio descrivere l'ambito di applicazione dell'art. 21-*octies*.2 prima parte, al fine di preparare il terreno, in sostanza, per una scelta più consapevole tra le alternative ipotizzate (che sono in ultima analisi opzioni di *policy*), ma soprattutto di ricercare una possibile coerenza concettuale – riannodando alcuni fili dell'indagine sin qui condotta – tra struttura delle norme, atti amministrativi ed illegalità praticabile, oltre che, come risultato incidentale, di avere occasione di riproporre una discussione su un tema così centrale in un'ottica di strategie decisionali, come quello della discrezionalità amministrativa.

È forse utile una ulteriore precisazione. Finora ho fatto riferimento a fattispecie di atti e di disposizioni-D, ho riferito, cioè, la regola in esame all'applicazione della norma che attribuisce competenza a un organo amministrativo a emanare un certo atto che si pone in una determinata relazione regolativa con una norma di condotta di cui è destinatario un privato (v. *supra*, II.1.4.2). Potrebbe sembrare che abbia trascurato la soluzione più ovvia e cioè che il concreto contenuto dispositivo di cui si parla è quello legato a ogni singolo episodio di esercizio della competenza e quindi che sarebbe ai fatti che bisogna fare riferimento e non alla fattispecie astratta⁷³. Ma questo sembra escluso *a priori* proprio dal fatto che l'assenza di alternative non è stata prevista sulla base di una indagine concreta del giudice⁷⁴. Nonostante

⁷² Anche secondo V. CERULLI IRELLI, *Note critiche* ..., cit., 210, la nozione di provvedimento vincolato «non è per nulla pacifica». L'autore elenca, comunque, una casistica esemplificativa alla nota 56.

⁷³ Secondo l'approccio dei giudici tedeschi all'applicazione della regola del raggiungimento dello scopo. Questo problema è analizzato da E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 6.7.2004, n. 204 e dell'art. 21 octies della L. 7.8.1990 n. 241*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico on line*, n. 2, 2005, 10, il quale lo riferisce direttamente all'interpretazione dell'espressione "natura vincolata" che potrebbe essere intesa come escludente anche l'accertamento «dei presupposti di fatto per l'esercizio del potere vincolato».

⁷⁴ Su questo punto si trovano in giurisprudenza indicazioni che apparentemente vanno nella direzione criticata. V. a esempio Cons. Stato, sez. VI, 26 ottobre 2005, n. 5969: «Nella

l'ambiguo impiego del termine 'palese', in altre parole, un fatto che sembra difficilmente revocabile in dubbio è che l'assenza di alternative è direttamente collegata alla qualificazione di un atto come vincolato. Il senso della disposizione, in particolare, non credo vada ricercato in qualcosa che abbia a che fare con un giudizio prognostico che metta in connessione una concreta vicenda procedimentale con i possibili esiti del procedimento secondo una valutazione compiuta dal giudice. In un certo senso, come si vedrà nel capitolo sesto, è vero che questa qualificazione è frutto di un'indagine *ex post* (come sempre del resto quando si tratti di una qualificazione che deve operare il giudice) ma sulla base di criteri che sono predeterminati e che comunque non investono il raggiungimento in concreto dello scopo dell'atto⁷⁵. Proprio questa è d'altronde la caratteristica distintiva della via italiana all'illegalità praticabile rispetto ai modelli diffusi negli ordinamenti in precedenza considerati.

3.3. *Il significato e la portata della distinzione tra forma e contenuto degli atti amministrativi. a) Il difetto di motivazione*

L'altro enunciato fondamentale contenuto nell'art. 21-*octies*.2 è quello che circoscrive il tipo di vizio di cui si predica l'irrelevanza in caso di azione vincolata: il vizio di forma o del procedimento, che nella disposizione compare in evidente opposizione con la nozione di contenuto dispositivo del

sentenza impugnata il T.A.R. ha ritenuto applicabile l'art. 18 del d.lgs. n. 406 del 1991 (previsione recepita dall'art. 24 par. 1, lett. d) della direttiva lavori n. 93/37 CRR del Consiglio del 14 giugno 1993, norma che prevede testualmente che possa essere escluso da una procedura d'appalto "il concorrente che, nell'esercizio della propria attività professionale abbia commesso un errore grave, accertato, *con qualsiasi mezzo di prova*, dall'ente appaltante." A fronte di questa situazione, evidenziata dalla relazione prima citata dell'amministrazione, l'atto di mancato invito deve ritenersi, anche ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990 un atto sostanzialmente vincolato, senza alternative, alla luce delle risultanze del procedimento [...] In sostanza si esclude la tutela di annullamento quando sia evidente che la violazione formale non ha mutato l'andamento dell'azione amministrativa né il suo risultato». Probabilmente si tratta soltanto di una terminologia poco attenta, poiché anche in questo caso è evidente che ciò che rende vincolato il 'potere' di escludere il concorrente è la fattispecie normativa.

⁷⁵ Va osservato che una prospettiva di questo tipo potrebbe essere suggerita dall'impiego dell'espressione contenuto "concreto" del provvedimento. L'aggettivo concreto appare una scoria della formulazione dell'enunciato contenuta nei vari disegni di legge succedutisi nella XIII e XIV legislatura, che contemplando ogni genere di provvedimento non poteva che far riferimento al contenuto del provvedimento così come stabilito, in base alla scelta discrezionale, dall'autorità amministrativa. Nella disposizione vigente questo riferimento appare fuori luogo.

provvedimento. La definizione dell'area dei vizi di forma è questione la cui importanza è del tutto evidente, poiché si tratta di un catalogo di imperfezioni o irregolarità su cui – in presenza delle altre condizioni previste dalla metanorma in esame – non si può fondare alcuna pretesa di annullamento del provvedimento impugnato.

I termini essenziali della questione erano già emersi dall'analisi di alcuni ordinamenti europei. Il punto di partenza non può che essere anche in questo caso quello dei significati con cui il termine 'forma' viene usato dai giuristi. Il fatto che l'art. 21-*octies* parli di violazione delle norme sul procedimento e sulla forma (similmente al § 46 della legge tedesca sul procedimento amministrativo) elimina in radice alcuni dei dubbi che si potrebbero sollevare sull'accezione dell'espressione 'forma di un atto'⁷⁶ ed è pacifico che si faccia riferimento soprattutto alle disposizioni che "delineano la scansione procedimentale"⁷⁷. Nonostante questo, soprattutto con riferimento a requisiti esterni allo svolgimento in senso stretto del procedimento amministrativo, come a esempio competenza e motivazione, le parole impiegate potrebbero dare adito a zone d'ombra.

Peraltro (probabilmente con maggiore problematicità di quanto non avvenga negli ordinamenti tedesco e spagnolo) potrebbe non essere sufficiente stabilire che la violazione attenga a una norma sulla forma o sul procedimento, perché occorrerebbe escludere che la violazione non sia tale da colpire uno degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo – che però, a differenza dei suddetti ordinamenti, non sono definiti nella legge italiana – in questo caso dandosi luogo a nullità dell'atto.

Il problema potrebbe riguardare, in astratto, soprattutto la motivazione, qualora la si elevi a elemento essenziale del provvedimento amministrativo⁷⁸.

⁷⁶ Sollevati come visto dalla dottrina spagnola, che peraltro fa leva anche sul fatto che la legge spagnola sul procedimento amministrativo contiene una specifica disposizione sulla forma dell'atto nell'accezione ristretta di "contrassegno".

⁷⁷ F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Articolo 21 octies*, cit., 639.

⁷⁸ Vi allude M. D'ORSOGNA, *Articolo 21 octies comma 1, Annullabilità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., 602. In ordine a tale questione v. comunque già C.M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione, con speciale riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933, 264, secondo cui la motivazione è un elemento essenziale dell'atto amministrativo, nel senso che questo non esisterebbe o non produrrebbe effetti in mancanza della prima, quando ciò è previsto dalla legge. Quando non è elemento dell'atto, perché la legge non la richiede, la motivazione diviene mezzo di prova della legittimità ed opportunità dell'atto, ma è semplicemente non vietata e non elemento dell'atto. La generalizzazione dell'obbligo di motivazione renderebbe, in questa ottica, nulli gli atti immotivati in quanto privi di un elemento essenziale.

La 'competenza' sembra, invece, da non prendere in considerazione a questo fine, in ragione del fatto che viene individuata come specifica causa di nullità il difetto assoluto di attribuzione.

Prima di soffermarsi, nel prosieguo, sul requisito della motivazione è opportuno segnalare una sentenza del Consiglio di Stato la quale ha ritenuto, in una controversia in materia elettorale, che il principio di strumentalità delle forme non può mai prevalere sul regime della nullità qualora quest'ultima derivi dalla carenza strutturale dell'atto per difetto di uno dei suoi elementi essenziali. Cosicché l'esistenza di un vizio di nullità dell'atto amministrativo precluderebbe

in radice l'insorgere di ogni futura tentazione "sostanzialistica", ipoteticamente rivolta a trapiantare nella specifica materia i principi ora ricavabili dal secondo comma dell'art. 21-*octies* della l. 241/1990⁷⁹.

Il punto meriterebbe probabilmente una più ampia discussione, ma è sufficiente notare in questa sede come potrebbe anche plausibilmente sostenersi che, se nel corso del giudizio l'atto vincolato è destinato a non rilevare – trattandosi di 'interpretare per proprio conto' la norma da questo reiterata (v. cap. prec.) – la "tentazione sostanzialistica" potrebbe fondarsi su ragioni non effimere.

Lasciando, però, da parte il problema della nullità che farebbe prendere al discorso una piega non contemplata dai limiti della presente ricerca, conviene ripartire da quanto accennato nel primo capitolo (§ 1.2.1) a proposito del fatto che la varietà di significati con cui ci si riferisce alla forma da parte dei giuristi investe in pieno anche l'accostamento della scienza del diritto amministrativo⁸⁰.

⁷⁹ Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2005, n. 3804.

⁸⁰ Si era già accennato nel primo capitolo (§ 1.2.1) come la varietà di significati con cui ci si riferisce alla forma da parte dei giuristi investe in pieno anche l'accostamento della scienza del diritto amministrativo. I tre principali significati sono i seguenti. Uno a valenza più ampia che riguarda la forma come struttura, come insieme di elementi che consentono di configurare una determinata unità giuridica. In questo senso si parla a volte anche di forma come istituzione giuridica. In una seconda accezione la forma è vista come manifestazione, giocando sulla contrapposizione interno/esterno. Questi due significati presentano, peraltro, una vasta area di sovrapposizione concettuale, soprattutto perché la seconda si presta a sua volta a essere intesa in una molteplicità di sensi, a volte essendo riferita alla 'dichiarazione' altre volte anche a ulteriori elementi dell'atto. In una terza accezione si parla, infine, di forma in senso stretto per fare riferimento alle ipotesi in cui per la validità/esistenza di un atto o per la sua prova è necessaria una specifica forma (vincolata).

Nell'opinione comune della 'dottrina di fondazione' il contenuto dell'atto amministrativo

è costituito dalla disposizione dell'atto, cioè dal provvedimento che l'autorità adotta⁸¹.

Come si vede questa è proprio la nozione utilizzata nell'art. 21-*octies*.2, l. 241/1990 per discernere la forma dalla sostanza, laddove si pone la condizione, per l'applicabilità della norma sull'illegalità praticabile, che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato.

Alcuni autori accentuano maggiormente la connessione con l'effetto pratico o scopo dell'atto⁸², ma in ogni caso il contenuto è identificato con la sua parte precettiva. La definizione del contenuto dell'atto è espressamente fatta al fine di contrapporvi il concetto di forma dell'atto. Roberto Lucifredi, richiamandosi a Carnelutti⁸³, afferma che il contenuto descrive il *che cosa*, la forma il *come* dell'atto. Tuttavia, ad avviso di questo autore, tale bipartizione non sarebbe soddisfacente, nel senso che non tutti gli elementi costitutivi di un atto sarebbero riconducibili o all'uno o all'altro dei due termini. In particolare l'autore nota come – distinguendo gli elementi di un atto in soggettivi ed oggettivi – vi siano parti di un atto che pur non facendo parte dell'interno (elemento psicologico) ed avendo quindi natura obiettiva, e pertanto esistenza esteriore, non potrebbero essere ricondotti alla dicotomia forma-contenuto⁸⁴.

La cosa è, invero, spiegabile considerando il fatto che – probabilmente proprio a causa dell'influsso della dogmatica privatistica – Lucifredi riferisce il 'come' dell'atto esclusivamente al

⁸¹ O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 122. Non desta sorpresa, vista la generale influenza della sistematica negoziale sulla originaria costruzione dell'atto amministrativo come 'negozio pubblico', che, nell'identificare il precetto posto con il contenuto dell'atto, frequentemente si metta in luce il debito della dottrina amministrativistica nei confronti della teoria del negozio giuridico (R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali (1941)*, Milano, 1963 [ristampa], 17).

⁸² A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, cit., 90, nt. 18, 260-1, nt. 49.

⁸³ F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., 233.

⁸⁴ R. LUCIFREDI, *Alcuni rilievi sulla distinzione tra forma e contenuto degli atti con particolare riguardo agli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1938, 566. Alle note 5 e 6 vi è un sintetico richiamo alle opinioni dei maggiori studiosi del diritto privato e del diritto amministrativo dell'epoca sulla divergenza, spesso solo terminologica, tra oggetto e contenuto, rispettivamente, del negozio giuridico e dell'atto amministrativo.

modo di dichiarazione di una volontà già determinatasi⁸⁵

e non anche alle formalità relative al procedimento di determinazione della volontà.

Quello che per noi è soprattutto interessante è che a non rientrare né nel contenuto né nella forma di un atto amministrativo sarebbe la sua motivazione. Per dimostrare questo assunto Lucifredi analizza prima di tutto le 'enunciative' contrattuali, ossia la cosiddetta narrativa che precede in genere le vere e proprie clausole di un contratto. Queste non hanno certamente contenuto precettivo, ma non sono neanche un elemento meramente formale (in senso stretto) dell'atto. Il parallelo con la motivazione dell'atto amministrativo parte dalla considerazione che questa serve ad

agevolare l'interpretazione e l'applicazione degli stessi, ne rende più evidente la portata e lo scopo, soddisfa le esigenze psicologiche della pubblica opinione, facilita il sindacato sull'atto e via dicendo⁸⁶.

Pur escludendo che possa trattarsi di un elemento della parte soggettiva dell'atto (cioè dell'elemento psichico), secondo Lucifredi è da respingere l'idea – che invece era molto diffusa nella scienza giuridica – che la motivazione sia un elemento formale dell'atto⁸⁷. Potrebbe parlarsi di una natura formale della motivazione soltanto quando questa è prescritta dalla legge, ma non nei casi di motivazione facoltativa, ed in ogni caso la funzione che la motivazione svolge, anche quando essa è obbligatoria per legge, la renderebbe meglio inquadrabile tra gli elementi sostanziali dell'atto. Tuttavia anche in questo caso vi sarebbe da considerare che se il contenuto dell'atto è dato dal suo precetto, la motivazione certamente non ne fa parte. La conclusione di Lucifredi riconduce al punto di partenza e cioè all'idea che forma e

⁸⁵ R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, cit., 20, nt. 12. Se si considera l'atto terminale, l'elemento formale attiene (ai modi formali di esternazione e cioè) a un significato di forma che è analogo a quello proprio dei negozi privatistici (si tratta quindi del mezzo attraverso cui avviene la dichiarazione di volontà). V. anche F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, cit., 97, che si riferisce alla scrittura, alla dizione, a una particolare stesura dello scritto o della dizione od anche a disegni e mezzi meccanici.

⁸⁶ R. LUCIFREDI, *op. ult. cit.*, 25. Come si vede le funzioni ascritte alla motivazione sono quelle di cui ancora oggi discute la scienza giuridica: legittimazione del potere, giustificazione del provvedimento a garanzia dei diritti interessati; comprensione se non integrazione del dispositivo del provvedimento (G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, V agg., Milano, 2001, 785).

⁸⁷ V. a esempio, tra gli altri, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 1275-6; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1936, 315-7.

sostanza non descrivano esaustivamente gli elementi obiettivi di un atto. E le soluzioni sarebbero allora due: o si ritiene che per contenuto dell'atto debba intendersi non soltanto il precetto, ma tutto ciò che in un modo o nell'altro è genericamente considerato dalla legge o dalla prassi come tale, oppure si ammette (e questa è l'opzione che Lucifredi preferisce) che vi sono elementi di un atto che non sono né formali né sostanziali, insomma 'né carne né pesce' verrebbe da dire. Quello che però andrebbe assolutamente evitato, secondo Lucifredi, è l'estensione del concetto di forma al di là della sua nozione ristretta⁸⁸.

L'interesse che oggi può fornire questo approccio è, invero, piuttosto relativo, sia perché è quest'ultimo assunto (come si è già visto nel primo capitolo) a essere posto in discussione e superato già a partire dagli studi Carne-lutti, e – pur senza giungere a posizioni radicali come quella di Feliciano Benvenuti⁸⁹ – la forma tende a essere considerata nel significato 'ampio' in precedenza ricordato; sia perché dopo il 1990 la motivazione è divenuta un obbligo legale, con ciò rendendo formalmente rilevante sul piano della validità dell'atto la sua presenza o meno indipendentemente dal contenuto dell'atto stesso.

D'altra parte l'art. 21-*octies* adotta a sua volta una formula in cui la forma e il procedimento sono nozioni distinte e quindi la forma dovrebbe coincidere con la mera manifestazione di volontà, cioè con il significato ristretto di cui parlava Lucifredi. Se a questo si aggiunge che si può anche non conside-

⁸⁸ R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, cit., 29-35, spec. nt. 33.

⁸⁹ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, cit., 85 ss.; 113 s., pone radicalmente in discussione che la forma sia riferibile all'atto, dovendo essere invece riferita alla funzione: il significato di forma diviene quello logico proprio delle figure della realtà giuridica e cioè riguarda i «modi formali di estrinsecazione della funzione». Se l'esternazione diventa necessaria all'esistenza dell'atto, in assenza di quella forma è la funzione a non essere esercitata; l'elemento essenziale è la funzione e non il modo della sua estrinsecazione. In questo modo, in pratica, Benvenuti nega valore alla corrente distinzione tra forma dell'atto in senso stretto e forma procedimentale, considerando l'una e l'altra modi di estrinsecazione della funzione. Questo elemento è particolarmente enfatizzato da A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 454, nt. 107, il quale vi riscontra uno degli argomenti per costruire una figura di annullabilità dei provvedimenti amministrativi nella quale i vizi di natura formale hanno un rilievo assai relativo. Lo scopo pratico è quello di rendere intellegibile una 'materia' altrimenti ineffabile (quel fluire del potere che dalla norma perviene all'atto). Anche a proposito della teorizzazione di Benvenuti si ripresenta, invero, la difficoltà di considerare come una sol cosa gli atti esercizio di un potere discrezionale e quelli vincolati. Questo riguarda in particolare l'accezione del procedimento come forma della funzione, che non sembra appropriata per gli atti vincolati se si accetta l'idea che la funzione è ivi assente.

rare la motivazione alla stregua di un adempimento procedimentale, allora la questione posta da Lucifredi potrebbe ancora rivelare un interesse pratico.

Si segnala, in effetti, una tesi che tende a operare dei distinguo sulla applicabilità della illegalità praticabile in caso di vizi della motivazione utilizzando argomenti non lontani da quelli suddetti. Secondo Francesca Trimarchi Banfi⁹⁰ la formula oggi impiegata dall'art. 3, l. 241/1990 riunisce due profili della motivazione di un atto⁹¹, l'indicazione dei presupposti di fatto e di diritto (la "giustificazione"⁹² ed i veri e propri motivi (le "ragioni") della decisione. Il primo profilo, quello della giustificazione, quando i presupposti oltre che "constatati" debbano essere anche "valutati" darebbe anche conto dei criteri seguiti nella valutazione stessa, a tal fine rilevando anche sul piano dell'interpretazione del contenuto dispositivo dell'atto. I motivi, invece, danno conto del passaggio dai presupposti di fatto alla statuizione, quando questo non derivi in modo immediato dalla norma.

Come noto i due momenti nella concezione di Giannini rispondono a logiche ed esigenze diverse, in quanto la giustificazione viene considerata una dichiarazione di scienza

che consegue a un mero giudizio di esistenza ... la motivazione consegue a giudizi ponderativi, di opportunità o di altro contenuto⁹³.

Sembra trattarsi di una linea di distinzione che passa, quindi, lungo la stessa linea che divide vincolatezza e discrezionalità. Ed infatti, come nota anche Trimarchi Banfi, la motivazione rileva non in sé e per sé ma in quanto rivelatrice di vizi sostanziali della funzione.

Questa circostanza farebbe sì, sebbene vizi di forma e vizi di procedura siano parificati nell'art. 21-*octies*.2, che l'esclusione dell'annullamento sarebbe diversamente spiegabile qualora si tratti di vizi della procedura. Sem-

⁹⁰ *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, cit., 428-433.

⁹¹ Ciò che M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 257 ss., ora in *Scritti*, vol. VII, Milano, 2005, 33-5 (la citazione, anche in seguito, è riferita a questa seconda fonte), ha definito motivazione in senso largo.

⁹² M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 34.

⁹³ *Op. ult. cit.*, 35. Per descrivere quella che si è qui definita motivazione in senso ampio, G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 709, utilizza il termine "decisioni frazionali", riprendendo una categoria di J. Wróblesky, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, 1992, 11, a intendere la sommatoria di una serie di decisioni parziali, di cui la motivazione dà conto, relative all'individuazione, eventualmente mediante interpretazione, della norma applicabile, al giudizio di convalidazione, alla verifica dei fatti ed infine alla selezione e valutazione degli interessi in vista della scelta, se scelta vi è da assumere.

bra di capire, cioè, che la violazione del mero adempimento relativo alla giustificazione possa essere ricondotta a un semplice vizio di forma; se, però, la violazione attenga ai ‘motivi’ dell’atto ovvero riguardi la suddetta ‘valutazione’ dei presupposti, allora la motivazione assume una valenza sostanziale, afferisce, cioè, al contenuto, avendo a che fare con il modo come il contenuto si è formato⁹⁴.

In particolare, con riferimento ai provvedimenti vincolati

se l’assenza o l’insufficienza della motivazione lascia indeterminata la portata della statuizione, venendo meno alla funzione che le compete ai fini dell’interpretazione del provvedimento, l’illegittimità che ne deriva attiene a un elemento costitutivo dell’atto (il contenuto) e lo rende inidoneo a porre la regola del caso concreto. In casi del genere l’applicabilità della regola della non annullabilità è tutt’altro che scontata⁹⁵.

Si tratta di un accostamento che ha trovato alcuni riscontri nella giurisprudenza, laddove si afferma che la sussumibilità del difetto di motivazione nel *genus* dei vizi formali dell’atto è opinabile, atteso che il relativo obbligo andrebbe ascritto più propriamente alla doverosa esternazione del fondamento giustificativo sotteso all’esercizio stesso del potere pubblico, non potendosi quindi a esso annettere un rilievo meramente ‘formale’ nell’ambito dell’atto amministrativo⁹⁶.

In questi casi, quindi, vi sarebbe incertezza di elementi costitutivi dell’atto a causa del fallimento della funzione conoscitiva che la motivazione assolve: sicché soltanto quando non vi sia alcuna funzione conoscitiva da assolvere – “essendo normativamente predeterminati i presupposti e le conseguenze del provvedimento” e la motivazione può dirsi pertanto “implicita” – si può affermare che operi la regola sull’illegalità praticabile.

⁹⁴ Si approda quindi a un’idea molto vicina a quella di Lucifredi secondo cui pur non essendo la motivazione parte del precetto essa non è forma e può essere anzi ricondotta a una nozione allargata di contenuto dell’atto.

⁹⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 430.

⁹⁶ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *ter*, 10 novembre 2005, n. 12775. In realtà la somiglianza con la tesi in discussione è solo esteriore, nel senso che come quella mette in dubbio il carattere formale della motivazione. Ma questo non avviene sulla base della sottile distinzione operata da Trimarchi Banfi, sibbene ricorrendo all’argomento della motivazione come fattore di legittimazione in generale del potere amministrativo nei confronti della comunità. Come si ricorderà (*supra*, III.3) questo argomento è utilizzato da A. Romano Tassone per negare che si possa estendere agli atti vincolati la disciplina dell’irregolarità. Per una condivisibile critica a tale impostazione v. G. TACCOGNA, *Giusto processo ...*, cit., 755-6.

La tesi suscita qualche perplessità proprio alla luce di quest'ultima affermazione. L'autrice per mostrarne il fondamento propone l'esempio di un caso relativo alla repressione della pubblicità ingannevole da parte dell'Autorità per la concorrenza nel quale il punto controverso riguardava il requisito della determinatezza nel provvedimento dell'autorità dei profili di ingannevolezza del messaggio⁹⁷. In tale vicenda erano rimasti ambigui gli elementi nei quali si annidava la decettività del messaggio, ingenerando incertezza applicativa nel destinatario del provvedimento. Tuttavia nel caso di specie, questo è il punto, e più in generale nell'ottica della tesi in esame, non sembra essersi dinanzi a un problema di motivazione, ma appunto a uno di esatta determinazione del precetto dell'atto, il quale, così come qualsiasi norma, si presta a essere ricostruito attraverso il metodo letterale-testuale, cioè attraverso la ricerca del materiale giuridico necessario a comporre il testo da cui ricavare la norma. Se limitiamo l'analisi all'ipotesi della giustificazione delle operazioni valutative relative ai presupposti⁹⁸, rimane pur sempre il fatto che un conto sono le operazioni valutative un altro la loro giustificazione. La circostanza che senza la giustificazione potremmo persino non accorgerci che vi è stata una valutazione non cambia la sostanza della questione relativa al fatto che il vizio può attenersi o all'assenza della giustificazione (ed allora è formale) oppure a un difetto di valutazione che si ripercuote sul contenuto del provvedimento (ed allora è sostanziale)⁹⁹. Nel caso citato, peraltro, il problema non sembra neanche riguardare l'area delle valutazioni dei fatti quanto proprio la non accurata ricostruzione del fatto rilevante:

il problema che si agita in questa materia sembra essere uno solo, e ruotare intorno al punto per cui tutte le pronunce repressive dell'Autorità devono soddisfare il requisito della determinatezza dei profili di ingannevolezza del messaggio. Se sia stata soddisfatta questa esigenza, il destinatario saprà già quanto basta, ancorché non sia stato assistito con l'espressa indicazione del testo di parti-

⁹⁷ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 7 novembre 2001 (camera di consiglio), n. 398/2002.

⁹⁸ Poiché l'ipotesi della vera e propria motivazione, i motivi gianniniani, sembra necessariamente connesso con un genuino caso di scelta. Nell'attività vincolata, se parliamo della reiterazione di un precetto, i 'motivi' evidentemente sono quelli del precetto da reiterare.

⁹⁹ Non mi pare che il discorso cambi se si dice che la giustificazione può essere utilizzata come elemento interpretativo del dispositivo. Al di là di tutte le difficoltà connesse al problema dei giudizi interpretativi, considerate nel primo capitolo, mi pare che sia veramente difficile cogliere la differenza tra dire che la giustificazione può aiutare a interpretare il dispositivo dell'atto e dire che il dispositivo dell'atto va desunto tenendo conto anche della giustificazione.

colari modifiche da apportare, per non cadere nuovamente nella stessa violazione. Se, invece, gli elementi nei quali si annida la decettività del messaggio siano rimasti nell'ombra – in tutto in parte – nel ragionamento dell'Autorità, sarà tale circostanza, allora, a viziare il provvedimento repressivo, per la carenza del requisito generale della determinatezza del suo oggetto. Di conseguenza, ciò che si può pretendere in via generale dall'Autorità, come ha sostenuto la sua difesa, è unicamente la indicazione con sufficiente precisione del comportamento ritenuto illegittimo (e come tale lesivo dell'interesse pubblico), in modo da consentire all'operatore pubblicitario di non reiterarlo in futuro¹⁰⁰.

E allora il problema mi pare torni a essere non tanto quello della motivazione quanto quello inerente al discorso intrapreso nel paragrafo precedente e cioè all'ambito di applicazione della regola sull'illegalità praticabile ed al trattamento dei casi in cui siano richiesti giudizi valutativi di qualche tipo. Non mi sembra, in breve, che si possa parlare di casi in cui il difetto di motivazione possa essere sottratto alla regola della non annullabilità. Quando, infatti, si deve ricorrere alla giustificazione fornita dall'autorità per determinare il precetto, o è perché l'atto non può essere considerato vincolato o perché quello che manca non è la giustificazione ma proprio la corretta definizione del precetto. In questo senso, tornando alla tesi di Lucifredi, si può anche dire così che la motivazione in senso stretto non è mai parte del contenuto, e pertanto è forma¹⁰¹; se è parte del contenuto questo dipende dal fatto che non vale come motivazione ma come elemento che contribuisce a definire il precetto.

La giurisprudenza, a parte alcune oscillazioni in favore dell'interpretazione qui difesa¹⁰², appare, però orientata decisamente verso la irriducibi-

¹⁰⁰ T.A.R. Lazio, n. 398/2002, cit.

¹⁰¹ A questo riguardo v. Cons. Stato, sez. VI, n. 5969/05, cit., ove si parla di atto viziato nella motivazione in modo unicamente formale.

¹⁰² A esempio, Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385 sostiene che «un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti)», comportando il «difetto degli elementi giustificativi del potere non può giammai essere emendato e l'atto dovrà comunque essere annullato». Se, invece, «la carenza della motivazione equivale unicamente a una insufficienza del discorso giustificativo-formale, ovvero al non corretto riepilogo della decisione presa, siamo di fronte a un vizio formale dell'atto e non della funzione». La prima giurisprudenza di merito si limitava ad asserire che al vizio derivante dalla violazione dell'art. 3 l. 241/1990 fosse applicabile l'art. 21-octies laddove il potere amministrativo del cui esercizio si controverta avesse natura vincolata. V. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 28 novembre 2005, n. 2253; Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6352; T.A.R. Veneto, sez. I, 3 febbraio 2005, n. 2020; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 6 ottobre 2005, n. 1561; T.A.R. Abruzzo, sez. Pescara, 14 aprile 2005, n. 132.

lità tra difetto di motivazione e vizi formali, in particolare in una serie di pronunzie volte a negare l'ammissibilità di motivazione successiva ovvero di sua integrazione in giudizio¹⁰³. Secondo il prevalente orientamento del Consiglio di Stato, «il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma [...] e, per questo, (costituisce) un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti». ¹⁰⁴. Questo approccio è stato, indirettamente, avallato dalla Corte costituzionale, che in un'ordinanza del 2015 (rel. De Pretis), ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-octies.2 LPA in quanto la rimettente Corte dei conti-sezione giurisdizionale per la Regione siciliana si era «sottratta al doveroso tentativo di sperimentare l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, in applicazione del principio secondo cui una disposizione di legge può essere dichiarata costituzionalmente illegittima solo quando non sia possibile attribuirle un significato che la renda conforme ai parametri costituzionali invocati». Nell'indicare quale fosse il tenore di tale interpretazione l'ordinanza riprende le frasi impiegate dai giudici amministrativi appena riportate.

¹⁰³ La giurisprudenza di merito aveva inizialmente ritenuto che grazie all'art. 21-octies potesse ribaltarsi il divieto di motivazione postuma. V. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 24 marzo 2005, n. 772; Id., Napoli, sez. VI, n., 17 ottobre 2005, n. 16816; Cons. Stato, sez. VI, 8 novembre 2005, n. 6220; T.A.R. Liguria, sez. II, 25 giugno 2005, n. 976; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I ter, 10 novembre 2005, n. 12775). Ai fini dell'integrazione postuma non si riteneva necessaria una specifica iniziativa processuale dell'amministrazione (domanda o eccezione riconvenzionale), «dal momento che la legge distingue chiaramente la sanatoria dei vizi formali dei profili vincolati dell'attività amministrativa rispetto ai profili discrezionali della stessa: solo in relazione all'attività discrezionale la formulazione letterale della norma imporrebbe pertanto un comportamento processuale attivo della p.a., mentre per i primi alcun onere processuale sarebbe richiesto» (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 16816). L'art. 21-octies non era peraltro considerato del tutto applicabile laddove l'art. 3 della l. 241 fosse stato violato nell'ambito di un procedimento riconducibile all'attività discrezionale (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I bis, 31 ottobre 2005, n. 12376), ammettendosi però la possibilità di provare che – pure in presenza del vizio in parola – il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato (T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 6 maggio 2005, n. 1974).

¹⁰⁴ Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2023, n. 5592; Id, sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247.

3.4. Segue. *b) Il difetto di competenza.*

Sulla questione della competenza sembra invece prevalere nettamente un'opinione incline a negare la sua riconducibilità tra i vizi di forma e di procedura. Ancorché non stiamo qui parlando della condizione di esistenza di un potere, la cui assenza può dare luogo a nullità o anche al limite a inesistenza, ma di quel ben noto requisito che fa riferimento alla 'divisione del lavoro' all'interno di una organizzazione pubblica, non si è disposti, assai più che per il requisito della motivazione, a ricondurre questo elemento al dualismo forma-contenuto di un atto¹⁰⁵.

L'opinione che il vizio di incompetenza debba essere considerata una figura di annullabilità dell'atto completamente distinta dai vizi formali e dalla "validità sostanziale" del provvedimento, si ritrova molto ferma in Aldo Piras, proprio subito dopo aver sostenuto il carattere succedaneo dei vizi formali dell'atto intesi come quelli relativi agli adempimenti di procedura¹⁰⁶. La competenza in questo autore è vista come un concetto che si avvicina a quello della legittimazione ad agire, riguardando la misura della legittimazione dell'organo a disporre in ordine ai rapporti che fanno capo all'amministrazione. E la ragione del trattamento differenziato del vizio di competenza starebbe in ragioni strettamente processuali, a partire dalla disposizione contenuta nell'art. 45.1. R.D. 1054/1924 secondo cui il giudice "annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente". Alla base di tale disciplina vi sarebbe il fatto che sebbene l'autore dell'atto impugnato sia legittimato passivamente al processo, egli lo sarebbe soltanto in senso formale essendo carente di una legittimazione sostanziale per contraddire, cosicché il rapporto non può formare oggetto di accertamento. La differenza si apprezza proprio con riferimento agli altri vizi formali, rispetto ai quali oggetto dell'accertamento è costituito dal "rapporto giuridico sostanziale"¹⁰⁷.

Non erano mancate, però, opinioni inclini a rilevare il carattere formalistico ed 'eccessivo' della tutela accordata al privato attraverso il vizio di incompetenza¹⁰⁸. Anche i giudici amministrativi si sono mostrati più sensibili a tale genere di argomenti ritenendo che il vizio di incompetenza rilevi soltanto in presenza di poteri discrezionali rispetto ai quali è lecito supporre che

¹⁰⁵ V. F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Articolo 21 octies*, cit., 623

¹⁰⁶ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., 458.

¹⁰⁷ A. PIRAS, *op. ult. cit.*, 461. Su quest'ultimo aspetto v. *infra*, VI.1.2.

¹⁰⁸ A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, 53 ss.

un organo diverso avrebbe potuto pervenire a un risultato diverso¹⁰⁹.

Una critica più sostanziale a tale tendenza è mossa da Alessandra Pioggia, la quale si pone dal punto di vista della garanzia dell'amministrato ed osserva, in linea con la propria tesi di fondo sulla saldatura tra organizzazione ed attività amministrativa, che quando la regola di competenza attiene alla "qualità" di cura degli interessi perseguiti dall'ordinamento

il mancato rispetto della regola di organizzazione che sancisce siffatte scelte non realizza soltanto l'elusione di un precetto formale, ma viola direttamente gli interessi il cui assetto è stato prefigurato in sede di decisione organizzativa¹¹⁰.

La tendenza criticata dall'autrice si era d'altra parte materializzata nel d.d.l. n. 6844 (c.d. 'Ceruli Irelli') approvato dalla Camera dei Deputati il 10 ottobre 2000, costituente l'antecedente storico della l. 15/2005, il quale prevedeva (all'art. 9) una disciplina dell'annullabilità dei provvedimenti amministrativi in cui il vizio di incompetenza era limitato ai casi di violazione delle norme sulla attribuzione di funzioni amministrative e, all'interno di una singola amministrazione, ai casi di violazione delle norme sulla ripartizione di competenza tra gli organi di direzione politica e gli organi amministrativi; mentre in una successiva versione di questo disegno di legge il vizio di incompetenza era stato abolito, salvo poi essere ripristinato assieme agli due fedeli compagni di avventure nel testo approvato ed oggi vigente.

Anche la prima giurisprudenza applicativa dell'art. 21-*octies*.2 appare ispirarsi a una visione della competenza che si contrappone apertamente all'idea favorevole a un ridimensionamento del vizio di incompetenza relativa.

Si segnala in particolare una sentenza del T.A.R. Campania¹¹¹ secondo la quale, anche in presenza di un atto vincolato (si trattava dell'ordine di demolizione di un manufatto abusivo), l'incompetenza relativa dell'organo adottante comporta comunque l'annullamento dell'atto.

Per giungere a questa conclusione il Tribunale impiega due argomenti.

Il primo fa leva sul fatto che l'art. 21-*octies*.2 si riferisce soltanto ai casi in cui il provvedimento sia stato adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma e le norme sulla competenza non potrebbero essere

¹⁰⁹ V. A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, 138, spec. nt. 67; G. SORRENTINO, *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 66.

¹¹⁰ A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 139.

¹¹¹ T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 23 marzo 2005, n. 3780, in *Giorn. di dir. amm.*, 10/2005, 1070 ss., con commento di A. Pioggia. V. anche Id., sez. II, 20 ottobre 2005, n. 17823.

incluse tra le norme del primo tipo. Questo si desumerebbe dal fatto che il primo comma dell'art. 21-*octies* ha confermato la tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in base alla quale la violazione delle norme sulla competenza configura il vizio di incompetenza, mentre la violazione di norme sul procedimento o sulla forma rientra nell'ambito più generale della violazione di legge. In breve, l'argomento si risolve nel rilevare che il vizio di incompetenza non è menzionato nella disposizione sull'illegalità praticabile, ma – come è stato osservato¹¹² – è agevole replicare che neanche la violazione di legge è menzionata ed invece è proprio da dimostrare che l'incompetenza non sia un vizio formale.

Il secondo argomento riprende la surriferita tesi di Aldo Piras e giustifica la scelta di escludere l'applicazione dell'art. 21-*octies* per il caso in cui l'atto vincolato sia stato adottato da una autorità incompetente in relazione all'art. 26.2, l. 1034/1971, in quanto l'accoglimento del ricorso per motivi di incompetenza determina la rimessione immediata dell'affare all'autorità competente, senza che vi sia alcuno spazio per valutare se il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato avrebbe potuto essere diverso o meno da quello in concreto adottato.

Questa affermazione si ritrova in un altro caso, nel quale i giudici affermano che anche nell'ipotesi dell'incompetenza di tipo infrasoggettivo resterebbe inalterata la *ratio* di evitare un giudizio anticipato sui futuri provvedimenti dell'organo riconosciuto competente e di non predisporre un vincolo anomalo sull'attività dello stesso:

l'accoglimento del ricorso per motivi di incompetenza implica infatti l'immediata rimessione dell'affare all'organo competente e preclude ogni valutazione sulla possibilità o meno che il contenuto dell'atto impugnato, in assenza della illegittimità intercorsa, sarebbe stato diverso da quello in concreto adottato. Se ne desume la portata sostanziale e non solo formale delle disposizioni disciplinanti tale incompetenza e, in ultima analisi, l'impossibilità di considerare la loro violazione alla stregua di una violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti *ex art. 21-*octies*, comma 2, prima parte della l. n. 241/1990*¹¹³.

Queste posizioni non sembrano convincenti né mostrano un sostrato politico che renda particolarmente conveniente sostenerle¹¹⁴. Quanto alla que-

¹¹² Da A. PIOGGIA, *Commento*, cit., 1077.

¹¹³ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, n. 3351/05.

¹¹⁴ Mi sembra non privo di interesse notare una tendenza del diritto amministrativo europeo che emerge dallo studio di L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, cit., 38, che individua – come segnale di “equivalenza” tra le diverse autorità garanti della concorrenza in Eu-

stione della natura formale del vizio basta tornare alle categorie della teoria generale dell'invalidità ed al concetto di invalidità formale, quella relativa all'atto, come contrapposto a quello di invalidità materiale riferita alla norma. Secondo la riportata opinione del Tribunale amministrativo napoletano norme sul procedimento sarebbero solo quelle relative al *modus operandi* dell'amministrazione ed alla partecipazione procedimentale del destinatario del provvedimento finale, delle altre Amministrazioni interessate e dei soggetti indicati dall'art. 9 della l. 241/1990, mentre "le norme sulla competenza atterrebbero piuttosto a un requisito di legittimità inerente all'agente"¹¹⁵. Ebbene un "requisito di legittimità inerente all'agente" riguarda certamente l'atto non la norma ed attiene quindi alla validità formale. Del resto non bisogna dimenticare che stiamo pur sempre parlando di una ipotesi di derivazione nomostatica (fp-2.1), della deducibilità di una regola, e secondo le assunzioni teoriche accolte nel primo capitolo, in linea di principio 'chiunque' dovrebbe poter effettuare la derivazione. In questo credo venga a cadere anche l'obiezione – apparentemente più plausibile – fondata sull'argomento di Piras, nella quale la legittimazione sostanziale a contraddire potrebbe dirsi assente qualora l'organo dell'applicazione sia chiamato ad apportare un proprio contributo creativo, in questo caso infatti non siamo più in presenza di un precetto reiterato ed allora si può ben sostenere che l'organo x non vale l'organo y.

ropa – il superamento del tradizionale criterio della competenza, sostituito da un criterio di "idoneità" nell'assegnazione dei casi, il che impedisce la configurazione di qualunque situazione soggettiva dei privati «per quel che riguarda la determinazione del soggetto procedente» (p. 45).

¹¹⁵ V. anche T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 24 maggio 2005, n. 3351.

CAPITOLO V

VINCOLATEZZA *VERSUS* DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Di nuovo su strategia delle regole vs. strategia della discrezionalità. – 2. L'azione amministrativa vincolata: congetture e confutazioni. – 2.1. Azione amministrativa vincolata ed indeterminatezza del diritto. – 2.2. Il criterio giudiziario della “direzione dell’interesse tutelato”. – 2.3. Le proprietà della classe ‘atto amministrativo vincolato’. – 2.3.1. Varietà di classificazioni di atti ‘non discrezionali’. – 2.3.2. I criteri impiegati dalla giurisprudenza. – 2.3.3. L’accertamento autonomo. – 3. I tipi di valutazione amministrativa. – 3.1. Discrezionalità tecnica e norme imprecise. – 3.1.1. Il modello ‘Chevron’. – 3.1.2. Politicità e tecnicità della scelta. – 3.1.3. Le questioni tecnico-scientifiche. – 4. Discrezionalità amministrativa. – 4.1. Premessa. – 4.2. Libertà e limiti come elementi ricorrenti della discussione sulla discrezionalità. – 4.3. Il cosa ed il perché della discrezionalità. – 4.3.1. Il problema della scelta libera. – 4.3.2. Il problema della vaghezza. – 4.3.3. Il modo di collegamento tra libertà, vaghezza, potere e discrezionalità. – 5. Brevi considerazioni di sintesi.

1. *Di nuovo su strategia delle regole vs. strategia della discrezionalità*

Come ho notato nel capitolo precedente, la disposizione di cui all’art. 21-*octies*.2, l. 241/1990 finisce col consacrare una distinzione, quella tra provvedimento vincolato e provvedimento non vincolato – e con essa l’esigenza di tracciare una (se possibile) soddisfacente linea di demarcazione – che sta sullo sfondo di alcune tra le più importanti questioni discusse dalla scienza del diritto amministrativo. In altre parole, l’ordinamento riconosce (istituisce) una qualche entità giuridica che è ‘provvedimento vincolato’, che esiste quindi per il diritto (è un’istituzione giuridica), tra le cui caratteristiche la sola positivamente stabilita è quella relativa a una specifica disciplina dei vizi procedimentali. Sfortunatamente questa caratteristica non è un elemento utilizzabile nella ricerca della nozione di vincolatezza, poiché rappresenta una conseguenza dell’essere certi provvedimenti qualificabili come vincolati. La domanda, allora, nella sua formulazione, è molto semplice: quali caratteri deve avere un provvedimento perché sia qualificabile come vincola-

to? E questi caratteri, poi, come reagiscono sul regime complessivo di tali provvedimenti, anche considerando il fatto che tale regime è fortemente segnato dalla suddetta disciplina dei vizi? L'indagine necessaria a dare risposta a tali domande consentirà di vagliare la tenuta di un concetto forse tralaticio, quello di vincolatezza di un atto amministrativo appunto, che, se non fosse per il fatto che è ormai stato legificato, sarebbe probabilmente il caso di abbandonare a vantaggio di altre definizioni.

La cosa più naturale, già emersa nel capitolo precedente, è prendere le mosse dalla *received view* secondo cui all'opposto dell'azione vincolata vi è l'azione discrezionale¹. Come anticipato al capitolo secondo, si tratta di una dicotomia che, a mio avviso, va mantenuta nella spiegazione dei 'fondamentali' del diritto amministrativo, sebbene attraverso una ridefinizione dei termini che la compongono. Il fatto è che i due termini, presi isolatamente, hanno un significato tutt'altro che univoco: in realtà, il significato dell'uno dipende strettamente dal significato dell'altro, ma entrambi, a uno sguardo più ravvicinato, presentano ampi margini di vaghezza semantica e concettuale. Ed inoltre entrambe le nozioni sono 'attraversate' da altri criteri classificatori dell'attività amministrativa a loro volta non chiari: valutazioni riservate, discrezionalità tecnica, atti dichiarativi, accertamenti. Ebbene: la dicotomia discrezionalità-vincolatezza è esaustiva, comprende al suo interno cioè tutte le suddette ulteriori classi di atti? Oppure vi sono un terzo, quarto, ecc. tipo di attività né discrezionali né vincolate? E qualora la dicotomia sia esaustiva in quale dei due termini collocare a esempio la c.d. discrezionalità tecnica?

La tesi della non esaustività della dicotomia discrezionalità-vincolatezza è sostenuta, a esempio, con dovizia di argomenti da Daria De Pretis, la quale ritiene che analizzando l'esperienza italiana e tedesca in tema di valutazioni amministrative questa conclusione sia ovvia in relazione al fatto che occorre trovare adeguata collocazione

all'attuazione della legge che si connoti per un qualificato apporto valutativo².

¹ Questa idea è stata di recente definita in modo suggestivo *great division* da L. BENVENUTI, *Interpretazioni e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 71. Per una esposizione particolarmente chiara dell'opposizione tra attività amministrativa di attuazione di legge ed attività amministrativa discrezionale, v. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 477-485. Per una approfondita analisi delle tesi che negano la distinzione tra attività discrezionale e vincolata, v. G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 336-350.

² D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 232.

È evidente che in questa posizione vi è implicita l'idea che la vincolatezza coincida con l'assenza di valutazioni e che la discrezionalità sia qualcosa di più che fornire valutazioni in sede di attuazione della legge. L'ipotesi che avanzo, e che cercherò di argomentare, è invece che la dicotomia sia esaustiva³. La 'vincolatezza', tuttavia, può essere considerata in due modi molto diversi tra loro.

Secondo una prima accezione, essa potrebbe semplicemente indicare un carattere residuale dell'azione amministrativa rispetto alla discrezionalità. In questo caso, evidentemente, messi d'accordo su quali proprietà deve avere un atto discrezionale, gli atti che non abbiano tali proprietà sono vincolati. Così, a esempio, se la discrezionalità tecnica non è una proprietà di un atto discrezionale, allora l'atto che implica una valutazione tecnica è vincolato.

In base a una seconda accezione per atti vincolati potrebbero, invece, intendersi quelli per i quali non occorre ricorrere a 'giudizi interpretativi', qualora si accolga la tesi che anche in queste ultime ipotesi abbiamo a che fare con una qualche specie di discrezionalità eventualmente anche di tipo diverso dalla discrezionalità che si suole definire 'amministrativa'.

Entrambe queste possibili definizioni – di cui occorre peraltro onestamente denunciare il carattere stipulativo – richiedono, evidentemente, che si ricostruisca l'altro termine del dualismo, costituito appunto dalla discrezionalità. La scelta tra una delle due definizioni, come si vedrà, non pare possa basarsi su altro che opzioni morali o politiche di fondo o più modestamente su convenienze contingenti.

La scienza giuridica sembra, peraltro, implicitamente, aderire – con vari gradi di consapevolezza ed approfondimento – alla seconda accezione (come

³ La fondatezza della dicotomia e soprattutto l'esaustività della stessa è negata sulla base di una diversa concettualità da F. SATTA, *Principio di legalità* ..., cit., 222 ss., che si fonda su una doppia operazione riduzionistica. La più consistente, ed in una certa misura forse assorbente, riguarda la riduzione della discrezionalità ad attuazione della norma. Qualunque norma, per quanto elastica, pur esigendo a chi deve applicarla «uno sforzo maggiore», consentirebbe di giungere all'esatta comprensione del messaggio in essa veicolato: a stabilire che cosa vuole «che l'amministrazione faccia» (p. 227; anche p. 153 sui "concetti giuridici imprecisi"). La seconda fa perno su una distinzione, non del tutto agevole da cogliere sul piano operativo, tra le ipotesi in cui (a prescindere dal grado di definitezza della fattispecie normativa) la norma affida o non affida all'amministrazione valutazioni sui fatti (p. 228-9). Ad ogni modo quello che traspare in modo evidente dall'impianto concettuale di Satta è una notevole fiducia nella possibilità di una piena e costante 'comunicazione' tra norma e azione amministrativa, cosicché sarebbe sempre possibile, come visto, sapere quello che si vuole l'amministrazione faccia. Credo, invece, che proprio il problema della vaghezza ed il connesso 'fallimento della comunicazione' siano alla base del fenomeno della discrezionalità, come osserverò più avanti (sez. 4).

si è notato a proposito della tesi della De Pretis). Secondo la definizione che può considerarsi corrente, infatti, l'attività amministrativa viene qualificata come vincolata quando l'agente non può operare una scelta tra diversi corsi d'azione, perché vi sarebbe una sola determinazione corrispondente al legittimo esercizio della competenza, essendo l'agire completamente disciplinato⁴. Il fatto che questo esito sembra possibile, secondo quanto ho esposto nel primo capitolo, soltanto in assenza di giudizi interpretativi, ma comprendendo e seguendo una regola, non è in genere problematizzato dagli studiosi, i quali trattano in termini eccessivamente semplificati (ma forse sarebbe meglio dire concettualistici) il binomio attività discrezionale-attività vincolata dell'amministrazione⁵.

Non va sottaciuto, comunque, che tra gli studiosi del diritto amministrativo è anche diffusa una posizione rispetto all'attività vincolata che potrebbe dirsi riduzionistica, avente origini molto risalenti. Questa posizione fa in genere leva su un assunto non concettuale, ma empirico, vale a dire sull'opinione secondo cui l'azione vincolata dell'amministrazione costituirebbe ipotesi del tutto residuale, di rarissima evenienza. Si afferma o si lascia intendere, quindi, che tale modalità di azione sarebbe poco significativa per la comprensione del fenomeno amministrativo nel suo complesso. Si tratta dell'idea, che può essere fatta risalire almeno a Giannini, ma che trova tuttora ampie e significative adesioni⁶, secondo cui l'evenienza di una norma di carattere obbligatorio rispetto al comportamento dell'amministrazione è un caso

nella realtà ... del tutto eccezionale ... e relativo ... ad atti amministrativi di tenue entità⁷.

⁴ R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI ED ALTRI (a cura di), Bologna, vol. I, 2005, 771.

⁵ Anche l'autore che più di ogni altro ha contribuito a illuminare (per certi aspetti in modo definitivo) il tema dell'attività vincolata, sul punto si limita a una fugace battuta, limitandosi ad asserire che la tesi secondo cui l'attività amministrativa non sarebbe mai totalmente vincolata sarebbe manifestamente infondata (A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., 7).

⁶ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., 209, secondo il quale essa si esaurisce nella mera traduzione dai termini astratti del disposto della legge a quelli concreti della fattispecie e viene desunta proprio per contrapposizione con i tre momenti logici che caratterizzano la discrezionalità: «quando si debba emanare l'atto, che cosa esso debba contenere e come esso debba essere formato (*an, quid, quomodo*).

⁷ *Op. loc. ult. cit.* Di recente sostiene la scarsa rilevanza quantitativa degli atti interamente regolati da norme B.G. MATTARELLA, *Il procedimento*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2004, 200. Ma vedi in precedenza S. CASSESE, *Le basi del*

Non intende questo orientamento, quindi, negare una sostanziale differenza tra agire discrezionale ed agire vincolato, ma ritiene che i casi di quest'ultimo tipo siano tanto limitati da essere pressoché irrilevanti. Su questo punto la mia impressione è esattamente opposta, poiché, come ho già osservato nel secondo capitolo, la tendenza delle società e degli ordinamenti contemporanei sembra proprio quella di una diminuzione degli spazi di scelta affidati alle autorità amministrative, a vantaggio della massiccia applicazione di regole perlopiù tecniche e, d'altra parte, anche in questo caso, si tratta d'intendersi su che cosa sia tale vincolatezza: ho l'impressione, infatti, che il tipo di posizioni in esame, sebbene presentate in termini empirici, siano costrette a presupporre un'idea dell'azione vincolata secondo cui la vincolatezza sarebbe sinonimo di meccanicità nell'applicazione della norma, e quindi da respingere come formalistica, e su questo si torna al problema generale poco sopra ricordato (v. par. seguente). Se, però, si lascia da parte la critica antiformalista, che – come osservato sin dall'inizio di questo studio – spesso funge da argomento retorico che distoglie l'osservatore dal punto focale, un simile approccio si pone di fatto in sostanziale continuità con le tesi dominanti nel periodo post-orlandiano, secondo le quali il potere discrezionale era da includere tra le caratteristiche costitutivamente proprie di qualsiasi atto amministrativo⁸, a loro volta coerenti con l'idea della non derivazione del potere amministrativo da altre norme dell'ordinamento giuridico⁹.

Nei paragrafi seguenti, dedicati al tentativo di offrire un inquadramento della dicotomia discrezionalità-vincolatezza a mio modo di vedere più coerente con l'accostamento al diritto difeso in questo lavoro, procederò nel modo seguente. Dopo alcune brevi ulteriori precisazioni sul rapporto tra determinatezza del diritto e vincolatezza della sua applicazione (§ 2.1), mi occuperò, nel paragrafo 2.2, delle idee correnti in giurisprudenza e dottrina – che chiamo riassuntivamente 'teoria direzionale dell'interesse' – in ordine al

diritto amministrativo, Roma-Bari, 1989, 317-318, ove si trova affermato che «il caso in cui la pubblica amministrazione è, in ogni aspetto, regolata dalla legge è solo una ipotesi di scuola»; nonché ID., *Alla ricerca del sacro graal. A proposito della rivista Diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 795, il quale peraltro tende a condurre la polemica più che altro contro un atteggiamento della scienza giuridica italiana che sarebbe assillata dal problema della discrezionalità.

⁸ Tra i tanti v. A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, 1904, 788.

⁹ Il collegamento tra potere amministrativo ed atto amministrativo in quanto tale, a seguito e come effetto della svolta orlandiana, è messo in luce da G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità ...*, cit., 315.

rapporto tra attività vincolata e situazioni soggettive, costituenti uno dei più persistenti punti di ancoraggio delle ideologie di sfondo del diritto amministrativo e che rivelano importanti punti teorici del problema in esame. Per questa parte del discorso non è strettamente necessario problematizzare la distinzione tra azione discrezionale e vincolata, poiché il criterio direzionale dell'interesse viene in gioco proprio quando si presuppone che la discrezionalità amministrativa sia assente.

L'indagine sulla discrezionalità diviene, invece, importante quando si passa a ricercare – problema ancora più direttamente connesso con l'applicazione dell'art. 21-*octies*.2 della l. 241/1990 – gli indici di riconoscimento di un atto vincolato. La ricerca di questi indici è oggetto del § 2.3 dedicato a una analisi di alcuni recenti contributi dottrinali miranti a individuare categorie di atti che sembrano avere molto a che fare con gli atti vincolati nonché a una breve analisi della giurisprudenza che, da un lato, tenta di individuare i modi attraverso cui si giunge a definire un atto vincolato o no, dall'altro di operare una ricognizione delle varie fattispecie di atti non vincolati, tra cui vengono fatte quasi sempre rientrare cose come i concetti giuridici indeterminati e i giudici tecnico-scientifici. Si passa, quindi, nelle sezioni 3 e 4 alla discussione del problema della discrezionalità e delle valutazioni amministrative nei limiti oggetto dell'indagine. Anche in questo caso lo sforzo sarà quello di tenere presente un punto di vista più ampio di quello della sola tradizione degli studi di diritto amministrativo. La sezione 5 chiude il capitolo con una sintesi dei risultati raggiunti ed alcune indicazioni operative.

2. *L'azione amministrativa vincolata: congetture e confutazioni*

2.1. *Azione amministrativa vincolata ed indeterminatezza del diritto*

L'accezione di attività amministrativa come coincidente con l'area degli *easy cases* è utilizzata da Fabio Massimo Nicosia in uno studio sull'eccesso di potere¹⁰. Secondo questo autore si potrebbe parlare di vincolatezza dell'attività amministrativa soltanto quando da un enunciato normativo possa inferirsi un solo corso d'azione, in modo che l'atto sarebbe da intendere vincolato (in relazione a una norma) quando il suo contenuto non presenti

¹⁰ F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 2001.

alcun margine di opinabilità. Tuttavia, lo scopo di Nicosia è di sferrare un attacco distruttivo a questa nozione. La premessa di tale critica è apertamente ideologica: l'amministrazione godrebbe di una "supremazia sociologica" che si riflette su tutti i suoi atti e comportamenti¹¹. Partendo da qui, il nucleo essenziale della tesi in esame è che l'idea del potere vincolato abbia radici magiche, rinvenibili nella credenza tipica delle società primitive nella fermezza ed immutabilità delle regole come fiducia in un ordine immoto del creato¹².

Sul piano più strettamente giuridico la critica alla vincolatezza è condotta utilizzando, invece, la tematica interpretativa attraverso l'adesione a una spiegazione tendenzialmente scettica, che si richiama a Kelsen e Tarello¹³, ma che insiste soprattutto sugli elementi di inevitabile indeterminatezza presenti nel diritto e sull'incertezza che caratterizza *a priori* il risultato del processo interpretativo. Ne dovrebbe restare dimostrato che è soltanto il carattere autoritativo degli organi incaricati del compito di interpretare il diritto che fa di un certo giudizio interpretativo il giudizio interpretativo corretto. In questo senso, per interpretare le disposizioni giuridiche occorre essere muniti di un potere, dice Nicosia, il potere di interpretare. Questo potere è considerato sinonimo di "funzione" pubblica¹⁴ ed in questo senso tale tesi è a mio avviso pienamente accoglibile. Il fatto è che il concetto di potere giuridico,

¹¹ A cui si collega l'idea che fenomeni come quelli del *favor* per la cosiddetta amministrazione consensuale e della espulsione dell'autoritarità dall'attività vincolata sarebbero riconducibili a un comune clima ideologico e concettuale.

¹² F.M. NICOSIA, *op. cit.*, 81-82. Una simile posizione fa venire in mente il famoso saggio di A. ROSS, *Tu-tu* (1957), in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, 825, per il riferimento alle credenze di carattere magico dei giuristi, ed in effetti anche l'obiettivo polemico di fondo appartiene alla stessa logica, che è la logica tipica dell'antiformalismo ideologico, tendente a eliminare dal diritto la dimensione delle regole e del seguire le regole. È appena il caso di ricordare che secondo la tesi di H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 108 ss., cui questo lavoro si è largamente ispirato, proprio quando in un ordinamento si introducono le norme secondarie di mutamento, può cominciare a parlarsi di un concetto moderno di diritto. Ma se le regole di mutamento consentono di superare il carattere statico, fermo, delle regole magiche, al tempo stesso esse presuppongono che regole ferme vi siano fintanto che non siano cambiate utilizzando gli strumenti messi a disposizione dal diritto stesso, i poteri di mutamento normativo. Questo richiamo alla "magia" delle regole si ricollega a un dibattito intenso e complesso interno alla teoria del diritto di ispirazione analitica. Una ottima introduzione a questo dibattito è il saggio di M. JORI, *Il giurista selvaggio*, in *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985, 43 ss.

¹³ *Op. ult. cit.*, 84-89.

¹⁴ *Op. ult. cit.*, 88.

se portato a questo livello di generalità, non ha nulla di interessante, né sembra che nell'uso linguistico dei giuristi esercitare una funzione pubblica è uguale ad avere un potere. Sul potere, comunque, rinvio a quanto osservato nel secondo capitolo.

L'affermazione che una determinata interpretazione del materiale giuridico assuma valore di verità soltanto quando la stessa sia effettuata da organi autorizzati dal diritto (sia quindi un'interpretazione ufficiale¹⁵ non è qui in discussione¹⁶. Ma da questa affermazione (che si ricorderà costituisce, invece, uno dei possibili approcci all'art. 21-*octies*.2, l. 241/1990) non segue il rifiuto di ciò che usualmente si definisce attività vincolata dell'amministrazione, o meglio non segue il rifiuto della dicotomia discrezionalità-vincolatezza.

Per un verso, infatti, è il ricordato presupposto ideologico sulla "sociologica autoritarità" di ogni atto dell'amministrazione, che porta a ritenere che l'interpretazione fornita dall'amministrazione sia assimilabile alla funzione di fornire interpretazioni ufficiali del diritto, che spetta, invece, all'ordine giudiziario ed ancora più in particolare ai giudici di ultima istanza. La deduzione applicativa fornita dall'amministrazione può essere anche concepita come intrinsecamente provvisoria in quanto parte di una funzione cautelativa affatto diversa dalla funzione giurisdizionale¹⁷. Apparentarla in tutto all'applicazione giudiziale del diritto è frutto di una opzione di valore che andrebbe esplicitata e giustificata.

Per altro verso, ammettere che attraverso la formulazione autoritativa di un enunciato non sia possibile assicurare (sempre e comunque) un determinato corso di azione, non comporta alcuna conseguenza immediata (che non sia quella dell'incertezza *a priori* dell'azione da effettuare) sulla nozione di attività vincolata dell'amministrazione, il cui nucleo centrale si basa – come sembra ritenere lo stesso Nicosia¹⁸ – sulla 'pretesa', o se si preferisce sul-

¹⁵ Quella che H. KELSEN, *General Theory of Law ...*, cit., 145.

¹⁶ Sebbene vada anche ricordato che vi sono interessanti tentativi di coniugare l'assunto dell'ineliminabile vaghezza del diritto con una idea moderata di certezza del diritto (C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., *passim*) diretta a superare sia l'approccio hartiano sia quello kelseniano, da un lato, sia quello della intrinseca razionalità e moralità del diritto che porta l'interprete (*hercules*) a individuare l'unica risposta possibile.

¹⁷ Né può dirsi, come già osservato nel primo capitolo, che la provvisorietà di una sentenza non definitiva abbia lo stesso carattere provvisorio dell'atto amministrativo vincolato, poiché se è vero che a un certo punto quest'ultimo diviene inoppugnabile, esso non acquista mai valore di cosa giudicata.

¹⁸ *Op. cit.*, 100.

l'intenzione, dell'autore del testo che quel testo (il suo significato) rappresenti l'orizzonte entro il quale l'agente è tenuto a rinvenire la regola per l'azione.

Ora, porre a base del concetto di azione vincolata soltanto il problema della indeterminatezza del diritto (come si vedrà problema fondamentale ma non già risolto in partenza), significa, a mio parere, confondere due piani del discorso: quello, assolutamente generale, del grado di incertezza, derivante dal livello di vaghezza delle regole, che caratterizza ogni ordinamento giuridico, e quello, specifico del diritto amministrativo, del modo di definire il rapporto tra l'amministrazione e le regole di diritto, entro il quale si tratta di vedere se ed in che termini trovi posto una distinzione quale quella tra attività discrezionale e vincolata, su cui, peraltro, da sempre giurisprudenza e scienza giuridica si interrogano. In breve, si potrebbe perfino concedere che un tipo di vincolo normativo quale quello sopra ipotizzato è evento infrequente, o perfino impossibile, ma non per questo se ne dovrebbe inferire che in ogni attività amministrativa vi è esercizio di discrezionalità, quantomeno se non ci si mette d'accordo su cosa s'intende per discrezionalità. E così si torna al punto di partenza. In altre parole la questione dell'indeterminatezza del diritto non appare decisiva nel senso che vorrebbe Nicosia. Ben si può ritenere, infatti, che l'azione vincolata denoti, cioè, una classe di atti aventi la proprietà di non conferire al decisore spazi decisionali da riempire mediante scelte normative, in quanto tali 'autonome', vale a dire discrezionali in un senso più ristretto rispetto a un concetto di genere di discrezionalità (v. *infra*, sez. 3). Si tratta, quindi, di quell'altra nozione di attività vincolata (o regolata come forse sarebbe preferibile dire) che si caratterizza piuttosto in negativo, come assenza di margini per l'esercizio di un certo tipo di potere discrezionale (che chiamerò più avanti discrezionalità-n), che non in termini positivi di effettiva vincolatezza (completezza). Si potrebbe sostenere, pertanto, che secondo i principi della *rule of law*, che postula la soggezione per intero dei poteri amministrativi al diritto, è solo l'esistenza di questi poteri che va ricercata in positivo nelle norme, e non il contrario. In caso di dubbio la regola dovrebbe essere quella raffigurata nella sequenza norma-fatto e non già in quella norma-potere-fatto. In breve, invertendo il punto di vista consueto, si dovrebbe andare alla ricerca dell'attività amministrativa non vincolata piuttosto che dell'attività amministrativa non discrezionale. Va detto, naturalmente, che se questo modello è semplice e lineare nell'enunciazione, può presentarsi, come dimostra a esempio l'esperienza tedesca, di non facile attuazione, risolvendosi, in pratica, nel prescrivere ai giudici di individuare con la massima possibile accuratezza le

fattispecie in cui può parlarsi di una genuina *grant of discretion*¹⁹.

Devo segnalare, però, un disaccordo ancora più genuino con la tesi di Nicosia, riguardante la questione di fondo relativa alla differenza tra l'applicazione di una regola e l'interpretazione del materiale giuridico (ovvero il ricorso ad altre 'fonti') per definire il singolo caso. Come ho sostenuto nel primo capitolo, a mio avviso esiste una dimensione del 'seguire le regole' che prescinde dall'interpretazione in senso stretto. Indipendentemente dalla scelta che si compia sull'alternativa che ho presentato all'inizio di questo capitolo, sembra comunque difficile negare che grossa parte di quanto rientra nella cosiddetta attività vincolata richieda soltanto verifiche su fatti ed attiene in senso stretto alla dimensione del seguire le regole²⁰.

Una prima serie di indicazioni sulle suddette questioni può essere tratta dai criteri mediante i quali la scienza giuridica opera varie classificazioni degli atti o procedimenti amministrativi nonché dagli approcci della giurisprudenza.

2.2. *Il criterio giudiziario della 'direzione dell'interesse tutelato'*

Il tema dell'azione vincolata dell'amministrazione presenta due aspetti concettualmente importanti. Il punto di vista delle situazioni soggettive, che investe essenzialmente il problema della giurisdizione sugli atti vincolati, e l'estensione della classe degli atti vincolati secondo le proprietà che tali atti debbano possedere. Si tratta di due aspetti inevitabilmente intrecciati, o meglio interdipendenti, ma mi pare che il primo è quello su cui maggiormente si è svolta la discussione scientifica. Inizierò da questo.

Lo stato della giurisprudenza in materia di atti amministrativi vincolati è stato sintetizzato in modo illuminante da Andrea Orsi Battaglini quasi vent'anni orsono²¹ e si può dire che non molto sia cambiato da allora. Lo schema impiegato dalle corti risponde a una "formuletta" secondo cui dinanzi all'attività vincolata stanno diritti o interessi secondo che la norma sia rivolta a tutelare in via primaria l'interesse privato o l'interesse pubblico²². La regola, come si avrà modo di verificare tra poco, è

¹⁹ Come si vedrà più avanti (sez. 3) questo aspetto mostra significative differenze nell'approccio al problema della discrezionalità tra Germania e Stati Uniti.

²⁰ V. M. KRAMER, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford, 1999, 174, a proposito delle innumerevoli occasioni della vita quotidiana in cui i funzionari delle amministrazioni pubbliche si trovano ad applicare disposizioni che possono essere considerate 'casi facili'.

²¹ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata ...*, cit., 3-18.

²² Un'ampia disamina dei criteri utilizzati dalla giurisprudenza per discriminare la giuri-

teoricamente oscura e praticamente incerta²³,

sebbene la maggior parte degli studiosi la ripeta più o meno pedissequamente²⁴.

Due casi giurisprudenziali distanti cinquanta anni l'uno dall'altro possono essere presi come esempi paradigmatici di questo approccio. Nel 1947, in *Mannino v Ministero Africa Italiana* (rel. Rocco), la Sezione IV del Consiglio di Stato²⁵ stabilì che l'interesse del cittadino a beneficiare delle indennità per danni di guerra alle cose, nonostante la legge indicasse esaustivamente i criteri per la liquidazione dell'indennità, doveva considerarsi protetto solo nella forma dell'interesse legittimo a causa della "dominante" presenza dell'interesse pubblico. Questa dominanza è dedotta da una indagine sulla *mens legis*, in base all'assunto secondo cui

lo scopo delle norme ... concorre a individuare il diritto soggettivo, l'interesse legittimo e l'interesse semplice.

In questa occasione il Consiglio di Stato è peraltro consapevole della

grave difficoltà di segnare un netto confine tra lo scopo dell'interesse pubblico e quello dell'interesse privato delle norme giuridiche, poiché tutte le norme giuridiche sono, in un certo senso, ispirate a ragioni di pubblico interesse ... Si tratta tuttavia di graduazione degli scopi, di prevalenza dell'uno o dell'altro scopo, di più *specifica direzione della norma* nei riguardi della tutela degli interessi e quindi della misura dei poteri accordati alla volontà del singolo per conseguirne la realizzazione²⁶.

sdizione nei casi di attività di accertamento si trova di recente in B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit., 283-330.

²³ *Op. ult. cit.*, 4.

²⁴ Per la manualistica e trattatistica meno recenti v. A. ORSI BATTAGLINI, *op. ult. cit.*, 5, nt. 2.

²⁵ Cons. Stato, IV, n. 230 del 5 luglio 1947, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXIV, 1947, I, 340, con nota di E. Capaccioli.

²⁶ Corsivo aggiunto. Per la verità, nella decisione si utilizza anche un altro argomento, quello secondo cui l'inesattezza dell'idea che fa corrispondere all'attività vincolata diritti soggettivi, deriva dal fatto che «quando l'amministrazione agisce nel campo del diritto pubblico, per scopi di pubblico interesse, può bensì farsi questione di grado di discrezionalità, ma è ben raro e difficile concepire la sua azione compiutamente disciplinata in modo obbligatorio dalla legge in ogni dettaglio, sicché sfugga la possibilità e la necessità di valutazioni» oggetto di una discrezionalità «spiccatamente amministrativa per le valutazioni di interesse pubblico che involge». Così formulato, si tratta di un argomento ambiguo, ma particolarmente interessante perché contiene due dei profili che di tanto in tanto fanno capolino in dottrina

Nel 1999, in *Ministero di grazia e giustizia v. Cezza* (rel. Borioni) dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato²⁷, questa preoccupazione, dopo così tanti anni di applicazione della formula, sembra ormai evaporata. La decisione riafferma nel modo più netto, richiamando anche le più recenti pronunzie in tema²⁸, il principio secondo cui la distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi va fatta con riferimento alla finalità perseguita dalla norma cui l'atto va riferito. Nella sentenza si leggono diverse affermazioni consuete in dottrina, come quella secondo cui la posizione di interesse legittimo si collega all'esercizio di una potestà amministrativa rivolta, secondo il suo modello legale, alla cura diretta ed immediata di un interesse della collettività, laddove il diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione trova, invece, fondamento in norme che, nella prospettiva della regolazione di interessi sostanziali contrapposti, aventi di regola natura patrimoniale, pongono a carico dell'amministrazione obblighi a garanzia diretta ed immediata di un interesse individuale. Nelle norme, pertanto, bisognerebbe ricercare, attraverso

i consueti processi interpretativi, se l'ordinamento abbia inteso tutelare l'interesse pubblico

ovvero l'interesse di un privato: nel primo caso alle

posizioni sostanziali dei privati non può che essere riconosciuta una protezione indiretta, che, da un lato, passa necessariamente attraverso la potestà provvedimentale dell'amministrazione e, dall'altro, si traduce nella possibilità di promuovere, davanti al giudice amministrativo, il controllo sulla legittimità dell'atto.

Ancor più interessante è quanto si legge sul versante dell'analisi della struttura delle fattispecie recanti ipotesi di attività vincolata. L'A.p. ammette

per ricondurre nei binari del potere amministrativo l'azione vincolata dell'amministrazione. Questo argomento della "discrezionalità" è del resto, come mette bene in luce B. TONOLETTI, *op. cit.*, 296-7, legato all'atteggiamento assolutamente dominante della giurisprudenza dall'istituzione della IV sezione sino alla metà degli anni quaranta del secolo scorso, volto a trattare di fatto come nozioni coincidenti quella di potere discrezionale e di cura dell'interesse pubblico, sicché una norma in cui si riconoscesse preminente lo scopo di interesse pubblico era di per sé latrice di discrezionalità per l'amministrazione. Senza considerare, che le concezioni dominanti di ascendenza mayeriana ed orlandiana, considerando la norma di legge come limite di un potere preesistente alla norma, permettevano di giustificare sempre un margine di libertà dell'amministrazione.

²⁷ Cons. Stato, Ad. plen., 5 luglio 1999, n. 18.

²⁸ Cons. Stato, Ad. plen., 26 ottobre 1979, n. 25; Id., sez. V, 20 marzo 1999, n. 284; Cons. Giust. amm. reg. Sic., 18 novembre 1998, n. 670; Cons. Stato, sez. VI, 18 marzo 1998, n. 312; Id., sez. IV, 10 marzo 1998, n. 394.

che non sono infrequenti situazioni in cui la norma, pur avendo di mira, in via diretta ed immediata, finalità di interesse pubblico, definisce in modo puntuale i presupposti e il contenuto dell'azione amministrativa, potendosi pertanto parlare di un

accertamento dei requisiti che richieda l'interpretazione di norme integralmente vincolanti.

Anche in tal caso, però,

l'attività con la quale l'organo competente effettua, in modo unilaterale, il raffronto fra la fattispecie concreta e il suo modello legale è espressione, in quanto funzionale alla cura di un interesse della collettività, di un potere autoritativo ed esclusivo dell'amministrazione, con la conseguenza che l'atto soggiace al regime proprio del provvedimento amministrativo (presunzione di legittimità, inopugnabilità dopo il decorso del termine di decadenza, soggezione alla potestà di autotutela) e la posizione di chi aspira a ricevere un'utilità sostanziale dal corretto esercizio del potere assume la configurazione dell'interesse legittimo.

Secondo un siffatto schema di ragionamento, anche quando si riconosce che la struttura della fattispecie è improntata a una relazione norma-fatto, creando obblighi, si ritiene comunque necessario andare alla ricerca dell'intenzione del legislatore, onde stabilire che l'attività sia vincolata, non per esigenze pubbliche, ma in modo specifico per fini di tutela del privato²⁹.

²⁹ Il caso esaminato dalla citata decisione dell'A.p. era in tema di diniego di ammissione all'esame di Stato per titoli per il conseguimento dell'abilitazione all'esercizio della professione di psicologo. Secondo l'A.p. tale atto può essere censurato soltanto per incompetenza e violazione di legge, e non anche per eccesso di potere, ma questa differenza, che «attiene alla diversa articolazione precettiva dei parametri normativi, non incide sul valore formale dell'atto e sulle conseguenti sue connotazioni». Nel caso di specie la "direzione" della norma verso l'interesse pubblico deriverebbe dalla circostanza che l'art. 33, comma 5, della Costituzione, prescrive l'esame di Stato, mediante il quale viene accertata l'idoneità a esercitare determinate professioni, in funzione della tutela della collettività e dei destinatari delle prestazioni. Come si vede – al di là della tenuta di fondo (pressoché nulla) di un criterio di sistemazione del materiale giuridico facente leva sul fatto che il diritto in certi casi guarderebbe all'interesse della collettività in altri a interessi di individui – quando si scende sul concreto, si è costretti a formulazioni tautologiche, che decrittate possono essere descritte attraverso la seguente proposizione: *la norma che prevede che per essere ammessi a sostenere l'esame di ammissione occorre essere muniti di certi requisiti è posta nell'interesse pubblico poiché un'altra norma prevede che per essere ammessi a esercitare una professione occorre accertare l'idoneità a esercitare determinate professioni*. E se siamo, come siamo secondo il Consiglio di Stato, nel campo dominato dal pubblico interesse, allora «gli atti che definiscono l'istanza di ammissione costituiscono esercizio di un potere d'imperio, e ciò sia che implicino, come nella specie, una semplice attività ricognitiva di requisiti predeterminati dalla

La posizione dei giudici ordinari, a prima vista, non appare concettualmente divergente da quella dei giudici amministrativi: molte sono le pronunzie in cui, in base alle enunciazioni generali, risulta esservi consonanza: sia sulla circostanza che la situazione giuridica soggettiva correlata all'esercizio della prima è riconducibile all'interesse legittimo³⁰; sia sul fatto che non sia vera la reciproca, e cioè che di fronte all'esercizio di un'attività vincolata non è detto esservi diritti soggettivi³¹, aderendo, perciò, alla formulet-

fonte primaria, sia che richiedano, come accade in altre ipotesi previste dallo stesso art. 33 della legge n. 56/1989, apprezzamenti più elaborati demandati dall'ordinamento a organi dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299)».

A conclusioni diverse perviene la Corte di Cassazione (nonché qualche pronuncia del Consiglio di Stato: sez. IV, 16 marzo 1999, n. 278), che ritiene le controversie concernenti l'iscrizione all'albo professionale degli psicologi appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario (sez. unite civ., 1 luglio 1997, n. 5890, in *Mass. giur. it.*, 1997; Id., 21 febbraio 1997, n. 1620, *in loco ult. cit.*). L'argomento centrale utilizzato dalla Cassazione si fonda sull'asserto secondo cui le controversie in tema di iscrizione all'albo investono «la libertà assicurata dall'ordinamento italiano a ogni cittadino in ordine alla scelta del lavoro» ed attingano, per questa ragione, a un diritto che trova nell'art. 4 della Costituzione una protezione privilegiata (Cass., sez. unite civ., 21 novembre 1997, n. 11622, in *Giust. civ.*, 1998, I, 686). Sulla genesi di questo orientamento v. B. TONOLETTI, *L'accertamento ...*, 326-327, il quale mette in luce come nella giurisprudenza più risalente è il radicarsi del diritto nell'ordinamento costituzionale a far escludere che all'amministrazione possa essere attribuito un potere di scelta in ordine a quel diritto.

³⁰ Si v. Cass., sez. unite civ., 25 febbraio 2000, n. 46, in *Mass. giur. it.*, 2000; T.A.R. Toscana, sez. III, 27 dicembre 1994, n. 439, in T.A.R., 1995, I, 680; T.A.R. Veneto, sez. II, 14 aprile 1992, n. 299, in *Comm. trib. centr.*, 1992, II, 1402; Cass., sez. unite civ., 11 novembre 1998, n. 6069, in *Rass. Giur. energia elettr.*, 1989, 669; Cass. civ., 9 novembre 1985, n. 5479, in *Mass. giur. it.*, 1985.

³¹ Cfr. Cass., sez. unite civ., 1 aprile 2004, n. 6405, in *Mass. giur. it.*, 2004; Cass., sez. unite civ., 25 febbraio 2000, n. 46, in *Mass. giur. it.*, 2000; Id., 4 novembre 2002, n. 15439, in *Dir. e giust.*, n. 41/2002, 66; Id., sez. unite civ., 10 maggio 2001, n. 182, in *Mass. giur. it.*, 2001; Id., sez. unite civ., 19 giugno 2000, n. 449, in *Mass. giur. it.*, 2000; Cons. Stato, sez. IV, 6 febbraio 2002, n. 659, in *Foro amm. CdS*, 2002, 363; Id., sez. VI, 24 aprile 1986, n. 341, in *Cons. Stato*, 1986, I, 585; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 1 dicembre 1998, n. 2793, in T.A.R., 1999, I, 495; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 16 giugno 1996, n. 588, in *Foro amm.*, 1996, 1057; T.A.R. Veneto, sez. II, 14 aprile 1992, n. 299, in *Comm. trib. centr.*, 1992, II, 1402; T.A.R. Lombardia, Milano, 18 novembre 1981, n. 1399, in T.A.R., 1982, I, 125; T.A.R. Umbria, 11 giugno 1980, n. 12, in T.A.R., 1980, I, 3245; Cass., sez. unite civ., 20 febbraio 1999, n. 89, in *Mass. giur. it.*, 1999; Id., 16 novembre 1998, n. 11546, in *Mass. giur. it.*, 1998; Cass. civ., sez. I, 2 giugno 1997, n. 4885, in *Riv. giur. edil.*, 1998, I, 190; Cass., sez. unite civ., 6 maggio 1996, n. 4188, in *Mass. giur. it.*, 1996; Id., 26 gennaio 1994, n. 727, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 1119; Id., 5 febbraio 1991, n. 1082, in *Mass. giur. it.*, 1991; Id., 11 dicembre 1987, n. 9215, in *Mass. giur. it.*, 1987; Cass. civ., 9 novembre 1985, n. 5479, in *Mass. giur. it.*, 1985; Id., 23 luglio 1981, n. 4742, in *Mass. giur. it.*, 1981.

ta sulla “direzione dell’interesse”³²; sia sull’impiego di una nozione molto ampia di potere discrezionale dell’amministrazione. La stessa la Corte Costituzionale ha ripetuto, non senza enfasi, questa formula come un dato acquisito da non sottoporre a verifica³³.

Il criterio direzionale dell’interesse pubblico sembra, comunque, una creatura della giurisprudenza amministrativa, che fa a esso costante riferimento, impiegando varianti lessicali secondo cui

l’attività amministrativa vincolata non esclude la presenza di interessi legittimi quando [...] sia preordinata al soddisfacimento di un ben individuato interesse pubblico³⁴

quando abbia carattere autoritativo³⁵, o comunque natura provvedimentoale in senso tecnico, e sia dunque espressione di un potere pubblicistico³⁶. Il

³² L’adesione al criterio della direzione dell’interesse è chiaramente espressa già in Cass., sez. unite civ., 14 aprile 1964, n. 894, in *Foro it.*, 1964, I, 698, in tema di contributi a imprese di costruzioni navali. In precedenza, invece, le stesse sez. unite civ. della Cassazione, 8 giugno 1957, n. 2146, in *Foro it.*, 1958, I, 411, avevano ritenuto inconferente l’individuazione di uno scopo pubblico presente nella legge per affermare o negare la presenza di un diritto soggettivo, i cui elementi sono invece «presupposti dagli artt. 2 e 4 della legge sul contenzioso amministrativo, cioè un obbligo, positivo o negativo dell’Amministrazione rispetto a un particolare interesse riconosciuto dalla legge al singolo e corrispondente facoltà del singolo di pretenderne l’adempimento e la non violazione, obbligo e facoltà che in quanto corrispondenti e incondizionati, escludono ogni margine di discrezionalità dell’amministrazione di valutazione del pubblico interesse».

³³ Corte Cost., 16 aprile, 1998, n. 127, secondo cui sarebbe «un postulato privo di qualsiasi fondamento» quello secondo cui «di regola, al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi e, per converso, all’area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi».

³⁴ Così Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5885; Id., sez. V., 23 agosto 2000, n. 4572, in *Foro amm.*, 2000, 2672. Si v. altresì T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 27 febbraio 1980, n. 203, in *Foro it.*, 1981, III, c. 40.

³⁵ Si v. Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2003, n. 5744, in *Risorse umane*, 2003, 836; Id., sez. VI, 21 novembre 1992, n. 924, in *Cons. Stato*, 1992, I, 1698; Id., sez. IV, 7 ottobre 1992, in *loco ult. cit.*, 1242; Id., sez. VI, 4 marzo 1989, n. 182, in *Cons. Stato*, 1989, I, 321; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 26 novembre 2002, n. 5145, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, 3751. Cfr. peraltro anche T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 9 aprile 1998, n. 420, secondo cui il collocamento a riposo per raggiunti limiti di età, pur avendo carattere autoritativo giacché incidente sullo stesso *status* di dipendente, ha tuttavia natura vincolata e dichiarativa, dal momento che l’amministrazione è tenuta, senza alcuna discrezionalità al riguardo, a emanare l’atto di cessazione dal servizio, dopo avere accertato l’esistenza delle condizioni previste dalla legge.

³⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 ottobre 1993, n. 850, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1198. Si v. altresì Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 1989, n. 434, in *Foro amm.*, 1989, 2057.

problema è che dall'analisi delle sentenze non si evince mai una convincente giustificazione del fatto che certe norme individuerebbero in modo specifico l'interesse pubblico o il potere autoritativo o viceversa sarebbero poste a tutela di un interesse individuale. Anche su questo l'esame della casistica giurisprudenziale conferma quanto osservava già Orsi Battaglini³⁷ e quanto sopra ho notato a margine della decisione dell'A.p. del 1999, a proposito della inconsistenza pratica e concettuale del criterio. Questa inconsistenza non dipende, a mio avviso, soltanto da elementi empirici, dal fatto, cioè, che, esaminando le varie argomentazioni offerte dai giudici nei singoli casi, si ha la netta impressione che ciascuna di esse potrebbe essere volta nel suo contrario, ma proprio da una inconsistenza concettuale di fondo. È, vale a dire, proprio l'introduzione di un elemento sostanzialistico – tra l'altro notoriamente inafferrabile come l'interesse pubblico – in luogo di un approccio formale, che consideri l'oggettiva struttura delle norme, a minare in partenza il ragionamento dei giudici.

La riprova la si ha proprio osservando più da vicino come si comportano i giudici ordinari, i quali per alcune tipologie di atti ritengono di essere muniti di giurisdizione – a esempio in ordine all'assegnazione di determinati benefici – senza che sia chiaro se questo dipenda o meno dall'applicazione del criterio direzionale dell'interesse. In qualche caso si ha la sensazione che la formula sia tenuta presente come sfondo dell'argomentazione principale, altre volte ancora che sia implicitamente contraddetta, non essendo presa in alcuna considerazione, accontentandosi il giudice di rinvenire nell'obbligatorietà di una certa condotta i sintomi del diritto soggettivo o della norma di relazione. Gli enunciati interpretabili in quest'ultimo senso sono quelli che, proprio facendo leva sul profilo della struttura delle disposizioni, descrivono queste ultime come richiedenti il mero rispetto di criteri specificamente stabiliti dalla legge a tutela di determinate situazioni giuridiche³⁸ aventi la con-

³⁷ *Op. cit.*, 12-13, spec. nt. 14.

³⁸ Cfr. Cass., sez. unite civ., 23 gennaio 2004, n. 1235, in *Giur. it.*, 2004, 1062; Id., 25 febbraio 2000, n. 46, in *Mass. giur. it.*, 2000; Id., 4 novembre 2002, n. 15439, in *Dir. e giust.*, n. 41/2002, 66; Id., 19 giugno 2000, n. 449, in *Mass. giur. it.*, 2000; Id., sez. I, 1 settembre 1999, n. 9205, in *Mass. giur. it.*, 1999; Cass., sez. unite civ., 20 febbraio 1999, n. 89, in *Mass. giur. it.*, 1999; Id., 16 novembre 1998, n. 11546, in *Mass. giur. it.*, 1998; Id., sez. I, 2 giugno 1997n. 4885, in *Riv. giur. edil.*, 1998, I, 190; Id., sez. unite, 6 maggio 1996, n. 4188, in *Mass. giur. it.*, 1996; Id., 10 giugno 1994, n. 5641, in *Mass. giur. it.*, 1994; Id., 26 gennaio 1994, n. 727, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 1119; Id., 5 febbraio 1991, n. 1082, in *Mass. giur. it.*, 1991; Id., 11 dicembre 1987, n. 9215, in *Mass. giur. it.*, 1987; Cass. civ., 9 novembre 1985, n. 5479, in *Mass. giur. it.*, 1985; Id., 23 luglio 1981, n. 4742, in *Mass. giur. it.*, 1981.

sistenza di diritto soggettivo³⁹, oppure meramente attuative della legge⁴⁰, o ancora di semplice accertamento della ricorrenza in concreto della “fattispecie normativa”⁴¹ e/o di determinate situazioni di fatto⁴². Pare evidente che in casi di quest’ultimo tipo si finisca con l’ammettere, implicitamente, che se l’azione dell’amministrazione è vincolata, il privato vanta una posizione di diritto. Questo è particolarmente evidente nel settore delle sovvenzioni, ove la Cassazione ritiene insussistente la giurisdizione del giudice amministrativo nei casi in cui non sia possibile rinvenire il conferimento di un potere discrezionale sulla scelta, in quanto la norma configura la posizione del privato “in modo rigoroso e completo”, costituendo la fonte di un rapporto obbligatorio⁴³. Un’altra ipotesi è quella degli atti di revoca dell’assegnazione di

³⁹ Si v. Cass., sez. unite civ., 1 aprile 2004, n. 6405, in *Mass. giur. it.*, 2004; Id., sez. I, 2 ottobre 2003, n. 14698, in *Foro amm. CdS*, 2003, 2867; Id., sez. unite civ., 10 maggio 2001, n. 182, in *Mass. giur. it.*, 2001; Id., 19 giugno 2000, n. 449, in *Mass. giur. it.*, 2000; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2000, n. 1765, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 659; T.A.R. Piemonte, sez. I, 10 luglio 2002, n. 1405; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 11 febbraio 2002, n. 792, in *loco ult. cit.*; Id., sez. II, 10 giugno 1997, n. 1504, in *Foro amm.*, 1998, 921; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 13 settembre 1995, n. 790, in *Foro amm.*, 1996, 1693; T.A.R. Veneto, sez. II, 14 aprile 1992, n. 299, in *Comm. Trib. Centr.*, 1992, II, 1402; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 12 maggio 1989, n. 621, in *Giur. amm. Sic.*, 1989, 389; T.A.R. Lombardia, Milano, 18 novembre 1981, n. 1399, in *T.A.R.*, 1982, I, 125; Cass., sez. I civ., 1 settembre 1999, n. 9205, in *Mass. giur. it.*, 1999; Cass., sez. unite civ., 20 febbraio 1999, n. 89, in *Mass. giur. it.*, 1999; Id., 16 novembre 1998, n. 11546, in *Mass. giur. it.*, 1998; Cass., sez. I civ., 2 giugno 1997n. 4885, in *Riv. giur. edil.*, 1998, I, 190; Cass., sez. unite civ., 6 maggio 1996, n. 4188, in *Mass. giur. it.*, 1996; Id., 26 gennaio 1994, n. 727, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 1119; Id., 5 febbraio 1991, n. 1082, in *Mass. giur. it.*, 1991; Id., 11 dicembre 1987, n. 9215, in *Mass. giur. it.*, 1987; Cass. civ., 9 novembre 1985, n. 5479, in *Mass. giur. it.*, 1985; Id., 23 luglio 1981, n. 4742, in *Mass. giur. it.*, 1981. Sulla natura vincolata dell’attività di accertamento della sussistenza dei presupposti per la concessione di determinati benefici, cfr. altresì Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 1992, n. 1274, in *Rass. amm. Sanità*, 1992, 454.

⁴⁰ Si v. Cass., sez. I civ., 1 settembre 1999, n. 9205, in *Mass. giur. it.*, 1999.

⁴¹ Cfr. Cass., sez. unite civ., 10 giugno 1994, n. 5641, in *Mass. giur. it.*, 1994.

⁴² Si v. Cass. civ., 11 maggio 1983, n. 3243, in *Mass. giur. it.*, 1983.

⁴³ Cass., sez. unite civ., 27 gennaio 1993, n. 1004, in *Foro it., Rep.*, 1993, voce *Calamità pubbliche*, n. 11. Di contrario avviso Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 1993, n. 504, in Cons. Stato, 1993, I, 504, che utilizza qui un argomento più sofisticato del criterio direzionale, quello secondo il quale è sufficiente l’attribuzione di un potere di modificare l’altrui sfera giuridica (sembra, quindi, a prescindere da altre considerazioni), di cui l’atto è espressione, a escludere posizioni di diritto soggettivo. Rispetto a questa attribuzione, tuttavia, la struttura normativa a monte non sembra giocare alcun ruolo, poiché anche quando i presupposti dell’azione sono totalmente prefigurati è comunque «il provvedimento che si basa su un potere, in quanto tale, che incide su interessi legittimi». Sembra, quindi, chiaro che la verifica

alloggi di edilizia residenziale pubblica, ove l'attribuzione al giudice ordinario è parimenti desunta dall'assenza di un potere discrezionale dell'autorità che pronuncia la "revoca"⁴⁴, laddove, secondo il Consiglio di Stato, tali atti rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo in virtù dello scopo di pubblico interesse di assicurare un alloggio ai più bisognosi che permea tutto il settore⁴⁵.

Nei fatti, allora, il riparto tra le giurisdizioni, nominalmente fondato sul criterio direzionale dell'interesse tutelato, sembra basarsi (quando dà luogo a orientamenti abbastanza consolidati) più su tradizioni applicative ispirate a intenti e sensibilità di politica giudiziaria e di reciproco *self-restraint*, che sull'effettiva applicazione del criterio stesso. Emblematici sono, a esempio, i casi della concessione edilizia (oggi permesso di costruire) o dell'autorizzazione commerciale. La concessione edilizia esprime

l'esercizio di un'attività vincolata al riscontro di presupposti predeterminati da fonti primarie o secondarie, senza che al Sindaco residui in proposito né un potere normativo di attuazione dei principi informativi dello strumento urbanistico, né il potere di valutare l'opportunità del progetto edilizio in riferimento all'interesse pubblico⁴⁶.

La stessa natura vincolata, in termini ancora più netti, è sempre stata riconosciuta agli atti di autorizzazione commerciale. Eppure, la stessa giurisprudenza della Cassazione, in questi casi, adotta costantemente il criterio direzionale dell'interesse, richiamandosi a una sfera di supremazia dell'autorità amministrativa necessaria per assicurare la tutela dell'interesse pubblico. Nel caso dell'edilizia, peraltro, si tratta perlopiù di sentenze che decidono controversie il cui oggetto non è neanche il permesso di costruire, ma la sua decadenza, che la stessa giurisprudenza amministrativa considera atto meramente dichiarativo di effetti già prodottisi in base alla legge.

sul «se l'ordinamento abbia attribuito un potere all'amministrazione pubblica» – che secondo il Consiglio di Stato il giudice dovrebbe effettuare – non si fonda sulla singola fattispecie normativa, ma su qualcosa che sta prima, forse su quell'ordinamento cui si fa riferimento nel passo appena riportato. Se così è, non vi è modo di verificare la sussistenza di tale potere, che assume davvero le vesti di un 'potere in quanto tale'.

⁴⁴ Cass., sez. unite civ., 15 maggio 1990, n. 4192, in *Foro it., Rep.*, 1990, voce *Edilizia popolare*, n. 105.

⁴⁵ V. le pronunzie citate da B. TONOLETTI, *op. cit.*, 319-20, nt. 105-106.

⁴⁶ Così T.A.R. Lombardia, Brescia, 29 aprile 1995, n. 404, in *Riv. giur. edil.*, 1996, I, 191. Sulla natura della medesima attività, si v. altresì T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 16 dicembre 1988, n. 1702, in *Foro amm.*, 1989, 2857.

In breve, l'analisi del materiale giurisprudenziale conferma che la distinzione tra giurisdizione ordinaria e amministrativa in materia di cognizione degli atti di accertamento non si basa né (perlopiù) sul carattere esaustivo della disciplina sostanziale della materia – quindi sulla considerazione della fattispecie normativa – né sul criterio dell'efficacia dell'atto, che è il criterio che privilegia una qualificazione del rapporto di tipo pubblicistico, sulla base del presupposto ideologico che ove vi è atto amministrativo ivi vi è *imperium*. Il criterio di riparto prevalente si basa invece su una (presunta) comparazione tra il fine pubblico e la protezione dell'interesse individuale⁴⁷.

Gli indirizzi ed i contrasti della giurisprudenza in materia di giurisdizione sugli atti di accertamento (v. par. succ.), sono stati fatti oggetto da Bruno Tonoletti di una sorta di analisi costi-benefici, che hanno indotto questo autore a formulare un giudizio positivo sull'assetto raggiunto dal diritto giurisprudenziale, giustificando l'incoerenza derivante dall'irrelevanza della struttura di accertamento in ordine alla disciplina del rapporto mediante ragioni che atterrebbero a esigenze di equilibrio del sistema⁴⁸. L'autore esprime apprezzamento sulla rispettiva congruità dei mezzi di tutela apprestati dal giudice ordinario e da quello amministrativo, e l'equilibrio starebbe nel fatto che – in base al prevalere dell'una o dell'altra giurisdizione – vantaggi e svantaggi (a esempio pretesa diretta in ordine al bene della vita ma scarsa rilevanza dei vizi formali nel giudizio ordinario; inattuabilità del bene della vita, ma più ampia base di legittimazione processuale e maggiore rilevanza dei vizi formali nel giudizio amministrativo) tenderebbero a compensarsi.

Si potrebbero avanzare varie obiezioni a questa elencazione di vantaggi e svantaggi, ma non è su questo terreno che intendo proseguire l'analisi. Risolvere la questione in termini di valutazione funzionale del concreto assetto cui è pervenuta la giurisprudenza, mi pare elusivo del problema teorico di fondo, per la soluzione del quale, peraltro, nello studio di Tonoletti, come si vedrà subito nel prossimo paragrafo, sono poste correttamente tutte le premesse. Come, peraltro, finisce con l'ammettere lo stesso autore, anche quando i giudici ordinari tentano di impiegare argomenti tecnicamente più raffinati per escludere o affermare la giurisdizione del giudice amministrativo su atti di accertamento (a esempio natura non costitutiva di atti previsti in

⁴⁷ Accessoria alla tesi sul riparto di giurisdizione è la distinzione tra chi considera non imprescindibile l'atto amministrativo per l'attuazione della disciplina sostanziale (sostanzialmente il giudice ordinario) e chi, viceversa, considera comunque imprescindibile l'atto amministrativo per la produzione dell'effetto (il giudice amministrativo e la stragrande parte della dottrina).

⁴⁸ B. TONOLETTI, *L'accertamento ...*, cit., 330-1.

determinate fattispecie, con riduzione di questi a meri fatti cui si ricollegano effetti, e natura costitutiva in altre fattispecie⁴⁹, l'autentica giustificazione va ricercata in una scelta sull'interesse cui accordare prevalenza.

Se si torna, dunque, al criterio direzionale dell'interesse, la questione di fondo rimane questa: non vi è nessun metodo concettualmente consistente e praticamente efficace per stabilire quando la fattispecie di accertamento sia posta più a favore dell'interesse pubblico e quando invece sia posta più a favore dell'interesse del privato. Si tratta di un criterio che apre la strada a una decisione puramente arbitraria, come i casi sopra esaminati stanno a dimostrare.

Si pensi a esempio all'area delle libertà, non ultime quelle economiche. È desiderabile che a volte queste libertà siano considerate un diritto altre volte siano considerate un interesse, fermo restando che non vi è un potere discrezionale a conformarne ulteriormente il contenuto? La risposta a questa domanda, a mio avviso, non può che nascere dalla qualificazione della struttura normativa che caratterizza le fattispecie di azione vincolata; a valere dovrebbe essere, cioè, un criterio formale e questo criterio non può che risiedere nella stessa natura dell'azione vincolata.

2.3. *Le proprietà della classe 'atto amministrativo vincolato'*

2.3.1. *Varietà di classificazioni di atti 'non discrezionali'*. – Alcuni studi recenti hanno analizzato, da vari punti di vista, quella parte dell'attività amministrativa che in prima approssimazione si può dire essere percepita come attività non caratterizzata da un consistente apporto decisionale delle autorità amministrative e quindi in qualche modo candidabile, rispettivamente, a coincidere, comprendere o essere compresa nella nozione di attività vincolata. Se uno di tali punti di vista potesse essere considerato in grado di individuare una classe di atti coincidente o perlomeno comprensiva degli atti vincolati, si potrebbe pensare di abbandonare l'insoddisfacente nozione di attività vincolata. I punti di vista assunti nei contributi che si esamineranno sono diversi, eppure le fattispecie esaminate si sovrappongono ampiamente. Vediamole.

⁴⁹ V., rispettivamente, Cass., sez. unite civ., 13 novembre 1983, n. 6713, in *Giur. it.*, 1984, I, 1109, che afferma la natura non costitutiva dell'atto di revoca della pensione di invalidità; Cass., sez. lavoro, 8 settembre 1999, n. 9549, in *Foro it.*, *Rep.*, 1999, voce, *Previdenza sociale*, n. 184, che ritiene avere natura costitutiva dell'atto di iscrizione a un albo professionale.

Lo studio di Fabrizio Figorilli sulla giurisdizione piena del giudice ordinario sull'attività amministrativa⁵⁰ prende in considerazione le seguenti fattispecie: iscrizione in registri, elenchi ed albi tenuti dalla pubblica amministrazione (stato civile, scuola, elenchi strade pubbliche, liste elettorali, albi professionali); sanzioni amministrative depenalizzate ai sensi della l. 689/1981; atti emanati dal Garante della riservatezza dei dati personali ai sensi della l. 675/1996; obiezione di coscienza; tutela giurisdizionale dello straniero.

Lo studio di Piero Gotti sugli atti amministrativi dichiarativi⁵¹ prende in considerazione le seguenti fattispecie: iscrizione nelle liste elettorali; iscrizione di beni pubblici in elenchi (demanio marittimo; acque pubbliche; strade pubbliche); obbligazioni pubbliche pecuniarie *ex lege*; atti di iscrizione scolastica; atti di iscrizione in albi professionali.

Bruno Tonoletti nello studio sull'accertamento amministrativo⁵² include tra quelle che egli chiama funzioni autonome di accertamento: a) l'accertamento di fattispecie determinate: rilascio della concessione edilizia; sovvenzioni amministrative; dichiarazioni di decadenza; sanzioni amministrative e misure ripristinatorie; b) l'accertamento di fattispecie indeterminate: autorizzazioni all'attività bancaria; controllo sulle operazioni di concentrazione tra imprese; autorizzazione alla collocazione di cartelli ed altri mezzi pubblicitari; riconoscimento dell'assegno di invalidità e della pensione di inabilità; sanzioni amministrative e misure ripristinatorie in materie di intese restrittive della concorrenza affidate all'autorità *antitrust*; sanzioni pecuniarie alternative alle sanzioni della demolizione in materia edilizia; c) accertamenti amministrativi di fatti e di stati giuridici, dove si hanno sia fattispecie determinate sia indeterminate: tenuta dell'albo delle imprese artigiane/accertamento della qualità di imprenditore artigiano; attribuzione delle denominazioni d'origine di vini; certificazioni e attestazioni; accertamenti medico-legali; collocamento obbligatorio; controllo di qualità dei prodotti alimentari.

Alfredo Fioritto in uno studio sulla funzione di certezza pubblica⁵³ considera le seguenti fattispecie: a) come attività d'ordine: registri e certificazioni b) come attività di produzione e controllo delle pubblicità: iscrizioni cata-

⁵⁰ F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, cit.

⁵¹ P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, cit.

⁵² B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit.

⁵³ A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003.

stali, etichettatura dei prodotti alimentari, brevetti, marchi, denominazione di origine; c) come attività di accertamento amministrativo: accesso alle professioni; autorizzazioni al commercio dei prodotti; dichiarazione di bene culturale; denuncia di inizio attività ed abitabilità; accertamento dell'indennità di espropriazione; d) come attività di accreditamento: certificazione di qualità delle imprese nei lavori pubblici; firma elettronica; accesso al sistema della formazione; accreditamento delle strutture sanitarie; e) come attività di accertamento della qualità (norme ISO).

I criteri impiegati per individuare le numerose fattispecie sopra elencate sono tra loro eterogenei.

Il più estrinseco è quello che fa leva sull'attribuzione per materia della giurisdizione al giudice ordinario. Figorilli suddivide in due periodi storici la legislazione che contempla una giurisdizione 'esclusiva' del giudice ordinario su atti della pubblica amministrazione. Il primo periodo sarebbe caratterizzato dall'attribuzione a tale giudice di poteri meno ampi, mentre il secondo si caratterizzerebbe per tendere a configurare una 'giurisdizione piena' del giudice ordinario. Ma oltre a questo le due generazioni di norme differirebbero anche per la 'qualità' dell'attività amministrativa oggetto del sindacato delle corti ordinarie. Le fattispecie della prima generazione riguarderebbero l'"attività di accertamento svolta dai pubblici poteri"⁵⁴, individuata in questo caso come quella in cui l'amministrazione si limiterebbe a svolgere un'attività esclusivamente "empirica o tecnica" nella quale non residuano margini per valutazioni discrezionali, intese dall'autore come quelle concernenti la ponderazione di interessi pubblici con quelli privati.

Le fattispecie di seconda generazione, implicherebbero, invece, "modalità di amministrazione attiva"⁵⁵ da parte delle autorità amministrative e/o "scelte di natura autoritativa dei pubblici poteri"⁵⁶.

Gli atti del primo gruppo (iscrizioni in albi, elenchi e registri di persone e cose a vari fini, decadenza dall'assegnazione di alloggi economici, retrocessione dei beni espropriati), dunque, non sarebbero espressione di amministrazione attiva e neanche presupporrebbero "scelte di natura autoritativa", sebbene – aderendo l'autore alla tesi di F.G. Scoca – assumerebbero una valenza spiccatamente autoritativa tenuto conto dell'effetto sfavorevole che possono produrre per il destinatario, nonostante il fatto che – dice Figorilli –

⁵⁴ F. FIGORILLI, *op. cit.*, 151.

⁵⁵ F. FIGORILLI, *op. cit.*, 262.

⁵⁶ Questa espressione è tratta dal titolo del capitolo IV del libro di FIGORILLI, *op. cit.*

tali atti siano interamente vincolati⁵⁷. Gli atti del secondo gruppo (sanzioni amministrative, disciplina in materia di immigrazione e soggiorno degli stranieri, richiesta di prestare il servizio civile in luogo di quello militare, provvedimenti del Garante della *privacy* sul trattamento dei dati sensibili) parteciperebbero, soprattutto le sanzioni amministrative, di una funzione autoritativa o di amministrazione attiva, in un significato invero non ben precisato dall'autore, tale comunque da differenziarli da quelli del primo gruppo indipendentemente dal loro carattere discrezionale o vincolato.

Gli atti del secondo gruppo sono, peraltro, inclusi da due degli altri tre autori sopra citati tra quelli di certezza o di accertamento, mentre gli atti del primo gruppo coincidono in buona parte con gli atti dichiarativi censiti da Gotti. I criteri di individuazione delle rispettive classi di atti amministrativi utilizzati dagli altri tre studiosi riguardano il profilo funzionale dei procedimenti (Fioritto), il profilo strutturale di un certo tipo di attività (Tonoletti), il tipo di efficacia dell'atto (Gotti).

Per Gotti gli 'atti dichiarativi' sono atti vincolati nel preciso senso della definizione che ne diede Enzo Capaccioli: quelli in cui ogni scelta sull'emanazione di un atto amministrativo e sui suoi effetti è stata effettuata dalla legge e quindi l'amministrazione non compie alcuna valutazione o scelta a essa riservata nel merito⁵⁸. Ma tra atti dichiarativi ed atti vincolati vi sarebbe divergenza estensionale, nel senso che non tutti gli atti vincolati avrebbero efficacia dichiarativa, poiché alcuni avrebbero, invece, efficacia costitutiva. In breve le caratteristiche che Capaccioli rinviene negli atti vincolati (assenza della degradazione del diritto a interesse legittimo, giurisdizione del giudice ordinario, ecc.) sarebbero propri soltanto degli atti dichiarativi⁵⁹.

Il criterio di individuazione della certezza pubblica privilegia, invece, l'aspetto funzionale su quelli della struttura e dell'efficacia degli atti che realizzano il fine della certezza. Questa certezza è intesa da Fioritto in un significato più ampio di quello riferibile alle certezze pubbliche in senso stretto (facenti fede sino a querela di falso), abbracciando ogni manifestazione di attività giuridica (pubblica o privata) in grado di creare un legittimo

⁵⁷ *Op. cit.*, 154-5.

⁵⁸ *Disciplina del commercio*, cit., 362.

⁵⁹ Questa posizione si ispira alla tesi di Guido Corso, che fa leva su un'altra coppia di termini dicotomici, ossia dichiarazioni di volontà-dichiarazioni di giudizio, per negare che alle prime corrisponderebbero sempre effetti costitutivi ed alle seconde effetti dichiarativi, ma come sostengo nel testo è questa stessa distinzione a non essere a mio avviso convincente.

affidamento del cittadino in uno stato di cose od anche in un rapporto⁶⁰. Gli strumenti e le attività preordinate a tali certezze sono poi classificati secondo ulteriori criteri e suddivisi in cinque gruppi: attività d'ordine, di produzione e controllo delle pubblicità, di accertamento amministrativo, di accreditamento, di accertamento delle qualità⁶¹. I tratti comuni di tali attività riguarderebbero quattro elementi: la finalità di certezza, l'efficacia giuridica; il rapporto con le norme; il tipo di affidamento prodotto. Ai nostri fini interessano il secondo e terzo elemento. L'efficacia giuridica, aderendo all'idea di M.S. Giannini, sarebbe quella preclusiva consistente nella rimozione dell'incertezza relativa ai fatti cui accede, perdendo centralità la distinzione tra effetti dichiarativi e costitutivi⁶². Inoltre tali attività non comporterebbero mai valutazioni discrezionali, intese queste come comparazione di interessi⁶³.

Il criterio di individuazione più comprensivo è quello di accertamento secondo la definizione fornita da Bruno Tonoletti, che, assunto il punto di vista della struttura dell'attività, lo definisce come

momento specifico del processo di attuazione dell'ordinamento giuridico. In base a tale criterio sono individuabili come attività di accertamento in senso tecnico tutte quelle ipotesi in cui l'ordinamento renda giuridicamente rilevante, nell'ambito del processo di attuazione del diritto oggettivo, il momento di concretizzazione delle disposizioni normative⁶⁴.

È proprio l'assunzione di questo punto di vista, in luogo di quello dell'efficacia degli atti, che consente di allargare l'ambito di rilevanza della nozione, superando l'idea, invece sostenuta da Fioritto, secondo cui l'accertamento amministrativo è in funzione dell'incontrovertibilità delle situazioni soggettive ed è legato all'idea della certezza in senso tecnico, avendo come paradigma di riferimento le sentenze di mero accertamento⁶⁵. L'attività di

⁶⁰ Per fare un esempio l'autore vi include le autorizzazioni per il commercio dei prodotti (A. FIORITTO, *op. cit.*, 245 ss.)

⁶¹ Ho sommariamente elencato all'inizio del paragrafo le fattispecie che vengono incluse in ciascun gruppo.

⁶² A. FIORITTO, *op. cit.*, 346.

⁶³ A. FIORITTO, *op. cit.*, 110, 347.

⁶⁴ *Op. ult. cit.*, 89-90.

⁶⁵ Per queste considerazioni e le citazioni degli scritti di Giannini, v. B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit., 90, nota 2. Analoga è la posizione di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 432 ss., ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. II, Milano, 1997, 209-219, che ritiene effetto proprio dell'accertamento l'effetto preclusivo.

accertamento che l'amministrazione svolge nei casi in cui ciò sia previsto dalle norme, risponde, dunque, al fine di assicurare l'effettività dell'ordinamento giuridico in via preventiva rispetto all'insostituibile accertamento giudiziario, quando si ritenga

impossibile o inopportuno lasciare l'attuazione del diritto oggettivo allo spontaneo comportamento dei soggetti interessati⁶⁶.

Di qui si giunge a una *summa divisio* tra attività primaria dell'amministrazione (che corrisponde grossomodo a quella genuinamente discrezionale) ed attività secondaria (quella di accertamento), avente appunto la menzionata funzione sostitutiva della spontanea attuazione del diritto oggettivo da parte del soggetto interessato⁶⁷. Un'importante conseguenza di questa idea strutturale dell'accertamento è che il carattere sostitutivo dell'attività di accertamento viene ad abbracciare un vasto novero di situazioni-atto, comprendenti

sia gli strumenti di reazione *ex post* alle violazioni di norme primarie commesse dai cittadini, come le sanzioni amministrative e le misure ripristinatorie, sia gli strumenti di controllo preventivo della sussistenza dei requisiti per lo svolgimento di determinate attività ... Si intende, cioè, per sostitutiva un'attività giuridica che surroga i risultati pratici che astrattamente potrebbero essere assicurati anche attraverso lo spontaneo comportamento conforme alla legge degli interessati, in tal modo aderendo più alla concezione della secondarietà della giurisdizione espressa da Chiovenda che non a quella sostenuta da Calamandrei⁶⁸.

Questa nozione di accertamento, da un lato, si contrappone alla classificazione degli atti amministrativi che si fonda sulla loro efficacia, dall'altro lato, attraverserebbe orizzontalmente la distinzione tra attività vincolata, discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica⁶⁹. Su questo secondo aspetto il discorso potrebbe apparire nominalistico, ma si tratta di un'impressione che scompare a una più attenta analisi. Tonoletti sostiene che le tre note categorie citate sarebbero sempre state intese dalla scienza giuridica

⁶⁶ *Op. ult. cit.*, 93.

⁶⁷ Si tratta di quelle ipotesi «in cui all'amministrazione viene attribuita la gestione di strumenti giuridici che, pur non essendo preordinati a prevenire o risolvere controversie, sono direttamente sostitutivi della spontanea attuazione del diritto oggettivo da parte dei soggetti interessati».

⁶⁸ *Op. ult. cit.*, 95-96, nt. 12.

⁶⁹ Per una presentazione particolarmente efficace di questa classica tripartizione v. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 195.

come limiti più o meno intensi a un'attività di perseguimento di interessi pubblici altrimenti libera⁷⁰. La categoria della vincolatezza sarebbe quindi da respingere perché non darebbe conto della rilevanza della disciplina normativa materiale ed invece occorrerebbe proprio partire dall'esistenza e completezza o incompletezza della disciplina materiale⁷¹. Sul piano degli impegni teorici di fondo ho già sopra criticato – esattamente come fa Tonoletti – la dottrina dell'originarietà del potere amministrativo e la connessa idea secondo cui un'attività vincolata non sarebbe per questo concepibile. Tuttavia occorre anche notare che quando si scende sul piano delle disposizioni normative, trovandosi dinanzi a fattispecie complete o incomplete della “disciplina materiale”, il problema rimane pur sempre quello di definire il regime dell'atto nell'uno e nell'altro caso⁷². Ed infatti secondo l'autore i due estremi dell'attività vincolata e dell'attività discrezionale corrispondono rispettivamente alle due figure che vengono definite dell'accertamento autonomo e dell'accertamento strumentale⁷³. La discrezionalità tecnica, invece, viene considerata parassitaria dell'uno o dell'altro tipo di accertamen-

⁷⁰ Una variante di questo rilievo risiede nel criticare la convinzione dell'orientamento dominante nella scienza giuridica che nel diritto amministrativo non abbia rilevanza il carattere strumentale o materiale delle norme dirette all'amministrazione, considerate sempre di carattere strumentale, ossia come meri presupposti per la cura concreta dell'interesse pubblico mediante un provvedimento autoritativo (B. TONOLETTI, *op. cit.*, 110). Non posso che condividere questa osservazione che mi pare sia molto simile a una delle idee più ricorrenti nella presente indagine al cui centro si pone d'altronde la centralità delle regole costitutive che operano allo stesso modo nel diritto pubblico e nel privato. Sotto il profilo pratico l'idea contrastata da Tonoletti – quella cioè che considera la norma come mero limite del potere – potrebbe essere alla base, o condizionare, l'approccio della giurisprudenza che tende a confinare le ipotesi di atti vincolati a quelli in cui le norme disciplinano integralmente il comportamento, considerando molto spesso come casi di poteri discrezionali le ipotesi di vaghezza, senza che, tuttavia, questo esito sia reso esplicito e tematizzato (v. *infra*, sez. 3 e 4).

⁷¹ B. TONOLETTI, *op. cit.*, 99-111.

⁷² In altre parole sostenere che la struttura dell'accertamento, in quanto applicazione di norme, è alla base tanto dell'attività vincolata (in questo caso esaurendola) quanto dell'attività discrezionale che completerebbe la fattispecie incompleta, non riesce a spiegare realmente, né a esorcizzare, il momento di libertà implicito nel conferimento di un potere (v. *supra*, I.4.3.3). Si tratta, del resto, di un aspetto tra i più discussi dalla scienza giuridica. L'idea di Tonoletti sembra porsi sulla scia di quegli autori che hanno cercato di ricondurre anche l'attività discrezionale a un'attuazione di norme, alcuni dei quali giungono ad affermare che questa ha un carattere sostanzialmente vincolato. Così, in particolare, F. BASSI, *La norma interna*, cit., 264, nt. 152, con riferimento in particolare al vincolo sul merito costituito dal principio di buona amministrazione

⁷³ B. TONOLETTI, *op. cit.*, 107.

to, poiché quello che rileva è sempre l'indeterminatezza della descrizione normativa del fatto (v. *infra*, § 3.1.3).

La funzione autonoma di accertamento riguarda, dunque, la decisione di un caso applicando disposizioni preesistenti e questo, secondo quanto appena osservato, corrisponde alla cosiddetta attività vincolata. In questo ambito rientrano in pratica tutte le fattispecie che nei precedenti autori erano classificate, in base ai vari criteri, dichiarative, di certazione, di amministrazione attiva, in funzione di certezza, ecc.

Una ulteriore variabile considerata da Tonoletti è quella che egli chiama della determinatezza o indeterminatezza della fattispecie⁷⁴, tanto rispetto al predicato fattuale quanto rispetto al conseguente. Il punto importante è che l'indeterminatezza della fattispecie di per sé non pregiudicherebbe l'operare in via autonoma della struttura di accertamento. L'indeterminatezza viene definita come una vasta zona intermedia tra la determinatezza e l'incompiutezza delle discipline sostanziali. Oltre il confine della determinatezza stabilire se una disciplina normativa configuri funzioni autonome di accertamento o se invece attribuisca all'amministrazione il potere di compiere valutazioni concrete di interessi costituisce una complessa operazione interpretativa nella quale entrano in gioco molteplici fattori. L'incompiutezza si avrebbe però tipicamente nelle valutazioni di una "situazione d'insieme". L'autore ritiene che sia possibile disporre di un criterio per stabilire quando si rimane nell'ambito di un accertamento autonomo e quando si passi a una valutazione di interessi. In ogni caso, al di là del confine entro il quale la disciplina normativa è idonea, per la sua compiutezza, a essere commisurata direttamente alla realtà per trarne il criterio di decisione del caso concreto, la funzione amministrativa non può più ritenersi caratterizzata dall'accertamento.

2.3.2. *I criteri impiegati dalla giurisprudenza.* – Se passiamo a considerare l'approccio delle corti alla definizione degli atti vincolati, notiamo che le classificazioni operate dalla dottrina non vi trovano quasi alcuna udienza, mentre le categorie classificatorie perlopiù impiegate sono proprio quelle della tradizionale tripartizione discrezionalità, attività vincolata, discrezionalità tecnica, a eccezione di quei casi, in pratica limitati ad alcune fattispecie di atti che dichiarano una decadenza (tipicamente la decadenza di un permesso edilizio per decorso del termine di inizio o fine lavori), in cui si

⁷⁴ In effetti come visto nel primo capitolo sarebbe più appropriato parlare di vaghezza della norma che genera indeterminatezza nell'applicazione.

rinviene la categoria degli atti meramente dichiarativi.

In via molto generale, come è ampiamente noto, lasciato da parte il problema della giurisdizione, la individuazione del tipo di ‘potere’ esercitato dall’amministrazione serve al giudice amministrativo a stabilire i limiti del suo sindacato: a escludere, in linea di massima, l’eccesso di potere nel caso degli atti vincolati⁷⁵; a utilizzare, viceversa, le tecniche proprie dei vizi sintomatici nel caso della ‘discrezionalità tecnica’ in base a quella sostanziale riduzione dei giudizi tecnici al modello delle valutazioni discrezionali che costituisce una delle peculiarità dell’esperienza italiana.

Ciò detto non è possibile schematizzare il modo in cui avviene l’operazione preliminare consistente in tale individuazione del tipo di potere⁷⁶. L’esame della giurisprudenza sembra, peraltro, confermare che i casi in cui l’attività amministrativa viene considerata vincolata non sono affatto un’esigua minoranza. Se si aggiunge poi che la maggior parte degli altri casi sono o di ‘discrezionalità tecnica’ o di un tipo di discrezionalità discendente più dall’uso di concetti vaghi che non dalla necessità di ponderare interessi, ne viene fuori un quadro che sembra mettere in discussione la centralità delle ponderazioni di interessi nell’attività delle amministrazioni pubbliche, almeno per quella fetta, probabilmente oggi non preponderante, che cade sotto la lente delle corti⁷⁷.

Avendo riguardo all’atto vincolato, lo schema argomentativo principale è improntato alla ricerca di elementi in positivo che portino a giudicare inte-

⁷⁵ Peraltro non sempre, a volte facendosi valere il vizio di istruttoria.

⁷⁶ Operazione che oggi, come si vedrà al cap. VI, ha l’ulteriore funzione di verifica dell’applicabilità o meno dell’art. 21-*octies*.2, l. 241/1990.

⁷⁷ Esprimo questo giudizio sulla base di una ricerca, in corso di svolgimento, consistente nello spoglio di circa 3000 sentenze dei tribunali amministrativi regionali dall’anno 2000 al 2005, reperite utilizzando il motore di ricerca del sito della “giustizia amministrativa” e selezionate in base alla presenza della parola ‘discrezionalità’. Questa parola è stata scelta dopo vari tentativi avendo verificato che grazie a essa si è ragionevolmente certi di intercettare anche la maggior parte dei casi in cui la controversia riguarda atti vincolati, discrezionalità tecnica e/o concetti vaghi. Spero in futuro di potere dare conto in modo completo ed accurato dei risultati di questa indagine. Per ora, dopo una prima lettura del materiale, si sta pensando a come raggruppare le sentenze in categorie omogenee. Le informazioni che si vorrebbero trarne sono anzitutto quantitative, ma anche qualitative. Ad esempio vedere con quale frequenza le controversie involgono il sindacato di poteri discrezionali implica stabilire cosa i giudici trattino come discrezionalità. La prima impressione a esempio è che nella maggior parte dei casi la discrezionalità è riscontrata nell’applicazione di concetti vaghi e questo comporta una scelta circa l’estensione del concetto di potere discrezionale (v. inizio del § succ.).

gralmente disciplinata l'attività amministrativa. Si parla di svolgimento di una verifica, a volte di atto ricognitivo, dell'esistenza o meno dei requisiti previsti dalla legge, essendo richiesto il solo espletamento di accertamenti aventi a oggetto presupposti obiettivamente verificabili previsti dalla legge⁷⁸ o da altre fonti cui questa faccia rinvio⁷⁹.

Come accennavo in precedenza, frequentemente i giudici sembrano considerare come 'normale' l'ipotesi che l'amministrazione eserciti un potere di apprezzamento discrezionale ed eccezionale l'ipotesi dell'atto vincolato. Questa sorta di precomprensione sembra riscontrabile tutte le volte in cui si sottolinea che l'azione amministrativa non è riconducibile in una certa ipotesi al modulo della discrezionalità laddove risulti vincolata a parametri e criteri predeterminati⁸⁰ ovvero si pone in risalto la 'totale' assenza di mar-

⁷⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 393; Cass., sez. unite civ., 16 novembre 1998, n. 11546, in *Mass. giur. it.*, 1998; Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 1985, n. 247, in *Cons. Stato*, 1985, I, 605; Id., sez. IV, 11 luglio 1984, n. 539, in *Giur. it.*, 1985, III, 1, 5; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 10 luglio 2002, n. 4014; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 4 aprile 2002, n. 1868; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 11 dicembre 1986, n. 2330, in *T.A.R.*, 1986, I, 2963; T.A.R. Lombardia, Milano, 18 novembre 1981, n. 1399, in *T.A.R.*, 1982, I, 125; T.A.R. Umbria, 11 giugno 1980, n. 12, in *T.A.R.*, 1980, I, 3245; Cass., sez. V civ., 1 luglio 2003, n. 10357, in *Arch. civ.*, 2004, 697; Cass. civ., 11 maggio 1983, n. 3243, in *Mass. giur. it.*, 1983; T.A.R. Toscana, Sez. III, 18 dicembre 2001, n. 2025; Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2003, n. 6617; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 26 novembre 2002, n. 5145, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, 3751; Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2002, n. 5667; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 5069; Cons. Stato, sez. VI, 30 marzo 2004, n. 3484. Si v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 12 ottobre 2001, n. 4553; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 1 dicembre 1998, n. 2793, in *T.A.R.*, 1999, I, 495; T.A.R. Sardegna, 13 marzo 1998, n. 199, in *Rass. giur. farm.*, n. 46, 1998, 64; T.A.R. Toscana, sez. I, 3 novembre 1997, n. 475, in *T.A.R.*, 1998, I, 170; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 17 luglio 1995, n. 531, in *Foro amm.*, 1996, 1039; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 maggio 1995, n. 574, in *Foro amm.*, 1995, 2816; Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2002, n. 5667; Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2003, n. 7841; Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2004, n. 5223; Cons. Stato, sez. VI, 30 marzo 2004, n. 3484.

⁷⁹ Quali le risultanze progettuali laddove si debba determinare il contributo per il costo di costruzione, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 16 giugno 1996, n. 588, in *Foro amm.*, 1996, 1057.

⁸⁰ Si v. Cass., sez. unite civ., 1 aprile 2004, n. 6405, in *Mass. giur. it.*, 2004; Id., 18 marzo 2004, n. 5535, in *loco ult. cit.*; Id., sez. I, 2 ottobre 2003, n. 14698, in *Foro amm. CdS*, 2003, 2867; Id., sez. unite civ., 4 novembre 2002, n. 15439, in *Dir. e giust.*, n. 41, 2002, 66; Id., sez. V, 11 luglio 2002, n. 10104, in *Arch. civ.*, 2003, 584; Id., sez. unite civ., 10 maggio 2001, n. 182, in *Mass. giur. it.*, 2001; T.A.R. Friuli V. Giulia, 14 gennaio 1981, n. 8, in *T.A.R.*, 1981, I, 945; Cass., sez. I civ., 27 agosto 1998, n. 8535, in *Boll. trib.*, 1999, 1552; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 11 luglio 2002, n. 40. Con riguardo al vincolo derivante dal giu-

gini per autonome valutazioni da parte dell'amministrazione⁸¹. Potrebbe costituire una riprova dell'ipotizzata precomprensione il fatto che è molto raro imbattersi in decisioni che si occupino di definire il potere discrezionale e quando questo avviene in genere è per discriminare la discrezionalità pura dalla discrezionalità tecnica. Quando i giudici amministrativi si spingono a definizioni della discrezionalità lo fanno, insomma, per operare distinzioni interne a un'area già assegnata a quella delle valutazioni più o meno riservate all'amministrazione.

È altrettanto vero, però, che si incontrano anche molte decisioni in cui è l'affermazione circa la proprietà di un atto di essere vincolato che risulta semplicemente asserita, dando per scontato, evidentemente, che una determinata fattispecie richieda solo l'accertamento di requisiti o presupposti obiettivamente determinabili.

Occorre, inoltre, ricordare quell'orientamento che sembra individuare un'area di attività che si potrebbe dire 'particolarmente vincolata'. Come si ricorderà, nel caso *Dalprà v. Comune di Trento* il Consiglio di Stato ha ritenuto ininfluenza la mancata comunicazione di avvio del procedimento a condizione non soltanto che l'adozione del provvedimento sia vincolata per l'amministrazione, ma anche che non si presentino incertezze nel quadro normativo di riferimento. In questa decisione si fa anche riferimento al carattere dichiarativo di certi atti contrapposto al carattere costitutivo e, sebbene questo non abbia molto a che fare col tema della 'certezza' normativa, il Consiglio di Stato sembra ritenere che l'azione autenticamente vincolata, obbligatoria in tutto e per tutto, sia solo quella 'dichiarativa'. L'intento appare comunque esclusivamente quello di fornire una serie di istruzioni per circoscrivere la regola sull'irrelevanza dei vizi formali a pochi casi, più che quello di individuare una specifica classe di atti amministrativi. Ad ogni modo, come ho già notato nel capitolo terzo, è interessante sottolineare come il problema della determinatezza/indeterminatezza sia avvertito dalla giurisprudenza più attenta anche in rapporto alla cosiddetta attività vincolata.

Anche questa rapida analisi della giurisprudenza, oltre a mostrare la difficoltà di comporre un soddisfacente quadro di sintesi, conferma sia l'opportunità di stabilire un criterio più adeguato di descrizione dell'attività vinco-

dicato v. T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 21 maggio 2002, n. 2635; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 18 marzo 2002, n. 1512; T.A.R. Toscana, 13 aprile 1984, n. 193, in *T.A.R.*, 1984, I, 1742.

⁸¹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 1997, n. 67, in *Foro amm.*, 1997, 125; Id., sez. VI, 16 febbraio 1987, n. 93, in *Cons. Stato*, 1987, I, 113.

lata sia di prendere in considerazione in modo più diretto il problema del rapporto tra *standards* (nel senso di termini vaghi) e cosiddetta attività vincolata.

2.3.3. *L'accertamento autonomo*. – Ritornando ai criteri di analisi ricavabili dagli studi in precedenza esaminati per descrivere compiti amministrativi che non sembrano implicare vere e proprie scelte, l'accertamento si mostra il più interessante e proficuo, soprattutto perché appare come il più semplice ed intuitivo, limitandosi a rimettere al centro la fondamentale tecnica del fp-2.1, ossia il carattere della deducibilità di una regola, evitando di prendere in considerazione criteri funzionali e sostanzialistici come la certezza, del tutto estrinseci come quello del tipo di sindacato giudiziario (che costituisce comunque un *posterius*), o ambigui come il criterio dell'efficacia, utilizzato per indicare la proprietà di un atto di essere dichiarativo in contrapposizione alla proprietà di essere costitutivi che sarebbe predicabile di altri tipi di atti.

Proprio su quest'ultimo profilo, cui ho fatto cenno più volte nel corso della ricerca, mi sembra necessario spendere qualche ulteriore parola. L'opposizione concettuale di fondo riguarda, dunque, le proprietà della dichiaratività e della costitutività. Questa dicotomia può essere vista almeno da due punti di vista. Dal punto di vista del dibattito epistemologico sulla natura delle decisioni giudiziali⁸² e da quello della scienza giuridica, sostanziale e processuale. Ma su quale sia l'esatta nozione dei due termini isolatamente o in congiunzione tra loro non mi pare vi sia chiarezza. A me sembra che considerando 'costitutivo' e 'dichiarativo' come predicati di un atto giuridico (quindi come effetti di un atto, lasciando da parte i fatti in senso stretto) essi corrispondono agli effetti propri, rispettivamente, di un atto normativo e di un atto di accertamento. Se poi si vuol dire che anche gli atti di accertamento producono effetti (costitutivi), in quanto provocano (o meglio concorrono a provocare) "svolgimenti" di situazioni giuridiche⁸³, allora anche quelli che vengono considerati atti dichiarativi provocano un qualche mutamento di questo tipo.

Si tratta, in particolare di quegli effetti che Carlos Alchourron ed Emil Bulygin chiamano "effetti normativi secondari". Secondo questi autori

⁸² Su cui v. T. MAZZARESE, *Towards the Semantics of "Constitutive" in Judicial Reasoning*, in *Ratio Juris*, vol. 12, n. 3, 1999, 252 ss.

⁸³ P. GOTTI, *Gli atti amministrativi ...*, cit., 220 ss.

le decisioni dichiarative sono statuizioni della forma “il caso individuale *i* appartiene al caso generico *q*” o “*i* non appartiene a *q*”. Queste decisioni non contengono norme. Ma questo non significa che esse non possano avere effetti normativi ... Come tipico esempio di decisioni dichiarative possiamo menzionare quelle che dichiarano un divorzio o la validità di un testamento o la nullità di un contratto, la prescrizione di un’obbligazione, etc. Mentre i contenuti delle decisioni dichiarative sono statuizioni che ammettono (asseriscono) o rigettano (negano) una certa classificazione di un caso individuale, le decisioni normative contengono norme regolanti quello che deve o può essere fatto nel caso in questione. Perciò le decisioni normative hanno effetti normativi primari, a prescindere dai loro effetti normativi secondari⁸⁴.

Sebbene sembri banale dirlo, già parlare di efficacia (nel senso di ‘effetti giuridici’, ma anche nel senso che si dà al termine in filosofia e teoria del diritto) comporta necessariamente che avvenga qualcosa che prima non c’era. Così, se l’iscrizione a un albo professionale è un atto dichiarativo, è con l’iscrizione all’albo degli avvocati che si può validamente difendere un imputato dinanzi al tribunale ed essere soggetto di tutte le situazioni giuridiche relative allo *status* di avvocato. Dire, d’altro canto, del tutto correttamente, che in questo caso l’iscrizione si limita a ‘dichiarare’ (dopo avere accertato fatti di vario genere) effetti già completamente derivanti da regole preesistenti, mi sembra che implichi dire che un atto in tanto è costitutivo in quanto ponga regole prima non esistenti, ed è questa appunto l’accezione che ho sopra avanzato dell’opposizione costitutivo-dichiarativo come corrispondente a quella normativo-accertativo.

Quantunque non ne sia del tutto certo, mi pare che anche la nozione di efficacia dichiarativa elucidata da Angelo Falzea possa essere interpretata in questo senso. Infatti – per non violare il principio di non contraddizione – anche ai fatti cui si ascrive questa efficacia occorre ricollegare una qualche novità nell’universo giuridico⁸⁵. Questa novità però attiene a trasformazioni “interne” e non “esterne” delle situazioni giuridiche, riguardando “svolgimenti”

che incidono su una situazione giuridica senza mutarne il contenuto⁸⁶.

Analoghe considerazioni possono essere svolte guardando al versante processuale dell’opposizione dichiarativo *versus* costitutivo. Gli stessi Al-

⁸⁴ C.E. ALCHOURRON, E. BULYGIN, *Normative System*, cit., 149-50.

⁸⁵ A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 157.

⁸⁶ *Op. ult. cit.*, 158.

chourron e Bulygin, prendendo in considerazione la classica tripartizione dei tipi di sentenze di accoglimento come formulata da Giuseppe Chiovenda, criticano la distinzione tra sentenze di condanna, costitutive e di mero accertamento. Una delle obiezioni avanzate alla tesi chiovendiana ricalca quanto sopra osservato: se il criterio distintivo si fonda sul carattere logico della decisione (“*statement vs norm*”), allora le decisioni costitutive sembrano superflue, poiché differiscono da quelle dichiarative soltanto per via degli effetti normativi secondari, in altre parole non pongono norme. In questo senso sono entrambe “*declarative decisions*”⁸⁷. D’altra parte, dietro la questione del carattere logico della decisione del giudice, vi è il problema epistemologico prima evocato. Il più noto fautore del carattere costitutivo di ogni sentenza è Hans Kelsen⁸⁸, ma nella dottrina pura costitutività vale, al pari di quanto qui sostenuto, effetti normativi “primari”. Kelsen, in sostanza, sostiene che non possano darsi sentenze dichiarative per una ragione teorica di fondo, secondo cui ogni atto dello *Stufenbau* è allo stesso tempo applicazione e produzione. Si tratta di una tesi – che in questa ricerca non è stata accolta – che ai fini del discorso che si sta portando avanti può essere trascurata poiché non sposta i termini della questione. Quello che, peraltro, può notarsi è che la suddetta critica rivolta a Chiovenda da Alchourron e Bulygin, forse, in fondo, ha come vero bersaglio più questa nozione epistemologica di costitutività che quella dei processualisti. Lo stesso Chiovenda, infatti, quando parla delle sentenze costitutive, lo fa precisando che tutte le sentenze – anche quelle c.d. costitutive – sono dichiarative e che, quindi, non deve allarmare la presunta anomalia delle sentenze costitutive, perché l’efficacia costitutiva

dipende *dal diritto stesso che esse dichiarano*, il quale consiste nel potere giuridico dell’attore di produrre un effetto giuridico *mediante sentenza di giudice*⁸⁹.

Si tratta di quei diritti potestativi a necessario accertamento giudiziale di cui si è molto occupata la dottrina, che sono, tuttavia, assai difficili da distinguere dai diritti potestativi *tout court*. Secondo la tesi di Andrea Proto Pisani⁹⁰, cui aderisco completamente, in realtà i casi di genuine azioni costitutive potrebbero aversi soltanto nelle ipotesi in cui l’effetto sostanziale derivante dall’esercizio del diritto potestativo non sia ottenibile per via di autonomia privata

⁸⁷ C.E. ALCHOURRON, E. BULYGIN, *op. cit.*, 150.

⁸⁸ H. KELSEN, *General Theory ...*, cit., 137.

⁸⁹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, II ed. rist. an., Napoli, 1965, 169, corsivi dell’autore.

⁹⁰ *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 87-96.

(crisi di cooperazione). In tutte le altre ipotesi la funzione del processo rimane quella di assicurare al titolare del diritto ‘tutto quello e proprio quello che gli è garantito dal diritto sostanziale’. In base a questo criterio le ipotesi di azioni costitutive si riducono soltanto a quelle in materia di rapporti di filiazione, di nullità del matrimonio, di divorzio, ecc., poiché gli effetti sostanziali non sono mai, in queste ipotesi, ottenibili per via di autonomia privata. Ma si tratta di

ipotesi assolutamente eccezionali le quali si pongono ai margini se non addirittura fuori della giurisdizione contenziosa⁹¹.

Questa opinione era stata sostenuta già da Donato Donati⁹², il quale ritiene i casi riconducibili (ovviamente sotto la vigenza del precedente codice civile) alle c.d. sentenze costitutive

casi di esplicazione di attività amministrativa⁹³.

Mi pare, in fin dei conti, che – quantomeno ai nostri fini – la dicotomia costitutivo-dichiarativo possa dare luogo a equivoci, e sia preferibile utilizzare la distinzione tra decisioni dichiarative e decisioni normative oppure, ancor meglio, tra attività di accertamento ed attività normativa. In definitiva, quanto a costitutivo-dichiarativo, se si sposta l’accento sul carattere dichiarativo questo sembra implicare che gli atti dichiarativi non producano effetti giuridici in senso vero e proprio, se si sposta l’accento sul carattere costitutivo, allora rimane in ombra il fatto che gli atti di cui si discorre non producono ‘effetti normativi primari’.

Il termine accertamento autonomo è, dunque, sicuramente più esplicativo e preciso dell’espressione atti dichiarativi, ma anche della stessa locuzione attività vincolata.

Come si è visto, peraltro, il problema che si è andato via via isolando è quello della vaghezza/indeterminatezza delle regole, rispetto al quale forse Tonoletti si mostra un po’ troppo fiducioso sulla possibilità di ricondurre a tecniche interpretative e non a scelte le relative operazioni applicative. Proprio il tema dell’indeterminatezza, che per Tonoletti riguarda l’impiego di concetti vaghi (a esempio il concetto di “sana e prudente gestione” nelle autorizzazioni delle attività bancarie) apre un problema di fondo che segna uno dei limiti tra le categorie. L’idea dell’autore è peraltro di evidente

⁹¹ *Op. ult. cit.*, 95.

⁹² *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*, cit., 214-221.

⁹³ D. DONATI, *op. cit.*, 215.

interesse per l'indagine, poiché, come si è visto, consente di mantenere in piedi la "struttura di accertamento" anche in presenza di vaghezza degli enunciati normativi.

La questione fondamentale, evocata sin dal primo capitolo e richiamata all'inizio del presente, in altre parole, è quella di stabilire se si può parlare di provvedimento vincolato in ogni caso di accertamento autonomo oppure se (in generale o ai soli fini dell'applicazione dell'art. 21-*octies*) occorre dire che un provvedimento vincolato è quello che si limita ad applicare la regola in un caso chiaro. Anticipo che una risposta certa a questa domanda (che richiede 'impegni' teorici) non credo possa essere fornita.

Il tema della vaghezza chiama, peraltro, in causa, anche in base alla posizione della giurisprudenza, il classico problema dei concetti imprecisi e delle valutazioni di carattere tecnico, da sempre intrecciati nel diritto amministrativo. Del monumentale dibattito su questo tema toccherò nei prossimi due paragrafi solo alcuni punti che mi paiono più rilevanti per il discorso che sto portando avanti, rinunciando in partenza a dare conto esaustivamente delle molte posizioni della scienza giuridica⁹⁴.

L'ipotesi che vorrei provare a percorrere è relativa alla possibilità di ricondurre tutta l'attività amministrativa al dualismo accertamento autonomo-attività normativa (discrezionale) – che verrebbe evidentemente a corrispondere alla dicotomia tra strategia decisionale secondo le regole e strategia decisionale secondo la funzione (che se non erro è poi la tesi di Tonoletti) – la quale implica che la tecnica sia, come detto, meramente parassitaria ora dell'una ora dell'altra.

3. I tipi di valutazione amministrativa

3.1. Discrezionalità tecnica e norme imprecise

Per avviare il discorso vorrei menzionare due casi che sembrano rappresentativi di alcuni dei principali argomenti e ragionamenti giudiziari in questo settore.

Il primo caso è relativo all'impugnativa di un diniego del rinnovo della licenza di porto di fucile per uso caccia in cui il ricorrente lamenta la violazione degli art. 11 e 43 T.U. 18 giugno 1931, n. 773 (T.U.L.P.S.) per erronea

⁹⁴ D'altronde non mancano studi anche recenti – alcuni dei quali saranno indicati più avanti – che adempiono ottimamente a questo scopo.

valutazione da parte dell'autorità di pubblica sicurezza degli elementi negativi a carico del richiedente (denunce penali a carico del ricorrente e del padre), comunque superati dalle intervenute assoluzioni in sede penale⁹⁵. Il Tribunale, per risolvere la controversia, enuncia i 'principi' che regolano la materia del porto di armi da fuoco riconducibili ai seguenti due: la discrezionalità delle valutazioni attribuite all'autorità di pubblica sicurezza e l'autonomia di queste valutazioni rispetto all'eventuale esito di procedimenti penali. In particolare, richiamandosi agli orientamenti in tema di revoca della licenza di porto d'armi, viene ritenuto oggetto di una valutazione "ampiamente discrezionale" il giudizio di affidabilità circa l'uso delle armi, previsto dalle suddette disposizione del T.U.L.P.S., sottratto, in quanto tale, al sindacato del giudice in sede di legittimità, a meno che non se ne dimostri la macroscopica illogicità. Si precisa in particolare che il potere conferito all'autorità di pubblica sicurezza non è limitato all'accertamento della sussistenza di requisiti, essendo finalizzato a garantire la piena tutela della sicurezza pubblica e dei singoli, nonché dell'ordine pubblico in generale.

Il secondo caso è relativo al diniego della concessione della cittadinanza italiana richiesta ai sensi dell'art. 9, lett. f), l. 91/1992⁹⁶. Anche in questo caso il Tribunale ne presuppone, sulla scorta di una lunga tradizione, la natura ampiamente discrezionale, che riguarderebbe la valutazione circa l'esistenza di un'avvenuta integrazione dello straniero in Italia, tale da poterne affermare la compiuta appartenenza alla comunità nazionale.

Gli esempi potrebbero continuare, ma lo schema del ragionamento non muterebbe. Questo schema consiste nel rinvenire un potere discrezionale (a volte definito 'ampio') dinanzi a una norma imprecisa (*standard*), senza che questa asserzione sia quasi mai fatta oggetto di problematizzazione⁹⁷.

Dinanzi a concetti come 'affidabilità' o 'avvenuta integrazione dello straniero', i giudici amministrativi ritengono quindi di trovarsi dinanzi a casi di genuina discrezionalità. Vi sono, però, molti altri casi in cui dinanzi a altri *standards*, come a esempio quelli relativi alla 'posizione dominante di una impresa nel mercato' o quelli relativi all''idoneità psico-fisica' di chi par-

⁹⁵ T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 24 giugno 2004, n. 2107.

⁹⁶ T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 11 maggio 2004, n. 813.

⁹⁷ Si tratta di classi di fattispecie oggetto di una lunga tradizione interpretativa, al cui centro si pone il richiamo nella norma a valori in senso lato morali ("buona condotta", "qualità morali e di carattere", ecc.). V. a esempio Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 1950, n. 19, che ritiene pienamente discrezionale il giudizio sulle qualità morali e caratteriali del dipendente pubblico contenuto nelle 'note di qualifica'.

tecipa a un concorso per un impiego presso la pubblica amministrazione, si parla non di discrezionalità, più o meno ampia, ma di un giudizio tecnico-discrezionale, basato sia sul previo accertamento dei fatti presupposti, sia sull'applicazione di regole tratte dalle scienze economiche⁹⁸ o mediche⁹⁹. Anche qui, evidentemente, gli esempi potrebbero moltiplicarsi, si pensi a concetti come 'attitudine professionale', 'pericolo per la salute', ecc.

Le domande che si pongono sono tutte conosciute ed oggetto di un intenso e secolare dibattito. Vi è differenza tra i due gruppi di casi? È esatto che nel primo caso l'amministrazione avrebbe un potere discrezionale, mentre nel secondo 'si limiterebbe' a emettere un giudizio, accertamento o apprezzamento tecnico-discrezionale? Ed ancora, è corretto trattare allo stesso modo i due gruppi di casi se essi sono diversi? Sono poi trattati in modo effettivamente diverso dai giudici?

Un primo modo di affrontare la questione è quello di osservare che i due gruppi di casi sono effettivamente dissimili. Nel primo gruppo saremmo in presenza di concetti vaghi o elastici che richiedono un qualche genere di apprezzamento, nel secondo gruppo di un rinvio a giudizi più strettamente tecnici. Che questa distinzione possa avere a sua volta una zona di frangia in questo momento può essere lasciato da parte. Facendo però riferimento alla ben nota categoria degli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, nella secolare e sofferta elaborazione della scienza giuridica tedesca¹⁰⁰, sembrerebbe non essersi in presenza di cose strutturalmente diverse, in quanto i concetti tecnici costituiscono un sottoinsieme dei concetti indeterminati (vaghi)¹⁰¹. Come si spiega, allora, la suddetta differenziazione? Uno degli obiettivi di questa ultima parte del presente capitolo è di fornire una risposta a questa domanda.

Si afferma che in altri ordinamenti

il fenomeno che nella nostra esperienza passa sotto il nome di discrezionalità tecnica ... si è replicato in condizioni pressoché uguali in altri ordinamenti ... In essi però ha assunto un'etichetta diversa, perché si è parlato di controllo giudiziale sui concetti giuridici indeterminati¹⁰².

⁹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156.

⁹⁹ Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2005, n. 3929.

¹⁰⁰ Su cui v. M. STOLLEIS, *A History of Public Law in Germany, 1914-1945*, Oxford, 2004, 209 ss.

¹⁰¹ G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, 137.

¹⁰² F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, 97.

In effetti tali concetti imprecisi riguardano fattispecie eterogenee. Il tratto comune, nell'esperienza tedesca, è dato dal fatto che si tratta dell'impiego di termini caratterizzati da vaghezza semantica, o da vaghezza unita a qualche profilo d'incertezza in ordine al reperimento dei parametri (a volte relativi a giudizi di valore altre volte a valutazioni tecniche o scientifiche) da impiegare in sede di applicazione, comunque reperibili nel predicato fattuale di una disposizione normativa. Una ulteriore fonte di imprecisione, che si aggiunge alle altre, deriva dai cosiddetti *Prognosebegriffe*, che richiedono la previsione di eventi futuri, come a esempio nelle fattispecie di pericolo.

Tutto ciò che attiene al predicato fattuale, ancorché incorporante concetti vaghi o rinvio a conoscenze tecniche, è in linea di principio concepibile come questione interpretativa e di accertamento di presupposti legali. Nell'identificazione dei tre momenti logici dell'azione amministrativa – interpretazione e determinazione del *Tatbestand*, applicazione dei concetti così ricavati ai fatti del caso, ed apprezzamento e determinazione di determinati effetti giuridici (*Rechtsfolge*) – soltanto quest'ultimo, riguardante il conseguente della norma, si ritiene possa avere riguardo alla discrezionalità amministrativa¹⁰³. I primi due momenti atterrebbero a tipiche manifestazioni della 'giurisdizione'.

Cosicché, in qualche misura, è il punto di partenza a essere inverso rispetto all'esperienza italiana: non è infatti che non si pongano problemi di *Beurteilungsspielraum* (margine riservato di valutazione), ma si tratterebbe di eccezioni rispetto alla regola della sindacabilità dell'operazione di riempimento effettuata dall'amministrazione, laddove storicamente il punto di partenza del giudice amministrativo italiano, attraverso la c.d. discrezionalità tecnica, è l'insindacabilità¹⁰⁴.

¹⁰³ Di recente v. in tema Y. ARAI-TAKAHASHI, *Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited*, in *European Public Law*, n. 6, 2000, 73-74.

¹⁰⁴ Sulle ragioni storico-ideologiche che portarono a configurare il controllo giudiziario sull'amministrazione come controllo "dimidiato" v. ora F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 59. Sulla spiegazione dogmatica che portò, sin dall'inizio del '900, ad assimilare l'area dei giudizi tecnici a quella dei giudizi di opportunità come veicolo dell'opzione di politica del diritto contraria alla sindacabilità delle valutazioni tecniche, v. G. PARODI, *op. cit.*, 29-35. Sulla vicenda storico-dogmatica della "discrezionalità tecnica" v. anche C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cap. I, Milano, 1985.

Una delle critiche più largamente condivise dalla scienza del diritto amministrativo è la improprietà, o inopportunità, definitoria della nozione di discrezionalità tecnica. V. a esempio già M.S. GIANNINI, *Potere discrezionale ... cit.*, 42 ss., 70 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa*, cit., 476, che considera l'uso del termine un espe-

Che i due percorsi possano trovare alla fine un punto di incontro sotto il profilo pratico non è implausibile, anche perché negli ultimi tempi i giudici amministrativi sembrano aver messo in discussione il postulato di partenza, che sin dalla denominazione prescelta, tradiva – all’opposto appunto dell’elaborazione germanica – l’assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità. Che si sia pervenuti a un completo ribaltamento del postulato iniziale, invece, sarebbe probabilmente azzardato affermare, anche se è stato ritenuto che si assiste a una tendenza

a staccare la discrezionalità tecnica dalla categoria della discrezionalità amministrativa [ponendo] la questione della sindacabilità delle valutazioni tecniche in termini autonomi¹⁰⁵.

Un altro punto che può dirsi caratteristico nella tradizione dei paesi tedeschi riguarda la distinzione tra le suddette ipotesi e la ‘discrezionalità pura’, affermandosi che la discrezionalità deve essere espressamente attribuita dal legislatore in modo non equivoco¹⁰⁶. Un’autorizzazione esplicita dovrebbe essere riconosciuta nell’uso di forme verbali come ‘può’, ‘è abilitata a’, ecc., o più in generale da un’interpretazione del senso complessivo della disposizione che non lasci dubbi sull’attribuzione di un potere discrezionale¹⁰⁷. La massima espressione di questa tendenza si ebbe nel secondo dopoguerra quando la critica all’impiego dei concetti giuridici indeterminati come “fattispecie miste”, e quindi considerate espressione di un inammissibile sincretismo tra conferimento di un potere discrezionale e fissazione di una regola di condotta, portò, estremizzando la celebre critica di Fiedrich Tezner alle tesi di Edmund Bernatzik, all’affermazione dell’idea di

diente per comprimere la conoscibilità dell’azione amministrativa che si «estrinseca in una mera attuazione della legge».

È stato osservato da G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica*, cit., 139-0, che il diverso punto di partenza della giurisprudenza tedesca consentirebbe di spiegare l’attribuzione di poteri riservati di apprezzamento all’amministrazione anche in quei casi di ‘giudizi morali’ ricordati all’inizio del paragrafo, senza necessità di fare ricorso a categorie ingombranti come quella della discrezionalità, ma semplicemente adducendo argomenti pratici, legati alla particolarità della fattispecie che consiglia di derogare alla regola generale della sindacabilità.

¹⁰⁵ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo* ..., cit., 99.

¹⁰⁶ H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., Munchen, 2002, § 7, Rn. 23.

¹⁰⁷ In tema v. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa*, cit., 475, secondo il quale per stabilire se il contenuto di un potere attribuito dalla legge a un’autorità amministrativa sia o meno discrezionale occorre guardare alla norma e attraverso la sua interpretazione stabilire se essa ha inteso attribuire in quella specifica fattispecie il potere di scelta dei mezzi, dei modi, ecc. in ordine alla cura concreta dell’interesse pubblico.

un'amministrazione-giudice¹⁰⁸. Queste posizioni della scienza giuridica influenzerono la svolta della giurisprudenza al principio degli anni '60 tanto in Germania come in Austria che portò allo schema di sindacato di cui si è detto poco sopra¹⁰⁹.

Naturalmente, al di là di queste posizioni estreme, non è quasi mai agevole riscontrare la differenza tra *Ermessensermächtigung* e *unbestimmte Rechtsbegriffe*. E così si avvia quell'

estenuante dibattito sulla conoscibilità e controllabilità giurisdizionale delle decisioni amministrative relative ai concetti giuridici indeterminati¹¹⁰

che spazia tra piena sindacabilità, spazio autonomo di valutazione per l'amministrazione e discrezionalità¹¹¹.

Come notò Franco Ledda¹¹², nello storico dibattito della scienza giuridica tedesca, il cui asse era costituito dal confronto discrezionalità-concretizzazione dei concetti legislativi imprecisi, non si avverte un particolare interesse per le questioni relative al rapporto tra il diritto e la tecnica, che invece in Italia ha assorbito la maggior parte delle energie della scienza giuridica e della giurisprudenza. E tuttavia i contributi in materia sino ai nostri giorni tengono sempre conto della connessione tra i due profili, che del resto è in parte resa necessaria dal fare i conti con la categoria della discrezionalità tecnica che sembra sovrapporsi in tutto o in parte con l'area concettuale ed operativa della concretizzazione delle norme imprecise. Come già notato quello che ne rimane fuori (si vedano i casi riportati in apertura) è però dalle corti italiane ricondotto senz'altro alla discrezionalità, qui mostrando un sensibile distacco rispetto all'impostazione tedesca.

Soprattutto a partire dagli anni ottanta del secolo scorso si riaccese in Italia un intenso dibattito scientifico, ancora in corso, sul sindacato giudiziario

¹⁰⁸ Su ciò v. S. COGNETTI, *Profili sostanziali ...*, cit., rispettivamente 246 ss.; 200 ss., 69 ss. Tra i maggiori fautori della critica all'uso legislativo di concetti imprecisi, ma anche all'atteggiamento di *restraint* delle corti nel sindacare la 'concretizzazione' dei concetti indeterminati da parte dell'amministrazione, si ricorda C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht*, Bd. 6, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, Monaco, 1955, 309 ss. Su tali vicende v. anche D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa ...*, cit., 45 ss.

¹⁰⁹ V. S. COGNETTI, *op. cit.*, 256 ss.

¹¹⁰ C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa. Germania-Austria-Italia*, Trento, 2004, 18.

¹¹¹ Vedi di recente la ricostruzione di C. FRAENKEL-HAEBERLE, *op. cit.*, 13-45.

¹¹² *Potere, tecnica*, cit., 394 ss.

inerente alla discrezionalità tecnica. Oggetto del dibattito è in particolare il modello (la spiegazione) del sindacato limitato sulla discrezionalità tecnica, che diversi studiosi sottopongono a critica, la quale si fonda, in estrema sintesi, sull'assorbimento delle valutazioni tecniche in questioni riguardanti il "merito amministrativo"¹¹³.

Tra due paragrafi mi soffermerò brevemente in modo specifico sul profilo delle questioni tecniche. Qui vorrei notare come la scienza giuridica nell'ambito del dibattito sulla discrezionalità tecnica si sia schierata in prevalenza contro la posizione della giurisprudenza avanzando due ordini di considerazioni ritenute strettamente connesse, quelle relative alla necessità di un pieno accesso del giudice amministrativo al fatto e quelle relative alla necessità di escludere che le norme imprecise possano giustificare il sorgere di valutazioni riservate all'amministrazione. Non è agevole separare i due ordini di considerazioni, spesso si tratta semplicemente di scelte argomentative e giustificative dei discorsi dogmatici di porre l'accento più su l'un aspetto che sull'altro, che appaiono come due facce di una stessa moneta¹¹⁴.

Gli esatti termini del problema sono ricostruiti a esempio da Vincenzo Cerulli¹¹⁵ partendo dallo studio di Franco Levi sull'attività conoscitiva, il quale, riprendendo in qualche modo la distinzione di Cammeo, separa i fatti previsti con esattezza dal legislatore da quelli previsti in modo impreciso, e quindi pone l'accento sul carattere preciso o impreciso delle relative fattispecie per discriminare tra attività vincolata ed attività discrezionale¹¹⁶. Proprio dal rifiuto della preclusione per il giudice amministrativo di accedere alla ricostruzione dei fatti complessi, prende le mosse la tesi di Cerulli Irelli che tende a ricondurre alla violazione di legge, e non all'eccesso di potere, l'errore di accertamento e di apprezzamento del fatto complesso¹¹⁷.

¹¹³ Ricostruisce i termini fondamentali del dibattito fornendo le necessarie indicazioni della letteratura G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica*, cit., 35 ss. Tra i partecipanti a questo dibattito si ricordano L. Benvenuti, Cerulli Irelli, Ledda, Marzuoli, Ottaviano, Vacirca.

¹¹⁴ Separa questi due momenti prefigurando due diverse tesi – definite rispettivamente della insindacabilità obbiettiva e subiettiva – N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, cap. IV e cap. V.

¹¹⁵ V. CERULLI IRELLI, *Note ...*, cit., 500.

¹¹⁶ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Torino, 1967, spec. 267 ss.

¹¹⁷ V. CERULLI IRELLI, *Note...*, cit., 510. Il sindacato sarà di legittimità (con riferimento all'eccesso di potere) quando le valutazioni tecniche non sono richieste dalla legge ma sono emerse come necessarie in relazione ai fatti acquisiti nella fase istruttoria che precede la decisione discrezionale (p. 468). Similmente F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*

Ma diversi e significativi sono i contributi degli studiosi che accentuano soprattutto l'esigenza di evitare l'assimilazione tra concetti giuridici indeterminati e discrezionalità dell'amministrazione¹¹⁸.

sull'amministrazione pubblica, cit., 437, ritiene non dipendere dalla circostanza che l'operazione tecnica conduca a un giudizio di certezza o probabilità il classificare il vizio come violazione di legge o eccesso di potere, ritenendo non essenziale peraltro questo problema rispetto all'esigenza che il sindacato non si risolva soltanto nel controllo estrinseco di logicità. Insiste sulla necessità di separare l'esatta qualificazione dei fatti – il loro accertamento – che può anche comportare valutazioni, che consente un sindacato diretto del giudice, dal vero e proprio momento decisionale, su cui si svolge il sindacato indiretto, N. PAOLANTONIO, *Il sindacato...*, cit., 341.

A difesa del sindacato indiretto intervenne V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Amministrazione e garanzie, Milano, 1987, 433 ss. Anche C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., *passim*, con argomenti originali – su cui v. *infra*, nel testo – si schierò a favore dell'apprezzamento tecnico riservato.

A proposito delle tesi dogmatiche critiche del sindacato indiretto, mi pare utile richiamare l'osservazione di G. PARODI, *Tecnica, ragione ...*, cit., 41-2, nt. 53, secondo cui nessuno degli autori ricorre ad argomenti di politica del diritto ovvero basati su «calcoli di utilità e sull'adozione del rapporto mezzo/fine» (v. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1961, 242). L'argomento dogmatico fondamentale si basa sull'autorità della ricostruzione gianniniana del potere discrezionale come potere originale e non derivato e sul controllo secondo cui le operazioni tecniche non rientrano nel merito amministrativo. Ma, come osserva Parodi, si tratta di definizioni stipulative, non accolte da chi ritiene, al contrario, che nel merito possano rientrare tanto valutazioni tecniche quanto politiche (v. più avanti § 4.1 a proposito della tesi di D. Sorace).

¹¹⁸ V. a esempio G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere ...*, cit., 347, che fa leva sull'argomento della pervasività dell'interpretazione, criticato nel primo capitolo (I.1.4.3.1), per sostenere che «la discrezionalità non può trovare il suo fondamento nella distinzione tra concetti determinati ed indeterminati; non foss'altro perché ... tutte le norme possono dirsi indeterminate, nel senso che tutte sono soggette a un'opera di chiarificazione, ma questo compito è dell'interpretazione». Mi sembra interessante sottolineare a questo proposito la critica operata da N. PAOLANTONIO, *Il sindacato ...*, cit., 220, nt. 7, alla tesi secondo cui l'opinabilità del fatto legata all'imprecisione della norma può esser colmata soltanto con giudizi soggettivi, poiché mostra assai bene il carattere prescrittivo dell'argomento. Secondo l'autore il momento applicativo non sarebbe esterno all'operazione interpretativa (ma v. quanto sostenuto a questo proposito nel primo capitolo), «costituendone un insopprimibile aspetto costitutivo». Quindi il grado di «ricorrenza di un fatto può essere anche opinabile nella realtà ...», ma siffatta opinabilità, proprio perché desumibile dalla descrizione vaga contenuta nella fattispecie normativa, non rileva su un piano meramente astratto, perché è la stessa norma che, se ed in quanto debba ricevere concreta applicazione, esige che nella singola vicenda di esercizio del potere l'operatore giuridico sia in grado di attribuire alla espressione vaga uno ed un solo significato in corrispondenza di quel o di quei fatti idonei a rendere comprensibile l'indicazione astratta suggerita dal legislatore». Visto che non si vede come una 'norma' possa 'esigere' da un operatore di attribuire a essa un significato che non

All'interno di una trama argomentativa che pone su un piede di parità l'amministrazione, ancorché munita di un potere, ed il cittadino, partendo dal carattere ipotetico di ogni modalità giuridica (che deve, cioè, essere confermata dal giudizio¹¹⁹, Andrea Orsi Battaglini ritiene che una posizione di sovraordinazione dell'amministrazione non potrebbe venire a dipendere dal grado di determinazione con cui le norme definiscono la fattispecie¹²⁰:

il ricorso a clausole generali o a concetti indeterminati non significa, infatti, in alcun modo, che al titolare del potere risulti attribuita la possibilità di disporre autonomamente dell'interesse contrapposto, ma vale soltanto ad ampliare lo spazio interpretativo del giudice, restando immutata la posizione di parità rispetto all'ordinamento (inteso come comprensivo del *continuum* legge-giudice)¹²¹.

Precisa l'autore che la disponibilità degli interessi in gioco può darsi soltanto ove manchi la legge, vale a dire nella libertà del soggetto privato e nel merito delle decisioni dei soggetti pubblici. Come è evidente da quest'ultimo passaggio, anche per Orsi Battaglini le clausole generali non sono momenti in cui "manchi la legge" e ci si debba consegnare, dunque, alla decisione di qualcuno: il che non può che significare, anche in questo caso, riporre fiducia nella possibilità che a partire da un enunciato vago si pervenga in qualche modo – attraverso l'interpretazione – a una soluzione 'prevista dalla norma'. Anche in questo caso, pertanto, sebbene si sottolinei l'importanza della presenza del giudice sullo sfondo, la tenuta del modello è consegnata alle risorse dell'attività interpretativa, e si sottovalutano i problemi della vaghezza¹²².

trapela dal testo, l'argomento si risolve nel prescrivere all'agente un compito che egli non potrà che assolvere mediante proprie riformulazioni soggettive. Esattamente quello che dice C. MARZUOLI, *Potere amministrativo ...*, cit., 154 ss., che è il bersaglio della critica di Paolantonio.

¹¹⁹ V. quanto osservato *supra*, II.1.4.1, II, 1.4.2.

¹²⁰ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., 119-0.

¹²¹ *Op. ult. cit.*, 120.

¹²² In uno studio recente, P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, 166, cerca di tenere conto sia dell'esigenza di non accentuare troppo il carattere 'giuridico' dei concetti vaghi, tendendo a ricondurre entro un qualche margine di apprezzamento le valutazioni tecniche, sia di spostare l'attenzione sulla situazione soggettiva del privato per stabilire l'intensità del sindacato giudiziario (p. 183 ss.). La soluzione di partire dai diritti piuttosto che dai poteri è sempre attraente perché sembra rispondere a un senso intuitivo di giustizia. Senonché, a parte qualche situazione molto particolare in cui anche in passato si è riconosciuto che qualche diritto specialmente protetto (a esempio il diritto alla salute) incontra una protezione assoluta nella Costituzione, il problema è che – come si è visto nel secondo capitolo – il vocabolario dei diritti è interamente traducibile nel vocabolario delle modalità deontiche e quindi dire 'ho un diritto' significa dire che c'è qualcuno che ha un obbligo

Una posizione per certi versi analoga è quella espressa da Aldo Travi, il quale in alcuni scritti recenti, sottolinea come non può essere d'ostacolo alla cognizione del giudizio tecnico da parte del giudice amministrativo la cosiddetta indeterminatezza della norma¹²³. L'argomento principale impiegato dall'autore per negare che il carattere indeterminato della norma possa costituire un ostacolo al pieno sindacato giudiziario dell'operazione di concretizzazione è per così dire comparatistico, riferendosi all'orientamento della Cassazione favorevole a un ampio sindacato sui concetti giuridici indeterminati operato attraverso la costruzione di "standards valutativi"¹²⁴.

Una interessante ricerca ha mostrato che la Cassazione è pervenuta in proposito a un sindacato notevolmente penetrante¹²⁵. La giurisprudenza precedente, invece, considerava tali ipotesi tra le questioni di fatto, quindi insindacabili dalla Cassazione, in quanto frutto di valutazioni non strettamente giuridiche (dipendenti dal grado e dal tipo di indeterminatezza della norma). Secondo questo più recente orientamento il giudizio di valore necessario a

nei miei confronti. Occorre quindi guardare alla struttura della fattispecie normativa. Ed in effetti è quello che questo autore fa, riallacciandosi alla idea capaccioliana, poi ripresa da A. PROTO PISANI, *Appunti sulla c.d. tutela costitutiva e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali*, cit., 61 ss., delle sequenze norma-fatto-effetto e norma-potere amministrativo-effetto. È chiaro quello che poi se ne fa conseguire sul piano delle tecniche di sindacato giudiziario, 'forti' nel primo caso, 'deboli' nel secondo. A parte che a mio avviso (ma questo è un altro problema) le due sequenze dovrebbero segnare i limiti tra le giurisdizioni, il fatto è che il problema delle norme imprecise è così soltanto eluso. Insomma la tesi perfettamente condivisibile della differenza sostanziale tra le dette sequenze, è quella cui mi sono arrestato nel capitolo terzo di questo libro e quindi si può dire che essa è proprio il punto di partenza del problema che sto cercando di isolare in questo capitolo. In effetti, la conclusione dell'autore si ricollega in qualche misura alla premessa, optando per valorizzare l'apporto soggettivo (volontario) dell'autorità, che però dipende proprio dalla incompletezza della fattispecie (cosa che invece l'autore sembra negare), altrimenti non si capirebbe donde deriva l'esigenza di questo apporto volontario dell'autorità (p. 294).

¹²³ A. TRAVI, *Il giudizio amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 458, nt. 46.

¹²⁴ A. TRAVI, *Recensione a Ernesto Fabiani, Clausole generali e sindacato della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 663 ss. La critica fondamentale dell'autore è forse riassunta in questa riflessione: «se si esamina lo stato del dibattito sulla cosiddetta discrezionalità tecnica, ancora oggi appare scontata la separatezza fra la norma che contiene concetti 'indeterminati' e la realtà materiale su cui deve operare l'amministrazione; di conseguenza la qualificazione giuridica del fatto risulta sempre lontana dal problema giuridico. Non si colgono mediazioni giuridiche tra i due piani; le norme sono veramente astratte e la concretezza può predicarsi solo dell'azione amministrativa, che diviene così in più ampia misura azione 'libera' da vincoli giuridici» (p. 673).

¹²⁵ E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003, spec. 17-126.

integrare una norma “elastica” è frutto di un’attività di interpretazione prettamente giuridica. I casi affrontati riguardano il tema della giusta causa di licenziamento e la clausola di correttezza e buona fede. Secondo l’autore tali concetti, se consentono un margine di manovra ai titolari dei poteri giuridici, non impediscono poi al giudice di sindacare pienamente il modo di utilizzazione concreta di tale margine, al limite ricorrendo ad altri principi dell’ordinamento. In breve, la vaghezza della norma non sarebbe motivo di attribuzione al fatto (ed alle valutazioni a esso riferite) di una sfera riservata rispetto al diritto.

Il punto fondamentale, come del resto pone in rilievo Travi, è quello relativo alla circostanza che la Cassazione riconduce l’effettuazione di giudizi di valore al proprio ruolo nomofilattico¹²⁶. Ma la Cassazione è giudice di ultima istanza, appunto, e nessuno può smentirla se intende sostenere che un giudizio di valore può riguardare la sussunzione di un fatto nella norma. Il che peraltro va benissimo, sebbene ciascuno potrà avere una idea diversa sul fatto che questa sia una “attività di interpretazione prettamente giuridica”. A questo proposito vi è, poi, da notare una differenza tra la posizione della Cassazione che accede al fatto ‘invadendo’ la sfera dei giudici ordinari di merito, e la posizione dei giudici nei confronti dell’amministrazione rispetto al ‘fatto’ impreciso ed all’esigenza – che qui è resa esplicita – di esprimere giudizi di valore.

Il fatto che dinanzi alla norma imprecisa non vi è altro da fare che ricorrere a giudizi di valore è il fulcro della tesi di Carlo Marzuoli, da cui questo autore trae il convincimento che

l’esclusione dell’intervento del giudice corrisponda alla logica del sistema e ai principi che lo ispirano¹²⁷

soprattutto con riferimento all’inclusione dell’amministrazione, a differenza del ceto giudiziario, nel circuito democratico¹²⁸.

Come si vedrà meglio più avanti, non sto sostenendo che il giudice dell’azione amministrativa non debba accedere al fatto dinanzi a regole vaghe e soprattutto a questioni tecniche, ma penso che non vi siano argomenti giuridici inesorabili in un senso o nell’altro ed entrambe le tesi possono essere sostenute adottando strategie argomentative e giustificazioni politiche plausibili.

¹²⁶ A. TRAVI, *op. e loc. cit.*

¹²⁷ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo ...*, cit., 162.

¹²⁸ *Op. ult. cit.* 217.

3.1.1. *Il modello 'Chevron'*. – A questo proposito mi sembra abbastanza istruttivo il dibattito che su tale problema si svolge da circa venti anni negli Stati Uniti a proposito del modello 'Chevron'¹²⁹. Venendo a risolvere un'annosa disputa sulla straordinaria espansione dei poteri discrezionali e regolatori delle agenzie, questo caso, su cui si è andato costruendo l'intero paradigma del rapporto tra legge, amministrazione e giudici, la Corte Suprema, con un verdetto unanime, elaborò un test a due livelli per stabilire l'eventuale deferenza che una corte deve accordare all'interpretazione della legge fornita da una agenzia amministrativa¹³⁰. Al primo livello si richiede che una corte determini, utilizzando i tradizionali strumenti di "*statutory construction*", se il Congresso ha "direttamente parlato della specifica questione in gioco" affrontata dall'amministrazione. Se l'esito è positivo allora il giudice deve

give effect to the unambiguously expressed intent of Congress.

Se, viceversa, il giudice stabilisce che la legge è silente o ambigua rispetto alla questione specifica, allora si passa al secondo livello, che richiede semplicemente che la corte accetti ogni "*reasonable interpretation*" operata dall'agenzia. Il giudice non è autorizzato a rigettare l'interpretazione dell'agenzia semplicemente in base al proprio disaccordo¹³¹.

Come si vede la vaghezza normativa è considerata tutta a favore dell'amministrazione con il limite della ragionevolezza. Il *test Chevron* appare sotto questo profilo molto simile al sindacato debole del nostro giudice amministrativo.

Un punto di partenza utile a contestualizzare questo caso nel dibattito che lo ha preceduto e seguito, è legato alla seguente diffusa inferenza. Le agenzie assumono decisioni schiettamente politiche, l'art. 1 della Costituzione attribuisce al Congresso la responsabilità di prendere le decisioni politiche che sono state via via delegate alle agenzie, ma è conforme ai principi della democrazia maggioritaria che il Congresso scelga di delegare una percentuale della propria responsabilità sul *policy-making* alle agenzie stesse. In que-

¹²⁹ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense, Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-43 (1984).

¹³⁰ V. per un'analisi dettagliata del caso C.R. SUNSTEIN, *Law and Administration After Chevron*, in *Columbia Law Review*, n. 90, 1990, 2071 ss. V. Anche R.M. LEVIN, *The Anatomy of Chevron: Step Two Reconsidered*, in *Chicago-Kent Law Review*, n. 72, 1997, 1253 ss.

¹³¹ C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Interpretation and Institutions*, in *Michigan Law Review*, 2003, 925.

sto modo le agenzie divengono parte del processo politico piuttosto che del torso giudiziario.

Il problema si pone, evidentemente, quando nel delegare autorità a un'agenzia il Congresso formula “*substantive standards*” che possono essere *meaningful* (ossia vere e proprie regole d'azione) o *meaningless*. I secondi a loro volta possono essere *empty standards*, indicazioni nella forma di *lists of unranked decisional goals*, o *contradictory standards*¹³². Gli *empty standards* corrispondono evidentemente ai concetti giuridici indeterminati della tradizione centroeuropea. Se ne potrebbe individuare l'origine nell'ordinamento americano almeno a partire dal 1887 quando il Congresso chiese alla *Interstate Commerce Commission* di stabilire “giuste e ragionevoli” tariffe per i trasporti ferroviari¹³³. Gli altri due tipi corrispondono a quelle che nel primo capitolo si sono definite norme di fine. Le *lists of unranked decisional goals* si limitano a stabilire una serie di fattori, o interessi o fini, che l'agenzia deve perseguire senza stabilire un ordine di priorità, mentre i *contradictory standards* stabiliscono obiettivi tra loro apparentemente inconciliabili che spetta alla agenzia armonizzare. I secondi tre tipi di *standards* sono funzionalmente equivalenti dal punto di vista della guida che sono in grado di esercitare e sulle agenzie, in sede di implementazione della legge, e sulle corti in sede di *judicial review*¹³⁴ ed è difficile negare che attribuiscono un elevato potere decisionale all'amministrazione.

Nel dibattito precedente a *Chevron* ci si poneva il problema di come delimitare l'eccessiva discrezionalità delle agenzie, discutendo in genere di quattro possibili strumenti: il veto legislativo, l'incremento del controllo giudiziario, una riproposizione della vecchia dottrina della ‘*delegation*’ (assai simile alle ricette tedesche *a là Tezner*) ed il controllo presidenziale. Proprio sulla questione del controllo giudiziario, lo strumento ritenuto più importante e delicato, è intervenuta la Corte Suprema con *Chevron*.

La questione coinvolge, peraltro, anche un altro livello di conflitto, quello tra Stati ed agenzie nazionali, stante il processo di accrescimento delle competenze regolatorie delle seconde a scapito dei primi. E sotto questo profilo una più risalente giurisprudenza della Corte Suprema esprime un indirizzo contraddittorio rispetto a *Chevron*, escludendo il potere di un'agenzia *to preempt state law* a meno che ciò non si possa evincere chiaramente da una

¹³² R.J. PIERCE JR., *The Role of Constitutional and Political Theory in Administrative Law*, in *Texas Law Review*, 1985, 472-5.

¹³³ *Op. ult. cit.*, 474.

¹³⁴ *Op. ult. cit.*, 478.

statuizione del Congresso (*presumption against preemption*)¹³⁵. Da questo punto di vista è stato osservato che Rice e Chevron lasciano le corti inferiori senza una guida chiara nell'affrontare la *administrative preemption question*¹³⁶.

Anche dopo Chevron la discussione sui reciproci confini tra corti ed agenzie nell'interpretazione del diritto è rimasta accesa. Come è stato osservato

*a tremendous amount of ink has been spilled in assessing the pros and cons of Chevron*¹³⁷.

Del resto la sua importanza sulla concezione del diritto amministrativo è indubbia. Secondo Cass Sunstein il principio affermato in Chevron si pone in contrasto con decisioni storiche come *Marbury v. Madison*¹³⁸, secondo cui

it is for judges, and no one else, to "say what the law is".

Ma allo stesso tempo si riallaccia all'entusiasmo del *New Deal* per l'autonomia dell'amministrazione e per la fiducia in una netta cesura tra l'universo del diritto e quello dell'amministrazione¹³⁹.

La maggior parte delle critiche riguardano, del resto, il fatto che Chevron ignora il bisogno di un arbitro indipendente sulle questioni giuridiche, che non è consistente con le 'istruzioni' del Congresso, e più in generale che delinea un modello di sindacato troppo generale ed indifferenziato nell'approccio all'ampia serie di questioni che sorgono dalla sua 'rubrica'¹⁴⁰.

Altri invece sottolineano gli aspetti posti in luce dallo stesso estensore (il giudice Stevens) o per formulare un giudizio adesivo al modello, o per valutarne la portata operativa e le conseguenze, o per rintracciare l'ideologia sottesa alla decisione.

Nella sentenza, infatti, vengono ipotizzate tre ragioni del perché il Congresso potrebbe avere mancato di includere una precisa definizione di 'fonte

¹³⁵ *Rice v. Santa Fé Elevator Corp.*, 331, U.S. 218 (1947).

¹³⁶ H.P. WALTHALL JR., *Chevron v. Federalism: A reassessment of deference to Administrative Preemption*, in *Cumberland Law Review*, n. 28, 1997-98, 716.

¹³⁷ T.W. MERRILL, *Capture Theory and the Courts: 1967-1983*, in *Chicago-Kent Law Review*, n. 72, 1997, 1088.

¹³⁸ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹³⁹ C.R. SUNSTEIN, *Law and Administration*, cit., 2074.

¹⁴⁰ V. a esempio S. BREYER, *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, in *Administrative Law Review*, n. 38, 1986, 373.

stazionaria' di inquinamento nel *Clean Air Act* – dal significato di questo termine sorse, infatti, la controversia. Una prima possibilità è che il Congresso consapevolmente voleva che l'agenzia desse una propria definizione basata sulla percezione della sua migliore esperienza in questo campo¹⁴¹. Un'altra possibilità è che il Congresso non avesse semplicemente considerato la questione a questo livello¹⁴². Una terza possibilità è che non si fosse trovato l'accordo nel Congresso e che quindi ogni fazione avesse preferito aspettare di giocare le proprie carte al momento della concretizzazione della norma da parte dell'agenzia¹⁴³.

In ogni caso la Corte non ha ritenuto necessario stabilire quale di queste fosse la giustificazione, lasciando però intendere che comunque si doveva implicitamente riconoscere che il Congresso avesse conferito un potere all'amministrazione¹⁴⁴.

Non è naturalmente questa la sede per entrare nel merito delle molte e complesse questioni che il caso pone alla scienza giuridica ed agli operatori americani sia sul piano delle relazioni tra l'originaria struttura costituzionale e il moderno sistema di regolazione sia sul piano dei rapporti con altri principi (si pensi a quanto accennato rispetto al federalismo), sia sul modo come effettivamente distinguere se e quando possa parlarsi di una riserva a favore

¹⁴¹ Secondo T.W. MERRILL, *Capture Theory*, cit., 1088, questa sarebbe la classica giustificazione della delegazione di potere all'amministrazione ispirata alla concezione del '*public interest*' che secondo l'autore caratterizza il diritto amministrativo americano del periodo 1946-1966, connotata da un'idea razionalista secondo cui i problemi umani possono essere risolti mediante la ragione ed anche le agenzie amministrative erano considerate parte di questo ideale ed incaricate quindi di importanti compiti nello sviluppo della società (pp. 1048-9).

¹⁴² In questo caso la giustificazione è quella relativa alla impossibilità di prevedere in anticipo tutte le questioni che sorgeranno nel futuro (*op. e loc. ult. cit.*).

¹⁴³ Questa secondo T.W. MERRILL, *op. e loc. cit.*, è una giustificazione che si ispira alla teoria della *public choice* per giustificare la delegazione di potere. Secondo l'autore il periodo successivo al 1983, sarebbe caratterizzato da una implicita adesione a questa concezione, il cui tono di fondo sarebbe costituito da una tendenziale sfiducia nella capacità ed efficacia regolativa dei pubblici poteri, laddove nel periodo precedente, identificato dall'autore con gli anni 1967-1983, l'ideologia delle corti era stata dominata dalla convinzione di dover controllare il protagonismo delle agenzie a causa del pericolo della loro *capture* da parte dei gruppi economici e di interessi (pp. 1049-52). Chevron, riconsegnando un ampio potere alle agenzie, segnerebbe proprio l'avvio di questa nuova fase, che comporta una restrizione del ruolo delle corti in assenza di chiare scelte regolative al livello degli organi legislativi.

¹⁴⁴ D.M. GOSSETT, *Chevron, Take Two: Deference to Revised Agency Interpretations of Statutes*, in *University of Chicago Law Review*, n. 64, 1997, 689-0.

delle agenzie della ‘*statutory interpretation*’¹⁴⁵. Si osserva, infatti, che se il *test* Chevron appare chiaro nella sua formulazione, non lo è la sua applicazione, proprio perché il problema è quello di distinguere un *meaningful standard* da un *meaningless standard*, in altre parole decidere quando il Congresso ha parlato chiaramente e quando non lo ha fatto. Ed anche al secondo livello si tratta di sapere quando un’interpretazione è ragionevole o meno.

A parte tali ultimi problemi, di carattere assolutamente generale e su cui in parte tornerò più avanti, quello che mi sembra interessante sottolineare è che prevale tra gli studiosi americani un atteggiamento incline a valutare Chevron su basi o pragmatiche o di carattere latamente politico. Difficilmente si trovano, insomma, critiche sul piano ‘dogmatico’ alla regola introdotta dalla Corte Suprema. Si sottolinea, a esempio, l’esigenza di tener conto degli aspetti legati al principio della divisione dei poteri, o l’opportunità di privilegiare i concreti comportamenti istituzionali dei soggetti investiti dell’interpretazione delle norme, o ancora il fatto che l’interpretazione fornita dalle agenzie sarebbe preferibile consentendo di evitare la ‘balcanizzazione’ delle leggi nazionali che deriverebbe dal dare spazio all’opinione delle corti statali¹⁴⁶.

Si dirà, peraltro, che quella suddetta è un’osservazione banale, stante la diversa cultura giuridica di riferimento. Nondimeno, proprio dinanzi a questioni che appaiono del tutto simili (al di là delle ‘culture’ si pongono i medesimi problemi di rapporto con la Costituzione e di ruolo del giudiziario, di enucleazione da un enunciato normativo di una regola di condotta o invece di una regola costitutiva, ecc.), ed indecidibili senza ricorrere a giudizi di valore, non mi sembra fuori luogo notare come in questi casi la sincera esposizione delle ragioni poste a base dell’una o dell’altra tesi (non solo e non tanto da parte della scienza giuridica ma anche dei giudici) possa essere utile a far uscire il dibattito dalle secche delle opzioni inesorabili della dogmatica.

Né, d’altronde, anche ai fini di un più ampio termine di paragone, sembra inutile tornare a sottolineare che la posizione della *Supreme Court* sui *meaningless standards* è in pratica la stessa del Consiglio di Stato italiano.

¹⁴⁵ Su tali questioni v. il citato saggio di Sunstein il quale sostiene la tesi (presente anche nel più recente scritto con Vermeile sopra citato e facente parte di una più ampia teoria dell’interpretazione) secondo cui occorre ricostruire le istruzioni del Congresso non ricorrendo a teorie astratte dell’interpretazione, ma alla luce delle concrete capacità ed attitudini delle istituzioni che debbono applicarle e sulle base di questo stabilire la convenienza di assicurare la *deference* alle ‘interpretazioni’ delle agenzie (*Law and Administration*, cit., 2076-8).

¹⁴⁶ P. STRAUSS, *One Hundred Fifty Cases Per Year: Some Implications of the Supreme Court’s Limited Resources for Judicial Review of Agency Action*, in *Colum. Law Rev.*, n. 87, 1987, 1093.

3.1.2. *Politicità e tecnicità della scelta.* – Terminati questi rilievi, necessari a impostare in tutti i suoi risvolti la questione della discrezionalità, occorrerà stabilire – tornando alla critica fondamentale mossa alla nozione di discrezionalità tecnica di confondere la politicità con l'apprezzamento di questioni tecniche¹⁴⁷ – cosa si intenda per 'politicità' della scelta. Vi sono scelte (come quelle di valore suddette) che non sembrano esprimere alcuna politicità¹⁴⁸ e che pure non si saprebbe definire come scelte non del tutto libere: ed allora, in positivo, come se non discrezionali? Se si vuole dire, in via di ridefinizione stipulativa, che soltanto le scelte politiche sono discrezionali si può anche farlo, dando un altro nome alle scelte non politiche¹⁴⁹. D'altra parte questa distinzione può anche essere basata sull'analisi strutturale delle tipologie normative che conferiscono poteri (v. *infra*, § 4.3.3), ma non sembra che la strada per fondare un regime differenziato dei due tipi di scelte sia quella di dire che una è discrezionalità e l'altra non lo è. Tra l'altro, in un senso diverso da quello consueto, si può dire che la discrezionalità non politica sia una 'discrezionalità tecnica' proprio partendo dal fatto che la stessa 'amministrazione', intesa come attività dotata di sue proprie regole (nel senso delle regole d'esperienza)¹⁵⁰ è una 'tecnica'¹⁵¹. Questo di-

¹⁴⁷ L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 322 ss., nega che sul piano teorico-generale si possa tracciare una netta demarcazione tra discrezionalità amministrativa e tecnica.

¹⁴⁸ Se per politicità si intende la formulazione di giudizi che possano considerarsi come decisioni legittime relative alla promozione degli interessi di certi gruppi sociali.

¹⁴⁹ Ad esempio valutazione riservata all'amministrazione poiché la fattispecie non può dirsi compiutamente definita dalla norma (C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni ...*, cit., 404).

¹⁵⁰ In effetti le regole tecniche (nel senso di regole proprie di una disciplina scientifica o tecnologica) sono una *species* delle regole d'esperienza. Le regole d'esperienza sono in genere considerate prive di forza normativa nel senso di non avere nessun peso effettivo nel "calcolo decisionale" (F. SCHAUER, *Playing by the Rules ...*, cit., 173). Possono, cioè, essere considerate come la ricapitolazione di risultati di esperienze precedenti e di precedenti deliberazioni che si suppone possano ripetersi nel futuro, utili per l'argomentazione pratica in quanto consentono di risparmiare tempo e sforzi (in questi simili alle vere e proprie regole), ma sempre superabili da una diversa giustificazione. Cosicché si può dire che un'autorità che dinanzi a una persona che sia stata ripetutamente condannata per rapina a mano armata, neghi il rinnovo della licenza per il fucile da caccia ritenendola non affidabile, stia applicando una regola d'esperienza, ma questo (al di là di alcuni tentativi, per quanto interessanti, di rappresentare le decisioni giuridiche come una sorta di "equilibrio riflessivo" nel quale le regole d'esperienza alzano la "soglia della giustificazione" – *op. ult. cit.*, 179, nt. 40) non comporta, proprio in virtù delle caratteristiche di una regola d'esperienza, che si possa escludere che in questo modo l'agente non compia anche una valutazione dell'affidabilità riferita al caso di specie. Sull'applicazione della teoria di John Rawls sull'equilibrio riflessivo al ra-

scorso, come del resto preannunciato da tempo, rende necessario soffermarsi direttamente sulla nozione di discrezionalità. Prima, tuttavia, desidero ancora fare alcune brevi ma importanti notazioni sulle questioni tecniche.

3.1.3. *Le questioni tecnico-scientifiche.* – A costo di operare una distinzione che forse può risultare un poco artificiosa, conviene cercare ora di separare il problema della vaghezza, che sarà ripreso nel par. 4.3.2, dalla questione della tecnica, ipotizzando che possa trattarsi come problema separato da quello delle norme imprecise. Il che, ancora una volta, è dubbio: il paradosso del sorite e il problema della vaghezza sono sempre in agguato (v. *infra*, § 4.3.2), e così non è possibile fissare una linea di confine tra le ipotesi in cui una determinazione richiede il recepimento di una regola della tecnica e quelle in cui occorre dare corpo a un termine vago. Vi sono però casi in cui il senso comune ci dice che siamo ragionevolmente in presenza dell'applicazione di una regola tecnico-scientifica in senso stretto e casi in cui questo non potremmo affermarlo. Si pensi, rispettivamente, ad accertamenti e/o apprezzamenti posti in essere dall'amministrazione in materia veterinaria¹⁵² ed al concetto di affidabilità per l'uso delle armi.

È chiaro, tuttavia, che il problema, per la giurisprudenza e per la dottrina, riguarda pur sempre l'insindacabilità dei giudizi tecnico-scientifici formulati dall'amministrazione, o meglio la tecnica del sindacato debole contrapposta a quella del sindacato forte¹⁵³, terminologia che si è andata sostituendo alla

gionamento giudiziale v. G. MANIACI, *Equilibrio riflessivo e discorso razionale nell'argomentazione giudiziale*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2003, 73 ss.

In una prima fase del suo pensiero F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 277-78 parlò proprio di regole tecniche «necessarie ... dettate deduttivamente dalla buona politica amministrativa e dalle scienze positive cui ciascuna specie si riferisce», assunte «dal precetto di legge, che a esse si richiama ... a importanza di norme giuridiche», con riferimento alle norme imprecise che presuppongono l'accadere di fatti complessi [evidenziazione mia]. Tali fatti complessi, pur dando luogo a una «discrezionalità tecnica», in sede applicativa non comportano un giudizio diverso da quello che si rende necessario in presenza di «fatti semplici» mediante un'attività vincolata. Da ciò Cammeo derivava la sindacabilità della discrezionalità tecnica (*op. cit.*, 278). Successivamente, peraltro, come noto l'autore mutò opinione giustificando in termini pragmatici, di imperizia e di irresponsabilità del giudice di contro alla perizia e responsabilità dell'amministrazione, l'orientamento della giurisprudenza sfavorevole al sindacato sulla discrezionalità tecnica (*Corso* ..., *cit.*, 197).

¹⁵¹ F. LEDDA, *Potere e tecnica*, *cit.*, 384.

¹⁵² T.A.R. Lombardia, Brescia, 11 ottobre 2004, n. 1266.

¹⁵³ Si tratta di una formula introdotta da Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 2001, n. 5287, in

dicotomia sindacato diretto/indiretto o intrinseco/estrinseco¹⁵⁴. E conviene quindi esaminarlo sulla base di questa falsariga.

L'evoluzione della giurisprudenza è stata ripercorsa criticamente da Aldo Travi, il quale parte della considerazione che le corti amministrative pongono a base della loro azione la formula secondo cui il giudice amministrativo non dovrebbe mai prendere direttamente posizione sulle controverse tecnico-scientifiche¹⁵⁵ e conclude che, nonostante alcune indubbie aperture, ed un atteggiamento parzialmente autocritico della stessa giurisprudenza, questa formula rimanga ancora sostanzialmente 'in vigore'. L'analisi casistica mostra, in particolare, come si cerchi di giustificare in modo diverso la medesima soluzione pratica, passando dalla tesi della discrezionalità tecnica¹⁵⁶, a quella del sindacato debole (del 2001) a quella del 2004 in cui si parla di un "limite finale alla statuizione del giudice"¹⁵⁷.

In sostanza, sia passando in rassegna la giurisprudenza sulle autorità indipendenti, sia quella sulle valutazioni medico-legali, si mostra come il giudice amministrativo rimanga fedele alla sua tradizionale posizione sul sindacato debole di ragionevolezza, che esclude una autentica verifica del giudizio tecnico¹⁵⁸. Nei casi in cui le corti ritengono di poter accedere al merito,

Foro it., 2002, III, 414, in materia di vincolo idrogeologico. In questo caso, pur ispirandosi al noto precedente costituito da 601/1999, il Consiglio di Stato afferma la necessità di un sindacato debole, inteso quale preclusione all'esercizio di 'poteri sostitutivi' quando vi siano margini di "opinabilità" talmente ampi da sconfinare nell'opportunità; presenza di interessi costituzionalmente rilevanti; affidamento della cura di tali interessi ad autorità dotate di specifica 'expertise'. V. anche in merito Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4429, in materia di vincolo archeologico.

¹⁵⁴ Per una illuminante ricostruzione degli argomenti che concretamente la giurisprudenza amministrativa adopera nel sindacato estrinseco sulla 'discrezionalità tecnica' v. G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica ...*, cit., 83 ss.

¹⁵⁵ A. TRAVI, *Il giudice amministrativo ...*, cit., 439.

¹⁵⁶ La sentenza che viene considerata come una svolta per il riconoscimento del sindacato del giudice amministrativo sulla 'discrezionalità tecnica' è Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601. In tema v. F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 204, con rinvii a ulteriore letteratura alla nota 8.

¹⁵⁷ Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 926.

¹⁵⁸ Il sindacato sugli atti delle autorità di regolazione e controllo sui mercati è senza dubbio il settore in cui di recente il tema ha avuto i più ampi sviluppi applicativi (v. da ultimo il lavoro di F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., *passim*, interessante soprattutto per il tentativo di fornire un ampio fondamento dogmatico al modello del sindacato 'debole'). L'analisi dei ragionamenti giudiziari conferma il giudizio complessivo di Travi. Vi è un gruppo di pronunzie in cui il Consiglio di Stato giustifica il 'sindacato debole' mediante l'argomento secondo cui non si può ipotizzare un «potere sostitutivo del giudice

tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile od il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato all'operato dell'Autorità» (Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, 482 ss.; Id., 4 settembre 2002, n. 4454; Id., 16 ottobre 2002, n. 5640; Id., 1 ottobre 2002, n. 5156). Come accennato nel testo, Cons. Stato, VI, 2 marzo 2004, n. 926, è stata interpretata (da A. TRAVI, *Il giudice amministrativo ...*, cit., 442) come il segno del calare della fortuna del modello del sindacato debole. Tuttavia lo stesso autore si domanda poi se le novità siano effettive o non si tratti, aggiungo, di riformulazioni tecnicamente più sofisticate del medesimo modello, come sembra emergere dalla sentenza del 2006 considerata di seguito. Questo è il passaggio chiave della sentenza del 2004: «In realtà, con l'espressione sindacato "di tipo debole" la Sezione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata. Con tale espressione si è inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino a esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere. Il giudice non può sostituirsi a un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di "contestualizzazione" della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro "contestualizzato"». Ancor più di recente Cons. Stato, sez. VI, n. 1271, 2006, rel. De Nictolis (camera di consiglio del 10 febbraio 2006) in una controversia relativa all'irrogazione di sanzioni da parte dell'autorità *antitrust* nei confronti della Telecom, ispirandosi alla sentenza del 2004, il Consiglio di Stato precisa ulteriormente il modello di sindacato, per un verso ritenendo di poter accedere al fatto, ma soltanto per "acclarare" se la ricostruzione fatta dall'autorità sia immune da travisamenti e vizi logici, per altro verso confermando che sulle valutazioni opinabili il controllo non può che essere estrinseco, e quindi limitato alla verifica della correttezza e plausibilità della soluzione adottata dall'autorità. Sicché «all'esito di un'autonoma ricostruzione del procedimento di applicazione del concetto giuridico indeterminato [il giudice] non potrebbe prescegliere altra soluzione, altrettanto corretta e plausibile, ma dovrebbe comunque rispettare la determinazione amministrativa». Anche in questo caso la questione riguardava la definizione del concetto di "mercato rilevante": «Si deve premettere che la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Tale applicazione delle norme ai fatti implica un'operazione di "contestualizzazione" delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, quale il "mercato rilevante" e "l'abuso di posizione dominante" al caso specifico. Non di rado tale operazione di contestualizzazione implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni. Il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comun-

lo fanno attraverso nozioni acquisite al processo in modo atipico, ossia senza servirsi della consulenza tecnica ed anche in questi casi mescolando “giudizi tecnici” e “giudizi legali”¹⁵⁹. Un sindacato solo estrinseco è poi, a esempio, costantemente affermato in materia di cose d’interesse storico-artistico.

Non si può, comunque, dire, secondo Travi, che il giudice amministrativo ignori il problema che pongono le valutazioni tecnico-scientifiche. Si riscontrano modi diversificati per affrontarlo, a esempio in dipendenza della pretesa sostanziale vantata dal ricorrente o dalla materia. Il punto su cui insiste particolarmente l’autore è che nell’atteggiamento del giudice amministrativo vi è una nuova consapevolezza relativa all’opinabilità di determinate scienze, a esempio le scienze economiche, e l’ammissione di un’astratta possibilità di verificare la correttezza della definizione del concetto tecnico operata dall’autorità amministrativa. Ma proprio qui si arresta la novità, poiché da questa opinabilità delle nozioni tecniche, i giudici scelgono di derivare una regola di *restraint*, in quanto

dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall’autorità in base a regole tecniche, anch’esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell’autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino a esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere. Il giudice non può sostituirsi a un potere già esercitato ...¹⁶⁰.

Secondo Travi, che sottolinea particolarmente la ritrosia del giudice amministrativo ad avvalersi della consulenza tecnica, il punto fondamentale è costituito dal fatto che il sapere tecnico-scientifico del giudice amministrativo è un “sapere amministrativo” ossia parametrato sulla conoscenza dell’amministrazione e non sulla migliore conoscenza obiettivamente disponibile¹⁶¹.

Qui si situa un punto di genuino dissidio tra due orientamenti culturali e sembra riemergere la ricordata difficoltà di separare i due piani della norma

que sostituirsi all’AGCM nella definizione del mercato rilevante, se questa sia immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge». Fatta questa premessa si conclude che «l’individuazione della nozione di mercato rilevante operata dall’AGCM è immune, quanto all’accertamento dei fatti, da vizi di travisamento o di illogicità, nonché immune, quanto alle norme giuridiche interpretate e applicate, da vizi di legittimità».

¹⁵⁹ Sembrano fare eccezione alcuni orientamenti dei giudici di primo grado che tendono mediante la consulenza tecnica a sindacare direttamente i giudizi di idoneità fisica, ritenendoli di «natura eminentemente tecnica» (A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 451).

¹⁶⁰ Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, cit.

¹⁶¹ A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 456-7.

(imprecisa) e della tecnica. Ma a una più attenta osservazione si può forse superare quest'ultima impressione.

L'idea di Travi è che l'atteggiamento dei giudici non avrebbe alcuna giustificazione, urtando con una concezione rigorosa del principio di legalità che non ammette alcuna riserva originaria di potere all'amministrazione e non ammette, di conseguenza, che il confine tra amministrazione e giurisdizione sia definito dai giudici. In breve, con specifico riferimento al profilo della valutazione tecnica, secondo Travi, è ragionevole che il giudice non interferisca con l'operato dell'amministrazione solo se essa abbia e f f e t t i v a m e n t e adottato una delle soluzioni finali "equivalenti" di cui parla la sentenza del Consiglio di Stato del 2004¹⁶². Questa diviene, però, una questione strettamente tecnico-processuale. Poiché in questo caso non vi è un limite funzionale, ontologico, al sindacato sulle controversie tecniche, ma soltanto il dato di fatto che una soluzione vale l'altra. Peraltro, per giungere a questa conclusione occorre necessariamente compiere una diretta valutazione della soluzione tecnica, che spesso il giudice amministrativo si rifiuta di fare sulla base di argomenti aprioristici.

Quello che sembra dimostrare l'analisi di Aldo Travi, e soprattutto la proposta finale ora riassunta, è che vi è un livello di conoscenze tecnico-scientifiche che può essere comunque assunto nel processo e senza il quale non è neanche possibile verificare se l'apprezzamento dell'amministrazione è ragionevole, ossia lo stesso modello del sindacato debole potrebbe apparire, sotto questa luce, ancor più un argomento retorico che mimetizza la scelta di non ricostruire effettivamente il fatto. In questo modo – questo è il risultato per il nostro discorso maggiormente rilevante – il piano delle "controversie tecnico-scientifiche" sembrerebbe, almeno in certi settori, potersi distaccare dal piano della vaghezza della norma. In termini semplici: una volta acquisito al processo come la scienza definisce la nozione di 'mercato rilevante', ed assodato che vi sono margini di opinabilità, rispetto a questi margini potrebbe ora su queste nuove basi porsi il problema dell'allocazione della decisione finale, ossia del "limite finale della statuizione del giudice"¹⁶³.

¹⁶² *Op. cit.*, 459-0.

¹⁶³ Sulla separabilità tra i due momenti, potendosi rendere necessaria anche la consulenza tecnica per l'accertamento dei presupposti di fatto, v. F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 190-5, fermo restando che, secondo l'autore, «l'applicazione di concetti giuridici indeterminati e/o di norme tecnico-scientifiche è sottoposta a un giudizio di compatibilità e di ragionevolezza, dal momento che, per

Occorre dire che tesi dogmatica tende a mettere in discussione proprio la possibilità di separare attendibilità tecnica ed opportunità, giustificando su questo asserto fondamentale la plausibilità del sindacato debole come fondato su criteri di ragionevolezza e proporzionalità¹⁶⁴.

Sebbene questa idea possa rispondere all'effettivo andamento delle cose in qualche caso (a esempio nel settore della tutela paesistico-culturale sembra plausibile), non mi pare che risponda a un principio inesorabile e se generalizzata rischia di apparire come una elegante giustificazione dello stato dell'arte giurisprudenziale.

Ad ogni modo, poiché lo scopo dell'indagine non è stabilire come deve essere il sindacato sulle valutazioni tecniche, mi posso esimere dall'approfondire queste ulteriori questioni. In ogni caso se vi sono ipotesi in cui la tecnica è così intrecciata all'opportunità che non è possibile districare i due aspetti, allora vuol dire che in tali ipotesi la tecnica non costituisce una risorsa per diminuire la vaghezza normativa. Ma, questo è il punto, vi sono casi in cui la tecnica sembra essere proprio una risorsa per diminuire la vaghezza e la mia impressione è che nel settore *antitrust* questo potrebbe essere il caso. Non è qui questione di accogliere l'una o l'altra concezione epistemologica della scienza, o di mettere in discussione che tutto è opinabile, anzi tutto è falsificabile, ma, come dice Aldo Travi, di non arrestarsi alla conoscenza amministrativa acquisendo, invece, la migliore conoscenza disponibile¹⁶⁵.

Se questo è plausibile, vi potranno essere altri casi in cui la tecnica (presumibilmente nei settori delle scienze sperimentali o quando si tratta di applicare regole d'esperienza che nessuno ragionevolmente penserebbe di mettere in discussione¹⁶⁶, in presenza di enunciati normativi non connotati da

loro natura, i concetti giuridici indeterminati e/o le norme tecniche comportano valutazioni non di tipo assoluto, ma probabilistico» (p. 195).

¹⁶⁴ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica ...*, cit., 212 ss., 255 ss.

¹⁶⁵ Secondo V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 64, le regole della tecnica, pur non avendo un carattere di certezza e precisione, e quindi non dando luogo a soluzioni univoche, sono pur sempre riferibili a criteri oggettivi, individuati dalla scienza e dall'esperienza tecnica.

¹⁶⁶ Faccio un esempio molto banale. Sul piano scientifico persino cose senza le quali non potremmo neanche vivere, come il principio di causalità o il tempo, possono essere messe in discussione: anzi, l'uno è indimostrabile, l'altro è una convezione. Ma chiunque volesse tentare di vincere una causa dimostrando al giudice che il tempo non esiste in nessun mondo possibile o che non è dimostrabile che vi sia un nesso necessario tra il fatto che normalmente l'acqua bolle a cento gradi e che questa volta debba essere andata proprio così, sarebbe probabilmente ricoverato in una clinica psichiatrica.

altri elementi di incertezza, costituisca un aiuto tale da eliminare del tutto la vaghezza¹⁶⁷.

Ma in questo modo siamo giunti al punto che mi interessava mettere in risalto, a confermare, vale a dire, l'idea che la tecnica di per sé – come a volte si dice in altri ambiti – è neutra¹⁶⁸, ovvero, come ho già detto in precedenza rifraseggiando la posizione di Bruno Tonoletti (*supra*, § 2.3.1) è

In altre parole mi pare che sul piano pragmatico, più che su quello epistemologico, si debba accettare l'esistenza di fatti (anche a contenuto tecnico) che possono essere considerati semplici accertamenti (v. a esempio D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 270, che parla di un «fatto la cui esistenza è univocamente accertabile»). Come noto l'accertamento di fatti viene in genere distinto in mero accertamento e valutazione, qualora si accetti l'idea che esistono fatti che possono essere ricostruiti sulla base dell'attribuzione di un valore di verità (V/F) ed altri fatti che invece danno luogo a giudizi opinabili e rispetto ai quali, quindi, il decisore eserciterebbe una propria valutazione. La suddetta distinzione è alquanto problematica ed anche sul piano empirico non appare facile tracciare una linea di confine tra le due tipologie di fatti. In effetti, mi pare che quando il giudizio sul fatto sia opinabile il punto torna a essere quello del tipo di valutazione. Se l'incertezza comporta che il decisore scelga sulla base di valutazioni d'interessi, allora a ben vedere la valutazione non è sul fatto ma derivante dal fatto, se invece, nonostante l'opinabilità del giudizio sul fatto, il decisore si basa sulla maggiore plausibilità di un modo di presentare il fatto rispetto a un altro modo, allora si potrà dire, in qualche modo, che si è in presenza dell'assunzione di un fatto, e quindi di un accertamento pur senza nascondere che potranno esservi momenti discrezionali. Si tratterà, infatti, di un accertamento di carattere giuridico, cioè che vale nella realtà del diritto, poiché fuori di essa non pare possibile in nessun caso accertare in termini incontrovertibili che un fatto sia proprio 'così e così'. D'altronde, se dinanzi all'incertezza si apre la strada a una valutazione di interessi oppure a un giudizio di affidabilità sul giudizio tecnico più plausibile, dipende sempre dalla norma. Più in generale la stessa esistenza di 'brute facts' nella realtà giuridica è assai dubbia: v. L. MORAWSKI, *Law, Fact and Legal Language*, in *Law and Philosophy*, n. 18, 1999, 461-473.

¹⁶⁷ Senza enfatizzare troppo questo punto, è comunque utile ricordare l'intuizione di V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., 50, che, ribaltando completamente il punto di vista, innalza la tecnica da limite del controllo del giudice a limite dell'attività amministrativa, tanto da assurgere a «condizione dell'assoggettabilità dell'attività amministrativa al sindacato del giudice ordinario».

¹⁶⁸ Forse questa è un'illusione, soprattutto se si seguono le affascinanti tesi di Emanuele Severino, secondo cui la tecnica si è trasformata da mezzo in fine ed ingloba in sé ogni altra tecnica che si illuda di usarla, tra cui il diritto. V. a esempio il dibattito con Natalino Irti in N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, *passim*. Comunque qui il termine neutro è del tutto relativo al contesto, cioè alle due fondamentali strategie decisionali. Non sto dicendo che la tecnica è 'neutrale'. Sulla presunta neutralità della tecnica come sapere scientifico presupposta da alcune tesi in ambito giuspubblicistico v. G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 185.

parassitaria rispetto alle due fondamentali strategie decisionali, quella delle regole e quella della funzione.

Non voglio dire, in altre parole, che l'impiego di termini tecnici non possa portare a problemi di indeterminatezza, ma non è la questione della tecnica in sé e per sé a rilevare, ma ancora una volta la struttura normativa. Occorre, allora, spostare la discussione su un altro terreno, ed in particolare fornire finalmente una qualche plausibile analisi del concetto di discrezionalità amministrativa dal quale poi distaccare eventualmente – se sarà il caso – altre nozioni come quella a esempio di valutazioni riservate.

4. *Discrezionalità amministrativa*

4.1. *Premessa*

Come si è visto al secondo capitolo, la funzione amministrativa, per una larga fetta della scienza giuridica, si può caratterizzare proprio in rapporto alla discrezionalità, che dell'amministrare gli interessi pubblici costituisce il nucleo essenziale. Si tratta di un'acquisizione che non intendo mettere in discussione, anzi che ritengo risponderne profondamente al dover essere costituzionale dell'amministrazione¹⁶⁹, per quanto oggi apparentemente messa in crisi dai fenomeni legati alla globalizzazione (v. *supra*, I.2). Ma di quale discrezionalità parliamo? Secondo la definizione più largamente influente sulla scienza italiana del diritto pubblico, quella di Massimo Severo Giannini, per discrezionalità si intende il

*potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare*¹⁷⁰.

La scienza giuridica italiana ha, appunto, privilegiato l'approccio della discrezionalità come potere¹⁷¹, rispetto all'altro possibile della discrezionalità come segmento dell'attività di interpretazione di norme¹⁷². Non credo che

¹⁶⁹ La letteratura sul punto è smisurata. V., comunque, C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. Parisio, Milano, 1998, 71. In questa pagina vi è uno spunto di notevole interesse, poiché la discrezionalità è identificata con la parte essenziale della funzione per dire che in sua assenza non si avrebbe "amministrazione" ma "automazione".

¹⁷⁰ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale ...*, cit., 52 (corsivi dell'a.).

¹⁷¹ C. MARZUOLI, *op. cit.*, 72-73.

¹⁷² Percorso seguito, invece, da L. BENVENUTI, *Interpretazioni e dogmatica ...*, cit., 64

tale approccio sia da rigettare, anche perché l'altro termine – interpretazione – è almeno altrettanto discusso quanto la discrezionalità. Può essere forse utile, tuttavia, tentare di fondare su basi concettuali più ampie il significato di una specifica discrezionalità dell'amministrazione, magari mettendo in discussione l'altro elemento che non compare nella suddetta proposizione, ma che ne caratterizza altrettanto pervasivamente la definizione, quello della ponderazione tra interessi o ancora più della ponderazione tra cosiddetti interessi primari e secondari.

Ripartendo, allora, da un approccio comprensivo, l'idea di discrezionalità è legata a un fenomeno tipico degli ordinamenti giuridici contemporanei, secondo cui i funzionari pubblici assumono spesso decisioni in assenza di direttive prestabilite (relativamente) chiare e vincolanti. Nell'uso linguistico comune, del resto, usare discrezione significa sia godere di una sfera di libertà decisionale sia valutare e giudicare autonomamente e con avvedutezza, usando, cioè, discernimento¹⁷³. L'aggettivo discrezionale, da cui discende discrezionalità, è una derivazione di 'discrezione', ma, a quanto sembra, sia nelle lingue neolatine sia in inglese (in cui la radice della parola è la stessa), il termine è specifico del lessico giuridico ed indica una certa possibilità di scelta entro limiti prestabiliti. Si spiega, così, l'affermazione secondo cui l'idea di discrezionalità funziona soltanto in un contesto in cui un soggetto è incaricato di prendere decisioni sulla base di *standards* posti da un'autorità¹⁷⁴ ed è quindi normalmente incluso in un sistema organizzato per assumere decisioni. In termini estremamente gene-

ss. ed in precedenza *La discrezionalità amministrativa*, cit., *passim*. Va peraltro notato che nel primo (il più recente) dei due studi citati (pp. 81-82, nt. 13), Benvenuti sembra operare una sorta di messa a punto delle tesi espresse nell'ampia monografia del 1986, mettendo in luce quei passaggi ove si sottolineano differenze "qualitative" tra interpretazione ed esercizio di potere discrezionale, relative a esempio alle dicotomie intelletto-volontà e momento applicativo – momento dispositivo, il che sembra in parte appannare l'originalità di questo accostamento rispetto alla tradizione del collegamento con il potere.

¹⁷³ In una delle sue accezioni il termine è molto vicino, se non coincidente, con quello di arbitrio, V. a esempio F. CAMMEO, *Corso ...*, cit., 188. Tuttavia sembra prevalere l'uso collegato a "discernere", che a sua volta implica una capacità di discriminare (T. DE MAURO, *op. cit.*, col. II. 652), rinvenibile – come carattere oggettivo e non soggettivo – anche nel termine "discreto", che indica in matematica una grandezza costituita di unità isolate in opposizione alle grandezze continue. Anche nella lingua inglese *discretion* implica, anzitutto, facoltà di giudizio, prudenza e poi anche libertà di usare il proprio giudizio: «*freedom to act according to one's own judgement*» (Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English, ed. A.S. Hornby, Oxford, 1974).

¹⁷⁴ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., 102.

rali l'ambito di valutazione cui fa riferimento la discrezionalità può essere ricondotto, secondo Denis J. Galligan, a quattro elementi: accertamento di fatti, interpretazione di direttive normative, creazione di direttive normative, applicazione di tali direttive ai fatti. Lo studioso inglese propone, quindi, una formula del seguente tipo:

in base all'accertamento dei fatti A ed all'esistenza delle condizioni X e Y, il funzionario F può-deve fare Z (tenendo eventualmente conto dei fattori S, S2, S3)¹⁷⁵.

Questa definizione mostra come tutti e quattro i momenti, A, X, Y e Z, possono presentare margini di discrezionalità, poiché in ognuno di essi può riscontrarsi la necessità di un giudizio per la presenza di elementi di indeterminatezza, vaghezza, ecc.¹⁷⁶.

Mi sembra che sia sostanzialmente consonante con tale approccio comprensivo quello di Domenico Sorace¹⁷⁷, il quale propone quattro ipotesi di rapporti tra l'attività amministrativa e la legge caratterizzati dalle seguenti sequenze: a) legge-fatto da accertare-atto amministrativo vincolato; b) legge-fatto da accertare-atto amministrativo discrezionale; c) legge-fatto da valutare atto amministrativo vincolato; d) legge-fatto da valutare-atto amministrativo discrezionale. Come si vede, nella terza e nella quarta sequenza compare il fatto da valutare. È vero che, in linea con gli usi linguistici comuni tra i giuristi, il predicato 'discrezionale' è usato soltanto con riferimento all'atto (qui inteso come momento decisionale), ma è altrettanto vero che a proposito del 'fatto da valutare' Sorace spiega che qui possono richiedersi tanto ponderazioni di interessi quanto applicazione di regole tecniche dall'esito non univoco¹⁷⁸, e in questo caso se – nella quarta sequenza – l'amministrazione è munita di discrezionalità è perché

deve operare una complessa valutazione politico-amministrativa o tecnica per stabilire se esiste il presupposto di fatto per l'emanazione di un atto, che rientra nel suo potere discrezionale¹⁷⁹.

¹⁷⁵ D.J. GALLIGAN, *Discretionary powers*, cit., 13.

¹⁷⁶ Si può tornare a segnalare la differenza tra un approccio comprensivo al tema della discrezionalità – come quello appena delineato – e l'impostazione della tradizione giuspubblicistica di lingua tedesca che circoscrive al *Rechtsfolge* l'esercizio della discrezionalità amministrativa.

¹⁷⁷ *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 270-2.

¹⁷⁸ *Op. ult. cit.*, 271.

¹⁷⁹ *Op. ult. cit.*, 272.

Il potere discrezionale sembra comprendere, pertanto, sia valutazioni politico-amministrative sia valutazioni tecniche.

Ad esempio, se le condizioni di applicabilità (XY) sono l'equilibrio psico-fisico del bambino nel caso di affidamento a uno dei coniugi in via di separazione, è evidente che la decisione da assumere implica un giudizio autonomo, un discernimento, che sarà basato su qualche regola d'esperienza, comprese le regole della 'scienza', sommamente inesatta, detta psicologia. Tuttavia, in questo caso tale 'discrezionalità' sembra appartenere a un tipo che può definirsi *debole* in contrapposizione a un tipo che può definirsi *forte*¹⁸⁰. Quest'ultimo ricorre quando la decisione comporta, sia pure soltanto in parte, l'adozione logicamente preliminare – anche quando sia contestuale – delle direttive che la giustificano. In questo senso è il momento Z in cui vi è discrezionalità in senso più pregnante, poiché la specifica azione da compiere dipende dalle direttive create dallo stesso funzionario¹⁸¹. Secondo Dworkin si avrebbe, in particolare, discrezionalità in senso forte quando il decisore non è vincolato da alcuno *standard* dettato dall'autorità. La cosa essenziale sarebbe che, in genere, neanche questo significato forte sembra equivalente di arbitrio¹⁸².

Sorgono immediatamente alcune domande. La distinzione tra tipo debole e tipo forte di discrezionalità si pone sul piano quantitativo o qualitativo? Ed inoltre, essa dipende dalla posizione nell'ordinamento del soggetto che la esercita? La scienza giuridica prevalente sembra trattare la discrezionalità in chiave qualitativa, negando una nozione unitaria e generalizzabile¹⁸³. Ed in effetti è difficile negare che sotto l'espressione discrezionalità si suole ri-

¹⁸⁰ R. DWORKIN, *Taking ...*, cit., 102-113, 154, che distingue tra due tipi deboli ed un tipo forte. Il primo tipo debole riguarda semplicemente l'affermazione secondo cui il decisore nell'applicare determinati *standards* non decide in modo meccanico; il secondo tipo debole riguarda i casi in cui il decisore ha l'autorità di prendere una decisione definitiva, non rivedibile da alcun altro organo. Per il tipo forte v. *infra*, nel testo.

¹⁸¹ Una definizione della discrezionalità come consistente nella creazione di una regola dell'agire era già presente in P. BIONDI, *In tema di potere discrezionale del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, I, 247. Più di recente sottolinea la centralità del momento dispositivo nella "determinazione discrezionale", F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, 960.

¹⁸² Questo punto è particolarmente sottolineato da F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., 381-2, secondo il quale il pericolo che l'elemento di soggettività presente nella discrezionalità si trasformi in arbitrio è escluso dalla stessa idea del potere, che essendo conferito al decisore è necessariamente limitato.

¹⁸³ Per questo giudizio v. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., 11, che considera paradigmatica la posizione di Emilio Betti su cui v. *infra*, nel testo.

condurre cose che sono (quantomeno) percepite in modo diverso dai giuristi. Emilio Betti indicava i seguenti cinque significati del termine ‘discrezionalità’: a) discrezionalità sovrana, che sarebbe quella legislativa “che solo in via eccezionale può essere delegata all’organo giurisdizionale”; b) discrezionalità amministrativa, c.d. pura; c) discrezionalità tecnica; d) discrezionalità di carattere suppletivo o complementare; e) discrezionalità come apprezzamento condotto alla stregua di criteri desumibili dalla coscienza sociale e quindi extragiuridici¹⁸⁴.

Gli ultimi due significati attengono in particolare alla funzione giurisdizionale e riguardano, rispettivamente, l’adattamento e la specificazione della norma alla variabilità delle fattispecie concrete e la soluzione di casi attraverso concetti di valore di natura extragiuridica. Secondo Betti queste due ipotesi, a differenza delle precedenti, sono caratterizzate da un

apprezzamento vincolato che ha carattere d’interpretazione¹⁸⁵.

Secondo Claudio Luzzati, peraltro, un primo modo di considerare la discrezionalità come fenomeno unitario, solo quantitativamente diversificato, è dato dall’approccio semiotico secondo cui la vaghezza, da cui deriva gran parte della discrezionalità, non concerne solo alcuni termini, ma ogni espressione del linguaggio. I giuristi sono abituati in genere a obiettare (basti considerare la classificazione di Betti) che, sebbene il linguaggio sia poroso, è sempre possibile ricorrere ad altri criteri di giudizio, impliciti nel sistema e propri della razionalità giuridica, che oltrepassano la formulazione letterale delle norme poste dal legislatore storico¹⁸⁶. Qui la contrapposizione è, dunque, quella già incontrata nel primo capitolo tra chi ritiene che attraverso la vaghezza del linguaggio nell’applicazione della regola generale si insinui una qualche discrezionalità del decisore particolare (di tipo politico o meta-giuridico) e chi, invece, ritiene che sia sempre rintracciabile un qualche criterio di giudizio all’interno del tessuto ordinamentale. In questo secondo orientamento, pur sviluppatosi inizialmente nell’ambito culturale del positivismo giuridico, si ritrovano inconsapevoli ascendenze giusnaturalistiche, nel momento in cui alla eterointegrazione dell’ordinamento giuridico attra-

¹⁸⁴ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 149-150.

¹⁸⁵ *Op. ult. cit.*, 152.

¹⁸⁶ Questa posizione è espressa in modo radicale ed in aperta polemica col giuspositivismo, da R. DWORKIN, *op. ult. cit.*, 154-169, il quale, riferendosi alle decisioni giudiziarie, ritiene che il ricorso ai principi consentirebbe di escludere che nell’applicazione del diritto vi sia discrezionalità in senso forte e ritiene anzi che il giudice possa sempre attingervi l’unica soluzione corretta.

verso il 'diritto di natura' si sostituisce l'autointegrazione attraverso i principi ricavabili, attraverso varie tecniche, dall'insieme delle norme. Al di là delle perplessità avanzate nel primo capitolo rispetto a questa concettualità, l'idea che dalla porosità del linguaggio derivino margini di indeterminatezza regolativa che vanno colmati al momento dell'applicazione delle norme non sembra contestabile e comunque non è mia intenzione farlo. Altrettanto plausibile appare osservare che spesso quella che i giuristi reputano autointegrazione a partire dai principi, nasconde operazioni squisitamente politiche.

Allo stesso tempo, a mio modo di vedere, la questione della discrezionalità non può essere, tuttavia, ricondotta completamente entro questo ordine di idee. Se in linea generale può individuarsi un orizzonte comune nel carattere incompleto del diritto nel quale alberga la discrezionalità, rimane da domandarsi se questa incompletezza sia soltanto di ordine semiotico ovvero se non sia il caso di distinguere nettamente una 'discrezionalità congenita' da un altro genere, da individuarsi *ex ante* in base a criteri strutturali e derivante dall'utilizzo delle tecniche del formalismo pratico. Se questo è possibile – anche qualora i due tipi non presentino, qualitativamente, differenze sostanziali – potrebbe essere motivo per giustificare una diversità di trattamento giuridico.

4.2. *Libertà e limiti come elementi ricorrenti della discussione sulla discrezionalità*

Per affrontare la questione posta, si può partire dall'osservare che nella discussione sulla discrezionalità giuridica, tra gli altri, è possibile isolare due elementi ricorrenti. Per un verso la libertà che possiede un agente nel prendere decisioni costituenti una scelta tra differenti opzioni; per un altro verso, il fatto che questa libertà non è assoluta, ma incontra limiti in un determinato contesto normativo¹⁸⁷. Questa distinzione spiega perché sia stato proprio il diritto amministrativo il settore del diritto ove più intenso e ricco è stato il dibattito. Se, infatti, si guarda a tale dibattito in una prospettiva storica, si nota – magari con un eccesso di semplificazione – come nel paradigma giuspositivista ottocentesco il ruolo del legislativo e del giudiziario era rigidamente definito entro ambiti che, per opposte ragioni, escludevano (avrebbero voluto escludere) la discrezionalità. Il potere legislativo in quanto per definizione espressione di sovranità e quindi illimitatamente libero. Il potere

¹⁸⁷ Sono, a esempio, le due classiche prospettive poste in luce, rispettivamente, da W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 190 e R. VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig, Wien, 1910, 262.

giudiziario in quanto, al contrario, interamente limitato dalla missione di essere mera bocca della legge. Tuttavia, nel momento in cui tali presupposti entrano in crisi, o meglio si prende atto sia della loro fallacità sul piano descrittivo/concettuale sia della loro non desiderabilità, la discussione intorno alla discrezionalità torna a riguardare anche i suddetti ambiti. In questo senso, la posizione più netta e conosciuta è probabilmente quella di Hans Kelsen. Come è noto, secondo Kelsen ciascun grado della catena di norme che compone un ordinamento è determinato dal grado superiore. Tuttavia questo rapporto di derivazione non è mai completo, la norma superiore si limita ad apprestare una cornice, che in quanto tale, sebbene costituisca in parte un vincolo per l'organo dell'applicazione, concede a quest'ultimo sempre un margine di libero apprezzamento¹⁸⁸. Si tratta di una delle tesi fondamentali di Kelsen e della scuola di Vienna, quella del *continuum* applicazione-creazione del diritto: un atto giuridico – che è comunque di posizione di una norma (tranne ai due margini estremi costituiti dalla norma fondamentale, pura creazione, e dall'esecuzione coattiva, pura esecuzione) – è sempre in parte applicazione di una norma superiore in parte creazione di una nuova norma, ha quindi sempre un contenuto di volontà oltre che di conoscenza¹⁸⁹. Anche la sentenza è, in questo ordine di idee, norma individuale ed è frutto in parte di una decisione discrezionale. D'altra parte, la legge è a sua volta limitata dalla Costituzione, e così via. Questa posizione, come si è già accennato nel primo capitolo, rileva anche sul piano dell'interpretazione, anzi costituisce il presupposto stesso della tesi di Kelsen sull'interpretazione del diritto, che è una tesi essenzialmente scettica, tendendo a escludere che le norme generali possano davvero determinare il contenuto di un atto particolare ed a concepire, appunto, ogni grado dell'ordinamento, compresi i casi specifici, frutto di una decisione. Insomma, per Kelsen non esiste una differenza qualitativa, ma soltanto quantitativa, tra la discrezionalità che si esercita, rispettivamente, nella promulgazione di una legge, nell'emanazione di una sentenza o nell'adozione di un atto amministrativo.

Da molto tempo, pertanto, la discussione sulla discrezionalità ha investito anche esistenza, gradi e limiti della discrezionalità del giudice, nonché, anche se con minore intensità, della discrezionalità del legislatore¹⁹⁰, sino ad

¹⁸⁸ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., 134-164.

¹⁸⁹ A. MERKL, *Il diritto dal punto di vista applicativo*, in *Il duplice volto dei diritto*, cit., 283 ss.

¹⁹⁰ Su cui v. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale ...*, cit., 104-109 (in ordine alla discrezionalità legislativa), e 109-115 (in ordine alla discrezionalità giudiziale).

acquistare l'aspetto di una categoria generale in cui possono farsi rientrare tutte le estrinsecazioni dell'autonomia, anche di quella dei privati, categoria della quale è possibile mettere in rilievo alcuni elementi comuni caratteristici¹⁹¹.

Ciò che spesso in queste discussioni si dà per scontato è che il concetto in esame, elaborato soprattutto nell'ambito amministrativistico, sia ormai qualcosa di assodato, mentre è da dubitare che sia così. Il tema può essere affrontato secondo le due classiche prospettive di analisi che rispondono alle domande su che cosa è la discrezionalità, cioè 'cosa fa un organo che decide secondo discrezionalità', e su come sorge la discrezionalità, ossia 'quando può dirsi che un organo ha discrezionalità'¹⁹². Come si vedrà è soprattutto la seconda prospettiva a essere fruttuosa.

4.3. *Il cosa ed il perché della discrezionalità*

Nella prima prospettiva elemento centrale appare il requisito relativo al margine di libertà nel prendere una decisione di cui gode un organo giuridico. Questa è la prospettiva di gran lunga più coltivata dalla scienza del diritto amministrativo¹⁹³. Rispetto alla definizione di questo margine di libertà possono individuarsi, grossomodo, tre approcci¹⁹⁴.

Secondo un primo approccio, la discrezionalità attiene all'esistenza di varie soluzioni egualmente valide per il diritto, tra le quali l'organo decisore dovrebbe scegliere¹⁹⁵. In questa ottica, a volte si sottolinea l'importanza del numero, più o meno elevato, delle alternative disponibili per la scelta, poiché nella caratterizzazione del fenomeno questo elemento quantitativo con-

¹⁹¹ C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale* (1936), in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 999.

¹⁹² Questa prospettiva d'indagine è di recente riproposta da v. I. LIFANTE VIDAL, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, in *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*, n. 25, 2002, con osservazioni di cui si terrà costantemente conto nelle pagine che seguono. Le due fondamentali domande poste nel testo erano già formulate, a esempio, da C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 1005.

¹⁹³ A mio avviso una delle migliori ricostruzioni su tale dibattito si trova in G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., 335 ss.

¹⁹⁴ V. I. LIFANTE VIDAL, *op. ult. cit.*, 13-17.

¹⁹⁵ V. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale ...*, cit., 101. Definizioni di questo tipo si trovano in A. BARAK, *Judicial Discretion*, New Haven and London, 1989, 7; J. BELL, *Discretionary Decision-Making. A Jurisprudential View*, in K. HAWKINS (a cura di), *The Uses of Discretion*, Oxford, 1992, 92; C.H. ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, Munchen, 1987, 9-11. V. anche G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., 330.

sentirebbe di graduare la discrezionalità stessa¹⁹⁶. Altre volte si precisa che tale potere di apprezzare soluzioni possibili si svolge entro un margine determinato¹⁹⁷.

Per un secondo approccio, la nozione di discrezionalità fa leva essenzialmente sull'assenza di *standards* giuridici che guidino la decisione. A questo filone possono ricondursi tesi per il resto eterogenee, come a esempio la discrezionalità in senso forte di Dworkin, ma anche l'idea di coloro che intendono la discrezionalità come scelta tra diverse alternative in applicazione di criteri non giuridici. Pertanto, la discrezionalità si riferirebbe all'adozione di decisioni in forma svincolata dall'ordinamento giuridico¹⁹⁸. La discrezionalità sembra coincidere, quindi, con l'assenza di regolazione dell'esercizio di certe potestà¹⁹⁹. Mancando *standards* giuridici, sovente ci si domanda in che modo si assume la decisione e le risposte sono molto varie: vi è chi fa riferimento a una sorta di razionalità pratica, all'applicazione di regole d'esperienza²⁰⁰, al buon senso del decisore, ecc.

Un terzo approccio, che spesso compare in unione con uno degli altri due o come conseguenza di questi, è quello del carattere 'finale' della decisione, in molti casi inteso come la sua non giustiziabilità o rivedibilità da parte di altri organi. Si è, a esempio, proposto di distinguere tra una discrezionalità provvisoria ed una assoluta, per indicare i casi in cui, rispettivamente, la libera scelta del funzionario è soggetta o meno a revisione da parte di un altro organo²⁰¹.

Se si passa dal modo di considerare il carattere proprio della discrezionalità, al problema del quando può dirsi che un organo ha discrezionalità, molto frequente è l'idea secondo cui un'adeguata caratterizzazione della discrezionalità deve contenere, insieme all'elemento di una certa libertà di

¹⁹⁶ A. BARAK, *op. cit.*, 9-10.

¹⁹⁷ M.S. GIANNINI, *Il potere ...*, cit., 139.

¹⁹⁸ Secondo K.C. DAVIS, *Discretionary Justice*, cit., 3, la discrezionalità comincia proprio là dove termina il diritto.

¹⁹⁹ Di spazio lasciato libero da regole parla K. HAWKINS, *The Use of Legal Discretion: Perspective from Law and Social Science*, in ID. (a cura di), cit., 11. Una posizione analoga, poco comune nella giuspubblicistica italiana, è di recente espressa, con esemplare nitore concettuale, da A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 155-157.

²⁰⁰ Non può essere ricondotta a questo gruppo di tesi, quella di C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nov. Dig. it.*, 1960, ora in *Problemi di diritto pubblico ...*, cit., 1212-1235, che considera le regole d'esperienza del decisore come recepite nell'ordinamento giuridico attraverso un vero e proprio rinvio. V. anche F. BASSI, *La norma interna*, cit., 264.

²⁰¹ I. LIFANTE VIDAL, *Dos Conceptos de discrecionalidad jurídica*, cit., 16.

scelta, un riferimento al modo in cui questa libertà è generata; non è sufficiente che vi sia una scelta, ma è necessario che si tratti di una decisione legittima e tale legittimazione può aversi in due modi: o come conseguenza del conferimento di un potere o come risultato dell'assenza o dell'indefinita del materiale giuridico²⁰². Qui si situa, come già anticipato, uno snodo essenziale, poiché secondo gli uni questa distinzione non consente di discriminare diversi tipi di discrezionalità²⁰³, secondo gli altri sì. Tra questi secondi, vi sono coloro che, pur ammettendo una distinzione tra una discrezionalità in senso formale o forte, quella oggetto di una specifica delegazione di potere, ed una discrezionalità informale o strumentale, derivante dalla vaghezza propria di molte norme²⁰⁴, e che nel primo capitolo ho definito interstiziale, ritengono tale differenza di natura soltanto quantitativa, pur riscontrando, in genere, una maggiore discrezionalità nel caso della delegazione formale. L'opinione tipica degli amministrativisti è, però, nel senso che soltanto la 'discrezionalità formale' è genuina discrezionalità²⁰⁵. In questo ambito si situa la stessa tradizionale contrapposizione tra l'apprezzamento derivante dall'uso di concetti giuridici indeterminati e l'autentica discrezionalità cui si è accennato in precedenza.

Quello che interessa porre in risalto di questa rapida rassegna è che i tre fattori chiave del concetto di discrezionalità risiedono nelle nozioni di libertà, di vaghezza del diritto e di conferimento di un potere. Soprattutto sui primi occorrono ulteriori osservazioni in modo da chiarire le eventuali connessioni con il potere giuridico.

4.3.1. *Il problema della scelta libera.* – Come detto il requisito più frequentemente considerato, nonché il più difficile da definire, è quello della libertà di scelta, che, come si è visto, è comunque sempre considerata una libertà non assoluta, che non equivale ad arbitrio²⁰⁶. Ma sul modo come tale libertà debba o possa essere limitata (nonché sul se tali limiti siano giuridici o non giuridici o in parte giuridici ed in parte non giuridici) non sembra vi

²⁰² J. BELL, *Discretionary ...*, cit., 92-97.

²⁰³ In tema C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., 11-14.

²⁰⁴ I. LIFANTE VIDAL, *op. ult. cit.*, 19.

²⁰⁵ Si parla anche, a esempio in ambiente austriaco, di "discrezionalità in senso teorico" (*Ermessen im rechtstheoretischen Sinn*) e "discrezionalità amministrativa in senso specifico" (*Verwaltungsermessen im spezifischen Sinn*). In tal senso C. Fraenkel-Haeberle, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa*, cit., 63, nt. 153.

²⁰⁶ «Spaziare in una libertà a limiti definiti» dice M.S. GIANNINI, *Il potere ...*, cit., 93.

sia accordo tra gli studiosi. Proprio affrontando questo problema si è proposto²⁰⁷ di ripartire dalle notissime definizioni di libertà in senso negativo o in senso positivo fornite da Isaiah Berlin e poi largamente diffuse tra gli studiosi delle scienze sociali. Con libertà negativa Berlin intende l'assenza di interferenze da parte di altri individui²⁰⁸, ovvero la possibilità di agire senza essere impedito o di non agire senza essere costretto, e risponde alla domanda

qual è l'area entro cui si lascia o si dovrebbe lasciare al soggetto – una persona o un gruppo di persone – di fare o di essere ciò che è capace di fare o di essere, senza interferenze da parte di altre persone?²⁰⁹

La libertà positiva, invece, esprime, secondo Berlin, il desiderio da parte dell'individuo di essere padrone di sé stesso²¹⁰ e risponde alla domanda

che cosa, o chi, è la fonte del controllo o dell'ingerenza che può indurre qualcuno a fare, o a essere, questo invece di quello?²¹¹⁻²¹².

È possibile, anche se non necessario, che – in base ai due approcci prima indicati – quando si parla di discrezionalità come semplice scelta tra più opzioni o come assenza di vincoli giuridici si presupponga un'accezione negativa di libertà. È però forse maggiormente intuitivo pensare alla discrezionalità come autodeterminazione, mettendo in risalto, non tanto il profilo del *posse*, e quindi del mero agire nella sfera del lecito, quanto il principio di responsabilità²¹³ implicito nell'idea di autonomia²¹⁴ e di potere convenzionale²¹⁵.

²⁰⁷ I. LIFANTE VIDAL, *op. ult. cit.*, 22.

²⁰⁸ *Two Concepts of Liberty*, riedito in *Four Essays on Liberty*, Oxford, 1969, 118-72, trad. it. *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, 1989, 190.

²⁰⁹ *Op. ult. cit.*, 189.

²¹⁰ *Op. ult. cit.*, 197.

²¹¹ *Op. ult. cit.*, 189.

²¹² Non si deve pensare, come riteneva Berlin, che le due nozioni di libertà siano inconciliabili, in quanto, mentre la libertà negativa riguarda le relazioni sociali ed è un predicato dell'agire, la libertà positiva riguarda il singolo e si predica della volontà, e quindi tra esse non esiste alcun rapporto logico di implicazione o di contraddizione (v. S. VECA, *Etica e politica*, Milano, 1989, 161). È stato inoltre osservato da G. MACCALLUM, *Negative and Positive Freedom*, in *The Philosophical Review*, 76, 3, 1967, 314, trad. it. *Libertà negativa e positiva*, in I. CARTER, M. RICCIARDI, *L'idea di libertà*, Milano, 1996, 21) che libertà negativa e libertà positiva non possono essere trattate come una coppia di termini opposti, perché non si può logicamente separare l'assenza di interferenza, o libertà negativa, nel fare qualcosa dal potere, o libertà positiva, di fare qualcosa.

²¹³ La stretta connessione tra la libertà dell'agente e la responsabilità è messa in luce da G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere ...*, cit., 351-2, discutendo la tesi di GIOVANNI

Quest'ultimo accostamento non implica necessariamente né il riferimento a una scelta tra un certo numero di opzioni né la totale assenza di *standards* giuridici. Non occorre, in particolare, pensare a un processo di enucleazione dal materiale giuridico di riferimento di una serie di alternative decisionali rispetto alle quali sarà effettuata la scelta, poiché la libertà di scelta riguarda un momento precedente, quello appunto di determinazione della regola cui conformare la propria ed altrui condotta.

Questa caratterizzazione della discrezionalità consente inoltre di rilevare un aspetto significativo in relazione con il terzo dei suddetti approcci, quello della non giustiziabilità. Quest'ultimo requisito non va inteso *à là* Dworkin²¹⁶, per indicare quelle decisioni, che egli definisce discrezionali in senso debole, che non possono essere soggette a controllo, a esempio le sentenze della Cassazione o della Corte Costituzionale, e che non riguardano tanto la discrezionalità, quanto una possibile declinazione dei valori della certezza del diritto e della separazione dei poteri. Esso fa riferimento, piuttosto, all'insindacabilità come conseguenza della discrezionalità, quello che nel linguaggio dei giuristi è il 'merito': se una decisione discrezionale è libera, essa allora non può essere soggetta a nessun controllo condotto secondo parametri giuridici²¹⁷. Quest'ultimo asserto sembra, tuttavia, incondizionatamente

MANNA, *Principii di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1876, 343; su cui G. AZZARITI, *op. cit.*, 272-4.

²¹⁴ In una medesima ottica liberale e pluralista Joseph Raz accentua l'aspetto positivo della libertà come autonomia: «*The value of personal autonomy is a fact of life. Since we live in a society whose social forms are to a considerable extent based on individual choice, and since our options are limited by what is available in our society, we can prosper in it only if we can be successfully autonomous ... ultimately those who live in an autonomy-enhancing culture can prosper only by being autonomous*» (J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986, 394). Ed ancora: «*We value autonomy to the extent that it adds to the well-being of the autonomous person. We regard the fact that a life was autonomous as adding value to it. We think of our own lives and the lives of others as better for having been developed autonomously. But we value autonomous choices only if they are choices of what is valuable and worthy of choice*» (J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, Oxford 1994, 105).

²¹⁵ Una prospettiva di questo tipo mi pare sia riscontrabile già in C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, cit., 1012, che descrive il "potere", considerandolo sinonimo di discrezionalità, come «*facoltà di determinare la legge del proprio operare*». Secondo L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 252, tratto tipico della discrezionalità è «*la presenza di una zona di libertà consistente nell'attribuzione normativa ... di un an, di un quid o di un quomodo per l'azione*».

²¹⁶ R. DWORKIN, *Taking Rights ...*, cit., 103.

²¹⁷ In tal senso v. di recente A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto ...*, cit., 164, che parla di un «*potere dispositivo libero del soggetto*» senza che faccia «alcuna

valido soltanto se si opta per il significato negativo di 'libertà', mentre sembra da riconsiderare se si intende la discrezionalità come una libertà-responsabilità, che si presta a essere riguardata, quindi, come causalmente condizionata in termini di rapporto funzionale tra norme e concreto esercizio del potere²¹⁸.

4.3.2. *Il problema della vaghezza.* – Il riferimento alla vaghezza²¹⁹ del diritto, a sua volta, chiama in causa la questione dell'origine e della giustificazione della discrezionalità.

Intanto si possono distinguere due tipi di vaghezza, corrispondenti alle due diverse tecniche riferibili all'uso di *standards* o di regole, entro i limiti in cui è possibile distinguere norme corrispondenti a tali tipi (v. I.1.5 ed *infra*). Il primo riguarda in modo particolare l'applicazione delle regole e qui possiamo ancora una volta fare riferimento all'insegnamento di Hart a proposito dell'incertezza applicativa che il carattere *open-textured* delle norme inevitabilmente genera. Si può parlare di indeterminatezza quando le proposizioni giuridiche riferite a uno stato di cose mancano del 'valore di verità'. Insomma, se quando si tratta di applicare una norma a un caso, emergano i tipici problemi semantici che riguardano le norme (contraddizioni, lacune, ecc.), allora quel caso cade nella zona di frangia ed è un caso difficile che si può supporre richieda l'impiego di discrezionalità del decisore²²⁰.

differenza che si tratti del merito amministrativo in senso stretto o del giudizio di un privato sulla convenienza dell'esercizio di un potere negoziale». Tuttavia, questo stesso autore sembra recuperare, poi, non effimeri spazi di sindacabilità dei poteri discrezionali attraverso il suggerimento di tornare a configurare la verifica sul se la scelta effettuata rientra nell'area delimitata dall'interesse o scopo da perseguire come attinente alla causa dell'atto (p. 165).

²¹⁸ V. F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, cit., 108, citato da A. ORSI BATTAGLINI, *op. ult. cit.*, 165, nt. 241.

²¹⁹ Il problema della vaghezza, tra i più importanti per la logica e la filosofia del linguaggio, può essere illustrato con le parole di Charles Peirce: «una proposizione è vaga quando sono possibili stati di cose riguardo i quali è *intrinsecamente incerto* se, essendo stati essi contemplati dal parlante, siano considerati da lui come esclusi o ammessi dalla proposizione. Per intrinsecamente incerto non intendiamo incerto in conseguenza di una ignoranza dell'interprete, ma perché gli usi linguistici del parlante sono indeterminati» (C.S. PEIRCE, *Vagueness*, in J.M. BALDWIN (a cura di), *Dictionary of Philosophy and Psychology*, London, 1902, 748, corsivo dell'a.).

²²⁰ Si può anche supporre che richieda di essere risolto mediante il ricorso all'interpretazione. Il problema è stato lasciato in sospeso nel primo capitolo e non sarà risolto neanche qui, superando (sia detto senza alcun intento retorico) le mie forze. Mi limito a ricordare come si possa ritenere che anche nei casi di frangia il decisore non parta dal nulla e che quindi in qualche misura l'enunciato funzioni perlomeno nel senso di escludere una serie di opzioni

Il secondo tipo di vaghezza riguarda l'impiego di *standards*²²¹. Tra questi è possibile distinguere ulteriormente *standards* veri e propri da '*dummy standards*', ossia *standards* fittizi o 'fantoccio'. Tymothy Endicott per chiarire questa differenza propone l'esempio di chi chieda a qualcuno che si sta recando in un negozio di frutta di riportare a casa 'abbastanza banane'²²². In questo caso evidentemente chi formula la richiesta evita di indicare una quantità, ma confida nel fatto che l'interlocutore tenga in considerazione i fattori rilevanti per decidere quante banane possano essere considerate 'abbastanza' in quel caso. Sebbene si possa immaginare che tali fattori possano anche determinare in certe circostanze che 'abbastanza' corrisponda a un numero preciso²²³ non si potrà mai dire che dalla richiesta formulata si possa dedurre il numero preciso di banane. Se per esempio a casa vi sono tre bambini e un nonno ghiotti di banane si potrà dire che due banane non è abbastanza e che venti è troppo, ma che dire di sei o otto? Inoltre la suddetta richiesta è vaga in un modo diverso dalla ugualmente vaga richiesta di portare a casa 'una mezza dozzina di banane', poiché nel primo caso dicendo 'abbastanza' è come dire 'decidi tu quante'. Tuttavia ancora diverso è chie-

e che la stessa funzione assumono alcune tecniche accessorie (c.d. interpretative). Al di fuori di questo devo confessare che tanto il ricorso al *legal reasoning* ed ai principi quanto il ricorso all'intenzione dell'autorità (se non in limiti assai ristretti, su cui v. M. JORI, *La pragmatica di Claudio*, cit., 8) non mi sembrano in grado di scongiurare un tratto di 'originalità' nelle decisioni interpretative. Su questo v. a esempio la discussione di T.A.O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, cit., 179 ss. su interpretazione e invenzione avente a oggetto la tesi intenzionalista di Andrei Marmor.

²²¹ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, 299 ss., opera una distinzione generale tra «vaghezza socialmente tipica (o da rinvio)» e «vaghezza comune». La prima si ha quando un termine «esprime un concetto valutativo i cui termini non sono neppure parzialmente determinabili se non attraverso il riferimento ai variabili parametri di giudizio e alle mutevoli tipologie della morale sociale e del costume» (p. 302); la seconda è l'«ipotesi normale o paradigmatica di vaghezza, la vaghezza universalmente diffusa che colpisce anche le espressioni più precise» (p. 303). Nel primo tipo di vaghezza possono rientrare tutte le varie denominazioni in uso in dottrina e giurisprudenza, quali clausole generali, principi, norme elastiche, concetti indeterminati, ecc. In questo senso nel testo parlo di *standards*. Su un'altra tesi dell'autore – quella cioè secondo cui la differenza tra le due 'vaghezze', non sarebbe solo quantitativa, nel senso che la prima riguarda norme vaghe in grado "alquanto elevato", ma anche qualitativa (p. 327) – non sono in grado di prendere posizione. Ma non mi sembra che questo sia necessario ai fini del presente paragrafo e quindi mi atterro a una differenza soltanto quantitativa.

²²² T.A.O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, cit., 48.

²²³ Si tratta di ciò che Endicott definisce una richiesta pragmaticamente precisa che può derivare da una formulazione semanticamente imprecisa (*op. cit.*, 50).

dere di comprare la quantità di banane che si desidera, poiché nel caso precedente, a differenza di questo, si sta anche chiedendo di considerare cosa è appropriato fare in base alle circostanze del caso²²⁴.

Un *'dummy standard'* potrebbe definirsi pertanto una previsione che demanda al decisore di fissare egli stesso uno *standard*, che presuppone uno *standard* ma non lo fornisce²²⁵. Tuttavia la tesi di Endicott è che non vi sia una reale differenza tra uno *standard* ed un *dummy standard*. L'autore prende in considerazione la disposizione del *Supreme Court Act* del 1981 secondo cui chi intende proporre il *judicial review* dell'azione amministrativa deve essere ritenuto da una corte munito di un "sufficiente interesse nella questione". L'interesse sufficiente (così come da noi l'interesse) ha tutto l'aspetto di uno *standard* apparente ed infatti in Gran Bretagna come in Italia i giudici – posto che vi sono casi in cui non si può dubitare che qualcuno abbia un interesse ed altri in cui non si può dubitare che non l'abbia²²⁶ – deci-

²²⁴ *Op. e loc. ult. cit.*

²²⁵ *Op ult. cit.*, 49, come le norme che proibiscono eccessi o richiedono che qualcosa sia appropriato, soddisfacente, congruo, ecc. riferito a un certo stato di cose.

²²⁶ Il problema era ben presente e descritto in termini analoghi da W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung*, cit., 1913, 36 ss., il quale fa l'esempio del divieto per gli zingari di viaggiare in orde. Ma quando si ha un'orda? La risposta di Jellinek è che possiamo essere sicuri che non si ha un'orda in presenza di uno zingaro che viaggia e possiamo essere sicuri che si ha un'orda se gli zingari sono cinquanta. Egli chiama questa sorta di ancoraggio a dati certi teoria del "doppio limite" e ritiene che questo possa essere nella maggior parte dei casi un sufficiente punto di partenza perché il giudice, utilizzando la sua abilità di interprete della coscienza sociale, possa giungere a una norma del tutto determinata. Naturalmente un analista direbbe che questo non è possibile perché viola la legge di Hume. Ma a parte ciò, il tipo di problemi che sorge da esempi come quello considerato da Jellinek, dà luogo al cosiddetto paradosso del sorite, dal termine greco *soros* per mucchio, la cui formulazione è attribuita a Eubulide di Mileto. In genere si parte ponendo una serie di domande. Un granello di sabbia è un mucchio? Due granelli sono un mucchio? Tre granelli formano un mucchio?... Diecimila granelli formano un mucchio? Se consideriamo plausibile una risposta negativa alle prime domande e contemporaneamente affermativa all'ultima, allora ci dovranno necessariamente essere due domande successive tali che n granelli non costituiscono un mucchio mentre $n + 1$ sì. Se invece riteniamo che l'aggiunta di un granello non possa essere significativa, dall'affermazione che un granello non è un mucchio, per induzione otteniamo che nemmeno diecimila granelli costituiscono un mucchio. La conclusione del paradosso è in aperta contraddizione con il nostro comune buon senso in base al quale non ogni granello è un mucchio di sabbia. Il paradosso costituisce, però, una formidabile sfida per la logica classica legata al principio di bivalenza. L'unica soluzione possibile entro la logica bivalente è quella seguita da Jellinek: postulare l'esistenza di confini netti tra ciò che è un mucchio e ciò che non lo è. La difficoltà per la risposta alle domande del sorite non starebbe quindi nella non esistenza delle risposte giuste, ma nella nostra ignoranza di quali esse siano. Si tratta della cosiddetta

dono quando un interesse sia sufficiente per l'accesso alla giurisdizione nei confronti degli atti amministrativi. Ma allora in un caso del genere forse sarebbe stato non diverso formulare una norma che avesse demandato alle corti di sviluppare propri criteri per determinare l'interesse o la legittimazione processuale²²⁷. In questo senso un termine molto vago, "interesse sufficiente", non sembra richiedere al decisore valutazioni diverse da quelle necessarie quando sia richiesto di decidere in modo appropriato al contesto. Ma quest'ultima formula a sua volta sembra non presentarsi dissimile da un conferimento espresso di potere discrezionale²²⁸.

D'altra parte, si può dire che il tipo di decisione demandato alle corti sa-

teoria epistemica della vaghezza. Questo comporta una sorta di rifiuto del problema della vaghezza, ma non sembra risolverlo, poiché perfino individuare i precisi confini per delimitare il *range* del significato di un termine vago è frutto di una scelta. Sul fallimento della teoria epistemica v. T.A.O. ENDICOTT, *Vagueness ...*, cit., 99 ss. La conclusione cui giunge questo autore è che non solo le espressioni linguistiche generali di carattere valutativo che il diritto usa sono necessariamente vaghe, ma sono vaghe anche le considerazioni valutative e normative svolte a partire dalle prime (p. 136).

²²⁷ Cosa che poi le corti fanno, sviluppando regole che divengono a loro volta oggetto di applicazione o interpretazione, fermo restando che l'originaria vaghezza dello *standard* consente svariati allontanamenti, in base alle circostanze del caso, da tali regole. D'altronde anche tali regole giurisprudenziali sono a loro volta vaghe. Si pensi a esempio alla regola secondo cui per essere legittimati all'azione occorre aver subito una lesione attuale, concreta, diretta e personale di un interesse legittimo, che è difficile negare consente al giudice amministrativo un ampio margine di manovra su chi e quando ammettere al processo. Ho qui trattato in termini volutamente tecnici il problema anche per sottolineare la similitudine con il sistema britannico e quindi senza distinguere tra interesse al ricorso e posizione sostanziale. Sulla confusione tra interesse ad agire e lesione della posizione legittimante v. L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, 131 ss.

Per un'ampia e approfondita riflessione circa l'asserita «trasformazione del principio di legalità» per via del «processo di cessione di parte della certezza formale in cambio di effettività e di riacquisizione della certezza sostanziale» e per una ritenuta rivalutazione dei «*legal standard* di origine giurisprudenziale...nel sistema di produzione delle fonti del diritto» si veda l'ottimo lavoro di A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, fin dalla sua introduzione, 10 ss., che si segnala anche per gli ampi e dettagliati riferimenti alle esperienze comparate.

²²⁸ Si pensi all'esempio che fa Kelsen di una legge sanitaria che stabilisca che in caso di epidemia l'organo amministrativo debba adottare le misure idonee affinché si eviti l'espansione del morbo. Qui non si è dinanzi all'indeterminatezza derivante dalla 'eccentricità' del caso singolo, essendo la norma stessa volutamente aperta, affidando in pratica al decisore di stabilire il da farsi per raggiungere un determinato fine. Vi è, cioè, qualcosa che assomiglia a una delegazione di potere ed a questo proposito Kelsen definisce la relativa indeterminatezza "intenzionale" (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Vienna, 1934, trad. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 118).

rebbe stato diverso qualora invece di richiedere la sufficienza dell'interesse si fosse richiesto il possesso nel ricorrente, a esempio, di un interesse 'particolarmente qualificato'? La risposta di Endicott è che la differenza tra le tre suddette ipotesi si fonda sul fatto che il termine 'interesse particolarmente qualificato' sembra fissare uno *standard*, il termine 'sufficiente interesse' sembra presupporre uno *standard* senza fissarlo, ed il semplice conferimento alle corti della discrezionalità decisionale sembra fare del tutto a meno di *standards*²²⁹. Tuttavia

esse sono simili in ciò che le considerazioni che devono essere effettuate per decidere cosa fare nei casi marginali di [interesse particolarmente qualificato] sono le stesse considerazioni che devono essere effettuate per decidere su come esercitare la discrezionalità espressamente conferita. E sono le stesse considerazioni che devono essere effettuate per decidere quale interesse è 'sufficiente'²³⁰.

Tutto il problema del diritto amministrativo si riduce forse al fatto che prima che il giudice possa effettuare tali considerazioni, queste sono state effettuate dall'amministrazione e per essa una *express grant of discretion* potrebbe voler significare che la decisione assunta deve essere, in qualche misura e per qualche ragione, trincerata. Impostare in questo modo la questione (che anima come visto da anni il dibattito dei giuristi statunitensi) significa forse rinunciare a concepire la discrezionalità amministrativa come un problema di ponderazione di interesse pubblico primario ed interessi secondari, che può esservi o non esservi senza che questo consenta di risolvere i problemi posti né dai casi di frangia né dagli *standards*.

Vi è probabilmente qualche altra considerazione che merita di essere posta in luce sulla differente natura della vera e propria discrezionalità interstiziale rispetto a quella derivante dall'uso di norme che per la loro imprecisione possiamo plausibilmente definire *standards*.

La prima riguarda ancora la relatività della distinzione, trattandosi di gradazioni della formulazione di una norma poste su una stessa scala di misura. Come si è visto nel primo capitolo tra le caratteristiche formali che una regola dovrebbe avere per essere adeguata al proprio scopo vi è, tra l'altro, il suo grado di 'definitezza'. È attraverso la forma delle direttive normative che si ritiene possibile gestire, sul piano del disegno istituzionale, la discrezionalità dei decisori (che include le autorità amministrative ed i giudici). Che tale ge-

²²⁹ T.A.O. ENDICOTT, *op. e loc. cit.*

²³⁰ *Op. e loc. ult. cit.*

stione sia possibile presuppone la credenza nel fatto che la forma della disposizione selezionata dal legislatore crei una differenza, essendo tale 'forma' resistente alle preferenze di coloro che interpretano, fanno rispettare e seguono quelle direttive. Questa 'credenza' come ho detto nel secondo capitolo è a mio avviso fondamentale in un accostamento che condivide gli ideali della *rule of law*, e tuttavia essa non può essere neanche assolutizzata. Si può cioè anche ammettere, sul piano empirico, che questa forma sia meno resistente di quanto immaginiamo, nel senso che è plausibile pensare che le regole di azione siano di fatto soggette a vari tipi di manipolazioni nella fase applicativa. Se è così, la scelta della forma della norma può essere meno facilmente uno strumento di strategia regolatrice di quanto potrebbe supporre. Va quindi tenuto presente che il comportamento adattabile dei decisori può spingere, in una qualche misura, le regole verso gli *standards* e viceversa. Tutti coloro che maneggiano regole (nitide) hanno, infatti, a disposizione una batteria di congegni per evitarle e quindi di fatto esercitano più 'discrezionalità' di quanto la nitidezza della regola indicherebbe²³¹.

Viceversa gli stessi applicatori tendono a utilizzare nel caso degli *standards* alcune tecniche decisionali che di fatto diminuiscono la discrezionalità nel caso singolo: predeterminazione di criteri, fedeltà ai precedenti, ecc. I modi che vengono utilizzati per attenuare la inderogabilità e subottimalità delle regole sono, a esempio, quelli che si appellano all'assoluta eccezionalità di un determinato caso: violare i limiti di velocità per trasportare un ferito all'ospedale²³²; all'impiego del principio di ragionevolezza come strumento di eliminazione degli esiti applicativi irragionevoli ed al ricorso alla giustificazione sottostante alla regola²³³.

Riscontrabile, però è anche il fenomeno opposto. In effetti non tutti gli operatori hanno il tempo, le energie, la voglia di assumersi responsabilità per fare tutto quello che servirebbe per dare concretezza in ogni singolo episodio applicativo agli *standards* e quindi non è detto desiderino una così ampia libertà. Così, assai spesso, in luogo di esercitare caso per caso una più o meno ampia discrezionalità si dotano di linee guida o regole d'esperienza pratica che hanno tutte le caratteristiche delle regole²³⁴. Cosicché la dicoto-

²³¹ V. per un'accurata analisi di questi processi F. SCHAUER, *The Convergence of Rules and Standards*, in *Regulatory Policy Program Working Paper RPP-2001-07*, Cambridge, MA, 2001, 1-26.

²³² V. in tema A.C. AMAN, Jr., *Administrative Equity: An Analysis of Exceptions to Administrative Rules*, in *Duke Law Journal*, 1982, 277.

²³³ Con i problemi che questi fatti comportano sul piano teorico, su cui v. I.1.4.3.4.

²³⁴ F. SCHAUER, *op. ult. cit.*, 15 ss.

mia tra regole (nitide) e *standards* (imprecisi), non ha contorni tanto netti e varia da ordinamento a ordinamento in base alla preferenze assunte in ordine alla questione della prevedibilità e certezza del diritto rispetto alla esigenza della flessibilità per dare luogo a una maggiore aderenza del diritto ai casi singoli. Secondo Schauer, peraltro, in ogni cultura giuridica è possibile scorgere la dominanza dell'uno o dell'altro atteggiamento ma sempre controbilanciata dalla tendenza a delimitare ciascuno dei due orientamenti con le caratteristiche dell'altro.

La seconda considerazione riguarda un elemento differenziale strutturalmente necessario tra l'indeterminatezza legata al caso singolo e l'indeterminatezza derivante dall'uso di *standards*. Nella prima ipotesi, e dato che l'indeterminatezza è sempre relativa a un caso, la discrezionalità è anch'essa relativa a un caso, in particolare quando si è dinanzi a un cosiddetto caso difficile. Il problema, peraltro, è pur sempre quello di tentare di qualificare uno stato di cose in accordo con il diritto esistente e questa operazione è pertanto orientata verso il passato, nel senso che l'attività che si richiede è un'attività che si presenta come "guidata" dal diritto²³⁵.

Il secondo senso di indeterminatezza non riguarda, invece, lo *status* normativo di un caso, poiché quello che risulta indeterminato è la condotta che la norma esige in tutti i casi in cui essa sia applicabile. In questa circostanza per sapere se dalla norma sorge discrezionalità non occorrerà aspettare che si realizzino i casi a cui la norma stessa è riferibile. Inoltre, per colmare questo tipo di indeterminatezza non sarà sufficiente porre in essere quella serie di operazioni che normalmente si qualificano in termini di attività interpretativa²³⁶. Richiamando il suddetto esempio di Kelsen, può essere fuori di dubbio che un organo amministrativo ha il dovere di adottare misure per evitare l'espansione dell'epidemia e che una certa malattia diffusa tra la popolazione costituisca un'epidemia (sebbene è chiaro che vi saranno molti casi in cui è dubbio che un certo fenomeno costituisca una epidemia). In un caso del genere, tuttavia, occorre necessariamente un'attività di sviluppo del diritto esistente che non può essere qualificata, in nessun senso plausibile, come interpretazione. La giustificazione di questo tipo di decisioni sarà o r i e n t a -

²³⁵ I. LIFANTE VIDAL, *op. cit.*, 31.

²³⁶ Su questo problema, che richiederebbe di essere risolto sul terreno concettuale, chi scrive non ha potuto fare altro che esprimere una opzione, un impegno nei confronti della possibilità che vi siano strumenti per mantenere il "ragionamento giudiziale" entro l'ambito delle tecniche giuridiche (senza escludere, peraltro, la possibilità che invece tale interpretazione sia genuina discrezionalità).

ta verso il futuro, verso le conseguenze e non verso il passato. Nell'esempio considerato, peraltro, una qualche misura di vaghezza riguarda tanto l'antecedente (la sussistenza di un'epidemia) quanto il conseguente (le misure da adottare) e questa circostanza – che può portare all'individuazione di una particolare tipologia di norme (v. *infra*) – è già di per sé solo indice che si entra in un'area in cui si rendono necessarie scelte.

Se quanto ora osservato sembra essere abbastanza chiaro sul piano concettuale, il problema è, per un verso, quale criterio pragmatico utilizzare per distinguere questo tipo di indeterminatezza rivolta al futuro da problemi che sorgono nell'applicazione di regole, per un altro verso, domandarsi come entro questa distinzione trovi collocazione anche la nozione di potere normativo. Come si è detto, è difficile negare che la presenza di vaghezza dei termini normativi possa in parecchie circostanze essere obiettivamente considerato un caso di delegazione di potere normativo. È, comunque, ora possibile trarre alcune conclusioni da quanto esposto ponendo a confronto il modo come può essere intesa la libertà di scelta, il modo come si può guardare alla indeterminatezza ed il modo come collegare con tutto ciò la nozione di potere-PL.

4.3.3. *Il modo di collegamento tra libertà, vaghezza, potere e discrezionalità.* – Come emerge anche dalle osservazioni fatte nei due paragrafi precedenti vi sono due contesti nei quali la nozione di potere appare legata a quella di discrezionalità. Il primo contesto è quello relativo al problema della consistenza della discrezionalità e si considera che la discrezionalità viene individuata per il fatto di poter decidere tra varie alternative. Il secondo riguarda l'origine della discrezionalità e molti studiosi considerano che il modo di generare la discrezionalità è, precisamente, la delegazione di un determinato potere di decisione. Il senso con cui si usa potere nell'uno e nell'altro contesto è evidentemente distinto.

Nel primo contesto si dice semplicemente che la discrezionalità consiste nel poter scegliere entro più di un'alternativa. Qui ci si riferisce piuttosto alla possibilità di compiere una scelta, possibilità rispetto alla quale è sufficiente immaginare una mera posizione di libertà, o come anche si dice di 'permesso debole'²³⁷: in sostanza l'ordinamento non obbliga né proibisce al decisore di portare a termine un'azione, restando indifferente sul punto.

Il secondo contesto, quello relativo all'origine della discrezionalità, prende in considerazione la delegazione di un potere come una delle fonti della

²³⁷ V. T. MAZZARESE, *Permesso forte e permesso debole*, in *Analisi e diritto 2000*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2001, 113 ss.

discrezionalità stessa. Come si è visto nel secondo capitolo a proposito del potere normativo (II.1.2) l'ambito della discrezionalità in questo senso è precisamente quello delle azioni che sono descritte a partire dal risultato istituzionale o cambiamento normativo prodotto dall'esercizio di un potere conferito da una regola costitutiva²³⁸.

Secondo Lifante Vidal combinando tra loro i significati che possono darsi ai tre concetti chiave della nozione di discrezionalità (libertà, vaghezza e pote-

²³⁸ Questa nozione sembra distaccarsi da quella gianniniana che, individuato nel risultato del potere discrezionale un *quid novi*, ritiene che questo non possa essere definito una norma giuridica (M.S. GIANNINI, *Il potere...*, cit., 91). Mi sembra che si tratti, però, soltanto di una questione di nomi. Quello che invece mi pare distacchi in senso più sostanziale la nozione che si va delineando da quella di Giannini è che il c.d. potere discrezionale non sembra distinguibile dal potere di porre in essere il *quid novi* che Giannini chiama regola, ossia non vi sono altre qualificazioni sostanziali (a esempio la ponderazione di interessi o l'applicazione di regole di buona amministrazione, ecc.) che valgono a operare distinzioni di genere o specie tra una discrezionalità e l'altra. Vero è che in questo modo non vi sarebbe distinzione tra il potere normativo privato e quello di un'autorità amministrativa, poiché l'ambito della discrezionalità sarebbe identificato da una serie di restrizioni normative a una decisione. Così, a esempio, la decisione di stipulare un contratto, soggetta evidentemente a una serie di restrizioni normative, sarebbe discrezionale. Quest'ultima è, però, a sua volta una conclusione controintuitiva: più plausibile è, invece, parlare di una 'discrezionalità contrattuale' facendo riferimento ai poteri che sorgono da un contratto. Su tale ultimo terreno recenti analisi mostrano interessanti punti di convergenza nell'area del *common law* tra le tecniche di controllo giurisdizionale della discrezionalità amministrativa e di quella contrattuale: v. T. DAINITH, *Contractual Discretion and Administrative Discretion: A Unified Analysis*, in *The Modern Law Review*, 4/2005, 554 ss. Tornando al discorso della non convenienza, in linea di massima, di parlare di una discrezionalità nell'esercizio dei poteri privati, non è, peraltro, necessario che la differenza tra potere pubblico e potere privato sia ricondotta a un modo peculiare di rilevare del fine, che per l'amministrazione è parte del conferimento del potere. In una qualche misura tale fine rileva (come si dirà tra poco), ma in un modo che non richiede di definire in termini sostanziali il merito della scelta. Quello che, invece, connota senz'altro i poteri pubblici, che in questo senso specifico possono dirsi discrezionali, è che l'ambito della discrezionalità viene determinato dal funzionamento di un'organizzazione predisposta per prendere decisioni ed in qualche misura munita di una legittimazione politica. La legittimazione del merito amministrativo e la sua insindacabilità (intesa come insindacabilità della discrezionalità) derivano secondo A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 156, nota 227, dal principio di rappresentanza democratica. Questo risponde a ben vedere alla logica dell'allocazione di potere che distingue una strategia particolaristica da una universalistica. Allocated il potere, risulta determinata la responsabilità decisionale. In una ottica simile v. anche P. SIRACUSANO, *Ruolo creativo del giudice e principio di legalità nella responsabilità civile da illegittimo esercizio del potere discrezionale*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 562, anche se questo autore sottolinea la decisione ordinamentale di non scegliere più che l'allocazione di potere. Come si vede questo accostamento si collega a sua volta al principio di autonomia come libertà positiva di cui si è parlato in precedenza.

re) se ne ottengono due significati molto diversi tra loro, che chiamerò, rispettivamente, discrezionalità-i (interstiziale) e discrezionalità-n (normativa)²³⁹.

La discrezionalità-i concerne l'idea della libertà come permesso debole, e si origina a causa dei problemi di indeterminatezza del diritto nei casi di frangia, ossia nella *twilight zone*, vale a dire che è comunque connessa con il problema della sussunzione di un caso nel predicato fattuale di una norma. Facendo riferimento a un organo pubblico (giudice o autorità amministrativa) in questo caso il potere riguarda soltanto la competenza formale a prendere una decisione, che nel caso del giudiziario è in genere una decisione 'risolutiva'.

La discrezionalità-n, viceversa, concerne maggiormente l'idea della libertà positiva, poiché qui il decisore ha la responsabilità di indicare un corso di azione e si tratta di una nozione più sostanziale del potere di compiere scelte²⁴⁰.

L'indeterminatezza è legata all'impiego di *standards*, vale a dire al fatto che la norma non stabilisce quale sia la condotta, mentre il potere è esattamente quello di stabilire un precetto, un nuovo assetto degli interessi: è quindi il potere-PL in senso anankastico derivante da una genuina regola costitutiva.

Si può visualizzare nel seguente modo quanto ora esposto²⁴¹:

	Discrezionalità-i	Discrezionalità-n
Libertà	Libertà negativa (permesso)	Libertà positiva (responsabilità)
Vaghezza	Problema di derivazione nomostatica	Qualità di non essere stata fissata la regola d'azione
Potere	Competenza formale (PR)	Introduzione di nuovo assetto di interessi (PL)
	<i>Esercitare discrezionalità</i>	<i>Possedere discrezionalità</i>

Secondo Lifante Vidal per intendere questa bipartizione si può fare riferimento alla differenza tra "possedere discrezionalità" ed "esercitare discre-

²³⁹ *Dos conceptos...*, cit., 38-41, l'autrice parla invece di discrezionalità-1 e discrezionalità-2.

²⁴⁰ V. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 260.

²⁴¹ Riadatto con la diversa terminologia da me impiegata al quadro sinottico proposto da I. LIFANTE VIDAL, *op. cit.*, 40.

zionalità”, in base alla quale un soggetto può esercitare discrezionalità qualunque non la possieda. Ma

cuando se dice que un órgano puede ejercer discrecionalidad sin tenerla, lo que realmente se está queriendo decir es que un órgano puede ejercer “discrecionalidad-1”, aunque no posea “discrecionalidad-2”. Y es que realmente la “discrecionalidad-1” no se puede poseer, sino en todo caso ejercitar; no puede verse como la característica de un determinado poder de decisión, sino como una propiedad de una decisión concreta, en la que un órgano, en su tarea aplicativa del Derecho a un determinado caso, al encontrarse con que la regulación jurídica es imprecisa, “puede” justificar más de una solución²⁴².

La discrezionalità-i ha come oggetto una decisione concreta e quindi essa è vista come un risultato, laddove la discrezionalità-n costituisce una proprietà di determinati poteri giuridici in base ai quali è possibile sapere che un soggetto è in possesso di discrezionalità prima che si verifichino le circostanze per il suo utilizzo. A parte, però, questa caratteristica strutturale, che fa leva in effetti sull’attribuzione di una competenza a sviluppare il diritto che nel caso della discrezionalità-i non sembra riscontrabile, non sembra che si possano indicare anche differenze qualitative. Ad esempio, anche per la discrezionalità-i si potrebbe pensare che, in determinati casi, la decisione vada assunta, o sia di fatto assunta, sulla base di una ponderazione di interessi. In entrambi i casi può aversi una discrezionalità forte, attinente al momento Z, poiché la specifica azione da compiere dipende dalle direttive create dall’agente.

Anche quella proposta è, peraltro, una distinzione che presenta un’area di incertezza poiché non può tracciarsi una linea di demarcazione netta tra l’indeterminatezza che sorge tra gli interstizi degli enunciati e quella ‘rivolta al futuro’. Come si è detto, un indicatore abbastanza affidabile è la vaghezza del conseguente²⁴³, laddove l’uso di *standards* nel predicato fattuale non sempre (anzi come visto si levano in dottrina molte voci critiche) viene considerata come attribuzione di un potere, in quanto, come avviene normalmente per i poteri privati, gli *standards* o clausole generali possono essere considerati anche un modo per delimitare l’esercizio di poteri o altre posizioni²⁴⁴.

²⁴² *Op. e loc. ult. cit.*

²⁴³ L’area in cui per eccellenza la scienza giuridica tedesca individua il momento della discrezionalità.

²⁴⁴ V. A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., 122, 243, ss., laddove spiega che, seppure il potere privato e quello pubblico sono strutturalmente identici, tuttavia essi si

Per cercare di far luce su questo punto si può tornare a una analisi strutturale delle norme, ripartendo dalla distinzione tra norme di fine e regole d'azione (disposizioni-D), introdotta nel primo capitolo (1.5). Per direttive, come si ricorderà, si era inteso individuare quelle norme, spesso chiamate principi, che indicano l'opportunità di dar luogo a un certo stato di cose nella più ampia misura possibile ma senza prestabilire un fine specifico. Le stesse si differenziano dalle regole di fine proprio per il fatto che queste invece stabiliscono un risultato concreto da perseguire ma lasciano indefinito il modo di raggiungerlo. Nel caso delle regole di fine il presupposto di fatto (il predicato fattuale) è configurato in modo chiuso, nel caso delle direttive le condizioni di applicazione sono configurate in modo aperto, o meglio non contengono altro se non l'opportunità di realizzare la condotta prescritta nel conseguente, ossia dare luogo a un certo stato di fatto nella misura più ampia possibile. Val la pena precisare che lo stato di fatto (il fine) generico o specifico va tenuto distinto dal risultato normativo del potere, che è il contenuto di senso dell'atto costituente una nuova norma. In realtà, dunque, le norme di fine hanno una medesima struttura, relativa alla circostanza, appunto, che il conseguente non è determinato, sebbene possa essere determinato, nel caso delle regole di fine, l'obiettivo (l'interesse pubblico) cui il potere è volto. Per determinatezza si deve intendere qui qualcosa di molto relativo, relativo, cioè, alla comparazione con la genericità del fine proprio delle norme programmatiche. Si pensi alle anzidette *lists of unranked decisional goals*, quelle attribuzioni di competenza, cioè, che si limitano a indicare una serie di obiettivi da perseguire contemporaneamente²⁴⁵. Rispetto a queste le regole

differenziano perché il primo viene a essere limitato dall'esterno da *standards* (che l'autrice chiama principi) ma è in sostanza uno spazio libero, il secondo, in quanto vincolato nel fine, è sindacabile dall'interno, in quanto percorso che dalla norma giunge alla decisione, la quale deve essere congruente con la realizzazione di uno stato di fatto indicato dalle norme. Sui problemi del tipo di sindacato sulla discrezionalità non mi soffermo. Volendo essere, forse, più precisi, si potrebbe dire che il potere in tutti e due i casi è semplicemente l'abilità di provocare un mutamento, ma sono le regole d'azione e le norme di fine che lo accompagnano a essere diverse. Sul punto v. M. ATIENZA, J.R. MANERO, *Illicitos atípicos*, cit., 102-3, 78 ss., che nell'individuare una stessa struttura tra la frode alla legge e lo sviamento di potere, ne individuano la differenza nel fatto che le conseguenze negative che si ricollegano causalmente o convenzionalmente al risultato normativo prodotto dall'esercizio del potere, in un caso sono disciplinate in forma negativa (frode), nell'altro caso sono disciplinate in forma positiva (sviamento), e ciò corrisponde al carattere discrezionale dei poteri attribuiti dalle norme di fine all'amministrazione, ed al carattere di libertà da esercitare entro certi limiti che contraddistinguono i poteri privati (p. 103).

²⁴⁵ Ad esempio si pensi ai numerosi obiettivi indicati dall'art. 6 del d.lgs. 114/1998 che le regioni devono perseguire nella programmazione della rete di vendita al dettaglio tra cui fa-

di fine appaiono determinate poiché indicano la realizzazione di un più circoscritto stato di cose. Ma questo stato di cose può essere altamente opinabile. Si ritorni all'esempio proposto nel primo capitolo sull'obiettivo fissato nel programma esecutivo di gestione che almeno metà del personale di un ente locale si impadronisca di una lingua straniera, dove le modalità per raggiungere questo obiettivo sono lasciate alla discrezionalità del dirigente. Una volta che questi abbia scelto mezzi che appaiono astrattamente idonei (non irragionevoli) il raggiungimento del risultato sarà sia altamente opinabile (cosa significa impadronirsi di una lingua straniera?), sia verificabile attraverso strumenti di controllo del tutto diversi da quelli giuridici. È chiaro che se nel termine prefissato soltanto il 10% del personale possiederà la richiesta conoscenza della lingua straniera non si dirà che era invalida la decisione assunta, ma che la relativa misura era inefficace ed al limite potranno aprirsi procedimenti di responsabilità, o le varie tecniche del controllo di gestione.

In entrambi i casi dovrà essere riconosciuto all'amministrazione un potere discrezionale (n), poiché qui l'incompletezza riguarda il contenuto di senso del risultato normativo (R) che spetta all'amministrazione definire. Negli esempi fatti la struttura normativa – a prescindere dall'uso di formule di conferimento espresso – implica necessariamente il conferimento di un potere di scelta orientato alle conseguenze. Ed anche in tale ipotesi il potere di scelta può riguardare il contestuale disegno delle regole (come nei due esempi fatti) o essere in parte guidato da certi binari predisposti, come nel caso dell'applicazione di misure sanzionatorie alternative, dove, accertata la violazione, occorre stabilire quale misura è più opportuna tra quelle previste.

Alle due tipologie delle norme di fine corrisponde intuitivamente una diversa ampiezza del relativo ambito decisionale. In presenza di norme programmatiche quello che si richiede al decisore è in realtà di fissare, in ciascuna occasione, quale è il concreto fine da realizzare, per dettare quindi ulteriori regole di fine o regole d'azione²⁴⁶. Ma determinare un fine concreto,

vorire la realizzazione di una rete distributiva che, in collegamento con le altre funzioni di servizio, assicuri la migliore produttività del sistema e la qualità dei servizi da rendere al consumatore; rendere compatibile l'impatto territoriale e ambientale degli insediamenti commerciali; salvaguardare e riqualificare i centri storici, ecc.

²⁴⁶ Si pensi a esempio all'emanazione di un piano regolatore in relazione al quale il Comune può scegliere se definire compiutamente la conformazione del territorio (regole d'azione) o indicare un risultato relativamente chiuso (a esempio la realizzazione di un certo comparto produttivo munito di determinate caratteristiche), delegando agli organi applicativi il potere di scegliere il modo migliore di realizzarlo (piano esecutivo finalizzato all'esproprio, convenzione con i proprietari, ecc.) (regole di fine).

a partire da direttive astratte, comporta evidentemente valutazioni di ordine squisitamente politico²⁴⁷. Nel caso delle regole di fine, invece, il decisore deve formulare unicamente una valutazione sul modo migliore per ottimizzare il fine previsto dalla regola, poiché la determinazione delle condizioni in cui deve perseguirsi il fine è indicato dalla norma. È a questo proposito che si potrebbe parlare di una ‘discrezionalità tecnica’ del decisore, nel senso che in questo caso la politicità della scelta può essere predicata soltanto in modo indiretto, cioè come appartenenza del decisore al circuito democratico, ma non vi è alcuna scelta di interessi relativa ai fini da perseguire. Qui il predicato ‘tecnica’ è cioè relativo alla presunta e normale *expertise* che i funzionari professionali debbono possedere per un principio, che, con riferimento all’amministrazione pubblica, può essere anche ricercato nell’art. 97 Cost., mediante il collegamento tra buon andamento ed obbligo di accesso alla carriera di funzionario di una pubblica amministrazione attraverso un concorso; ma che sembra riguardare, in realtà, qualsiasi organizzazione. Se si torna all’esempio dell’innalzamento professionale e culturale dei dipendenti, qualora tale obiettivo dovesse essere realizzato da un dirigente di un’impresa privata, egli sarebbe nella medesima posizione del dirigente pubblico. Il potere di imporre sanzioni, prevedere incentivi, ecc. sugli altri dipendenti per perseguire l’obiettivo non potrebbe che dare luogo all’esercizio di una scelta di opportunità rispetto ai mezzi a disposizione, non potrebbe certo parlarsi di una scelta ‘libera’²⁴⁸. Uno dei caratteri che differenzia il potere discrezionale dal potere libero di un privato è probabilmente il fatto che la discrezionalità implica che chi la possiede sia un soggetto inserito in una struttura gerarchica predisposta per prendere decisioni²⁴⁹, ma non è necessario che questo sia un potere pubblico in qualche senso sostanziale da dare alla parola ‘pubblico’. Quello che può dirsi è che vi potrà essere un potere

²⁴⁷ J. AGUILÓ REGLA, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, 2000, 86. Si tratta quindi di una discrezionalità del tutto simile a quella che possiede il legislatore, il quale anche lui – nei moderni sistemi costituzionali, tra l’altro in una situazione di forte integrazione o interdipendenza che costituisce un ulteriore limite – esercita discrezionalità e non certo manifesta il proprio libero arbitrio.

²⁴⁸ In sostanza, a proposito di tesi come quella di Daria De Pretis, sulle valutazioni amministrative riservate, il punto debole sta a mio avviso nel fatto che la legittimazione democratica degli apparati amministrativi e la loro *expertise* è molto plausibile che siano le ragioni per cui il legislatore conferisce discrezionalità, ma sono appunto una giustificazione, un motivo, non la causa del fatto che la valutazione sia riservata, che è ciò che bisognerebbe dimostrare.

²⁴⁹ R. DWORKIN, *Taking Rights ...*, cit.

privato discrezionale²⁵⁰ ed un potere privato libero ed invece che il potere pubblico è solo discrezionale.

I casi più problematici, come si è visto, sono quelli delle norme non di fine, ma che presentano problemi di vaghezza nel predicato fattuale, pur essendo già definita dalla norma la conseguenza²⁵¹. Si tratta di norme, contraddistinte da vari gradi di vaghezza o ambiguità, cui non si attaglia – come si vide del resto sin dal primo capitolo – lo schema della deduzione applicativa. Chi formula una norma che imponga a esempio di usare tutti gli opportuni accorgimenti per diminuire l'emissione di gas inquinanti di un certo tipo di fabbriche, piuttosto che fissare dei precisi limiti di emissione, probabilmente intende semplicemente allocare potere decisionale sui giudici. In tale ipotesi non pare si potrebbe escludere, con argomenti inesorabili (come a esempio dimostra anche la discussione sul modello Chevron) che siamo in presenza di discrezionalità-n o, che è lo stesso, di un potere-PL dell'autorità amministrativa che sia chiamata a rilasciare un'autorizzazione o comminare una sanzione. In fondo è quello che dice la giurisprudenza dinanzi a concetti quali l'affidabilità per l'uso delle armi. La differenza, però, rispetto alle norme di fine, è che le valutazioni riguardano pur sempre la qualificazione di fatti ed allora – sulla scorta di un dibattito presente in tutti gli ordinamenti – rimane aperta la possibilità, schematizzando e semplificando, tra la scelta del modello 'tedesco' (alla Tezner) o del modello americano del caso Chevron. Come visto, peraltro, in altri contesti (meno legati alla tradizione germanica) non si ha alcuna difficoltà ad ammettere che la discrezionalità possa riguardare tutti i momenti del percorso che dalla norma astratta giunge alla norma concreta.

Anche questa discrezionalità mi pare abbia poco a che vedere con la discrezionalità politica, se non nel senso (non giuridico) che in casi del genere, quando la tecnica non aiuta a colmare l'area della vaghezza, il decisore potrebbe assumere un 'calcolo dei fini' che abbia indirettamente effetti politici. La questione è del tutto evidente: definire in un certo modo una 'stationary source' (caso Chevron) potrebbe in ipotesi spostare risorse economiche ingenti verso un fine od un altro ed a favore di un gruppo, economico o sociale, o di un altro. Questi erano i timori espressi dalla teoria della *capture* che secondo la surriferita descrizione offerta da Merrill avrebbe caratterizzato

²⁵⁰ V. la ricostruzione effettuata da DAINITH, *Contractual discretion and Administrative Discretion*, cit., 565 ss.

²⁵¹ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 420, nota che in genere «l'esistenza o l'inesistenza di alternative circa la conseguenza non dà luogo a problemi».

l'approccio delle corti statunitensi – improntato a un controllo esteso delle 'interpretazioni' dell'amministrazione – fino a Chevron. Ma l'approccio di Chevron è, al contrario, che chi può determinare così grandi conseguenze sia 'politicamente' responsabile nei confronti della nazione.

A parte ciò, si tratta anche in questo caso di una discrezionalità non politica, perché non comporta, almeno apertamente, ponderazione di interessi (nel senso della ponderazione tra interesse primario ed interessi secondari) definire il concetto di 'mercato rilevante' o di 'attendibilità' o di 'giusta causa' e così via.

Quando, a esempio, la giurisprudenza fa riferimento alla valutazione di opportunità sulle condizioni per il rinnovo della licenza di porto di fucile per uso caccia parlando di una valutazione "ampiamente discrezionale" sul giudizio di affidabilità circa l'uso delle armi, non mi sembra che qui il richiamo alla nozione della discrezionalità amministrativa che Giannini con la sua autorità ha consegnato alla scienza ed alla giurisprudenza, abbia alcuna forza esplicativa. Qui non vi è nessun interesse da comparare, vi è soltanto da stabilire in base a un giudizio d'esperienza se un soggetto potrà commettere degli atti contrari all'ordine ed alla sicurezza pubblica o meno.

Se si parla di un potere 'riservato', come a esempio con molte cautele fa – abbastanza in controtendenza rispetto alla letteratura prevalente – Daria De Pretis²⁵², si dovrà dire che l'amministrazione ha un potere-PL; se si opta per l'altra strada si dovrebbe dire che l'amministrazione ha, invece, un potere-PR. In questo secondo caso, in pratica, la derivazione nomostatica delle norme deduttivamente applicabili non opererebbe, evidentemente, in base alla struttura della norma, ma in forza di una ulteriore metanorma, creata dagli 'interpreti', che assegna a queste fattispecie lo stesso ruolo delle norme deduttivamente applicabili. Ma proprio per tale ragione non può che trattarsi di una scelta, consistente, appunto, nel desiderio (v. I.1.1.3), che andrebbe esplicitato, di non massimizzare la discrezionalità bensì il controllo giudiziale. Come già osservato, che si voglia, poi, negare che qui non vi è discrezionalità perché manca la politicità, appartiene a un ambito di definizioni stipulative che può anche essere accettato, ma che non sembra mutare i termini della questione. L'unica cosa che credo non sia corretto asserire, per mascherare tutte le scelte suddette, è che nell'ipotesi in esame non vi sia discrezionalità ma 'interpretazione'.

Implicito, in quanto sinora osservato, è che l'altro criterio spesso invocato per discriminare tra regola costitutiva di un potere e disposizione-D, quel-

²⁵² *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 243 ss.

lo della chiara intenzione del legislatore di attribuire un potere, è un criterio che incontra tutti i limiti di ogni criterio interpretativo che voglia basarsi sul ‘*legislative intent*’. Vi potranno essere dei casi in cui la disposizione contiene formule linguistiche inequivocabili (quelle ricordate dalla dottrina tedesca), ma il fatto è che in tutti gli altri casi, come visto, non si sa cosa fare ed il silenzio del legislatore può essere interpretato in molti modi diversi²⁵³. Dire che esiste, a esempio, una norma implicita nell’ordinamento per cui tutti i poteri devono essere conferiti all’amministrazione mediante formule linguistiche espressive (può ..., ha il potere di ..., ecc.), significa rinviare a una giustificazione del perché esisterebbe questa norma e quindi si torna al problema di partenza²⁵⁴.

Come si sarà notato, in questa sezione ho finito per prendere posizione sul fatto che nei casi di vaghezza interstiziale vi sia discrezionalità, chiamata appunto discrezionalità-i. Come ho già detto, però, non è una posizione ‘definitiva’, è più che altro un’intuitiva ‘simpatia’ per le tesi che si ispirano all’insegnamento di Hart su questo punto, e volendo essere sinceri sino in fondo – essendo anch’io un giurista – dalla sensazione, quando ‘interpreto una disposizione’ (come ho già fatto qua e là in questo libro e come farò soprattutto in alcuni paragrafi del prossimo capitolo) in un caso dubbio, di avere quasi sempre in mente la soluzione prima di ricorrere ai ‘canoni interpretativi’. Non si può, peraltro, pragmaticamente, dimenticare che molti studiosi e la maggior parte dei giuristi pratici ritengono invece che le lacune debbano e possano essere colmate mediante interpretazione. Ad ogni modo, quello che mi sembra invece di dover ribadire è che in effetti in questi casi non si possa mai parlare del conferimento di un potere, proprio perché quello che si realizza qui in modo più evidente di quanto accada quando si ricorre agli *standards*, è un ‘fallimento della comunicazione’, e da un fallimento della comunicazione non si può ricavare un potere normativo, si deve semplicemente ricorrere alle risorse disponibili per risolvere quel singolo caso.

Un ultimo punto su cui mi soffermo rapidamente, soltanto perché an-

²⁵³ V. a esempio ANONIMO, *A Pragmatic Approach to Chevron*, in *Harvard Law Review*, n. 112, 1999, 1723 ss., dove si propone di risolvere il problema che sorge dal primo passo del *test* Chevron, quello che deve condurre a stabilire se il Congresso ha parlato in modo chiaro o ambiguo, utilizzando il particolare metodo linguistico sviluppato dal filosofo Paul Grice, per dimostrare che non si deve parlare di chiarezza e ambiguità potendosi arrivare a dimostrare se vi sia o meno, nel silenzio del legislatore, una implicita delegazione di potere.

²⁵⁴ Diverso sarebbe a esempio se una Costituzione contenesse una norma formulata in quel modo, oppure se nell’ambiente di riferimento esistesse una regola ‘interpretativa’ indiscussa di tale tenore.

ch'esso è emerso implicitamente, è che non mi pare che abbia particolare valore esplicativo, rispetto a un'analisi strutturale, l'immagine della discrezionalità come ponderazione di un interesse pubblico primario con interessi pubblici e/o privati secondari. Può essere che a volte sia così, che questa immagine possa essere a volte servita alla giurisprudenza per costruire certe figure sintomatiche di eccesso di potere (la famosa mancata presa in considerazione di un interesse che irrefutabilmente doveva essere tenuto presente), ma il più delle volte appare come una formula che copre la 'politicalità'²⁵⁵ o la 'tecnicità' (nell'accezione sopra specificata) della scelta, ed in tal senso sa di concettualismo. So bene che liquidare in due battute una formula di tale portata simbolica può sembrare superficiale. Ma oltre a confidare nel fatto che la spiegazione offerta dei poteri discrezionali come poteri normativi consegnati a soggetti inseriti in una 'struttura' creata per assumere decisioni possa essere quantomeno plausibile – ed in essa non si è sentito il bisogno di introdurre ulteriori definizioni di carattere sostanziale – mi limito a richiamare l'analoga diffidenza che da ultimo ha manifestato Andrea Orsi Battaglini sulla questione della discrezionalità²⁵⁶.

5. *Brevi considerazioni di sintesi*

La domanda di partenza, quando un atto possa dirsi vincolato, non ha dunque una risposta secca. Direi che il provvedimento vincolato è oggi un *nomen* previsto dall'art. 21-*octies* a certi fini, cui non è detto debba essere attribuito necessariamente valore categoriale. Si possono, in particolare avere almeno due nozioni di 'vincolatezza' (o forse tre: v. *infra*), mentre mi pare che una strategia delle regole come contrapposta a una strategia della funzione nell'ambito del diritto amministrativo sia meglio rappresentata dalla dicotomia accertamento-discrezionalità-n. Mi pare, infatti, che si possa ritenere confermata l'ipotesi che tutta l'attività amministrativa si presti a essere ripartita in un'area dell'accertamento ed una della discrezionalità, senza necessità di ricorrere a ulteriori categorie. Vero è che non risulta agevole

²⁵⁵ In che senso, giuridicamente pregnante, costituiscono una ponderazione tra interesse primario ed interessi secondari le scelte che sono rimesse a un consiglio comunale su che opere pubbliche inserire nel programma triennale? Sul se a esempio privilegiare i quartieri poveri o lo sviluppo della portualità? Oppure su come formare il bilancio? E così via?

²⁵⁶ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 124-125, 154-158, 162-166, spec. nt. 240, 163-164.

incasellare le diverse ipotesi di relazione norma-azione amministrativa nell'una o nell'altra, ma la virtù della totale compiutezza delle tassonomie non è attribuibile neanche alle altre classificazioni, anzi aumentando le categorie i problemi classificatori aumentano.

Nel capitolo IV, nella lettura dell'art. 21-*octies*.2 prima parte, si erano proposte alcune ridefinizioni a partire dal fatto che nella disposizione si mette vicino al sintagma 'provvedimento vincolato' l'aggettivo 'palese', riferito all'assenza di alternative del contenuto concreto del provvedimento. Si erano proposte due coppie di riformulazioni al loro interno praticamente, anche se non concettualmente, equivalenti:

1) la parola 'palese' non assume alcuno specifico significato precettivo:

[x₁] se la competenza ad adottare un atto non comporta l'esercizio di potere discrezionale o valutativo, l'unico contenuto dispositivo corretto è quello 'risolutivamente' affermato da un organo giurisdizionale a ciò preposto, dando luogo a quella accezione della certezza giuridica che si riferisce all'esigenza, soddisfatta attraverso tecniche di fp-2.2.2, di definitività dei rapporti giuridici;

[x₂] qualora si possa escludere la presenza di un qualche tipo di discrezionalità o di valutazione è sempre possibile ricavare da una norma un (il) solo risultato corretto.

L'equivalenza risiede nel fatto che comunque si demanda al giudice di stabilire quale è il contenuto dispositivo che palesemente non aveva alternative.

2) La parola palese è intesa come parte del *definiens* di un atto vincolato o di una sottoclasse degli atti vincolati:

[y₁] sono atti vincolati quelli per i quali dal predicato fattuale e dal conseguente della norma da applicare non sorgano dubbi applicativi, oppure non si pongano 'questioni interpretative';

[y₂] vi è una sottoclasse degli atti vincolati connotata dall'essere palese del risultato applicativo.

Ebbene, intanto si può ribadire che l'area dei casi facili rientra sicuramente nella nozione di provvedimento vincolato (in tutte e quattro le ridefinizioni) e ne costituisce, anzi, il nucleo essenziale, condizionante comunque il regime della categoria che deve essere retto dalla tecnica della "deduzione applicativa", con tutte le conseguenze che si sono viste nei capitoli secondo e terzo. Non bisogna, peraltro, pensare che si tratti di pochi e limitati casi²⁵⁷,

²⁵⁷ Cioè che i casi in cui non si richiede un'interpretazione ma l'applicazione deduttiva

sono invece forse la maggioranza dei rapporti che si consumano quotidianamente presso le pubbliche amministrazioni. Basti considerare le ipotesi esaminate nelle sezioni precedenti, o le miriadi di atti che non passano mai al vaglio di un giudice.

In base a quanto visto nel paragrafo precedente, non dovrebbero, in secondo luogo, esservi particolari difficoltà a far rientrare nella definizione di provvedimento vincolato l'area dei casi di frangia, adottando la riformulazione n. 1). La discrezionalità-i può, infatti, rientrare nell'ambito concettuale del provvedimento vincolato per il fatto che essa è normalmente esercitata dai giudici in tutti gli ordinamenti e non attiene, come visto, a un potere in senso anankastico: essa è 'esercitare discrezionalità', ma non 'possedere discrezionalità'. In questa ipotesi ci si accontenta, dunque, che l'azione sia regolata, anche se non 'vincolata in ogni suo possibile aspetto' e si sceglie la versione della certezza propria del fp-2.2.2 sotto forma di definitività delle decisioni²⁵⁸. L'azione vincolata, in altre parole, coincide con l'assenza di discrezionalità-n e tende a coprire ogni fattispecie a prescindere dal fatto che potrebbero presentarsi in sede applicativa casi di discrezionalità-i.

Volendo anche giustificare politicamente questa scelta, per un verso, si dovrebbe fare riferimento alla massimizzazione della logica del risultato. Per altro verso sembrerebbe spingere in questa direzione un certo ideale, connesso alla *rule of law*, circa la separazione dei poteri. Potrebbe, inoltre, apparire più semplice (o meno complicato) non introdurre differenze di regime giuridico fondate su un criterio che finisce per dare rilevanza al caso concreto. In sostanza, riprendendo un esempio del primo capitolo, l'irregolarità formale in cui incorresse il guardaparco nell'applicare la sanzione relativa alla violazione della regola 'nessun cane nella riserva naturale', sarebbe ininfluenza sulla multa irrogata al proprietario del levriere ed inficerebbe, invece, quella irrogata all'automobilista che transiti nella riserva con il proprio cane a bordo, considerando che questo secondo caso sembra ricadere nell'area di frangia della norma. Però si deve anche dire che in casi del genere – dinanzi a interessi oppositivi – le forme assumerebbero di fatto quel ruolo anche di maggior garantismo e di '*resolution*' che in tale contesto si riconosce loro, poiché si potrebbe osservare che l'incertezza regolativa sarebbe compensata dal maggior rigore formale.

della regola coincidano con quelli identificabili in base ai rigidi criteri individuati nel caso Dalprà, che peraltro utilizza l'ambigua categoria degli atti dichiarativi ed espelle completamente qualsiasi accesso al fatto.

²⁵⁸ Vale a dire il formalismo che si ispira al principio di uguaglianza dinanzi alla legge ed alla giustizia formale (C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., 517).

La scelta interpretativa n. 2) potrebbe, invece, ispirarsi a giustificazioni tendenti a restringere la portata della regola sull'illegalità praticabile in nome di esigenze di garantismo procedimentale, sostenendo che l'aggettivo palese è un elemento del *definiens* e che l'ancoraggio va ricercato il più possibile nella regola che si può trarre dal caso Dalprà.

Quanto alla discrezionalità-n dei casi di "vaghezza socialmente tipica", si tratta di effettuare una scelta ancora più a monte, nel senso che alle suddette possibili ragioni se ne aggiungono di ulteriori e di maggiore peso specifico. Come visto la scienza giuridica si divide sulla base di discussioni dogmatiche sul decidere se la concretizzazione di *standards* dia luogo a valutazioni riservate o meno. Chi ritiene che non vi siano in tali casi riserve di potere (io preferisco dire conferimento di potere) per l'amministrazione dovrebbe qualificare i relativi atti come atti vincolati e ritenere applicabile anche a tali casi l'art. 21-*octies* (a esempio concessione della cittadinanza, porto d'armi, ecc., ma anche fattispecie più complesse come quelle dove la giurisprudenza parla di discrezionalità tecnica e non di semplice discrezionalità). A questo riguardo si possono spendere molti argomenti, come visto in precedenza, ma non ve ne sono di inesorabili sul piano giuridico. Ai due estremi ideali si collocano i due accostamenti antitetici della dottrina germanica dei concetti vaghi e della dottrina statunitense del modello *Chevron*. Si deve tenere inoltre conto del fatto che nel 'calcolo decisionale' andrebbe oggi incluso anche il fatto stesso che l'una o l'altra opzione può rendere applicabile o meno il regime dell'illegalità praticabile²⁵⁹.

Entro la prospettiva fin qui seguita, se si vuole infine dare una definizione che colga elementi strutturali del tipo di fenomeno giuridico da descrivere, e non si limiti a indicare uno spazio residuale, la definizione più appropriata della cosiddetta attività vincolata è quella di attività amministrativa di accertamento, la quale appare ben distinguibile dall'attività discrezionale qualora si consideri quest'ultima come attività normativa. L'attività discrezionale, sebbene sottoponibile a vincoli, nella sua accezione di discrezionalità-n non sembra possa mai coincidere con un accertamento, anche scontan-

²⁵⁹ Proprio questo elemento può forse spingere a preferire l'opzione della discrezionalità, poiché sembra abbastanza evidente che qui il meccanismo che è alla base del formalismo pratico 2.1, e quindi della strategia basata sulle regole, ossia l'applicabilità deduttiva, richiede di essere fortemente supportato da una teoria dell'interpretazione particolarmente esigente sul piano della possibilità di giungere comunque alla soluzione corretta (sul modello del giudice Ercole di R. DWORKIN, *Taking Rights ...*, cit., 204 ss., che infatti nega la discrezionalità giudiziale ed afferma che è sempre possibile sulla base dei principi pervenire all'unica soluzione giusta).

do che l'accertamento non sia interamente riconducibile a un contesto di disvelamento di significati preesistenti all'attività di accertamento stessa. Questa nozione consente in particolare di non dare troppo peso alla difficoltà di risolvere l'alternativa tra attività vincolata come area dei casi facili ed attività vincolata come area residuale rispetto alla discrezionalità-n, riguardandole entrambe. L'accertamento, infatti, come ogni cosa nel diritto, non ha un significato ontologico o naturalistico, ma tecnico. Si riferisce, in altre parole, alla certezza del fp-2. In questo senso l'attività di accertamento esprime, tecnicamente, la proiezione sul piano dell'applicazione del diritto della strategia decisionale secondo le regole che utilizza tecniche di formalismo pratico 2.2 ausiliarie al fp-1 e 2.1. Ritornando alla questione dell'autorità delle interpretazioni del diritto, si può ora precisare, seguendo ancora Tonoletti²⁶⁰, che la latitudine dell'accertamento amministrativo è la stessa dell'accertamento giurisdizionale e proprio per questo, come visto, è possibile far rientrare la discrezionalità interstiziale, che è normalmente propria anche del giudiziario²⁶¹, in una definizione di provvedimento vincolato.

Nell'ordinamento italiano, peraltro, una fondamentale differenza tra accertamento giudiziale ed accertamento amministrativo sembra risiedere nel fatto che soltanto l'accertamento giurisdizionale, pur non avendo il monopolio dell'accertamento, è, secondo una regola costituzionale, insostituibile. Analogo è, invece, il carattere secondario dell'attività, essendo

l'effettività dell'ordinamento ... affidata primariamente al comportamento spontaneo dei destinatari delle disposizioni normative²⁶².

²⁶⁰ B. TONOLETTI, *L'accertamento ...*, cit., 91-93.

²⁶¹ Questo non significa, come si è visto, che a volte o spesso i giudici non esercitino anche discrezionalità-n, si pensi alla discussione sugli *standards* valutativi elaborati dalla Casazione. Ma questa può essere considerata attività giurisdizionale soltanto nel senso che è pur sempre strumentale alla definizione risolutiva di un caso. Discute questa distinzione F. BENNION, *Distinguishing Judgment and Discretion*, in *Public Law*, 2000, 368 ss.

²⁶² *Op. ult. cit.*, 92, con riferimento a G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, III ed., 1923, rist. Napoli, 1965, 290 ss. Ricordo ancora quanto afferma H.L.A. HART, *The Concept ...*, cit., 150-160: «in ogni ordinamento giuridico viene lasciato un ampio e importante spazio all'esercizio della discrezionalità da parte dei tribunali e di altri funzionari nella determinazione di criteri inizialmente vaghi, nel chiarimento delle ambiguità delle leggi, nello sviluppo e nella determinazione di norme trasmesse soltanto in modo generico per via di precedenti dotati di autorità. Tuttavia queste attività, per quanto siano importanti e non siano state sufficientemente studiate, non devono mascherare il fatto che sia la cornice in cui hanno luogo sia il loro principale risultato finale sono costituiti da norme generali. Si tratta di norme la cui applicazione può essere provveduta dai sin-

Nei casi, infine, di discrezionalità legata a una genuina attribuzione di potere normativo – norme di fine – che comprende a esempio anche ipotesi discusse, come i poteri che prevedono misure sanzionatorie alternative, il problema relativo alla prima parte dell'art. 21-*octies*.2 non si pone, sebbene ovviamente si pone anche per questi il problema della seconda parte della disposizione. Si potrebbe forse ipotizzare una futura tendenza della giurisprudenza ad applicare con maggiore elasticità tale disposizione, attenuando cioè l'onere probatorio richiesto all'amministrazione, magari distinguendo tra quella che si è definita 'discrezionalità tecnica' (regole di fine) e la discrezionalità politica (direttive), visto che nel primo caso la discrezionalità appare meno ampia. Oppure, da altro punto di vista, riproponendo allo stesso scopo la nozione di attività a basso tasso di discrezionalità (di cui peraltro non saprei fornire alcuna ridefinizione o esemplificazione). Ma su questo, a parte osservare che sarebbe una forzatura della norma, non avrei altro da osservare e non so neanche se si tratti di un'ipotesi effettivamente plausibile di previsione del comportamento dei giudici.

L'ultima osservazione, che si ricollega in effetti alla prima, è che la tecnica non compare tra le proprietà da ricercare in un atto per decidere del suo carattere vincolato o meno, così come correlativamente per decidere del suo carattere discrezionale. I giudizi tecnici sono parassitari ora dell'uno ora dell'altro modello. Si può anzi dire che in certi casi, quando l'esito è affidato a un giudizio tecnico-scientifico, ancorché opinabile, si è più vicini a un risultato determinabile che in altri casi, quando il risultato appare invece dipendere da cosiddette regole d'esperienza, dal buon senso del decisore, da principi morali, ecc.

Si segnalano, peraltro, già alcuni precedenti in cui le corti hanno affermato che l'art. 21-*octies*.2 è applicabile anche in caso di vizio riconducibile ad attività 'tecnico-discrezionale'²⁶³.

goli stessi di caso in caso, senza un ulteriore ricorso a una direttiva o alla discrezionalità dei funzionari» (evidenziazione mia).

²⁶³ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 24 novembre 2005, n. 2086; Cons. Stato, sez. VI, 25 maggio 2005, n. 2645.

CAPITOLO VI
REGIME SOSTANZIALE
E PROCESSUALE DELL'ATTO VINCOLATO

SOMMARIO: 1. Per un inquadramento dell'illegalità praticabile degli atti vincolati mediante alcuni elementi di carattere processuale. – 1.1. Premessa. – 1.2. Inconfigurabilità di ipotesi di annullamento per vizi formali di un atto vincolato. – 1.3. L'oggetto del giudizio relativo a un provvedimento vincolato (rinvio). – 1.4. Inammissibilità della proposizione di vizi-motivi formali nei confronti di provvedimenti vincolati e sua rilevanza d'ufficio. – 2. Cenni riassuntivi sulla qualificazione concettuale dell'illegalità praticabile degli atti vincolati. – 3. Sindacato giudiziario sugli atti vincolati. – 3.1. Sindacato giudiziario sugli interessi pretensivi. – 3.1.1. Vi è ancora 'spazio' per la sequenza azione vincolata-diritti-giurisdizione ordinaria? – 3.1.2. Giurisdizione esclusiva sulla dichiarazione di inizio dell'attività tra bipolarità e multipolarità. – 3.2. Sindacato giudiziario sugli interessi oppositivi.

1. Per un inquadramento dell'illegalità praticabile degli atti vincolati mediante alcuni elementi di carattere processuale

1.1. Premessa

Il discorso condotto nei capitoli precedenti può essere visto anche come un tentativo di tracciare il quadro dei fondamentali riferimenti teorici e dogmatici implicati nella metanorma di cui all'art. 21-*octies*.2, prima parte della l. 241/1990. Come ho già ripetuto, da un lato quei riferimenti possono essere utili a collocare in una concezione più comprensiva questa discussa previsione, dall'altro lato quest'ultima conferma e giustifica determinate modalità operazionali del formalismo pratico. È, comunque, ora venuto il momento di affrontare alcuni problemi di ordine più strettamente applicativo. L'ipotesi che cercherò di difendere è che dalla suddetta disposizione possano ricavarsi indicazioni di carattere generale sul regime processuale degli atti vincolati, in particolare, per un verso, la loro piena sindacabilità nel merito e 'sostituibilità' da parte del giudice, per altro verso,

la loro annullabilità da parte del giudice ordinario.

Per ragioni tattiche mi limiterò soltanto ad alcuni cenni sul problema della giurisdizione in materia di sindacato degli atti vincolati, lasciandolo sullo sfondo. Parlerò di qui in avanti genericamente di giudice, ma di fatto avendo in mente soprattutto il giudice amministrativo. Questo accorgimento si spiega molto semplicemente: sebbene non sia affatto persuaso della bontà delle giustificazioni offerte circa il fatto che il giudice amministrativo conosca (di molti) degli atti vincolati (anche quando beninteso non sia munito di giurisdizione esclusiva), non posso ignorare qual è al riguardo l'orientamento sia della scienza giuridica sia della giurisprudenza. E di conseguenza non posso trascurare il fatto che applicatore dell'art. 21-*octies*.2 è stato finora il solo giudice amministrativo. Ma, come si è visto in precedenza, anche entro l'orientamento dominante si danno casi in cui la giurisdizione sugli atti vincolati è attribuita al giudice dei diritti (a esempio con riferimento ad alcuni c.d. atti dichiarativi), senza considerare quegli altri casi in cui la giurisdizione spetta al giudice ordinario (o ad altro giudice speciale) in funzione di una regola di riparto per materia. Si pensi alle sanzioni amministrative, alla tutela giurisdizionale dello straniero, agli atti che intervengono nell'ambito di un rapporto di lavoro alle dipendenze di una pubblica amministrazione, agli atti tributari. Perlopiù tali ipotesi riguardano la cognizione di atti di accertamento emessi da organi amministrativi. Non si può, dunque, escludere che la disciplina della non annullabilità contenuta nella l. 15/2005 abbia rilevanza anche in controversie che si svolgono dinanzi a organi giudiziari diversi dal giudice amministrativo e spesso muniti di poteri di annullamento¹. Anche questo giustifica il riferimento nelle pagine seguenti a un giudice non meglio specificato, sebbene, ripeto, mi muoverò nella prospettiva del giudice amministrativo e dell'interesse legittimo.

L'attenzione dei commentatori, per ragioni abbastanza ovvie, è in genere calamitata dalla parte della norma resa esplicita dall'enunciato normativo: il

¹ Destinatari della disposizione sono altresì quei particolari *iudici in re propria*, che sono gli organi amministrativi nell'esercizio del potere di auto-annullamento. Sul punto condivido l'opinione di F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Articolo 21 octies, comma 2* ..., cit., 612, sul fatto che tra i provvedimenti illegittimi annullabili d'ufficio ai sensi dell'art. 21-*nonies* l. 241/1990 non possono essere inclusi quelli che non sono annullabili dal giudice amministrativo. *Contra* M. D'ORSOGNA, *Articolo 21 octies, comma 1, Annullabilità del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., 607.

provvedimento di natura vincolata non è soggetto ad annullamento anche se in astratto – in base al comma primo dell'art. 21-*octies* – sarebbe annullabile perché adottato in violazione di legge o da un organo incompetente². Infatti, i critici si sono giustamente concentrati, perlopiù, sull'ipotesi del ricorrente che domandi l'annullamento di un atto vincolato a lui sfavorevole per vizi di forma (a esempio di un ordine di demolizione), lamentandone la diminuzione di garanzia, ma tralasciando le ipotesi che sono necessariamente implicate dalla disposizione stessa, in particolare l'ipotesi reciproca della precedente.

Vale a dire che, se il provvedimento vincolato non è annullabile quando assunto in presenza di taluni vizi di forma se non poteva essere diverso da quello in concreto adottato, allora il provvedimento vincolato è annullabile se il suo contenuto dispositivo avrebbe dovuto essere diverso da quello in concreto adottato. Nonostante questa affermazione sembri avere il sapore di un truismo, da essa, a mio avviso, si possono trarre alcuni corollari utili per meglio comprendere la fattispecie in esame.

1.2. *Inconfigurabilità di ipotesi di annullamento per vizi formali di un atto vincolato*

Il primo corollario è che non si danno ipotesi in cui l'annullamento avviene per la presenza di vizi formali. In sostanza, la suddetta affermazione va riformulata, perché abbia un senso logico compiuto, in quest'altro modo: il provvedimento vincolato è annullabile *se e solo se* il suo contenuto dispositivo avrebbe dovuto essere diverso da quello in concreto adottato. Ma questo non può che significare, 'in positivo', che il giudice è sempre chiamato a definire quale 'avrebbe dovuto' essere il contenuto del provvedimento. Mi pare, cioè, che per affermare di una disposizione che è/non è stata correttamente applicata – onde stabilire se il precetto concreto poteva o meno essere diverso – occorre indicare qual è la corretta soluzione del caso controverso. D'altronde, la limitazione della non annullabilità alle ipotesi in cui non sia in gioco la discrezionalità³ dipende proprio dal fatto che si suppone possibile determinare quale è il risultato corretto.

² Non prendo in considerazione il vizio di eccesso di potere, è appena il caso di osservare, perché esso non dà luogo per definizione a un vizio formale, oltre che per il fatto che (nonostante alcune opinioni contrarie) l'eccesso di potere non è configurabile in presenza di provvedimenti vincolati.

³ Da ora in avanti utilizzerò il termine discrezionalità in senso generico, ferme restando le opzioni indicate alla fine del capitolo precedente.

Questa conclusione deriva precisamente dal fatto che è proprio e soltanto un siffatto accertamento che consente di determinare che nel caso sottoposto all'esame del giudice, il parere obbligatorio, l'intervento del privato, il difetto di motivazione, ecc. non avrebbero potuto comportare un risultato diverso.

Anche in giurisprudenza si segnalano decisioni che, sebbene mediante argomentazioni e l'impiego di un lessico diverso, giungono a questo medesimo risultato. Come quando si afferma che l'art. 21-*octies*.2 prima parte disciplina l'ampiezza dei poteri del giudice amministrativo, chiamato oggi a giudicare non più solo sull'atto amministrativo, ma sul rapporto giuridico pubblico tra privato ed autorità, e quindi chiamato pur sempre a una valutazione sostanziale della posizione giuridica azionata, a prescindere dai vizi formali che non abbiano potuto influire sulla spettanza del bene della vita a essa sottostante⁴.

Ebbene, non è, allora, un effettivo nesso di causazione tra il possibile contenuto dell'intervento o del parere ed il contenuto dell'atto adottato a costituire l'oggetto dell'accertamento, proprio perché – come ho appena detto – logicamente preliminare all'ipotetico giudizio sull'incidenza causale degli omessi atti endoprocedimentali è l'individuazione della regola di condotta⁵. Ma siccome, in fattispecie di azione vincolata (attività di accertamento autonomo), lo 'scopo' dell'atto è solo la verifica sull'applicazione della disposizione-D preesistente all'atto, non avrebbe alcun senso, giunti ormai all'individuazione definitiva della regola concreta, e se questa risulti diversa dalla regola individuata dall'amministrazione, 'tornare indietro' per affermare che – poiché il cosiddetto contenuto dispositivo dell'atto avrebbe dovuto essere diverso da quello in concreto adottato – allora è dalla violazione "di norme sul procedimento o sulla forma degli atti" che consegue l'annullamento dell'atto stesso. Si può anche dire che il fatto che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato è (a) frutto di un giudizio *ex post* spettante al giudice, sul quale (b) non hanno alcuna influenza le forme procedimentali. In altre parole non assume alcuna rilevanza che il contenuto dispositivo concretamente adottato,

⁴ T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 9 settembre 2005, n. 4207. V. anche T.A.R. Lazio, Latina, 10 giugno 2005, n. 534.

⁵ Qui faccio generico riferimento per brevità alla regola di condotta concreta, ma in questo momento con essa intendo quell'accertamento di presupposti o condizioni, che spesso può limitarsi alla verifica di fatti (bruti, semplici, complessi, sociali, istituzionali).

nei casi in cui sia il frutto di un giudizio interpretativo scorretto da parte dell'amministrazione, avrebbe potuto essere diverso, qualora, a esempio, si fosse ascoltato un privato interessato, poiché ciò che importa è che dov'è v a essere diverso se così emergerà nel successivo giudizio.

Occorre, però, ben intendere la circostanza che la valutazione sulla non annullabilità può soltanto essere fatta *ex post*⁶. Il punto è, infatti, che tale valutazione riguarda soltanto la regola di condotta, astratta e concreta, e quindi – in effetti – sotto questo profilo deve dirsi che la violazione delle “norme sul procedimento o sulla forma degli atti” non ha *ab origine* alcuna rilevanza sul piano dell'annullamento: detto ancora altrimenti, se la disposizione-D è stata rettamente applicata dall'amministrazione ciò significa che la mancata osservanza delle forme procedurali non ha prodotto conseguenze in contrasto con la dinamica ordinamentale; se tale regola di condotta non è stata correttamente applicata dall'amministrazione, è egualmente questo fatto a porsi in contrasto con la dinamica ordinamentale e a dover, quindi, essere oggetto delle misure giudiziali, e nemmeno in questo caso ad assumere rilievo è la violazione procedimentale. In questa seconda ipotesi, peraltro, ed ovviamente, il rispetto pedissequo delle forme procedurali non ha alcuna conseguenza se ciononostante sia stata violata la regola di azione sostanziale⁷.

In breve, l'unica ipotesi in campo è che il vizio consista in errori nella comprensione/interpretazione delle disposizioni da applicare o nell'individuazione delle norme o, più spesso, in errori sui fatti rilevanti. Entro quest'ultima ipotesi rientrano anche i giudizi di carattere tecnico o scientifico, in base alle conclusioni, e secondo i limiti, che ho creduto di poter trarre nel capitolo precedente sulla riconducibilità anche dei c.d. giudizi tecnici a una strategia decisionale basata su regole (e quindi rifacibile dal giudice).

Ecco perché ho affermato che le regole procedurali e sulla forma degli atti vincolati sono sempre irrilevanti sul piano dell'annullabilità dell'atto o più in generale che non facciano parte del *set* di regole concernenti l'invalidità di questo. Il punto è decisivo per la qualificazione dogmatica di questa fattispecie di non annullabilità su cui però tornerò più avanti (§ 3.2).

⁶ Tale circostanza comporterebbe che non possa parlarsi nella fattispecie in esame di irregolarità secondo F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Articolo 21 octies*, cit., 613 ss. Su ciò v. *infra*, § 2.

⁷ Per una notazione simile v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., 647.

1.3. *L'oggetto del giudizio relativo a un provvedimento vincolato (rinvio)*

In base a quanto ho finito di osservare nel paragrafo precedente, peraltro, l'individuazione dell'oggetto del giudizio su un atto vincolato in termini di solo annullamento di questo appare palesemente insoddisfacente. L'annullamento dell'atto in questo caso è una mera conseguenza del fatto che il giudice ha determinato quale è la regola concreta da applicare e parimenti il non annullamento deriva dalla correttezza dell'applicazione operata dall'amministrazione.

Si può quindi avanzare l'ipotesi che l'annullamento dell'atto non sia strumentale a una sua mera riemanazione, giacché esso non potrebbe disporre niente di diverso dall'accertamento compiuto in via definitiva dal giudice⁸. Implicito, evidentemente, in quanto ora osservato, è che formulando, invece, il privato un motivo sostanziale – che in questo caso può riguardare solo un errore di 'applicazione normativa' da parte dell'amministrazione – l'effetto del giudicato consista, quantomeno, nella determinazione di un correlativo vincolo sostanziale nei confronti dell'amministrazione. La tensione che qui si avverte tra un modello processuale sorto attorno all'idea del controllo del potere amministrativo, fondato pertanto sull'annullamento delle manifestazioni illegittime di questo potere, ed un giudizio che invece deve limitarsi a stabilire la coerenza tra una fattispecie astratta ed una serie di fatti concreti, riproduce fedelmente la contraddizione insita nel considerare come una sol cosa i poteri-PR ed i poteri-PL.

Credo che quest'ultima osservazione chiarisca che non intendo portare il discorso sulla annosa tematica del cosiddetto giudizio sul rapporto, l'approccio alla quale soffre anch'essa della medesima contraddizione appena evocata, tendendo a operare una forzata riunificazione di tecniche processuali che non possono che rispondere a criteri tra loro differenti, diverso essendo il rapporto controverso. Il punto – che si collega all'impostazione dell'intera ricerca – che desidero mettere in luce è che le due strategie deci-

⁸ Su ciò è sufficiente rinviare alle convincenti considerazioni svolte, in un contesto normativo anche meno favorevole di quello attuale, da L. FERRARA, *Diritti soggettivi a accertamento amministrativo*, cit., 87-102. Successivamente v. anche A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, cit., 246-7, sull'insufficienza dello schema dell'annullamento a assicurare la tutela degli interessi pretensivi, con ulteriori richiami alla letteratura; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, cit., 212, sulla maturazione della convinzione che «l'oggetto del giudizio debba individuarsi nell'accertamento della fondatezza e nella conseguente tutela della pretesa sostanziale che il ricorrente avanza nei confronti dell'amministrazione».

sionali fondamentali, quella secondo le regole e quella secondo la funzione, rispondono a tecniche di tutela differenti, sicché affrontare il problema dell'oggetto del giudizio amministrativo come se l'oggetto sia uguale nelle due strategie è, a mio avviso, il più grosso limite di tutte le correnti ricostruzioni.

Ciò che questo accostamento comporta è di ritrovarsi costantemente 'in mezzo al guado', nel tentativo impossibile di traghettare sulla sponda della tutela delle pretese sostanziali pretese che sostanziali non sono, al tempo stesso risucchiando nel mezzo della corrente quelle che viceversa pretese sostanziali sono (v. *supra*, II.1.4.2)⁹.

Questi aspetti sono comunque meglio percepibili se posti in correlazione con il tipo di interesse, pretensivo od oppositivo, di cui si richiede la tutela e quindi preferisco rinviarne a poco più oltre la trattazione, passando ora a un altro profilo che non è del resto distante da quanto appena osservato.

1.4. *Inammissibilità della proposizione di vizi-motivi formali nei confronti di provvedimenti vincolati e sua rilevabilità d'ufficio*

Dalle considerazioni fatte nel § 1.2 si può trarre un secondo corollario, partendo dal chiedersi se il fatto che il vizio formale, come ho detto, è *ab origine* irrilevante sul piano dell'invalidità comporti, in questo caso, l'inammissibilità della domanda di annullamento fondata esclusivamente su motivi formali. Il tema rimanda all'originale costruzione di Aldo Piras, il quale partiva da un problema pratico analogo, cioè quello dell'annullamento dell'atto a causa di un vizio di natura formale che abbia costituito l'unico motivo di ricorso. Nella concezione di Piras un tale vizio formale può essere

⁹ Quanto detto nel testo trae conforto dall'ultima altissima lezione di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., 149 ss., che rifiutando le lusinghe del processo amministrativo sul 'rapporto', riconduce ogni posizione giuridica comunque tutelata dal diritto all'autentico giudice del rapporto, coerentemente proponendo di ripristinare il criterio del '*petitum*'. Questa tesi è a mio avviso la necessaria conseguenza della demolizione di una serie di presupposti ideologici che accompagnano la tradizione disciplinare del diritto amministrativo, come a esempio la 'degradazione dei diritti' e il 'modo dell'equiparazione'. Essa peraltro in questo momento storico appare ancora una tesi 'radicale' e sarà lasciata sullo sfondo. Le considerazioni che si faranno, soprattutto nella sezione 3, tentano, allora, di mantenersi in una sorta di equilibrio precario con il modello attualmente in voga, semplicemente operando sulla falsariga della differente logica che è alla base di una strategia decisionale basata su regole e di una strategia decisionale basata sul potere funzionale dell'amministrazione.

configurato soltanto allorché sia possibile affermare che la pronuncia di annullamento è idonea a procurare la soddisfazione della pretesa del ricorrente a che la riemanazione dell'atto possa portare, almeno eventualmente, a un diverso contenuto¹⁰. Sebbene Piras non lo dica, è naturale pensare che il caso del provvedimento che non possa avere un diverso contenuto è proprio quello dell'atto vincolato. Questa posizione si inquadra, come noto, in un più ampio contesto concettuale, entro il quale, dall'esame delle diverse figure di illegittimità dei provvedimenti amministrativi riconducibili al vizio della funzione, Piras trae il convincimento che oggetto del giudizio e del giudicato amministrativo non sia l'annullamento dell'atto, ma

il rapporto che in relazione a determinati fatti si è stabilito tra l'amministrazione e il privato¹¹.

L'interesse legittimo è conseguentemente concepito quale forma di tutela

¹⁰ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 453, nt. 107. L'autore richiama, estrapolandolo dal contesto, un passo di P. BODDA, *Giustizia amministrativa*, IX ed., Torino, 1950, 22, che tuttavia non sono convinto abbia il senso che gli attribuisce Piras. Il passo completo è questo: «Si è anche negata ogni consistenza materiale all'interesse occasionalmente protetto, sostenendo che quando dal giudice amm. si annulla un atto per vizio di forma, l'atto stesso potrebbe essere di nuovo emanato con l'osservanza del requisito formale, onde il singolo con il ricorso non ha ottenuto alcuna soddisfazione a un proprio interesse. Ma è sufficiente osservare che tale situazione si verifica solo a proposito dei vizi di competenza o di forma, cioè relativamente a requisiti che sono, sì, posti in primo luogo a garanzia del contenuto dell'atto; tuttavia il singolo, impugnando quest'ultimo anche per vizio di forma o di competenza ed ottenendone l'annullamento, ottiene altresì il soddisfacimento alla sua *pretesa a che l'atto sia in effetti predisposto in modo da avere, anche se solo eventualmente, un diverso contenuto ...*» [la parte in corsivo è quella citata da Piras]. In realtà la posizione di Bodda sembra evocare proprio quegli elementi che oggi la dottrina invoca per criticare la scelta legislativa di derubricare i vizi di forma, ma è Piras che trae la logica conseguenza che se nemmeno *eventualmente* l'atto possa avere un diverso contenuto, allora l'interesse del singolo non riceve protezione. L'argomento di Bodda è utilizzato da Piras (p. 451, nt. 103) anche per parare l'obiezione (formulata da E. CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 621) secondo la quale l'annullamento dell'atto amministrativo per vizi meramente formali metterebbe in crisi la tesi della natura finale (v. *infra*, nel testo) della tutela giurisdizionale amministrativa, ma anche in questo caso non sembra che Bodda sostenga, come Piras, la natura finale della giurisdizione amministrativa.

¹¹ *Op. cit.*, 448. Per Piras «il fenomeno più importante offerto dalla considerazione dei giudicati amministrativi è costituito dai casi ... nei quali la sentenza produce di definire il rapporto amministrativo, precludendo con ciò all'autorità la giuridica possibilità di riemanare il provvedimento annullato» (p. 452).

giuridica strettamente legata a questo rapporto. In particolare l'interesse legittimo costituisce la specifica situazione strumentale di 'reazione' la cui attribuzione soggettiva trova presupposto nel pregiudizio illegittimamente arrecato (o arrecabile) alle persone in capo alle quali si realizzino o si ripercuotano gli effetti del provvedimento. Se, pertanto, la disformità non assume questo carattere, non si può dire che il provvedimento abbia arrecato un pregiudizio al privato, venendo con ciò a mancare una componente essenziale dell'interesse legittimo.

L'idea del pregiudizio, dell'interesse materiale che sorregge l'interesse legittimo, è oggi, a differenza che in passato¹², diffusamente accolta, seppure con una varietà di sfumature, e lo stesso può dirsi dell'idea di un giudizio che, correlativamente, tende a essere concepito come processo di parti che investe complessivamente l'attività dell'amministrazione in relazione a un determinato assetto di interessi. Francesca Trimarchi Banfi, proprio riprendendo le riflessioni di Piras, ha osservato come non apparirebbe coerente con le idee correnti sull'interesse legittimo – che, pur mantenendo una dimensione strumentale, viene sempre più raffigurato mediante il suo collegamento con l'interesse finale del soggetto a un assetto di interessi a lui favorevole – la sussistenza di una pretesa all'annullamento quando

risulti certa l'assenza di collegamento tra il motivo dell'illegittimità e la possibilità di realizzazione dell'interesse sostanziale¹³.

Anche chi, peraltro, valorizzando l'insegnamento di Enzo Capaccioli, considera l'interesse legittimo come una posizione non necessariamente collegata a un bene sostanziale, ma diretta a garantire, sulla scorta delle obbligazioni di mezzi, una utilità strumentale – rispetto al suo oggetto, dunque, tutelata in forma piena (un diritto dunque) – tende comunque a ritenere che anche tale utilità strumentale venga meno nel caso dell'attività vincolata in quanto la violazione di un obbligo di carattere procedimentale in questi casi non è in grado di immutare

¹² F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità* ..., cit., 410, osserva come l'idea di mettere in discussione l'annullabilità del provvedimento per soli vizi di forma «quando l'atto stesso dovesse essere riprodotto con contenuto immutato, significava dare autonoma rilevanza all'interesse materiale protetto ed al pregiudizio subito da quest'ultimo, ed introdurre un elemento che intaccava la piena coincidenza tra l'interesse obiettivo alla legittimità degli atti amministrativi e l'interesse individuale, soggettivizzato nella figura dell'interesse legittimo».

¹³ *Op. ult. cit.*, 411.

l'esito della vicenda amministrativa, destinata, per esempio, a concludersi necessariamente con un rifiuto di un atto a carattere ampliatorio¹⁴.

Non pare dubbio quindi che – poiché, come visto, il giudizio avente a oggetto gli atti vincolati non può che vertere sulla definizione della regola concreta di una determinata situazione – le regole procedurali e sulla forma degli atti vincolati non configurano situazioni di interesse legittimo¹⁵, almeno rimanendo nell'ordine di idee che, ai sensi dell'art. 113 Cost., l'interesse legittimo debba essere necessariamente tutelato mediante l'annullamento dell'atto. Come emerge da osservazioni avanzate nel corso dell'indagine che saranno riprese e precisate nel corso di questo capitolo, peraltro, la mancanza di rimedi annullatori non comporta l'irrilevanza delle suddette norme, ma solo l'irrilevanza dei vizi di forma sul piano del giudizio di convalidazione dell'atto. La carenza della titolarità di un interesse qualificato comporta, pertanto, l'assenza di una condizione generale dell'azione e quindi l'inammissibilità del ricorso fondato su soli vizi-motivi formali¹⁶.

D'altra parte, a ben vedere, è la stessa irregolarità non invalidante dell'atto (in base a una pluriqualeficazione secondo cui la sua disformità dal paradigma legale è valutata in modo differente secondo il sottosistema normativo di riferimento) che esclude la sussistenza di un interesse legittimo: qui due delle molteplici prospettive con cui si può guardare al fenomeno dell'anormalità di un atto, quella del collegamento con la situazione soggettiva e quella della disformità con una norma superiore, si intrecciano e si confondono.

Questa conclusione, che mi sembra difficilmente contestabile¹⁷, consente di effettuare un'ulteriore precisazione, in realtà nient'altro che una sottoli-

¹⁴ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 144.

¹⁵ L. FERRARA, *op. ult. cit.*, 149, nt. 162.

¹⁶ In giurisprudenza si rinviene uno specifico precedente in tal senso. Secondo T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 30 luglio 2005, n. 667, l'art.21-*octies* ha elevato una barriera di invulnerabilità dei provvedimenti amministrativi nella specifica ipotesi dalla norma stessa presa in considerazione, conseguendone che tale tipologia di atti dà luogo a una ulteriore ipotesi di ricorsi, prima che infondati, inammissibili, in quanto rivolti avverso atti sottratti per legge al potere giurisdizionale di annullamento, previa verifica da parte del giudice amministrativo della sussistenza delle condizioni tutte prescritte, il che si ripercuote in senso negativo sull'interesse ad agire dei ricorrenti.

¹⁷ E tra l'altro consente di superare i dubbi di legittimità costituzionale della norma avanzati in relazione agli artt. 24 e 113 Cost. Sul punto v. F. LUCIANI, *op. cit.*, 359. Segnala tra i primi profili di illegittimità costituzionale nella disposizione E. FOLLIERI, *La giuri-*

neatura di quanto già implicito nella definizione. Mi riferisco alla circostanza che l'irrelevanza del vizio formale, rispetto alla configurazione dell'annullabilità, assumendo carattere generale e sostanziale, non attiene ai fatti che debbono essere introdotti in giudizio dalle parti, ma alla scienza del giudice¹⁸. In realtà, tale questione, che così viene presentata come un pro-

sdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 6.7.2004, n. 204 e dell'art. 21 octies della l. 7.8.1990 n. 241, in Giust. amm., cit., 2-3.

¹⁸ La prima giurisprudenza sembra non mostrare dubbi al riguardo, applicando la disposizione anche ai giudizi in corso, nei quali evidentemente la relativa deduzione non era nemmeno concepibile. Il problema è stato, in realtà, ricondotto alla qualificazione della disposizione come recante norme di carattere processuale o sostanziale, e la sua immediata applicazione alle controversie pendenti – riguardando una fase che non interessa, almeno in termini diretti, l'attività amministrativa, bensì l'annullabilità del provvedimento oggetto di sindacato in sede giurisdizionale – è stata giustificata sulla base del fatto che essa abbia carattere processuale (sull'immediata applicazione delle "norme processuali" v. tra le altre Corte Cost., 20 dicembre 2000, n. 560; Id., 12 marzo 1998, n. 6). La norma conterrebbe indicazioni da osservare nel corso del giudizio, al fine di disporre o meno l'annullamento, in seguito all'effettuazione di una valutazione in concreto e non in astratto del singolo caso, ma non comporterebbe eccezioni alla qualificazione sostanziale del provvedimento non conforme a legge, che manterrebbe pur sempre il suo *status* di provvedimento invalido (V. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *quater*, 6 giugno 2005, n. 6358; Cons. Stato, sez. VI, 26 ottobre 2005, n. 5969; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 24 maggio 2005, n. 3351; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 17 ottobre 2005, n. 941; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 23 maggio 2005, n. 3780; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 17 ottobre 2005, n. 1724; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 9 settembre 2005, n. 4207; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. II, 20 giugno 2005, n. 1435; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 21 aprile 2005, n. 1473; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 4 luglio 2005, n. 9804; T.A.R. Basilicata, Potenza, 23 maggio 2005, n. 430; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 13 settembre 2005, n. 1537; Id., sez. I, 28 settembre 2005, n. 1643; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 30 ottobre 2005, n. 1525; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 31 marzo 2005, n. 1905; T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 7 luglio 2005, n. 1026; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 6 ottobre 2005, n. 1561. Di avviso diverso T.A.R. Lombardia, Brescia, 23 maggio 2005, n. 554 (e Cons. Stato, sez. IV, 21 novembre 2005, n. 6464), secondo cui tale disposizione, pur rappresentando comunque la traduzione di un diffuso orientamento teso a valorizzare la portata sostanziale di principi quali quello partecipativo, esaltandone la funzione ove il contributo del privato sia realmente suscettibile di giovare alla decisione finale, non è applicabile *ratione temporis* alle controversie pendenti a momento della sua entrata in vigore.

Vi sono però alcune pronunce di segno contrario alla 'rilevabilità d'ufficio'. In un caso si è negata la rilevabilità d'ufficio della 'non annullabilità', sostenendo che la fattispecie di cui all'art. 21-*octies* contempla una facoltà per l'amministrazione di dichiarare e dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 5 maggio 2005, n. 5571). Diversa è naturalmente l'ipotesi della seconda proposizione contenuta nell'art. 21-*octies*.2, ove evidentemente vale senz'altro la regola processuale qui enunciata, però, dal T.A.R. Campania in un caso di atto vincolato. In un altro caso si fa riferimento al principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, secon-

blema di rilevabilità d'ufficio o meno dell'irrelevanza del vizio, non è neanche prospettabile in questi termini, proprio perché il giudice deve in realtà accertare la natura dell'azione compiuta dall'amministrazione per essere in grado di formulare il giudizio di convalidazione dell'atto. Per la precisione il sindacato giudiziario sugli atti vincolati, per come in precedenza lo si è ricostruito, postula logicamente un duplice accertamento: un primo sulla vincolatezza della fattispecie [a₁], un secondo sulla aderenza o meno del contenuto dispositivo dell'atto alla fattispecie normativa astratta o, più spesso, della correttezza dei fatti in cui consiste la verifica operata dall'amministrazione [a₂].

In sostanza, allora, la valutazione, di cui si sta discutendo se debba compiersi d'ufficio o su impulso di parte, dovrebbe investire propriamente [a₁]. In altre parole, l'ipotesi sarebbe la seguente: dinanzi, a esempio, al caso di un soggetto che abbia impugnato il diniego di un atto (che egli non sa se discrezionale o vincolato né si perita di qualificarlo ovvero, errando, lo qualifica come atto discrezionale) adducendo l'unico motivo della mancata acquisizione di un parere, qualora l'autorità resistente non deduca che si tratta di un caso di azione vincolata, il giudice non potrebbe spingersi a qualificare diversamente dal ricorrente la fattispecie e questo gli impedirebbe, evidentemente, di passare a [a₂], limitandosi alla sola valutazione del vizio-motivo formulata dal ricorrente. Si tratta, tuttavia, di una prospettiva per nulla persuasiva, poiché implica l'affermazione che la qualificazione della fattispecie normativa sia riservata di fatto alle parti. Anche accettando, infatti, l'idea (da cui non si ha motivo di distanziarsi) che nel processo amministrativo tipico il diritto entri solo nei limiti della prospettiva del vizio-motivo operata dal ricorrente, e che quindi il principio *iura novit curia* vi avrebbe una funzione molto attenuata, spettando la scelta della norma al ricorrente¹⁹, ciononostante il giudice

do cui il giudice potrà statuire al riguardo (vale a dire sulla regola di cui all'art. 21-*octies* co. 2 seconda parte) solo ove la relativa domanda sia stata introdotta nel giudizio (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 16 giugno 2005, n. 9375), anche nell'atto di costituzione, in modo sostanzialmente analogo a quanto avverrebbe in caso di proposizione di domanda riconvenzionale, ampliando così il *thema decidendum*. Secondo T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 25 giugno 2005, n. 976, pur operando l'art. 21-*octies* sul piano della sanatoria in sede processuale dell'atto annullabile, una sua lettura conforme ai principi generali dell'ordinamento in materia processuale, ed in particolare a quelli di rango costituzionale, impone che l'operatività della sanatoria sia condizionata alla preventiva instaurazione del contraddittorio fra le parti in ordine ai presupposti fattuali e giuridici che giustificano la non annullabilità dell'atto impugnato.

¹⁹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 285.

deve procedere alla ricostruzione integrale della fattispecie normativa, nel senso della integrazione della norma dedotta con tutti quegli elementi o frammenti di norma o con quelle altre norme che, in ragione della connessione fra di esse, sono da considerare parti di un'unica fattispecie normativa. Così facendo, il giudice non si sostituisce al ricorrente nella scelta della norma, ma sviluppa tutte le implicazioni della denuncia dello stesso ricorrente e mette allo scoperto l'intera trama del diritto di cui si richiede l'applicazione all'unitario episodio di vita esposto dal ricorrente²⁰.

In questa ricerca della trama complessiva del diritto che fa da sfondo alla denuncia del ricorrente (la 'norma estesa'), rientra, peraltro, la stessa identificazione dell'interesse protetto²¹ ed anche solo questa circostanza non può che comportare che [a₁] e [a₂] costituiscano due indispensabili momenti logici di qualunque controversia giudiziaria, posto che in [a₁] le norme che pongono regole formali non fanno sorgere interessi legittimi. Per la precisione è [a₁] che assurge al rango di elemento conoscitivo del diritto logicamente indispensabile di ogni episodio processuale, anche quando esso rimanga inespresso, perché, in ipotesi, il carattere discrezionale dell'atto impugnato sia fuori discussione, trattandosi, a esempio, della scelta sull'assunzione di un servizio pubblico.

Entro l'ambito concettuale 'conoscenza del diritto/conoscenza del fatto' non sembra inutile un'ultima notazione. Si è detto in precedenza che in [a₂] rientra anche il sindacato sul giudizio tecnico-scientifico, ma in questo caso si che occorre una puntuale deduzione della parte sulla scorretta, inadeguata o insufficiente ricostruzione dei fatti posti a base del dispositivo del provvedimento, senza cui il giudice non potrà spingersi autonomamente a un diverso accertamento dei fatti, essendogli questo precluso dal principio dispositivo. In assenza di tale deduzione, cioè, [a₂] non può che essere condotto dal giudice sulla base dei fatti così come risultanti dal procedimento amministrativo o, come dicono i tedeschi, sul *dossier*. Né in questo caso può sostenersi che il vizio procedimentale potrebbe avere inciso sulla corretta acquisizione dei fatti, aprendo la strada a un annullamento fondato appunto sulla sussistenza di tali vizi. Qui è il principio della domanda, in combinazione con l'irrelevanza dei vizi di forma, a imporre tale conclusione. Infatti, dipende da una scelta del privato se contestare o meno la ricostruzione dei fatti operata dall'amministrazione. Qualora, però, tale contestazione vi sia, non

²⁰ *Op. e loc. ult. cit.*

²¹ *Op. e loc. ult. cit.*

può postularsi alcuna preclusione alla completa ricostruzione del fatto anche attraverso la consulenza tecnica, avendo già escluso che possa fondarsi una riserva di accertamento e selezione dei fatti in capo all'amministrazione.

2. *Cenni riassuntivi sulla qualificazione concettuale dell'illegalità praticabile degli atti vincolati*

Sulla base del quadro finora tratteggiato, riprendendo le considerazioni svolte nel secondo e terzo capitolo, è possibile formulare un'ipotesi sulla qualificazione della fattispecie in esame, se si tratta cioè di una fattispecie di c.d. irregolarità o di qualcosa d'altro. Ho sopra notato che l'irrelevanza dei vizi formali, riferita all'azione vincolata dell'amministrazione, può essere considerata tra le conseguenze del fatto che il giudice ha la piena cognizione del rapporto controverso. Se si prende atto fino in fondo di questo dato, e si pone mente a quanto osservato nella prima parte dell'indagine, si giunge senza particolari difficoltà a osservare che la stessa esistenza di formalità procedurali e di altro tipo finisce con l'essere *ab initio* irrilevante sul piano della situazione soggettiva di cui è titolare il privato (interesse legittimo o diritto soggettivo che sia), esprimendo il carattere interno di tali regole procedurali.

Secondo una tesi, avanzata dagli studiosi soprattutto prima dell'entrata in vigore dell'art. 21-*octies*, il provvedimento formalmente viziato rimarrebbe illegittimo e la spiegazione del venir meno della pretesa all'annullamento sarebbe da ricercare nel venir meno dell'interesse processuale²².

Di scissione tra illegittimità ed annullabilità dell'atto parla invece F. Trimarchi Banfi, la quale segnala perspicuamente la differenza tra la fattispecie in esame e la carenza di interesse a ricorrere, osservando come

l'interesse a ricorrere, considerato sotto il profilo dell'utilità della sentenza che accoglie il ricorso, guarda all'attività futura dell'Amministrazione, mentre la non annullabilità del provvedimento che sia privo di alternative legittime procede dall'assenza di lesione della posizione giuridica azionata ... I due percorsi non soltanto differiscono nelle rispettive premesse ma conducono a risultati diversi: il vaglio dell'interesse a ricorrere, per il carattere empirico che gli è pro-

²² Da ultimo ripresa da P. LAZZARA, *Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio ed autoreponsabilità privata*, Roma, 2005, 71, ed ivi autori citati alla nt. 178.

prio, porta a concedere o negare l'azione secondo circostanze estrinseche alla situazione giuridica azionata; la non annullabilità ... esclude ... invece l'accogliibilità della domanda ... perché l'*attuale* mancata realizzazione dell'interesse materiale che attraverso l'interesse legittimo riceve tutela, è conforme a diritto²³.

L'autrice, tuttavia, sembra sottolineare il permanere dell'illegittimità dell'atto soprattutto mossa dalla preoccupazione di evitare la tentazione di considerare irrilevanti e non vincolanti le regole procedimentali, che invece sono e rimangono tali. Nelle ipotesi in cui non sia da colpire l'atto, la reazione dell'ordinamento in ordine a tale illegittimità si rivolgerebbe contro l'autore dell'atto. A questo riguardo viene avanzata una condivisibile critica all'idea reperibile in giurisprudenza di una distinzione, a esempio, tra una comunicazione d'avvio necessaria ed una superflua a seconda dei casi, con ciò sostituendosi al "giudizio di utilità" operato dal legislatore²⁴. Con l'avvenuta canonizzazione della regola, come ho già osservato, questo rilievo è quantomai condivisibile, stante il fatto che la strategia decisionale dei decisori (i giudici) non è più concepibile come funzione dell'applicazione diretta di una giustificazione sottostante, quale l'orientamento al risultato, da far prevalere sulla norma procedimentale. In altre parole, applicare questa regola non postula l'interrogativo sulla necessità o meno di osservare determinate forme procedimentali e consente, anzi, di non mettere affatto in discussione l'esigenza che le relative formalità siano adempiute dai funzionari. Tanto meno può condividersi l'affermazione secondo cui il primo interprete tenuto a scegliere se la comunicazione è superflua o meno sarebbe quindi il responsabile del procedimento²⁵.

Anche secondo alcuni primi orientamenti delle corti l'art. 21-*octies* non comporta una modifica della disposizione che disciplina l'obbligo sostanziale di osservare le regole procedimentali²⁶. Interessante è poi osservare che a questa conclusione si giunge proprio aderendo alla tesi della scissione tra illegittimità e annullabilità, sostenendo che la disposizione si limita a

²³ F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità*, cit., 415, corsivo nell'originale.

²⁴ *Op. ult. cit.*, 417. Si trovano, però, anche pronunzie che propendono per la legittimità dell'atto: «il mancato avviso di avvio del procedimento non può comunque comportare l'annullamento dell'atto – stante la sua [...] legittimità – in virtù del co. 2 dell'art. 21-*octies* (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 12 settembre 2005, n. 1463).

²⁵ In tal senso F. LUCIANI, *op. cit.*, 334.

²⁶ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *quater*, 6 giugno 2005, n. 6358.

contenere le conseguenze della relativa omissione in caso di attività vincolata, per mezzo dell'introduzione di tecniche di valorizzazione dell'irrelevanza del 'vizio' denunciato rispetto al contenuto dispositivo del provvedimento. Il legislatore non ha dunque inciso sull'art. 7 della l. 241/90, esentando dall'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento gli atti vincolati e, dunque, rendendo legittimi gli atti vincolati non preceduti da detta comunicazione ma ha semplicemente escluso la possibilità per il giudice di annullare provvedimenti "vincolati" nell'ipotesi in cui il contenuto dispositivo "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"²⁷.

Ma la mancata reazione nei confronti dell'atto dipende secondo Trimarchi Banfi – similmente a quanto esposto nel par. prec. – dalla inettitudine astratta delle regole procedimentali a influenzare la decisione amministrativa, non essendovi alcuna correlazione tra la specifica norma violata ed il contenuto assunto dal provvedimento²⁸.

La prevalente dottrina sembra sostenere la tesi della scissione tra illegittimità ed annullabilità dell'atto, ma in realtà nonostante l'impiego della stessa espressione, essa è usata con un significato del tutto diverso.

In questo secondo significato essa vuole indicare che non vi sarebbe spazio per qualificare l'atto come 'semplicemente irregolare' nel senso precisato nel capitolo terzo. Il che sarebbe escluso dal fatto che la formulazione della disposizione richiede di effettuare una valutazione caso per caso e non in astratto²⁹.

Particolarmente significativa, dovendosi a tale autore la puntualizzazione dei requisiti dell'irregolarità dell'atto amministrativo oggi comunemente accettata, è l'opinione di A. Romano Tassone, secondo il quale la nuova disposizione non comporta alcuna eccezione alla qualificazione come invalido del provvedimento non conforme a legge

ma opera sul piano degli istituti di sanatoria, potenziando e razionalizzando un'ipotesi generale già presente nel nostro ordinamento: la c.d. "regola del raggiungimento dello scopo"³⁰.

Parzialmente diversa l'ipotesi ricostruttiva di F. Fracchia e M. Occhiena.

²⁷ T.A.R. Lazio, *ult. cit.*

²⁸ *Op. ult. cit.*, 419.

²⁹ V. M. D'ORSOGNA, *Articolo 21 octies, comma 1*, cit., 606.

³⁰ A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*, cit., 8. Nello stesso senso D.-U. GALETTA, *Notazioni critiche ...*, cit. Aderisce a questa ipotesi ricostruttiva T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 25 giugno 2005, n. 976, ove si afferma che l'art. 21-octies opera sul piano della sanatoria in sede processuale dell'atto annullabile.

Sebbene anch'essi ritengano che non si possa parlare di un caso di irregolarità poiché la disposizione in esame richiederebbe un'indagine in concreto relativa all'indifferenza del contenuto dispositivo del provvedimento rispetto alla violazione procedimentale³¹, parimenti escludono che si possa parlare della sanatoria di un atto illegittimo notando come la non annullabilità non dipende dal raggiungimento dello scopo della norma violata

essendo piuttosto collegata all'aderenza del contenuto rispetto a quello ricavabile più in generale dall'ordinamento giuridico³².

Il provvedimento nascerebbe, quindi, legittimo, anche se tale qualità sarebbe colta soltanto in un momento successivo e cioè quando si compie la valutazione relativa al raggiungimento dello scopo. Guardando dinamicamente alla vicenda gli autori ritengono che se si considera il provvedimento bisogna parlare di una fattispecie valida, se si guarda al procedimento, invece, di una fattispecie illegittima: in pratica è il provvedimento che nascendo legittimo sana il procedimento illegittimo, "rompendo la catena della invalidità derivata"³³.

Questa ricostruzione è indubbiamente arguta ed elegante, e pare più centrata di quelle che si limitano a fare riferimento alla regola del raggiungimento dello scopo in concreto nel corso del giudizio, tuttavia anche essa manca il punto centrale, messo chiaramente in evidenza da F. Trimarchi Banfi, e cioè che non occorre alcuna ricerca relativa all'indifferenza del contenuto dispositivo del provvedimento rispetto alla violazione procedimentale. Questa indifferenza, come credo di aver mostrato nel paragrafo precedente, è originaria, poiché quello che conta è solo che il precetto iterato corrisponda al precetto della norma da applicare.

D'altronde questo esito è precluso agli studiosi considerati poiché richiede di rinunciare a ciò che invece a essi appare irrinunciabile e cioè che il provvedimento amministrativo e il relativo potere abbiano delle proprietà collegate all'interesse pubblico indipendenti dalla dinamica dell'ordinamento e dalla struttura delle norme³⁴. Emblematico è il fatto che, a esempio

³¹ F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Articolo 21 octies, comma 2 ...*, cit., 616.

³² *Op. ult. cit.*, 617.

³³ *Op. ult. cit.*, 616-7.

³⁴ Non riuscirei a comprendere se non facendo riferimento a tale premessa ideologica affermazioni come quella secondo cui «il giudice amministrativo viene così chiamato a subordinare l'annullamento dell'atto vincolato alla verifica della realizzazione dell'interesse pub-

Fracchia e Occhiena, come si vide (II.1.3), rinvergono nell'enunciato in esame il definitivo tramonto della teorica dell'attività vincolata come riferibile allo schema norma-fatto, laddove nel presente lavoro si è ritenuto il contrario. A tal proposito – come è emerso sin dal secondo capitolo – mi sembra che non vi sia altro da fare che segnalare un genuino contrasto.

Quello che non trovo convincente, invece, nella tesi della Trimarchi Banfi è la qualificazione dell'atto come illegittimo, sebbene qui ho l'impressione che non si tratti di un genuino contrasto ma di questione terminologica. Ad ogni modo, richiamando qui tutte le osservazioni compiute nel terzo capitolo, mi pare che sia poco più che un truismo dire che l'atto è irregolare, nel senso che è 'illegale', ma che al tempo stesso è applicabile e quindi non invalido³⁵, e quindi possa parlarsi di *irregolarità non invalidante*.

D'altra parte la questione validità/invalidità è anche sotto un altro profilo di limitato interesse, considerando, cioè, che tutti gli atti esistenti producono norme applicabili, e che soltanto un nuovo specifico atto determina la perdita di efficacia della norma (annullamento e abrogazione), sicché un atto o una norma, in realtà, possono essere considerati invalidi soltanto a seguito di una dichiarazione ufficiale di un determinato organo³⁶. Si tenga presente, inoltre, quanto osservato a suo tempo circa il fatto che sia gli atti irregolari il cui annullamento non è previsto come possibile dinanzi ad alcun organo di controllo giurisdizionale sia quelli annullabili soltanto entro un certo lasso di tempo si troveranno da un certo momento in poi a coesistere con la loro astratta condizione di illegalità.

Nel caso degli atti amministrativi vincolati l'invalidità può riguardare,

blico nei termini stabiliti dall'art. 21-*octies*, e, cioè, della corretta funzionalizzazione dell'azione amministrativa, secondo cadenze molto simili a quelle che caratterizzano la verifica della legittimità alla luce dell'eccesso di potere» (F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *op. cit.*, 624).

³⁵ Ritiene, invece, che l'atto sia da qualificare senz'altro come valido nel caso di *defectos de forma que impiden al acto alcazar su fin*, M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia*, cit., 158, «secondo cui non si può considerare il conseguimento del fine sani la invalidità dell'atto, per la semplice ragione che l'atto non è mai stato invalido. Se risulta che il concetto di invalidità non è sinonimo di illegalità, ma è un concetto più ampio che fa riferimento alla conformità al diritto degli atti giuridici, allora, l'atto sarebbe valido perché così esige il principio di conservazione. *Questo principio non opera ... a posteriori, sorreggendo la convalidazione dell'atto, ma a priori, impedendo che questo atto possa essere considerato invalido*» (corsivi dell'autrice).

³⁶ Secondo A. NIETO, *Estudio preliminar*, in M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia ...*, cit., 16, «*nulidad y anulabilidad no son meros grados del invalidez ... en el Derecho Administrativo ... son técnicas ... de declaración de invalidez*».

dunque, esclusivamente il contenuto precettivo dell'atto, essere quindi una invalidità materiale. La non annullabilità di cui all'art. 21-*octies*.2 esprime, cioè, in modo ellittico il fatto, di cui si è dato conto in precedenza, che si tratta di atti che non partecipano al processo di produzione del diritto e che quindi può essere superfluo colpire, costituendo semplicemente un tramite (non sempre necessario) tra la produzione legislativa e l'applicazione giudiziale. Ma in realtà – proprio a causa della 'trasparenza' dell'atto vincolato nei confronti delle norme sostanziali da applicare – la stessa invalidità materiale (l'erronea applicazione della regola generale al caso concreto) assume una connotazione particolare, poiché in sede giudiziaria, come si è visto, l'attenzione è portata sulla comprensione della regola sostanziale e non sull'atto. Sotto questo profilo la disposizione in esame conferma, dunque, l'idea che la validità/invalidità dell'atto amministrativo che viene a collocarsi nell'ambito di una strategia decisionale basata su regole sia assai meno prominente che nella strategia decisionale secondo la funzione. Da questo deriva, peraltro, che la qualificazione dell'enunciato normativo contenuto nella seconda parte della disposizione debba essere affatto diversa, dando luogo a un'ipotesi di raggiungimento dello scopo riferito allo 'scopo prossimo', quello cioè della norma procedimentale violata, ed in casi del tutto eccezionali allo scopo remoto (v. *supra*, IV.1)

Come si ricorderà, nel caso degli atti di accertamento autonomo si può dire che le regole procedimentali sotto un certo profilo rilevano come norme di comportamento interne all'ordinamento particolare dell'amministrazione, ed in tal senso sono pienamente vincolanti per i funzionari, mentre ben possono rilevare all'esterno quando in base a altre qualificazioni diano luogo anche a fattispecie di illecito nell'ordinamento generale sul piano della responsabilità amministrativa dell'agente o su quello della responsabilità civile dell'amministrazione³⁷.

Come è stato osservato, adottando il criterio della pluriquificazione da parte dell'ordinamento degli stati di anormalità del provvedimento, l'annullabilità è una delle conseguenze possibili della disformità di un atto dal modello legale, ma non la sola³⁸. Il fatto che un provvedimento non sia

³⁷ Che in ordine a tale aspetto sarebbe auspicabile una maggiore attenzione del legislatore è una condivisibile opinione di F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *op. cit.*, 618-9.

³⁸ F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 143 ss. Ma sul punto v. anche C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., 397.

annullabile, in altre parole, non vuol dire che i funzionari sono autorizzati a non osservare le forme prescritte per la sua corretta formazione, potendo a esempio una condotta di questo tipo rilevare sul piano disciplinare³⁹.

3. *Sindacato giudiziario sugli atti vincolati*

3.1. *Sindacato giudiziario sugli interessi pretensivi*

Ho accennato in precedenza (§ 1.3) al fatto che in base al sindacato che il giudice svolge sui agli atti vincolati, che si risolve nei due accertamenti che ho chiamato [a₁] ed [a₂], la mera pronuncia dell'annullamento dell'atto impugnato come esito del processo lascia insoddisfatti. Ed altresì che, sebbene questa insoddisfazione accomuni largamente quasi tutti gli studiosi del processo amministrativo tipico (a prescindere quindi dalla problematica in esame), non sembra né opportuno né necessario soffermarsi sulla ricostruzione dell'irrisolto (almeno in sede scientifica) problema dell'oggetto del processo amministrativo. Non opportuno perché occorrerebbe un altro libro, non necessario non solo perché è possibile rinviare a ottimi recenti lavori, ma soprattutto perché quando si allude al tema del 'giudizio sul rapporto' si ha in mente il sindacato sulla funzione, ed invece quello che vorrei fare è proprio mostrare come si dovrebbe cercare di affrontare il nostro problema a partire dalla considerazione che non di sindacato sulla funzione si tratta, traendone poi le logiche conseguenze.

Rimanendo, peraltro, per un momento all'interno dell'approccio consueto nella ricostruzione dei modelli di processo amministrativo, un paio di punti meritano di essere sottolineati come indicazioni metodologiche generalizzabili: che vi è una crescente ed ormai annosa tendenza a considerare in crisi o superata la centralità del modello del processo di impugnazione tipico, se non altro nel senso minimale che a esso si sono affiancati una molteplicità di altri modelli processuali caratterizzati da utilità e tecniche di tutela diversificate⁴⁰. E che, comunque, in un senso invece non 'minimale', l'espressa indicazione legislativa dell'annullamento come misura conseguente all'accoglimento del ricorso (art. 45 TU Cons. Stato) non ha mai impedito

³⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, cit., 417.

⁴⁰ V. già M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 225 ss.

che si sviluppasse una discussione sul 'vero' oggetto del processo amministrativo che ormai può ben dirsi essere secolare.

Ciò detto riprenderei da alcune osservazioni a partire dall'enunciato che troviamo nell'art. 21-*octies*.2 prima parte. La sola cosa certa che si può dire in termini di comprensione del testo è che ivi si parla di "non annullabilità" di un atto amministrativo vincolato viziato nei suoi elementi formali: si può considerare, cioè, come vera la proposizione normativa secondo cui nel diritto italiano un atto avente la proprietà di essere 'vincolato' non può essere annullato se presenta anomalie nel suo procedimento di formazione o nella sua esternazione. Mi sono limitato prima a evidenziare che può ritenersi implicita, semplicemente adottando la tecnica del *modus ponens*, una ulteriore proposizione normativa reciproca di quest'ultima, secondo cui se l'atto vincolato è affetto da un vizio materiale esso è, allora, annullabile. Questa mera tautologia serviva soltanto ad argomentare a favore della stringente necessità logica di postulare un obbligo del giudice di sostituire le operazioni applicative effettuate dell'amministrazione con sue proprie analoghe operazioni applicative, anche soltanto per confermarle, e quindi di adottare una decisione che, quantomeno nella sua parte giustificativa, entri nel 'merito' della regola di condotta o meglio derivi la regola concreta dalla norma generale. Per questa specifica ragione avevo richiamato, aggiungendo la mia voce a un coro da "sinfonia dei mille", il tema dell'inadeguatezza del giudizio di annullamento dell'atto, quantomeno attestandosi sulla posizione del vincolo sostanziale sulla riedizione del potere.

Se, però, potrebbe essere ritenuto imprudente avanzare oltre questa posizione, non sarebbe lecito sostenere che vi sia una qualche ragione, derivante dalle suddette proposizioni normative, che imponga di tenere a tutti i costi quella posizione. Fuor di metafora non si potrebbe, cioè, giungere a inferire – da una disposizione che non ha carattere processuale⁴¹ – che il rimedio 'tipico' nei confronti dell'azione vincolata continua a essere il solo annullamento dell'atto. Far dire, in altre parole, al legislatore che il modello tipico della tutela nei confronti di ogni tipo di atto e potere amministrativo continua a essere l'annullamento di un atto, considerando l'art. 21-*octies* come la mera riproduzione, in un 'ambiente sostanziale', delle norme sull'illegittimità degli atti amministrativi nate e cresciute in un 'ambiente processuale'. Invece non mi pare che questo trapianto della disciplina dell'annullabilità degli atti amministrativi in un contesto processualmente neutrale debba essere

⁴¹ F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Art. 21 octies*, cit., 611.

considerato privo di qualunque rilievo. Ad esempio si spezza quel legame – finora tanto stretto da essere considerato quasi di ordine costituzionale⁴² – tra giurisdizione amministrativa, con le relative regole processuali, ed annullamento degli atti amministrativi, lasciando aperta la strada (del resto già percorsa in diversi settori dell'ordinamento, come nel caso delle sanzioni amministrative, degli atti amministrativi che intervengono nell'ambito del rapporto di lavoro pubblico, e diversi altri) a ipotesi di tutela cassatoria somministrata dal giudice ordinario. Sebbene, in definitiva, la *great division* rimanga fissata dagli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, nel caso in cui dinanzi agli atti amministrativi di accertamento stiano diritti soggettivi, si può sostenere che, in base alla disposizione in esame, il giudice ordinario possa anche annullare il provvedimento.

Direi, quindi, che ponendosi da un punto di vista più comprensivo – comprendente, vale a dire, la cognizione del giudice ordinario sugli atti vincolati (sia per i casi già di sua giurisdizione in base a norme legislative o giurisprudenziali sia eventualmente per tutta l'attività di accertamento se si aderisce alla tesi 'fiorentina') – il piano ne potrebbe risultare ribaltato: nel senso che l'annullamento dell'atto si presterebbe a essere visto non come la

⁴² Che non fosse ravvisabile alcun ostacolo all'attribuzione al giudice ordinario del potere di annullare atti amministrativi era sostenuto già da E. CAPACCIOLI, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa* (1973), in ID., *Diritto e Processo*, cit., 366. In tema v. G. CORSO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 68-70. Recenti pronunzie della Corte Costituzionale hanno, comunque, fatto giustizia di questo pregiudizio. Si veda, in particolare, la sentenza n. 275 del 23 luglio 2001, secondo cui «il principio della disapplicazione, desunto dal giudice a quo dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, sul contenzioso amministrativo, ed il relativo limite ai poteri del giudice ordinario di fronte a un atto amministrativo illegittimo non costituiscono una regola di valore costituzionale, che il legislatore ordinario sarebbe tenuto a osservare in ogni caso. Infatti, resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario – suscettibile di modificazioni in relazione a una valutazione delle esigenze della giustizia e a un diverso assetto dei rapporti sostanziali – il conferimento a un giudice, sia ordinario, sia amministrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione o di incidere sui rapporti sottostanti, secondo le diverse tipologie di intervento giurisdizionale previste (argomentando dall'art. 113, terzo comma, della Costituzione: ordinanze n. 140 e n. 165 del 17 maggio e 28 maggio 2001)». Nella di poco precedente ordinanza n. 140 del 17 maggio 2001 si riconosce la legittimità costituzionale non solo del potere di annullamento di un atto amministrativo da parte del giudice ordinario ma anche la previsione di «speciali effetti talora sostitutivi dell'azione amministrativa, inadempiente rispetto a diritti che lo stesso legislatore considera prioritari, anche se ciò può comportare la necessità da parte del giudice di valutazioni ed apprezzamenti non del tutto vincolati, ma sempre riguardanti situazioni regolate da una serie di previsioni legislative, che prevedano espressamente l'esercizio di tali poteri».

sola tecnica a disposizione, ma come il 'di più' di misure di accertamento o di condanna, che già di per sé potrebbero soddisfare l'interesse del privato e che, tuttavia, come dimostra la prassi della giurisdizione ordinaria, trova largo impiego anche in connessione con tali altre misure (v. *infra*, § 3.2).

Arrestando questa avanzata, che sembra smentire il richiamo alla prudenza, va detto che nel diritto positivo si rinvergono altri elementi, questa volta di segno positivo e non solo negativo (non deducibilità dall'art. 21-*octies* di una conferma del modello annullatorio tipico), a favore di una diversa funzione del processo avente a oggetto atti vincolati.

Mi riferisco alla disposizione secondo cui nei giudizi contro il silenzio serbato dall'amministrazione che era obbligata a provvedere il "giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza". Il quinto comma dell'art. 2, l. 241/1990, come sostituito dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 di conversione del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, il cosiddetto "decreto competitività", prevede questa possibilità⁴³ all'interno del rito speciale previsto dall'art. 21-*bis*, l. 1034/1971 (l. TAR)⁴⁴.

⁴³ La disposizione dice, appunto, che il giudice amministrativo "può" pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza e su tale formulazione è sorto qualche dubbio. Mi pare sia da escludere che il giudice possa valutare a propria discrezione se pronunciarsi o no sull'espressa richiesta del ricorrente di "conoscere" della fondatezza della sua domanda. L'uso del verbo "potere" in questo caso è da intendere in senso tecnico come "avere poteri di" e non nel senso di permesso. Insomma si tratta di una regola anankastica (*conferring power*) e non deontica (*thetica*). Il fatto che possa, al limite sostenersi che in taluni casi – quando l'accertamento da compiere è molto complesso – il giudice possa anche pronunciare un *non liquet* sulla fondatezza/infondatezza della domanda, a causa dell'impossibilità nei termini brevi del rito speciale di pervenire a una completa ricostruzione del *thema decidendum*, non mi pare consenta di parlare di una mera facoltà del giudice. D'altronde, come osservo anche più avanti nel testo, questa cognizione del merito della pretesa è configurabile soltanto quando l'inerzia dell'amministrazione riguardi l'emanazione di un atto vincolato. In questo modo, la locuzione impiegata ("può conoscere") può essere intesa anche come implicito riferimento alle obiettive condizioni normative che la consentono. Questo è il significato che attribuisce all'espressione T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 18 maggio 2005, n. 7817, secondo cui la cognizione del giudice amministrativo «laddove non implichi valutazioni discrezionali rimesse in prima battuta alla necessaria valutazione dell'autorità amministrativa (*in ciò evidentemente risolvendosi l'opzione valutativa prevista dalla nuova disposizione e la conseguente valutazione facoltizzante rimessa all'apprezzamento del giudice amministrativo*), può estendersi alla verifica in ordine alla fondatezza della pretesa azionata, assumendo carattere pienamente satisfattivo in presenza di una valutazione giudiziale piena, la quale, disancorata dal limitato orizzonte dell'accertamento del mero dovere di provvedere, investe i contenuti sostanziali del rapporto tra cittadino e Pubblica amministrazione» (corsivo mio).

⁴⁴ Il testo dell'art. 2, comma 5, l. 241/1990 è il seguente: «Salvi i casi di silenzio assenso,

Si tratta del momentaneo epilogo di una lunga partita giocata tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale. La prima mossa fu rappresentata dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 10 marzo 1978, che inaugurava un orientamento, consolidatosi negli anni successivi, volto a configurare una pronuncia del giudice amministrativo sulla fondatezza della pretesa del privato all'ottenimento di un provvedimento vincolato nel caso di ricorso avverso il silenzio-rifiuto. Questa giurisprudenza, sicuramente 'avanzata', costituisce, peraltro, uno dei principali fattori di contraddizione interna agli orientamenti generali sull'azione vincolata, poiché riconosce, evidentemente, un ambito di accertamento al giudice amministrativo che non può che fondarsi sul presupposto che l'amministrazione, a seguito del giudicato, non debba esercitare un potere-PL, ma consentire che si dia seguito a un determinato assetto di interessi precostituito dal diritto obiettivo. D'altronde, questa costruzione giurisprudenziale – come in altri casi – si fondava su ragioni pratiche di effettività della tutela, senza troppo badare alla coerenza sistematica. La stessa costruzione del silenzio-rifiuto per legittimare un giudizio ordinario di annullamento risponde a questa medesima logica.

È inutile soffermarsi in questa sede sul fatto che la necessità di un lungo processo soltanto per arrivare a una sentenza che affermasse l'illegittimità del rifiuto costituiva un *vulnus* al principio di una giustizia effettiva. L'intervento del legislatore della l. 205/2000, attraverso l'introduzione dell'art. 21-*bis* nella l. TAR, si collocava a sua volta sul piano processuale, mirando proprio a distaccare dal rito ordinario il giudizio avente a oggetto l'inottemperanza a un obbligo di provvedere, modellando un rito speciale particolarmente concentrato. Da questo punto di vista non pare censurabile (nonostante le critiche della dottrina) il nuovo orientamento della giustizia amministrativa (anche qui puntellato da una nota decisione dell'adunanza plenaria, la n. 1 del 9 gennaio 2002) volto a restringere la funzione del nuovo rito speciale a una declaratoria dell'obbligo di provvedere, essendo venute meno le ragioni di 'politica giudiziaria' che avevano condotto all'orientamento favorevole a una pronuncia sulla spettanza. È stato, tuttavia, ancora il legisla-

decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge L. 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai predetti commi 2 o 3. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti».

tore a riservarsi l'ultima parola attraverso la previsione sopra menzionata.

Tale disposizione intende evidentemente recuperare l'originaria posizione dell'adunanza plenaria del 1978, sviluppata peraltro in un diverso contesto normativo, con la conseguenza che la disposizione va riferita ai soli atti vincolati. D'altronde, al di fuori dell'azione vincolata, quindi in presenza di potere-PL dell'amministrazione, non si può mai affermare: "mi spetta"⁴⁵. Il fatto che il giudice amministrativo si pronunci sulla fondatezza dell'istanza, nell'ambito di un processo che si conclude inequivocabilmente con una sentenza di condanna a provvedere ("il giudice amministrativo ordina all'amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a trenta giorni"), non consente di sollevare dubbi sul fatto che questa condanna possa oggi avere a oggetto un *facere* specifico, ossia l'emanazione di un provvedimento con un contenuto determinato. Si arriva, pertanto, a un passo dalla sostituzione della mancata pronuncia dell'organo competente con una pronuncia del giudice. Il che mi pare venga a confermare quanto già ho prima dedotto in termini solo sostanziali dall'art. 21-*octies*.2, l. 241/1990, vale a dire che in materia di pretese all'ottenimento di atti vincolati la sentenza deve necessariamente spingersi a definire il contenuto del 'rapporto controverso', e, quantomeno nel caso del silenzio, adottare le misure corrispondenti sul piano processuale. Ma se quanto ora detto sta in piedi, allora sembrerebbe derivarne una conseguenza ancor più generale, che formulo attraverso il seguente interrogativo. Se in un rito abbreviato come quello *ex art. 21-bis*, l. TAR, in presenza di inadempimento dell'obbligo di provvedere, il giudice può (deve) spingersi a conoscere della fondatezza della pretesa, perché lo stesso non dovrebbe accadere nel corso di un giudizio ordinario di impugnazione di un rifiuto di un atto vincolato? Non trovo convincenti i possibili argomenti a sostegno di una risposta negativa a tale domanda che possono essere tratti da un paio di decisioni del Consiglio di Stato.

In una ordinanza⁴⁶, si è esclusa l'ammissibilità, a ordinamento vigente, di una condanna dell'amministrazione a un *facere*, da ritenersi circoscritta alle limitate ipotesi del rito speciale sull'accesso ai documenti amministrativi (art. 25, comma 6, l. 7 agosto 1990, n. 241) e sul silenzio (art. 21-*bis*, comma 2, l. 1034/1971).

La disciplina del rito del silenzio, cui si fa riferimento in questo passo non è, ovviamente, quella risultante dalle modifiche apportatevi dal 'decreto

⁴⁵ In tal senso è intervenuta la sentenza del T.A.R. Campania citata alla precedente nota 43.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3355.

competitività'. Sia il caso della mera condanna a adempiere, a esempio oggi nei confronti dell'inerzia a adottare un atto discrezionale, sia il caso del rito speciale sull'accesso ai documenti amministrativi, con l'ordine di consegna dei documenti, sebbene si pongano in contrasto con l'idea della monoliticità del processo di annullamento, riguardano utilità strumentali e che comunque non mettono in discussione l'esercizio del potere amministrativo. In questa ottica è condivisibile l'idea che esprimano modelli speciali⁴⁷, nel senso di essere delimitati dall'indirizzarsi verso obiettivi (certamente importanti sotto il profilo di una più completa tutela dei cittadini ma) che non investono direttamente l'oggetto (comunque lo si voglia ricostruire) del processo amministrativo di cognizione. Ma questo non può più dirsi considerando il modello che deriva dall'enunciato contenuto nell'art. 2, ult. comma della l. 241/1990, in base al quale il contenuto del *facere* oggetto della condanna mi pare costituisca, sul piano del diritto positivo, una forte novità rispetto alle suddette ipotesi. In questo caso la sentenza investe il merito della pretesa sostanziale vantata dal ricorrente, non riguarda pretese strumentali o comunque non direttamente connesse (accesso agli atti) ai compiti di amministrazione attiva.

A mio avviso, allora, non può essere considerata la specialità del rito sul silenzio a costituire la *ratio* dell'attribuzione del giudizio sulla spettanza al giudice amministrativo. Se, infatti, l'evoluzione del problema della tutela contro l'inerzia, sopra delineata, dipende da una esigenza squisitamente pratica, quella di evitare l'esito frustrante di un giudizio di cognizione che si limitava a statuire ciò che si sapeva fin dall'inizio (che l'inerzia era illegittima), una volta risolto questo problema, con un rito estremamente concentrato, e con strumenti di indubbia efficacia (la sostituzione con commissario *a acta* dell'amministrazione che perdura nell'inerzia pur dopo la sentenza di condanna), sembra incongruo considerare l'ulteriore previsione del giudizio sulla fondatezza della pretesa in funzione soltanto di quell'esigenza pratica. Molto più convincente, invece, appare la tesi interpretativa (che peraltro trae alimento da una tesi ben più ampia e che affonda le sue radici nel diritto sostanziale) secondo cui quella possibilità indicata dal legislatore è legata, non allo specifico rito processuale in cui è stata prevista, ma a un riconoscimento legislativo del carattere dell'azione vincolata, sancito dal pe-

⁴⁷ Il Consiglio di Stato parla di "ipotesi circoscritte", il che vale a dire speciali, non suscettibili di estensione analogica o comunque, per stare su un terreno più battuto dalla nostra giurisprudenza, non esprimenti un "principio".

culiare regime delle norme procedurali a essa relative, rispetto alla quale le tecniche di tutela a disposizione dei cittadini possono andare ben oltre il rimedio cassatorio.

Non credo, pertanto, sarebbe corretto continuare a sostenere che la specialità del rito sul silenzio costituisca argomento contrario alla costruzione di un'azione di adempimento, estesa a tutti i casi di sindacato dell'attività vincolata, alla stregua della *Verpflichtungsklage* dell'ordinamento tedesco. Detto ancora altrimenti, sul piano dell'interpretazione sistematica, sembra irragionevole che il processo ordinario di cognizione possa dare al cittadino meno di quanto ottiene dal rito speciale, a maggior ragione se si parte dall'idea che il rifiuto, al pari del silenzio, è un non-atto⁴⁸.

La tesi della specialità mi sembra non regga neanche se ribaltata prendendo il punto di vista del processo tipico, ossia sostenendo che è la tipicità del processo di annullamento a impedire ibridazioni con altre tecniche di tutela. Su questo punto, che rischia pericolosamente di condurre all'interno di una tematica che ho detto di volere evitare (l'oggetto del processo), è sufficiente rinviare alle osservazioni svolte in precedenza, ribadendo che se si dimostra che la previsione sulla fondatezza della pretesa non è specifica di un rito speciale, già questo implica che essa debba incidere sul processo amministrativo in quanto tale.

Un altro argomento a sfavore dell'azione di adempimento è stato rinvenuto in una tesi, definita da Marcello Clarich "dell'equivalenza dei rimedi"⁴⁹, utilizzata ancora una volta dal Consiglio di Stato⁵⁰, il quale afferma che

non vi è molta differenza tra una sentenza che disponga il rilascio di un determinato provvedimento e analoga decisione che annulli un diniego riconoscendo in parte motivata la fondatezza della pretesa sostanziale del privato, imponendo così all'amministrazione di conformarsi. Il rimedio alla mancata attuazione sarebbe pur sempre, in entrambi i casi, il giudizio per l'esecuzione del giudicato.

In questa decisione il Consiglio di Stato si sforza di escludere che possa considerarsi come azione di adempimento il rimedio della reintegrazione in

⁴⁸ F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, cit., 38 ss.

⁴⁹ Da M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 575.

⁵⁰ Sezione VI, 18 giugno 2002, n. 3338.

forma specifica introdotto dall'art. 35 del D.lgs. 80/1998, confermando le ragioni storiche su cui si fonda l'idea della sufficienza del meccanismo annullamento-ottemperanza e, pertanto, probabilmente, la mancanza di necessità di una specifica azione di adempimento. La medesima linea di ragionamento si ritrova nella già citata ordinanza del Consiglio di Stato n. 3355 del 21 maggio 2004⁵¹ che, nel domandarsi se sia ammissibile la condanna a un *facere* dell'amministrazione (in realtà anche in questo caso si trattava di una richiesta di risarcimento in forma specifica), dopo averne ammesso l'astratta concepibilità soltanto in presenza di attività vincolata, tuttavia soggiunge che, ove si accedesse a questa ipotesi si opererebbe la surrettizia introduzione nel nostro sistema della c.d. azione di adempimento (la *vertglichtungsklage* dell'ordinamento giuridico tedesco), allo stato sconosciuta al nostro sistema positivo di tutela delle posizioni soggettive connesse all'esercizio delle funzioni amministrative. La condanna dell'amministrazione all'adozione di un provvedimento favorevole al ricorrente postula, infatti, logicamente la configurabilità in capo al privato di un vero e proprio diritto a quell'atto ed in capo all'amministrazione un vero e proprio obbligo alla soddisfazione di quella pretesa. Senonché la ricostruzione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione in termini di rapporto obbligatorio, anche con riguardo alle tecniche di tutela giurisdizionale, esigerebbe una precisa ed univoca innovazione normativa, che la mera previsione della possibilità di risarcire il danno nelle forme della reintegrazione in forma specifica non risulta idonea a introdurre, e non si presta a essere validamente sostenuta senza un adeguato e puntuale riscontro positivo.

In breve, secondo il Consiglio di Stato, la condanna dell'amministrazione all'adozione di un provvedimento favorevole al ricorrente

può intervenire solo là dove la struttura del rapporto giuridico possa essere costruita in termini di diritto soggettivo-obbligo e non anche in termini di interesse legittimo-potere (ancorché vincolato e dunque comportante un obbligo di provvedere in un modo determinato)⁵².

A questo proposito emergono due osservazioni. La prima, ovvia alla luce delle tesi difese in questo lavoro, è che in tanto la posizione del Consiglio di Stato regge in quanto si sia disposti ad accettare tutte le contraddizioni insite nell'approccio dominante al tema dell'attività di accertamento-azione vinco-

⁵¹ Sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3355 (ord.), cit., in particolare punto 6.3.2.

⁵² M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 576.

lata dell'amministrazione. La seconda è che, peraltro, quand'anche ci si trovi dinanzi alla struttura diritto-obbligo (si sono accennati nel capitolo precedente i molti casi in cui si dà questa circostanza pur in presenza di atti amministrativi), la possibilità di condannare a un *facere* la pubblica amministrazione sembra, tuttavia, ancora un traguardo da conquistare. Stando ad alcuni orientamenti della Cassazione, le sentenze di condanna non potrebbero mai pervenire a condannare l'amministrazione all'emanazione di un atto, in quanto *facere* infungibile⁵³. È vero che questa posizione è predicata con riferimento al giudice ordinario in sede di disapplicazione, ma, si deve ritenere, in quanto giudice del rapporto e non in quanto – si passi il bisticcio – giudice non amministrativo. Nei casi in cui, cioè, il giudice amministrativo conosce dei diritti in sede di giurisdizione esclusiva, anche per lui dovrebbe valere lo stesso limite dell'infungibilità di quel *facere* se questo limite vale per il giudice ordinario⁵⁴.

Solo le incrostazioni, forse sepolte nel nostro inconscio attraverso la secolare trasmissione di un sapere gelosamente custodito, derivanti da ambiguità di fondo presenti sin dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, potrebbero giustificare una conclusione volta a differenziare i poteri del giudice amministrativo in quanto 'giudice naturale' del potere amministrativo⁵⁵.

⁵³ Da ultimo sul punto, con gli essenziali riferimenti di giurisprudenza e dottrina, v. F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, cit., 57-59.

⁵⁴ È, peraltro, evidente che, accogliendo la tesi della 'sostituibilità' dell'azione amministrativa vincolata da parte del giudice ordinario (E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio ...*, cit., 364; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata ...*, cit., 50; P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi*, cit., 247 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ...*, cit., 98-100), il problema di una siffatta sentenza di condanna verrebbe risolto a monte, nel senso che non sarebbe necessaria, in quanto la sentenza stessa, mediante l'accertamento del diritto, sostituirebbe l'atto amministrativo, rendendolo superfluo, e l'eventuale annullamento (rispetto alla spettanza del quale al giudice ordinario come visto può trarsi argomento dall'art. 21-octies) avrebbe in questo caso una funzione di mera 'pulizia' del sistema giuridico. In realtà anche la questione del 'divieto' di condannare l'amministrazione a un *facere* è evidentemente connessa al consueto modello di ragionamento che parifica il potere discrezionale (rispetto al quale è sensato richiamarsi alla separazione dei poteri) all'accertamento autonomo.

⁵⁵ Mi riferisco al fatto che l'attribuzione del potere di annullamento degli atti amministrativi alla Sezione IV – ed il contemporaneo divieto in tal senso per il giudice ordinario – era giustificato all'inizio sulla base della natura non giurisdizionale, ma amministrativa, della Sezione, cosicché era questo carattere che giustificava l'ingerenza negli affari esecutivi, sostanzialmente preclusa al giudice ordinario. In tema C. MARZUOLI, A. ORSI BATTAGLINI,

È pur vero che nel passo sopra riportato, il Consiglio di Stato, allude, non tanto all'ambito dell'attività di accertamento dell'amministrazione – nella quale in applicazione del 'criterio direzionale dell'interesse' anche il giudice amministrativo è astrattamente disposto a rinvenire rapporti diritto-obbligo – ma a una più generale questione di rapporti tra cittadino e amministrazione, che alcune recenti disposizioni, alcune interpretazioni ed un clima culturale di fondo spingono a ricostruire in termini generalmente paritari.

Paradossalmente, però, questo atteggiamento (che deriva, come ho ripetuto ormai forse troppe volte, dal considerare il potere amministrativo come una entità unica dotata di una sorta di propria esistenza metafisica) finisce con l'attrarre nell'orbita dell'interesse legittimo, e delle tecniche per quest'ultimo ritenute le sole ammesse dall'ordinamento (tipiche), anche situazioni e rapporti che – al di fuori di quel pregiudizio – potrebbero ben godere di una tutela in forma piena. In argomenti come quelli suddetti aleggia, insomma, un ché di paradossale, vi è qualcosa che sul piano logico non torna. Se, infatti, i rapporti amministrazione-cittadino fossero da costruire secondo la struttura diritto-obbligo (questa è la condizione che secondo il Consiglio di Stato consentirebbe l'introduzione di un'azione di adempimento), allora non sarebbero più affare (se non nelle fattispecie di giurisdizione esclusiva) del giudice amministrativo. Ecco, pertanto, come la conferma di certi caratteri di un non meglio specificato esercizio delle funzioni amministrative serve a far confluire tutto un fascio di rapporti giuridici sotto l'ombrello dell'interesse legittimo ed a mantenere saldamente in mano la giurisdizione. Ma il prezzo da pagare a mio avviso non è irrilevante: checché ne dica il Consiglio di Stato, non pare che la successione annullamento-giudicato-ottemperanza costituisca rimedio più effettivo⁵⁶ di quello rappresentato da un ordine del giudice (ordinario o amministrativo che sia) di emanare un determinato atto o di sostituirlo senz'altro⁵⁷.

Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione, in *Dir. pubbl.*, 1997, 895.

⁵⁶ Che il principio costituzionale, ossia la norma parametro, stia nel principio di effettività è ribadito da A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 133 ss.

⁵⁷ Su questo punto puntuali le osservazioni di M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 576, secondo cui: «in primo luogo, l'effetto conformativo derivante dal dispositivo, letto in connessione con la motivazione, della sentenza di annullamento di un provvedimento di diniego può prestarsi a interpretazioni restrittive da parte dell'amministrazione nei casi in cui la motivazione presenti ambiguità anche lessicali. Un dispositivo che tragga direttamente le conseguenze degli accertamenti contenuti nella motivazione e impartisca un ordine all'amministrazione a provve-

Sicché, secondo un'interpretazione non caritatevole, anzi un po' maliziosa, si potrebbe leggere nel suo riportato passo del Consiglio di Stato quasi un'esortazione a una "precisa ed univoca innovazione normativa" nel senso di attribuire tutte le controversie sull'attività vincolata al giudice ordinario.

Tenendo conto di queste osservazioni appare, allora, certamente più condivisibile la tesi sostenuta da Marcello Clarich, che, basandosi su un percorso argomentativo in parte diverso da quello qui suggerito, giunge a configurare l'ammissibilità dell'azione di adempimento in presenza di atti vincolati, coniugando il principio, affermatosi nel diritto processuale civile, dell'atipicità delle azioni, con il principio aureo dell'effettività, richiamandosi agli studi di Andrea Orsi Battaglini⁵⁸. Quello che Clarich condivide in parte con la posizione del Consiglio di Stato è il permanere di una immagine unitaria della funzione amministrativa e dell'interesse legittimo, che però, per quanto subito appresso dirò, appare soltanto strumentale a mantenere in piedi la giurisdizione amministrativa. In breve, Clarich aderisce al 'criterio direzionale dell'interesse' per discriminare tra le due posizioni soggettive del cittadino nei confronti dell'amministrazione, ma aggiunge che

appare difficile negare che le due coppie diritto soggettivo-obbligo e interesse legittimo-potere vincolato abbiano una struttura sostanzialmente coincidente e diano origine a un rapporto giuridico bilaterale intercorrente tra il soggetto privato titolare della situazione giuridica soggettiva attiva e la pubblica amministrazione. Come si è dimostrato in letteratura, trovando anche un qualche seguito nella giurisprudenza, il rapporto obbligatorio costituisce una categoria così generale da consentire di includere una molteplicità e varietà di relazioni giuridiche⁵⁹.

dere in un modo determinato offre al ricorrente maggiori certezze. In secondo luogo, l'azione di adempimento precluderebbe al giudice amministrativo di indulgere nella prassi, censurata molte volte in dottrina, dell'assorbimento improprio dei motivi che finisce per impoverire la sentenza quanto a contenuto di accertamento e dunque a effetto conformativo».

⁵⁸ Vedi precedente nt. 56.

⁵⁹ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni ...*, cit., 577. Qui il riferimento è alle tesi più recenti di L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 168 ss. Senonché sia Ferrara sia Orsi Battaglini ritengono che quelle relazioni siano propriamente di diritto-obbligo, oppure, ma si tratta evidentemente di una variante lessicale, che l'interesse legittimo sia il nome di una figura di diritto soggettivo che ha la sola particolarità di avere come correlativo un'obbligazione dell'amministrazione. Ma la novità di questo indirizzo di pensiero consiste nel fatto che il rapporto obbligatorio sia configurabile anche dove vi sono poteri discrezionali, e questo risultato viene ottenuto elidendo del tutto la correlazione con il potere. Il che, però, non mette in discussione il fatto che – ove un potere PL non vi sia – la situazione soggettiva (il diritto) riguarda il bene sostanziale e non quello strumentale.

In questa ottica, diviene, tuttavia, disagevole spiegare a che fini rileva l'aver stabilito che il vincolo è posto nell'interesse dell'amministrazione (criterio direzionale), se poi il rapporto giuridico ha una struttura sostanzialmente coincidente nelle due (presuntamente) diverse sequenze diritto soggettivo – obbligo e interesse legittimo – potere vincolato. Ed infatti la conclusione che Clarich trae ha il sapore di un truismo.

Una volta accertato sul piano del diritto sostanziale il modo di essere di un siffatto rapporto, e in particolare l'obbligo (o il dovere) in capo all'amministrazione di assumere un determinato comportamento o una determinata manifestazione di volontà (in particolare, *sub specie* emanazione del provvedimento richiesto), sembrerebbe contraddittorio ammettere che il giudice possa trarre le conseguenze di un siffatto accertamento attraverso una pronuncia avente contenuto ordinatorio in presenza di un vero e proprio obbligo correlato a un diritto soggettivo e negare la medesima possibilità nel caso di dovere (*rectius* obbligo) di provvedere in modo determinato correlato a un interesse legittimo⁶⁰.

Anche posizionandosi, in definitiva, all'interno del processo amministrativo e continuando a parlare di interessi legittimi, in linea generale non si può negare la sussistenza di un 'diritto' a ottenere una specifica misura per l'adempimento dell'amministrazione. Entro questo discorso, come ripetutamente osservato, l'art. 21-*octies* rinforza ulteriormente tale tipo di conclusione, proprio perché concentra tutta l'energia del processo di cognizione avente a oggetto provvedimenti vincolati sugli elementi sostanziali, sull'accertamento della regola concreta desunta a partire da una disposizione-D.

3.1.1. *Vi è ancora 'spazio' per la sequenza azione vincolata-diritti-giurisdizione ordinaria?* – Abbandonando per un momento la 'cautela tattica' annunciata all'inizio di questo capitolo, non mi pare, inoltre, che dall'art. 21-*octies* possano trarsi argomenti (come pure è stato ritenuto⁶¹ che 'seppel-

Seguendo questa tesi, se la presenza di un potere non è decisiva per configurare l'interesse legittimo, allora, anche quando il potere amministrativo-PL non compare affatto nella fattispecie (azione vincolata), ma vi è pur sempre un atto amministrativo, si può anche ammettere che la posizione del privato continui a 'chiamarsi' interesse legittimo. In entrambi i casi, tuttavia, il problema è proprio legato all'opportunità di usare nomi diversi per cose che non sono diverse. E la cosa più curiosa sarebbe proprio che attraverso tale criterio meramente nominalistico si determinasse il riparto di giurisdizione.

⁶⁰ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 577-8.

⁶¹ Come ho già notato nel capitolo secondo, appare comunque labile la tesi secondo cui sarebbe il *nomen* utilizzato ("provvedimento") a sancire in via definitiva che il legislatore intende i provvedimenti vincolati come esercizio di potere-PL.

lirebbero' la tesi raffigurabile nella sequenza azione vincolata – diritti – giurisdizione ordinaria. Al contrario anche sul punto della giurisdizione quanto sopra sostenuto milita in favore di quella tesi.

Semmai un argomento contrario potrebbe rinvenirsi nel fatto che l'ordinamento preveda oggi espressamente un giudizio da parte del giudice amministrativo sulla fondatezza della pretesa di un privato correlata alla richiesta di un atto amministrativo vincolato. Ma si tratta di un problema apparente.

La considerazione di partenza, piuttosto banale, è che non è possibile fondare su una disposizione relativa a un singolo istituto processuale la giustificazione del criterio che regge il riparto tra le giurisdizioni, che deve invece situarsi necessariamente a monte delle singole norme processuali. Certo si potrebbe obiettare che la disposizione secondo cui il "giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza" non fonda il riparto, ma conferma una regola di riparto che fa già parte del 'diritto vivente'. Ma questo è poco più di un argomento retorico, poiché lascia del tutto impregiudicato il problema di fondo che è comunque quello della dimostrazione dell'esistenza di una regola che stabilisca che la giurisdizione del giudice amministrativo è 'così e così' non semplicemente richiamandosi a 'tradizioni interpretative'. Ed allora si dovrebbe semplicemente tornare al punto di partenza, costituito, come sappiamo, dal 'criterio direzionale dell'interesse' e dalla percezione del potere amministrativo come esistente in una qualche sfera del reale secondo quell'atteggiamento di essenzialismo metafisico che è alla base di molti concetti della dogmatica (diritto soggettivo, negozio giuridico, efficacia giuridica, ecc.).

Se, allora, rimane pienamente 'in corsa' la sequenza azione vincolata-diritti-giurisdizione ordinaria, come conciliare questo con il fatto che il giudice amministrativo può pronunciare una sentenza di condanna all'adempimento secondo quanto qui sostenuto? La risposta è che non vi è nulla da conciliare. Il legislatore ha semplicemente messo a disposizione dei cittadini uno strumento (rito speciale) per difendersi contro il fatto in sé dell'inerzia dell'amministrazione. Si tratta, cioè, di un rimedio specifico che può essere ascritto ai casi di giurisdizione per materia, ove la 'materia' è la coazione dell'obbligo di provvedere di un'autorità amministrativa. Tra l'altro la specialità del rito si apprezza non soltanto rispetto alla struttura del rito ordinario, ma anche rispetto al fatto che attiene a un diritto. Pur senza entrare nella discussione che ha animato anche quest'ultimo profilo – ma richiamando le idee espresse sulle 'modalità giuridiche' (II.4.1) – mi pare che soltanto ricor-

rendo a finezze concettuali che sfociano nel concettualismo si possa negare che se A ha un obbligo di provvedere in ordine alla richiesta di B, B deve avere una pretesa di contenuto corrispondente all'obbligo di A, e correlativamente che se B ha diritto a ottenere una risposta da A, A è obbligato a dargliela⁶².

A tale pretesa tipicamente strumentale, il legislatore ha aggiunto ora un aspetto sostanziale, prevedendo che all'interno del rito speciale relativo alla tutela del diritto a ottenere una risposta possa innestarsi anche il diritto a vedersi riconosciuto, se del caso, il 'bene della vita'. Ma tale giurisdizione per materia non può per ciò solo trasformarsi in una giurisdizione esclusiva sulla pretesa sostanziale e tantomeno può estendere la sua portata oltre il caso del silenzio, quindi – secondo quella ipotetica 'translitterazione' sopra criticata – radicare, a esempio, la giurisdizione del giudice amministrativo sul rifiuto di un atto vincolato qualora si accetti la tesi della natura di diritto soggettivo della posizione del richiedente.

In realtà, sempre avendo in mente il pieno 'diritto di cittadinanza' della sequenza azione vincolata – diritti – giurisdizione ordinaria (perlomeno al pari di altre sequenze), tanto nel caso di silenzio quanto nel caso di rifiuto rimane disponibile per il privato la via della tutela giurisdizionale ordinaria. Nel caso del silenzio serbato sulla richiesta di un atto vincolato, in particolare, l'interessato potrebbe scegliere se utilizzare il rito speciale oppure rivolgersi direttamente al giudice ordinario per ottenere le misure opportune (accertamento, condanna, annullamento).

3.1.2. *Giurisdizione esclusiva sulla dichiarazione di inizio dell'attività tra bipolarità e multipolarità.* – La rapida evoluzione delle norme generali sull'azione amministrativa offre, d'altronde, ulteriori elementi per comporre il quadro della giurisdizione sull'attività amministrativa vincolata e consente altresì di tornare sulla disciplina della dichiarazione di inizio dell'attività (DIA) che in precedenza ho ritenuto fondante nella costruzione della 'norma estesa' sull'azione vincolata stessa.

Il novellato comma quinto dell'art. 19, l. 241/1990 (come modificato dalla l. 80/2005) devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa all'applicazione delle norme sulla dichiarazione di inizio dell'attività (DIA). Tali controversie non possono che essere a

⁶² V. comunque nel prossimo paragrafo quanto osservo sul paradigma dell'"assolvimento di obblighi pubblicistici" che si va affermando nella giurisprudenza del Consiglio di Stato.

mio avviso quelle promovibili dal dichiarante contro l'emanazione del provvedimento di inibizione dell'attività. Come ha affermato il Consiglio di Stato⁶³, sebbene con un argomentare piuttosto ondivago, nei rapporti tra denunciante e amministrazione, la denuncia di inizio attività si pone come atto di parte, che consente al privato di intraprendere un'attività in correlazione all'inutile decorso di un termine, cui è legato, a pena di decadenza, il potere dell'amministrazione inibitorio dell'attività. A tale potere

resta estraneo, sul piano normativo della qualificazione degli interessi, colui che si oppone all'intervento, perché la norma sulla denuncia di inizio attività non prende (ancora) formalmente in considerazione la sua posizione, per qualificarla in senso legittimante, ed egli, in definitiva, non può opporsi, in sede di giurisdizione amministrativa, all'attività del privato⁶⁴.

La fattispecie della DIA si risolve, pertanto, in un rapporto a due, non vi è spazio per i terzi, sebbene questi rientrino dalla finestra attraverso la possibilità che sarebbe loro riconosciuta dal diritto di attivarsi per sollecitare il generale potere repressivo dell'amministrazione, che resta salvo ai sensi dell'art. 21, l. 241/1990, nei confronti di attività illecite, concretamente utilizzando la procedura del silenzio-inadempimento di cui all'art. 21-*bis* l. TAR⁶⁵.

Se è così, e mi pare che non possa essere diversamente, anche questa previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo suona come conferma delle tesi interpretative secondo cui la situazione giuridica del dichiarante non è di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo, e ciò tanto prima quanto dopo l'emanazione dell'atto inibitorio⁶⁶. Per quanto riguarda il 'prima', questo argomento si aggiunge a quelli già esaminati in precedenza a proposito del regime dell'atto che precede l'esercizio del diritto. Per quanto riguarda il 'dopo', l'efficacia dell'atto di inibizione non può essere tale da incidere, 'degradandolo', sul diritto soggettivo per gli stessi motivi che inducono a espellere il potere dalle fattispecie di c.d. azione vincolata: infatti, o i requisiti e presupposti per iniziare l'attività vi sono, ed allora il diritto sussiste, oppure tali requisiti e presupposti non vi sono, ma allora non è

⁶³ Sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916 (è bene precisare che il caso è deciso applicando il testo previgente dell'art. 19, l. 241/1990).

⁶⁴ Cons. Stato, *ult. cit.*

⁶⁵ Su ciò tornerò più avanti.

⁶⁶ Su cui L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., parte II, cap. II.

l'atto amministrativo a 'trasformare' la posizione del cittadino, la quale era fin dall'inizio soltanto apparente.

Né mi pare che le modifiche apportate al testo dell'art. 19 cit. dalla l. 80/2005 debbano portare cambiamenti nella suddetta impostazione. La tesi interpretativa largamente prevalente ritiene, invero, che in tale nuovo testo vi sarebbe una sconfessione della natura non provvedimentale della DIA, la quale verrebbe a assomigliare a una ipotesi di silenzio-assenso. In particolare questa conseguenza si desumerebbe dal seguente enunciato contenuto nel comma terzo dell'art. 19:

L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti, nel termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 2, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni. È fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinqüies* e 21-*nonies*.

Queste "determinazioni in autotutela" sarebbero riferite – cercando di rendere esplicito quanto è sotteso nell'opinione suddetta – a una norma implicita che in buona sostanza avrebbe sancito che decorso il termine per l'esercizio dell'azione inibitoria la dichiarazione di inizio dell'attività si trasformerebbe in una domanda di autorizzazione tacitamente assentita. La cosa interessante è che l'iscrizione di questo significato a quella proposizione è operata senza neanche il beneficio del dubbio⁶⁷. Tutto può essere naturalmente, ma – lasciando da parte i condizionamenti 'dogmatici' che inducono gli 'interpreti' a far riemergere la logica unitaria del 'potere amministrativo' – non riesco proprio a trovare le ragioni dell'inesorabilità della suddetta conclusione⁶⁸.

Partirei da una considerazione molto semplice, ma già sufficiente a mina-

⁶⁷ In realtà, a leggere alcuni recenti commenti, questa conclusione non è neanche problematizzata. W. GIULIETTI, *Articolo 19. Dichiarazione di inizio attività*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., 370 ss.; M. FILIPPI, *La nuova dia e gli incerti confini con il silenzio-assenso*, in *Giustizia Amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, n. 1, 2006, www.giustamm.it.

⁶⁸ È forse il caso di notare che dai lavori preparatori non si trae nessuna indicazione in un senso o in un altro.

re alle fondamenta l'inesorabilità della tesi dominante. Se la dichiarazione di inizio attività è semplicemente una domanda – con la curiosa particolarità che a essa l'amministrazione non potrebbe rispondere – l'istituto della DIA collassa. Al di là infatti delle dispute (anch'esse prevalentemente ideologiche) sulla liberalizzazione o semplificazione poste a base della DIA⁶⁹, il solo senso che questa può avere è quello reso esplicito dai suoi termini e cioè che una dichiarazione dell'interessato sostituisce una certa classe di atti autorizzatori. L'idea, viceversa, di tendere ad assimilare il funzionamento della DIA con il modo di operare del silenzio-assenso è logicamente inconsistente, produce inevitabilmente (non l'assimilazione ma) il dissolvimento della DIA nel silenzio-assenso. Anche questo esito è possibile, ma almeno va messo in evidenza e discusso.

Ebbene, perché, sotto il profilo della comprensione *standard* del testo, si dovrebbe immaginare una norma implicita come quella suddetta? La risposta fornita dall'orientamento dominante potrebbe essere di tipo logico: secondo la solita (ed ormai stantia) *fiction* dell'atto silenzioso, se si prevede l'esercizio dell'autotutela, allora deve necessariamente presupporci che vi sia un atto da riesaminare imputato allo stesso organo. Ma perché, invece, non considerare il fatto che in questa circostanza un atto per nulla fittizio c'è già ed è menzionato nella proposizione appena precedente la proposizione contenente il riferimento all'autotutela? Mi riferisco ovviamente all'atto di inibitoria⁷⁰.

Devo dire che quest'ultima mi sembra una soluzione, perlomeno, altrettanto inesorabile della precedente. Ogni ulteriore argomento, volendo concedere (diversamente dalla tesi opposta) che siamo in presenza di un caso di vaghezza, non può risultare decisivo e si tratta, quindi, di esplicitare le opzioni di fondo. Ma andiamo per ordine. Si potrebbe obiettare che menzionare il potere di autotutela in riferimento all'atto di inibizione sarebbe stato su-

⁶⁹ In realtà come ben mostra, a esempio, lo studio di P. DURET, *Sussidiarietà ed autoamministrazione dei privati*, cit., 214 ss., la partita in gioco è ancora una volta la permanenza del potere funzionale e dell'interesse pubblico, sostenendosi, in breve, che il 'potere', passando dall'autorità al privato, rimane lo stesso, e ciò per escludere che il privato segua da sé (senza l'accompagnamento del potere) delle regole di condotta.

⁷⁰ Tra l'altro il riferimento anche alla revoca, oltre che all'annullamento, pur senza dare troppo credito alla coerenza tecnica del linguaggio legislativo, confermerebbe questa lettura, poiché mentre appare, in base alle idee correnti, difficilmente configurabile la revoca di un atto di consenso vincolato formatosi silenziosamente, viceversa apparirebbe astrattamente ipotizzabile la revoca di un provvedimento sfavorevole come il divieto di iniziare l'attività.

perfluo, mentre questa superfluità viene meno se si suppone che esso serva a dire in realtà una cosa diversa e cioè a configurare la famosa regola implicita che trasforma la dichiarazione in una domanda. Come si vede si tratta di un ragionamento particolarmente obliquo: per dare conto della portata precettiva di un enunciato si inventa un enunciato diverso, per così dire rimasto nella penna del legislatore.

Mi pare che già questo rilievo – senza considerare la problematicità in sé degli argomenti interpretativi che si fondano sulle ‘intenzioni del legislatore’ – faccia ripiegare su se stessa la suddetta obiezione, nel senso che essa si regge soltanto esplicitando la premessa secondo cui: ‘è desiderio dell’interprete ricondurre la coppia dichiarazione/assenza di divieto di prosecuzione entro i confini dell’atto amministrativo tipico e più in generale entro i confini di un certo modello processuale che a sua volta si regge su determinati presupposti ideologici’.

Tuttavia l’obiezione può essere respinta anche utilizzando un tipico controargomento interpretativo logico-testuale, che consiste nel notare che la disposizione sull’autotutela potrebbe essere ‘giustificata’ in un altro modo. L’enunciato che la precede dice che l’amministrazione adotta, nei casi in cui non vi siano le condizioni per lo svolgimento dell’attività, motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell’attività e di rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l’interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall’amministrazione. Dopo di ciò si dice, appunto, che sono fatti salvi i poteri di autotutela amministrativa. Ben potrebbe, allora, intendersi questo riferimento come la precisazione del fatto che anche quando l’amministrazione non sia stata in grado di indicare possibili misure correttive per la conformazione dell’attività al diritto entro i termini suddetti oppure il privato non si sia conformato alle indicazioni fornite entro il termine, ma tali circostanze possano concretizzarsi successivamente, lo spirare di tali termini non pregiudica l’esercizio dei poteri di autotutela sull’atto di inibitoria. Non si tratta di una previsione di straordinario significato, ma del resto sono innumerevoli nella legislazione le ipotesi in cui utilizzando la locuzione “fatto salvo” il legislatore si limita a escludere eventuali interpretazioni preclusive sulla rilevanza di norme implicate da quella cui tale locuzione si riferisce.

In definitiva, visto che ritengo comunque necessario esplicitare l’opzione ideale che sorregge la scelta interpretativa indicata, essa mi pare d’altronde chiara: è a mio avviso desiderabile accrescere il grado di certezza dell’ordinamento mediante il ricorso alla tecnica della *self-direction* piuttosto che

privilegiare interpretazioni che tendano a riportare nell'ambito di un indifferenziato e pervasivo 'potere amministrativo' i fenomeni ascrivibili alla derivazione nomostatica di norme.

Quest'ultima tendenza è particolarmente manifesta nella successiva giurisprudenza amministrativa, in sede interpretativa della sentenza della sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale. La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 7 del 15 settembre 2005 ha infatti ritenuto, in punto di giurisdizione, in un'ipotesi in cui un'impresa lamentava danni da mancato tempestivo obbligo di provvedere, che

è esatto che la Corte Costituzionale ha stralciato dalla previsione dell'art. 34 del D.lgs. n. 80 del 1998 (nella versione di cui alla legge n. 205 del 2000) il termine «*comportamenti*», devolvendo al giudice ordinario la cognizione delle liti relative a diritti soggettivi provocate da condotte materiali dell'amministrazione (liti riservate, invece, al giudice amministrativo prima della parziale dichiarazione di incostituzionalità). Nella specie, però, non si è di fronte a «*comportamenti*» della pubblica amministrazione invasivi dei diritti soggettivi del privato in violazione del *neminem laedere* (la fattispecie presa in considerazione dal citato art. 34 nella parte dichiarata incostituzionale dalla Corte), ma in presenza della diversa ipotesi del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo della autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi a oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative. Si è, perciò, al cospetto di interessi legittimi pretensivi del privato, che ricadono, per loro intrinseca natura, nella giurisdizione del giudice amministrativo (e, trattandosi della materia urbanistico-edilizia, nella sua giurisdizione esclusiva).

È stato così osservato che i vari 'modelli' di azione che anche mediatamente si prestano a essere ricondotti nella sfera del potere amministrativo, in quanto comportamenti che si collegano in maniera fisiologica – come nelle fattispecie del silenzio-assenso e della DIA (non a caso 'assimilate') o in maniera patologica – come nel caso del silenzio-rifiuto – a un "procedimento tipizzato", si presterebbero tutti a essere ricondotti al paradigma dell'"assolvimento di obblighi pubblicistici", formula su cui dopo quanto osservato sin qui vi è ben poco da aggiungere, se non che se è 'esatta' questa interpretazione la suddetta previsione sulla giurisdizione esclusiva non avrebbe alcun senso⁷¹.

Questo problema mostra sullo sfondo un altro aspetto assai istruttivo dal punto di vista del dualismo tra strategia decisionale basata su regole e strategia decisionale basata sulla funzione, quello relativo al problema della 'tute-

⁷¹ V. M. FILIPPI, *La nuova dia e gli incerti confini con il silenzio-assenso*, cit.

la dei terzi' poco sopra accennato richiamando l'orientamento dei giudici amministrativi sul rapporto a due che caratterizza la dichiarazione di inizio dell'attività. In altri termini, si tratta della dimensione bilaterale del rapporto giuridico contrapposto alla dimensione multipolare, o poligonale come è stata anche definita⁷², dei 'rapporti pubblicistici'. Si ricorderà come tra gli obiettivi della proposta "meno procedura-più-regole", avanzata da Carlo Marzuoli (v. II.1), vi fosse proprio la riduzione della multipolarità.

Ebbene, una delle preoccupazioni di primo livello⁷³ della tesi sulla DIA come silenzio-assenso, parte proprio da una esigenza opposta, e mira a risolvere il 'problema del terzo' che si trova estromesso dal giudizio poiché nella fattispecie dell'art. 19, l. 241/1990 manca l'atto. Con la soluzione dell'atto fittizio il terzo può finalmente tornare pienamente in scena. È, quindi, chiaro come faccia capolino l'idea della multipolarità, che però nella logica della strategia decisionale secondo le regole dovrebbe rimanere fuori dalla porta e, peraltro, nemmeno rientrare dalla finestra attraverso la configurazione di pretese all'esercizio di funzioni sanzionatorie di cui non è agevole trovare il fondamento normativo.

Tale preoccupazione è sorretta peraltro da una considerazione pratica ragionevole, che però la dice lunga sull'intima contraddittorietà del modello di riferimento. La considerazione è la seguente. Si prenda a esempio il caso del permesso di costruire, quello sul quale maggiormente si è esercitata la giurisprudenza⁷⁴. Perché se il proprietario chiede ed ottiene il permesso il vicino può impugnarlo e se invece il primo opta per la DIA lo stesso vicino deve stare a guardare? In altre parole, tenendo presenti le osservazioni svolte nel secondo capitolo, è possibile che la natura del 'modello' di tutela muti semplicemente in base a un'opzione del privato? Nella implausibilità di una risposta affermativa a questa domanda si può, tra l'altro, individuare un ulteriore motivo per mettere in discussione l'idea corrente che considera il potere vincolato un caso di genuino potere amministrativo. Viceversa altri da tale implausibilità ricavano motivo per rispingere all'interno del paradigma dominante le ipotesi in cui la funzione amministrativa parrebbe esclusa.

Ebbene, seguendo la prima linea di ragionamento, quella della riduzione

⁷² L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, Torino, 2005, spec. 173 ss. e cap. I.

⁷³ La preoccupazione di livello più elevato è pur sempre quella di mettere in discussione il modello unitario potere amministrativo-interesse legittimo-giudice amministrativo.

⁷⁴ V. ad esempio la decisione del Consiglio di Stato citata in precedenza.

della multipolarità come obiettivo del paradigma 'meno procedura-più regole', si dovrebbe sostenere coerentemente che così come non vi sono terzi legittimati – secondo quanto sostiene la giurisprudenza – nel caso della dichiarazione di inizio dell'attività, così non vi sono terzi legittimati a impugnare l'atto nel caso del rilascio dell'autorizzazione vincolata.

Questo esito, che so bene essere radicale rispetto a una prassi secolare ed assolutamente pacifica, deriva pianamente dal fatto che se nell'azione vincolata il potere giuridico dell'amministrazione è 'trasparente' rispetto alla disposizione-D che detta le condizioni del rapporto, sono inconfigurabili pretese di altri relative a tale rapporto. All'interno della logica illuminante delle modalità giuridiche un 'terzo' deve a sua volta essere titolare di pretese in un diverso rapporto, ma così non è più terzo.

In altre parole, così come avviene per il diretto destinatario, anche per il terzo l'esigenza non può che essere quella di verificare che l'assetto di interessi (provvisoriamente) concretizzatosi sia proprio quello indicato dalla regola generale. Neanche per il terzo, cioè, il problema è costituito dal 'potere' dell'amministrazione. Se questo è vero, la presunta necessità di costruire un interesse legittimo del terzo leso, si risolve nelle ben diverse esigenze, per un verso, di costruire una legittimazione processuale, per un altro verso, sul piano sostanziale, di ricercare nelle norme il riconoscimento e la qualificazione di una posizione di vantaggio in ordine al mantenimento di un determinato *status quo* (come dimostra la giurisprudenza, a esempio sulla legittimazione al ricorso di imprenditori operanti in aree di mercato rilevante rispetto all'ingresso di un nuovo concorrente).

Verso quale utilità è diretto un siffatto interesse? È sotto un certo profilo diretto alla legalità, ma una legalità sostanziale non formale. Non si tratta, quindi, di un interesse strumentale, poiché l'aspirazione del terzo (simmetricamente con l'interesse del diretto destinatario) può essere soltanto di far valere una regola sostanziale, posta a proprio vantaggio, quando questa regola a suo avviso sia stata violata: se effettivamente la regola risulterà violata all'esito del giudizio, allora il suo interesse sarà soddisfatto in forma piena, altrimenti risulterà che il suo era soltanto un interesse di fatto come tale non meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. Cosa ha a che fare questo con l'interesse legittimo? Non sembra divergere da quanto ora illustrato il caso di una controversia tra confinanti avente apparentemente a oggetto il permesso di costruire rilasciato a uno dei due confinanti. Tale permesso è del tutto 'trasparente' rispetto ai diritti dei frontisti⁷⁵: se la costruzione risulta

⁷⁵ Cioè esso è trasparente sia nel caso in cui l'organo amministrativo abbia consentito la

realizzata a meno di dieci metri dalla parete finestrata del dirimpettaio, il confinante ha diritto alla demolizione, se la costruzione è a più di dieci metri tale diritto non sussiste. Come è noto, in questo caso la divergenza estensionale tra diritto e interesse legittimo riguarda l'ambito più ristretto nel quale si suole individuare il diritto soggettivo⁷⁶, ma se si prescinde dai casi dei diritti reali, in molti altri casi la sussistenza di posizioni di tutela correlate alla sfera personale o economica, ecc., viene ricondotta all'interesse legittimo senza alcuna effettiva giustificazione, se non quella secondo cui nell'azione vincolata l'amministrazione è pur sempre titolare di un genuino potere amministrativo.

Si pensi ancora al caso dell'imprenditore cui si riconosca il 'diritto' al mantenimento di un corretto funzionamento ed assetto del mercato in cui egli opera: per quale ragione questo sarebbe un interesse legittimo se vi sono regole che effettivamente configurano 'così e così' un mercato correttamente funzionante e se tale funzionamento è posto anche nell'interesse individuale di un imprenditore che vi opera?⁷⁷ In effetti appare ipotizzabile che tali regole siano fatte valere direttamente contro chi le ha violate (con l'avallo dell'amministrazione) davanti al giudice ordinario, in un giudizio che non necessariamente debba vedere come parte la pubblica amministrazione, ferma restando la responsabilità aquiliana di quest'ultima qualora con il proprio comportamento abbia colposamente consentito un'errata applicazione della regola arrecando danno a terzi.

Anche qui il problema è pratico. Ad onta delle formule che si trovano in tutti i manuali, relative alla netta distinzione tra interesse processuale e situazione sostanziale, che deve essere normativamente qualificata e differen-

costruzione a una distanza inferiore a quella legale per un errore di fatto, credendo a esempio che entrambe le pareti fronteggianti fossero cieche, sia nel caso in cui l'organo amministrativo ritenesse erroneamente che entrambe le pareti debbano essere munite di finestre. Ciò che importa, infatti, è che la distanza tra due pareti di cui almeno una sia dotata di finestre deve essere di almeno dieci metri.

⁷⁶ Se consideriamo per semplicità i casi della proprietà fondiaria, è noto che l'azione di annullamento di un permesso di costruire dinanzi al giudice amministrativo è riconosciuta a un novero di soggetti più ampio di coloro che sono muniti di azione civile in quanto proprietari confinanti. Ma la strada di allargare la cerchia dei legittimati, riconoscendo anche altri diritti oltre quelli tradizionali della proprietà fondiaria è stata raramente percorsa.

⁷⁷ Se invece si aderisce all'idea che il processo amministrativo è obiettivamente volto alla tutela dell'interesse pubblico e l'interesse del terzo ha soltanto dimensione di interesse ad agire, allora può bene dirsi che nei casi in esame questo interesse è già soddisfatto dalla circostanza che l'interesse pubblico coincide con l'assetto stabilito dalle norme sostanziali.

ziata in quanto specificamente presa in considerazione da una norma, i criteri impiegati per individuare il potere di impugnare un atto amministrativo sono ampiamente discrezionali, proprio perché prescindono dalla logica delle relazioni giuridiche, e questo comporta che la platea dei soggetti cui si riconosce un interesse legittimo è assai più ampia della platea dei soggetti cui si riconosce un diritto.

3.2. *Sindacato giudiziario sugli interessi oppositivi*

Alcune ultime considerazioni sono dedicate agli interessi oppositivi, rispetto ai quali i problemi da affrontare sembrano di ordine del tutto differente dal punto di vista delle scelte di politica del diritto e di politica giudiziaria.

Non stupisce, pertanto, che la cosiddetta dequotazione dei vizi formali riferita ai provvedimenti in senso lato ablativi abbia costituito il profilo maggiormente criticato dalla scienza giuridica e dai giuristi pratici. In tali casi, infatti, l'annullamento soddisfa pienamente l'interesse del privato e ben si potrebbe dire che dinanzi, a esempio, alla prospettiva della demolizione del manufatto abusivo, un annullamento per vizi formali "val bene una messa"! Anche perché, come è stato notato, il privato può giovare delle sopravvenienze di fatto e di diritto⁷⁸: basti pensare agli innumerevoli condoni edilizi e fiscali.

Non si può, quindi, negare che in tali casi la forma assuma maggiore spessore, tendendo a essere collegata con quei valori di libertà e garantismo che a esempio connotano il diritto penale. Tuttavia, a onta di ciò e di quanto in proposito dirò di seguito, non credo che questo aspetto debba portare a considerare differentemente il profilo strutturale della fattispecie rispetto a quanto considerato in precedenza (v. anche II.4.1.3).

Si è già osservato, peraltro, nel capitolo secondo, che è una questione sostanzialmente di *policy* se assumere il punto di vista del singolo o quello della comunità. Anche questo è un motivo fondamentale del dibattito formalismo/antiformalismo nel diritto amministrativo. E non bisogna dimenticare che stiamo parlando pur sempre di attività vincolata, quindi pienamente verificabile, con tutte le garanzie del processo, in sede giurisdizionale. D'altronde, la presenza di un orientamento, in materia di giudizio di opposizione alle sanzioni depenalizzate, incline a valorizzare il sindacato

⁷⁸ E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 6.

sulla pretesa sostanziale dell'amministrazione, risponde a una esigenza di questo tipo.

Il 'legislatore', a ogni modo, con l'art. 21-*octies*, appare avere operato una precisa scelta di campo a favore del secondo tra i due suddetti ipotetici punti di vista.

Rispetto a questo dato il profilo che sembra interessante porre in rilievo riguarda la già segnalata circostanza che la disciplina in questione ha natura sostanziale, riguarda il regime dell'irregolarità degli atti amministrativi vincolati e non l'annullamento da parte del giudice amministrativo. Questo sta a significare che non dovrebbero esservi ostacoli a che anche il giudice ordinario ne tragga le necessarie conseguenze, che sono essenzialmente le seguenti due: che in base a quanto prima osservato egli potrebbe ormai in via generale annullare un atto amministrativo vincolato anche in mancanza di esplicita previsione nelle norme di attribuzione della giurisdizione; che però non potrebbe annullarlo per soli vizi di forma.

La questione dell'annullamento è evidentemente rilevante per i casi in cui il giudice ordinario esercita giurisdizione in materia di atti vincolati in assenza di una norma espressa sulla sua giurisdizione, superandosi in questo modo il limite posto dall'art. 4 della legge del 1865. Nelle ipotesi di giurisdizione su atti amministrativi attribuita per legge al giudice ordinario, infatti, in genere è la legge stessa a prevedere tra i poteri del giudice anche le misure di annullamento.

Quando comunque al giudice ordinario siano riconosciuti, in un modo o nell'altro, poteri di annullamento di un atto amministrativo dovrebbe valere anche per esso la regola dell'art. 21-*octies*.2. Il punto non è da poco, perché, differentemente da quanto a volte si è soliti pensare, i giudizi che investono atti amministrativi che si svolgono dinanzi alla giurisdizione ordinaria, anche quando non vi sono dubbi sulla presenza di un diritto soggettivo del privato, non infrequentemente si risolvono con un annullamento dell'atto colpito da vizi formali. Questo significa che non sarebbe sufficiente la titolarità di un diritto soggettivo 'sostanziale' per sostenere che il relativo giudizio attinga sempre alla spettanza del bene.

Se si torna a considerare la materia delle sanzioni amministrative, si rinviene un orientamento abbastanza univoco nel considerare a esempio sempre rilevante ai fini dell'annullamento dell'atto la vulnerazione del diritto di difesa:

è illegittima per violazione dell'art. 18 l. 24 novembre 1981 n. 689, l'ordinanza-ingiunzione con cui, omessa l'audizione dell'interessato che ne abbia fatto ri-

chiesta, viene irrogata la sanzione pecuniaria di cui all'art. 3, l. 8 aprile 1983, n. 110, essendo irrilevante che questi sia già stato sentito nella procedura di accertamento della sussistenza delle interferenze nelle radiocomunicazioni prevista dalla legge medesima⁷⁹.

O ancora:

nell'economia del procedimento amministrativo disciplinato dall'art. 18, l. 24 novembre 1981, n. 689, la previa audizione della parte, che abbia chiesto di essere ascoltata, non costituisce una mera facoltà per l'autorità procedente, sibbene una condizione di validità del procedimento, onde il relativo difetto comporta la nullità insanabile dell'ordinanza irrogativa della sanzione amministrativa⁸⁰.

In altri casi, si tratta però di giurisprudenza controversa, è stato ritenuto causa di vizio dell'ordinanza-ingiunzione anche il mancato rispetto del termine per l'emanazione, dedotto in generale, in assenza di indicazioni nella l. 689/1981, dall'art. 2, l. 241/1990.

Nel procedimento per l'applicazione delle sanzioni amministrative, la l. 24 novembre 1981, n. 689 non prevede alcun termine per l'emissione dell'ordinanza-ingiunzione (tale non potendosi ritenere il termine di cinque anni previsto dall'art. 28 medesima legge per la prescrizione del diritto dell'erario a riscuotere le somme dovute per le sanzioni, trattandosi di norma sostanziale); pertanto, deve trovare applicazione la disposizione generale di cui all'art. 2 l. 7 agosto 1990, n. 241, a norma del quale il procedimento amministrativo deve concludersi entro trenta giorni dal suo inizio, termine che, tenuto conto della articolazione del procedimento sanzionatorio in diverse fasi, inizia a decorrere per ciascuna fase dall'esaurimento di quella precedente e la cui violazione determina l'illegittimità dell'atto, con conseguente annullabilità⁸¹.

Va peraltro segnalata una sentenza della Sezione prima della Cassazione⁸² che ha ritenuto inapplicabile l'art. 7 l. 241/1990 ai procedimenti di espulsione del cittadino extracomunitario privo del permesso di soggiorno, sostenendo che, in questo caso, caratterizzato da esigenze di celerità della

⁷⁹ Cass., sez. I civ., 16 febbraio 1993, n. 1880, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 617.

⁸⁰ Cass., sez. I civ., 21 luglio 2004, n. 13505, in *Mass. giur. it.*, 2004; Cass., sez. I civ., 19 maggio 1995, n. 5554, in *Mass. giur. it.*, 1995; Cass., sez. I civ., 4 aprile 1990, n. 2792, in *Mass. giur. it.*, 1990; Cass., sez. I civ., 16 maggio 1990, n. 4266, in *Mass. giur. it.*, 1990.

⁸¹ Cass., sez. lav., 6 marzo 2004, n. 4616, in *Gius.*, 2004, 2880.

⁸² Cass., sez. I civ., 6 dicembre 2005, n. 44403, inedita.

procedura, sarebbero sufficienti a garantire la posizione dell'interessato le norme che assicurano il rispetto del principio del giusto processo. A sostegno di questa tesi viene ricordato che il giusto procedimento amministrativo non può considerarsi un principio assistito da garanzia di difesa, come stabilito anche dalla Corte Costituzionale nelle sentenze nn. 57 e 210 del 1995. In presenza di procedimenti particolari, come quello di espulsione, sarebbe da escludere, quindi, che sussista alcun obbligo di avviso all'interessato dell'avvio del procedimento in quanto

l'attività interna svolta dall'Autorità amministrativa ha natura prodromica e si concretizza col provvedimento prefettizio soggetto a impugnazione attraverso la quale lo stesso può esercitare in concreto ogni attività necessaria ad assicurare il proprio legittimo diritto di difesa.

È molto probabile che questa decisione sia dettata dalla particolarità della materia, ma essa appare sintomatica del fatto che il principio di difesa nel procedimento – ed in generale le forme procedurali – non siano considerate un 'valore assoluto', come si potrebbe pensare considerando la giurisprudenza sulle sanzioni amministrative poc'anzi ricordata. Emblematico appare, soprattutto, il richiamo al principio del 'giusto processo' come in grado di assorbire le esigenze del 'giusto procedimento', argomento che ricorda gli argomenti impiegati dalla dottrina spagnola in ordine al carattere non formalistico del diritto amministrativo (v. *supra*, IV.2.3). Merita di essere sottolineato, altresì, come non vi sia alcun riferimento all'art. 21-*octies*.2 che forse avrebbe consentito di fondare su basi un poco più solide la pronunzia in esame.

Un cenno infine merita la materia tributaria, rispetto alla quale – nonostante non vi sia accordo tra gli studiosi del settore – non dovrebbero esservi ostacoli all'applicazione della disposizione sull'illegalità praticabile, poiché – al di là della specialità della giurisdizione – l'attività di imposizione tributaria, nonché le relative sanzioni, non possono considerarsi estranee all'azione amministrativa⁸³.

⁸³ La tesi dell'applicazione (di quello che sarebbe poi diventato) dell'art. 21-*octies*.2 agli atti di imposizione tributaria è sostenuta, sia pure in termini dubitativi, da L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea. Contributo allo studio della prospettiva italiana*, Montesilvano, 2003, 265. In senso analogo F. TESAURO, *L'invalidità dei provvedimenti impositivi*, in *Boll. trib.*, 2005, 1445. In senso contrario v., però, S. MULEO, *Motivazione degli atti impositivi e (ipotetici) riflessi tributari delle modifiche alla legge 241/1990*, in *Dialoghi di dir. trib.*, 2005, 535.

Anche in questo ambito la giurisprudenza della Cassazione è passata da un orientamento volto a svalutare il rilievo assegnato al vizio formale a una posizione simile a quella considerata a proposito delle sanzioni.

Nel primo senso a esempio si affermava essere

disposizione codificata dalla legge processuale (civile e penale) ed espressione di un principio di civiltà giuridica, in quanto tendente alla certezza dei rapporti, il non poter dichiarare una nullità di atti del processo se questa non è comminata dalla legge; il giudice tributario, pertanto, non può dichiarare nullo l'avviso di accertamento per difetto della motivazione in quanto il d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 634, cui il d.p.r. 643/1972 si riporta per quanto attiene alle modalità degli avvisi di accertamento in rettifica, non prevede l'annullabilità dell'atto di accertamento privo o carente della motivazione, stante che l'art. 49 del succitato d.p.r. 634/1972 si limita a stabilire solo la necessità di motivare l'accertamento, non comminando, poi, alcuna nullità in caso di inadempienza; il vizio in esame, comunque, non resta senza conseguenze nel processo tributario, ma esso fa sì che l'onere della prova del proprio assunto vada a gravare, in sede di giudizio, all'ufficio e non più al contribuente⁸⁴.

Più di recente, tuttavia, si ritiene che la violazione dell'obbligo di motivazione – a esempio dell'avviso di accertamento di maggior valore – determina, anche in difetto di espressa comminatoria, nullità dell'atto, con il conseguente dovere del giudice tributario, davanti al quale sia impugnato, di dichiararne l'invalidità, astenendosi dall'esame sul merito del rapporto⁸⁵. Al

⁸⁴ Cass., 3 giugno 1987, n. 4848, in *Riv. leg. fiscale*, 1987, 1560. Similmente Cass., sez. I civ., 5 dicembre 1987, n. 9059, in *Mass. giur. it.*, 1987: «Gli art. 48 e 49, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 634 pur prevedendo l'obbligo della motivazione, non prevedono alcuna comminatoria di nullità dell'atto per inosservanza del suddetto obbligo, a differenza di quanto è necessariamente disposto in materia di imposte dirette dall'art. 42, 3° comma, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600; ne consegue che una nullità, non comminata dalla legge, non può essere dichiarata dal giudice, sicché il difetto di motivazione dell'accertamento determina soltanto l'illegittimità dell'atto, e ben può essere fatta valere in sede contenziosa in cui il giudice tributario, che è giudice del rapporto, dispone di ampi poteri per verificare i presupposti e gli effetti dell'obbligazione tributaria». Cass., sez. I civ., 26 ottobre 1987, n. 7857, in *Fisco*, 1987, p. 6538: «La inosservanza dell'obbligo di motivazione dell'accertamento ai fini dell'imposta di registro, obbligo prescritto dagli art. 48 e 49 d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 634, non comporta la nullità dell'atto in quanto detta sanzione non è prevista dalla normativa in vigore; né può essere ipotizzato il fatto che una nullità, non espressamente comminata dalla legge, possa essere dichiarata dal giudice; nel caso di motivazione carente dell'accertamento viene a capovolgersi la situazione e, in sede di giudizio, incombe all'ufficio l'obbligo di provare il proprio assunto».

⁸⁵ Cass., sez. I civ., 12 novembre 1998, n. 11420, in *Mass. giur. it.*, 1998; Cass., sez. V trib., 18 novembre 2000, n. 14918, in *Mass. giur. it.*, 2000.

contrario, ma in sintonia con questo orientamento, si ritiene che il giudice del merito non possa concludere la propria valutazione con la mera constatazione della legittimità dell'avviso di accertamento (il cui obbligo di motivazione è soddisfatto ogni volta che l'amministrazione abbia posto il contribuente in grado di conoscere la pretesa tributaria nei suoi elementi essenziali e, quindi, di contestare efficacemente l'*an* e il *quantum debeatur*) ma debba procedere a un accertamento sulla fondatezza della pretesa tributaria sulla base degli elementi forniti dall'amministrazione e, eventualmente, anche dal contribuente⁸⁶.

Anche nel settore del diritto tributario, dunque, è evidente che l'estensione dell'illegalità praticabile avrebbe un impatto assai notevole sull'intero assetto dei rapporti tra amministrazione e contribuenti, come i più attenti studiosi non hanno mancato di mettere in risalto⁸⁷.

⁸⁶ Cass., sez. V trib., 21 novembre 2000, n. 15050, in *Mass. giur. it.*, 2000.

⁸⁷ L. DEL FEDERICO, *op. cit.*, 270-1, che osserva come sia palpabile il «disagio che si prova passando dall'area degli interessi pretensivi degli amministrati cui agevolmente si ataglia la filosofia della riforma, all'area degli interessi oppositivi, nella quale spiccano gli interessi oppositivi del contribuente. Ed è disagio profondo e politicamente sensibile, in quanto nella dialettica diritti dei singoli-libertà patrimoniali interesse pubblico-interesse della collettività, il *new deal* dell'azione amministrativa favorisce gli interessi pubblici e collettivi».

CAPITOLO VII

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. Perché applicare il formalismo pratico al diritto amministrativo. – 2. Le discrezionalità amministrative. – 3. L'impegno formalistico del diritto e la tutela del bene comune

1. *Perché applicare il formalismo pratico al diritto amministrativo*

Uno dei principali risultati della ricerca esposta in questo libro consiste nella migliore comprensione di un uso combinato delle diverse tecniche di formalismo pratico applicate al diritto amministrativo, in particolare per quanto riguarda il collegamento tra il principio statico (FP-2.1) e quello dinamico (FP-2.2.2) che si estrinseca in competenze e procedure. In alcune circostanze il FP-2.2 ha lo scopo di rafforzare le “ragioni” per l’uso del formalismo primario e del principio statico. Poiché l’operazione di deduzione applicativa che tali tecniche contemplanò può produrre esiti incerti, l’ordinamento giuridico individua un’autorità per ovviare a tale incertezza, limitando il libero dispiegarsi della ragione pratica. In tali casi, tuttavia, l’ordinamento si preoccupa anche del sovraccarico derivante dall’applicazione dei meccanismi di decisione all’ingrosso di cui si è parlato al capitolo secondo, mentre il ricorso alla PF-2.2.2 svolge un ruolo ausiliario.

Questo armamentario concettuale ha anche consentito di impostare in modo nuovo il problema della validità/invalidità dei provvedimenti amministrativi, meglio rappresentabile mediante il concetto di applicabilità secondo cui un atto o una norma, purché esistenti, sono applicabili in un qualche rapporto giuridico ancorché regolativamente invalidi. A ciò è dedicato l’intero capitolo terzo. In presenza di quelle norme di conferimento di poteri che sono state chiamati PR, in quanto diretti a regolare soltanto effetti secondari rispetto alla regola di condotta (disposizioni-D), si è osservato come la questione della validità possa essere ristretta alla correttezza della deduzione

nomostatica (validità materiale), nel senso appunto di riguardare questioni di rapporti tra disposizioni generali e particolari. È l'ordine di idee per cui i vizi degli atti processuali (la stessa nullità) hanno una portata del tutto relativa, 'interna' al processo. Nel caso della derivazione nomodinamica di norme, invece, il modo come certi atti sono posti in essere, in base a determinati requisiti di forma, procedura e competenza resta determinante, poiché tali requisiti sono proprio previsti affinché un certo enunciato sia riconoscibile come norma giuridica.

Quando, al contrario, il formalismo di competenze e procedure non è associato (o lo è in modo parziale) al FP-1 e al FP-2.1, si può presumere che l'"intenzione" dell'ordinamento giuridico sia quella di conferire un margine di manovra più ampio al decisore, che diventa, in tutto o in parte, l'artefice della norma. È in questo contesto problematico che abbiamo ambientato uno dei grandi temi del diritto amministrativo, quello del rapporto tra discrezionalità e contenuto e finalità del conferimento di meta-norme di potere.

Da un punto di vista logico, vi sono tre modi di impiegare il FP-2.2 per trattare il potere discrezionale, esprimibili nelle seguenti proposizioni:

- i) l'obiettivo della norma è quello di massimizzare la discrezionalità ogni volta che viene definita solo la competenza o la procedura e le disposizioni di contenuto sono effettivamente "trasparenti", come nella norma «comportati da persona assennata»;
- ii) l'obiettivo della norma, al contrario, è massimizzare la sua capacità direttiva quando ci troviamo di fronte a una regola genuina (completa) e allora il FP2.2 è impiegato per rinforzare questa logica mediante la forma che rende definitive le decisioni giuridiche;
- iii) l'obiettivo della norma può ricadere in qualche punto tra i primi due poli e in tali casi può prevalere l'uno o l'altro tipo di formalismo secondario.

Questa classificazione, che tiene conto di vari problemi discussi nel corso del libro, cela, in realtà, le questioni più difficili, in particolare quelle che sorgono dalle proposizioni ii) e iii). Per quanto riguarda la ii), la discussione, come si è visto, riguarda la stessa sostenibilità concettuale e pratica, da una parte, della massimizzazione del FP-1 e, dall'altra, della marginalizzazione della discrezionalità. Per quanto riguarda il punto iii), ci si è chiesto se sia possibile separare i casi di indeterminatezza regolativa intenzionale (vale a dire di delega di potere accompagnata da alcune indicazioni sostanziali) dall'indeterminatezza "involontaria" o accidentale. Per quanto riguarda questi casi di "discrezionalità interstiziale", alla luce della nostra tripartizione, do-

vremmo supporre che essi siano riconducibili a ii) piuttosto che a i), ma anche questa ipotesi è opinabile.

2. Le discrezionalità amministrative

Per districarsi in tali problemi, ho ritenuto che fosse necessario offrire un resoconto più analitico del potere discrezionale. Nella ricerca di un genuino potere normativo della pubblica amministrazione, ho ritenuto necessario verificare l'utilità della formula, così continuamente ripetuta dall'aver assunto lo status di un mantra, secondo cui il tratto distintivo della discrezionalità amministrativa è la ponderazione di interessi pubblici, uno primario, gli altri secondari. Il risultato cui si è approdati è che questa formula non è particolarmente utile sotto il profilo esplicativo né illumina le situazioni di incertezza identificate mediante le suddette tre tipologie decisionali.

In particolare, la ponderazione può esservi o non esservi senza che questo consenta di risolvere i problemi posti dai casi di frangia o dall'operare delle norme vaghe (principi o standards).

Una distinzione che quella formula non illumina è proprio la distinzione tra discrezionalità interstiziale e discrezionalità derivante dall'uso di norme che per la loro generalità possiamo definire standards o principi (discrezionalità-i e discrezionalità-n, come rappresentate nella tabella al § V.4.3.3).

Inferire un corso d'azione sulla base di tali norme, che si pongono lungo una scala ideale che va dalla "definitezza" alla "vaghezza", è cosa che fanno tanto i giudici quanto i funzionari amministrativi. Abbiamo, però, osservato nel capitolo quinto che laddove la "discrezionalità" giudiziale guarda al passato, quella amministrativa guarda al futuro ed è questa la differenza più illuminante per un nuovo accostamento alla discrezionalità amministrativa.

Ciò, detto, la discrezionalità decisionale, che in quanto tale è fenomeno pervasivo e non tipico delle amministrazioni pubbliche, si presenta secondo alcune tipologie che è bene distinguere allo scopo di indagare i tipi e gradi di vincolatezza di un atto amministrativo.

La discrezionalità che spesso viene chiamata politico-amministrativa concerne propriamente soltanto le decisioni degli organi di governo delle amministrazioni pubbliche e, in particolare, si estrinseca negli atti di indirizzo politico-amministrativo. Sono queste le decisioni che possono connotarsi per una "ponderazione tra interessi", qualcosa di prossimo ad altre nozioni spesse del diritto pubblico come "bilanciamento" e simili. Il fatto di presen-

tare in questi termini la decisione discrezionale mira a evidenziare la differenza, molto spesso evanescente, con una decisione puramente politica. Gli interessi primari e secondari sono, infatti, oggetto di norme giuridiche che li hanno “eletti” a interessi di cui l’amministrazione deve tenere conto nel determinare come provvedere. L’amministrazione, quindi, viene sempre dopo il legislatore che ha “liberamente” stabilito quali siano gli interessi da curare.

Un secondo tipo di decisione discrezionale è riconducibile a quella che l’ordinamento giuridico italiano chiama attività di gestione, affidata agli apparati burocratici, attuativa dell’indirizzo politico-amministrativo. Qui ci troviamo quasi sempre dinanzi a una qualche forma di applicazione del diritto. Gli spazi di discrezionalità non sono caratterizzati da scelte allocative di interessi sulla base di una loro ponderazione. Si tratta, piuttosto, di assunzione di giudizi di valore o di adozione di misure in senso lato organizzative. Invero, in questa tipologia di decisioni discrezionali i funzionari amministrativi applicano “regole d’esperienza” facenti parte del proprio bagaglio professionale e stratificatesi nel corso del tempo. Il provvedimento di rinnovo della licenza per il fucile da caccia si basa, secondo la norma che conferisce il potere, sull’affidabilità del richiedente. Non vi è ponderazione di interessi, e la discrezionalità consiste nel giudicare una persona affidabile o meno. In base a una regola d’esperienza, l’autorità di pubblica sicurezza negherà, a esempio, il rinnovo a una persona che sia stata ripetutamente condannata per rapina a mano armata.

Come spiegano i filosofi, le regole d’esperienza non hanno forza normativa. Esse sono la ricapitolazione di risultati di esperienze precedenti e di precedenti deliberazioni che si suppone possano ripetersi nel futuro, utili per l’argomentazione pratica in quanto consentono di risparmiare tempo e sforzi, ma sempre superabili da una diversa giustificazione. La discrezionalità propria degli apparati burocratici, quindi, consiste nel decidere in base a un insieme di procedimenti logico-argomentativi, giudizi di valore e regole di esperienza attraverso cui le pubbliche amministrazioni prendono la decisione che appaia loro migliore fra più soluzioni possibili. È, in particolare, con riguardo a questo ambito che si pongono i più difficili problemi quanto al loro regime giuridico e al controllo giurisdizionale. In ultima analisi dipende da una scelta interpretativa (a sua volta discrezionale) se considerare queste decisioni riservate o meno alle autorità amministrative. In questo libro si è pragmaticamente espressa una preferenza per una accezione rigorosa di un atto (interamente) vincolato della pubblica amministrazione, ancorandosi alla definizione contenuta nell’art. 19 LPA, come quello «il cui rilascio dipen-

da esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge».

Il terzo tipo di decisione discrezionale è quella chiamata "tecnica", consistendo nell'assumere, all'interno del processo decisionale, regole della scienza o della tecnica, evidentemente ulteriori rispetto alle "tecniche" suddette che fanno parte della "cultura" amministrativa o burocratica. Neanche in questo caso l'accento cade su ponderazione e valutazione di interessi e i problemi che si pongono non sono tanto diversi da quelli appena visti con riferimento alla "discrezionalità" gestionale, ma la più elevata complessità (e opinabilità) delle "verità" scientifiche rende quest'area ancora meno riconducibile a una strategia decisionale secondo le regole.

3. L'impegno formalistico del diritto e la tutela del bene comune

Per la sostenibilità concettuale del formalismo pratico, peraltro, la proposizione di cui al punto ii) del primo paragrafo di questo capitolo resta cruciale. Di questo si è a lungo ragionato nel primo capitolo, dedicato principalmente al formalismo pratico primario in connessione con il principio statico per l'individuazione delle norme. L'antiformalismo giuridico sembra particolarmente infastidito dalla dimensione delle regole genuine, nei confronti delle quali muove obiezioni radicali, spesso accompagnate da una polemica piuttosto sterile contro il positivismo giuridico, rappresentato in una veste quasi macchietistica, che non si sa bene chi realmente professi.

Uno dei punti di ricaduta dell'impiego della concettualità del formalismo pratico all'azione amministrativa ha riguardato il tema del rapporto tra pubblica amministrazione, corti giudiziarie e diritto obiettivo, ancora una volta, in particolare, quando la regola di comportamento che designa la relazione di una persona con un'autorità amministrativa sia già prevista dalla legge senza margini di apprezzamento.

Nonostante la maturazione di una giurisdizione amministrativa costruita attorno alla dialettica tra pretesa e obbligazione piuttosto che al controllo del potere mediante uno scrutinio sulla legittimità di atti, resta il limite invalicabile delle posizioni di potere dell'amministrazione. In termini hohfeldiani, come si è visto, il correlativo di un potere non può mai essere una pretesa o un'immunità, ma è sempre una "liability".

Dai tempi della creazione del sistema dualistico della giurisdizione vi sono stati innumerevoli tentativi di aggredire la "cittadella" del potere di scelta

dell'amministrazione, sostenendo, a esempio, che un controllo diretto della discrezionalità divenga ammissibile in un processo tra parti. Quest'ultimo non era il profilo centrale del libro, più interessato a mostrare come l'idea di disegnare ambienti decisionali rechi con sé l'impegno formalistico a considerare il potere per quello che è, vale a dire una situazione incompatibile con il diritto. In altre parole, tenendo conto della lezione di Hohfeld sarebbe il caso di lasciare da parte una certa qual ossessione per la giudizializzazione del potere amministrativo, che, in un ordinamento democratico, è prima di tutto una responsabilità pubblica iscritta nel circuito dell'indirizzo politico.

Come ho accennato sopra, ho voluto, invece, indagare in quali casi si possa stabilire che un'autorità possieda un vero e proprio potere normativo. È, infatti, solo al di fuori di questo ambito che possiamo individuare un'area, a sua volta nebulosa al proprio interno, in cui rapporti tra autorità pubbliche e persone divengano di diritto-obbligo. Il problema è che è stata quasi sempre sottovaluta in letteratura la differenza tra decidere attraverso regole (genuine) e decidere stabilendo una nuova regola. Adottando la prospettiva del formalismo pratico, in questo libro si è cercato di colmare questa lacuna, per aumentare la comprensione dei meccanismi normativi che determinano la natura delle operazioni svolte da un'autorità pubblica quando applica norme giuridiche.

Un importante vantaggio di questo accostamento è che esso permette di guardare ben oltre la dimensione giudiziale del diritto amministrativo per apprezzare pienamente la dimensione istituzionale della pubblica amministrazione. L'impegno formalistico pratico e per lo Stato diritto assume che le persone – una piccola parte delle quali mai parteciperà a un processo amministrativo – si aspettano di essere amministrate nell'interesse del bene comune nel modo più efficace ed efficiente. Non è difficile supporre che un'iper-garanzia degli interessi individuali possa nuocere a questa aspettativa. L'idea generale alla base di tutta la ricerca è, quindi, che occorra distinguere attentamente le situazioni in cui viene conferito un potere normativo alla pubblica amministrazione da quelle in cui la tecnica normativa si rivolge all'elaborazione di una norma genuinamente regolativa e la decisione amministrativa ha il solo significato di accertarne la corretta applicazione.

Nel caso di norme “chiare” (che a volte vengono chiamate *bright line rules*¹), come quelle che forniscono criteri di ammissibilità alle prestazioni so-

¹ E. LAURIE, *Judicial Responses to Bright Line Rules in Social Security: In Search of Principle*, in *The Modern Law Review*, 72, 2009, 384-411.

ciali, a esempio, il beneficiario è in grado di pretendere la prestazione che gli spetta per legge. In questi casi non vi è alcun genuino potere discrezionale, in quanto l'ideatore dell'ambiente decisionale (il legislatore o chi per lei) persegue l'obiettivo di semplificare il processo decisionale. Tutto ciò lascia impregiudicato il comportamento deviante del funzionario "street level", che viola la regola e compie (se ne condividiamo le ragioni) una illegalità utile².

In altre parole, una strategia decisionale basata su regole genuine ha obiettivi che non sono conciliabili con una strategia basata sul conferimento di un potere normativo. Le due strategie – che possono essere combinate e che di fatto presentano, come abbiamo visto, un'area di sovrapposizione – hanno un regime giuridico diverso. Non possono essere comprese e gestite utilizzando lo stesso insieme di principi. Questo ci riporta, ancora una volta, alla forma e al formalismo. La scelta di un ambiente decisionale imperniato sull'esercizio della discrezionalità può essere, infatti, limitata solo con una forma appropriata per garantire la non arbitrarietà, l'iniquità, etc. della decisione. Il formalismo (FP-2.2.2) svolge in questo caso una funzione costituzionalmente insostituibile e una decisione amministrativa resta pregiudicata dalla violazione di tale forma. Se, invece, la scelta è quella di massimizzare il FP-1 e di costruire un ambiente decisionale in cui un atto amministrativo è solo parassitario di una linea d'azione già decisa dal legislatore, allora la forma non ha funzione costitutiva. È ben possibile e plausibile che le violazioni della forma, in tal caso, non inneschino meccanismi di validità/invalidità di reazione dell'ordinamento giuridico, anche se possono ancora essere sanzionate su un piano diverso come, a esempio, la responsabilità disciplinare dei funzionari per il mancato rispetto del loro "codice professionale".

In questi casi non vi è né la necessità né la giustificazione di riservare l'applicazione della regola alla pubblica amministrazione. Le controversie su come applicare una regola genuina, riguardando l'interpretazione del testo o di un fatto, chiama in causa i giudici. Siccome la loro deduzione applicativa può assumere il carattere di definitività, è solo per quanto riguarda i procedimenti giudiziari che il FP-2.2.2 riacquista la sua piena portata.

Un'ultima considerazione, probabilmente non necessaria per chi è arrivato sin qui, ma utile per coloro che magari avessero cominciato dalle conclu-

² La *Brauchbare Illegalität* di Niklas Luhmann è, però, per definizione non "convalidabile", perché rappresenta un vizio materiale. Nonostante questo, vi sono molti meccanismi di formalismo pratico, come si è visto nel capitolo terzo, che consentono a un atto di convivere con la propria imperfezione.

sioni, per sapere “come va a finire”. L’illegalità praticabile, con il suo fondarsi sull’esito concreto di una decisione, è spesso vista come una sorta di rivincita dell’antiformalismo. L’intuizione da cui è partita questa ricerca è stata, invece, una certa insoddisfazione per questo modo di porre il problema. Per superare le secche del conflitto tra formalismo e anti-formalismo, occorreva, invece, cambiare registro e guardare alla forma come a qualcosa di più profondo e complesso di quanto coloro che si definiscono sbrigativamente antiformalisti sembrano disposti ad accettare. È quello che intendo per “prendere la forma sul serio”, che, naturalmente, è una parafrasi, con un tocco di ironia, dei “diritti” presi sul serio da Ronald Dworkin. Non deve quindi sembrare paradossale che nel libro difenda strenuamente l’impegno formalistico del diritto sostenendo, non solo che l’illegalità praticabile è compatibile con questo, ma che è persino auspicabile se aderiamo agli ideali dello Stato di diritto.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AGUILÓ REGLA J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, 2000.
- AINIS M., *La legge oscura*, Roma-Bari, 1997.
- ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.
- ALCHOURRON C.E., BULYGIN E., *Normative System*, Vienna, 1971.
- ALCHOURRON C.E., BULYGIN E., *Sobre el concepto de orden jurídico*, in ID., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991.
- ALEXANDER L., *Law and Formalism*, in *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. VI, n. 1, 2004.
- ALEXANDER L., SHERWIN E., *The Rule of Rules. Morality, Rules, & the Dilemmas of Law*, Durham and Londono, 2001.
- ALEXY R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg im Breisgau-München, 1992; trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997.
- ALEXY R., *Teorie der juristischen Argumentation*; trad. it., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998.
- ALLAN T.R.S., *Doctrine and Theory in Administrative Law: An Elusive Quest for the Limits of Jurisdiction*, in *Public Law*, 2003.
- ALLAN T.R.S., *Legislative Supremacy and Legislative Intent: A reply to Professor Craig*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 24, 2004.
- ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, V, 1984.
- ALLEGRETTI U., *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina (EN), 2002.
- ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in ID. *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, vol. I, Milano, 1957.
- AMAN JR. A.C., *Administrative Equity: An Analysis of Exceptions to Administrative Rules*, in *Duke Law Journal*, 1982.
- ANDRONICO A., *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Milano, 2002.
- ANONIMO, *A Pragmatic Approach to Chevron*, in *Harvard Law Review*, n. 112, 1999.
- ANTONELLI V., *Dal Contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.

- ARAI-TAKAHASHI Y., *Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited*, in *European Public Law*, vol. 6, 2000.
- ARISTOTELE, *Retorica*; trad. it. di M. Valgimigli, Laterza, Roma-Bari, 1983.
- ARISTOTELE, *Politica*, III; tr. it. di R. Laurenti, Laterza, Bari, 1993.
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*; trad. it. di C. Natali, Roma-Bari, 2001.
- ATIENZA M., RUIZ MANERO J., *Sulle regole che conferiscono poteri*, in *Analisi e diritto 1994*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1995.
- ATIENZA M., RUIZ MANERO J., *Las piezas del derecho*, Barcellona, 1996.
- ATIENZA M., RUIZ MANERO J., *Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica*, in *Doxa*, n. 26, 2003.
- ATIENZA M., RUIZ MANERO J., *Illicitos atípicos*, Madrid, 2000; trad. it., *Illeciti atipici. L'abuso del diritto. La frode alla legge. Lo sviamento di potere*, Bologna, 2004.
- ATRIA F., *Legal Reasoning and Legal Theory Revisited*, in *Law and Philosophy*, n. 18, 1999.
- AUBY J.M., DRAGO R., *Traité de contentieux administratif*, II, Paris, 1962.
- AUSTIN J., *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence* (1832); trad. it., *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995.
- AUSTIN J.L., *Philosophical Papers*, Oxford, 1961.
- AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989.
- AZZONI G.M., *Interpretazioni di Hohfeld*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994.
- AZZONI G.M., *Gli universali delle relazioni giuridiche*, in LUIGI LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Lógos dell'essere, lógos del diritto*, estr., Bari, 1999.
- BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione Italiana (1966)*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1981.
- BAKER G.P., HACKER P.M.S., *Wittgenstein: Understanding and Meaning*, vol. I, Oxford, 1980.
- BAKER G.P., HACKER P.M.S., *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity*, Oxford, 1985.
- BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991.
- BALDASSARRE A., *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002.
- BALDASSARRE A., *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, Torino, 2005.
- BALDWIN R., *Rules and Government*, Oxford, 1995.
- BARAK A., *Judicial Discretion*, New Haven and London, 1989.
- BARBER N.W., *Must Legalistic Conceptions of The Rule of Law Have a Social Dimension?*, in *Ratio Juris*, n. 4, 2004.
- BARBERIS M., *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1990.
- BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, 2000.

- BARBERIS M., *Seguire norme giuridiche: Ovvero: cos'avrà mai a che fare Wittgenstein con la teoria dell'interpretazione giuridica?*, in *Materiali per una storia del pensiero giuridico*, 2002.
- BARBERIS M., *Diritto: com'è/come deve essere. Hart, Dworkin e la teoria del diritto, in Ragion pratica*, 2003.
- BARBERIS M., *John Austin. La teoria del diritto e l'universalità dei concetti giuridici, in Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003.
- BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1949.
- BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002.
- BASSI F., *La norma interna*, Milano, 1963.
- BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.
- BATTINI S., *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, 2003.
- BECKER J., *La sanatoria dei vizi formali del procedimento amministrativo tedesco*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004.
- BELADIEZ ROJO M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994.
- BELL J., *Discretionary Decision-Making. A Jurisprudential View*, in K. HAWKINS (a cura di), *The Uses of Discretion*, Oxford, 1992.
- BENGOEXTÉA J., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, 1993.
- BENINCASA M., *Formalismo e contratto di locazione*, Milano, 2004.
- BENNION F., *Distinguishing Judgment and Discretion*, in *Public Law*, 2000.
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna dir. pubbl.*, 1950.
- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987.
- BENVENUTI F., *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.
- BENVENUTI L., *Interpretazioni e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002.
- BERLIN I., *Two Concepts of Liberty*, riedito in *Four Essays on Liberty*, Oxford, 1969; trad. it., *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, 1989.
- BERTEA S., *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001.
- BETTI E., *Diritto Romano. Parte generale*, I, Padova, 1935.
- BETTI E., *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949.
- BETTI E., *Riflessioni sul negozio giuridico*, in *Temi*, 1963.
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971.
- BIFULCO D., *Divertissement sul "divieto di sentenze creative" e dintorni*, in *www.costituionalismo.it*, fasc. 3, 2003.
- BIFULCO D., *Deontologia giudiziaria, disciplina e interpretazione della legge: territori (limitrofi?)*, da recitare con cura!, in *Pol. dir.*, 2004.

- BILANCIA F., *Lo Stato democratico rappresentativo nel sistema globale. Spunti di riflessione*, in <http://www.grupposanmartino.it>.
- BIONDI P., *In tema di potere discrezionale del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1928.
- BITTNER R., *Stronger Reasons*, in *Rights, Culture, and the Law*, a cura di L.H. Meyer, S.L. Paulson, T.W. Pogge, Oxford, 2003.
- BIX B., *Can Theories of Meaning and Referente Solve the Problem of Legal Determinacy?*, vol. 16, 2003.
- BOBBIO N., *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950.
- BOBBIO N., *Sul formalismo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958.
- BOBBIO N., *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966.
- BOBBIO N., *La teoria pura del diritto e i suoi critici (1954)*, in ID., *Diritto e potere*, Napoli, 1992.
- BOBBIO N., *Norma*, in N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994.
- BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996.
- BOBBIO N., *Kelsen and Legal Power*, in *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, ed. S.L. Paulson, B.L. Paulson, Oxford, 1998.
- BODDA P., *Giustizia amministrativa*, IX ed., Torino, 1950.
- BOMBARDELLI M., *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996.
- BOMBARDELLI M., *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004.
- BOUVIER H., *Particularismo y generalismo. Un análisis de las tensiones entre racionalidad narrativa y subsuntiva en el ámbito teórico y jurídico*, in *Análisi e diritto 2004*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2005.
- BOVENS M., ZOURIDIS S., *From Street Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology Is Transforming Administrative Discretion and Constitutional Control*, in *Public Administrative Review*, n. 62, 2002.
- BRAND-BALLARD J., *Legal Formalism, Stage-Neutrality, and Comparative Justice*, paper presentato all'incontro annuale (2005) dell'Associazione Americana di Filosofia.
- BREYER S., *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, in *Administrative Law Review*, n. 38, 1986.
- BRIGANTE V., *Garanzie della forma e pubblica amministrazione*, Napoli, 2022.
- BULYGIN E., *Tiempo y validez*, in C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991.
- BULYGIN E., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995.
- BULYGIN E., *Objectivity of Law in the View of Legal Positivism*, in *Análisi e diritto 2004*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 2005.
- BURTON S.J., POSTEMA G., *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, JR*, Cambridge, 2000.
- CAIANI L., *Formalismo ed empirismo nella scienza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953.
- CAIANI L., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954.
- CALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, 1904.

- CAMMARATA A.E., *Formalismo e sapere giuridico. Studi* (1936), Milano, 1963.
- CAMMARATA A.E., *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968.
- CAMMELLI M., *Amministrazione di risultato*, in *Annuario 2002*, AIPDA, Milano, 2003.
- CAMMELLI M., *Politica e apparati nella mediazione degli interessi: il ruolo delle pubbliche amministrazioni*, relazione al convegno del Gruppo San Martino, Torino, 15 aprile 2005, in www.grupposanmartino.it.
- CAMMEO F., *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, III, 1902.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo* (ed. G. Miele), Padova, 1960.
- CAMPBELL V.T., *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, London, 2004.
- CANE P., *Theory and Values in Public Law*, in P.P. CRAIG, R. RAWLINGS (a cura di), *Law and Administration in Europe: Essays in Honour of Carol Harlowe*, Oxford, 2003.
- CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950.
- CANNADA BARTOLI E., *Invalidità*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972.
- CANO CAMPOS T., *La invalidez sobreenvenida de los actos administrativos*, Madrid, 2004.
- CAPACCIOLI E., *La gestione degli affari in diritto amministrativo*, Padova, 1956.
- CAPACCIOLI E., *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, vol. I, 1972, ora in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978.
- CAPACCIOLI E., *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano, 1963, ora in E. CAPACCIOLI, *Diritto e processo*, Padova, 1978.
- CAPACCIOLI E., *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa* (1973), in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978.
- CAPACCIOLI E., *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Atti del convegno di Sanremo, 21-22 ottobre 1978, Milano, 1979.
- CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983.
- CARACCIOLLO LA GROTTIERA A., *La ratifica degli amministrativi*, Milano, 1976.
- CARANTA R., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario: studio sull'influsso dell'integrazione giuridica europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 1992.
- CARBONE A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020.
- CARBONE A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. II-1 La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022.
- CARDOZO N.B., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1923.
- CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938.
- CARNELUTTI F., *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951.

- CASSETTA E., *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952.
- CASSETTA E., *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 1989.
- CASSESE S., *Alla ricerca del sacro graal. A proposito della rivista Diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995.
- CASSESE S., *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Paquini, A. Sandulli, Milano, 2001.
- CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002.
- CASSESE S., *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, t. I, Milano, 2003.
- CASSESE S., *Le basi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, t. I, Milano, 2003.
- CASSESE S., *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004.
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005.
- CASTÁN TOBEÑAS J., *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. I, 1988.
- CAVALLO PERIN R., *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Torino, 1999.
- CAVINO M., *Attenzione a quel che chiedete! Potreste ottenerlo. Riflessioni sul posto dell'interpretazione giuridica nel nuovo progetto di legge sull'ordinamento giudiziario*, in *www.costituzionalismo.it*, fasc. n. 3, 2003.
- CELANO B., *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla Legge di Hume*, Torino, 1994.
- CELANO B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, 1999.
- CELANO B., *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in *Analisi e diritto 2000*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2001.
- CELANO B., *Justicia procedimental pura y teoría del Derecho*, in *Doxa*, n. 24, 2001.
- CELANO B., *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. POZZOLO (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, 2002.
- CELANO B., *Are Reasons for Action Beliefs?*, in *Rights, Culture, and the Law*, a cura di L.H. Meyer, S.L. Paulson, T.W. Pogge, Oxford, 2003.
- CELANO B., *Possiamo scegliere fra particolarismo e generalismo?*, in *Ragion Pratica*, 2005.
- CERBO P., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999.
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984.
- CERULLI IRELLI V., *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'azione amministrativa*, Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001, Milano, 2002.

- CERULLI IRELLI V., *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004.
- CHINÉ G., *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. I, Padova, 2003.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, II ed. rist. an., Napoli, 1965.
- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, III ed., 1923, rist., Napoli, 1965.
- CICCIÒ G., *Sulla nozione di irregolarità con particolare riguardo al diritto amministrativo*, in *Nuova Rass.*, 1969.
- CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Regime dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003.
- CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989.
- CLARICH M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.
- CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi, ora in *Dir. proc. amm.*, 2005.
- CLARK I., *Globalization and Fragmentation. International Relations in the Twentieth Century*, Oxford; trad. it., *Globalizzazione e frammentazione. Le relazioni internazionali nel XX secolo*, Bologna, 2001.
- COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Determinatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.
- COLEMAN J., *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Law*, 2003.
- CONTE A.G., *Studio per una teoria della validità*, in *Riv. intern. Fil. Del Dir.*, vol. XLVII, 1970.
- CONTE A.G., *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, 1983.
- CORSO G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969.
- CORSO G., *Validità*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993.
- CORSO G., *L'attività amministrativa*, Torino, 1999.
- CORSO G., *L'interpretazione della legge nel diritto amministrativo*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001.
- CORSO G., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, V agg., Milano, 2001.
- CORSO G., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2004.
- CORSO G., TERESI F., *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, 1991.
- COSTA P., *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986.

- COSTA P., *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, 1995.
- COTTA S., *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981.
- COX P.N., *An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism*, in *Indiana Law Review*, n. 6, 2003.
- CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. intern. Fil. Dir.*, 1941.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970.
- CRAIG P.P., *Constitutional Foundation, the Rule of Law and Supremacy*, in *Public Law*, 2003.
- CRAIG P.P., *Legislative Intent and Legislative Supremacy: A Reply to Professor Allan*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 24, 2004.
- D'AMELIO P., *La formazione giudiziale de diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, III, 1969.
- D'ORSOGNA M., *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, Milano, 2004.
- D'ORSOGNA M., *Articolo 21 octies comma 1, Annullabilità del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005.
- DAINTITH T., *Contractual discretion and Administrative Discretion: A Unified Analysis*, in *The Modern Law Review*, n. 4, 2005.
- DAN-COHEN M., *Harmful Thoughts*, Princeton, 2002.
- DAVIS K.C., *Discretionary Justice*, Chicago, 1971.
- DE LUCIA L., *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 2005.
- DE LUCIA L., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, Torino, 2005.
- DE MAURO T., *Grande dizionario italiano dell'uso*, Torino, 1999.
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.
- DE STEFANO R., *Il problema del diritto non naturale*, Milano, 1955.
- DE VALLES A., *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916.
- DEL FEDERICO L., *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Milano, 1993.
- DEL FEDERICO L., *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea. Contributo allo studio della prospettiva italiana*, Montesilvano, 2003.
- DELLA CANANEA G., *Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law*, in *European Public Law*, n. 4, 2003.
- DELLA CANANEA G., *Legittimazione e accountability nell'organizzazione mondiale del commercio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003.
- DELLA CANANEA G., *L'Unione Europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003.
- DICEY A.V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1920), London, 1965¹⁰.
- DICIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.
- DICIOTTI E., *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Siena, 2003.
- DONATI D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910.

- DROR I.E., DASCAL M., *Can Wittgenstein help free the mind from rules? The philosophical foundations of connectionism*, in D. JOHNSON, C. ERNELING (a cura di), *The future of the cognitive revolution*, Oxford, 1997.
- DUGATO M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002.
- DURET P., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004.
- DWORKIN R., *A Matter of Principle*, Oxford, 1986.
- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), 1977; trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.
- ELSTER J., *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitments and Constraints*, Cambridge, 2000; trad. it., *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Bologna, 2004.
- ENDICOTT T., *The Impossibility of the Rule of Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 19, 1999.
- ENDICOTT T., *Vagueness in Law*, Oxford, 2000.
- ENDICOTT T., *Are There Any Rules?*, in *The Journal of Ethics*, n. 5, 2001.
- FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003.
- FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.
- FALZEA A., *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte I, *Il concetto di diritto*, Milano, 1992.
- FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 432, ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. II, Milano, 1997.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R., *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970.
- FERRAJOLI L., *La semantica della teoria del diritto*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, 1983.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.
- FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996.
- FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003.
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002.
- FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.
- FERRARESE M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002.
- FERRARI M., *Categorie e a priori*, Bologna, 2003.
- FIGORILLI F., *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2003.
- FILIPPI M., *La nuova dia e gli incerti confini con il silenzio-assenso*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, n. 1, 2006.
- FIORAVANTI M., *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, 2004.

- FIORITTO A., *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003.
- FISH S., *There's no such Thing as Free Speech*, New York, 1994.
- FITZGERALD P.J. (a cura di), *Salmond on Jurisprudence*. London, 1966.
- FOLLIERI E., *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 6.7.2004, n. 204 e dell'art. 21 octies della L. 7.8.1990 n. 241*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico on line*, n. 2, 2005.
- FORTI U., *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1950.
- FRACCHIA F., *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996.
- FRACCHIA F., OCCHIENA M., *Art. 21 octies, comma 2, Annullabilità del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005.
- FRACCHIA F., OCCHIENA M., *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giustizia amministrativa. Rivista online di diritto pubblico*, n. 2, 2005.
- FRAENKEL-HAEBERLE C., *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa. Germania-Austria-Italia*, Trento, 2004.
- FRIEDMAN L.M., *Borders: On The Emerging Sociology of Transnational Law*, in *Stanford Journal of International Law*, n. 32, 1996.
- FRIEDMAN L.M., *One World: notes on the emerging legal order*, in *Transnational Legal Processes. Globalization and Power Disparities*, a cura di M. Likosky, London, 2002.
- FULLER L., *The Internal Morality of Law*, Yale, 1969.
- GALETTA D.-U., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003.
- GALETTA D.-U., *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-OCTIES della Legge N. 241/90, § 4*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico on line*, n. 2, 2005.
- GALLIGAN D.J., *Discretionary Powers*, Oxford, 1986; trad. it., *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.-R., *Curso de derecho administrativo*, I, Madrid, 2002.
- GARCÍA FIGUEROA A., *La tesis del caso especial y el positivismo jurídico*, in *Doxa*, n. 22, 1999.
- GARDINI G., *La nuova disciplina dei vizi dell'atto amministrativo*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI (a cura di), *Dal Procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, Bologna, 2004.
- GASPARRI P., *Sulla rettificazione degli atti amministrativi*, in *Amm. it.*, 1956, 454.
- GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. I, II edit., Paris, 1932.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939.

- GIANNINI M.S., *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, Milano, 1955, ora in ID., *Scritti*, vol. III, Milano, 2003.
- GIANNINI M.S., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959.
- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1963.
- GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1967.
- GIANNINI M.S., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 257 ss., ora in *Scritti*, vol. VII, Milano, 2005.
- GIANNINI M.S., *Diritto Amministrativo*, 2 voll., Milano, 1993.
- GIULIETTI W., *Articolo 19. Dichiarazione di inizio attività*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005.
- GOLDMAN A.H., *Practical Rules. When we need them and when we don't*, Cambridge, 2001.
- GONZALÉS PÉREZ J., *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964.
- GOSSETT D.M., *Chevron, Take Two: Deference to Revised Agency Interpretations of Statutes*, in *University of Chicago Law Review*, n. 64, 1997.
- GOTTI P., *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Milano, 1996.
- GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.
- GREEN L., *Law and Obligations*, in J. COLEMAN, S. SHAPIRO (a cura di), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Theory of Law*, Oxford, 2002.
- GREY T.C., *The New Formalism*, in *Stanford Public Law and Legal Theory*, Working Paper Series, n. 4, 1999.
- GRIFFITH J.A.G., STREET H., *The Principles of Administrative Law*, Bath, 1973.
- GROSSI P., *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in <http://www.grupposanmartino.it/GROSSI,%20Globalizzazione.htm>.
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, in ID., *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983.
- GUASTINI R., *Interpretazione*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. Donati, Milano, 1980.
- GUASTINI R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990.
- GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, Torino, 1995.
- GUASTINI R., *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, Torino, 1999.
- GUASTINI R., *On Legal Order: Some Criticism of the Received View*, in *Ethical Tehory and Moral Practice*, 2000.
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004.
- GUASTINI R., *Rigidità costituzionale e normatività della sceinza giuridica*, in *Analisi e Diritto, 2002-2003*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2004.
- GUASTINI R., *Ancora sull'interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2005.
- HABA E.P., *Una discusión ¿Quiénes son los irracionistas en la teoría del derecho?*, in *Doxa*, n. 19, 1996.

- HABERMAS J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M., 1992; trad. it., *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996.
- HART H.L.A., *Positivism and Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958.
- HART H.L.A., *Legal Rights*, 1973, ried. in H.L.A HART, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1984.
- HART H.L.A., *The Concept of Law* (1961); trad. it., *Il concetto di diritto*, Torino, 1991.
- HASEBE Y., *The Rule of Law and Its Predicament*, in *Ratio Juris*, n. 17, 2004.
- HAWKINS K., *The Use of Legal Discretion: Perspective from Law and Social Science*, in *Id.* (a cura di), *The Uses of Discretion*, Oxford, 1992.
- HAYEK F.A., *The Road to Serfdom*, London, 1944.
- HAYEK F.A., *The Constitution of Liberty*, London, 1960.
- HECK P., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932), in *Das Problem der Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, a cura di R. Dubischar, Zurigo, 1968.
- HELD D., MCGREW A., GOLDBLATT D., PERRATON J., *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, Cambridge, 1999.
- HERITAGE J., *Garfinkel and Ethnomethodology*, Cambridge, 1984.
- HIERRO L.L., *Por qué ser positivista?*, in *Doxa*, n. 25, 2002.
- HIMMA K., *Inclusive Legal Positivism*, in J. COLEMAN, S. SHAPIRO, *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, New York, 2002.
- HOLMES O.W., *The Path of Law*, in *Harvard Law Review*, 1897.
- HOROWITZ M.J., *The Trasformation of American Law, 1870-1960*, Oxford, 1992.
- HUFEN F., *Fehler im Verwaltungsverfahren*, Baden-Baden, 1998.
- IACCARINO C.M., *Studi sulla motivazione, con speciale riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933.
- IANNOTTA L., *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, 1989.
- IANNOTTA L., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità*, a cura di C. Pinelli, Milano, 2000, 37.
- IMMORDINO M., POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti di convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, 2004.
- IRTI N., *Idola Libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985.
- IRTI N., *Formalismo ed attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990.
- IRTI N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001.
- IRTI N., SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.
- ISPANO P., *Tractatus. Summule logicales* (prob. 1230), Milano, 2004, cur. A. Ponzio.
- ITURRALDE V., *Justificación Judicial: validez material y razones*, in *Análisi e Diritto 2004*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 2005.
- JELLINEK W., *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913.

- JENNINGS I., *The Law and the Constitution*, London, 1959⁵.
- JHERING R., *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Parte I, Leipzig, 1907 (rist.), Aalen, 1968.
- JHERING R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. 3, 2nd ed., Leipzig, 1858.
- JORI M., *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980.
- JORI M., *Il giurista selvaggio*, in *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985.
- JORI M., *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985.
- JORI M., *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1995.
- JORI M., *Ordinamento giuridico*, in M. JORI, A. PINTORE (a cura di), *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995.
- JORI M., *Semiotica giuridica*, in M. JORI, A. PINTORE (a cura di), *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995.
- JORI M., *La pragmatica di Claudio*, in http://server.fildir.unimi.it/Jori_home.html.
- JORI M., *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, in *Analisi e diritto 2002-2003*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2004.
- JORI M., PINTORE A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995.
- KANT I., *Kritik der reinen Vernunft*, II ed.; trad. it., *Critica della ragione pura*, a cura di G. Colli, Milano, 1976.
- KAUFMANN A., *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica*, in *Riv. inter. Fil. Dir.*, L, 1973.
- KELLEY P.J., *Holmes, Landgell and Formalism*, in *Ratio Juris*, vol. 15, 2002.
- KELSEN H., *General Theory of Law and State*, HUP, Cambridge (Mass.), 1945; trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1966.
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre*; trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966.
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*; trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967.
- KELSEN H., *Der Begriff der Rechtsordnung*, in H. KLECATSKY, R. MARCIC, H. SCHAMBECK (a cura di), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, vol. II, Vienna, 1968.
- KENNEDY D., *Legal Formality*, in *Journal of Legal Studies*, 1973.
- KRAMER M., *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford, 1999.
- KRAMER M., *Dogmas and Distorsion: Legal Positivism Defended*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 21, 2001.
- KRAWIETZ W., *Das positive Recht und Seine Funktion*, Berlin, 1967.
- KRIPKE S., *Wittgenstein on Rules and Private Language. An Elementary Exposition*, Oxford, 1982.
- LÄHTEENMÄKI M., *On rules and rule-following: obeying rules blindly*, in *Language & Communication*, n. 23, 2003.
- LAUN R., *Das freie ermessen und seine Grenzen*, Leipzig, Wien, 1910.
- LAVAGNA C., *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956.

- LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001.
- LAZZARA P., *Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio ed autoresponsabilità privata*, Roma, 2005.
- LEDDA F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964.
- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983.
- LEDDA F., *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987.
- LEDDA F., *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996.
- LEDDA F., *La partecipazione all'azione amministrativa*, in G. BERTI, G. DE MARTIN, *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Milano, 1996.
- LEDDA F., *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000.
- LEITER B., *Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis*, in *Hart's Postscript*, a cura di J. Coleman, Oxford, 2001.
- LEVI F., *L'attività conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Torino, 1967.
- LEVI F., *Legittimità*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974.
- LEVIN R.M., *The Anatomy of Chevron: Step Two Reconsidered*, in *Chicago-Kent Law Review*, 72, 1997.
- LIFANTE VIDAL I., *Interpretación y modelos de derecho: Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica*, in *Doxa*, n. 22, 1999.
- LIFANTE VIDAL I., *Dos Conceptos de discrecionalidad jurídica*, in *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*, n. 25, 2002.
- LLEWELLYN K., *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, 1962.
- LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, Milano, 2000.
- LOUGHLIN M., *The Idea of Public Law*, Oxford, 2003.
- LOUGHLIN M., *Theory and Value in Public Law: An Interpretation*, in *Public Law*, 2005.
- LUCIANI F., *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003.
- LUCIFREDI R., *Alcuni rilievi sulla distinzione tra forma e contenuto degli atti con particolare riguardo agli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1938.
- LUCIFREDI R., *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali (1941)*, Milano, 1963 (rist.).
- LUCY W., *The possibility of Impartiality*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 1, 2005,.
- LUHMANN N., *Aussdifferenzierung des Rechts. Beiträge zue Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, 1981; trad. it., *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna, 1990.
- LUHMANN N., *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1999 (I ed. 1964).
- LUHMANN N., *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, 1983 (III ed.); trad. it., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995.
- LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990.
- LUZZATI C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999.

- LUZZATI C., *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, 2005.
- MACCALLUM G., *Negative and Positive Freedom*, in *THE PHILOSOPHICAL REVIEW*, 76, 3, 1967; trad. it. *Libertà negativa e positiva*, in I. CARTER, M. RICCIARDI, *L'idea di libertà*, Milano, 1996.
- MACCORMICK N., *Il diritto come fatto istituzionale*, in N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Milano, 1990.
- MACCORMICK N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; trad. it., *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001.
- MACCORMICK N., *Powers and Power-Conferring Norms*, in *Normativity and Norms, in Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, ed. S.L. Paulson, B.L. Paulson, Oxford, 1998.
- MACCORMICK N., *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel "commonwealth" europeo*, Bologna, 2003.
- MALARET GARCÍA E., *Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento*, in J. TORNOS MAS (a cura di), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Barcelona, 1994.
- MANIACI G., *Equilibrio riflessivo e discorso razionale nell'argomentazione giudiziale*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2003.
- MANNA G., *Principii di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1876.
- MANNUCCI G., *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016.
- MANZINI P., *L'organizzazione mondiale del commercio quale sistema di diritto*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? WTO e Unione Europea*, Bologna, 2003.
- MARMOR A., *Interpretation and legal theory*, Oxford, 1992; trad. esp., *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, 2001.
- MARMOR A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, 2001.
- MARMOR A., *Exclusive Legal Positivism*, in J. COLEMAN, S. SHAPIRO, *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, New York, 2002.
- MARMOR A., *The Rule of Law and Its Limits*, in *Law and Philosophy*, n. 23, 2004.
- MARMOR A., *The Immorality of Textualism*, in *University of Southern California Legal Studies Research Paper Series*, n. 05-5, 2005.
- MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.
- MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995.
- MARZUOLI C., *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. Parisio, Milano, 1998.
- MARZUOLI C., *Recensione ad "Alessandra Pioggia, Giudice e funzione amministrativa"*, in *Dir. pubbl.*, 2004.
- MARZUOLI C., ORSI BATTAGLINI A., *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1997.

- MATTARELLA B.G., *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000.
- MATTARELLA B.G., *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, t. I, Milano, 2000.
- MATTEUCCI N., *Positivismismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963.
- MAURER H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., München, 2002.
- MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000.
- MAZZARESE T., *Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo della teoria del diritto*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996.
- MAZZARESE T., *Validità*, in *Dig. Disc. priv.*, vol. XIX, Torino, 1999.
- MAZZARESE T., *Towards the Semantics of "Constitutive" in Judicial Reasoning*, in *Ratio Juris*, vol. 12, n. 3, 1999.
- MAZZARESE T., *Permesso forte e permesso debole*, in *Analisi e diritto 2000*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2001.
- MCDOWELL J., *Mind and World*, HUP, Cambridge (Mass.), 1994; trad. it., *Mente e mondo*, Torino, 1999.
- MENOCCHI S., *L'antiformalismo di Bruno Leoni nei suoi rapporti con le correnti del realismo giuridico*, Siena, 2003.
- MERKL A., *Das doppelte Rechtsantlitz: Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts* (1916), in *Il duplice volto del diritto*; trad. it., Milano, 1987.
- MERKL A., *Zum problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, I, 1919, in A. MERKL, *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987.
- MERRILL T.W., *Capture Theory and the Courts: 1967-1983*, in *Chicago-Kent Law Review*, n. 72, 1997.
- MERUSI F., *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana ed inglese a confronto*, Milano, 1983.
- MERUSI F., *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002.
- MERUSI F., *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002.
- MESSINA M., *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, Torino, 2004.
- MEUCCI L., *Instituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1906.
- MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960.
- MIG PUIGPELAT O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid, 2004.
- MONATERI P.G., *La giustizia globale e l'Italia*, in M. DEAGLIO, G.S. FRAENKEL, P.G. MONATERI, A. CAFFARENA, *Economia senza cittadini? Settimo rapporto sull'economia globale e l'Italia*, Milano, 2002.
- MORAND-DEVILLER J., *Cours de droit administratif*⁸, Paris, 2003.
- MORAWSKI L., *Law, fact and Legal Language*, in *Law and Philosophy*, n. 18, 1999.

- MORBIDELLI G., *Invaldit  e irregolarit *, in *Annuario 2002 dell'Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- MORESO J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, 1998.
- MORESO J.J., *Positivismo giuridico e applicazione del diritto*, in *Materiali per la storia del pensiero giuridico*, 2005.
- MORTATI C., *Note sul potere discrezionale* (1936), in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972.
- MORTATI C., *Discrezionalit *, voce, in *Noviss. Dig. it.*, 1960, ora in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972.
- MOSCARINI A., *Ratio Legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996.
- MULEO S., *Motivazione degli atti impositivi e(ipotetici) riflessi tributari delle modifiche alla legge 241/1990*, in *Dialoghi di dir. trib.*, 2005.
- MUSY A.M., *La comparazione giuridica nell'eta della globalizzazione*, Milano, 2004.
- NAPOLETANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- NAVARRO P.E., ORUNESU C., RODRÍGUEZ J.L., SUCAR G., *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, in *Analisis e Diritto 2000*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2001.
- NELSON C., *What is Textualism?*, in *Virginia Law Review*, n. 91, 2005.
- NICOSIA F.M., *Potere ed eccesso di potere nell'attivit  amministrativa non discrezionale*, Napoli, 2001.
- NIETO A., *Estudio preliminar*, in M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, 1994.
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.
- OLLER JR. J.W., *Common Ground between Form and Content: The Pragmatic Solution to the Bootstrapping Problem*, in *The Modern Language Journal*, n. 89, 2005.
- OPOCHER E., *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983.
- ORSI BATTAGLINI A., *Autorizzazione amministrativa*, in *Digesto-Discipline pubbl.*, II, Torino, 1987.
- ORSI BATTAGLINI A., *Attivit  vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988.
- ORSI BATTAGLINI A., *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1993.
- ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005.
- OTTAVIANO V., *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di dir. comp.*, 1947.
- OTTAVIANO V., *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamen-*

- ti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, *Amministrazione e garanzie*, Milano, 1987.
- PAGLIARI G., *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988.
- PALIERO C.E., TRAVI A., *Sanzioni amministrative*, *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989.
- PALOMBELLA G., *I limiti del diritto mite*, in *Democrazia e diritto*, 4/1994-1/1995.
- PALOMBELLA G., *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, 2002.
- PAOLANTONIO N., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.
- PARODI G., *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990.
- PASTORI G., *La procedura amministrativa. Introduzione generale*, Vicenza, 1964.
- PASTORI G., *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull'attività amministrativa*, in *Amministrare*, 2002.
- PATTERSON D., *Interpretation in Law*, in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 4, 2004.
- PAULUS A.L., *International Law After Postmodernism: Towards Renewal or Decline of International Law?*, in *Leiden Journal of International Law*, 2001.
- PEIRCE C.S., *Vagueness*, in J.M. BALDWIN (a cura di), *Dictionary of Philosophy and Psychology*, London, 1902.
- PELAGATTI G., *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992.
- PEÑA FREIRE A.M., *Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas*, in *Doxa*, n. 22, 1999.
- PEÑA FREIRE A.M., *Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas*, in *Analisi e diritto 2000*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2001.
- PERFETTI L.R., *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004.
- PERRY S.P., *Hart's Methodological Positivism*, in *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, a cura di J. Coleman, Oxford, 2001.
- PIERCE JR R.J., *The Role of Constitutional and Political Theory in Administrative Law*, in *Texas Law Review*, 1985.
- PINTORE A., *Concetti giuridici*, in M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995.
- PIOGGIA A., *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001.
- PIOGGIA A., *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, 2004.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962.
- PIRAS A., *Discrezionalità*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964.
- PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.
- POGGI F., *Diritti d'agire, permessi e garanzie*, in *Analisi e diritto 2002-2003*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2004.
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000.

- PONCE SOLÉ J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Valladolid, 2001.
- POZZOLO S., *Riflessioni su inclusive e soft positivism*, in *Analisi e diritto (1998)*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1998.
- POZZOLO S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001.
- POZZOLO S., *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 2, 2003.
- PRIEL D., *Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 25, 2005.
- PROVENZANO P., *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2015.
- PROSPERETTI M., *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla c.d. tutela costitutiva e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1991.
- PUTNAM H., *The many Faces of Realism*, La Salle (Ill.), Open Court; trad. it., *La sfida del realismo*, Milano, 1991.
- PUTNAM H., *The Collpase of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays including the Rosenthal Lectures*, Harvard, 2002; trad. it., *Fatto/valore: fine di una dicotomia*, Roma, 2004.
- PUTNAM H., *Ethics without Ontology*, Harvard, 2004; trad. it., *Etica senza ontologia*, Milano, 2005.
- PÜTTNER G., *Lo Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992.
- RADIN M.J., *Reconsidering the Rule of Law*, in *Boston University Law Review*, n. 69, 1989.
- RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934.
- RAWLS J., *A Theory of justice*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1971; trad. it., *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982.
- RAZ J., *The Concept of a Legal System. An Introduction to the theory of Legal System*, London, 1970; trad. it., *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, 1977.
- RAZ J., *Practical Reason and Norms*, London, 1975.
- RAZ J., *Legal Validity*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. LXIII, 1977.
- RAZ J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979.
- RAZ J., *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986.
- RAZ J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, 1994.
- RAZ J., *Authority, Law, and Morality*, in ID., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, 1994.
- REDONDO M.C., *Reglas jurídicas y positivismo jurídico*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 1998.
- REDONDO M.C., *Ragioni e norme*, in *Ragion Pratica*, 2005.
- REDONDO M.C., *Sul positivismo giuridico e l'applicazione del diritto*, in *Materiali per una storia del pensiero giuridico*, 2005.

- REINACH A., *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, in *Jarbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1 (1913); trad. it., *L'idea della dottrina a priori del diritto*, in A. CARRINO (a cura di), *Metodologia della scienza giuridica*, Napoli, 1989.
- RESCIGNO G.U., *Costituzione e diritto amministrativo*, in *La necessaria discontinuità*, Quaderni del San Martino, Bologna, 1990.
- RESCIGNO G.U., *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003.
- RESCIGNO G.U., *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2005.
- RODRÍGUEZ J.L., SUCAR G., *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho*, in *Doxa*, n. 21, 1998.
- ROMANELLI V.M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.
- ROMANO A., *Introduzione*, in L. MAZZAROLLI E ALTRI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001.
- ROMANO A., *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987.
- ROMANO TASSONE A., *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991.
- ROMANO TASSONE A., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993.
- ROMANO TASSONE A., *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993.
- ROMANO TASSONE A., *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997.
- ROMANO TASSONE A., *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico on line*, n. 2, 2005.
- ROSENFELD M., *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*, Berkeley, University of California Press, 1998; trad. it., *Intepretazioni. Il diritto tra etica e politica*, Bologna, 2000.
- ROSS A., *Tu-tu* (1957). In U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976.
- ROSS A., *Directives and Norms*, London, 1968.
- ROSS A., *On Law and Justice*, 1958, London; trad. it., *Diritto e giustizia*, Torino, 2001.
- ROSS A., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbraio e R. Guastini, Bologna, 1982.
- ROSSI G., *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004.
- ROSSI L.S., *Premessa*, in ID. (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? WTO e Unione Europea*, Bologna, 2003.
- RUFFILLI R. (a cura di), *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, Bologna, 1979.
- SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, 1904.
- SALMONI F., *Le norme tecniche*, Milano, 2001.

- SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.
- SANDULLI A., *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte generale, t. II, Milano, 2000.
- SANDULLI A., *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2002.
- SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.
- SANDULLI A.M., *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del consiglio dei ministri*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, II quadr., 1949.
- SANDULLI A.M., *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, vol. I, 1952.
- SANVITI G., MARCOLUNGO C., *I principi fondamentali del WTO*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003.
- SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969.
- SATTA S., *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970.
- SAVIGNY F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1900.
- SCALESE V., *Le opposizioni alle sanzioni amministrative*, Milano, 2001.
- SCALIA A., *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, n. 56, 1989.
- SCALIA A., *A Matter Of Interpretation: Federal Courts And The Law*, Princeton, 1997.
- SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, in *Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino*, 1959.
- SCARPELLI U., *Le "proposizioni giuridiche" come precetti reiterati*, in *Riv. intern. Fil. Dir.*, 1967.
- SCARPELLI U., *Cos'è il positivismo giuridico* (1965), Napoli, 1997.
- SCHACTER J.S., *The Confounding Common Law Originalism in Recent Supreme Court Statutory Interpretation: Implications for the Legislative History Debate and Beyond*, in *Stanford Law Review*, n. 51, 1998.
- SCHAUER F., *Playing by the rules*, Oxford, 1991; trad. it., *Le regole del gioco*, Bologna, 2000.
- SCHAUER F., *Positivism as Pariah*, in *The Autonomy of Law. Essay on Legal Positivism*, R.P. Gorge (ed.), Oxford-New York, 1996.
- SCHAUER F., *Formalism*, in *The Law Yale Journal*, vol. 97, 1998.
- SCHAUER F., *The Convergence of Rules and Standards, in Regulatory Policy Program Working Paper RPP-2001-07*, Cambridge (Mass.), 2001.
- SCHAUER F., *The Limited Domain of the Law*, in *Virginia Law Review*, n. 90, 2004.
- SCHAUER F., *The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Jukie Dickson*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 3, 2005.
- SCHIAVELLO A., *Accettazione del diritto e positivismo giuridico*, in *Analisi e diritto (2001)*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2002.
- SCHIAVELLO A., *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart*, Torino, 2004.
- SCHMIDT ABMANN E., *Europäisches Verwaltungsverfahren, in Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union*, a cura di P. Christian e M. Graff, Heidelberg, 1998.

- SCHMILL U., *The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts*, in *Law and Philosophy*, vol. 19, 2000.
- SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.
- SCOCA F.G., *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.
- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995.
- SCOCA F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. VI, agg. Milano, 2002.
- SEARLE J., *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969.
- SEARLE J., *The construction of social reality*, New York, 1995.
- SEVERINI G., *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, agg., Milano, 2002.
- SEVERINO E., *Legge e caso*, Milano, 1980.
- SEVERINO E., *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, 1988.
- SHKLAR J.N., *Legalism: Law, Morals, and Political Trias*, Cambridge (Mass.), 1964.
- SIRACUSANO P., *Considerazioni in tema di obbligo di motivazione degli atti vincolati*, in *Foro amm. CDS*, 2003.
- SIRACUSANO P., *Ruolo creativo del giudice e principio di legalità nella responsabilità civile da illegittimo esercizio del potere discrezionale*, in *Dir. pubbl.*, 2003.
- SNYDER F., *Economic Globalisation and the Law in the 21st Century*, in S. AUSTIN (ed.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, New York and Oxford, 2003.
- SOLUM L.B., *Equity and the Rule of Law*, in I. SHAPIRO (a cura di), *Nomos XXXVI: The Rule of Law*, New York, 1994.
- SOLUM L.B., *A Law of Rules: A Critique and Reconstruction of Justice Scalia's View of the Rule of Law*, in Loyola Law School (L.A.), *Public Law and Legal Theory Research Paper*, n. 5, 2002.
- SOMEK A., *German Legal Philosophy and Theory in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, in D. PATTERSON (ed. by), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, 1996.
- SOMEK A., *Legal Formality and Freedom of Choice. A moral perspective on Jhering's Constructivism*, in *Ratio Juris*, vol. 15, n. 1, 2002.
- SORACE D., *Promemoria per una nuova voce 'atto amministrativo'*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano 1988.
- SORACE D., *Da passatisti a "post-moderni"*, in *La necessaria discontinuità*, Quaderni del San Martino, Bologna, 1990.
- SORACE D., *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: Prime considerazioni*, in *Annuario Associazione professori di diritto amministrativo*, Milano 2002.
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005.
- SORRENTINO G., *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000.
- SPASIANO D., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.
- STELLA RICHTER P., *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981.
- STEWART R.B., *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003.

- STOLLEIS M., *A History of Public Law in Germany, 1914-1945*, Oxford, 2004.
- STONE M., *Focusing the Law: What Legal Interpretation Is Not*, in A. MARMOR (a cura di), *Law and Interpretation: Essay in Legal Philosophy*, Oxford, 1995.
- STONE M., *Formalism*, in J. COLEMAN, S. SHAPIRO, *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, New York, 2002.
- STRAUSS P., *One Hundred Fifty Cases Per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action*, in *Colum. Law Rev.*, n. 87, 1987.
- SUMMERS R.S., *The Place of Form in the Fundamentals of Law*, in *Ratio Iuris*, n. 14, 2001.
- SUMMERS R.S., *On Giving Legal Form Its Due. A Study in Legal Theory*, in *Ratio Iuris*, vol. 18, n. 2, 2005.
- SUMMERS R.S., *Form and Function in a Legal System. A General Study*, Cambridge, 2006.
- SUNSTEIN C.R., *Law and Administration After Chevron*, in *Columbia Law Review*, n. 90, 1990.
- SUNSTEIN C.R., *Must Formalism Be Defended Empirically?*, in *University of Chicago Law Review*, n. 66, 1999.
- SUNSTEIN C.R., VERMEULE A., *Interpretation and Institutions*, in *Michigan Law Review*, 2003.
- TACCOGNA G., *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.
- TAMANAH B.Z., *On the Rule of Law*, Cambridge, 2004.
- TANZI A. (a cura di), *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Milano, 1999.
- TARELLO G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1961.
- TARELLO G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974.
- TARELLO G., *Formalismo*, in ID., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974.
- TARELLO G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988.
- TESAURO F., *L'invalidità dei provvedimenti impositivi*, in *Boll. trib.*, 2005.
- TEUBNER G., "Global Bukowina": *Legal Pluralism in the World Society*, in G. TEUBNER, *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997; trad. it., "La Bukovina globale": *il pluralismo giuridico nella società mondiale*, in *Sociologia e politiche sociali*, n. 2, 3, 1999.
- TONOLETTI B., *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001.
- TORCHIA L., *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2005.
- TRAVI A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983.
- TRAVI A., *Discussant (a Guido Corso)*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001.
- TRAVI A., *Il giudizio amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004.

- TRAVI A., *Recensione a Ernesto Fabiani, Clausole generali e sindacato della Casazione*, in *Dir. pubbl.*, 2005.
- TRIMARCHI BANFI F., *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003.
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1989.
- TRIVIÑO J.L., *Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teoría del derecho y la dogmática jurídica*, in *Doxa*, n. 22. 1999.
- TROPER M., *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XVIII, 1.
- TUSHNET M., *Introduction (to the symposium "Perspectives on Critical Legal Studies")*, in *G. Washington Law Review*, fasc. 52, 1984.
- TUSHNET M., *Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory*, in *Michigan Law Review*, vol. 83, 1985.
- TWINING W., MIERS D., *To Do Things With Rules. A primer of Interpretation*, London, 1976; trad. it., *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Milano, 1990.
- ULE C.H., *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht*, Bd. 6, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, Monaco, 1955.
- ULE C.H., *Verwaltungsprozessrecht*, München, 1987.
- VAIANO D., *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.
- VECA S., *Etica e politica*, Milano, 1989.
- VELLUZZI V., *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002.
- VILLA V., *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di inclusive positivism*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 2000.
- VILLA V., *Teorie giuridiche "descrittive" e teorie giuridiche "normative" nel "Postscript" di Hart*, in *Ragion Pratica*, 2003.
- VILLA V., *Storia della filosofia analitica del diritto*, Bologna, 2003.
- VILLA V., *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Torino, 2004.
- VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI ED ALTRI (a cura di), Bologna, vol. I, 2005.
- VIOLA F., ZACCARIA G., *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003.
- VIPIANA PERPETUA P.M., *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003.
- VOLPE F., *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004.
- WALDRON J., *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in ROBERT P. GEORGE (a cura di), *Natural Law Theory*, Oxford, 1992.
- WALDRON J., *Liberal Rights*, Cambridge, 1993.

- WALDRON J., *Is the Rule Of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?*, in *Law and Philosophy*, n. 21, 2002.
- WALTHALL JR. H.P., *Chevron v. Federalism: A reassessment of deference to Administrative Preemption*, in *Cumberland Law Review*, n. 28, 1997-1998.
- WALUCHOW W.J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, 1994.
- WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft* [1922]; trad. it., *Economia e società*, Milano, II, 1974.
- WEBER M., *Critique of Stammler*; trad. ingl., G. Oakes, New York, 1977.
- WEINRIB E.J., *Legal formalism: on the Immanent Rationality of Law*, in *The Yale Law Journal*, n. 97, 1998.
- WHITE M., *La rivolta contro il formalismo*, Bologna, 1956.
- WILLIAMS M., *Wittgenstein, Mind and Meaning. Toward a Social Conception of Mind*, New York, 1999.
- WITTGENSTEIN L., *Philosophical Investigations*, Oxford, 1953; trad. it., *Ricerche filosofiche*, Torino, 1993.
- WRÓBLESKY J., *Tre concetti di validità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982.
- WRÓBLESKY J., *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, 1992.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1936.
- ZOLO D., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004.

GIURISPRUDENZA CITATA *

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE

- 21 marzo 1955, causa 6/54, in *Racc. uff.*, 1954-55, p. 203
13 febbraio 1979, causa 146/76, in *Racc. uff.*, 1979, p. 461
10 luglio 1980, causa 30/78, in *Racc. uff.*, 1980, p. 780
27 febbraio 1992, causa 78/89, in *Racc. uff.*, 1992, p. 1-01229
20 settembre 2001, causa 390/98, in *Racc. uff.*, 2001, p. 6117
20 settembre 2001, causa 453/99, in *Racc. uff.*, 2001, p. 6297
18 giugno 2002, causa 92/00, in *Racc. uff.*, 2002, p. 5553
12 dicembre 2002, causa 470/99, in *Racc. uff.*, 2002, p. 11617
14 dicembre 2003, causa 448/01, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 1/2004, p. 299

TRIBUNALE DI PRIMO GRADO DELLE COMUNITÀ EUROPEE

- 8 luglio 2004, causa T-198/01, in *Racc. uff.*, 2004
18 gennaio 2000, n. 290, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 1201

CORTE COSTITUZIONALE

- 16 aprile, 1998, n. 127
17 maggio 2001, n. 140 (ord.)
28 maggio 2001, n. 165 (ord.)
23 luglio 2001, n. 275
6 luglio 2004, n. 204

CORTE DI CASSAZIONE

- sez. unite civ., 8 giugno 1957, n. 2146, in *Foro it.*, 1958, I, p. 411
sez. unite civ., 14 aprile 1964, n. 894, in *Foro it.*, 1964, I, p. 698
23 luglio 1981, n. 4742, in *Mass. giur. it.*, 1981
11 maggio 1983, n. 3243, in *Mass. giur. it.*, 1983

* Le sentenze per le quali non risulta indicata la fonte sono state reperite sul sito internet istituzionale dell'Autorità emanante.

- sez. unite civ., 13 novembre 1983, n. 6713, in *Giur. it.*, 1984, I, p. 1109
 9 novembre 1985, n. 5479, in *Mass. giur. it.*, 1985
 3 giugno 1987, n. 4848, in *Riv. leg. fiscale*, 1987, p. 1560
 sez. I civ., 26 ottobre 1987, n. 7857, in *Fisco*, 1987, p. 6538
 sez. I civ., 5 dicembre 1987, n. 9059, in *Mass. giur. it.*, 1987
 sez. unite civ., 11 dicembre 1987, n. 9215, in *Mass. giur. it.*, 1987
 sez. I civ., 4 aprile 1990, n. 2792, in *Mass. giur. it.*, 1990
 sez. I civ., 16 maggio 1990, n. 4266, *Mass. giur. it.*, 1990
 sez. unite civ., 15 maggio 1990, n. 4192, in *Foro it., Rep.*, 1990, voce *Edilizia popolare*, n. 105
 sez. unite civ., 5 febbraio 1991, n. 1082, in *Mass. giur. it.*, 1991
 sez. unite civ., 27 gennaio 1993, n. 1004, in *Foro it., Rep.*, 1993, voce *Calamità pubbliche*, n. 11
 sez. I civ., 16 febbraio 1993, n. 1880, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 617
 sez. unite civ., 26 gennaio 1994, n. 727, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, p. 1119
 sez. unite civ., 10 giugno 1994, n. 5641, in *Mass. giur. it.*, 1994
 sez. I civ., 19 maggio 1995, n. 5554, in *Mass. giur. it.*, 1995
 sez. unite civ., 6 maggio 1996, n. 4188, in *Mass. giur. it.*, 1996
 sez. I civ., 2 febbraio 1997, n. 4885, in *Riv. giur. edil.*, 1998, I, p. 190
 sez. unite civ., 21 febbraio 1997, n. 1620, in *Mass. giur. it.*, 1997
 sez. I civ., 2 giugno 1997, n. 4885, in *Riv. giur. edil.*, 1998, I, p. 190
 sez. unite civ., 1 luglio 1997, n. 5890, in *Mass. giur. it.*, 1997
 sez. unite civ., 21 novembre 1997, n. 11622, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 686
 sez. I civ., 27.8.1998, n. 8535, in *Boll. Trib.*, 1999, p. 1552
 sez. unite civ., 11 novembre, 1998, n. 6069, in *Rass. giur. energia elettr.*, 1989, p. 669
 sez. I civ., 12 novembre 1998, n. 11420, in *Mass. giur. it.*, 1998
 sez. unite civ., 16 novembre 1998, n. 11546, in *Mass. giur. it.*, 1998
 sez. unite civ., 20 febbraio 1999, n. 89, in *Mass. giur. it.*, 1999
 sez. I civ., 1 settembre 1999, n. 9205, in *Mass. Giur. it.*, 1999
 sez. lavoro, 8 settembre 1999, n. 9549, in *Foro it., Rep.*, 1999, voce, *Previdenza sociale*, n. 184
 sez. unite civ., 25 febbraio 2000, n. 46, in *Mass. giur. it.*, 2000
 sez. unite civ., 19 giugno 2000, n. 449, in *Mass. giur. it.*, 2000
 sez. V trib., 18 novembre 2000, n. 14918, in *Mass. giur. it.*, 2000
 sez. V trib., 21 novembre 2000, n. 15050, in *Mass. giur. it.*, 2000
 sez. unite civ., 10 maggio 2001, n. 182, in *Mass. giur. it.*, 2001
 sez. V civ., 11 luglio 2002, n. 10104, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 584
 sez. unite civ., 4 novembre 2002, n. 15439, in *Dir. e giust.*, n. 41/2002, p. 66
 sez. V civ., 1 luglio 2003, n. 10357, in *Arch. civ.*, 2004, p. 697
 sez. I civ., 2 ottobre 2003, n. 14698, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 2867
 sez. unite civ., 23 gennaio 2004, n. 1235, in *Giur. it.*, 2004, p. 1062
 sez. lav., 6 marzo 2004, n. 4616, in *Gius.*, 2004, p. 2880
 sez. unite civ., 18 marzo 2004, n. 5535, in *Mass. giur. it.*, 2004
 sez. unite civ., 1 aprile 2004, n. 6405, in *Mass. giur. it.*, 2004
 sez. I civ., 21 luglio 2004, n. 13505, in *Mass. giur. it.*, 2004
 sez. I civ., 6 dicembre 2005, n. 44403, inedita

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA

26 marzo 1983, Ar. n. 1360
7 maggio 1987, Ar. n. 5241
11 gennaio 1995, Ar. n. 462
28 ottobre 1998, Ar. n. 8354

CORTE SUPREMA DEGLI U.S.A.

Marbury v. Madison 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)
Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)
Rice v. Santa Fé Elevator Corp., 331, U.S. 218 (1947)
Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense, Council, Inc., 467 U.S. 837, 842-43 (1984)

CONSIGLIO DI STATO

ADUNANZA PLENARIA

10 marzo 1978, n. 10, in *Cons. Stato*, 1978, I, p. 344
26 ottobre 1979, n. 25, in *Foro amm.*, 1978, I, p. 1801
5 luglio 1999, n. 18
30 marzo 2000, n. 1
14 febbraio 2001, n. 1, in *Foro it.*, 2001, III, p. 221
14 febbraio 2001, n. 2, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1682
9 gennaio 2002, n. 1, in *Rass. Adv. Stato*, 2002, I, p. 146
15 settembre 2005, n. 7

SEZIONI CONSULTIVE

17 febbraio 1882, in *Foro it.*, 1882, III, p. 89
19 aprile 1907, in *Riv. amm.*, 1907, p. 517
sez. III, 19 gennaio 1935, n. 12, in *Foro amm.*, 1935, I, p. 97
sez. III, 7 dicembre 1937, n. 2765, in *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40*, II, p. 33
sez. II, 16 novembre 1994, n. 1782, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1658
sez. II, 26 aprile 2002, n. 2560/01, in *Giust. amm.*, 2002, p. 887

SEZIONI GIURISDIZIONALI

sez. IV, 15 novembre 1889, in *Foro it.*, 1890, III, p. 63
sez. IV, 4 marzo 1891, in *Foro it.*, 1891, III, p. 49
sez. IV, 8 marzo 1891, in *Foro it.*, 1901, III, p. 73
sez. IV, 11 giugno 1891, in *Foro it.*, 1891, II, p. 97
sez. IV, 11 giugno 1891, in *Foro it.*, 1891, III, p. 91
sez. IV, 17 marzo 1892, n. 72, in *Giust. amm.*, 1892, I, p. 178
sez. IV, 28 luglio 1893, in *Foro it.*, 1893, III, p. 123
sez. IV, 27 aprile 1894, n. 139, in *Giust. amm.*, 1882, II, p. 89
sez. IV, 6 luglio 1894, in *Foro it.*, 1894, III, p. 157

- sez. IV, 8 giugno 1900, n. 262, in *Giust. amm.*, 1900, I, p. 353
sez. IV, 3 novembre 1900, in *Giur. it.*, 1901, III, p. 38
sez. IV, 18 gennaio 1901, in *Giur. it.*, 1901, III, p. 102
sez. IV, 13 maggio 1904, in *Foro it.*, 1904, III, p. 73
sez. IV, 2 dicembre 1905, in *Foro it.*, 1906, III, p. 5
sez. IV, 4 marzo 1910, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, II, p. 239
sez. IV, 1 luglio 1910, in *Foro it.*, 1910, III, p. 297
sez. IV, 13 marzo 1925, n. 386, in *Foro amm.*, 1925, I, p. 143
sez. IV, 4 marzo 1927, n. 113, in *Foro amm.*, 1927, I, p. 218
sez. IV, 21 ottobre 1927, n. 669, in *Foro amm.*, 1927, I, p. 497
sez. IV, 23 giugno 1936, n. 352, in *Foro amm.*, 1937, I, 12
sez. V, 15 luglio 1936, n. 702, in *Foro amm.*, 1937, I, p. 26
sez. IV, 8 giugno 1937, in *Foro amm.*, 1937, II, p. 266
sez. IV, 11 ottobre 1937, in *Foro amm.*, 1937, I, p. 43
sez. V, 22 gennaio 1943, n. 17, in *Foro amm.*, 1943, I, p. 56
sez. V, 20 aprile 1945, n. 11, in *Foro amm.*, 1945, I, p. 7
sez. V, 13 luglio 1945, n. 69
sez. IV, 24 giugno 1947, in *Foro it.*, 1948, III, p. 104
sez. V, 24 giugno 1947, in *Giur. it.*, 1947, III, p. 200
sez. IV, 5 luglio 1947, n. 230, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXIV, 1947, I, 340
sez. V, 23 settembre 1947, n. 415, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, II, p. 558
sez. V, 21 ottobre 1950, n. 1077, in *Riv. amm.*, 1951, p. 112
sez. IV, 20 febbraio 1951, n. 68, in *Cons. Stato*, 1951, I, p. 159
sez. V, 6 luglio 1951, n. 636, in *Cons. Stato*, 1951, I, p. 843
sez. V, 27 ottobre 1951, n. 1537, in *Cons. Stato*, 1951, I, p. 1220
sez. V, 27 settembre 1954, n. 937, in *Cons. Stato.*, 1954, I, p. 880
sez. V, 16 giugno 1956, n. 521, in *Cons. Stato*, 1956, I, p. 726
sez. IV, 4 dicembre 1957, n. 1151, in *Cons. Stato.*, 1957, I, p. 1570
sez. IV, 18 marzo 1980, n. 270, in *Riv. giur. edil.*, 1980, I, p. 604
sez. V, 10 luglio 1981, n. 345, in *Foro amm.*, 1981, I, p. 1628
sez. V, 16 ottobre 1981, n. 452, in *Foro amm.*, 1981, I, p. 1952
sez. VI, 12 gennaio 1982, n. 6, in *Foro amm.*, 1982, I, p. 188
sez. IV, 30 maggio 1982, in *Foro it.*, 1982, III, p. 88
sez. V, 27 giugno 1983, n. 278, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, p. 625
sez. IV, 13 ottobre 1983, n. 714, in *Cons. Stato*, 1983, I, p. 1004
sez. IV, 11 luglio 1984, n. 539, in *Giur. it.*, 1985, III, 1, 5
sez. VI, 30 maggio 1985, n. 247, in *Cons. Stato*, 1985, I, p. 605
sez. VI, 24 aprile 1986, n. 341, in *Cons. Stato*, 1986, I, p. 585
sez. V, 12 settembre 1986, n. 441, in *Cons. Stato*, 1986, I, p. 1207
sez. V, 22 gennaio 1987, n. 16, in *Cons. Stato*, 1987, I, p. 44
sez. VI, 16 febbraio 1987, n. 93, in *Cons. Stato*, 1987, I, p. 113
sez. V, 16 aprile 1987, n. 242, in *Foro amm.*, 1987, p. 1013
sez. IV, 3 giugno 1987, n. 326, in *Foro amm.*, 1987, p. 1353
sez. V, 20 novembre 1987, n. 711, in *Giur. it.*, 1988, III, p. 100
sez. V, 14 febbraio 1989, n. 846, in *Foro amm.*, 1989, p. 3320
sez. VI, 4 marzo 1989, n. 182, in *Cons. Stato*, 1989, I, p. 321
sez. V, 7 aprile 1989, n. 202, in *Foro amm.*, 1989, p. 1002

- sez. V, 24 aprile 1989, n. 220, in *Foro amm.*, 1989, p. 1015
sez. V, 19 luglio 1989, n. 434, in *Foro amm.*, 1989, p. 2057
sez. IV, 9 agosto 1989, n. 507, in *Riv. giur. edil.*, 1989, I, p. 903
sez. V, 28 settembre 1989, n. 572, in *Cons. Stato*, 1989, I, p. 1065
sez. VI, 11 ottobre 1990, n. 891, in *Cons. Stato*, 1990, I, p. 1256
sez. V, 5 luglio 1991, n. 999, in *Cons. Stato*, 1991, I, p. 1159
sez. VI, 2 dicembre 1991, n. 961, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, p. 2180
sez. IV, 17 marzo 1992, n. 293, in *Foro amm.*, 1992, p. 437
sez. V, 19 agosto 1992, n. 748, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2916
sez. IV, 7 ottobre 1992, in *Cons. Stato*, 1992, I, p. 1242
sez. V, 12 novembre 1992, n. 1274, in *Rass. amm. Sanità*, 1992, p. 454
sez. VI, 21 novembre 1992, n. 924, in *Cons. Stato*, 1992, I, p. 1698
sez. V, 13 febbraio 1993, n. 250, in *Riv. giur. edil.*, 1993, I, p. 613
sez. IV, 4 maggio 1993, n. 504, in *Cons. Stato*, 1993, I, 504
sez. V, 2 settembre 1993, n. 857, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 1100
sez. IV, 7 ottobre 1993, n. 850, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 1198
sez. IV, 12 novembre 1993, n. 1001, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 1405
sez. VI, 22 dicembre 1993, n. 1020, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 1682
sez. V, 30 marzo 1994, n. 194, in *Foro amm.*, 1994, p. 468
sez. V, 19 aprile 1994, n. 291, in *Giur. it.*, 1994, III, p. 610
sez. VI, 3 maggio 1994, n. 680, in *Foro amm.*, 1994, p. 1145
sez. V, 29 settembre 1994, n. 1061, in *Cons. Stato*, 1994, I, p. 1231
sez. V, 13 ottobre 1994, n. 1159, in *Cons. Stato*, 1994, I, p. 1357
sez. VI, 18 novembre 1994, n. 1668, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 623
sez. V, 7 settembre 1995, n. 1277, in *App. urb. edil.*, 1996, p. 301
sez. V, 26 settembre 1995, n. 1364, in *Foro amm.*, 1995, p. 1904
sez. IV, 2 gennaio 1996, n. 3, in *Foro amm.*, 1996, p. 53
sez. V, 26 marzo 1996, n. 312, in *Foro amm.*, 1996, p. 910
sez. V, 18 aprile 1996, n. 449, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 614
sez. V, 3 giugno 1996, n. 621, in *Foro amm.*, 1996, p. 1869
sez. VI, 9 agosto 1996, n. 999, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1226
sez. VI, 9 agosto 1996, n. 1000, in *Giur. it.*, 1997, III, p. 224
sez. IV, 8 ottobre 1996, n. 1101, in *Rass. dir. farm.*, 1997, p. 67
sez. IV, 23 novembre 1996, n. 1239, in *Foro amm.*, 1996, p. 1239
sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299
sez. IV, 29 gennaio 1997, n. 67, in *Foro amm.*, 1997, p. 125
sez. IV, 17 febbraio 1997, n. 123, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2644
sez. IV, 17 febbraio 1997, n. 127, in *Giur. it.*, 1997, III, p. 3693
sez. V, 1 aprile 1997, n. 306, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 491
sez. V, 8 aprile 1997, n. 337, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 497
sez. V, 14 aprile 1997, n. 363, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 510
sez. V, 5 giugno 1997, n. 606, in *Giur. it.*, 1997, III, p. 636
sez. VI, 23 settembre 1997, n. 1364, in *Foro amm.*, 1997, p. 2339
sez. V, 24 novembre 1997, n. 1365, in *Foro amm.*, 1997, p. 3053
sez. VI, 19 dicembre 1997, n. 1869, in *Foro amm.*, 1997, p. 3131
sez. VI, 30 gennaio 1998, n. 120, in *Foro it.*, 1999, III, p. 268
sez. V, 13 febbraio 1998, n. 166, in *Foro amm.*, 1998, p. 420

- sez. V, 27 febbraio 1998, n. 219, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 258
sez. IV, 10 marzo 1998, n. 394,
sez. VI, 18 marzo 1998, n. 312,
sez. V, 23 aprile 1998, n. 474, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2363
sez. IV, 18 maggio 1998, n. 836, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 791
sez. VI, 17 giugno 1998, n. 977, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 1030
sez. IV, 25 settembre 1998, n. 569
sez. VI, 8 ottobre 1998, n. 1353
sez. IV, 6 novembre 1998, n. 1448
sez. V, 16 novembre 1998, n. 1615
sez. V, 2 dicembre 1998, n. 1724, in *Foro amm.*, 1998, I, p. 3126
sez. V, 30 dicembre 1998, n. 1968
sez. IV, 16 marzo 1999, n. 278
sez. V, 20 marzo 1999, n. 284
sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601
sez. VI, 14 aprile 1999, n. 433
sez. VI, 6 maggio 1999, n. 597
sez. VI, 6 giugno 1999, n. 597, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 909
sez. V, 11 giugno 1999, n. 439
sez. VI, 14 luglio 1999, n. 948, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 1179
sez. IV, 15 luglio 1999, n. 1245
sez. V, 26 luglio 1999, n. 508
sez. V, 1 ottobre 1999, n. 1238
sez. IV, 4 ottobre 1999, n. 1517
sez. V, 25 ottobre 1999, n. 1708
sez. IV, 4 novembre 1999, n. 1734
sez. VI, 12 gennaio 2000, n. 191
sez. IV, 19 gennaio 2000, n. 248, in *Foro it.*, 2000, III, p. 1
sez. V, 27 gennaio 2000, n. 383, in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 119
sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1814
sez. VI, 20 aprile 2000, n. 2443
sez. VI, 24 maggio 2000, n. 2993
sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3556, in *Foro amm.*, 2000, p. 2144
sez. V, 27 luglio 2000, n. 1765, in *Riv. giur. edil.*, 2000, p. 659
sez. VI, 26 luglio 2000, n. 4162
sez. IV, 26 luglio 2000, n. 4178, in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 707
sez. V., 23 agosto 2000, n. 4572, in *Foro amm.*, 2000, p. 2672
sez. VI, 8 ottobre 2000, n. 5992, in *Foro amm.*, 2000, p. 3634
sez. VI, 11 ottobre 2000, n. 5409
sez. VI, 8 novembre 2000, n. 5992
sez. V, 14 novembre 2000, n. 6104
sez. IV, 4 dicembre 2000, n. 6454
sez. IV, 1 febbraio 2001, n. 386
sez. IV, 8 febbraio 2001, n. 555
sez. VI, 19 febbraio 2001, n. 875
sez. V, 3 marzo 2001, n. 1231
sez. VI, 6 marzo 2001, n. 1271

- sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1381, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 483
sez. V, 3 aprile 2001, n. 1996
sez. IV, 15 maggio 2001, n. 4628, in *Giur. it.*, 2002, p. 854
sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823
sez. V, 1 giugno 2001, n. 2972
sez. V, 27 giugno 2001, n. 3510
sez. IV, 10 luglio 2001, n. 5628
sez. V, 15 settembre 2001, n. 4830
sez. VI, 6 ottobre 2001, n. 5287, in *Foro it.*, 2002, III, c. 414
sez. V, 21 gennaio 2002, n. 343
sez. IV, 6 febbraio 2002, n. 659, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 363
sez. VI, 14 febbraio 2002, n. 875, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 307
sez. V, 18 marzo 2002, n. 1562, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 591
sez. V, 19 marzo 2002, n. 5667
sez. IV, 27 marzo 2002, n. 1742
sez. V, 4 aprile 2002, n. 1857
sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, c. 482 ss.
sez. VI, 26 aprile 2002, n. 2253, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 1018
sez. VI, 30 aprile 2002, n. 2320, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2002, p. 481
sez. VI, 5 febbraio 2002 (camera di consiglio), n. 2636
sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2984, in *Giust. amm.*, 2002, p. 506
sez. V, 10 giugno 2002, n. 3200
sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338
sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4429
sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4454
sez. IV, 30 settembre 2002, n. 5003
sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156
sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5157
sez. VI, 16 ottobre 2002, n. 5640
sez. IV, 23 novembre 2002, n. 6440
sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6693
sez. V, 20 gennaio 2003, n. 178
sez. V, 25 gennaio 2003, n. 344
sez. V, 14 febbraio 2003, n. 811
sez. VI, 19 febbraio 2003, n. 939
sez. IV, 5 maggio 2003, n. 1785
sez. VI, 20 maggio 2003, n. 6617
sez. VI, 10 giugno 2003, n. 7841
sez. V, 3 ottobre 2003, n. 5744, in *Risorse umane*, 2003, p. 836
sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5885
sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 393
sez. IV, 17 febbraio 2004, n. 5223
sez. IV, 2 marzo 2004, n. 926
sez. VI, 2 marzo 2004, n. 5069
sez. VI, 30 marzo 2004, n. 3484
sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3355 (ord.)
sez. VI, 25 maggio 2005, n. 2645

sez. IV, 14 giugno 2005, n. 3124
sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3412
sez. V, 15 luglio 2005, n. 3804
sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916
sez. IV, 25 luglio 2005, n. 3929
sez. VI, 26 luglio 2005, n. 3977
sez. VI, 5 agosto 2005, n. 4156
sez. VI, 5 settembre 2005, n. 4524
sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4836
sez. VI, 21 settembre 2005, n. 4903
sez. VI, 20 ottobre 2005, n. 5920
sez. VI, 26 ottobre 2005, n. 5969
sez. VI, 8 novembre 2005, n. 6204
sez. VI, 8 novembre 2005, n. 6220
sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6350
sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6352
sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6369
sez. IV, 21 novembre 2005, n. 6464
sez. VI, 10 febbraio 2006 (camera di consiglio), n. 1271
sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247, in *Foro Amm. (II)* 2014, 4, 1058
sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385
sez. IV, 7 giugno 2023, n. 5592

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIA

SEZIONI GIURISDIZIONALI

21 ottobre 1983, n. 116, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1983, II, p. 298
6 maggio 1992, n. 112, in *Giur. amm. Sic.*, 1992, p. 298
20 aprile 1998, n. 242
18 novembre 1998, n. 670
15 novembre 2001, n. 601
3 marzo 2003, n. 62

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

ABRUZZO

L'Aquila

6 luglio 2005, n. 560
30 luglio 2005, n. 667

Pescara

5 giugno 1986, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1986, p. 1812
13 settembre 1990, in *P.Q.M.*, n. 3/1990, p. 100
14 aprile 2005, n. 132

BASILICATA

23 marzo 1998, n. 79
20 marzo 2000, n. 147
23 maggio 2005, n. 430

CALABRIA

Catanzaro

22 novembre 1995, n. 1012, in *T.A.R.*, 1996, I, p. 349
17 dicembre 1996, n. 900, in *T.A.R.*, 1997, I, p. 753
16 febbraio 1998, n. 131, in *Foro amm.*, 1998, p. 2884
26 giugno 2001, n. 1050, in *Foro amm.*, 2001
sez. I, 28 novembre 2005, n. 2253

Reggio Calabria

9 aprile 1998, n. 420
30 dicembre 1999, n. 2042
24 novembre 2005, n. 2086

CAMPANIA

Napoli

sez. I, 21 luglio 1993, n. 274, in *Foro amm.*, 1994, p. 655
sez. II, 4 novembre 1994, n. 615, in *T.A.R.*, 1995, I, p. 1852
sez. III, 26 aprile 1995, n. 194, in *T.A.R.*, 1995, I, p. 3195
sez. III, 17 luglio 1995, n. 531, in *Foro amm.*, 1996, p. 1039
sez. II, 10 giugno 1997, n. 1504, in *Foro amm.*, 1998, p. 921
sez. IV, 25 febbraio 1998, n. 707, in *Ragiusan*, 1999, f. 181-2, 312
1 ottobre 1998, n. 3031, in *Ragiusan*, 1999, f.185, 152
sez. III, 24 febbraio 1999, n. 530
sez. V, 23 novembre 1999, n. 246
sez. III, 12 ottobre 2001, n. 4553
sez. IV, 3 dicembre 2001, n. 5185
sez. IV, 4 gennaio 2002, n. 80
sez. I, 11 febbraio 2002, n. 792
sez. III, 4 aprile 2002, n. 1868
sez. V, 10 luglio 2002, n. 4014
sez. III, 11 luglio 2002, n. 401
sez. I, 12 giugno 2003, n. 7540
sez. I, 1 marzo 2005, n. 3751
sez. IV, 23 marzo 2005, n. 3780, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2005, p. 1070 ss.
sez. II, 5 maggio 2005, n. 5571
sez. I, 18 maggio 2005, n. 7817
sez. IV, 23 maggio 2005, n. 3780
sez. V, 9 giugno 2005, n. 10415
sez. III, 16 giugno 2005, n. 9375
sez. VII, 29 giugno 2005, n. 9368

sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 16816
sez. II, 20 ottobre 2005, n. 17823

Salerno

10 luglio 1997, n. 422, in *T.A.R.*, 1997, I, p. 3322
1 dicembre 1997, n. 711, in *Foro amm.*, 1998, I, p. 1896
sez. I, 20 gennaio 2003, n. 31
sez. I, 24 marzo 2005, n. 772
sez. II, 31 marzo 2005, n. 1905
sez. I, 21 aprile 2005, n. 1473

EMILIA ROMAGNA

Bologna

sez. I, 23 febbraio 1995, n. 110, in *T.A.R.*, 1995, I, p. 1722
sez. II, 5 aprile 1996, n. 96, in *T.A.R.*, 1996, I, p. 1940
sez. I, 10 febbraio 1999, n. 62, in *T.A.R.*, 1999, I, p. 1392
sez. I, 21 giugno 2000, n. 636, in *Foro amm.*, 2001, p. 689
sez. II, 25 maggio 2005, n. 765
sez. I, 10 novembre 2005, n. 1621

Parma

19 aprile 2005, n. 247

FRIULI VENEZIA GIULIA

14 gennaio 1981, n. 8, in *T.A.R.*, 1981, I, p. 945
18 ottobre 2005, n. 805

LAZIO

Latina

6 marzo 1995, n. 225, in *Foro amm.*, 1995, p. 2374
24 agosto 1998, n. 664
10 giugno 2005, n. 534

Roma

sez. I, 27 febbraio 1980, n. 203, in *Foro it.*, 1981, III, c. 40
sez. III, 11 dicembre 1986, n. 2330, in *T.A.R.*, 1986, I, p. 2963
sez. II, 14 ottobre 1988, n. 1247, in *T.A.R.*, 1988, I, p. 3254
sez. II, 16 dicembre 1988, n. 1702, in *Foro amm.*, 1989, p. 2857
sez. I, 3 aprile 1996, n. 567, in *T.A.R.*, 1996, I, p. 1694
sez. I, 17 febbraio 1997, n. 304, in *Foro amm.*, 1997, p. 2430
sez. III, 17 giugno 1998, n. 1405, in *Temì Romana*, 1998, p. 947
sez. II, 31 gennaio 2001, n. 782
sez. II, 21 settembre 2001, n. 7714
sez. I, 7 novembre 2001 (camera di consiglio), n. 398/2002
sez. III, 15 gennaio 2003

sez. I, 6 febbraio 2003, n. 750
sez. II *bis*, 12 maggio 2005, n. 7308
sez. I *quater*, 6 giugno 2005, n. 6358
sez. II *ter*, 4 luglio 2005, n. 9804
sez. III *bis*, 18 luglio 2005, n. 9274
sez. II, 26 ottobre 2005, n. 11337
sez. I *bis*, 31 ottobre 2005, n. 12376
sez. III *ter*, 3 novembre 2005, n. 12004
sez. I *ter*, 10 novembre 2005, n. 12775

LIGURIA

sez. II, 2 settembre 1995, n. 363, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1996, p. 1509
sez. I, 7 marzo 1997, n. 97, in *Foro amm.*, 1998, p. 154
sez. II, 25 giugno 2005, n. 976
sez. I, 7 luglio 2005, n. 1026

LOMBARDIA

Brescia

29 aprile 1995, n. 404, in *Riv. giur. edil.*, 1996, I, p. 191
11 ottobre 2004, n. 1266
23 maggio 2005, n. 554

Milano

18 novembre 1981, n. 1399, in *T.A.R.*, 1982, I, p. 125
sez. III, 3 febbraio 1986, n. 49, in *Foro amm.*, 1986, p. 1443
sez. III, 12 dicembre 1994, n. 844, in *T.A.R.*, 1995, I, p. 547
sez. III, 1 dicembre 1998, n. 2793, in *T.A.R.*, 1999, I, p. 495
sez. I, 1 settembre 1999, n. 9205, in *Mass. giur. it.*, 1999
sez. III, 12 maggio 2005, n. 1158
sez. II, 24 maggio 2005, n. 3351
sez. IV, 6 ottobre 2005, n. 3954
sez. I, 9 novembre 2005, n. 4789

MARCHE

1 agosto 2005, n. 949

MOLISE

4 febbraio 1992, n. 8, in *T.A.R.*, 1992, I, p. 1592
6 giugno 2003, n. 487
16 marzo 2005, n. 447

PIEMONTE

sez. I, 10 luglio 2002, n. 1405
sez. I, 29 aprile 2004, n. 550
sez. I, 11 maggio 2004, n. 813

sez. I, 21 luglio 2005, n. 2596
sez. II, 22 ottobre 2005, n. 3278

PUGLIA

Bari

sez. I, 4 maggio 1994, n. 934, in *T.A.R.*, 1994, I, p. 2796
sez. I, 27 maggio 1995, n. 574, in *Foro amm.*, 1995, p. 2816
sez. I, 13 settembre 1995, n. 790, in *Foro amm.*, 1996, p. 1693
sez. II, 22 giugno 1996, n. 387, in *T.A.R.*, 1996, I, p. 4316
sez. I, 15 settembre 1997, n. 546, in *Ragiusan*, 1998, n. 168, p. 35
sez. II, 18 marzo 2002, n. 1512
sez. II, 21 maggio 2002, n. 2635
sez. II, 26 novembre 2002, n. 5145, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, p. 3751
sez. III, 7 febbraio 2003, n. 634
sez. III, 25 marzo 2005, n. 1332
sez. II, 6 maggio 2005, n. 1974

Lecce

sez. II, 12 agosto 1997, n. 416, in *T.A.R.*, 1997, I, p. 3781
sez. II, 1 dicembre 2001, n. 7645
sez. III, 9 settembre 2005, n. 4207

SARDEGNA

13 gennaio 1996, n. 36, in *T.A.R.*, 1996, I, p. 1124
5 maggio 1997, n. 563, in *T.A.R.*, 1997, I, p. 2868
13 marzo 1998, n. 199, in *Rass. giur. farm.*, n. 46/1998, p. 64
sez. II, 20 giugno 2005, n. 1435

SICILIA

Catania

28 marzo 1980, n. 346, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1980, II, p. 102
sez. I, 12 maggio 1989, n. 621, in *Giur. amm. Sic.*, 1989, p. 389
sez. I, 1 marzo 1991, n. 116, in *Giur. amm. Sic.*, 1991, p. 86
3 maggio 1995, n. 1267, in *T.A.R.*, 1995, I, p. 3369
sez. III, 21 aprile 2005, n. 716
sez. II, 30 ottobre 2005, n. 1525
sez. II, 6 ottobre 2005, n. 1561
sez. I, 17 ottobre 2005, n. 1724

Palermo

sez. I, 16 maggio 1991, n. 359, in *Giur. amm. Sic.*, 1991, p. 293
sez. I, 16 giugno 1996, n. 588, in *Foro amm.*, 1996, p. 1057
sez. I, 25 settembre 1996, n. 1153, in *Giust. amm. Sic.*, 1996, p. 221
sez. II, 30 novembre 1996, n. 1730, in *Foro amm.*, 1997, p. 1820
sez. I, 13 gennaio 1997, n. 17, in *Giur. it.*, 1997, III, p. 488

sez. II, 28 gennaio 1998, n. 74, in *Giust. amm. Sic.*, 1998, p. 178
sez. I, 17 luglio 1998, n. 1532, in *Giust. amm. Sic.*, 1998, p. 809
sez. I, 24 giugno 2004, n. 2107
sez. II, 17 ottobre 2005, n. 941
sez. I, 12 settembre 2005, n. 1463
sez. III, 13 settembre 2005, n. 1537
sez. I, 28 settembre 2005, n. 1643

TOSCANA

13 aprile 1984, n. 193, in *T.A.R.*, 1984, I, p. 1742
sez. I, 3 marzo 1993, n. 207, in *T.A.R.*, 1993, I, p. 1932
sez. I, 1 luglio 1994, n. 416, in *Foro amm.*, 1994, p. 2485
sez. III, 27.12.1994, n. 439, in *T.A.R.*, 1995, I, p. 680
sez. I, 3 novembre 1997, n. 475, in *T.A.R.*, 1998, I, p. 170
sez. III, 19 marzo 1999, n. 42
sez. I, 28 ottobre 1999, n. 870
sez. I, 20 dicembre 1999, n. 1114, in *Foro amm.*, 2000, p. 2298
sez. III, 18 dicembre 2001, n. 2025

TRENTINO ALTO ADIGE

Bolzano

30 dicembre 1996, n. 378, in *T.A.R.*, 1997, I, p. 535

Trento

2 luglio 1999, n. 222
31 maggio 2005, n. 164

UMBRIA

11 giugno 1980, n. 12, in *T.A.R.*, 1980, I, p. 3245
6 marzo 1998, n. 193
9 marzo 2005, n. 258

VENETO

22 aprile 1982, n. 293, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1982, II, p. 383
sez. II, 14 febbraio 1992, n. 299, in *Comm. Trib. centr.*, 1992, II, p. 1402
sez. II, 14 aprile 1992, n. 299, in *Comm. Trib. centr.*, 1992, II, p. 1402
sez. II, 16 dicembre 1997, n. 1754, in *Ragiusan*, n. 169/1998, p. 143
sez. II, 9 marzo 1999, n. 319
sez. III, 11 giugno 2001, n. 1454
sez. I, 5 ottobre 2002, n. 5983
sez. II, 23 marzo 2005, n. 1528
sez. I, 3 febbraio 2005, n. 2020
sez. III, 8 giugno 2005, n. 2427

COSTITUZIONE E AMMINISTRAZIONE

Studi di diritto pubblico raccolti da

VINCENZO CERULLI IRELLI

Volumi pubblicati

1. VINCENZO CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione*, 2022, pp. XVIII-398.
2. LUCA DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, 2005, pp. X-246.
3. STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, II edizione, 2024, pp. XVI-520.
4. NICCOLÒ PECCHIOLI, *Incoraggiamento del risparmio e responsabilità delle autorità di vigilanza*, Prefazione di V. Cerulli Irelli, 2007, pp. XVI-288.
5. VINCENZO CERULLI IRELLI-LUCA DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, 2009, pp. XXVI-558.
6. LUCA DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo. Saggio sul pluralismo amministrativo*, 2009, pp. XVI-264.
7. FABRIZIO LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Prefazione di A. Romano Tassone, 2010, pp. XX-204.
8. ALFONSO MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, 2011, pp. XVIII-146.
9. ANDREA CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, 2012, pp. XIV-354.
10. ANDREA CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, 2016, pp. X-350.
11. STEFANO VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Prefazione di G. Pastori, 2017, pp. XVIII-390.
12. STEFANO VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Prefazione di V. Cerulli Irelli, 2018, pp. XVI-392.

13. VINCENZO CERULLI IRELLI-DILETTA COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico (ordinamenti a confronto)*, 2018, pp. VI-138.
14. DAVIDE PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, 2022, pp. XVIII-574.
15. GIUSEPPE CARLO RICCIARDI, *Territorio e governo locale. L'esperienza francese tra uniformità e differenziazione*, 2022, pp. XII-414.

Volume speciale

- AA.VV. *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, 2021, pp. XII-1316 (Due Tomi indivisibili).