
Michele Trimarchi

La validità del provvedimento amministrativo

Profili di teoria generale

collana diretta da

Marcello Clarich
Aurelio Gentili
Fausto Giunta
Mario Jori
Michele Taruffo

JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

discipline pubblicistiche

Edizioni ETS



Le reazioni predisposte dall'ordinamento giuridico all'invalidità del provvedimento amministrativo sono da sempre all'attenzione della dottrina. Lo stesso non può dirsi per la validità, una categoria da cui la teoria del provvedimento – e, più in generale, la dogmatica giuridica contemporanea – tende invero a prescindere. Tra le analisi dei giuristi, tutte spostate sul terreno dei rimedi alla difformità degli atti giuridici rispetto al paradigma normativo di riferimento, e le posizioni assunte dai filosofi del diritto in materia di validità si è così venuta a creare una notevole frattura. Nella prima parte dello studio se ne tenta una parziale ricomposizione, prospettando tesi che nella seconda parte si rivelano utili ad affrontare alcune delle questioni più attuali relative al regime del provvedimento amministrativo.

€ 28,00

ISBN 978-884673761-8



JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

filosofia del diritto
discipline penalistiche - Criminalia
discipline civilistiche
discipline pubblicistiche

TESTI

CLASSICI

Comitato scientifico

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

Michele Trimarchi

La validità
del provvedimento amministrativo

Profili di teoria generale



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

Volume pubblicato a seguito del giudizio favorevole di due revisori

Volume pubblicato con il contributo dell'Università LUISS Guido Carli, Roma.

© Copyright 2013

EDIZIONI ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

PDE, Via Tevere 54, I-50019 Sesto Fiorentino [Firenze]

ISBN 978-884673761-8

La validità del provvedimento amministrativo

Profili di teoria generale

INDICE SOMMARIO

<i>Premessa</i>	13
 Prima Parte Capitolo I <i>Il concetto di validità</i>	
	21
1. Validità: una nozione controversa e problematica	21
2. Validità: un concetto di relazione. Concezione della validità e concezione dell'ordinamento. Una prima definizione: la validità <i>riguarda</i> l'esistenza della norma nell'ordinamento	23
3. Il concetto di ordinamento giuridico	28
3.1. Crisi e persistenza dell'ordinamento come problema	28
3.2. L'ordinamento come insieme di norme	32
3.3. L'ordinamento come insieme di valori	38
4. Validità come modo di esistenza rispetto alle norme e rispetto ai valori: validità assiologica e validità formale	47
5. La validità assiologica	48
5.1. La norma come giudizio di valore nella teoria della dinamica giuridica	48
5.2. Le condizioni di giustificazione della norma in rapporto ai valori	56
6. La validità formale	61
6.1. Meta-norme e valori	61
6.2. Norme sulla produzione e validità formale	63
6.3. Validità formale <i>stricto sensu</i> e validità formale-sostanziale	67
7. Validità e fatti giuridici	69
7.1. Eventi e comportamenti	69
7.2. La validità come predicato dei soli comportamenti programmatici	74
7.3. Comportamenti programmatici normativi e non normativi. Riflessi sulla validità assiologica	75
8. Conclusioni	79

Capitolo II		
<i>(In)validità e (in)efficacia</i>		81
1. I rapporti tra invalidità e (in)efficacia secondo la logica della perfezione della fattispecie. Critica		81
1.1. Concezione “effettuale” e concezione “causale” dell’invalidità		81
1.2. Il paradosso dell’atto difforme ma efficace. L’invalidità (annullabilità e, poi, anche nullità) come qualificazione non opposta ma diversa dalla validità. La “volatilizzazione” dell’(in)validità		83
2. I tentativi di recupero dell’invalidità. Critica		88
2.1. L’invalidità come reazione agli atti imperfetti		88
2.2. L’(in)validità come (mancata) legittimazione agli effetti dell’atto rilevante		90
3. Il comportamento programmatico tra costitutività della fattispecie e costitutività degli effetti		92
3.1. Posizione del problema e sua rilevanza per i rapporti tra invalidità ed inefficacia		92
3.2. Il comportamento programmatico come atto costitutivo della fattispecie: i fondamenti della “logica della perfezione”. Critica		93
3.3. Il comportamento programmatico come atto costitutivo dei propri effetti e il superamento della “logica della perfezione”. Limiti entro i quali si aderisce a questa tesi		99
4. La parziale conformità al paradigma di validità come condizione di efficacia		104
5. Il riconoscimento come condizione di efficacia del comportamento programmatico		105
6. La rottura del nesso eziologico tra (in)validità e (in)efficacia. Validità e riferibilità come modi di esistere del comportamento programmatico nell’ordinamento		109
7. La logica dei rimedi		113
7.1. Invalidità e rimedi		113
7.2. Conflitti sulla riferibilità e rimedi		116

Seconda Parte

Capitolo I		
<i>Provvedimento e validità</i>		121
1. Il provvedimento come fatto giuridico		121
1.1. Il provvedimento come comportamento programmatico		121
1.2. Il provvedimento (discrezionale e vincolato) come atto costitutivo dei propri effetti		122
2. Provvedimento amministrativo e validità		129

Capitolo II	
<i>Validità assiologica del provvedimento</i>	139
1. Il “contesto assiologico”	139
2. Considerazioni introduttive sul processo decisionale. La distinzione tra giudizio di rilevanza e giudizio di efficacia	146
3. Giudizio di rilevanza sui fatti parziali, giudizio di rilevanza sul problema amministrativo, giudizio di efficacia: i condizionamenti assiologici e i riflessi sulla validità del provvedimento	152
4. Osservazioni conclusive (sulla validità assiologica; sull’inesistenza del merito come “zona franca” dal diritto; sul c.d. carattere vincolato della decisione, originario o sopravvenuto)	164
 Capitolo III	
<i>Validità formale del provvedimento</i>	169
1. La “frantumazione” del paradigma normativo e la sua critica	169
1.1. La distinzione tra norme giuridiche e norme non giuridiche, provvedimento (il)legittimo e provvedimento (in)opportuno	169
1.2. La distinzione tra norme di azione e norme di relazione, provvedimento illegittimo e provvedimento illecito. Critica: tutte le norme che compongono il paradigma sono norme di validità	178
2. Struttura del paradigma normativo e validità formale del provvedimento	187
2.1. Validità formale <i>stricto sensu</i> e validità sostanziale	187
2.2. I vincoli di validità indiretti. Relatività della distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali	190
2.3. Il problema della fonte della norma sulla produzione	193
2.4. Le norme sulla produzione tra regole, principi e clausole generali	201
 Capitolo IV	
<i>La validità tra funzione e rapporto</i>	213
1. La validità nella “logica della legittimità”: l’interesse pubblico come limite del potere	213
2. La validità nella “logica del rapporto”: le situazioni giuridiche soggettive come limite del potere	225
3. Profili ricostruttivi	230
3.1. Una precisazione metodologica	230
3.2. Validità e interesse pubblico	231
3.3. Validità e situazioni giuridiche soggettive	234

Capitolo V		
<i>(In)validità e (in)efficacia del provvedimento</i>		253
1. L'assetto dei rapporti tra invalidità ed inefficacia del provvedimento amministrativo e la sua critica		253
1.1. L'efficacia malgrado l'invalidità		253
1.2. L'inefficacia da invalidità		265
2. Una proposta ricostruttiva		282
2.1. La riferibilità come presupposto della efficacia. Rottura del nesso eziologico tra invalidità e inefficacia		282
2.2. Il fondamento extra-normativo del potere amministrativo. Potere e potere legale		284
2.3. Riferibilità e legittimazione. Linee di una rilettura dell'imperatività		293
3. Problemi e rimedi.		299
 <i>Indice degli Autori</i>		 307

PREMESSA

Una profonda “crisi” attraversa oggi la categoria della validità: presso i giuristi in generale, e nel settore del diritto amministrativo in particolare.

L’alternarsi di momenti di fulgore a periodi di decadenza è un fatto fisiologico nelle vicende dei concetti giuridici, trattandosi di creazioni dell’uomo che vivono nella realtà della storia.

Ma la “crisi” che riguarda la validità presenta caratteri peculiari: non dipende da fattori ideologici, diversamente dalle “crisi” del negozio giuridico e – in una certa misura – del soggetto, né da fattori “di sistema”, ossia dall’incapacità di tradurre in termini concettuali valori emergenti negli ordinamenti contemporanei.

È una crisi silenziosa, che si traduce nell’atteggiamento di disinteresse assunto dalla dogmatica con riguardo alla categoria. L’attenzione è tutta concentrata sull’invalidità, concepita (non tanto come il doppio negativo della validità quanto) come la figura di genere che riunisce le forme di reazione agli atti giuridici difformi dal modello; ad occuparsi della validità sono così rimasti quasi esclusivamente i filosofi del diritto.

Tale disinteresse è spiegato, almeno in parte, dall’immagine che la giurisprudenza ha di sé stessa.

In primo luogo, quella di una scienza a propensione induttivistica che muove dal materiale empirico, rappresentato dal diritto positivo, per risalire, tramite astrazione, ai concetti (che servono, a loro volta, a sistematizzare e ordinare il dato). Questo fattore metodologico, unito alla circostanza che il diritto positivo pone all’immediata attenzione dell’interprete non il tema della validità degli atti giuridici ma quello delle reazioni a fronte delle anomalie della fattispecie, induce la dogmatica giuridica a concentrarsi sull’invalidità e a concepire la validità tutt’al più in termini residuali, come qualificazione che spetta all’atto che non è nullo né annullabile.

In secondo luogo, l’immagine di una scienza pratica, che bada cioè a risolvere i problemi della vita: tra i quali, com’è ovvio, non vi è quello di definire in modo rigoroso il concetto della validità giuridica.

Ai fattori metodologici della crisi se ne sommano altri, più propriamente teorici, che emergeranno nel corso della ricerca. In questa sede merita segnalarne in particolare uno. Ossia che, identificata nello stato di conformità della norma o dell’atto al suo paradigma – secondo la concezione largamente più diffusa –, la validità non sembra presentare aspetti di particolare complessità e problematicità. Il che può spiegare, se non giustificare, la scarsa propensione della dottrina a occuparsene.

Se in altri settori dell'ordinamento la crisi della validità è presente ma silenziosa, in diritto amministrativo è, almeno talvolta, limpidamente dichiarata: pertanto, se ne possono individuare con maggiore facilità le ragioni specifiche. A livello di prima approssimazione, si può osservare che esse derivano tutte dalla "specialità" del provvedimento amministrativo rispetto alla figura dogmatica nel cui contesto la teoria della validità è stata elaborata, ossia il negozio giuridico di diritto privato. Sarebbe cioè l'irriducibile differenza intercorrente tra un tipo di atto consegnato ai soggetti per regolare i propri interessi entro le forme richieste dall'ordinamento e un tipo di atto affidato all'amministrazione, sotto il vincolo del principio di legalità, per realizzare gli interessi pubblici, a non consentire l'esportazione della teoria della validità, elaborata a proposito del primo, nell'alveo del secondo.

La ricerca che si introduce è animata e percorsa dalla convinzione che non sia opportuno assecondare la deriva rimozionista, né sul piano generale né con riguardo al provvedimento amministrativo.

La ritrosia della dogmatica giuridica in tema di validità ha infatti determinato una poco sostenibile frattura tra le proposizioni dei filosofi, derivanti per lo più dalla concezione del diritto di volta in volta formulata o accolta, e quelle dei giuristi, tutte spostate sul terreno dei rimedi all'invalidità.

In questo lavoro si tenta dunque di ricomporre tale frattura, nella consapevolezza della differenza fondamentale che intercorre tra la posizione di (e i vincoli che gravano su) chi si occupa della validità giuridica a livello filosofico e chi si prefigge il più modesto obiettivo di costruire un ponte tra teoria e pratica del diritto. Il primo deduce la propria concezione della validità dalla propria concezione del diritto: e si distinguono così, per fare alcuni esempi, la validità del normativista, la validità del giusnaturalista o la validità del realista. Il secondo ha un minore obbligo di fedeltà nei confronti di un paradigma concettuale, ma ha la necessità di commisurare le proprie affermazioni alla realtà dell'ordinamento.

Non è in ragione di un facile sincretismo metodologico, dunque, che nel corso del lavoro ci si è permessi di proporre soluzioni talvolta spurie, di operare commistioni al limite dell'eterodossia tra suggestioni provenienti da indirizzi teorici o filosofici tra loro molto diversi e talvolta concorrenti. Ciò è piuttosto dipeso dall'aver utilizzato come bussola della ricerca – o, se si vuole, come sua idea regolativa – non una "filosofia del diritto" ma l'ordinamento giuridico, colto nella duplice dimensione assiologica e normativa.

Ne è derivato il rifiuto di irretire il problema della validità in quello della conformità (che ne rappresenta solo una parte, da identificare con la validità formale) e l'esigenza di tenerne in considerazione la dimensione assiologica: la quale, però, essendo i valori in gioco entità appartenenti all'ordinamento giuridico – e non punti di riferimento esterni ad esso – non si confonde con grandezze quali la giustizia o l'effettività.

All'estensione della validità oltre i confini della logica della conformità è corrisposta, peraltro, la sua delimitazione sul versante dell'efficacia, ottenuta tramite la

riconduzione di quest'ultima al tema del riconoscimento sociale del diritto.

Concepita come categoria di teoria generale, la validità non è espressione dei valori dell'autonomia privata e interessa tutti gli atti precettivi, tra i quali non fa eccezione il provvedimento amministrativo.

La dottrina amministrativistica, d'altronde, pur in modo non sempre dichiarato, si è spesso dedicata al tema della validità del provvedimento. Lo ha fatto, sotto diversi angoli concettuali, quando ne ha scomposto la struttura in una pluralità di elementi, quando ha analizzato la portata del principio di legalità, quando ne ha affermato il superamento e ha abbracciato logiche efficientistiche, quando ha costruito i concetti di legittimità e di merito e i relativi vizi, quando si è soffermata sui limiti giuridici della discrezionalità amministrativa e persino quando si è occupata delle situazioni giuridiche del cittadino a fronte degli atti dell'amministrazione.

Ad uno studio sulla validità del provvedimento amministrativo, dunque, non è richiesto tanto di inoltrarsi in una "foresta vergine", quanto di ricomporre un mosaico frammentato, di raccoglierne i tasselli fondamentali e di innestarli in un quadro teorico consolidato che trascende i limiti della teoria del provvedimento, distinguendo rigorosamente i profili che attengono propriamente alla validità, da quelli, logicamente successivi e assiologicamente dipendenti, che ineriscono al regime delle reazioni dell'ordinamento a fronte dell'invalidità (intesa come mancanza di validità).

Da una operazione di questo tipo deriva non già, come potrebbe a prima vista sospettarsi, la sovrapposizione di diverse strutture concettuali, e dunque una complessiva complicazione del quadro di riferimento, quanto una notevole semplificazione dei concetti in campo ed un invito alla radicalizzazione del linguaggio.

Si è ritenuto che la ricerca, per la sua posizione di mediazione tra teoria e prassi, dovesse essere divisa in due parti. La prima è dedicata alla teoria della validità e ai rapporti tra l'(in)validità e l'(in)efficacia degli atti giuridici in generale. La seconda è dedicata invece alla validità del provvedimento amministrativo.

Tra le due parti tuttavia non sussiste soluzione di continuità, dal momento che la seconda costituisce una integrazione e specificazione della prima con riferimento al provvedimento amministrativo.

La connessione emerge in primo luogo a livello metodologico, nel senso che i risultati conseguiti nella prima parte della ricerca sono stati utilizzati in seguito come criteri ordinatori del frammentato dibattito intorno ai problemi specifici della validità del provvedimento e, conclusivamente, come criteri di valutazione delle diverse posizioni espresse dalla dottrina.

Ma anche sul piano della struttura e dell'organizzazione la seconda parte è debitrice dei risultati conseguiti nella prima.

Non è inutile in questa sede dar conto di ciò, cominciando con l'osservare che le considerazioni che aprono la seconda parte, relative all'inquadramento del provvedimento amministrativo tra i fatti giuridici e alla possibilità/opportunità di formulare una teoria generale della validità del medesimo, rappresentano l'ideale prosecuzione

della delimitazione dell'ambito della validità in rapporto ai fatti giuridici in generale, così come operata nella prima parte.

Nel secondo e nel terzo capitolo della seconda parte i problemi connessi alla validità del provvedimento amministrativo vengono ordinati secondo la dicotomia, tracciata in sede di teoria generale, tra validità assiologica e validità formale. Questo approccio ha consentito di guadagnare una prospettiva di ampio respiro, imponendo tra l'altro la rilettura di alcuni aspetti della teoria del provvedimento amministrativo ritenuti tradizionalmente indipendenti dalla tematica della validità.

Il quarto capitolo della seconda parte, in cui è affrontata in termini critici la questione se la validità del provvedimento coincide con la sua idoneità a realizzare l'interesse pubblico ovvero si esprime nel rispetto delle situazioni soggettive coinvolte nel rapporto amministrativo, sviluppa interrogativi specifici del diritto amministrativo autoritativo. Ma le direttrici teoriche individuate nella prima parte del lavoro riemergono in sede ricostruttiva, dove la dimensione assiologica e quella formale della validità si rivelano strumenti utili a prendere posizione nel dibattito e a tentare una mediazione tra concezioni che, per quanto contrapposte, paiono contenere tutte nuclei di "verità".

Il quinto capitolo della seconda parte è dedicato ai rapporti tra (in)validità ed (in)efficacia. Alla luce di quanto emerso nella prima parte della ricerca, si è evitato di utilizzare paradigmi concettuali consolidati, come ad esempio la distinzione tra nullità e annullabilità, per dedurre meccanicamente da essi conseguenze in ordine all'efficacia del provvedimento invalido. Al contrario, si è provato, per un verso, a storicizzare le categorie e, per altro verso, a non perdere mai di vista la configurazione generale data nella prima parte del lavoro ai rapporti tra (in)validità ed (in)efficacia.

In conclusione, come questi brevi cenni consentono di notare, la seconda parte del lavoro è stata concepita nel modo che è parso più utile a mettere a frutto i risultati conseguiti nella prima. Ciò spiega, e forse in parte giustifica, l'omessa trattazione di taluni profili specifici della validità del provvedimento amministrativo. Questa è infatti la conseguenza della scelta metodologica di privilegiare l'unità e la compattezza della trattazione, eventualmente a discapito della sua esaustività; si ritiene, peraltro, che i paradigmi concettuali proposti possono tornare utili per l'impostazione di almeno alcune delle questioni specifiche di cui si è omessa la trattazione.

La convinzione che la prospettazione di masse problematiche informi, all'interno delle quali le singole questioni non sono accuratamente distinte e ordinate, osti ad un effettivo approfondimento dei temi ha imposto di tenere nella massima considerazione lungo tutto il corso della ricerca l'esigenza analitica.

L'insistenza su distinzioni e classificazioni che alle volte potrebbero apparire pedanti non dipende dunque dal desiderio di proporre nuovi dogmi quanto dalla necessità di esporre ordinatamente i problemi, evitando sovrapposizioni, e di elaborare proposte ricostruttive il più possibile adeguate.

L'adozione del metodo analitico, imponendo l'utilizzo di strumenti esplicativi il più

possibile neutrali e idonei a ridurre il livello di distorsione della realtà implicito nell'astrazione, ha inoltre consentito di espungere dalle argomentazioni considerazioni di tipo prescrittivo.

Tanto più complesse si facevano le tematiche da affrontare, tanto più necessario è parso utilizzare il Rasoio di Occam.

Il lavoro non tiene probabilmente nella dovuta considerazione il punto di vista dell'ermeneutica giuridica e della teoria discorsiva del diritto, che pur hanno detto molto e molto hanno da dire sui temi oggetto dell'indagine. Si tratta di una scelta imposta dalla circostanza che questi indirizzi teorici, più che proporre una revisione o un aggiornamento della teoria della validità come tradizionalmente concepita e praticata da filosofi e giuristi, tendono a negare l'utilità concettuale della stessa categoria, considerata come una delle principali espressioni della grande mistificazione positivista, ossia dell'idea che le norme preesistano all'interpretazione e che, come tali, possano essere oggetto di qualificazioni rispetto all'ordinamento.

Si conceda pure che si tratta di una mistificazione. Resta il fatto, però, che non è consigliabile scardinare le fondamenta di un sistema che, pur difettoso, ha comunque il pregio di interpretare talune esigenze fondamentali, se non si è nelle condizioni di sostituire ad esso un nuovo sistema, che dia diverse risposte alle domande tradizionali. In ciò l'ermeneutica e la teoria discorsiva del diritto paiono carenti: in un diritto che si fonda sull'interpretazione come funzione creatrice, che ne è dell'idea del limite di cui la teoria della validità è diretta espressione? Le risposte non sembrano convincenti. Spesso indulgono ad un proceduralismo esasperato, che nei fatti si traduce nel più arido dei formalismi. Nel migliore dei casi non rinunciano ad un criterio sostanziale di validità delle decisioni ma peccano per astrattezza, rinvenendo questo nella capacità della decisione di suscitare consenso presso i destinatari, un consenso formato su buone ragioni o sul riconoscimento intersoggettivo che presuppone una improbabile platea composta da agenti razionali.

La teoria della validità è fondata sull'idea che le singole prescrizioni si inseriscano in un ordinamento: per un verso lo modificano, ma per altro verso quello esprime una istanza di selezione nei loro riguardi che poi resta al legislatore decidere se raccogliere o meno. Una illusione? Forse sì, come probabilmente è una illusione quella di chi postula contesti sociali omogenei, in cui il consenso si possa formare intorno a buone ragioni. Tra le due illusioni sembra a chi scrive che la prima continui a dare maggiori garanzie in termini di civiltà giuridica.

Prima Parte

Capitolo I

IL CONCETTO DI VALIDITÀ

SOMMARIO: 1. Validità: una nozione controversa e problematica. – 2. Validità: un concetto di relazione. Concezione della validità e concezione dell'ordinamento. Una prima definizione: la validità *riguarda* l'esistenza della norma nell'ordinamento. – 3. Il concetto di ordinamento giuridico. - 3.1. Crisi e persistenza dell'ordinamento come problema. - 3.2. L'ordinamento come insieme di norme. - 3.3. L'ordinamento come insieme di valori. – 4. Validità come modo di esistenza rispetto alle norme e rispetto ai valori: validità assiologica e validità formale. – 5. La validità assiologica. - 5.1. La norma come giudizio di valore nella teoria della dinamica giuridica. - 5.2. Le condizioni di giustificazione della norma in rapporto ai valori. – 6. La validità formale. - 6.1. Meta-norme e valori. - 6.2. Norme sulla produzione e validità formale. - 6.3. Validità formale *stricto sensu* e validità formale-sostanziale. – 7. Validità e fatti giuridici. - 7.1. Eventi e comportamenti. - 7.2. La validità come predicato dei soli comportamenti programmatici. - 7.3. Comportamenti programmatici normativi e non normativi. Riflessi sulla validità assiologica. – 8. Conclusioni.

1. *Validità: una nozione controversa e problematica*

La nozione di “validità”, tra le più ricorrenti nel lessico dei filosofi del diritto e dei giuristi, è controversa e problematica¹.

È controversa, “perché concezioni diverse del diritto non possono non condizionare e non portare ad altre concezioni della validità”².

È problematica, “per la pluralità di oggetti e per la varietà di modi in cui di oggetti diversi (quando non di uno stesso oggetto) la validità può predicarsi”³.

La pluralità degli oggetti cui la validità viene riferita, con la conseguente pluralità dei significati ad essa attribuiti, dipende, in primo luogo, dalla pluralità di ambiti teorici in cui si fa uso del concetto. Ad esempio, una cosa è la validità in *deontica*, laddove è predicato delle norme e dell'ordinamento⁴; un'altra cosa è la validità in *logica*, laddove invece riguarda le inferenze⁵.

¹ T. MAZZARESE, *Validità*, in *Dig. Disc. Priv.*, XIX, Torino, 1999, 595.

² T. MAZZARESE, *op. loc. cit.*

³ T. MAZZARESE, *op. loc. cit.*

⁴ Norme e ordinamento sono, in Kelsen, i due fondamentali oggetti dei quali la validità è predicato: T. MAZZARESE, *op. cit.*, 596.

⁵ Cfr. A.G. CONTE, *Minima deontica* (1988), in *Filosofia del linguaggio normativo*, II, *Studi* 1982-1994, Torino, 1995, 359; N. AMATO, *Logica simbolica e diritto*, Milano, 1969, 19 ss., *passim*.

Per quanto esistano importanti nessi tra la validità dell'ordinamento e la validità delle norme⁶, e tra questa e la validità delle inferenze⁷, il discorso che segue si concentra solo sul problema della validità delle norme.

Tale restrizione del campo di indagine, peraltro, non fa venir meno il carattere problematico della nozione. Schematizzando, infatti, si può dire che, in rapporto alle norme, con il termine "validità" si designano: a) la validità *tout court* (validità formale); b) "il valore o la giustizia, ossia la conformità ad un *Sollen* trascendente l'ordinamento in cui la norma è formalmente valida (validità assiologica); c) l'efficacia, fattualità, effettualità, effettività, media osservanza, media applicazione (validità materiale)"⁸.

I tre concetti non sono congeneri, non si tratta cioè di tre specie dell'unico genere "validità", ma di tre validità diverse⁹, come dimostra il fatto che sono diversi gli oggetti rispetto ai quali ciascuna di esse può essere predicata. Per esempio: "la validità intesa come esistenza in un linguaggio normativo, come appartenenza del cosiddetto linguaggio-oggetto di quel metalinguaggio che è il linguaggio dei giuristi, può indubbiamente predicarsi degli enunciati deontici, appunto perché questi sono degli enunciati linguistici ma certo non conviene agli *status* deontici"; "la validità intesa come efficacia (validità materiale, fattuale, effettuale) può predicarsi di *status* deontici... ma certo non conviene ad enunciati deontici"; "la validità intesa come assiologica può predicarsi d'uno *status* deontico, ma proprio non sembra possa convenire ad un enun-

⁶ Per le concezioni normativiste, il problema della validità dell'ordinamento coincide con il problema della validità della norma fondamentale: A.G. CONTE, *Ordinamento giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1966, 48; T. MAZZARESE, *op. cit.*, 596, 598 s. Poiché la norma fondamentale convalida tutte le altre norme, il problema della validità dell'ordinamento è anche il problema della validità delle singole norme.

⁷ Validità come predicato della norma e validità come predicato dell'inferenza spesso non sono questioni separabili. Basti pensare alla concezione della decisione giudiziale come esito di un sillogismo aristotelico. Più in generale, per il positivismo giuridico normativista, secondo cui il contenuto di una decisione giudiziale è giustificato se deriva da una norma applicabile al caso, la validità *deontica* della norma individuale dipende dalla validità logica (c.d. *dianoetica*, secondo il lessico di A.G. CONTE, *Deontico vs. Dianoetico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 16, 2, 1986, 489 ss.) della inferenza. In tema, cfr. P. COMANDUCCI, *Alcuni problemi concettuali relativi alla applicazione del diritto*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2010, 10 s. Che però la validità dell'inferenza non significa necessariamente validità della conclusione è ben messo in evidenza da N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, trad. it. *Ragionamento giudiziale e teoria del diritto*, Torino, 1994, 41: "la validità logica di un argomento non garantisce la verità della sua conclusione; la validità di un argomento implica che le sue premesse sono vere; ma la logica in se stessa non può stabilire o garantire la verità delle premesse". Cfr. altresì, H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 1958, trad. it. *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, 134.

⁸ Così F. MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 4. Per l'identificazione della validità nell'effettività v. A. ROSS, *On law and justice*, London, 1958, trad. it. *Diritto e giustizia*, Torino, 2001, 34. Sulla connessione tra validità e giustizia cfr. l'analitica trattazione di R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, München, 1992, trad. it. *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, 17 ss., 95-97, il quale riconosce che "nell'ambito di un sistema giuridico socialmente efficace, la positività conforme all'ordinamento è il criterio dominante della validità di norme singole", ma sostiene anche che la norma singola perde la propria validità se estremamente ingiusta.

⁹ A.G. CONTE, *Studio per una teoria della validità* (1970), in *Filosofia del linguaggio normativo*, I, *Studi* 1965-1981, Torino, 1995, 59; ID., *Validità*, ivi, 129; v. altresì F. MODUGNO, *op. cit.*, 5; T. MAZZARESE, *op. cit.*, 595 s.

ciato deontico. (Un enunciato deontico, infatti, non può dirsi giusto, se non nel senso, grammaticale o sintattico, della correttezza linguistica)¹⁰.

Riferendosi a diversi oggetti, è fuorviante porre i tre concetti di validità in posizione antagonista e mutualmente esclusiva¹¹. È bene, però, segnalare che la complementarietà così riscontrata è di indole meramente logica, perché se è vero che i tre concetti di validità non sono antagonisti, è vero anche che lo sono le concezioni del diritto nel cui seno sono stati elaborati e pertanto ad essi presupposte: rispettivamente, il giuspositivismo, il giusnaturalismo e il giusrealismo¹². Se si adotta una di queste prospettive, immancabilmente si tende a concepire la validità in uno solo dei tre modi indicati, a conferma del fatto che la concezione del diritto incide in modo determinante sia sulla selezione degli oggetti di cui predicare la validità sia sul significato che le si attribuisce.

Il giurista è interessato alla validità come possibile qualificazione dei fatti giuridicamente rilevanti, cioè degli oggetti cui vocazionalmente rivolge la propria attenzione. Per questa ragione, il compito da assumere non è tanto quello di passare in rassegna i modi in cui il concetto di validità è stato ed è inteso dai filosofi (*id est: in quale senso si sia parlato o si parli di "validità"*)¹³; piuttosto stabilire se esiste *una*, e *una autonoma*, caratteristica della norma da definire come validità¹⁴.

2. Validità: un concetto di relazione. Concezione della validità e concezione dell'ordinamento. Una prima definizione: la validità riguarda l'esistenza della norma nell'ordinamento

Secondo l'approccio positivista, la validità della norma è un concetto di relazione tra il particolare (la norma, appunto) e il generale (l'ordinamento o sistema)¹⁵.

¹⁰ A.G. CONTE, *Studio per una teoria della validità*, cit., 59, 66.

¹¹ Cfr. A.G. CONTE, *Validità*, cit., 129.

¹² J. WRÓBLEWSKI, *Tre concetti di validità*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1982, 601.

¹³ Per una rassegna di questo tipo v. F. BONSIGNORI, *Concetto di diritto e validità giuridica*, Milano, 1985, 19-94.

¹⁴ Ciò a costo di una notevole semplificazione, consistente nell'andare alla ricerca di un significato unitario di validità. Il che, peraltro, implica anche la momentanea rinuncia alla potenza analitica dell'impostazione che distingue i vari tipi di validità deontica a seconda dell'oggetto cui si riferiscono. Per una esigenza simile v. F. MODUGNO, *op. cit.*, 5.

¹⁵ Cfr. F. MODUGNO, *op. cit.*, 5; A.G. CONTE, *Axiotica in Norberto Bobbio*, in *Quaderni della rivista internazionale di filosofia del diritto, Metodo linguaggio Scienza del diritto. Omaggio a Norberto Bobbio (1909-2004)*, Milano, 2007, 96; T. MAZZARESE, *op. cit.*, 596; R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2001, 98 s.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino, 2006, 213 ss.; U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, 1965, 58, che mette in luce come la condizione relazionale della validità può esser percepita esclusivamente dall'osservatore che adotti il punto di vista interno all'ordinamento.

Ciò consente di distinguere, in modo semplice e chiaro, la validità della norma dalla giustizia e dall'effettività della stessa¹⁶.

La validità è una condizione della norma relativa a un ordinamento giuridico, cioè designa una relazione tra due entità congeneri, la norma e l'ordinamento giuridico, analoga a quella che intercorre tra la parte e il tutto¹⁷. Giustizia ed effettività, invece, chiamano in causa rapporti tra la norma e ciò che è fuori dall'ordinamento giuridico: rispettivamente, i valori morali e la prassi sociale¹⁸.

Aver distinto in questi termini la validità dalla giustizia e dalla effettività, tuttavia, non significa ancora aver dissipato la problematicità della nozione. All'interno del dibattito giuspositivista, infatti, sono in discussione tanto il significato di "validità" quanto gli oggetti rispetto ai quali essa va predicata¹⁹.

Quanto ai significati, ne sono latenti almeno tre: validità come esistenza (concetto *ontico*); validità come obbligatorietà (concetto *axiomatico*); validità come *anàlogon* deontico della verità (concetto *semantico*)²⁰.

In Kelsen i tre concetti sono non soltanto compresenti ma anche connessi: la validità indica l'esistenza di una norma in un ordinamento; esistere per una norma significa essere vincolante; la validità è l'*anàlogon* deontico della verità perché, come la affermazione è vera se corrisponde a uno stato di fatto, così la norma è valida se ciò che prescrive è obbligatorio²¹.

¹⁶ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 35-43; A. G. CONTE, *Validità*, cit., 127.

¹⁷ Si deve nondimeno osservare che questa "relativizzazione" del concetto di validità, fondata sulla separazione tra diritto e morale (e, quindi, tra validità e giustizia) è a sua volta fondata su una scelta morale. Come osserva U. SCARPELLI, *op. cit.*, 133, infatti, "è inerente al positivismo giuridico una scelta politica (...) scelta di una scienza e di una pratica del diritto che, una volta accettato il diritto positivo, lo studino e lo applichino fedelmente prescindendo da ogni giudizio di valore sul suo contenuto, fuor di quelli che intervengano, nei limiti in cui vi siano ammessi, nell'interpretazione".

¹⁸ N. BOBBIO, *op. loc. cit.*, dove è anche sostenuta la "mutua indipendenza" dei tre criteri di valutazione delle norme. La distinzione tra validità, giustizia ed effettività corrisponde alle "tre divaricazioni deontiche" di cui fa uso L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 15 ss., per delimitare complessivamente l'oggetto della teoria del diritto. La giustizia riguarda la divaricazione tra l'essere dell'ordinamento normativo e il dover essere esterno o politico; la validità riguarda la divaricazione tra il «il dover essere interno» (o *nel* diritto) e l'*essere* delle norme di legge (che l'A. definisce "vigore"); l'effettività riguarda la divaricazione tra «dover essere giuridico» (o *di* diritto) e la concreta esperienza giuridica. Le tre divaricazioni hanno tutte carattere deontico, in quanto esprimono lo scarto tra un *dover essere* (rispettivamente: morale, costituzionale, giuridico *tout court*) e un *essere* (della norma o del comportamento). Alle tre divaricazioni corrispondono i tre approcci possibili della teoria del diritto: l'approccio della filosofia politica normativa; l'approccio delle discipline giuridiche positive; l'approccio della sociologia del diritto. V. anche L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, 2010, 2790.

¹⁹ T. MAZZARESE, *op. cit.*, 596.

²⁰ P. DI LUCIA, *Validità di norme: tre concetti*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto* (a cura di L. PASSERINI GLAZEL), Torino, 2007, 119 ss.

Bisogna rilevare, peraltro, che il problema di definire la validità *come qualcos'altro* (segnalato anche da F. BONSIGNORI, *Concetto di diritto*, cit., 86 s.) è acuito dal vocabolario italiano. Il tedesco, infatti, conosce il termine «*Gültigkeit*» per designare sia la validità pragmatica sia la validità sintattica, mentre «*Geltung*» per indicare la validità sintattica. Cfr. F. MODUGNO, *op. cit.*, 5.

²¹ Su tutti questi aspetti v. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna,

Il dibattito successivo sui tre concetti e sui rapporti tra di essi è ampio e controverso²². Si può operare una *summa divisio* tra opinioni ad intento analitico ed opinioni ad intento sintetico. Secondo le prime, validità come esistenza, validità come obbligatorietà e validità come *anàlogon* deontico della verità sono concetti diversi, o perché dotati di diversa natura (descrittiva o prescrittiva)²³ o perché riguardanti oggetti differenti. Le seconde, invece, in sostanziale continuità con l'impostazione di Kelsen²⁴,

1999, 262 ss., dove si osserva che l'affermazione per cui la validità sarebbe l'*anàlogon* deontico della verità è basata su due presupposti: la definizione kelseniana della validità come forza vincolante e il carattere apofantico degli enunciati descrittivi (il termine "apofantico", come ricorda G. LORINI, *Non-apofanticità e principio di non-contraddizione* in *Giovanni Vailati*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 2010, 103, proviene dalla logica aristotelica: Aristotele nel *De interpretatione*, 4, 16 b 33-17 a 4, chiama *lògos apofantikòs* il discorso che può essere vero o falso. Si segnala peraltro che, secondo L. WITTGENSTEIN, *Bemerkungen über die Philosophie der Psychologie. Remarks on The Philosophy of Psychology*, 1980, trad. it., ID., *Osservazioni sulla filosofia della psicologia*, Milano, 1990, non solo gli enunciati descrittivi ma anche quelli buletici possono essere veri o falsi, ma solo quando, piuttosto che esprimere un desiderio, ad es. "io desidero", lo scoprono e lo riconoscono). Che le descrizioni siano apofantiche è generalmente ammesso, poiché continua ad essere "estremamente influente" la concezione della verità come "corrispondenza" in base alla quale «Un asserto *A* è vero se e solo se *A* "corrisponde" a, o è in "accordo" con, i fatti (eventi, processi, stati di cose); se e solo se, cioè, le cose stanno così come *A* asserisce (così come *A* "dice" che le cose stanno)»: v. B. CELANO, *op. cit.*, 259. Dal punto di vista della filosofia del linguaggio, quindi, la verità di un asserto, ovvero la sua "corrispondenza" alla realtà, è "decitazione" (*disquotation*) (v. W.V. QUINE, *Philosophy of Logic*, Cambridge, 1970, 12 ss.): l'asserto "la neve è bianca" è vero se la neve è bianca. Nella prima parte dell'equivalenza l'asserto "la neve è bianca" è citato, non usato. Nella seconda parte, invece, non è tra virgolette, cioè è usato per affermare qualcosa con riferimento non all'asserto "la neve è bianca" ma alla neve stessa. L'equivalenza, cioè consente di "de-citare" un asserto dichiarativo, passando dalla menzione al suo uso. Attribuire verità all'asserto "la neve è bianca" significa, de-citandolo, attribuire la bianchezza alla neve, dire cioè che la neve è bianca. In altri termini, asserire che un asserto dichiarativo ("la neve è bianca") è vero significa asserire l'asserto in questione (la neve è bianca). La validità sarebbe l'*anàlogon* deontico della verità perché, come la verità di un asserto descrittivo è data dalla sua corrispondenza alla realtà (l'asserto "la neve è bianca" è vero se la neve è bianca), lo stesso - se si definisce la validità della norma come forza vincolante - può dirsi per la validità di un asserto prescrittivo (l'asserto "chi uccide deve essere arrestato" è valido se chi uccide deve essere arrestato). La validità degli enunciati prescrittivi, dunque, consente la de-citazione allo stesso modo in cui la consente la verità degli enunciati descrittivi. La tesi della validità come *anàlogon* deontico della verità è oggi criticata. V. sul punto A. G. CONTE, *Minima deontica*, cit., 379; F. MODUGNO, *op. cit.*, 8 e note.

²² Tra gli altri, E. BULYGIN, *Validità e positivismo. Un'antinomia della dottrina pura del diritto*, in *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, 189 ss.; C.S. NINO, *Diritto come morale applicata*, a cura di M. La Torre, Milano, 1999; F. MODUGNO, *op. cit.*, 32 ss.

²³ E. BULYGIN, *Tempo e validità*, in *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., 65 s., distingue validità come appartenenza e validità come forza vincolante (rispettivamente, concetto *ontico* e *axiotico*). La prima è un concetto descrittivo e relativo: descrittivo perché dire "la norma N è valida (nel senso di appartenente)" è una proposizione descrittiva e non una norma; relativo, perché l'appartenenza indica una relazione tra una norma e un sistema normativo. La seconda (validità come forza vincolante) può essere tanto un concetto normativo e assoluto quanto un concetto descrittivo e relativo. Dire "la norma N è valida (nel senso che ha forza vincolante)" può significare una prescrizione di obbedire e applicare la norma (concetto normativo e assoluto) oppure "una proposizione descrittiva che dà un'informazione intorno alla norma, e cioè che tale norma è obbligatoria secondo un'altra norma" (concetto descrittivo e relativo; validità come applicabilità). Sul carattere normativo della definizione della validità come obbligatorietà cfr. altresì C.S. NINO, *La validex del derecho*, Buenos Aires, 1985, 8; E. BULYGIN, *Validità e positivismo*, cit., 202. *Contra*, T. MAZZARESE, *op. cit.*, 604.

²⁴ T. MAZZARESE, *op. cit.*, 603-605.

per il quale i tre aspetti sono connessi, propongono la nozione unitaria di validità sistemica²⁵ individuando nella osservanza di un complesso di condizioni poste dall'ordinamento il minimo comune denominatore tra le diverse accezioni positivistiche della validità²⁶.

V'è un elemento, tuttavia, che permea l'intero indirizzo positivistico e sul quale occorre spostare l'attenzione, ovvero che il carattere relazionale della nozione di validità è sempre tradotto in una concezione formale-normativista della stessa, secondo cui una norma è valida se conforme ad un'altra norma, detta meta-norma²⁷. Il carattere relazionale della validità, cioè, è risolto, in modo non problematico, in una questione di rapporti tra norme.

A questo riguardo, è fondamentale osservare che la traduzione della validità nel rapporto di conformità tra norme non è imposta (né deriva) dal carattere relazionale del concetto, quanto piuttosto della presupposta adesione alla concezione dell'ordinamento giuridico come sistema esclusivamente normativo. È la concezione dell'ordinamento come sistema di norme, cioè, ad imporre, una volta che se ne sia postulato il carattere relazionale, la concezione della validità come rapporto tra norme. Il modo di concepire l'ordinamento, cioè, incide fortemente sul modo di concepire la validità²⁸, la quale pertanto si rivela nozione nient'affatto neutrale e sicuramente irriducibile ad un mero schema logico.

Questa consapevolezza si riflette innanzitutto sul piano metodologico, segnalando una primazia della concezione dell'ordinamento sulla nozione di validità. Se non viene prima dichiarata la concezione dell'ordinamento da cui si prendono le mosse, sulla validità si può dire ben poco²⁹.

Sin da principio, tuttavia, è necessario intendersi su un punto, ovvero quello dei rapporti tra validità ed esistenza, allo scopo di evitare un errore di impostazione che condizionerebbe il resto del discorso.

Intesa come condizione relazionale della norma, la validità sicuramente *riguarda* la sua esistenza nell'ordinamento, ne identifica un particolare *modo di esistere*³⁰.

²⁵ T. MAZZARESE, *op. cit.*, 597 ss. Per una esigenza simile, presso i giuristi v. F. MODUGNO, *op. cit.*, 5.

²⁶ T. MAZZARESE, *op. cit.*, 597: "la validità sistemica consiste nella conformità ai criteri di validità che ogni ordinamento (sistema) predispone per la propria individuazione e per la disciplina delle forme e dei modi del proprio mutamento. In altri termini, la validità sistemica dipende dal, e si esaurisce nel, soddisfacimento delle condizioni di validità poste dalle metanorme che, in ogni ordinamento, dell'ordinamento costituiscono i criteri di individuazione e disciplinano le forme e i modi di mutamento".

²⁷ Sicché è corretto affermare che la validità sistemica dipende e si esaurisce nella conformità alle meta norme: così T. MAZZARESE, *op. cit.*, 601. Cfr. E. GARCIA MAYNEZ, *Validità formale validità materiale in senso giuridico-positivo e validità oggettiva o intrinseca in senso assiologico*, ora (con il titolo *Validità in senso positivo vs. validità in senso assiologico*) in G. LORINI - L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *Filosofie della norma*, Torino, 2012, 212.

²⁸ J. WRÓBLEWSKI, *op. cit.*, 584 ss. In tema, criticamente, cfr. T. MAZZARESE, *op. cit.*, 601 s.

²⁹ Cfr. R. MENEGHELLI, *Analisi critica del concetto di validità giuridica*, Padova, 1992, 2 ss., *passim*, che aderisce alla concezione istituzionalistica del diritto.

³⁰ R. GUASTINI, *op. cit.*, 98 s., il quale sostiene che la validità sia un concetto di relazione (della norma con

Nondimeno, da ciò non è lecito trarre l'identificazione tra validità ed esistenza della norma³¹. Diversamente da quanto solitamente si ritiene³², infatti, dire che la validità *riguarda* l'esistenza della norma non vuol dire ancora che la validità *sia* l'esistenza specifica della norma (o, con altra espressione, il suo *modo di esistere* nell'ordinamento) perché non esclude che si individuino, accanto alla validità, altri *modi di esistere* della norma nell'ordinamento³³, nonché – e conseguentemente – che si ammetta l'esistenza di norme invalide.

L'identificazione di validità ed esistenza, del resto, non è un buon punto di avvio per una indagine sulla validità³⁴ perché conduce la validità fuori dai possibili predicati della norma, incorporandola nel relativo concetto (se la validità è il modo di esistere della norma, la norma è tale in quanto valida)³⁵.

Si sono così individuati i due punti focali della ricerca che si avvia. Si tratta, in entrambi i casi, di fattori di complicazione rispetto a schemi concettuali consolidati da cui, nondimeno, si ritiene di non poter prescindere per le ragioni illustrate. Questi punti possono essere così sinteticamente raffigurati: si tratta, per un verso, di problematizzare la concezione dell'ordinamento presupposta alla concezione della validità,

l'ordinamento) pur criticando l'equiparazione con l'esistenza: anche questa è un concetto di relazione, però, mentre la validità designa la relazione di una norma con altre norme, l'esistenza la relazione di appartenenza di una norma ad un ordinamento. La differenza è dimostrata dal fatto che in ogni ordinamento vi sono sia norme "esistenti", e tuttavia né valide né invalide (la costituzione), sia norme invalide. Sul punto si rinvia al Cap. 3.

³¹ Sostenuta da H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1934, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1953, 30. Nessun dubbio, peraltro, sul fatto che il modo di concepire la validità come esistenza sia quello che meglio di ogni altro ha messo in luce il carattere relativo della prima. Sulla relatività della validità come esistenza v. P. DI LUCIA, *op. cit.*, 120; E. BULYGIN, *Tempo e validità*, cit., 65.

³² Cfr. A.G. CONTE, *Validità*, cit., 418 ss.; F. MODUGNO, *op. cit.*, 7; N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2005, 1054; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 213; un accenno in questo senso anche in T. MAZZARESE, *op. cit.*, 601.

³³ Rileva E. BULYGIN, *Validità e positivismo*, cit., 200, che esistono quantomeno quattro concetti di esistenza. A) *Esistenza fattuale*, ovvero effettivo vigore di una norma in un certo gruppo sociale e in un dato momento storico: Kelsen usa al riguardo il termine "efficacia"; Ross il termine "validità", ad indicare la verità della predizione che la norma sarà impiegata in futuro nella giustificazione delle decisioni giudiziarie; Hart spiega questo tipo di validità ricorrendo al concetto di "accettazione". B) *Esistenza come appartenenza*: "una norma è considerata appartenente a un sistema quando è stata creata da un'autorità competente e non è stata abrogata". "A questo concetto ci si riferisce spesso mediante il termine validità". C) *Esistenza come validità*, ovvero come obbligatorietà o forza vincolante della norma. Mentre i due precedenti sono concetti relativi e descrittivi, questo è un concetto assoluto e normativo. D) *Esistenza formale*. Riguarda le norme che i giuristi "trattano come esistenti" anche se "non sono né accettate, né efficaci, non appartengono al sistema normativo (non essendo state emanate da un'autorità competente), né sono considerate vincolanti". Un esempio tipico sarebbe la legge non ancora promulgata, la quale si dice esistente sebbene non accettata, vincolante e appartenente all'ordinamento giuridico.

³⁴ Diversamente A.G. CONTE, *Validità*, cit., 128 e F. MODUGNO, *op. cit.* 7, per i quali, l'idea, che qui si condivide, secondo cui "atto costitutivo" della teoria della validità è l'affermazione del carattere relazionale del concetto, comporta necessariamente di muovere dalla definizione della validità come esistenza specifica della norma.

³⁵ Cfr. J. BINDER, *La fondazione della filosofia del diritto*, Torino, 1945, 153-156; H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1963, 162, dove si legge: "una norma giuridica è sempre valida".

così da svolgere la seconda in armonia con la prima; e, per altro verso, di problematizzare l'idea che la validità consista nell'esistenza della norma nell'ordinamento, muovendo dal diverso rilievo secondo cui essa ne rappresenta solo un modo di esistere, così da evitare la "tirannia" della validità rispetto ad altri predicati della norma come l'efficacia o l'effettività.

3. Il concetto di ordinamento giuridico

3.1. Crisi e persistenza dell'ordinamento come problema

La validità della norma è sempre relativa ad un ordinamento. Pertanto, ogni discorso sulla validità è impossibile se prima non si sia resa esplicita la concezione che si ha di ordinamento.

Tuttavia, prima di procedere in tal senso, v'è da affrontare una questione pregiudiziale: l'ordinamento esiste? O meglio: è legittimo parlare di ordinamento?

Il problema che così si pone è diverso da quello della esistenza dell'ordinamento kelsenianamente intesa, cioè dal problema della validità dell'ordinamento, il quale, a sua volta, si risolve in quello della validità della norma fondamentale³⁶ e resta tematicamente estraneo a questo studio. L'esistenza dell'ordinamento di cui qui si fa questione non è un concetto tecnico e si avvicina piuttosto al significato che le attribuisce il senso comune. Qui occorre sapere, una volta accettata l'idea che la validità della norma consiste in una relazione con l'ordinamento, se di siffatto rapporto sia effettivamente possibile discorrere, come non si potrebbe ritenere ove il secondo termine del rapporto si rivelasse frutto di un mero *flatus voci*. Non si va alla ricerca di un concetto di ordinamento, dunque; piuttosto, se ne tenta una descrizione sommaria, entro i limiti imposti dal tema.

L'idea di ordinamento rimanda, in primo luogo, a quella di ordine: un ordine non originario ma che il diritto stabilisce, interpretando e razionalizzando le istanze politiche e sociali (*ordo ordinans*)³⁷. La derivazione del concetto di ordinamento da quello di ordine spiega e definisce il primo dall'esterno, per quanto e per come esso è in grado di incidere sulla realtà sociale.

L'idea di ordinamento, poi, rimanda a quella di sistema³⁸. E questa ultima all'idea

³⁶ *Ex multis*, T. MAZZARESE, *op. cit.*, 596 ss.; A.G. CONTE, *Validità*, cit., 139 ss.

³⁷ Sulle implicazioni tra ordinamento e ordine v. V. FROSINI, *Ordinamento giuridico (filosofia)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, 639 ss.; F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, 679 ss.; S. DE FINA, *Diritto e società*, Milano, 1974, 18 ss., *passim*; G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, 126.

³⁸ V. FROSINI, *op. cit.*, 645 ss.; R. GUASTINI, *op. cit.*, 2001, 117. Il fatto che l'idea di ordinamento rimandi all'idea di sistema non esclude che in teoria del diritto i due concetti possano assumere significati diversi. Ad esempio, E. BULYGIN, *Tempo e validità*, cit., 67 s., intende per sistema "un insieme di norme valide in un momento determinato (secondo un qualche criterio di appartenenza)" e per ordinamento "una sequenza di sistemi giu-

di coesione oppure a quella di coerenza, cioè di un grado più debole di coesione³⁹ (*ordo ordinatus*). Il legame del concetto di ordinamento con quello di sistema conduce alla definizione del primo sulla base di qualità intrinseche.

L'ordinamento, sinteticamente, sarebbe un complesso di norme coese e/o coerenti dotato della capacità di imprimere un ordine alla realtà sociale, dove i primi caratteri non sono fini a sé stessi ma condizioni del suo operare come forza ordinante⁴⁰.

Una definizione di questo tenore non potrebbe trovare oggi molti consensi.

Innanzitutto, è l'idea dell'ordinamento come sistema ad apparire recessiva. Si è osservato che le norme che compongono l'ordinamento non sono né coese né perfettamente coerenti⁴¹. La coesione non v'è né dal punto di vista formale o dinamico né da quello sostanziale dei significati o statico⁴². Sotto il primo aspetto, si registra la presenza di norme venute in essere o in modo difforme rispetto a come avrebbero dovuto (le norme invalide ma efficaci), oppure create da fatti produttivi geneticamente estranei ai meccanismi predisposti dall'ordinamento per la produzione giuridica (consuetudine, rivoluzione)⁴³. Sotto il secondo aspetto, è noto che gli ordinamenti contemporanei sono il frutto di una pluralità di valori, talvolta anche confliggenti tra loro, sicché le componenti di un ordinamento possono essere, e in concreto sono, ispirate a valori tra loro diversi⁴⁴.

Anche la coerenza tra le norme è poco più di un mito⁴⁵: se è vero che nell'ordinamento è immanente l'esigenza di coerenza, non è men vero che la necessità dei criteri ordinatori costituisce la prova della esistenza, connaturata all'ordinamento, di antinomie interne⁴⁶. I criteri ordinatori hanno la funzione proprio di risolvere le antinomie, ma, pur ammesso che l'ordinamento, visto dopo che di essi sia fatta applicazione,

ridici" nel tempo. La distinzione di Bulygin tra ordinamento giuridico e sistema costituisce una rielaborazione della distinzione tra sistemi giuridici e sistemi giuridici momentanei di J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970, 34 ss.

³⁹ Così R. GUASTINI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁰ Cfr. G. BERTI, *op. cit.*, 126: il continuo tentativo dei giuristi di fornire una immagine coerente dell'ordinamento attraverso la sistematizzazione delle sue fonti risponde a nient'altro che all'esigenza di "dover giustificare l'ordinamento come garanzia dell'ordine sociale e dei rapporti".

⁴¹ R. GUASTINI, *op. loc. ult. cit.*

⁴² La distinzione tra ordinamenti statici e ordinamenti dinamici risale, notoriamente, a H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., 113 ss.

⁴³ R. GUASTINI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁴ R. GUASTINI, *op. loc. ult. cit.*; *contra* R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, London, 1985, 119 ss.

⁴⁵ N. IRTI, *Diritto*, in *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, 75 s.; G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 26.

⁴⁶ R. GUASTINI, *op. loc. ult. cit.* Sulle antinomie tra norme e sui criteri per la loro soluzione la dottrina costituzionalistica è vastissima. Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, tomo I, Padova, 1971, 158 ss.; ID., *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, 953 ss.; F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 376 ss.; A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e la "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994, 45 ss.

denoti coerenza (ammesso, cioè, che la coerenza dell'ordinamento possa essere indotta dall'interpretazione⁴⁷), lo stesso fatto che l'esigenza dei criteri ordinatori si riproponga costantemente dimostra che l'ordinamento sia ontologicamente produttore di antinomie⁴⁸, e non abbia quindi la coerenza tra le sue caratteristiche intrinseche.

Ancora minori sono le fortune della definizione dell'ordinamento giuridico come fattore di ordine. Il rapporto tra ordinamento e ordine è stato accusato di esser il portato di una visione autoritaria del diritto, legata a doppio filo con l'imperativismo volontarista⁴⁹: in questa chiave, soprattutto da parte dei critici di ispirazione marxista, s'è sostenuto che nel termine "ordinamento giuridico" sia implicita una mistificazione, che servirebbe a occultare i conflitti tra le classi sociali⁵⁰.

D'altronde, anche chi riconosce che l'ordinamento giuridico "esercita una complessa funzione di coordinamento, di controllo, di freno inibitorio e di risoluzione o repressione dei conflitti", osserva che esso riflette a sua volta il disordine esistente nella vita sociale del quale è anche portatore⁵¹.

Sul piano sociologico, la tesi della *vis* ordinante dell'ordinamento incontra obiezioni non meno decise, come dimostra il fatto che funzione del diritto si considera non tanto (non più tanto) quella di dirimere il conflitto sociale, quanto quella di strutturarli allo scopo di pervenire alla sua soluzione in chiave essenzialmente dialogica⁵².

In conclusione, si deve riconoscere che il concetto di ordinamento giuridico, stretto tra i poli dell'ordine e del sistema, attraversa una crisi profonda. La quale, tuttavia, non legittima la conclusione che l'ordinamento non esiste, ma piuttosto impone di pensarlo in termini diversi.

Infatti, se dell'ordinamento si ammette la natura dinamica (ordinamento come pro-

⁴⁷ Cfr. E. BULYGIN, *Sull'interpretazione giuridica*, in *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., 274 s.; F. MODUGNO, *Ordinamento*, cit., 705, per il quale è logica conseguenza della definizione dell'ordinamento come *processo* e non come *dato* il fatto che la coerenza non sia una qualità dell'ordinamento "bensì l'obiettivo, il fine da realizzare e da raggiungere, e anzi, meglio, cui tendere cui avvicinarsi incessantemente"; cfr. altresì, sul piano metodologico, A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, 15-21; N. LIPARI, *Prolegomeni a uno studio sulle categorie del diritto civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 525.

⁴⁸ Sull'ordinamento come fonte di disordine v. V. FROSINI, *op. cit.*, 642.

⁴⁹ Cfr. V. FROSINI, *op. cit.*, 641 s.

⁵⁰ Cfr. G. TARELLO, in R. ORECCHIA (a cura di), *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello stato contemporaneo*, Milano, 1976, 49 ss.; S. DE FINA, *op. cit.*, 20 s.

⁵¹ In questi termini V. FROSINI, *op. cit.*, 642, che prosegue osservando che occorre accogliere una nozione positiva di disordine, in quanto la stessa possibilità di un nuovo ordine dipende dall'esistenza di un margine di disordine. Cfr., tuttavia, F. MODUGNO, *Ordinamento*, cit., 679, secondo cui non vi è ordinamento che non implichi un suo ordine, cioè che non sia rivolto e disposto al fine di realizzare una situazione opposta a quella del disordine.

⁵² Cfr., V. TOMEO, *Il diritto come struttura del conflitto*, Milano, 1981, 77 ss., 85, dove si può vedere una interessante analisi dei modi in cui il pensiero giuridico e sociologico ha affrontato il tema del conflitto sociale. *Contra*, per l'idea che la complessità vada "ridotta" e per l'identificazione del "potere" in un "mezzo di comunicazione" per la riduzione della complessità v. N. LUHMANN, *Match*, Stuttgart, 1975, trad. it. *Potere e complessità sociale*, Milano, 1979, 6 ss.; sulla tesi di Luhmann v. D. ZOLO, *Complessità, potere, democrazia*, ivi, XV ss.

cesso⁵³; sistema dinamico⁵⁴), ovvero il suo essere non un *prius* rispetto alle norme ma una unità che tende a realizzarsi *a posteriori*⁵⁵, i caratteri della coesione, coerenza e della forza ordinante non vanno più intesi come attributi statici dell'ordinamento quanto, più correttamente, declinati come *tensioni* (alla coesione, alla coerenza, alla costituzione di un ordine sociale).

Ma l'argomento decisivo per affermare, nei termini che qui interessano, l'esistenza dell'ordinamento scaturisce da una considerazione di matrice analitica. Il concetto di ordinamento appartiene al novero dei concetti istituzionali, di cui è composta la realtà sociale⁵⁶. Loro caratteristica è di non esistere in sé e per sé, ma solo in quanto pensati. Ora, che l'ordinamento giuridico venga pensato è fuori dubbio. Esso è oggetto di assiduo richiamo nel discorso dei giuristi: basti pensare all'utilizzo del criterio di interpretazione sistematico, da più parti considerato come l'elemento qualificante del ragionamento giuridico e lo strumento di interpretazione più raffinato ed efficace⁵⁷.

⁵³ “Un ordinamento giuridico non è un'entità chiusa ed ordinata, ma è un procedimento di continua ricomposizione dei rapporti tra gli ordini di cui consiste in condizione di precario equilibrio”: così V. FROSINI, *op. cit.*, 654; U. SCARPELLI, *op. cit.*, 58: “un sistema di norme, nel senso in cui ne parlo, non comporta necessariamente certi rapporti logici fra i contenuti delle norme”.

⁵⁴ Cfr. V. FROSINI, *op. cit.*; A. ROMANO TASSONE, *Su diritto ed utopia: le «utopie imperfette» del giurista*, in G. DE GIORGI CEZZI - P.L. PORTALURI - V. TONDIO DELLA MURA - F. VETRÒ (a cura di), *I poteri e i diritti: incontri sulla frontiera*, Napoli, 2011, 31: “Il sistema giuridico, infatti, non è più concepibile come universo simbolico chiuso, in sé completo, armonico e coerente, ma solo come entità aperta ed ipotetica, che si perde e si ricrea, di volta in volta ed episodio per episodio, in un perpetuo moto dialettico”.

⁵⁵ F. MODUGNO, *Ordinamento*, cit., 702 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, 249, discorre di una “unità” dell'ordinamento che viene “ogni qualvolta ricercata, ridefinita, ritrovata su nuove basi, su nuovi contenuti, su nuove tensioni, su nuovi interessi (valori)”.

⁵⁶ L'ordinamento giuridico, cioè, è uno di quegli oggetti che non esistono se non sono pensati e ritenuti tali, come il danaro, il gioco degli scacchi o il matrimonio. Oggetti che, pertanto, hanno natura o forma intenzionale, nel senso che sono ciò che sono in quanto il pensiero attribuisce loro certa natura. Sul piano della teoria della definizione la conseguenza è che, mentre per gli oggetti che esistono a prescindere dal pensiero (ad es.: i gatti) si può distinguere tra definizione di parole e definizione di cose (le cose che le parole designano), così non può farsi per gli oggetti aventi forma intenzionale, dove la definizione data dal pensiero crea e costituisce l'oggetto. Cfr. J.R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, Harmondsworth, Penguin, 1995, trad. it. *La costruzione della realtà sociale*, Milano, 1996, 36 ss.; il concetto di “fatto istituzionale” è stato elaborato dallo stesso A. in *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969, trad. it. *Atti linguistici. Un saggio di filosofia del linguaggio*, Torino, 1976, 80 ss. Sulla realtà istituzionale cfr. K. OLIVECRONA, *Law as fact*, London, 1939, trad. it. *Il diritto come fatto*, Milano, 1967, 279; A. ROSS, *op. cit.*, 13 ss., dove il celebre esempio della partita a scacchi, che neppure si potrebbe concepire se non in relazione alle norme sugli scacchi; B. CELANO, *op. cit.*, 17; un panorama delle teorie in G. LORINI, *Realtà costituite da norme*, in G. LORINI - L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *op. cit.*, 139 ss.

⁵⁷ Tra gli altri G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Opere*, IV, Milano, 1959, 165: “solo il sistema fa il vero giurista”; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta* (1948), in *Diritto civile, Metodo-teoria-pratica*, Milano, 1951, 213-215; ID. *Spunti metodologici*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 227; ID., *La giurisprudenza come scienza pratica*, ivi; A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica. I. teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 235, 253 s.; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in M. LOBUONO (a cura di), *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, Bari, 2009, 79 ss.

L'ordinamento, in conclusione, è una entità problematica; ma il riferimento ad esso persiste nella elaborazione dei giuristi⁵⁸: e pertanto l'ordinamento esiste come fatto istituzionale, cui rapportare la validità delle singole norme⁵⁹.

3.2. L'ordinamento come insieme di norme

Per il normativismo, l'ordinamento è dato dall'insieme delle norme⁶⁰; per l'istituzionalismo, si esprime nell'organizzazione⁶¹; per il realismo, è costituito da un insieme di previsioni (relative alle conseguenze di un certo fatto e al comportamento dei giudici all'inverarsi del medesimo)⁶² o di direttive di comportamento⁶³ indirizzate all'apparato statale, ossia "norme per la regolamentazione dell'esercizio della forza da parte delle corti"⁶⁴.

Ciascuno di questi indirizzi teorici, tuttavia, in misura ora più ora meno scoperta, condivide l'idea che sia impossibile non concepire l'ordinamento (anche) come un insieme di norme⁶⁵.

⁵⁸ Per l'idea che l'ordinamento non possa esser concepito come l'insieme delle norme, sebbene queste abbiano una non trascurabile rilevanza nel contesto dell'ordinamento, v. Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, 9 ss., il quale, peraltro, ricorre all'argomento della rilevanza dell'ordinamento in sede di interpretazione per affermare l'alterità dell'ordinamento rispetto all'insieme delle norme.

⁵⁹ Sull'errore commesso spesso dai giuristi nel ricorrere a nozioni di altri campi in ragione del "mito della esemplarità delle discipline naturalistiche" v. L. BENVENUTI, *Il metodo giuridico tra ermeneutica ed epistemologia*, in *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 20, il quale afferma molto condivisibilmente: "che il concetto di ordinamento sia vago, come sostengono gli ermeneutici, ovvero difficilmente utilizzabile, come sostiene una corrente radicale del neoempirismo, è probabilmente un dato in sé argomentabile, ma ciò non deve lasciare inavaso il tentativo, comunque di farvi riferimento per dare rigore e completezza alla fase di interpretazione e costruzione degli istituti" (18).

⁶⁰ H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., 111; H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford, 1961, trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 108 ss., *passim*; A. MERKL, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, 1931, trad. it. *Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto*, in *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987, 3; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 22 ss.; U. SCARPELLI, *op. cit.*, 61.

⁶¹ Santi ROMANO, *op. cit.*, 33 ss.

⁶² K. OLIVECRONA, *op. cit.*, 33 ss. Sul realismo giuridico scandinavo (Hägerström, Lundstedt, Olivecrona) v. S. CASTIGNONE, *La macchina del diritto*, Milano, 1974, 9 ss.

⁶³ A. ROSS, *op. cit.*, 10.

⁶⁴ A. ROSS, *op. cit.*, 34, che prosegue: "un sistema giuridico nazionale, considerato come un sistema valido di norme, può quindi essere definito come l'insieme delle norme effettivamente operanti nella mente del giudice poiché egli le sente come socialmente vincolanti e perciò le osserva".

⁶⁵ Cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Milano, 1988, 16 s. Si condivide quanto sostenuto da F. MODUGNO, *Ordinamento*, cit., 687 ss., il quale, dopo aver affermato che intorno alla domanda circa gli elementi di cui si compone l'ordinamento si consuma il contrasto tra teorie istituzionalistiche e realiste, da un lato, e teorie normativistiche, dall'altro, reputa "di scarso significato" la disputa, "lumeggiando le varie tesi ora l'uno ora l'altro dei diversi aspetti di uno stesso fenomeno": il punto di vista dei fatti o accadimenti sociali è quello della sociologia, il punto di vista delle norme è proprio della teoria generale del diritto. Poiché la norma costituisce la valutazione o qualificazione esclusiva di un *quid* dal punto di vista di un determinato ordinamento, l'aspetto normativo mantiene una sua autonomia rispetto agli altri in quanto il solo idoneo a rappresentare il momento attivo della stessa istituzione o organizzazione sociale.

Ciò è evidente nelle concezioni normativistiche, le quali, peraltro, riconoscono il valore dell'organizzazione⁶⁶, precisando che essa interessa la scienza giuridica nella sola misura in cui sia frutto delle norme di organizzazione o – comunque – sia studiata dalla prospettiva di queste⁶⁷; ma anche l'istituzionalismo, per molti aspetti concepito in polemica col normativismo kelseniano, non disconosce la componente normativa dell'ordinamento e la sua importanza⁶⁸: se le condizioni dell'istituzionalizzazione sono tre, cioè proporre i fini (ordirsi), disporre i mezzi (ordinarsi), imporre le funzioni (organarsi), è da dirsi che funzioni, mezzi, fini si impongono, dispongono, propongono con norme⁶⁹. “Per l'istituzionalismo stesso, insomma, solo e primariamente attraverso norme l'istituzionalizzazione si opera, solo e primariamente attraverso norme un insieme di atti si ordina, solo e primariamente attraverso norme un insieme di agenti si organa”⁷⁰. L'importanza del fattore normativo anche nella teoria istituzionale, d'altronde, non deve sembrare un elemento contraddittorio: concetto istituzionalistico e concetto normativistico dell'ordinamento sono complementari, perché rispondono a domande diverse: il primo è metodo per definire il diritto (*quid ius?*), il secondo per decidere se v'è diritto (*an ius?*)⁷¹.

Il realismo esclude che le norme giuridiche appartengano a un piano diverso da quello della realtà fattuale, ma non ne nega né l'esistenza né l'appartenenza a un ordinamento⁷².

La crisi in cui versa il concetto di ordinamento giuridico e la varietà delle concezioni del diritto non incidono, dunque, su un punto fondamentale: vale a dire sull'affermazione che l'ordinamento è un insieme di norme.

⁶⁶ In questo senso è significativo l'introduzione nel discorso normativista del concetto di norma secondaria attributiva di poteri da parte di H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 115; tenendo in considerazione l'esistenza di norme attributive di potere, la teoria normativista prende le distanze dall'imperativismo classico e riconosce rilievo giuridico anche alle istituzioni, ovviamente nella sola misura in cui siano create e rette da norme giuridiche. Sul punto cfr. M. BARBERIS, *Santi Romano, il neoistituzionalismo e il positivismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2011, 354; F. MODUGNO, *Ordinamento*, cit., 688 s.

⁶⁷ A. FALZEA, *La costituzione e l'ordinamento giuridico*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, I, *teoria generale del diritto*, cit., 456.

⁶⁸ Lo rileva N. IRTI, *Il mondo e lo sguardo unificante*, in *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, 55. Cfr. Santi ROMANO, *op. cit.*, 5; W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, (prima ed. 1929), Milano, 1963, 15.

Osserva R. MENEGHELLI, *op. cit.*, 11, che “Il normativismo formalistico considera il sistema di potere politico preminente in una società organizzata, sia come un semplice presupposto di fatto anteriore alla giuridicità, sia come un mezzo posto a garanzia dell'osservanza e dell'applicazione coercitiva delle norme. E considera, di conseguenza, l'ordinamento giuridico come un *sistema di norme coercitive*; più brevemente, come un *sistema di norme*. L'istituzionalismo considera, invece, il sistema di norme come uno strumento di cui il sistema di potere politico preminente ordinariamente si serve per conservare nella società, alla cui organizzazione è preposto, un ordine effettivo. E considera, perciò, l'ordinamento giuridico come una *società organizzata da un sistema effettivo di potere mediante un sistema di norme*; più brevemente: come una *società organizzata*”. Sull'istituzionalismo come “forma più sofisticata di normativismo” v. M. BARBERIS, *op. cit.*, 350.

⁶⁹ Si segue la sintesi e il lessico di A.G. CONTE, *Ordinamento*, cit., 47 s.

⁷⁰ A.G. CONTE, *Ordinamento*, cit., 48.

⁷¹ A.G. CONTE, *Ordinamento*, cit., 47.

⁷² K. OLIVECRONA, *op. cit.*, 23 ss.

Con riferimento all'ordinamento come insieme di norme, la teoria del diritto si è mossa principalmente secondo tre direttrici: in primo luogo, si è impegnata nella definizione del concetto di norma giuridica, anche attraverso la distinzione con le altre norme⁷³; in secondo luogo, si è dedicata a distinguere tra i tipi di norme⁷⁴; da ultimo, si è occupata dei rapporti tra le norme⁷⁵.

In questa sede non è necessario indugiare su tali aspetti; quanto piuttosto richiamare l'idea secondo cui l'ordinamento come complesso di norme può essere osservato dal punto di vista esterno o dal punto di vista interno⁷⁶. Questa distinzione, infatti, apre prospettive che consentono di dimostrare che l'ordinamento non si compone solo di norme.

L'osservatore esterno è colui che registra la regolarità del comportamento dei consociati e, immediatamente a seguire, l'ulteriore regolarità di comportamento, in forma di reazioni ostili, rimproveri o pene, che segue dalle deviazioni dal primo tipo di regolarità⁷⁷.

Egli, dopo aver osservato queste dinamiche per un certo tempo, può stabilire un rapporto tra la deviazione e la reazione ostile, e così "essere in grado di predire con una certa misura di successo, e di asserire la possibilità, che a una deviazione dal normale comportamento del gruppo segua una relazione ostile e una pena"⁷⁸.

Non è in grado tuttavia di descrivere la vita della comunità "sulla base delle nozioni normative di obbligo o dovere"⁷⁹; la sua descrizione non sarà compiuta in termini di norme ma in termini di regolarità di condotte e probabilità di sanzioni, e quindi le deviazioni dalle condotte normali non saranno percepite come violazioni di norme obbligatorie ma costituiranno solamente il segnale del probabile avverarsi della situazione ostile⁸⁰.

L'osservatore esterno, infine, può anche essere in condizione di vivere nella società di cui ha esperienza: infatti, egli tendenzialmente rispetterà le norme, ma non in quanto ne percepisce l'esistenza e le assume come criterio di orientamento delle proprie azioni, bensì perché sa che nel caso in cui deviasse dal comportamento sociale normale seguirebbe una sanzione a suo carico⁸¹.

⁷³ Sul metodo Kelseniano di definizione dell'ordinamento giuridico per genere e per differenza v. B. CELANO, *op. cit.*, 18 ss.; sui caratteri differenziali tra la norma giuridica e le altre norme v. l'ampia discussione critica di F. MODUGNO, *Norma*, cit., 328 ss.

⁷⁴ Cfr. il panorama offerto da R. GUASTINI, *Norma giuridica (tipi e classificazioni)*, in *Dig. Disc. Priv.*, XII, Torino, 1995, 154.

⁷⁵ Su tutti questi aspetti v., in modo esemplare, N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento*, cit., 15 ss.

⁷⁶ La distinzione è stata operata per la prima volta da H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 106. È ripresa, con attenzione soprattutto all'aspetto metodologico, da U. SCARPELLI, *op. cit.*, 53 ss.

⁷⁷ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 106.

⁷⁸ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 106.

⁷⁹ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 107.

⁸⁰ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 107.

⁸¹ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 106 s. L'osservatore esterno è nella stessa condizione di chi è inter-

L'osservatore interno, invece, è consapevole dell'esistenza delle norme e le osserva perché ritiene di *avere un obbligo* in tal senso. Egli usa le norme "come guida della propria condotta nella vita sociale, o come il fondamento di pretese, richieste, concessioni, critiche o sanzioni"⁸²; per lui "la violazione di una norma non è soltanto la base per la predizione che seguirà una reazione ostile, ma è una *ragione* di questa ostilità"⁸³.

La posizione dell'osservatore interno è contraddistinta dall'*accettazione* della regola⁸⁴: colui che accetta la regola la usa come *criterio* della propria condotta⁸⁵.

Per spiegare il concetto di accettazione, Hart distingue la situazione di chi "ha un

no al gruppo sociale ma rifiuta le sue norme e si preoccupa di esse solo quando e perché ritiene che probabilmente certe conseguenze per lui spiacevoli seguiranno alla violazione.

⁸² H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 108.

⁸³ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 108. Il termine "ragione" è ambiguo. Secondo un'accezione è sinonimo di giustificazione (ad es., Tizio ha ragione di fare o di credere una cosa, nel senso che ha una "buona ragione"); secondo un'altra accezione è sinonimo di motivo e di spiegazione (ad es., la ragione per cui Tizio ha ucciso Caio è la gelosia). Osserva esattamente A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista e i suoi limiti*, Pisa, 2010, 21 s., che esiste un "collegamento tra la distinzione *giustificazione/spiegazione* e quella *punto di vista interno/punto di vista esterno*", nel senso che una ragione giustifica credenze e comportamenti solo "per coloro che adottano, rispetto ad essa, una prospettiva interna". Ad esempio, "il fatto che un mago di chiara fama abbia vaticinato il verificarsi di un evento futuro è una ragione giustificativa per credere che quel determinato evento si verificherà" per coloro che ripongono piena fiducia nella magia, ma non per la maggior parte dei consociati.

⁸⁴ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 106.

⁸⁵ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 108.

Si rinvia ad A. SCHIAVELLO, *op. cit.*, per l'individuazione delle principali risposte che la filosofia del diritto ha dato all'interrogativo sulla normatività del diritto, ossia alla domanda sulle ragioni per le quali il diritto è vincolante. Il realismo giuridico accoglie un concetto di normatività in senso debole: per Frank fare ciò che il diritto ci impone di fare ci rassicura e ci pone al riparo dal caos del mondo esterno (40-42); per Lundstedt la macchina del diritto, anche servendosi della forza, favorisce il diffondersi nella società di un sentimento di ripulsa morale nei confronti di quelle azioni e quei comportamenti che il legislatore ritiene contrari al benessere sociale (42-44); per Ross la forza condizionante delle norme è il residuo di ataviche superstizioni: il diritto, utilizzando parole come "pretesa" o "obbligo" tocca le corde più ancestrali dell'essere umano e induce in esso la credenza che porre in essere certi comportamenti sia qualcosa di ineluttabile (44-46). Si tratta sempre, come ognuno vede, di ragioni esplicative e non giustificative dell'obbligo giuridico. Altre impostazioni teoriche assumono invece il concetto della normatività del diritto in senso pregnante e si chiedono perché il diritto è una ragione giustificativa per l'azione. Una prima risposta è quella dell'imperativismo classico (c.d. "modello del bandito"): la normatività del diritto dipende dalla coazione (il bandito dice all'impiegato di banca "consegnami il denaro o sparo" e questo esegue): in breve le sanzioni "rappresentano una motivazione ed una giustificazione del fatto che i destinatari delle prescrizioni adempiano a quanto richiesto" (48-58). Una seconda risposta è rappresentata dal c.d. "modello della morale"; ossia: ciò che chiamiamo obbligo giuridico non è altro che un tipo particolare di obbligo morale. Una terza risposta è costituita dal "modello dell'autonomia", secondo cui le ragioni giuridiche dell'agire sono "genuine", non possono esser ricondotte né alla minaccia della sanzione né alla morale. Importante versione del modello dell'autonomia è il "modello convenzionalista". Si basa su due tesi. La prima è che "la funzione principale e tipica del diritto è di favorire la cooperazione, l'interazione umana e, in definitiva, di garantire l'ordine sociale". La seconda è che dalla funzione coordinativa deriva l'esistenza di un obbligo specifico di obbedienza al diritto (l'obbligo giuridico, come *aliud* rispetto all'obbligo morale). Secondo questa prospettiva una norma giuridica è obbligatoria non (anche) perché è giusta, adeguata alle circostanze, efficiente e così via, ma perché, a prescindere da quale sia il suo contenuto, nella misura in cui è efficace, è in grado di garantire l'ordine sociale (151).

obbligo” (*having an obligation*) da quella di chi “è obbligato” (*been forced*)⁸⁶.

“È obbligato” a compiere una certa azione chi agisce in base alla predizione che, se non compirà quell’azione, seguiranno delle conseguenze sfavorevoli a suo carico. Costui si pone dal punto di vista esterno all’ordinamento.

“Ha un obbligo”, invece, chi ha consapevolezza dell’esistenza di una norma⁸⁷, rispetto alla quale “è persistente la generale richiesta di conformità” ed è “grande la pressione sociale che si fa sentire su coloro che deviano da essa”⁸⁸. Questa pressione sociale si giustifica in quanto trattasi di norme “ritenute necessarie per il mantenimento della vita sociale”⁸⁹. Colui che “ha un obbligo” si pone dal punto di vista interno all’ordinamento.

La distinzione tra punto di vista interno ed esterno serve ad Hart sia come base per la critica del realismo predittivista e dell’approccio sociologico, che si limitano a considerare il punto di vista esterno del diritto⁹⁰; sia per illustrare le specificità del vincolo giuridico e, quindi, la ragione della forza vincolante delle norme, che secondo Hart dipende non dalla minaccia della sanzione ma appunto dalla accettazione del comando⁹¹. In conclusione, l’adozione del punto di vista interno è una questione di metodo; mentre invece la definizione dello stesso è funzionale alla determinazione del concetto di diritto.

Con riguardo al problema della normatività del diritto e dell’autonomia dell’obbligo giuridico da quello morale la tesi di Hart ha suscitato immense discussioni e si è rilevata non esente da ambiguità⁹².

⁸⁶ Sulla distinzione tra l’aver un obbligo e l’essere obbligato posta da Hart v. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, 44 s.

⁸⁷ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 102 s.

⁸⁸ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 103.

⁸⁹ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 104. Cfr. A. SCHIAVELLO, *op. cit.*, 58-65, *passim*.

⁹⁰ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 108. La critica di Hart, ripresa e approfondita in questo senso soprattutto da Scarpelli, nei confronti del realismo e del sociologismo riguarda, più che il fondamento delle rispettive concezioni, l’oggetto della teoria del diritto. Non si nega la legittimità scientifica e l’utilità dello studio dell’impatto del diritto sulla società, oppure dell’analisi della regolarità delle decisioni giudiziarie, etc., ma si avverte che questo approccio non serve a rispondere alle domande che si pone il giurista come cultore di una scienza autonoma e specifica rispetto alle altre scienze sociali. Tutti questi modi di guardare al diritto senza penetrarne l’intima essenza si riassumono nel punto di vista dell’osservatore esterno. Il compito della scienza giuridica, invece, è di studiare l’ordinamento dal punto di vista interno.

Nella medesima prospettiva U. SCARPELLI, *op. cit.*, 55 ss., 66, non nega l’utilità della teoria della validità proposta dai realisti (per tutti A. ROSS, *op. cit.*, 18 s., secondo cui valido è un sistema normativo capace di fungere da “schema d’interpretazione dei fenomeni giuridici in azione”, ossia in primo luogo delle decisioni dei giudici) ma rileva che questa concezione è frutto dell’assunzione del punto di vista esterno, ovvero quello del sociologo, precisando peraltro che “la possibilità di mettersi dal punto di vista esterno non esclude la possibilità di mettersi dal punto di vista interno”.

⁹¹ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 98 ss.

⁹² Per la ricostruzione del dibattito cfr. A. SCHIAVELLO, *op. cit.*, 103; ID., *Rule of recognition, convention and obligation. What Shapiro can still learn from Hart’s mistakes*, in *www.academia.edu*, 2009, 1 ss. e autori *ivi* citati; S. PAJNO, *Internal point of view, ragioni per agire e interpretazione costituzionale*, in *Diritto e questioni pubbliche*,

Si è rilevato in particolare che l'accettazione implica l'adesione morale del soggetto al comando della norma⁹³: conseguentemente, l'obbligo giuridico tipico dell'osservatore interno, in forza del quale egli considera la norma come ragione della sua condotta, non si distingue dall'obbligo morale, o meglio ha anch'esso carattere morale.

È discusso se ciò farebbe venir meno la separazione tra diritto e morale sulla quale è fondato il positivismo giuridico⁹⁴. Hart, nondimeno, precisa che "avere un obbligo" non significa "sentirsi obbligati", non mette in gioco cioè "questioni di sentimenti"⁹⁵: aveva un obbligo di pagare l'affitto l'"incallito imbroglione" che non "avvertiva alcun senso di costrizione quando scappò senza farlo"⁹⁶. Questa precisazione, tuttavia, se per un verso evita che l'accettazione della regola sia confusa con l'adesione morale al comando, rischia per altro verso di annullare le distanze che separano la concezione del punto di vista interno con la tesi dell'imperativismo classico, secondo cui il fondamento della obbedienza della norma risiede nella minaccia della sanzione e, quindi, di obliterare la distinzione tra l'osservatore interno e quello esterno.

Non sono, tuttavia, questi gli aspetti sui quali per il momento interessa soffermarsi. Qui si deve piuttosto rilevare come tutto il discorso sul punto di vista interno, indipendentemente dall'interpretazione del concetto di accettazione, riveli l'insufficienza di una concezione dell'ordinamento giuridico come mero complesso di norme.

Ed infatti, la circostanza che l'osservatore interno consideri la violazione delle norme non solo come la base per predire una reazione ostile ma anche come una *ragione* di questa ostilità (se, probabilmente, non dimostra che egli giustifica il proprio comportamento in base ad un obbligo derivante dalle norme che lo prescrivono, autonomo rispetto all'obbligo morale) dimostra che egli giustifica l'esistenza delle norme alla luce di qualcos'altro che pure è interno all'ordinamento giuridico.

L'elemento che da questo punto di vista contraddistingue la posizione dell'osservatore interno, e che gli consente di giustificare l'esistenza delle regole e delle sanzioni, è la *consapevolezza* del fatto che il precetto è posto a presidio di valori: la sanzione si giustifica perché segue a un comportamento contrastante con il valore protetto dalla norma; caratteristica dell'osservatore interno è di guardare alle norme nella prospettiva del rapporto con i valori che esse proteggono e attuano⁹⁷.

2010, 9 ss.; O. CILIBERTO, *Il diritto amministrativo nella prospettiva di un ripensamento epistemologico dei saperi giuridici*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2011, 1369, nota 117.

⁹³ Cfr. N. MACCORMICK, *op. cit.*, 320 s., secondo il quale l'accettazione non può che avere natura morale; V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2004, 183; *contra* M. NARVAEZ - S. POZZOLO, *Il concetto di accettazione non è una minaccia... per il positivismo hartiano*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2005, 99 ss.

⁹⁴ Separazione tra diritto e morale che, peraltro, è considerata e difesa quale carattere fondamentale del positivismo giuridico dallo stesso H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione fra diritto e morale*, cit., 108 ss. Un'ampia discussione delle tesi della separazione e dell'integrazione è in R. ALEXYS, *op. cit.*, 17 ss.

⁹⁵ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 105.

⁹⁶ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 105.

⁹⁷ Di *hermeneutic point of view* parla N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, London, 1981, 29.

L'affermazione verrà precisata in seguito; ma, anche nei termini generali in cui è stata adesso proposta, segnala l'insufficienza della definizione dell'ordinamento giuridico come sistema normativo e rivela la presenza di un'altra dimensione, quella assiologica, di cui solo l'osservatore interno è consapevole e sulla quale è venuto adesso il momento di soffermarsi.

3.3. L'ordinamento come insieme di valori

L'ordinamento giuridico non è solo un insieme di norme. Non lo è nessun ordinamento normativo: in ciascuno di essi è presente la dimensione assiologica, consistente nel *corpus* di valori che le norme tendono ad attuare.

È stato detto che il problema dei valori è uno dei problemi fondamentali della filosofia o, almeno, uno degli angoli visuali da cui tutta la problematica filosofica può essere colta⁹⁸. Qui è sufficiente stabilire alcuni punti fermi.

I filosofi discutono intorno al carattere soggettivo o oggettivo dei valori, a seconda che si tratti di fenomeni dipendenti o meno dalle rappresentazioni o dagli apprezzamenti dei soggetti individuali⁹⁹. Questo dibattito si riflette nella opposizione tra cognitivisti e anticognitivisti, ovvero tra chi ammette la conoscibilità dei valori in quanto oggettivi e universali, e chi invece ritiene che, in quanto soggettivi, i valori non siano conoscibili e apprezzabili su un piano di evidenza pubblica¹⁰⁰. A queste due posizioni teoriche di base¹⁰¹ consegue, di regola, l'adesione, rispettivamente, al filone giusna-

⁹⁸ E. OPOCHER, *Valore (filosofia)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 111 ss.; R. DE STEFANO, *Assiologia (Schema di una teoria generale del valore e dei valori)* (1982), in *Scritti sul diritto e sulla scienza giuridica*, Milano, 1990, 353. Essendo estraneo al presente lavoro ogni tentativo di fondazione teoretica, ci si limita a rinviare per quanto attiene al concetto di valore nella filosofia del diritto a: R. DE STEFANO, *Il problema del diritto non naturale*, Milano, 1955, 6 ss., dove sono sintetizzati i principali motivi della discussione filosofica sui valori alla luce delle alternative oggettività/soggettività e realtà/idealità; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, II. *dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 34 ss., testo e note, *ivi* una esauriente bibliografia commentata sul tema del valore negli studi giuridici e filosofici; ID., *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 25 ss.; U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, 1962; E. OPOCHER, *op. cit.*, 111 ss.; V. SCALISI, *Assiologia e teoria (rileggendo Rodolfo De Stefano)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 1 ss.; D. PULIATTI, *La struttura dei valori nella transizione verso la prassi*, Messina, 2008.

⁹⁹ Per la ricostruzione del dibattito v. F. VIOLA, *Oggettività e verità dei valori morali*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, 1 ss.; R. DE STEFANO, *Il problema del diritto non naturale*, cit., 7; J. HABERMAS, *Verità e giustificazione*, Roma-Bari, 2001, 269 ss. Che il principale problema in relazione ai valori sia costituito dal dubbio circa la loro natura oggettiva o soggettiva e, quindi, circa la loro conoscibilità e universalità è confermato da R. OPOCHER, *op. cit.*, 114. Tra i giuristi il problema è particolarmente avvertito da L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 75; V. SCALISI, *Assiologia e teoria*, cit., 2 s. Cfr., altresì, H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., 48 s., che distingue tra "valore di diritto", oggettivo e verificabile perché vi corrisponde una data realtà sociale, e "valore di giustizia", storico e soggettivo: nella scienza del diritto non v'è posto per il secondo, perché solo il primo può essere verificato oggettivamente con l'aiuto dei fatti.

¹⁰⁰ Cfr. A. SCHIAVELLO, *Due argomenti a favore dell'incompatibilità tra positivismo giuridico e realismo morale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2010, 227 ss.

¹⁰¹ L'opposizione tra il realismo morale cognitivista, da una parte, e il soggettivismo morale anticognitivista,

turalista ovvero a quello giuspositivista¹⁰². In altri termini, per il teorico giusnaturalista, il diritto è un sistema sociale complessivamente orientato e guidato da una serie di valori, più o meno riconducibili all'idea di giustizia¹⁰³; per il giuspositivista, invece, i valori, soggettivi ed inconoscibili, devono essere espunti dal discorso dei giuristi, siccome formule mendaci dietro le quali si celano scelte politico-ideologiche¹⁰⁴.

Tra questi due estremi si situa la posizione neo-costituzionalista¹⁰⁵, secondo cui l'avvento delle costituzioni del dopoguerra avrebbe determinato la "positivizzazione" dei valori, che, da entità morali, si sarebbero venute ad oggettivizzare nelle norme poste al vertice degli ordinamenti statali, e avrebbero, per questa via, fatto ingresso nel sistema giuridico sotto la forma dei principi¹⁰⁶.

dall'altra, è frutto di una semplificazione indubbiamente eccessiva. L'alternativa non tiene conto, infatti, della circostanza che molti sforzi dei filosofi contemporanei (tra i quali Gadamer, Raz, Dworkin) vanno nella direzione di elaborare "una nozione di oggettività tale da salvare la morale dall'arbitrio soggettivo senza affermare l'assolutezza dei valori": v. F. VIOLA, *op. cit.*, 1 s.; sulla convivenza nel pensiero di Raz dell'aspetto soggettivo e di quello universale dei valori v. T. CASADEI, *La filosofia pratica di Joseph Raz: Valori e ragioni per agire*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2008, 253 ss.

¹⁰² Cfr. A. SCHIAVELLO, *op. loc. ult. cit.*; M. DOGLIANI - V. MARCENÒ, *Norberto Bobbio e i diritti dell'uomo*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 170 ss.

¹⁰³ Sul rapporto tra il giusnaturalismo e la tematica dei valori si possono vedere le bellissime pagine di H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1951, trad. it. *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965, 359 ss.

¹⁰⁴ N. IRTI, *Atto primo*, in N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, 9. Secondo Nietzsche, dietro la pretesa oggettività dei valori v'è la volontà di potenza che, nella sostanza, è "volontà che pone valori". Cfr. F. VIOLA, *op. cit.*, 1.

¹⁰⁵ Il termine "neocostituzionalismo" è stato coniato da S. POZZOLO, *Neocostitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, in *Doxa*, 21, II, 1998, 339 ss. Cfr. T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002; R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. Cost.*, 2007, 1373 ss.; A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3251 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, 720 ss.; M. LA TORRE, «Finché la società sarà questa». *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico: Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2010, 209 ss.; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2771 ss.; G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. Cost.*, 2011, 965 ss.; M. BARBERIS, *Esiste il neocostituzionalismo?*, in *Analisi e diritto 2011*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, 11 ss.; A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2003, 37 ss.; S. POZZOLO, *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico"*, ivi, 51 ss.; G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Enc. Dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, 749 ss., che distingue due accezioni di neocostituzionalismo: "la prima indica le modificazioni introdotte dalla affermazione nel secondo dopoguerra dei sistemi costituzionali rigidi e muniti del sindacato di costituzionalità, e il processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico (incorporazione di valori e diritti nella costituzione, pluralità della struttura delle norme giuridiche, ruolo dei processi di interpretazione e applicazione per la formazione e lo sviluppo del diritto in relazione anche alle nuove modalità di decisione giudiziaria)". La seconda accezione di neocostituzionalismo identifica una teoria del diritto che si caratterizza per proporre "il superamento delle tradizionali visioni del diritto (giusnaturalismo, giuspositivismo, giusrealismo)" e che si fonda sul recupero della tesi della connessione tra diritto e morale e sulla correlativa centralità del ruolo dei principi.

¹⁰⁶ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 26, *passim*; G. SILVESTRI, *Lo stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, capitolo primo; L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. Trim. Dir.*

L'attenzione tributata dai giuristi alla questione del loro carattere soggettivo od oggettivo e alla loro conoscibilità¹⁰⁷ ha finito per occultare l'altra fondamentale linea del dibattito filosofico sui valori, che vede contrapposte l'opinione per cui il valore ha una esistenza ideale, al pari delle entità matematiche e logiche, e la tesi che ne sostiene il carattere reale¹⁰⁸.

In questo campo è utile muovere da una considerazione semantica. Dal punto di vista del linguaggio, con "valore" si intende quel che un dato osservatore individua come "ciò che vale"¹⁰⁹, nel senso di "ciò che importa": secondo una convincente definizione, "qualcosa ha valore per qualcuno quando nel soggetto di cui si tratta esiste per la cosa una preferenza o una disposizione preferenziale"¹¹⁰.

La scienza giuridica, in quanto scienza sociale, è interessata a "ciò che vale" per l'uomo nella realtà in cui vive, e quindi ai valori come entità reali, riguardanti l'esperienza dell'uomo¹¹¹. Dal punto di vista del giurista, cioè, "non importa sapere cosa siano i valori fuori dal mondo reale, e se ve ne siano. Anche ammesso senz'altro che si possa parlare di valori per un mondo ideale e non reale, o per una realtà trascendente e non mondana, qui si tratta di considerare i valori di cui l'uomo prende esperienza vivendo nel mondo, o che li trovi fin dall'inizio o che li venga via via scoprendo e creando. Sono quelli che l'uomo accampa e cerca di far valere nella realtà mondana, quelli che l'uomo chiama i suoi «interessi». E gli interessi, anche quelli di più

e Proc. Civ., 2001, 1 ss.; A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, cit., 455 ss.; ID., *Etica e diritto*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, III. *Scritti di occasione*, Milano, 2010, 337. Sui modi di intendere la costituzione in rapporto ai valori cfr. R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. Cost.*, 2007, 11 ss.; A. RUGGERI, *Teorie e "usi" della Costituzione*, ivi, 2007, 519 ss. e in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XI, studi dell'anno 2007, Torino, 2008, 325 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Introduzione*, in R. ALEXY, *op. cit.*, XIX ss.; F. GALLO, *Che cos'è la Costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; A. SPADARO, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Diz. dir. pubbl.*, II, Milano, 2006, 1630 ss.; R. BIFULCO, *Costituzione*, in AA.VV., *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, a cura di U. Pomarici, Torino, 2007, 117 ss.; T. GAZZOLO, *"Valore" e "limite" in Carl Schmitt. Per una lettura della "Tirannia dei valori"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2010, 427; B. CELANO, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2004, 32 ss.

¹⁰⁷ La cui rilevanza per la teoria del diritto non è invero scontata. Osserva condivisibilmente H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit., 160 s., che, anche se si aderisce alla concezione cognitivista secondo cui i giudizi morali sono difendibili su base razionale, non per questo si annulla la differenza tra diritto e morale e si accede alla posizione giusnaturalista. L'unica conseguenza che ne deriva, infatti, è la possibilità di dimostrare l'iniquità morale di alcune leggi (il che è invece impossibile se si sostiene l'inconoscibilità dei valori). Ma questa possibilità non mette in discussione che sia diritto anche la legge di cui è stata dimostrata l'immoralità.

¹⁰⁸ Per un panorama del dibattito cfr. R. DE STEFANO, *Il problema del diritto non naturale*, cit., 7 s., 39 ss.; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 18 ss., 47 ss.; ID., *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 25 ss.

¹⁰⁹ E. OPOCHER, *op. cit.*, 114.

¹¹⁰ U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, cit., 62; il rigetto di ogni forma di realismo morale è alla base dell'approccio della filosofia analitica contemporanea ai valori: cfr. F. VIOLA, *op. cit.*, 2.

¹¹¹ Per una concezione ampia della realtà, non limitata alla realtà fisica ma comprendente quella ideale v. O. WEINBERGER, *Die Norm als Gedanke und Realität*, in *Sterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 10, 1070, 203-216, trad. it. *Norma come pensiero vs. norma come realtà*, in G. LORINI - L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *op. cit.*, 31 ss.

alta natura spirituale, sono vere e proprie situazioni storiche, perché l'uomo li trova, li scopre, o li crea, vivendo la sua storia lungo il corso del tempo e può segnare nella linea del tempo il tratto della loro durata"¹¹².

La realtà dei valori si esprime tanto sul piano della loro genesi quanto su quello della loro realizzazione¹¹³. E, come subito si vedrà, è proprio questa correlazione alla prassi (genetica ed attuativa) a smorzare il problema della soggettività dei valori.

Sul primo piano è da dire che il valore non esiste in sé e per sé, ma solo se "pensato" da un soggetto o da un gruppo¹¹⁴. "Pensare" il valore significa costituirlo tramite un giudizio, attraverso il quale il soggetto stabilisce ciò che per lui "vale" in una determinata situazione storica¹¹⁵. Il fondamento del valore reale, pertanto, è tutto interno alla storia e all'esperienza umana¹¹⁶.

Sul piano della realizzazione, la realtà del valore si traduce nella sua attuabilità tramite la condotta umana¹¹⁷ (del soggetto che è titolare dell'interesse oppure attraverso una condotta altrui che egli può pretendere): come è stato detto, "propriamente attuabile è soltanto ciò che cade nel teatro anzi nel proscenio dell'azione umana"¹¹⁸. Risolto della attuabilità dei valori reali è la loro normatività. Essi, cioè, prospettano, sia pur genericamente, regole d'azione, atte a orientare i comportamenti verso la loro realizzazione¹¹⁹.

¹¹² R. DE STEFANO, *Il problema del diritto non naturale*, cit., 47; ID., *Legge etica e legge giuridica*, Milano, 1955, 87 ss. Sul punto, da ultimo, cfr. V. SCALISI, *Assiologia e teoria*, cit., 5.

¹¹³ O. WEINBERGER, *op. cit.*, 34 s.

¹¹⁴ N. IRTI, «Verità effettuale» e politeismo giuridico, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 650; M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 15; F. VIOLA, *op. cit.*, 8: "senza soggettività non ci sono valori".

¹¹⁵ N. IRTI, «Verità effettuale», cit., 651 s. L'affermazione per cui il valore è costituito da un giudizio operato da un soggetto se, da un lato, conferma la relatività dei valori, dall'altro pone l'arduo problema della pluralità dei criteri di valutazione (e quindi dei valori), che sono tanti quanti sono i soggetti capaci di esprimere un giudizio: è il noto tema del politeismo dei valori individuato da Weber. È evidente come questo politeismo, secondo il quale ciascun individuo si serve di un proprio criterio di giudizio della realtà, non possa essere né soppresso né disconosciuto dal pensiero giuridico; nondimeno, stante il carattere della socialità del diritto, si deve ammettere che l'individuazione dei valori giuridici dipenda dall'adozione di un criterio riferibile all'ordinamento e non a un singolo soggetto. Sulla possibilità che gli individui si "raccolgano in cerchie più ampie e durature" in modo da dotarsi di un criterio di valutazione comune cfr. N. IRTI, «Verità effettuale», cit., 656, dove si osserva che la scelta "può condurci in uno Stato, o in una banda criminale, o in una setta mistica, o in un gruppo rivoluzionario".

¹¹⁶ Come nota U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, cit., 62, la riduzione dei valori alle preferenze e alle disposizioni preferenziali degli uomini, cioè – in sostanza – al piano degli interessi, "ha sempre avuto una forte e positiva funzione polemica contro le filosofie che mettono il fondamento dei valori fuori dell'esperienza umana".

¹¹⁷ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Su diritto ed utopia: le «utopie imperfette» del giurista*, cit., 24: "il giurista non può consapevolmente contemplare un «dover essere» che egli riconosca di impossibile inveramento a pena di incorrere in una eclatante contraddizione, che non è tanto logica, quanto soprattutto funzionale: non avrebbe alcun senso, in altre parole, elaborare precetti destinati a restare inattuati, ovvero proiettati in un futuro tanto remoto da essere fuori dalla portata operativa di chi vive oggi".

¹¹⁸ R. DE STEFANO, *Legge etica e legge giuridica*, cit., 88: "il contadino ha interesse che piova; egli considera la pioggia una prospettiva realizzabile ma non attuabile, cioè non determinabile mediante la propria azione".

¹¹⁹ Sulla normatività dei valori v. F. VIOLA, *Oggettività e verità dei valori morali*, cit., 5 ss. L'A. distingue tra

I valori, organizzati in sistemi, formano la cultura¹²⁰. Intesa questa come il prodotto complessivo della creatività umana¹²¹, vanno distinte la cultura positiva e la cultura ideale. La prima è composta dai valori reali, la seconda dai valori ideali¹²².

Anche la cultura positiva presenta le caratteristiche della attualità e della attuabilità¹²³. L'attualità delle idee culturali consiste nell'essere fattori attivi della vita presente nella società¹²⁴, mentre inattuali sono i valori culturali che non hanno presa sulla vita attuale della società: le idee di una cultura estinta o di una cultura

fini e valori. Tutte le azioni umane sono finalisticamente orientate, cioè sono protese alla realizzazione di uno stato di cose che il soggetto considera desiderabile e quindi un bene. Non tutte queste preferenze, però sono uguali: ve ne sono alcuni ragionevoli e ben fondate ed altre immotivate o puramente emotive. La valutazione delle preferenze è operata dalla razionalità pratica (a livello individuale o collettivo) attraverso il processo di deliberazione, il quale conduce ad individuare la preferenza migliore in una situazione data. Si tratta di un processo dialogico che si sviluppa nella forma di un discorso: la preferenza va giustificata sempre nei confronti di un tu o di un *alter ego*. Non tutte le preferenze possono essere giustificate, perciò non tutte le azioni e gli stati di cose che *possono* esistere *devono* esistere. La giustificazione è operata tramite il ricorso da parte della ragion pratica a modelli ideali, ideali-limite ai quali le attività umane tendono ad avvicinarsi il più possibile. "Non è il presupposto già acquisito del giudizio di valore, ma è ciò che la ragione cerca *riflettendo* sul caso in esame. Il modello non è dato come una regola certa e determinata, ma deve essere trovato e, tuttavia, è esso stesso il giudice della riuscita dei tentativi di catturarlo (giudizio riflettente)" (8). I modelli ideali sono i valori. Il valore è dunque "uno stato di cose puramente possibile visto come modello ideale". È vero che i valori si riferiscono sempre ad un destinatario (valere-per, avere-valore-per), sicché senza soggettività non ci sono valori. Ma, circolarmente, è vero anche che senza modelli ideali, cioè senza valori, non può esserci alcuna soggettività pensante e, quindi, neppure ragion pratica. La ragion pratica è in grado di distinguere ideali di azione che sono valori dagli altri che sono disvalori: si tratta di "discernere ragionevolmente tra gli stati di cose possibili quelli che *devono* essere da quelli che *non devono* essere" (9). Il criterio di valutazione ultimo è rappresentato dall'imperativo categorico kantiano, secondo il quale l'uomo deve essere il fine e non il mezzo dell'azione. Nel tentativo di afferrare questi modelli, gli uomini formulano regole capaci di guidare l'azione all'ideale della perfezione: "queste norme sono la determinazione concreta, e in buona misura contingente, dei modelli ideali delle azioni". L'intero complesso dei valori è dunque un ideale regolativo, da cui trarre i criteri di giudizio per le scelte pratiche dei fini. Ogni scelta della vita pratica circa i fini privilegia un valore e ne mette in ombra un altro, ma ciò non significa l'esclusione del bene scartato dal mondo dei valori. Anzi, è proprio perché questa esclusione non avviene, che ogni scelta è sempre, più o meno, tragica (11).

Due rilievi con riferimento a questa tesi. Il primo è che il modo in cui essa spiega la forza regolativa dei valori può essere accettato indipendentemente da quanto si pensi in ordine alla capacità della ragion pratica di distinguere ciò che è valore in sé da ciò che in sé è disvalore. Il secondo rilievo serve a precisare che, secondo chi scrive, anche la individuazione dei fini pratici delle singole azioni presuppone l'individuazione di un valore. Non v'è differenza qualitativa tra ciò che Viola chiama "fini" e ciò che chiama "valori"; v'è solamente da considerare che, tanto nel progetto di vita di un singolo quanto in quello di una comunità associata, esistono valori più e meno indeterminati: i primi, che spesso sono anche i più importanti, trovano attuazione e specificazione nei secondi. Perciò, il valore che ogni singola preferenza individua è generalmente un valore attuativo e specificativo di valori già preesistenti nel "patrimonio assiologico" di un soggetto o di una comunità.

¹²⁰ Sul concetto di cultura v. A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I. *teoria generale del diritto*, cit., 189 ss.

¹²¹ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, III. *Scritti di occasione*, cit., 599 ss.

¹²² A. FALZEA, *La prassi nella realtà del diritto*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, I. *teoria generale del diritto*, cit., 428.

¹²³ A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, cit., 201.

¹²⁴ A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, cit., 200.

immaginata¹²⁵; l'attuabilità dei valori consiste nel loro essere oggetto di realizzazione attraverso la condotta umana.

I valori che costituiscono la cultura positiva, in quanto attuabili, sono anche detti "pratici": essi "sono condizionati alla prassi nella forma specifica dell'azione" e "stanno in rapporto con le soluzioni date dalla società... ai problemi comuni di vita, soluzioni che si affidano all'azione perché solo nell'azione possono trovare appropriata e compiuta realizzazione"¹²⁶. In altri termini, la cultura positiva, intesa come il sistema dei valori reali, implica l'esistenza di (e si realizza tramite l'affermazione di) uno stile di vita, ovvero di un insieme di soluzioni operative che i soggetti e la società adottano in presenza di certi problemi di interesse. Lo stile di vita di un soggetto o di una comunità, quale sintesi degli orientamenti adottati per l'attuazione dei valori, è la prova della intrinseca natura regolativa della cultura positiva¹²⁷. Infatti, i valori non determinano per forza propria lo stile di vita di un soggetto o di una comunità; lo fanno mediatamente per il tramite del momento normativo, costituendo la fonte di un complesso di regole che il soggetto o la comunità si danno al fine di affermare e realizzare i valori medesimi.

La cultura positiva può essere individuale o sociale¹²⁸. Individuale è quella composta da valori tutti posti tramite giudizi di un soggetto e alla cui realizzazione sono orientati solamente i comportamenti di quel soggetto¹²⁹. Sociale è la cultura composta da valori comuni alla comunità e alla cui realizzazione sono orientati i comportamenti del corpo sociale¹³⁰.

A seconda che si tratti di un sistema culturale individuale o sociale, cambia il modo di esplicarsi della forza regolativa. La cultura individuale è fonte di regole che il soggetto dá a se stesso. La cultura individuale è fonte di regole che, rispetto ad ogni singolo consociato, hanno carattere eteronomo.

Il sistema della cultura sociale si compone di una pluralità di sottosistemi, tra i quali il diritto¹³¹.

Il rapporto tra il sistema sociale generale e i suoi sottosistemi è tale per cui i valori che appartengono al secondo devono necessariamente essere propri anche al primo. Il rilievo è di particolare importanza per la concezione del diritto come sistema culturale. Infatti, esistono alcuni valori sociali che gli individui ritengono tanto impor-

¹²⁵ A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, cit., 200.

¹²⁶ A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, cit., 202; ID., *La prassi nella realtà del diritto*, cit., 428.

¹²⁷ Sebbene non tutta la cultura sia regolativa, v. A. FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., 607.

¹²⁸ La distinzione riprende quella tradizionale tra *cultura animi* e civiltà. Cfr. A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, cit., 190 ss.

¹²⁹ Secondo A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, cit., 193 ss., il sistema dei valori, quando incontra l'individuo, dà luogo alla persona.

¹³⁰ L'analisi del processo attraverso il quale una società individua e stabilisce i propri valori si deve ad A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 366 ss.; ID., *Sistema culturale e sistema giuridico*, cit., 198 ss.

¹³¹ A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, cit., 208 ss.

tanti per la loro vita da meritare l'assistenza del diritto, cioè del sistema culturale¹³² che ne garantisce al massimo la stabilità e la realizzazione¹³³. Il diritto, dunque, è un sistema culturale interno al sistema sociale¹³⁴, caratterizzato dal garantire al massimo la stabilità e la realizzazione dei valori¹³⁵.

“Col sorgere di un bisogno sorge l'idea di soddisfarvi, che dapprima si manifesterà con atti isolati, secondo dove e da chi il bisogno è sentito, ma fin da questo momento quei pochi che lo sentono, coordinano le loro azioni per soddisfarlo e nasce in essi l'*interesse* a non essere turbati nella loro sfera di azione, *interesse*, che fin qui non può sperare in altra difesa di quella di chi lo ha e del costume. Però, se quel bisogno e quell'interesse alla sua soddisfazione, che ne è la conseguenza, si estendono ad altri membri della comunità e la tutela del costume appare insufficiente, si determina nella coscienza del popolo la convinzione della necessità di una norma giuridica, che tuteli quell'interesse e la sua soddisfazione, e allora solo lo Stato li può tutelare giuridicamente, sia direttamente, cioè con una speciale disposizione positiva, sia indirettamente, cioè permettendo che esso possa formare oggetto di un contratto”¹³⁶. Queste parole, sostituendo al termine “Stato” quello di “ordinamento” e precisando che nei siste-

¹³² A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, cit., 205 ss.

¹³³ A. FALZEA, *Atto reale e negozio giuridico* (1996), in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II. *Dogmatica giuridica*, cit., 783; ID., *Sistema culturale e sistema giuridico*, cit., 213 ss. Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme*, Milano, 1996, 143: “la morale di ragione resterebbe circoscritta a un ben limitato raggio d'azione, se tutta la sua efficacia dovesse dipendere soltanto dai processi di socializzazione e dalla coscienza degli individui. Attraverso quel sistema giuridico cui resta internamente agganciata, la morale può invece irraggiarsi su tutti gli ambiti d'azione, dunque persino su quelle sfere d'interazione sistemicamente automatizzate che – essendo controllate da media – sgravano gli attori di tutti i loro obblighi morali (eccetto quelli d'una generica ottemperanza giuridica)”.

¹³⁴ Poiché ogni sottosistema della cultura sociale è normativo, è condivisibile che la norma giuridica esista solo come entità relativa all'ordinamento che la definisce come sua fonte. F. MODUGNO, *Norma*, cit., 356, partendo dalla considerazione che la norma di diritto non si differenzia dalle altre norme di condotta, conclude nel senso che la norma ripete la sua giuridicità dall'ordinamento in cui si inserisce: perciò l'ordinamento determina le proprie norme. La relatività della norma giuridica diviene relatività della stessa nozione di norma positiva: “la norma giuridica, secondo la valutazione di un ordinamento determinato, è soltanto quella che concorre a costituire l'ordinamento stesso, ossia quella che è posta da un fatto qualificato come produttivo di norma giuridica (fonte del diritto)”.

¹³⁵ Secondo A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto?*, cit., 183 s., la funzione del diritto è “quella di rafforzare le considerazioni morali”. Il diritto svolge questo ruolo almeno in tre modi. “In primo luogo, il diritto consente di concretizzare considerazioni morali di carattere generale. Ad esempio, è il diritto a determinare quali informazioni i medici debbano comunicare ai pazienti affinché il loro consenso ad una pratica medica possa essere considerato libero e volontario. In secondo luogo, il diritto attribuisce alla morale una forma pubblica e, in questo modo, facilita la sua applicazione e rende l'affidamento ad essa più sicuro, prevenendo così l'iniquità nelle reazioni tra coloro che si conformano ad essa e coloro che non si conformano. In terzo luogo, il diritto facilita il raggiungimento di obiettivi e condizioni che sono moralmente apprezzabili e, in alcuni casi, consente addirittura di raggiungere obiettivi e, più in generale, stati di cose che in sua assenza sarebbe impossibile raggiungere”.

¹³⁶ O. RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa*, in *Foro it.*, XVIII, 1893, I, 470-486, ora in *Scritti giuridici scelti*, II. *La giustizia amministrativa*, Napoli, 1992, 94.

mi democratici moderni la “coscienza del popolo” non individua direttamente ma solo indirettamente i valori giuridici, queste parole, si diceva, mantengono intatte tutta la loro attualità.

Il valore giuridico, quindi, è il frutto di una doppia selezione: in primo luogo, deve trattarsi di un interesse positivamente valutato dal sistema sociale; in secondo luogo, di un interesse, interno al sistema sociale, che, in forza della sua particolare importanza per la vita associata, richiede e ottiene l’inserimento tra i valori del sistema giuridico¹³⁷.

Tutto ciò consente di riprendere e concludere il discorso relativo al punto di vista interno. Il particolare rapporto tra l’osservatore interno e le norme è costituito dal fatto che egli, a differenza dell’osservatore esterno, è consapevole dei valori che le norme intendono attuare attraverso la prescrizione di certi comportamenti¹³⁸. Ciò spiega perché la violazione della norma costituisce per lui la *ragione* della conseguenza sfavorevole. Rispetto a questo tipo di rapporto, che ha natura cognitiva, l’accettazione costituisce un passo ulteriore, compiuto dalla maggior parte degli osservatori interni ma non da tutti: e consiste nell’*identificarsi* nella decisione sociale di assumere un certo interesse nel novero dei valori sociali e, poi, tra i valori giuridici. Identificarsi significa ritenere di avere un interesse alla realizzazione del valore e, quindi, considerare favorevolmente l’esistenza di una norma che tende ad attuarlo: colui che si trova in questa condizione si sottomette alla norma nella convinzione che, rispettandola, realizzi il valore, dando così luogo al fenomeno dell’attuazione spontanea del diritto¹³⁹.

Per l’esistenza dell’ordinamento è necessaria la presenza di un gruppo dominante che abbia questo genere di rapporto con le norme¹⁴⁰. Ciò non implica, tuttavia, che

¹³⁷ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., 600: “la rilevanza giuridica delle situazioni di interesse discende anch’essa da una valutazione etico-sociale, ma è dotata di un apposito e distinto criterio di giudizio, costituito dal sistema culturale del diritto, riservato a quelle situazioni di interesse che presentano, all’interno dei valori ai quali si informa la cultura della società, quel più intenso significato etico-sociale che si traduce nella garanzia di realizzazione - la quale costituisce oggetto, a sua volta, di regole particolari, di organizzazione e di azione, che quella garanzia stabiliscono e disciplinano”.

¹³⁸ Si condivide, pertanto, la caratterizzazione dell’aspetto interno delle norme data da N. MACCORMICK, *Ragionamento giudiziale e teoria del diritto*, cit., 318 ss.

¹³⁹ E. PARESCHE, *La genesi ideale del diritto: saggio sulla attuazione spontanea del diritto e sulla sua creatività*, Milano, 1938, 145, *passim*.

¹⁴⁰ Cfr., anche se in una prospettiva diversa, P. STEIN - J. SHAND, *Legal Values in Western Society*, 1974, 44. Come osservato da M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, trad. it. *Economia e società, I. Teoria delle categorie sociologiche*, Torino, 1999, 29, l’esistenza di un gruppo di individui che adotta l’ordinamento come modello e fonte di obblighi che *devono valere* accresce in misura molto rilevante la possibilità che l’agire sociale sia orientato in vista dell’ordinamento medesimo, e ne riduce dunque la labilità. Cfr. P. GROSSI, *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Dir. Amm.*, 2012, 11, secondo cui il concetto di ordinamento presuppone l’esistenza “di una comunità, piccola o grande, che trova il suo fattore di coesione in valori assunti (e condivisi) da ciascuno dei suoi membri quale fondamento ineludibile, quel fondamento che giustifica interamente ogni regola comunitaria e la assottiglia nella coscienza dei socii, imponendone una inderogabile osservanza”. I valori di cui l’ordinamento si compone sono dunque “fattori di coesione” tra consociati; in ciò deve ravvisarsi la “condivisione” degli stessi, e non piuttosto nella coincidenza di questi valori con le preferenze che ciascuno di essi autonomamente esprime.

tutti gli individui assoggettati alle regole si pongano dal punto di vista interno, inteso come adesione ai valori attuati dalle norme. Piuttosto, è fisiologica la presenza di soggetti che ritengono che i valori attuati dalle norme non meritassero di essere inclusi nel novero dei valori giuridici¹⁴¹ (*id est*: che l'esistenza della norma non sia giustificata): alcuni di questi, temendo la disapprovazione della società e la sanzione giuridica, comunque rispetteranno le norme¹⁴²; altri le violeranno, dichiaratamente (il ribelle) o no (il delinquente)¹⁴³. Se i soggetti che accettano la norma attuano spontaneamente il diritto, in relazione a questi ultimi emerge l'importanza del carattere coattivo dell'ordinamento giuridico¹⁴⁴.

L'ordinamento giuridico è dunque l'insieme di una componente materiale, o assiologica, e di una formale, o normativa¹⁴⁵. Le norme giuridiche sono regole di comportamento poste a presidio di valori giuridici: esse orientano i comportamenti dell'uomo alla affermazione e realizzazione di quei valori¹⁴⁶.

Nel quadro che si delinea il riferimento al piano dei valori non mette in discussione la distinzione tra diritto e morale, ovvero l'architettura del positivismo giuridico, perché i valori vanno relativizzati all'ordinamento giuridico e collegati alle norme che li proteggono. Esso, piuttosto, costituisce la base per una teoria della validità delle norme che, pur tenendo fede alla promessa di non confondere validità e giustizia, coglie la complessità del sistema giuridico e tiene in considerazione sia la dimensione formale sia quella sostanziale dell'ordinamento.

Sotto questo profilo, l'approccio neocostituzionalista sembra andare incontro ad un errore inverso rispetto a quello che viene comunemente denunciato. Dietro quel-

¹⁴¹ N. MACCORMICK, *Ragionamento giudiziale e teoria del diritto*, cit., 319.

¹⁴² N. MACCORMICK, *Ragionamento giudiziale e teoria del diritto*, cit., 320.

¹⁴³ N. MACCORMICK, *Ragionamento giudiziale e teoria del diritto*, cit., 321.

¹⁴⁴ Cfr. A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto?*, cit., 183 s., secondo il quale il carattere della coattività rileva solo per chi non accetta il diritto, ossia per chi non gli attribuisce un valore morale: «nulla ci dice tuttavia sul ruolo che il diritto riveste, da un punto di vista normativo per i “partecipanti impegnati”. La questione, in relazione a questi ultimi, è rovesciata rispetto al modo in cui comunemente la impostano i filosofi del diritto. Il problema non è quello di valutare qual è lo spazio della morale nel diritto ma, al contrario, di valutare qual è lo spazio che il diritto può avere all'interno dell'ambito della morale».

¹⁴⁵ Per la tesi che la dimensione della giuridicità è quella della sintesi tra sostanza e forma, cioè tra gli interessi emergenti dalla società e i congegni di valutazione e protezione degli stessi approntati dal diritto, v. S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti* (1927), in *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, cit., 3, note 1 e 2; ID., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale* (1935), in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2008, 797 s., 806 s.; ID., *Continuo e discontinuo nel diritto* (1954), in *Grammatica e diritto*, cit., 87; A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 394 ss.; ID., *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica, I. teoria generale del diritto*, cit., 171 ss.; ID., *Complessità giuridica*, cit., 599 ss.; V.M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, 3 s.: “ogni fenomeno giuridico risulta formato da due elementi, egualmente essenziali per la sua esistenza giuridica: da un elemento materiale, fornito dalla realtà sociale e concretantesi in stati, fatti ed atti, e da un elemento formale, promanante dall'ordinamento giuridico ed attuantesi nella qualificazione giuridica”.

¹⁴⁶ A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, cit., 178: “gli interessi umani, che costituiscono la sostanza del diritto, non sarebbero neppure conoscibili e realizzabili senza una forma capace di dar loro evi-

la che potrebbe apparire l'enfaticizzazione del ruolo dei valori in realtà vi è la drammatizzazione della dicotomia principi-regole, fondata spesso sulla idea che solo i primi sono espressione dei valori del sistema. Il che si è dimostrato non esatto: intesi come interessi rilevanti per il diritto, i valori sono tanti quante sono le norme dell'ordinamento, e non possono essere confinati ai vertici del sistema¹⁴⁷. Si può aggiungere solo che vi sono alcuni valori – e a questi si riferiscono i neocostituzionalisti – i quali, con le Costituzioni, hanno fatto ingresso nel sistema culturale del diritto transitando dal sistema culturale della morale. Se così è, il neocostituzionalismo si limita a descrivere una mutazione – rilevantissima, s'intende – del diritto positivo, ma non costituisce una teoria dell'ordinamento.

4. *Validità come modo di esistenza rispetto alle norme e rispetto ai valori: validità assiologica e validità formale*

Se l'ordinamento giuridico è la sintesi di una componente assiologica e di una componente normativa, allora anche la validità della norma, che alla struttura ordinamentale è commisurata, deve potersi apprezzare sul duplice piano, assiologico e normativo.

Si profila, così, la distinzione fondamentale, interna al concetto di validità come esistenza nell'ordinamento, tra validità assiologica, riguardante il modo di esistere della norma rispetto ai valori; e validità formale, relativa al modo di esistere della norma rispetto alle norme.

La dimensione assiologica della validità è solitamente negata dal positivismo e dalla dogmatica giuridica, entrambi propensi a definirla come lo stato di conformità di una norma ad altre sulla base dell'idea che il rapporto tra la norma e i valori riguarda considerazioni “di giustizia”¹⁴⁸.

Alla base di questo diffuso modo di concepire la validità è la concezione dell'ordinamento come complesso normativo. Ancora una volta, dunque, emerge il legame indissolubile tra modo di concepire l'ordinamento e modo di concepire la validità. Il sillogismo è questo: (i) la validità della norma è relativa all'ordinamento di cui essa fa parte; (ii) l'ordinamento è composto da norme; (iii) la validità della norma va rintracciata nella conformità ad altre norme. La conclusione è perfettamente logica, se si considera l'ordinamento solamente sotto l'aspetto normativo. Si tratta, però di una

denza oggettiva nel campo di forze della vita sociale. Gli enunciati normativi, a loro volta, non potrebbero svolgere la loro funzione ordinatrice dell'azione umana se non fossero posti in rapporto diretto con gli interessi umani”.

¹⁴⁷ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 209 ss., riconosce che ogni norma giuridica, identificando un dover-fare, definisce un valore, ma derubrica questa considerazione ad espressione di un “assiologismo generico” (212). Per l'A., infatti, nello stato costituzionale i valori si identificano con i principi costituzionali (che più esattamente rappresentano la formulazione in termini giuridico-normativi dei valori).

¹⁴⁸ Cfr., in questa direzione, la difesa della teoria pura del diritto operata da N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1954, 360; E. GARCIA MAYNEZ, *op. cit.*, 209 ss.

conclusione senz'altro riduttiva, in quanto, circoscrivendo il problema della validità come modo di esistenza della norma nell'ordinamento a quello della validità formale¹⁴⁹, lo si amputa della dimensione assiologica, in cui – come si vedrà – è racchiuso il fondamento più profondo della categoria¹⁵⁰.

La concezione dell'ordinamento giuridico come complesso di norme e valori consente di superare il riduzionismo insito in questa tesi senza per questo mettere in discussione la separazione tra validità e giustizia e, quindi, valicare i limiti dell'approccio positivista al diritto. Infatti, se il sistema di valori rispetto ai quali si discute dell'esistenza di una norma è interno, anzi, costituisce l'ordinamento giuridico, allora anche la validità assiologica è, non meno che quella formale, una categoria puramente giuridica¹⁵¹. Il legame tra validità assiologica e giustizia della norma, che è la ragione dell'estromissione della prima dalla considerazione del giurista positivo¹⁵², risulta così spezzato. Lo dimostra il fatto che la norma assiologicamente valida non necessariamente è conforme ai valori di giustizia¹⁵³, perché la validità assicura solamente la conformità ai valori giuridici. La giustizia, in conclusione, come parametro di valutazione delle norme, resta estranea alla considerazione del giurista che adotta come scelta di metodo la prospettiva del punto di vista interno all'ordinamento giuridico, disinteressandosi del rapporto tra norma giuridica e sistema culturale della morale.

5. La validità assiologica

5.1. La norma come giudizio di valore nella teoria della dinamica giuridica

Per introdurre il concetto di validità assiologica bisogna considerare che tra la dimensione assiologica e quella normativa dell'ordinamento intercorre un rapporto unilaterale in termini di giustificazione. La dimensione normativa, cioè, si giustifica per il fatto di essere posta in rapporto diretto con gli interessi giuridicamente rilevanti, più

¹⁴⁹ L'equazione tra validità come esistenza dell'ordinamento e validità formale è sostenuta da chi ritiene che l'ordinamento sia solamente un sistema di norme. V., ad esempio, A.G. CONTE, *Validità*, cit., 129 ss.

¹⁵⁰ Sulla egemonia nel discorso dei giuristi della validità formale e sulle conseguenti distorsioni v. E. OPOCHER, *op. cit.*, 111 s.

¹⁵¹ Ed, infatti, se il positivismo giuridico riduce il problema della validità a quello della sola validità formale, ciò è perché il punto di vista assiologico viene concepito come esterno al diritto positivo: cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 14, che, partendo da questo assunto, assegna alla filosofia della giustizia il compito di occuparsi del rapporto tra valori e diritto positivo. V., altresì, sulla concezione kelseniana, F. MODUGNO, *Validità*, cit., 6. Se, invece, si parte dal presupposto che all'ordinamento positivo sia immanente la dimensione assiologica, la validità assiologica della norma viene concepita come una relazione rispetto ai valori dell'ordinamento e, dunque, può essere metodologicamente accettata anche dal giuspositivista, che distingue rigorosamente la validità, intesa come esistenza, e il valore della giustizia. Sulla distinzione tra valore (di giustizia) e validità negli studi dei giuspositivisti v. A.G. CONTE, *Validità*, cit., 131 s; cfr. altresì L. FERRAJOLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵² Sulla validità assiologica come giustizia di una norma v. A.G. CONTE, *Validità*, cit., 129.

¹⁵³ La tesi per cui una norma valida è giusta va ascritta a quella branca del positivismo nota come formalismo etico. Sul punto v. N. BOBBIO, *Formalismo giuridico e formalismo etico*, in *Riv. Fil.*, 1954, 258 ss.

esattamente di costituire uno strumento per la loro realizzazione¹⁵⁴.

Questo rapporto, così genericamente tratteggiato, si specifica in relazione alle singole norme e si presenta come un problema di validità. Ogni norma è chiamata ad attuare un valore giuridico, ed è assiologicamente valida o invalida a seconda che assolva correttamente o meno a tale compito. Quello della validità assiologica o giustificazione della norma, dunque, è essenzialmente un problema di funzionalità, di attitudine del precetto a realizzare i valori¹⁵⁵.

Se la norma è assiologicamente valida, cioè la sua esistenza trova giustificazione nel valore da attuare, la dimensione formale-normativa e quella assiologico-sostanziale dell'ordinamento si compongono armonicamente, nel senso che la prima si fa strumento per la realizzazione della seconda; se ciò non avviene, invece, si determina una frattura, per cui la dimensione formale-normativa tende a costituirsi in valore autonomo.

Tanto premesso, si profila l'esigenza di approfondire i rapporti tra norma e valore, al fine di chiarire le condizioni in presenza delle quali la prima può dirsi effettivamente misura di attuazione del secondo. A questo scopo, bisogna rivolgere l'attenzione alla teoria della dinamica giuridica, in cui la norma compare come giudizio, prima ancora che come prescrizione¹⁵⁶.

È noto che la concezione più risalente di questa dinamica vede nel *fatto giuridico* la causa o il motivo dell'*effetto giuridico*¹⁵⁷, cioè della situazione connotata in termini di *dover essere*.

¹⁵⁴ Cfr. A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, cit., 178: "gli enunciati normativi non potrebbero svolgere la loro funzione ordinatrice dell'azione umana se non fossero posti in rapporto diretto con gli interessi umani"; E. GARCIA MAYNEZ, *op. cit.*, 217.

¹⁵⁵ "Il valore interroga il diritto sui criteri della giustificazione, il diritto interroga il valore sui criteri dell'attuazione", rileva esattamente G. LIMONE, *Lo statuto teorico dei principi fra norme e valori*, in D. AMIRANTE (a cura di), *La forza normativa dei principi giuridici e il diritto ambientale. Profili di teoria generale e di diritto positivo*, Padova, 2007, 44 s.

¹⁵⁶ Sulla compresenza nella norma di un aspetto prescrittivo e di uno valutativo v. O. WEINBERGER, *op. cit.*, 30; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in *Trattato di diritto processuale civile* (a cura di F. Carnelutti), Napoli, 1958, XIII, 4; di recente cfr. L. NIVARRA, *Un dibattito palermitano su illeciti atipici*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 1020 ss.

¹⁵⁷ Per la tesi del fatto come causa dell'effetto cfr. E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, 203 ss.; A. LEVI, *Fatti e rapporti giuridici*, in *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1924, 107; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 192 s.; cfr. altresì S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, 140. Per la tesi del fatto come motivo dell'effetto (c.d. teoria del nesso psicologico di motivazione) v. S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, 17 s. Criticamente A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 9, per il quale, individuando nel fatto il motivo del vincolo giuridico stabilito dal legislatore, si attribuisce all'effetto giuridico una esistenza soltanto psichica e soggettiva; A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del «fatto» nella esperienza giuridica* (1929), in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 406, il quale rileva che la teoria del nesso logico di motivazione sposta l'indagine dal campo giuridico a quello psicologico "e, possiamo aggiungere, empirico, quasi che il concetto di conseguenza giuridica non avesse altro fondamento che in quello della volontà empiricamente intesa". Per una sintesi delle dottrine causalistiche v. R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1954, 333 ss., il quale distingue: tesi che, affermando la pretesa affinità tra realtà giuridica e materiale, "propendono per una applicazione analogica del principio del divenire (concezione quasi naturalistica)"; tesi che riconducono il criterio di causalità al conoscere (causalità logica); tesi che lo riconducono al volere (causalità psicologica).

L'impostazione è discutibile già sul piano metodologico, dal momento che il *fatto giuridico* non risulta definito in sé e per sé, ma solo per i suoi rapporti con un'altra entità, l'*effetto*, cioè attraverso "un procedimento tipico della mente umana" secondo cui si fa "ricorso a un fenomeno già noto (gli effetti giuridici) per conoscere un fenomeno ancora ignorato (la fattispecie)"¹⁵⁸; un procedimento ritenuto insoddisfacente dalla dottrina, secondo la quale "ciascun fenomeno va definito secondo la sua essenza"¹⁵⁹.

In realtà, la teoria del fatto come causa o motivo dell'effetto rispecchia il ruolo costitutivo che la dottrina tradizionale assegnava alla volontà espressa dai privati tramite il negozio giuridico¹⁶⁰ e, pertanto, anche qualora se ne condividessero i fondamenti, può costituire una spiegazione della funzionalità dei soli atti precettivi.

In termini generali, si deve piuttosto convenire con l'opinione, oggi unanimemente accolta, che il fatto non è *causa* dell'effetto. La legge della causalità, infatti, si svolge nelle dimensioni fisiche dello spazio e del tempo¹⁶¹; essa regola "il divenire nella considerazione naturalistica del mondo"¹⁶² e non riguarda la relazione tra il fatto e un'altra entità (l'effetto) che, "ben lungi dall'atteggiarsi come un fatto, si pone in un ordine di valutazioni, o qualificazioni che si dica, dell'attività umana"¹⁶³.

L'effetto giuridico segue al fatto giuridico non perché ne sia la conseguenza, ma perché una norma stabilisce che così *deve* avvenire¹⁶⁴. Mentre tra l'irradiarsi dei raggi solari e il disgelo del ghiaccio sussiste un rapporto di causalità fisica, indipendente da qualsiasi giudizio di valore operato dall'uomo, ad un furto segue l'arresto solo perché una norma prevede questa conseguenza a carico del ladro¹⁶⁵. La funzione della norma

¹⁵⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 340 s.

¹⁵⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 340 s. Questa insufficienza era stata avvertita già da V.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 3 s., secondo cui la tesi comune "non tiene nel dovuto conto il fenomeno della concretizzazione delle norme giuridiche e quello correlativo della produzione degli effetti giuridici", e da A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 26, nota 55, per il quale "il semplice collegamento di effetti giuridici, di per sé, non avrebbe mai il potere di conferire il carattere della giuridicità a semplici elementi di fatto non qualificati in alcun modo". Cfr. altresì N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Nov. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 1096; A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 927 s.; F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 28 ss. Spiega N. IRTI, *Rilevanza*, cit., 1096, che il tradizionale disinteresse nei riguardi del fatto giuridico era dovuto alla convinzione che l'efficacia fosse l'unica dimensione della giuridicità. Tale convinzione, a sua volta, era il portato dell'idea che l'intera descrizione della produzione giuridica si risolvesse nel collegamento di effetti a determinati fatti storici da parte del diritto obiettivo.

¹⁶⁰ A.E. CAMMARATA, *op. cit.*, 395 s., osserva infatti che la dottrina civilistica ha formulato la nozione di fatto giuridico non "movendo da una visione totalitaria della realtà giuridica", ma attraverso l'"astrazione generalizzatrice, che ha cercato di costruire uno schema sulla base della teoria dei modi di acquisto della proprietà, da una parte, e della teoria delle fonti (esclusa, ben s'intende, la legge) delle obbligazioni, dall'altra". Sulla volontà come causa degli effetti giuridici negoziali v. A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 17 ss., il quale, però, precisa che la volontà deve essere oggetto del riconoscimento legale, perché non si può pensare che il diritto soggettivo sia una entità a sé, indipendente dal diritto oggettivo.

¹⁶¹ A.E. CAMMARATA, *op. cit.*, 408.

¹⁶² A.E. CAMMARATA, *op. cit.*, 407.

¹⁶³ A.E. CAMMARATA, *op. cit.*, 410.

¹⁶⁴ H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., 48 s.; v. N. IRTI, *Rilevanza*, cit., 1110 s.

¹⁶⁵ Per questo esempio v. A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 16 s.

come giudizio di valore, quindi, è di stabilire un nesso, altrimenti inesistente, tra due entità eterogenee, il fatto e l'effetto.

La consapevolezza del ruolo svolto dalla norma nella dinamica giuridica ha riproposto in termini diversi e più complessi il problema della definizione e della funzione del fatto giuridico¹⁶⁶ ed ha costituito la premessa per l'elaborazione di una categoria apposita, quella della rilevanza giuridica, idonea a lumeggiare i rapporti tra fatto e ordinamento¹⁶⁷.

Secondo la concezione originaria, il fatto rilevante è quello che l'ordinamento giuridico idoneo al collegamento di effetti giuridici¹⁶⁸. Per questa impostazione – è stato efficacemente rilevato – la giuridicità del fatto “risiede nella adeguazione al tipo normativo; ma questa trova il proprio significato nel ruolo di antecedente dell'effetto”¹⁶⁹. La rilevanza, in definitiva, non esclude ma integra la considerazione funzionale del fatto¹⁷⁰.

Secondo la dottrina successiva, questa concezione presenta il difetto di non liberare la definizione del fatto dal riferimento all'effetto. Allo scopo di guadagnare una concezione “pura” del fatto, ossia scissa da ogni riferimento all'effetto¹⁷¹, si è quindi sostenuto che la rilevanza, intesa come corrispondenza del fatto concreto alla fattispecie normativa astratta, esaurisce la giuridicità del fatto¹⁷²: fatto che, una volta qualificato dalla norma, viene introdotto all'interno del sistema giuridico e partecipa della stessa natura dell'effetto¹⁷³. In questa ottica, la rilevanza è qualificazione giuridica pri-

¹⁶⁶ Dal punto di vista concettuale l'abbandono della logica causalistica comporta di necessità la ridefinizione del fatto. Ciò nondimeno, dal punto di vista della storia del pensiero, è corretto segnalare che la critica alla causalità è precedente, ed indipendente, dal rilievo - dal quale ha preso le mosse la teoria della rilevanza - per cui è erroneo definire una entità (il fatto) per il rapporto che si assume avere con un'altra (l'effetto). Si allude ad A.E. CAMMARATA, *op. cit.*, 407 ss., nella cui opera la causalità è acutamente criticata, senza però alcun riferimento alla inesattezza metodologica in cui si incorrerebbe definendo il fatto in rapporto agli effetti.

¹⁶⁷ Lo studio della qualificazione normativa del fatto ha dato vita alla teoria della rilevanza giuridica, le cui prime formulazioni sono in A. FALZEA, *Il soggetto*, cit., 26 ss.; V.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 4 ss. Successivamente la teoria della rilevanza è stata più volte ripresa e, talvolta, rivista: cfr. C. MAIORCA, *Fatto giuridico - Fattispecie*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1957, 124; A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 64 ss., 125 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 331 ss.; A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1962, 433 ss.; N. IRTI, *Rilevanza*, cit., *passim*; F.G. SCOCA, *op. cit.*, 32 ss.

¹⁶⁸ Come dimostra la circostanza che, tranne in casi anormali quali la pendenza di una condizione sospensiva, il fatto rilevante coincide col fatto efficace: A. FALZEA, *Il soggetto*, cit., 26 s.; ID., *Efficacia*, cit., 483. Cfr. C. MAIORCA, *op. cit.*, 124 s.

¹⁶⁹ N. IRTI, *Rilevanza*, cit., 1098.

¹⁷⁰ Lo nota acutamente N. IRTI, *Rilevanza*, cit., 1097.

¹⁷¹ R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 340 ss.

¹⁷² R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 350 ss.

¹⁷³ R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 350 ss., il quale non a caso afferma che il problema della causalità giuridica, e in modo particolare la discussa alternativa se l'effetto promani dal fatto o dalla norma, perde gran parte del suo interesse nel momento in cui si intenda la rilevanza come l'acquisizione del fatto alla realtà giuridica (352).

Sulla questione del “trapasso” del fatto rilevante dalla realtà storica alla realtà giuridica cfr. altresì N. IRTI, *Rilevanza*, cit., 1095, 1107, 1109 ss., per il quale il fatto giuridico è interno al diritto in quanto creato dal pensiero sulla base del criterio di riconoscimento stabilito dalla norma (l'A. muove dalla premessa che la realtà non

maria e l'efficacia ne è la "pratica espressione"¹⁷⁴. Non dunque, come per la tesi precedente, il fatto è rilevante in quanto idoneo agli effetti, ma bensì il fatto è efficace in quanto rilevante¹⁷⁵. Cambia anche il modo di concepire la valutazione normativa, che è finalizzata non tanto al collegamento dell'effetto a un fatto, quanto alla qualificazione dei fatti in termini di rilevanza¹⁷⁶.

A questa prospettiva è stato mosso un rimprovero analogo a quello che la stessa aveva mosso nei confronti della concezione originaria della rilevanza. È stato infatti osservato che, concependo l'efficacia come "una conseguenza, o meglio la pratica espressione, della rilevanza che alla fattispecie compete nel mondo del diritto", non si riesce a svincolare il profilo della giuridicità del fatto da quello della produzione degli effetti¹⁷⁷.

La critica *primo visu* si muove sul piano metodologico; ma, in realtà, affonda le radici sul piano teorico: il rilievo fondamentale, infatti, è che, quando si costruisce l'efficacia come logica conseguenza della rilevanza del fatto, si finisce per riproporre l'idea che l'effetto sia un prodotto del fatto¹⁷⁸ (la distanza dalla concezione del fatto come causa dell'effetto si ridurrebbe quindi a poca cosa, ossia alla precisazione che il fatto, per dar luogo all'effetto, deve essere giuridicamente qualificato¹⁷⁹); parallelamente, e conseguentemente, si snatura il ruolo della norma giuridica, della quale si mette in rilievo la funzione di qualificazione e in ombra quella di stabilire un rapporto tra l'essere e il dover essere¹⁸⁰.

è se non in quanto pensata alla luce di un criterio che consenta di riconoscerla, ossia che "un fatto è storico in quanto è pensato", riprendendo B. CROCE, *Logica come scienza del concetto puro*, Bari, 1958, 184).

¹⁷⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 349.

¹⁷⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 352. Cfr. altresì la sintesi di N. IRTI, *Rilevanza*, cit., 1098.

¹⁷⁶ R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 350.

¹⁷⁷ F.G. COCA, *op. cit.*, 34 ss. Ritiene che la tesi di Scognamiglio non riesca a garantire piena autonomia al giudizio di rilevanza anche M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, 41 ss., secondo cui la creatività della norma viene sfruttata solo per spiegare la previa giuridicità del fatto, e non per rompere definitivamente ogni relazione diretta tra fatto ed effetto; cfr. in modo conforme F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010, 10. Cfr. altresì A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, cit., 931 ss.; con riferimento alla tesi di questo A. v. la condivisibile critica di F.G. COCA, *op. cit.*, 55, nota.

¹⁷⁸ Colgono questo aspetto della tesi di Scognamiglio, considerandolo contraddittorio rispetto all'assunzione di partenza per cui l'effetto non promana dal fatto, S. PUGLIATTI, *La trascrizione, I, tomo 1*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1957, 406, nota; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 41. Diversa la lettura di A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 131, nota, secondo cui la tesi dello Scognamiglio nega ogni nesso causale tra fatto ed effetto.

¹⁷⁹ Circa l'idea che la dinamica giuridica dipenda esclusivamente dalla norma v. la critica di A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 132, nota, per il quale l'efficacia della norma si distingue dall'efficacia del fatto. La prima consiste nella costituzione di un rapporto di condizionalità tra fatto ed effetto; l'efficacia del fatto, invece, si risolve nella trasformazione di una situazione giuridica.

¹⁸⁰ Osserva G. CORSO, *op. cit.*, 12 che, intendendo il fatto come valore, si nega che la norma giuridica pone un rapporto tra il piano dell'essere e quello del dover-essere. Ma, poiché quella di porre un rapporto tra fatto e valore è la caratteristica fondamentale e indiscutibile della norma giuridica, l'omogeneità qualitativa tra fatto ed effetto è sicuramente da escludere.

Da questi rilievi origina la tesi estrema, logicamente ineccepibile, secondo cui il fatto rilevante costituisce semplicemente la condizione logica di operatività della norma giuridica, dalla quale sola promanano gli effetti¹⁸¹. La rilevanza, pertanto, non segna il trapasso del fatto dall'ordine storico a quello giuridico; nella conformità del fatto storico alla fattispecie normativa astratta si ravvisa esclusivamente la realizzazione della condizione sospensiva cui è sottoposta l'operatività della norma.

Ad avviso di chi scrive, l'originaria prospettazione del fatto rilevante come entità qualificata dalla norma in vista del collegamento degli effetti è preferibile a quella successiva, oggi quasi universalmente condivisa, secondo cui il profilo della qualificazione normativa del fatto andrebbe definitivamente separato dal momento dell'efficacia.

I tentativi di scindere definitivamente rilevanza ed efficacia hanno in comune la tendenza a concepire i rapporti tra fatto ed effetto giuridico, e il ruolo svolto dalla norma in questa dinamica, in termini logico-formali. Un approccio che appare invero riduttivo, dato il carattere concreto e reale della dinamica giuridica, che altro non è se non il processo attraverso il quale il sistema culturale del diritto evolve e muta.

Con ciò non si vuol dire che il fenomeno non ammetta sintesi in termini concettuali, ma si segnala l'errore di identificare la sostanza dello stesso in quella che invece è solo la sua astrazione e riproduzione in termini logico-formali¹⁸².

Le formule del fatto e dell'effetto giuridico non vanno considerate come membri di una espressione matematica, ma *per ciò che rappresentano nella realtà del diritto*; raccogliendo l'invito a spostare la questione dal piano logico dei concetti a quello reale degli interessi¹⁸³, si tratta dunque di tenere in considerazione la corrispondenza tra le astrazioni del "fatto" e dell'"effetto" e i momenti della vita di una comunità associata che si dà un sistema di regole¹⁸⁴.

Solo all'interno di uno sforzo ricostruttivo proteso in questa direzione può trovare una sistemazione adeguata il problema dei rapporti tra norma e valore e, dunque, può essere precisato il concetto di validità assiologica della norma.

Cominciando dall'analisi del fatto, l'idea della rilevanza come corrispondenza alla fattispecie normativa si rivela subito parziale, perché in quella corrispondenza è da vedere ben altro che la realizzazione di una condizione logica per la operatività della norma, ossia la decisione dell'ordinamento giuridico di prendere in carico il problema di interessi segnalato dal fatto. La rilevanza, cioè, contrassegna la condizione in cui si trova un fatto che manifesta un problema di interessi che l'ordinamento intende risolvere attraverso la predisposizione di un effetto giuridico. Se così è, non tutti i fatti possono legittimamente essere considerati rilevanti perché non tutti gli interessi sono

¹⁸¹ N. IRTI, *Rilevanza*, cit., 1106 ss.; F. G. COCA, *op. cit.*, 54 s., *passim*; M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 41 ss.; F. LUCIANI, *op. cit.*, 13 s.

¹⁸² Osserva S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 166 s., che "non esiste in nessun regno del reale qualcosa come gli 'effetti giuridici' di un atto".

¹⁸³ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 10.

¹⁸⁴ A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 61 ss.

presi in considerazione dal diritto. Più esattamente, sono rilevanti esclusivamente i fatti che toccano interessi già positivamente valutati dall'ordinamento, cioè fatti che mettono in gioco – anche compromettendoli: è il caso dell'illecito – valori giuridici¹⁸⁵.

Proseguendo l'analisi, si trova che l'effetto giuridico è la rappresentazione in termini dogmatici della soluzione approntata dalla norma al problema di interesse rilevante¹⁸⁶, soluzione che consiste nell'elevare a valore giuridico l'interesse alla realizzazione di un'altra situazione di fatto¹⁸⁷, che viene così qualificata in termini deontici. La norma, cioè, individua una situazione di fatto (che è sempre un comportamento, dotato di una precisa connotazione spazio-temporale¹⁸⁸) e stabilisce l'esigenza che questa si realizzi. Ne deriva l'effetto, che non è altro che una situazione di fatto oggetto di una preferenza e di una disposizione preferenziale normativa¹⁸⁹: essa – si ripete – viene “scelta” e viene qualificata in termini di *dover-essere*¹⁹⁰.

¹⁸⁵ La decisione circa gli interessi rilevanti non è dunque arbitraria, essendo piuttosto l'esito di una valutazione condotta alla stregua dei valori giuridici che richiedono attuazione. Il nesso assiologico sussistente tra fatto ed effetto è tenuto nella giusta considerazione da F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 117-120, che costruisce la fattispecie come complesso di fatti storici e qualificazioni che “giustifica razionalmente o consente strutturalmente la produzione degli effetti stessi” (corsivo mio). Dello stesso A. si vedano le persuasive considerazioni svolte in *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008, 820 s.: “la fattispecie e singoli presupposti concorrono, in termini generali, a individuare una sorta di «bisogno» a cui l'atto o la norma, con i propri effetti, intendono dare soddisfazione e quindi porre rimedio. Il bisogno, tuttavia, è il riflesso dell'interesse, giacché non si mira a nulla, se non ve ne sia la necessità o quantomeno, l'utilità. (...) Descrivere normativamente i presupposti di efficacia (...) di un atto equivale a descrivere implicitamente anche gli interessi che l'atto stesso mira a soddisfare”.

¹⁸⁶ A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 67: “dal punto di vista assiologico-reale l'effetto deve darci la soluzione di un problema generale di vita”.

¹⁸⁷ Da qui la definizione dell'effetto giuridico come valore attribuito a un fatto proposta da A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 102 ss., per il quale “l'effetto della norma non è né il semplice valore né il semplice fatto, ma il valore attribuito al fatto”. Sull'effetto come risultato dell'attribuzione di valore al fatto v. F. ANCORA, *Fattispecie, fattispecie soggettiva, fattispecie precettiva, anomalie*, Torino, 1999, 14-19. Il rapporto tra valutazione e prescrizione è chiaramente illustrato da M. ATIENZA - J.R. MANERO, *Illeciti atipici*, Bologna, 2004, 19, dove si afferma che esiste “una relazione intrinseca tra norme e valori, posto che lo stabilire, ad esempio, l'obbligatorietà di un'azione *p* implica necessariamente attribuire a questa azione un valore positivo”.

¹⁸⁸ A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 102 ss.

¹⁸⁹ U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, cit., 62.

¹⁹⁰ Per l'affermazione che il piano dell'effetto è quello del dover essere v. H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., 35 ss.; A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 18 ss.; G. CORSO, *op. cit.*, 23; B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, 25.

Per i realisti è una “superstizione” l'idea che il diritto, essendo valore, si ponga al di sopra della realtà fattuale. Il “dover-essere” è soltanto “una espressione verbale connessa a certe emozioni”: l'unica sua funzione è quella di ingenerare negli uomini quella pressione psicologica necessaria a rendere vincolante il diritto (K. OLIVECRONA, *op. cit.*, 10 ss.). Per dimostrare l'inconsistenza del *dover essere* e ridurre il diritto al fatto, il realismo giuridico contesta l'idea che le norme abbiano struttura deontica, sostenendo che in realtà si tratta di previsioni (di quanto seguirà, in termini di sanzioni, alla loro violazione).

Ora, che gli asserti ipotetici possano avere tanto natura deontica quanto predittiva non è contestabile. Ad esempio, l'asserto ipotetico *se x, allora y* può essere considerato tanto un asserto in termini di *dover essere* (*se x, allora deve essere y*) quanto in termini di *essere* (*se x, allora è - probabile che si verifichi - y*) (in tema cfr. B.

La dinamica giuridica, conclusivamente, ha carattere circolare. La norma tocca il piano dei valori due volte: nasce per attuare un valore, segnatamente il valore rispetto al quale è commisurata la rilevanza del fatto; e, per adempiere a questo ufficio, ne

CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 171 ss.). Bisogna nondimeno riconoscere che la conversione degli enunciati deontici in enunciati predittivi deriva in realtà da un cambio di prospettiva, più esattamente dall'assunzione del punto di vista dell'osservatore esterno all'ordinamento (U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico?*, cit., 55 ss.), che registra regolarità e quindi può fare previsioni: come tale, non è sufficiente per superare la definizione dell'effetto giuridico in termini di *dover essere*. La realtà, infatti, è che se non vi fosse una norma (non necessariamente giuridica, s'intende) che, a monte, connota in termini di doverosità un dato comportamento, non vi sarebbero neppure le condizioni minime per osservare una regolarità (che non sia imposta dalle leggi fisiche) e per fare previsioni: si può affermare che se Tizio ruberà, sarà arrestato, solo perché c'è un giudizio normativo in forza del quale è interesse dell'ordinamento (*id est*: valore giuridico) che chi ruba sia arrestato e quindi una norma che prevede un *dover essere*, l'arresto, a fronte di un fatto, il furto. Ciò significa che la possibilità di assumere il punto di vista esterno e di formulare l'asserto predittivo implica l'esistenza di un giudizio di valore che connota una situazione in termini deontici, senza il quale ogni predizione di uno sviluppo storico diverso da quello impresso nell'ordine naturale delle cose sarebbe arbitraria. La dimensione del *dover essere*, del resto, non è quella delle entità trascendentali, come dimostra il radicamento dell'effetto giuridico nell'esperienza umana, radicamento che a sua volta emerge sia sotto il profilo della genesi che sotto il profilo dell'attuazione. Con riguardo al primo profilo, va osservato che l'effetto è il prodotto di un giudizio di valore che connota in termini di doverosità una situazione di fatto, una situazione cioè che non avrebbe ragione di verificarsi se non vi fosse un soggetto che ne afferma la necessità. Ne deriva che la dimensione del *dover essere* è un'esplicazione della dimensione spirituale e intellettuale dell'uomo che con il suo giudizio prova a imprimere alle cose un corso diverso rispetto a quello che intraprenderebbero autonomamente. Sotto il profilo dell'attuazione, il radicamento nell'esperienza umana del *dover essere* è dimostrato dalla possibilità del suo fallimento. Sebbene dal punto di vista della logica normativa possa parlarsi di necessità dell'effetto (N. IRTI, *Rilevanza*, cit., 1112), infatti, è bene ricordare la differenza tra questo tipo di necessità, che più appropriatamente si può definire "esigenzialità", e la necessità propria delle leggi fisiche. La differenza sta in ciò, che queste stabiliscono un rapporto tra una causa e una conseguenza che non può non seguire; mentre la norma descrive un rapporto tra una causa e una conseguenza che può non trovare riscontro nella realtà (A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 19 ss.; H. KANTOROWICZ, *The definition of law*, Cambridge, 1958, trad. it. *La definizione del diritto*, Torino, 1962, 70: "le leggi di natura riguardano ciò che pienamente o approssimativamente reale (moto senza attrito, gas perfetti, uomo economico), mentre le norme di condotta prescrivono una condotta che può essere o può non essere reale, ma *dovrebbe* essere reale"). Nel *dover essere*, quindi, è implicita la possibilità del *non essere*; mentre *l'essere* non ammette il suo contrario. Pertanto, "lo scarto tra l'essere e il dover essere ha la sua origine reale in questa continua possibilità di insoddisfazione o di non completa soddisfazione" (A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 34) dovuta al fatto che la realizzazione del valore è concretamente affidata al comportamento dell'uomo. Il possibile scarto tra *dover essere* e comportamento reale, cioè tra conseguenza voluta dalla norma e conseguenza realizzatasi nella realtà, segna la differenza tra la necessità giuridica, che è esigenzialità, e la vera e propria necessità che regola gli accadimenti fisici: in definitiva, mentre nel caso della legge fisica la conseguenza è reale, nel caso della legge giuridica è ideale perché è un *dover essere* o *dover fare* a cui può non corrispondere un fare effettivo. Cfr. A. FALZEA *op. ult. cit.*, 19 ss.; E. BULYGIN, *Validità e positivismo*, cit., 195 s., secondo cui una netta separazione tra il *mondo del dover essere* e il *mondo dell'essere* non è sostenibile neppure nell'ambito della dottrina pura, "e in realtà lo stesso Kelsen non la sostiene fino in fondo". Infatti, "i due mondi sono fortemente interrelati, e lo studio delle norme esige necessariamente che si prendano in considerazione dei fatti". In particolare, osserva l'A., anche se si ritenesse con Kelsen che i giuristi non sono interessati agli omicidi ma solo alla norma che prevede la sanzione, "essi devono comunque interessarsi a certe azioni senza le quali non vi sarebbero neppure le norme", come le azioni consistenti nell'emanazione delle norme e nella loro abrogazione. Inoltre, anche per Kelsen, una condizione necessaria per la validità, intesa come forza vincolante, delle singole norme è l'efficacia complessiva dell'ordinamento cui la norma appartiene. *Contra*, per l'idea del *dover essere* come entità trascendentale, v. P.L. ZANETTI, *Metafisica e scienza del diritto nel Kelsen*, Milano, 1956, 15, *passim*.

stabilisce un altro, affermando così l'esigenza che si verifichi la situazione effettuale¹⁹¹.

Considerando che questa dinamica non riguarda norme isolate ma facenti parte di un ordinamento, si comprende che l'intero sistema culturale del diritto è percorso da un incessante moto attuativo che si realizza tramite la posizione di nuovi valori giuridici da parte delle norme.

I rapporti tra le due dimensioni dell'ordinamento, quella normativa e quella assiologica, vengono così precisati, nel senso che la determinazione degli effetti giuridici da parte della norma rappresenta il modo in cui gli interessi sociali transitano nel campo dei valori giuridici.

Tramite i giudizi normativi, cioè, l'ordinamento giuridico si evolve; e lo fa per attuare i propri valori, messi in gioco dai fatti rilevanti. Da un punto di vista funzionale, pertanto, la norma non è soltanto strumento di attuazione-protezione di un valore, ma anche strumento di introduzione di un nuovo valore nell'ordinamento.

Tra i valori giuridici esiste una concatenazione, per la quale i più astratti vengono attuati da quelli più concreti. Al vertice della catena, vi è l'interesse fondamentale, che è l'interesse all'esistenza del sistema culturale del diritto. Tanto più astratti sono i valori giuridici rispetto ai quali è commisurata la rilevanza del fatto, tanto più numerosi sono i possibili valori attuativi e, dunque, gli effetti giuridici che ne possono derivare.

5.2. Le condizioni di giustificazione della norma in rapporto ai valori

Così ricostruiti i rapporti tra norma e valori all'interno del processo di attuazione dell'ordinamento, si può riproporre la domanda circa le condizioni in presenza delle quali l'esistenza di una norma può essere considerata giustificata rispetto ai valori, cioè assiologicamente valida.

Perché ciò avvenga occorre:

- a) che sia stato operato correttamente il giudizio di rilevanza, e cioè: a1) che sia stato considerato rilevante un fatto effettivamente tale; a2) che sia stato correttamente individuato il valore in rapporto al quale tale fatto assume rilevanza. Se non è rispettata la prima condizione, la norma costituirà attuazione di un valore giuridicamente non rilevante; se non è rispettata la seconda condizione, la norma costituirà attuazione di un valore diverso da quello che la situazione concreta imponeva di attuare;
- b) che, una volta correttamente identificato il valore da attuare, la norma introduca nel sistema un valore *conveniente*¹⁹², cioè in grado di darvi attuazione nella situa-

¹⁹¹ Si potrebbe obiettare che le norme penali non esprimono tanto l'esigenza che si verifichi l'effetto, quanto piuttosto che sia evitata la commissione del reato. Questa esatta osservazione consente di precisare che l'esigenza rappresentata dall'effetto giuridico non è un'esigenza assoluta, ma sempre condizionata al fatto rilevante. Di conseguenza, la dimensione assiologica dell'effetto (il suo essere "valore") va colta sempre in relazione al fatto.

¹⁹² Per il principio di convenienza dell'effetto al fatto v. A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 62.

zione concreta. Altrimenti, infatti, si assisterà ad un fallimento della funzione attuativa della norma.

Queste condizioni si atteggianno in modo parzialmente diverso a seconda che il giudizio normativo abbia struttura ipotetica (se x , allora y) oppure categorica¹⁹³ (dato x , allora y)¹⁹⁴.

La struttura ipotetica è propria alle norme generali e astratte, prefiguranti una gamma di ipotesi di fatti giuridicamente rilevanti che si possono verificare in futuro (se x)¹⁹⁵. Con esse l'ordinamento predispone una risposta in termini di dover essere alla eventualità che un dato fatto si verifichi. Il valore attuativo è pertanto stabilito a livello astratto, assieme alle condizioni in presenza delle quali si attualizzerà l'esigenza della sua realizzazione.

La struttura categorica appartiene invece alle norme concrete, regolatrici di un fatto storico già determinatosi e individuato da chi opera il giudizio (dato x)¹⁹⁶.

Nella norma ipotetica il giudizio di rilevanza ha natura prognostica. La norma non afferma la rilevanza di un determinato fatto, ma prefigura una classe di fatti che si potranno verificare in futuro e che sono accomunati dal richiedere l'attuazione dello stesso valore giuridico¹⁹⁷.

¹⁹³ Con questo termine non si intende fare riferimento alla categoricità dell'imperativo morale, in opposizione alla ipoteticità dell'imperativo giuridico. In un certo senso, infatti, la norma di diritto ha sempre natura ipotetica, poiché, agendo in via eteronoma nei confronti dell'individuo, gli chiede di comportarsi in un certo modo, onde non incorrere in una determinata sanzione. Ciò a differenza dell'imperativo morale, che nasce dall'interno dell'individuo e "detta incondizionatamente legge a sé stesso". Sul punto cfr. A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950, 121-125; con accenti critici alle sottodistinzioni operate da Kant, N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., 105-109.

¹⁹⁴ A. ROSS, *Directives and norms*, London, 1968, 111 s.

¹⁹⁵ Ed infatti, chi ritiene che generalità e astrattezza siano caratteri indefettibili della norma considera inconcepibile una proposizione normativa la cui efficacia non sia subordinata al verificarsi della situazione di fatto ipotizzata: cfr. A. CAMMARATA, *op. cit.*, 422 s. Anche nelle pagine di A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., 139 s., ritorna il nesso esistente tra struttura ipotetica della norma e il suo carattere di generalità.

Come rilevato in dottrina, "il rigore di questa deduzione è incrinato dalla debolezza della premessa: l'affermazione che la norma di condotta è contraddistinta dalla generalità come carattere indefettibile non regge di fronte alla constatazione che la struttura della norma è identica quando l'azione comandata o permessa o vietata è azione tipica o azione singola": così G. CORSO, *op. cit.*, 6.

¹⁹⁶ Una precisazione. La relazione così istituita è tra il carattere astratto o concreto della norma e la struttura logica del giudizio di valore sottostante. Essa non tiene conto della possibilità che giudizi a struttura categorica assumano le forme linguistiche proprie dei giudizi ipotetici. Ciò è quanto avviene nel caso delle leggi formulate secondo lo schema ipotetico ma in realtà tutt'altro che astratte. Si tratta di un fenomeno che non mette in crisi la riconduzione delle norme astratte alla struttura ipotetica e di quelle concrete alla struttura categorica: in questi casi, infatti, la formulazione ipotetica è solamente un artificio linguistico e non corrisponde alla reale struttura logica del giudizio, che è in tutto e per tutto assimilabile a quella propria alle norme dichiaratamente non astratte.

¹⁹⁷ A. FALZEA, *La prassi nella realtà del diritto*, cit., 440 s.: "al momento in cui la norma è posta ed entra a fare parte dell'ordinamento giuridico, della situazione di interesse e del relativo problema giuridico si può avere soltanto una conoscenza generica e non mai una conoscenza piena".

La norma categorica, al contrario, *decide* della rilevanza di un fatto: decide cioè se il fatto storico prodottosi richiede l'attuazione di un valore giuridico.

Questo differente livello di approccio alla realtà sociale si ripercuote sul piano del giudizio di efficacia, ovvero della introduzione nel sistema del valore attuativo.

La norma ipotetica, infatti, proprio in quanto fondata su una prognosi di rilevanza dei fatti, introduce nell'ordinamento il valore attuativo a livello astratto, cioè senza precisarlo in rapporto a una situazione specifica¹⁹⁸. Essa, cioè, si limita a stabilire un rapporto tra valori, attuando e attuativo, lasciando la produzione dell'effetto giuridico condizionata al verificarsi del fatto storico che rende attuale l'esigenza di operatività del valore attuativo: il quale, una volta commisurato ad una specifica situazione reale, genera l'effetto¹⁹⁹.

La norma categorica, invece, nasce per regolare un problema di interessi ben definito e adempie a questo ufficio attraverso l'introduzione di un valore giuridico sul piano concreto: si tratta, cioè, di un valore che viene sin da principio attribuito ad un fatto preciso. Avviene così che l'effetto giuridico si produce al momento stesso della formulazione del giudizio normativo.

In termini sintetici, dunque, si può dire che nel caso della norma ipotetica vi è scarto tra il momento della introduzione del valore nel sistema e il momento dell'effetto; e che invece tale scarto non esiste nel caso della norma categorica. Ciò che cambia è il momento in cui il fatto rilevante viene in gioco: momento che nel primo caso è successivo a quello della formulazione del giudizio normativo e che nel secondo è precedente o, al più, contestuale²⁰⁰.

Pertanto, condizioni per la validità assiologica della norma categorica sono: a1) che il *fatto reale* oggetto di considerazione esprima effettivamente un problema di interessi rilevante per il diritto; a2) che sia stato correttamente individuato il valore giuridico alla cui stregua quel fatto è rilevante; a3) che il valore introdotto nel sistema sia effettivamente attuativo, il che avviene quando l'effetto sia conveniente al problema di interessi emerso dal fatto.

Condizioni della validità assiologica del giudizio ipotetico sono invece: b1) che ciascun fatto rientrante nella *classe di fatti ipotizzati* esprima effettivamente un problema

¹⁹⁸ A. FALZEA, *La prassi nella realtà del diritto*, cit., 441.

¹⁹⁹ A.E. CAMMARATA, *op. cit.*, 403 ss.

Il dogma della struttura ipotetica della norma è strettamente connesso al carattere di ripetibilità come elemento materiale qualificante la norma giuridica. Sul punto v. F. MODUGNO, *Norma*, cit., 366 s., il quale mette in rilievo che il precetto individuale è sempre la specificazione e determinazione di una norma ipotetica retrostante: «poiché c'è A, ci deve essere B» equivale a «se c'è A, ci dev'essere B, ma, poiché c'è A, allora ci dev'essere B».

²⁰⁰ È bene rimarcare che l'esistenza di norme particolari a struttura categorica non contraddice l'essenzialità dell'elemento fattuale nel processo di determinazione dell'effetto, il cui ruolo potrebbe risultare occultato nella formula *dato x, allora y*. La circostanza che l'organo dell'amministrazione emani un precetto di carattere non ipotetico, ma categorico, non significa, come è acutamente segnalato da G. CORSO, *op. cit.*, 74, che il fatto non abbia svolto alcun ruolo nel processo di definizione dell'effetto ma solamente che la valutazione giuridica (e l'individuazione dell'effetto) è venuta in essere nello stesso momento logico in cui è emerso il fatto rilevante.

di interessi rilevanti per il diritto; b2) che sia stato correttamente individuato il valore giuridico alla cui stregua tutti i fatti che rientrano nella classe saranno rilevanti; b3) che il valore introdotto nel sistema sia effettivamente attuativo, il che avviene quando è riferito ad una classe di comportamenti idonea a costituire risposte convenienti a tutti i problemi di interessi che possono emergere dai fatti.

Dal confronto, emerge come i notevoli margini di indeterminazione che il carattere astratto dell'intervento giuridico inevitabilmente comporta possono rendere più difficoltosa la formulazione di un giudizio normativo ipotetico assiologicamente valido rispetto alla formulazione di un giudizio normativo categorico assiologicamente valido: è più complesso, infatti, decidere adeguatamente della rilevanza di fatti non ancora verificatisi, piuttosto che di uno o più fatti di cui si ha modo di constatare l'esistenza storica; e, a maggior ragione, è più complesso fornire una risposta adeguata a un problema solo ipotizzato piuttosto che ha un problema posti già.

Questa maggiore difficoltà è compensata dalla circostanza che, proprio l'elevata generalità del problema di interessi che si assume come rilevante e della soluzione che si appronta comporta la possibilità che vi siano contemporaneamente più soluzioni normative assiologicamente valide. Possibilità che tende invece a scemare quanto più concreti siano il problema e la soluzione.

Ancora con riferimento alla norma ipotetica, va osservato che, indipendentemente da quanto si pensi in ordine alla sua concretizzazione in una norma "casuale"²⁰¹, la sua validità assiologica deve essere apprezzata nel momento in cui il relativo giudizio è formulato. Anche ammesso che la concretizzazione dei giudizi normativi astratti avvenga attraverso ulteriori giudizi di valore, la validità della norma ipotetica mantiene la sua autonomia rispetto alla validità di quelli. È possibile, per esempio, che una norma ipotetica assiologicamente valida venga concretizzata attraverso successivi giudizi di valore invalidi: ciò indubbiamente influirà sulla (in)validità assiologica dell'effetto giuridico, senza però che da quest'ultima possa in alcun modo risalirsi alla invalidità assiologica della norma ipotetica.

Preme osservare, a questo punto, che la validità assiologica è condizione necessaria perché l'esistenza di una norma sia giustificata rispetto ai valori del sistema, ma non è condizione della sua esistenza. Si è visto, infatti, che, mentre la funzione costitutiva di nuovi valori – e quindi la produzione immediata o la prefigurazione di effetti giuridici – è propria di ogni norma, quale sia il suo contenuto prescrittivo, la funzione attuativa può realizzarsi come non realizzarsi.

All'interno del rapporto tra il fattore invariante, cioè il carattere costitutivo della norma, e il fattore variabile, cioè l'idoneità attuativa della stessa, si apre dunque la possibilità di distinguere le norme la cui esistenza è giustificata in rapporto ai valori dalle norme la cui esistenza è viceversa priva di giustificazione.

L'invalidità assiologica della norma, dunque, si riflette non sull'esistenza, ma sulla

²⁰¹ A. FALZEA, *La prassi nella realtà del diritto*, cit., 434.

qualità dell'effetto. Essa non fa da ostacolo alla produzione dell'effetto, ma è incompatibile con un effetto che si giustifica all'interno del processo di attuazione dell'ordinamento. Non è errato, pertanto, estendere la qualificazione in termini di (in)validità agli effetti giuridici²⁰², in contrasto con il tradizionale insegnamento che, astretto dalla equiparazione tra validità/invalidità degli atti e delle norme e loro efficacia/inefficacia, rifiuta di distinguere gli effetti giuridici sotto l'aspetto qualitativo.

Se esistono, accanto a quelli validi, effetti giuridici invalidi – conseguenze della invalidità assiologica dei giudizi normativi – si deve desumere che la convenienza al fatto è erroneamente presentata come un carattere strutturale – e pertanto indefettibile – dell'effetto giuridico²⁰³. Sostenendo questa tesi, infatti, si scambia il diritto con il diritto assiologicamente valido, così negando l'esistenza del diritto assiologicamente invalido o affermando la validità assiologica di tutto il diritto²⁰⁴.

In questa stessa chiave va demistificata anche l'idea per cui gli effetti giuridici sarebbero sempre commisurati al valore fondamentale dell'ordinamento²⁰⁵. Tale affermazione, nella sua genericità, può essere accolta solo con riferimento agli effetti giuridici assiologicamente validi: i quali possono essere considerati mediata espressione dell'interesse fondamentale nella misura in cui si pongono al termine di una catena normativa composta da giudizi tutti assiologicamente validi, il primo dei quali diretta attuazione del valore fondamentale.

Censure dello stesso tipo possono rivolgersi nei confronti della tesi secondo cui l'effetto è il risultato della esplicazione del potere giuridico, il quale a sua volta costituisce una diretta emanazione dell'ordinamento e dei suoi valori²⁰⁶. La costruzione è affetta da un inaccettabile ottimalismo (che, sia detto per inciso, accomuna tutti i tentativi di de-soggettivizzazione del potere), contraddetto dall'esistenza di effetti giuridici invalidi.

Queste notazioni, se si sposta l'attenzione dalla singola norma all'ordinamento nel suo complesso, dimostrano che il processo di progressiva attuazione dei valori giuridici non è un cammino infallibile, ma un percorso pieno di deviazioni, fratture e incongruenze. La validità assiologica della norma è la garanzia dell'equilibrio tra le due dimensioni dell'ordinamento, ovvero quella normativa e quella dei valori: solo la

²⁰² Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 545 ss., che riferisce i concetti di validità e invalidità agli atti e i concetti di legittimità e illegittimità agli effetti. Pertanto, l'atto valido produce effetti legittimi; l'atto formalmente invalido, effetti formalmente illegittimi; l'atto sostanzialmente invalido, effetti sostanzialmente illegittimi; l'atto formalmente e sostanzialmente invalido, effetti illegittimi. L'A. sottolinea che, per quanto rimuovibili, gli effetti illegittimi sono comunque effetti giuridici. Ciò in forza della distinzione tra vigore e validità, in base alla quale sono efficaci gli atti invalidi ma comunque vigenti (*id est*: esistenti).

²⁰³ Secondo la tesi di Angelo Falzea.

²⁰⁴ Sulla tendenza della teoria generale a considerare come diritto ciò che effettivamente è solo il diritto valido v. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 12 ss.

²⁰⁵ A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 68 s., 74 ss.

²⁰⁶ Il riferimento è a G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, *passim*, su cui si avrà modo di tornare più volte nel prosieguo del lavoro.

norma assiologicamente valida è giustificata in rapporto ai valori e solo il valore introdotto da una norma assiologicamente valida è effettivamente meritevole di essere accolto tra i valori giuridici.

In conclusione, la validità assiologica è espressione del *principio di non indifferenza* di ogni sistema culturale, e quindi anche del diritto, rispetto agli interessi che ambiscono a farvi parte²⁰⁷.

Con riferimento specifico all'ordinamento giuridico, si conferma l'intuizione che da esso, in ragione della sua struttura assiologica, si leva una istanza di selezione delle norme indipendente da quella cui fanno riferimento i teorici normativisti e che si esplica nella presenza di metanorme.

6. La validità formale

6.1. Meta-norme e valori

Una società il cui diritto fosse provvisto esclusivamente di norme che regolano la condotta dei consociati – le c.d. norme primarie – sarebbe una società senza un potere legislativo, senza tribunali o funzioni di qualsiasi tipo²⁰⁸: un sistema proprio di una società primitiva²⁰⁹.

Il primo difetto di un tale sistema sarebbe l'*incertezza del diritto*: “se sorgono dei dubbi circa la natura delle norme o circa l'ambito preciso di una data norma, non ci sarà nessun procedimento per risolverli”. Il secondo, la *staticità delle norme*: “non vi è nessun mezzo, in una tale società, per adattare deliberatamente le norme alle mutevoli circostanze, abrogando vecchie norme o introducendone delle nuove”. Il terzo è l'*incoercibilità delle norme*, che si verifica ogni qual volta non si riveli sufficiente la pressione sociale diffusa dalla quale le norme sono esclusivamente sostenute: “se una norma viene violata, manca una autorità che possa accertarne la violazione e il colpevole”.

²⁰⁷ Il problema del riconoscimento o disconoscimento degli interessi come valori di sistema è invero il problema dell'esistenza del sistema medesimo, che può dirsi esistente solo nella misura in cui sia dotato di criteri selettivi rispetto a ciò che ambisce a modificarlo. In particolare, sono due i fattori che impongono la presenza del momento selettivo. Il primo è che il sistema è, in sé e per sé, un valore, diverso dai valori che lo compongono: è la sua stessa esistenza come sistema in stato di quiete, cioè, ad essere oggetto di una preferenza (il valore assiologico del diritto; l'ordinamento come valore). Ne deriva che qualsiasi tentativo di modificarlo, di scatenare un movimento attraverso l'introduzione di un nuovo valore, deve essere considerato preferibile rispetto al mantenimento dello *status quo*. Il secondo fattore che determina la selezione di interessi è di ordine storico ed è dato dallo stile di vita, impresso ad una società dal sistema dei valori intorno al quale è costruita la convivenza del gruppo, il quale tende a perpetuarsi secondo la sua inerzia e, quindi, a opporre resistenza all'introduzione di nuovi valori destinati alla modifica dello stile di vita. Per i valori reali, in generale, tutto ciò è empiricamente dimostrato dal fatto che solo alcune preferenze e non altre, distaccandosi dal capriccio e dalle mode transeunte, vanno a costituire il “progetto di vita” di un individuo o di una società assumendo così carattere vincolante e connotandone lo stile di vita.

²⁰⁸ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 108 s.

²⁰⁹ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 109, cui si riferiscono anche le citazioni seguenti.

In un sistema giuridico evoluto a questi difetti è posto rimedio tramite le norme secondarie o meta-norme²¹⁰: norme che non sono dirette a regolare la convivenza dei consociati ma a disciplinare la formazione, il regime di altre norme e ad assicurarne l'attuazione²¹¹.

Più analiticamente, i problemi che presenta un sistema giuridico composto da sole norme primarie sono risolti, rispettivamente: a) dalla norma di riconoscimento, che consente di individuare le norme che appartengono al sistema²¹²; b) dalle norme di mutamento, che stabiliscono le condizioni alle quali l'ordinamento può essere modificato; c) dalle norme di giudizio²¹³.

Il rapporto che intercorre tra i "difetti" di un sistema composto solamente di norme primarie e le norme secondarie è, a ben guardare, nient'altro che una relazione tra fatti giuridicamente rilevanti (i "difetti") ed effetti giuridici (le prescrizioni approntate dalle norme secondarie). La norma secondaria nasce per attuare un valore giuridico compromesso o a rischio di compromissione (la certezza del diritto, l'adattabilità del diritto nel tempo, etc.) ed opera assumendo un nuovo interesse tra i valori giuridici (configurando così in termini di *dover essere* l'emanazione di una norma da parte di un soggetto piuttosto che di un altro, oppure prescrivendo che la norma successiva abroghi quella precedente, etc.).

La particolarità del fenomeno è data dal tipo di interessi coinvolti, in quanto il problema che la norma secondaria si propone di risolvere ha carattere infra-sistemico, cioè non ha origine nella società ma all'interno dello stesso ordinamento, che, dunque, viene in gioco due volte: non solo come risolutore di problemi di interesse ma anche (e prima) come generatore di questi²¹⁴.

²¹⁰ Si considerano meta-norme, precisa R. GUASTINI, *Norma giuridica*, cit., 158, non solo quelle che vertono propriamente su norme, ma anche su atti normativi e su atti di applicazione del diritto; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., 36 ss., distingue tra norme di condotta e norme di struttura.

²¹¹ *Ex multis*, N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., 35; A. MERKL, *op. cit.*, 46 ss., *passim*. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 88 ss.: "Vi sono importanti classi di norme giuridiche (...) che stabiliscono i modi di formazione dei contratti, testamenti, matrimoni, validi" e, all'interno di queste, si deve distinguere tra "le norme relative alla capacità o al minimo di attributi personali (l'essere adulto e sano di mente) che devono essere posseduti da chi esercita quel potere" e le norme che "regolano i particolari modi e le forme in cui il potere deve essere esercitato" e, infine, "le norme che delimitano la varietà, o stabiliscono il limite massimo o minimo di durata, della struttura di diritti e doveri che gli individui possono creare con questi atti giuridici". Accanto a tutte queste norme che conferiscono poteri privati e ne regolano la disciplina, vi sono norme che conferiscono poteri pubblici: "esempi di questo tipo si trovano in tutti e tre i dipartimenti, giudiziario, legislativo e amministrativo, in cui lo stato è normalmente, benché vagamente, diviso".

²¹² In un ordinamento semplice è sufficiente una norma di riconoscimento che indichi le fonti ammesse; in un sistema progredito, le norme di riconoscimento sono plurime e "invece di individuare le norme esclusivamente mediante il riferimento a un testo o a un elenco, esse le individuano mediante il riferimento a qualche caratteristica generale posseduta dalle norme primarie".

²¹³ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 111 ss.

²¹⁴ La particolare fisionomia dei valori in gioco si riflette sulla componente di fatto dell'effetto, nel senso che ad essere assunto tra i valori giuridici non è un comportamento qualsiasi ma il comportamento attraverso il quale viene posta la norma.

6.2. Norme sulla produzione e validità formale

Una specie di meta-norme è costituita dalle norme sulla produzione del diritto. Esse individuano i soggetti che possono formulare giudizi normativi, stabiliscono le condizioni di fatto in presenza delle quali possono farlo (i presupposti), il modo in cui lo devono fare (le forme e i procedimenti che devono rispettare), e, talvolta, vincolano anche il contenuto di altre norme²¹⁵.

L'esistenza di prescrizioni che, a vario titolo e con diverso contenuto, regolano la formazione delle norme è la premessa fondamentale per la considerazione delle norme in termini di validità formale. Infatti, ove la produzione giuridica non fosse regolata da alcuna meta-norma, e l'ordinamento fosse composto esclusivamente da norme che regolano il comportamento dei consociati, non si potrebbero immaginare vincoli di validità tra le norme e, quindi, lo stesso discorrere di validità formale non avrebbe significato.

Anche una volta riconosciuta l'esistenza di norme sulla produzione, peraltro, rimane in ombra la ragione per cui una norma dovrebbe ritrarre la propria validità dall'osservanza di un'altra norma²¹⁶.

Il fenomeno ammette diverse spiegazioni.

Se si ritiene, con Kelsen, che la validità equivale alla forza vincolante della norma e che l'efficacia dipende da un rapporto di conformità con la norma superiore²¹⁷, la trasmissione normativa della validità si spiega in ragione del fatto che la forza vincolante delle norme (cioè, ancora: la validità) è condizionata alla loro efficacia, la quale è a sua volta propria esclusivamente delle norme conformi al parametro.

Un diverso approccio si basa sulla differenza del modo di operare delle norme primarie e secondarie. Le prime consistono in ordini accompagnati dalla minaccia della sanzione; le seconde hanno carattere strumentale, o secondo altra terminologia, finale: delineano modelli di comportamento che il soggetto deve osservare per conseguire il fine che si propone (compiere un atto o porre in essere validamente un'altra norma)²¹⁸. Dalla loro violazione non scaturisce una sanzione in capo all'agente, ma

²¹⁵ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., *passim*; T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Napoli, 1922, 29; G. CORSO, *op. cit.*, 19 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 6; C. ESPOSITO, *Consuetudine*, (dir. cost.), in *Enc. Dir.*, IX, 1961, 457; ID., *La validità delle leggi*, 1934, rist. 1964; R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., 83 ss.; ID., *Norma giuridica*, cit., 158 ss.

²¹⁶ Il problema è molto chiaramente posto da F. MODUGNO, *Validità*, cit., 26: "Ma in qual modo l'ordinamento (o la norma fondamentale che lo individua) rende possibile l'attribuzione della (sua) validità alle singole norme? In qual modo è concepibile la «trasmissione» della validità?"

²¹⁷ Cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 329.

²¹⁸ L'idea che si possa e si debba distinguere tra le norme è tradizionalmente rifiutata dalla teoria giuridica, dove – come rileva H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 40 ss., – "il desiderio di uniformità è forte". L'atteggiamento "monistico" – osserva l'A. – si traduce, innanzitutto, nella diffusa concezione della nullità come sanzione, la quale implica la considerazione della norma attributiva del potere alla stregua di un imperativo assimilabile alla norma penale: come quest'ultima minaccia una pena (sanzione) nel caso in cui il soggetto commetta un reato, così la norma attributiva del potere comminerebbe la sanzione della nullità nel caso in cui esso non sia esercitato così come è prescritto (sulla critica di HART alla concezione della nullità come sanzione v. *infra*,

solo l'impossibilità di porre in essere una norma valida nel senso di efficace.

Un'ulteriore spiegazione della trasmissione normativa della validità è basata sulla ascrizione delle norme sulla produzione al genere delle norme costitutive, così come concepite dall'approccio analitico alla costruzione della realtà sociale. Sono costitutive le norme che creano e rendono possibili fatti altrimenti inconcepibili e inattuabili (i c.d. "fatti istituzionali"): si pensi al gioco degli scacchi, al matrimonio, alla giurisdizione, etc.²¹⁹. Sono invece regolative le norme che, a vario titolo (ammettendoli, vietan-

prima parte, cap. II, par. 6). Il rifiuto di distinguere tra norme primarie e secondarie, inoltre, è reso manifesto dalla concezione delle norme che conferiscono poteri come frammenti di norme. Secondo questa idea, le norme sono sempre rivolte ai giudici: ordinano a questi di infliggere sanzioni se certe condizioni vengono adempite. Anche le norme che attribuiscono e regolano poteri pubblici sarebbero frammenti di una norma che obbliga il giudice ad irrogare la sanzione: la norma per cui "il parlamento ha il potere di legiferare" è considerata cioè un frammento ("se il legislatore ha previsto che..."), una condizione di applicazione della norma rivolta al giudice. La critica di HART sul punto è complessa; basti questo passo (51): "la riduzione delle norme, che conferiscono e delimitano i poteri legislativo e giudiziario (...) ha, nella sfera pubblica, l'analogo difetto [che ha nella sfera privata, *nda*] di rendere oscura la materia. Coloro che esercitano questi poteri di prendere provvedimenti e decisioni dotate di autorità usano tali norme in un tipo di attività rivolta ad un fine del tutto differente dall'adempimento di un obbligo o dalla sottomissione a un controllo coattivo. Rappresentare queste norme come meri aspetti o frammenti delle norme che stabiliscono obblighi significa, ancora di più che nella sfera privata, rendere oscure le caratteristiche differenziali del diritto e delle attività possibili nel suo ambito. Infatti, l'introduzione nella società di norme che permettono ai legislatori di fare mutamenti e aggiunte alle norme che impongono obblighi, e ai giudici di determinare quando queste norme sono state violate, è un passo avanti importante per la società come l'invenzione della ruota".

Per la distinzione tra norma strumentale – o finale – e norma materiale – o obbligatoria, v. G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, 99; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 57-62; F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 15 s., 103 s.; sulla distinzione tra norme primarie e secondarie e sulle conseguenze della loro violazione (illiceità e invalidità) v. anche M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2011, 363.

²¹⁹ Per la correlazione tra fatti bruti e norme regolative e tra fatti istituzionali e norme costitutive v. J.R. SEARLE, *Atti linguistici*, cit., 80 ss.; ID., *La costruzione della realtà sociale*, cit., 36 ss.

Sul concetto di norma costitutiva (coniato, pare, da C. ZNAMIEROWSKI, *Norma costruttiva ed atto thetico* (1923), in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 2006, 283-285), oltre alle opere di Searle citate, cfr., *ex multis*, G.M. AZZONI, *Condizioni costitutive*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1986, 160 ss.; R. GUASTINI, *Norma giuridica*, cit., 159; G. LORINI, *Forme della costitutività di norme*, in G. LORINI - L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *op. cit.*, 79-86; W. ZELANIEC, *Regola costitutiva*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto*, cit., 36 ss.; A.G. CONTE, *Regola costitutiva in John R. Searle*, ivi, 69 ss.; P. DI LUCIA, *Le due costitutività in John R. Searle*, prefazione a J.R. SEARLE, *Creare il mondo sociale. La struttura della civiltà umana*, Milano, 2010, IX-XVI, dove si rileva che Searle distingue la costitutività delle regole dalla costitutività degli atti. A far sì che un pezzo di carta abbia valore di banconota sono regole costitutive: in primo luogo, regole costitutive sull'aver valore di banconote; in secondo luogo, regole costitutive sulla validità delle banconote. A fare esistere entità sociali istituzionali ("funzioni di stato" nel linguaggio di S.), come i presidenti della repubblica, le università, le partite di football, è il linguaggio nella forma delle dichiarazioni (*declaration*). *Declaration* che, a sua volta, esiste e opera, cioè costituisce la realtà sociale, in quanto conforme alle regole costitutive su di essa.

Attribuisce un diverso significato alla costitutività delle norme, G. CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979, *passim*, secondo cui sono costitutive le norme che: non hanno destinatari precisi, non possono essere violate, realizzano il loro effetto senza prescrivere a chicchessia di fare qualcosa (ad es: le norme abrogative); osserva che in questo senso la costitutività equivale alla performatività degli atti linguistici C. ROVERSI, *Regolare e costituire. Sul carattere tecnico delle regole costitutive*, in *Analisi e diritto* 2011, cit., 271 s.

doli, etc.), disciplinano i fatti bruti, cioè i fatti concepibili in natura: rientrano in questo genere, ad esempio, le norme di diritto penale (ad es.: se uccidi, sarai arrestato).

Il diritto nel suo complesso è un fatto istituzionale, a cui fondamento stanno le norme costitutive: quelle che pongono le condizioni affinché all'interno di un ordinamento una proposizione qualsiasi valga come norma giuridica²²⁰. Una volta ascritte le norme sulla produzione al genere delle norme costitutive, si può ritenere che soltanto la norma che le osserva è valida nel senso che solo essa è costituita come norma giuridica all'interno del sistema²²¹.

Queste tre giustificazioni della trasmissione normativa della validità formale hanno in comune di stabilire una equivalenza tra validità ed esistenza/efficacia della norma. Ed infatti, se postulato del ragionamento è che l'efficacia della norma dipende dalla conformità ad altra norma, la norma invalida, cioè non conforme, è gioco forza anche inesistente. Lo stesso dicasi per la tesi che spiega la trasmissione di validità ricorrendo al carattere strumentale delle norme sulla produzione: anche qui, quando si afferma che conseguenza dell'infrazione è l'impossibilità di porre in essere una norma valida, si fa riferimento all'impossibilità di produrre un effetto giuridico²²². Ad una conclusione non diversa giunge la tesi che ricorre alla forza costitutiva delle norme sulla produzione, per la quale il mancato rispetto delle condizioni costitutive esclude la stessa inclusione della prescrizione all'interno di quelle giuridicamente rilevanti e dunque, *a fortiori*, la sua efficacia.

Nondimeno, la terza impostazione, quella che fa leva sul carattere costitutivo delle norme sulla produzione, è da preferire, siccome dotata di maggiore portata esplicativa. Mentre le prime due, infatti, appaiono assolutamente incompatibili con l'esistenza (e l'efficacia) di norme invalide, essa, con qualche piccolo aggiustamento, sembra non porsi in contraddizione con questo fenomeno.

²²⁰ Rimane programmaticamente fuori dall'ambito di questo studio il problema della norma fondamentale e della sua validità. Basti qui osservare che, se si ritiene che la validità (formale) sia trasmessa dalla forza costitutiva delle norme sulla produzione, bisognerà quantomeno ammettere l'esistenza di una norma che esercita quella stessa forza su di esse. In breve, anche la norma fondamentale andrà concepita come norma costitutiva. V. G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974, 107 ss. Come si vedrà nel capitolo successivo, mentre si può ritenere che la norma fondamentale, e - a seguire - tutte le norme sulla produzione, hanno valore costitutivo in relazione alla validità degli atti, non si può ammettere che la norma fondamentale, e - a seguire - tutte le norme sulla produzione, abbiano valore costitutivo dell'efficacia delle norme cui si riferiscono. Sul punto v. C. ESPOSITO, *Consuetudine*, cit., 462 s.

²²¹ C. ZNAMIEROWSKI, *op. cit.*, 283-285. Sulla logica binaria imposta dalle norme costitutive v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 226, *passim*; ID., *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir Pubbl.*, 2009, 758.

²²² L'esempio di H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 42 s., è chiaro: "Noi possiamo «conformarci» o no, nel fare testamento, alla norma contenuta nella sezione 9 del *Wills Act* del 1837, relativa al numero dei testimoni. Se non ci conformiamo ad essa il documento che abbiamo creato non sarà un testamento «valido» che fa sorgere diritti e doveri: sarà un atto «nullo», privo di «forza» o «effetto» giuridico. Ma benché dia luogo a nullità, la nostra mancata osservanza della disposizione giuridica non è una «infrazione» o «violazione» di un obbligo o di un dovere, né è un reato"; cfr. G. CORSO, *Validità*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 87.

Si tratta al riguardo di osservare che nella realtà giuridica, proprio in ragione del suo carattere artificiale, sono possibili gradazioni dell'esistenza o pluralità di modi di esistere che non sono invece neppure concepibili nella realtà materiale, dove un'entità esiste o non esiste. Sulla base di questa osservazione generale, si può formulare l'ipotesi che le norme costitutive non hanno sempre il medesimo ruolo rispetto ai fatti, e che pertanto le conseguenze che derivano dalla loro osservanza o inosservanza non sono sempre le stesse.

Si possono distinguere, in particolare, le regole eidetico-costitutive, *che sono condizione necessaria di ciò su cui vertono*, dalle regole anankastico-costitutive, che invece *pongono condizioni necessarie di ciò su cui esse vertono*²²³. Del primo tipo sono le regole sul gioco degli scacchi e sui movimenti dei pezzi; del secondo tipo è la regola secondo la quale “il testamento olografo deve essere sottoscritto a mano dal testatore”.

In sostanza, le prime costituiscono fatti (il gioco degli scacchi; il testamento) che altrimenti non sarebbero neppure concepibili (fatti istituzionali, cioè), mentre le seconde presuppongono l'esistenza (e quindi la concepibilità) del fatto istituzionale, e pongono condizioni relativamente a ciò su cui vertono (ad esempio, “il testamento olografo deve essere sottoscritto dal testatore”). Ciò significa che se viene violata una norma *anankastico-costitutiva* (il testamento olografo deve essere sottoscritto dal testatore), non per questo non è riconoscibile il fatto istituzionale (testamento) nella scrittura privata; nondimeno, quella scrittura, per quanto esistente nel contesto dell'ordinamento come testamento, non vale come tale.

La validità formale, intesa questa volta come modo di esistere di una norma in un ordinamento, è generata dalla conformità alle norme *anankastico-costitutive*²²⁴. La norma che si pone in contrasto con esse è una norma che esiste all'interno dell'ordinamento (in quanto rispettosa delle condizioni *eidetico-costitutive*) ma che non esiste come norma valida.

²²³ La distinzione è di A.G. CONTE, *Regola eidetico-costitutiva vs. regola anankastico-costitutiva*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto*, cit., 48 ss., e in altri precedenti scritti dello stesso A.; importanti sviluppi in G. AZZONI, *op. cit.*, 160 ss., che ha ulteriormente distinto: a) norme anankastico-costitutive, che pongono condizioni *necessarie* di ciò su cui vertono (ad es., l'art. 602 c.c., per il quale “il testamento olografo deve essere sottoscritto a mano al testatore”); b) norme metathetico-costitutive, che pongono condizioni sufficienti di ciò su cui vertono (ad es. l'art. 59 Cost. primo comma, in base al quale “è senatore di diritto a vita, salvo rinuncia, chi è stato Presidente della Repubblica” - qualità che si può acquistare anche altrimenti, per nomina del Presidente della Repubblica); c) norme nomico-costitutive (dette anche disgiuntive), che pongono una condizione necessaria e sufficiente di ciò su cui vertono (ad es., l'art. 254 c.c., in base al quale “il riconoscimento del figlio naturale è fatto nell'atto di nascita, oppure con un'apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile o davanti al giudice tutelare o in un atto pubblico o in un testamento, qualunque sia la forma di questo”).

²²⁴ Per il collegamento tra la dimensione della validità e le norme anankastico-costitutive v. G.M. AZZONI, *op. cit.*, *passim*.

6.3. Validità formale stricto sensu e validità formale-sostanziale

Gli ordinamenti si distinguono in dinamici e statici²²⁵ a seconda che la validità delle norme dipenda dall'osservanza di regole sulla competenza e sulla procedura ovvero dalla deducibilità del loro contenuto da quello delle norme sovraordinate²²⁶.

Nomostatica e nomodinamica corrispondono a due modelli di ordinamento che Kelsen presenta come astratti e antitetici²²⁷. L'ordinamento giuridico, secondo il maestro praghese, è nomodinamico in quanto la validità delle norme dipende dall'osservanza di prescrizioni di natura formale²²⁸ e non riguarda profili contenutistici²²⁹.

L'approccio cambia radicalmente una volta ricondotto il problema della validità formale delle norme a quello della loro conformità alle regole sulla produzione: in questo quadro, nomostatica e nomodinamica non designano modelli astratti né antitetici.

La natura – sostanziale o formale – del vincolo di validità delle norme dipende infatti puramente e semplicemente da un fattore di diritto positivo, cioè dal contenuto delle norme sulla produzione. Per cui l'ordinamento giuridico non può essere astrattamente ascritto alla categoria degli ordinamenti nomodinamici: ove sia dotato di norme sulla produzione di tipo sostanziale, infatti, esso è anche un sistema statico²³⁰. Il vincolo sostanziale di validità (o nomostatico), peraltro, non si esprime necessariamente nella “deducibilità” della norma sottordinata, postulata e non riscontrata da Kelsen nella realtà dell'ordinamento giuridico: nella gran parte dei casi si tratta più semplicemente di “derivazione”²³¹: è sufficiente cioè che il significato della norma sia compatibile o non contraddittorio con quello della norma sulla produzione²³².

La presenza di norme sulla produzione di carattere sostanziale costituisce un elemento indefettibile degli ordinamenti giuridici avanzati, quasi implicito nelle logiche profonde del loro funzionamento. Come è stato osservato, infatti, le stesse norme formali, quando vengono violate, diventano per il giudice che ne deve accertare la violazione “norme sostanziali sulla produzione delle sue decisioni giurisdizionali”²³³, nel senso che il contenuto della sua pronuncia sarà determinato dal precetto posto dalla norma formale violata. Nella stessa direzione milita, peraltro, una considerazione di

²²⁵ V. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 566 ss.

²²⁶ B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 300, 312; H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., 113: in un ordinamento statico “le norme sono «valide»...in virtù del loro contenuto. Il contenuto ha una qualità d'immediata evidenza che ne garantisce la validità, o, in altri termini, le norme sono valide a causa di un richiamo loro inerente. Le norme hanno questa qualità perché sono deducibili da una norma fondamentale specifica, come il particolare è definibile dal generale.”

²²⁷ A.G. CONTE, *Nomostatica e nomodinamica*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 323.

²²⁸ H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., 124 ss.

²²⁹ H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., 113 s.

²³⁰ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 568.

²³¹ Sarebbe questo il caso, secondo L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 569 s., delle “decisioni consistenti nell'accertamento di una verità giuridica”.

²³² R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., 97 s.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 569 ss.

²³³ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 571, 560 ss.

tipo empirico: non esiste ordinamento in cui abbia vigore solamente “la norma formale «*quod principi placuit legis habet vigorem*», senza per di più che al principe possa venire in mente di emanare norme sostanziali sulla produzione di altre decisioni”.

Nomostatica e nomodinamica costituiscono le “due dimensioni parimenti essenziali” dello stato di diritto “in senso forte”, dove vige il principio di legalità sostanziale²³⁴. Ciò che lo caratterizza specificatamente non è “l’esistenza di norme sostanziali e quindi la presenza di una dimensione statica del diritto” – che abbiamo visto essere consustanziale all’idea di ordinamento – “ma il fatto che *tutti* i poteri e *tutte* le decisioni – e non solo quelli giudiziari – sono soggetti, a cominciare dalle leggi, non solo a norme formali, ma anche a norme sostanziali (...); e che perciò la dimensione statica investe l’intera produzione di significati giuridici, a cominciare dalla produzione legislativa”²³⁵.

Si può in conclusione affermare che i vincoli di validità posti dalle norme sulla produzione possono riguardare la forma o il contenuto della nuova norma²³⁶. Solitamente si parla nel primo caso di validità formale e nel secondo di validità sostanziale²³⁷. A rigore, osta all’accoglimento di questa nomenclatura la *summa divisio* qui proposta tra validità assiologica (modo di esistere rispetto ai valori) e validità formale (modo di esistere rispetto alle norme), che consiglia di ricondurre la distinzione tra validità formale (rispetto delle norme sulla normazione aventi contenuto formale) e validità sostanziale (rispetto delle norme sulla normazione aventi contenuto sostanziale) entro l’alveo della validità formale. Validità formale in senso stretto (detta anche validità formale-formale) e validità sostanziale (detta anche validità formale-sostanziale), in definitiva, sono tipi di validità formale, dovendosi intendere quest’ultima come un modo di esistere della norma rispetto alle altre norme.

Questi due tipi di validità formale sono tra loro indipendenti²³⁸. Può esservi dissociazione, perché è ben possibile che una norma rispetti tutte le norme sulla normazione aventi contenuto formale ma non tutte le norme sulla produzione aventi contenuto sostanziale; così come è possibile il contrario.

Più complessi sono i rapporti tra validità formale delle norme, complessivamente intesa, e validità assiologica.

Le scelte operate dal legislatore nella attribuzione delle competenze normative,

²³⁴ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 571.

²³⁵ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 571.

²³⁶ Cfr., l’ampia discussione del tema in L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 514 ss.; R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., 83 ss., il quale distingue tra norme sulla produzione in senso stretto, che hanno carattere formale e non riguardano il contenuto delle normazione futura, e norme sulla produzione in senso lato, che hanno carattere “materiale” o “sostanziale” e attengono al contenuto della normazione futura.

²³⁷ N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi* (1955), in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI (a cura di), *L’analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 530 ss.; R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., 91 ss.

²³⁸ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 535.

nella individuazione dei presupposti di esercizio del potere normativo, dei procedimenti da osservare, dei vincoli sostanziali relativi al contenuto delle nuove prescrizioni, ammettono forse una considerazione unitaria: possono essere considerate come decisioni funzionali alla attuazione del valore della validità assiologica.

Il che ha due immediate conseguenze.

La prima è che anche le norme sulla produzione possono essere oggetto di considerazione in termini di (in)validità assiologica, a seconda della loro idoneità a realizzare il valore della validità assiologica della norma regolata.

La seconda è che la validità formale si presta ad essere considerata come strumento per la corretta attuazione dei valori giuridici.

Resta escluso, però, che la prima costituisca una garanzia della seconda ovvero che l'invalidità formale della norma sia indice affidabile di invalidità assiologica. A smentire la fondatezza di simili equivalenze, infatti, è sufficiente la possibilità che anche una sola delle norme sulla produzione sia affetta da invalidità assiologica cioè sia inidonea ad attuare il valore della validità assiologica della norma regolata.

7. Validità e fatti giuridici

7.1. Eventi e comportamenti

La ricerca ha preso avvio da una necessaria restrizione del campo di indagine. Preso atto della pluralità dei contesti tematici in cui la scienza giuridica utilizza la nozione di validità e considerata altresì la molteplicità degli oggetti rispetto ai quali la validità può esser predicata, si è rivolta l'attenzione esclusivamente alla validità come attributo delle norme.

Seppur questa impostazione appaia fundamentalmente corretta, presentare la validità assiologica e la validità formale come le due dimensioni in cui si articola la validità delle norme non è sufficiente come premessa per uno studio sulla validità del provvedimento amministrativo. La cerniera tra la dimensione teorica e quella dogmatica si realizza attraverso l'individuazione dell'ambito della validità in rapporto ai fatti giuridici.

I fatti giuridici solitamente si distinguono, sotto il profilo strutturale²³⁹, in "fatti in senso stretto" e "atti in senso lato"; questi ultimi ricomprendono gli "atti in senso stretto" e i "negozi".

Il criterio discretivo è costituito dall'elemento volontaristico: *fatti in senso stretto* sono i fenomeni non volontari (ad es., la trasformazione della materia, la nascita, la

²³⁹ In proposito S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Messina, 1945, 3, parla di "diversa struttura dell'elemento materiale". L'altro criterio di classificazione dei fatti giuridici è il cd. "criterio dell'efficacia", che distingue i fenomeni a seconda della funzione svolta nella dinamica produttiva del diritto: v. A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica*, II. *dogmatica giuridica*, cit., 331 ss.

morte, etc.), mentre *atti in senso lato* sono i fenomeni volontari; l'ulteriore distinzione tra *atti in senso stretto* (o *non negoziali*) e *negozi* si basa sulla "direzione" della volontà, che nei primi riguarda il compimento dell'atto (c.d. "volontà dell'atto") e nei secondi si estende agli effetti (c.d. "volontarietà degli effetti")²⁴⁰.

Questa tipologia ruota intorno al negozio, ossia all'atto in cui la volontà si esprime nel modo più compiuto (come volontà del suo compimento e come volontà dell'effetto)²⁴¹; le altre figure sono individuate "per negazioni successive e lasciando cadere via via i diversi caratteri essenziali del negozio"²⁴²; e se l'atto in senso stretto è il negozio meno la volontà degli effetti (al riguardo, è estremamente significativa la sua denominazione in termini di "atto non negoziale"), la categoria del fatto in senso stretto abbraccia fenomeni eterogenei e accomunati solo dalla non-volontarietà²⁴³.

Avvertito "il vacuo di concetti meramente negativi"²⁴⁴ e considerato che alla radice del diritto sta non la volontà ma la vita umana con tutti i suoi valori pratici, i quali "possono evidenziarsi nel campo dell'esperienza giuridica non solo attraverso la volontà, ma anche in virtù di atteggiamenti non volontari e persino inconsci dell'uomo", si è proposto di rifondare la classificazione dei fatti giuridici intorno alla dicotomia tra *eventi* e *comportamenti*²⁴⁵.

La distinzione, idonea a fornire una descrizione *in positivo* di tutti i fenomeni temporali, si specifica poi in un'ampia fenomenologia articolata in funzione dei valori e cioè degli interessi che ciascun fatto è in grado di esprimere²⁴⁶.

La categoria degli *eventi* contiene i *fatti naturali* (ad es., lo sconfinamento di un fiume), i *fatti vitali* (ad es. la nascita, la morte, la malattia)²⁴⁷ e i *fatti psichici* (distinti, a loro volta, in fatti di sentimento e fatti di conoscenza): tutti caratterizzati dalla pecu-

²⁴⁰ V. S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., 3 ss.; S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1935, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 2008, 617 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, 106; A. FALZEA, *Comportamento*, in *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica*, II. *dogmatica giuridica*, cit., 654 ss.; V.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 10 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, IV, 203 s.; V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 933; A.M. SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici* (1941), in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, 3 ss.; A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 204, distingue, nell'ambito dei fatti giuridici, tra atti e fatti e, nell'ambito della categoria degli atti, tra "semplici fatti dell'uomo e atti giuridici" (negozi). Cfr. G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 15, il quale mette in rilievo che mentre i fatti sono esclusivamente presupposti degli effetti, gli atti sono allo stesso tempo presupposto e oggetto di qualificazioni giuridiche (possono essere, ad esempio, leciti o illeciti, validi o invalidi).

²⁴¹ Tanto è vero che da parte della dottrina tradizionale "la nozione del fatto giuridico venne per lo più posta come semplice premessa alla teoria del negozio giuridico", come osservato da C. MAIORCA, *op. cit.*, 112.

²⁴² A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., 346.

²⁴³ A. FALZEA, *Fatto naturale*, in *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica*, II. *Dogmatica giuridica*, cit., 362.

²⁴⁴ A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., 347.

²⁴⁵ A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., 350 ss. Concepisce invece l'evento come risultato del fatto C. MAIORCA, *op. cit.*, 121.

²⁴⁶ A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., 348.

²⁴⁷ A. FALZEA, *Fatto naturale*, cit., 366 s. Sul fatto vitale v. ID., *Fatto vitale*, in *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica*, II. *Dogmatica giuridica*, cit., 394 ss.

liarità di ubbidire ad un principio di necessità, che non ne consente la riferibilità all'uomo²⁴⁸ pur ove lo riguardino, ma distinti in ragione della gravidanza, crescente, degli interessi evidenziati.

Sono comportamenti, invece, tutti i fenomeni riferibili all'uomo²⁴⁹: ossia "ogni possibile atteggiamento esterno del corpo umano, ogni atteggiamento corporeo che sia cosciente o incosciente, volontario o involontario, ma sia in ogni caso una «iniziativa» dell'uomo (un libero, non fisicamente determinato, spiegamento di energie umane)"²⁵⁰.

I comportamenti possono essere *attuosi* o *inattuosi*²⁵¹.

Il comportamento mosso dall'interesse *attuo* di regola presenta il carattere della *materialità*²⁵². L'azione, avendo valore in sé e per quanto realizza (il soggetto agisce per agire, perché agendo realizza il suo interesse²⁵³), non lascia trasparire la sua provenienza da un giudizio soggettivo; al contrario, da questo si distacca come una conseguenza fa da una causa e, distaccatasi, si proietta nella storia.

Il comportamento mosso dall'interesse *inattuo* si definisce *programmatico*. L'azione in questo caso non realizza immediatamente l'interesse ma assolve ad una funzione manifestativa, serve cioè a trasferire in un campo di pubblica evidenza (a questo proposito si parla anche di *atti sociali*²⁵⁴) il giudizio di valore e la preferenza che il soggetto mediante esso ha formulato²⁵⁵, ed è strutturata di conseguenza: consiste cioè in una dichiarazione.

²⁴⁸ A. FALZEA, *Comportamento*, cit., 662 s. Pone l'accento sull'importanza della categoria dei fatti di sentimento nella "ridefinizione teorica dei servizi sociali" V. BERLINGÒ, *Beni relazionali. L'apporto dei fatti di sentimento all'organizzazione dei servizi sociali*, Milano, 2010, 170, *passim*.

²⁴⁹ A. FALZEA, *Comportamento*, cit., 663; A. G. CONTE, *Atti ed eventi*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 2009, 131, nota 7.

²⁵⁰ A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., 352.

²⁵¹ L. CAMPAGNA, *I "negozi di attuazione" e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, 54 ss.

²⁵² Esistono anche comportamenti attuosi immateriali, cioè comportamenti che utilizzano i simboli del linguaggio (in questo senso immateriali) ma che cionondimeno realizzano o ledono contestualmente interessi (ad esempio, l'ingiuria): cfr. A. FALZEA, *Atto reale*, cit., 750.

²⁵³ V.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 115; L. CAMPAGNA, *op. cit.*, 48.

²⁵⁴ A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile* (1913), Milano, 1990, *passim*; N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, "Memorie dell'Istituto Giuridico", Serie II, Memoria 28, Torino, 1934, 144. Secondo Reinach, un atto sociale è caratterizzato: a) dall'essere "*diretto ad un altro*"; b) dall'essere oggetto di una manifestazione; c) dalla "*necessità di essere percepito*". Come spiega G. LORINI, *Quattro declinazioni dell'atto giuridico*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto*, cit., 184, l'essere "*diretto ad un altro*" non significa semplicemente "*implicare una relazione necessaria con un altro soggetto*": ciò è proprio anche di atti non sociali, come il perdono. Si deve trattare di un atto "*rivolto ad un altro*", cioè, in sostanza, di un atto che richiede di essere manifestato. Sul carattere oggettivo della manifestazione, e per la critica alle concezioni soggettive, v. V. SCALISI, *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975, ora in ID., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 79 ss. La manifestazione può avvenire attraverso la manifestazione in senso stretto (cioè il comportamento concludente) ovvero attraverso la dichiarazione in senso proprio. L'A. individua il criterio discrezionale tra le diverse forme di manifestazione con riferimento al secondo momento in cui la stessa si articola, ovvero nel "rapporto di significazione" (89).

²⁵⁵ La volontà del soggetto, quindi, non è diretta solo al compimento dell'atto quanto alla realizzazione di un ulteriore interesse: quello che tramite l'atto egli manifesta e per il quale richiede l'assistenza dell'ordinamento. Cfr., in termini simili, anche se con terminologia in parte diversa, V.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 49; L. CAMPAGNA, *op. cit.*, 49.

Alle differenze strutturali e funzionali²⁵⁶ che si colgono sul piano fenomenologico tra comportamento materiale e comportamento programmatico corrisponde un diverso modo di relazionarsi con l'ordinamento giuridico²⁵⁷.

Il comportamento materiale attuo acquista giuridica rilevanza quando l'interesse che l'autore si prefiggeva di realizzare è soddisfatto. L'intervento dell'ordinamento si concreta nella qualificazione dell'azione (giudizio di rilevanza) e nel collegamento di effetti giuridici (giudizio di efficacia) tendenti, ove l'interesse realizzato sia positivamente valutato²⁵⁸, alla stabilizzazione dei rapporti e delle situazioni da essa scaturenti e, nel caso opposto, a porvi rimedio²⁵⁹.

In rapporto al comportamento programmatico, invece, l'intervento del diritto si pone in un momento intermedio tra l'azione manifestativa e la realizzazione di un interesse che, senza quell'intervento, il soggetto non potrebbe realizzare. La valutazione giuridica, in altri termini, verte sull'interesse manifestato e sulle azioni progettate per la sua realizzazione ed assume una funzione costitutiva rispetto al soddisfacimento dell'interesse²⁶⁰.

²⁵⁶ I due profili, come si è visto, non possono essere tenuti separati. La struttura dichiarativa del comportamento programmatico dipende dalla sua funzione manifestativa, mentre quella del comportamento materiale è funzionale alla realizzazione immediata dell'interesse. Sulla corrispondenza delle "peculiarità di struttura" dei fatti giuridici a "particolari atteggiamenti funzionali" v. L. CAMPAGNA, *op. cit.*, 43 ss. Cfr. altresì A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 204, secondo cui gli atti giuridici negoziali "consistono di comunicazioni linguistiche il cui effetto giuridico è determinato dal contenuto della comunicazione stessa (...) diretta proprio alla creazione di un nuovo diritto".

²⁵⁷ Cfr. ancora la distinzione di L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 488 s. tra atti informali e formali. Per questo A., i primi sono "tutti quegli atti la cui rilevanza o efficacia giuridica è associata dalle norme che li prevedono alla loro naturalità o materialità, riconosciuta e disciplinata dal diritto in forza dei loro effetti parimenti naturali". I secondi sono "tutti quegli atti linguistici la cui rilevanza o efficacia giuridica è un artificio, ossia una convenzione giuridica, stabilita dalle norme che li prevedono".

²⁵⁸ In proposito V.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 84, discorre di attuazione, da parte dell'ordinamento giuridico, della "protezione di uno scopo già realizzato, ma ancora bisognoso di tutela ad opera del diritto".

²⁵⁹ L. CAMPAGNA, *op. cit.*, 54, 56; A. FALZEA, *Atto reale*, cit., 749 s.; R. TOMMASINI, *Invaldità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, 1972, 578.

La dottrina tradizionale denomina *atti volontari* (la scoperta del tesoro, l'accessione) questi comportamenti. Essi - si osserva - vengono presi in considerazione dal diritto non per la volontà che il soggetto esprime per il loro tramite ma per la attività che nasce dall'impulso volitivo, sicché, in fin dei conti, sono ma per il diritto potrebbero non essere volontari. Cfr. S. PUGLIATTI, *Istituzioni*, loc. cit.; ID. *Atto giuridico e determinazioni accessorie di volontà* (1937), in *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, cit., 1951, e ora in *Scritti giuridici*, III, cit., 237. L'A. distingue "atti (semplicemente) volontari e atti di volontà": nei primi la volontà è solo un momento interno all'atto, nel senso che "ciò che viene in considerazione è piuttosto l'attività che ne consegue"; nei secondi, invece, la determinazione volitiva "viene presa in considerazione dal diritto come l'immediato antecedente materiale in base al quale la norma rende l'atto produttivo di conseguenze giuridiche". Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 106 s., che infatti li considera fatti in senso stretto; per la medesima ragione anche Santi ROMANO, *Atti e negozi giuridici*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, 5, esclude le "azioni giuridiche materiali" dal novero degli atti giuridici; *contra* A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 13, secondo cui nei meri atti non rileva il fine specifico che l'autore intende conseguire (a differenza di quanto avviene nei negozi) ma rileva il "tendere dell'agente alla realizzazione del fine generico proprio della categoria degli atti che nell'ipotesi singola viene in considerazione".

Secondo L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 494, gli atti informali si riducono a tre tipi: gli atti illeciti (atti informali vietati), gli adempimenti (atti formali obbligatori) e gli inadempimenti.

²⁶⁰ L. CAMPAGNA, *op. cit.*, 56.

Il comportamento programmatico è un atto linguistico. La sua performatività²⁶¹, cioè l'attitudine a "realizzare le cose con le parole"²⁶², ha modo di spiegarsi solo all'interno di un ordinamento²⁶³: presuppone un complesso di previsioni di forme che l'atto deve rispettare²⁶⁴ e si realizza alla sola condizione che le preferenze e le disposizioni preferenziali manifestate siano assunte tra i valori giuridici o quantomeno trovino riscontro in alcuni di essi²⁶⁵.

La categoria dei comportamenti programmatici abbraccia fenomeni eterogenei, spaziando dai negozi privati agli atti dei pubblici poteri (legge, sentenza, provvedimento)²⁶⁶. Essa sostituisce la figura dell'atto normativo²⁶⁷, che ha il difetto di sovrapporre profili strutturali e funzionali dei fatti giuridici: la normatività, in altre parole, non è una nota comune a tutti i comportamenti dotati di struttura programmatica²⁶⁸.

²⁶¹ Cfr. G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, 1916, trad. it. *Norma e azione. Un'analisi logica*, Bologna, 1989, 142-144; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 509; A. G. CONTE, *Filosofia del performativo*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto*, cit., 198: "vi sono casi, nei quali v'è coincidenza tra il fare ed il dire di fare, ossia nei quali il fare coincide con il dire di fare. (Il dire di compiere un atto è compiere, è eseguire [to perform] l'atto stesso. E l'atto consiste nel dire che si compie l'atto). Il dire che si revoca il mandato è revoca del mandato; il dire "Io ti ringrazio" è ringraziamento; il dire che si rinuncia a un proprio diritto è rinuncia". L.A. (*op. ult. cit.*, 202-208) distingue all'interno degli atti performativi alla luce di due dicotomie: quella tra performativi *thetic* e *non-thetic* e quella tra performativi *anaitetici* e *non-anaitetici*. I performativi *thetic* sono i più importanti per la filosofia del diritto: la performatività di questo tipo è quella di colui che, con le sue parole, altera il mondo; viceversa, performatività *a-thetica* è quella di colui che, con le parole che dice, semplicemente attua (effettua) atti. (Sono verbi performativi *thetic*: accusare, invalidare, consacrare, disdire, abrogare, etc; mentre sono verbi performativi *a-thetic*: affermare, asserire, postulare, salutare, ringraziare, etc.). La dicotomia tra performativi *anaitetici* e *non-anaitetici* è interna ai performativi *thetic*: i performativi *anaitetici* sono atti negativi, cioè aventi "senso di dissoluzione d'un preesistente stato di cose" (abrogazione, invalidazione, rimozione, etc.); i performativi *non-anaitetici* sono invece atti *thetic* positivi, volti a costituire un nuovo stato di cose (accusare, consacrare, nominare, etc.). Osserva giustamente C. ROVERSI, *op. cit.*, 272 ss., che il concetto di performatività corrisponde a quello di costitutività, così come inteso da G. CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, cit., *passim*; ID., *Metodologia giuridica*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Padova, 1990, 121 s.

²⁶² J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, London, 1962 (trad. it. *Come fare cose con le parole*, Genova, 1987), *passim*.

²⁶³ Trova conferma, così, la tesi di A. ROSS, *Ascesa e caduta della dottrina dei performativi* (1972), in *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, 1982, 254, il quale, a proposito dei performativi, rileva che la possibilità "di fare cose con le parole" è sottoposta alla condizione dell'esistenza di un ordinamento giuridico, al quale il comportamento deve essere riferibile; cfr. altresì ID., *Diritto e giustizia*, cit., 208 s., con riferimento al negozio.

²⁶⁴ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 492 s.: "sempre, la forza costitutiva delle parole – l'an della loro rilevanza per il diritto – è associata a una qualche loro forma giuridica. Solo grazie alla sua forma, ossia alla sua espressione in lingua giuridica, un comportamento linguistico è infatti riconoscibile come atto e sono ad esso ascrivibili significati giuridici".

²⁶⁵ Per una impostazione simile, v. R. TOMMASINI, *op. cit.*, 579.

²⁶⁶ A. FALZEA, *Atto reale*, cit., 790 s. Si consideri però che secondo A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 204, è inutile porre in un'unica categoria il negozio privato e gli atti giuridici pubblici perché esiste una "profonda differenza tra la competenza delle pubbliche autorità, predisposta a protezione degli interessi di una comunità e basata sul concetto di autorità, e la competenza dei privati, predisposta a protezione di interessi privati e basata sul concetto di autonomia".

²⁶⁷ Su cui V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 240 s.

²⁶⁸ *Amplius*, v. *infra*, prima parte, cap. I, par. 7.3.

7.2. La validità come predicato dei soli comportamenti programmatici

La dimensione della validità è estranea agli eventi²⁶⁹. Essi non possono essere qualificati in termini di validità assiologica perché non consistono in giudizi di valore. Né possono esserlo sotto il profilo della validità formale perché la mancanza dell'azione comporta *a fortiori* l'inesistenza di metanorme che stabiliscano le condizioni che il soggetto deve rispettare per porre in essere un precetto valido²⁷⁰.

Per ragioni simili la validità non riguarda neppure i comportamenti materiali²⁷¹, rispetto ai quali il giudizio di valore, pur sussistendo, non rileva per l'ordinamento; mentre è del tutto assente l'azione manifestativa, oggetto della disciplina contenuta nelle norme sulla produzione.

La validità, quindi, è una qualificazione tipica ed esclusiva dei comportamenti programmatici²⁷², entità complesse costituite dalla sintesi di giudizio di valore e azione manifestativa.

Passando dalla individuazione del referente oggettivo della validità nella *norma al comportamento programmatico* si sposta il discorso dal livello teorico a quello dogmatico e, contemporaneamente, si realizza il presupposto per una definizione più analitica dell'oggetto della validità medesima. In considerazione della struttura del fatto giuridico, infatti, si può ritenere che la validità assiologica e quella formale-sostanziale, accomunate dall'imporre sulla prescrizione vincoli di tipo contenutistico, riguardano il giudizio di valore (oggetto della manifestazione); mentre la validità formale *stricto sensu* riguarda l'azione manifestativa²⁷³.

²⁶⁹ A.G. CONTE, *Atti ed eventi*, cit., 130 s. e note: "gli *eventi* non sono né validi, né invalidi, come i *numeri primi* non sono né rossi, né non-rossi".

²⁷⁰ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, 6, il quale rileva che "solo per un comportamento umano è possibile predisporre un modello e pretenderne nel medesimo tempo l'osservanza. Soltanto nei confronti degli individui, si può richiedere che, intrapresa una data attività, questa si svolga in un certo modo anziché in un altro, così da giustificare un apprezzamento favorevole o meno del modo in cui è stata realizzata". Di fronte a un fatto della natura, prosegue l'A., "è possibile solo la constatazione della sua rispondenza al modello previsto dall'ordinamento, senza alcun apprezzamento favorevole o meno dell'avvenimento a seconda che si sia o no realizzato in conformità a qual modello, appunto perché la necessità delle leggi fisiche non permette che un fatto che si sta svolgendo in un certo modo, si configuri per la natura l'obbligo e nemmeno la possibilità di un altro svolgimento"; alle stesse conclusioni perviene R. TOMMASINI, *op. cit.*, 578, il quale tuttavia, muovendo dalla concezione della invalidità come giudizio di valore di segno negativo, esclude gli eventi dall'ambito del fenomeno "potendo l'ordinamento incidere con le sue valutazioni su accadimenti in qualche modo indirizzabili, non già su eventi che si realizzano indipendentemente dalla volontà umana, rispetto ai quali si pone soltanto un problema di accertamento in termini di esistenza (in senso giuridico) o inesistenza"; F. LUCIANI, *op. cit.*, 38.

²⁷¹ R. TOMMASINI, *op. cit.*, 578; *contra* A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 13.

²⁷² A conclusioni non diverse pervengono i filosofi (L. NOWAK - S. WRONKOWSKA-JAS'KIEWICZ - M. ZIELIN'SKI - Z. ZIEMBIN'SKI, *Czynnos'ci konwencjonalne w prawie* [Gli atti convenzionali nel diritto], 1972, citati da G. LORINI, *Quattro declinazioni dell'atto giuridico*, cit., 190) per i quali la (in)validità è predicabile solamente con riguardo agli atti convenzionali e non agli atti psicofisici; tra i giuristi, limita l'ambito della (in)validità ai "comportamenti dichiarativi" R. TOMMASINI, *op. cit.*, 578.

²⁷³ T. MAZZARESE, *Validità*, cit., 597, distingue, a seconda del contenuto delle metanorme, tra validità di atti e validità di norme; in questi termini anche G. CORSO, *Validità*, cit., 85 ss.; M.S. GIANNINI, *L'illegittimità degli*

La delimitazione dell'ambito della validità ai comportamenti programmatici fa emergere inoltre la correlazione tra validità e soggettività²⁷⁴. La prima, restando esclusa non solo gli eventi ma anche i comportamenti materiali, riguarda solo le entità in cui la soggettività si esprime nei riguardi dell'ordinamento al livello più elevato, chiamando in causa la libertà dell'individuo e la sua dimensione spirituale ed intellettuale.

La validità, in conclusione, vera e propria dimensione di sistema, rappresenta il riflesso sul piano del diritto obiettivo della dimensione esistenziale del soggetto di diritto e della sua forza attiva nella dinamica giuridica.

7.3. *Comportamenti programmatici normativi e non normativi. Riflessi sulla validità assiologica*

Gli atti precettivi si distinguono, secondo la concezione tradizionale, in normativi e non normativi, a seconda che siano dotati o meno dei caratteri della generalità, astrattezza²⁷⁵, novità²⁷⁶.

Uno dei principali indirizzi della dottrina contemporanea ha criticato con successo le fondamenta di questa impostazione sulla base del rilievo che generalità e astrattezza sono caratteri solo eventuali delle norme: si è dimostrato, in particolare, che la concezione tradizionale costituisce l'esito della traslazione sul concetto di norma di caratteri propri della legge, così come storicamente individuati, ovvero di istanze politico-ideologiche²⁷⁷. Il carattere della novità, invece, è stato progressiva-

atti normativi e delle norme (1955), in *Scritti*, III, Milano, 2003, 893 ss. distingue tra vizi formali attinenti all'atto-fonte e vizi sostanziali attinenti alla norma; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 213 ss.; F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1003, distingue vizi dell'atto e vizi della disposizione; A.G. CONTE, *Minima deontica*, cit., 363 ss., distingue tra validità che si predica degli atti, di norme (status), di formulazioni linguistiche di norme (enunciati deontici) (v. pragmatica, sintattica, semantica); ID., *Studio per una teoria della validità*, cit., 60 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 530 ss.

²⁷⁴ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 3 ss.; cfr., adesivamente, A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1127 ss.

²⁷⁵ Per la tesi che individua nella generalità e nell'astrattezza i caratteri della norma v., ad esempio, A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., 139-142, che distingue tra norma e comando in senso stretto: il secondo, imperativo al pari della prima, sarebbe privo del carattere della generalità e si identificerebbe con l'atto amministrativo e la sentenza.

²⁷⁶ La concezione della novità come elemento caratterizzante della norma risale a P. LABAND, *Das staatsrecht des deutschen reichs*, II, Tubingen und Leipzig, 1901, 168 s. Cfr. Santi ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1943, 218; V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 238 ss.; F. MODUGNO, *Norma*, cit., 328 ss.; A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, 48 ss.; A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Milano, 1970, 89 ss.; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, 22 ss.

²⁷⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., 230-236, che li considera concetti aventi "un'origine ideologica e non logica", idonei a indicare i requisiti non della norma giuridica in sé ma piuttosto della "norma giusta"; G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., 128, per il quale i criteri della generalità, dell'astrattezza e della novità non corrispondono a nessuna istanza teorica o logica, bensì all'"idea dell'imparzialità e della giustizia come caratteri dell'ordinamento", da cui deriva la concezione dell'atto normativo come atto attraverso il quale lo

mente abbandonato siccome ritenuto eccessivamente vago e polisenso²⁷⁸.

Stato “non si contamina, restandone fino ad un certo punto esterno e imparziale, con interessi o finalità provenienti con immediatezza dai soggetti o dalla società”; A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, cit., 2; ID., *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2001, 23: “per traslato, la teoria della legge divenne anche, ad un tempo, teoria della norma giuridica, proprio in quanto la legge era la fonte per antonomasia. E così, i connotati tipici dell’atto furono considerati...anche gli attributi naturali delle norme in genere”; G. CORSO, *L’efficacia*, cit., 48 ss.; ID., *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2010, 12, dove, pur riconoscendo il carattere altamente problematico della generalità e dell’astrattezza, si rileva che “esse esprimono un’aspirazione che non può essere ignorata: l’aspirazione ad una legge giusta, una giustizia che la generalità e l’astrattezza non garantiscono, ma di cui costituiscono, per così dire, una precondizione”. A sostegno della tesi del carattere ideologico dei concetti di generalità ed astrattezza muove anche il rilievo che essi non sono considerati elementi qualificanti del concetto di norma da parte delle principali concezioni del diritto. Basti pensare al riguardo che normativismo e istituzionismo, pur nella reciproca distanza, convengono sulla possibilità di riconoscere carattere normativo ad atti regolatori di concrete situazioni di vita (lo nota V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 241): il primo innestandoli in una scala gerarchica dove ogni espressione è normativa (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 82-87); il secondo, per esempio, considerandoli propri agli ordinamenti particolari ed assegnandovi carattere normativo (A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Giurpubbl.*, II, Torino, 1987, 36, sulla scia del pensiero di Santi ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti*, cit., 24 ss.).

²⁷⁸ La teoria della novità è oggetto di critica da parte della dottrina costituzionalistica moderna. Intesa *lato sensu* la novità caratterizza ogni proposizione giuridica che introduce nell’ordinamento significati normativi non preesistenti: il che porterebbe a ritenere normativo qualsiasi atto che modifica l’ordinamento, anche solo costituendo o estinguendo rapporti giuridici, poiché si tratta di caratteristiche proprie ad ogni atto giuridico a rilevanza esterna (cfr., V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 49, secondo il quale il criterio della novità non serve a distinguere gli atti normativi dagli altri perché alla sua stregua sono normativi anche i negozi atipici, i provvedimenti giurisdizionali e i provvedimenti amministrativi discrezionali). Intesa *stricto sensu*, la novità si riscontra solo nella prima qualificazione di fattispecie reali (secondo questa tesi la normatività consisterebbe nell’introduzione di un *verum quid novi*. V. Santi ROMANO, *op. loc. ult. cit.*; cfr. criticamente A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 48 s.) ed è pertanto riservata alle proposizioni giuridiche non legate da rapporti di condizionamento con altre ad esse gerarchicamente sovraordinate (sul punto cfr. criticamente F. MODUGNO, *Norma*, cit., 370 s., e nota 181): in quest’ottica – si è obiettato – nuove sarebbero solo le norme costituzionali (F. MODUGNO, *op. loc. ult. cit.*; V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 242; A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 49).

La dottrina ha proposto di abbandonare il concetto di “novità sostanziale” per accogliere la categoria della “novità formale” (A.M. SANDULLI, *op. loc. ult. cit.*). Dal momento che esistono atti sostanzialmente non innovativi posti in essere legittimamente da autorità provviste di potestà normativa, così come atti sostanzialmente innovativi posti in essere da autorità sprovviste di potestà normativa (A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 92), l’innovatività sostanziale “rappresenta solo un’esigenza logica, e tendenzialmente deontologica, dell’azione di chi disponga di potestà normativa” (A.M. SANDULLI, *op. loc. ult. cit.*). Con la novità formale, definita anche “potenziale” in opposizione a “reale” (così, criticamente, A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 49 s.) si sposta l’attenzione dal piano dell’atto emanato a quello del tipo di potere del soggetto emanante. In questa ottica ciò che conta per individuare la normatività di un precetto non è la sua portata effettiva (innovativa o meno), quanto il fatto che sia stato emanato nell’esercizio di una potestà idonea a introdurre nell’ordinamento precetti innovativi (A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 93). La posizione si spiega e si riassume nel rilievo che se l’ordinamento conferisce potestà di innovare l’ordinamento, ma l’atto adottato non ha contenuto normativo, esso sarà ugualmente normativo (A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 90 s.). Anche la teoria della novità formale è stata oggetto di rilievi critici (cfr. A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 49 s.): in particolare, va osservato che essa, per un verso, costituisce una rinuncia a individuare il concetto di normatività in rapporto all’atto e, per altro verso, più che offrire soluzioni sposta il problema dall’atto al potere perché definisce normativo qualsiasi atto emanato nell’esercizio di una potestà idonea a esprimere atti innovativi: problema che, infatti, si risolve nella ricerca di “indizi” formali del fatto che l’organo emanante abbia inteso far uso della potestà normativa (A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 93 ss.).

Il fatto che la generalità e l'astrattezza non siano caratteri necessari della norma non esclude, peraltro, che alcune norme *debbano* essere generali e astratte, così come non esclude che altre *debbano* essere puntuali e concrete. La Costituzione o il legislatore, infatti, disciplinando le proprie fonti, può ben adottare una meta-norma con la quale richiede la generalità e l'astrattezza dell'enunciato come condizioni di validità delle norme espresse da una certa fonte (ad esempio dalla legge)²⁷⁹.

Così spostato il discorso dal piano ontologico a quello del diritto positivo, si comprende – proseguendo nell'esempio – che la norma mancante di generalità o di astrattezza è pur sempre una norma, ma una norma invalida.

La critica ai caratteri materiali della norma ha rappresentato la premessa teorica per l'edificazione della categoria dell'atto normativo, in cui sono stati fatti rientrare tutti gli atti precettivi: legislativi, giurisdizionali, amministrativi, negoziali²⁸⁰. Ne è derivata una identificazione tra carattere precettivo (programmatico) dell'atto (comportamento) e normatività che desta più di qualche perplessità.

Se si tiene in considerazione la funzione dinamica dei comportamenti programmatici, infatti, bisogna riconoscere che *normativi* sono esclusivamente quelli che manifestano giudizi che introducono nel sistema *nuovi valori* o individuano *nuove relazioni assiologiche* tra valori attuandi e attuativi. Non lo sono tutti gli altri, cioè quelli che si limitano ad attualizzare, specificare, concretizzare relazioni tra valori stabilite da strutture normative preesistenti. Questi comportamenti programmatici, infatti, operano nell'orbita di norme preesistenti: più esattamente integrano la fattispecie di norme ipotetiche, la cui operatività è condizionata alla venuta in essere di un comportamento programmatico.

La normatività, in conclusione, contrassegna una specifica funzione di alcuni comportamenti programmatici: quella di fungere da cerniera tra sistema giuridico e sistema sociale, immettendo nel primo – sotto forma di valori attuativi – interessi prima dotati esclusivamente di rilevanza sociale²⁸¹. Essa non è dunque un carattere intrinseco al comportamento programmatico perché dipende dal contesto ordinamentale in cui esso è inserito²⁸².

²⁷⁹ Ad esempio G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 12-14, individua nel principio di ragionevolezza desunto dall'art. 3 Cost. dalla Corte Costituzionale lo strumento idoneo a "recuperare quei valori che un tempo erano incarnati nella generalità e nella astrattezza della norma giuridica".

²⁸⁰ Per tutti, V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 239 ss.

²⁸¹ R. DE STEFANO, *Legge etica e legge giuridica*, cit., 111 ss.

²⁸² Bisogna dunque guardare al contesto per decidere del carattere normativo o meno di un comportamento programmatico. La tesi proposta non mi sembra differire molto dall'opinione di F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Milano, 1963, 117 ss., il quale, sia pur con riferimento ai soli atti a forma concorrente (quelli cioè dotati di una forma idonea a contenere tanto atti normativi quanto ordinatori) ritiene fondamentale, al fine di rinvenirne il carattere della normatività, fare riferimento a una considerazione complessiva della situazione normativa in cui l'atto viene a porsi, a cominciare dalle norme sulla attribuzione del potere normativo. Da qui l'importanza del preambolo, dove il soggetto agente indica i riferimenti normativi sulla cui base il potere gli è stato attribuito e ne è stata determinata la intrinseca natura (118); se poi "nessun lume derivi all'o-

La distinzione tra atti precettivi sulla base del carattere normativo è probabilmente inutile dal punto di vista della dogmatica delle fonti del diritto, dal momento che l'ordinamento costituzionale italiano disciplina le proprie fonti indipendentemente dalla natura normativa o meno degli enunciati prescrittivi che ne derivano²⁸³.

In sede di teoria della validità, tuttavia, la distinzione sembra necessaria. Mentre il comportamento programmatico normativo è assiologicamente valido se individua e introduce nel sistema un valore effettivamente attuativo del valore in rapporto al quale è commisurata la rilevanza del fatto, il comportamento programmatico non normativo – che, per definizione, non introduce alcun nuovo valore nel sistema ma specifica in relazione ad un fatto una situazione di dover essere indicata dalla norma – è valido se ricorrono le condizioni per la specificazione e la messa in opera del valore attuativo.

La validità assiologica contrassegna in entrambi i casi una relazione di adeguatezza e convenienza tra un valore ed un altro, nel senso che il secondo, quello individuato tramite il giudizio, deve essere realizzativo del primo. Però, mentre nell'ipotesi del comportamento normativo la validità assiologica riguarda un giudizio costitutivo, nel caso del comportamento non normativo attiene ad un giudizio ricognitivo e specificativo. Si tratta sempre di una relazione tra un valore giuridico preesistente ed un altro, solo che nell'un caso il secondo è un valore nuovo, costituito dal giudizio stesso, nell'altro un valore esistente nell'ordinamento e che l'atto programmatico si limita a specificare in rapporto a un fatto.

peratore giuridico dalla considerazione del preambolo dell'atto, un valido ausilio in ordine all'individuazione del potere esercitato dall'agente può trarsi dalla piena conoscenza dello schema precettivo" (122).

²⁸³ Cfr. A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale. I. L'ordinazione in sistema*, Torino, 1992, 21: "la Costituzione non definisce ciò che è norma ma, solo, ciò che è fonte. E determina le basi per una complessiva differenziazione di regime tra i tipi di atti normativi esclusivamente in ragione della caratterizzazione di ordine formale degli stessi". La Costituzione italiana, ad esempio, disciplina la formazione delle leggi; non delle norme, ed è indifferente se la prescrizione legislativa sia o meno normativa. Allo stesso modo, la legge ordinaria disciplina la formazione dei regolamenti (l. 400/1988), degli atti amministrativi (l. 241/1990) e delle sentenze; e lo fa disinteressandosi della questione se tramite queste fonti vengano introdotte nel sistema norme. In altre parole, le regole che disciplinano la produzione del diritto si limitano a disciplinare le fonti, indicando le modalità attraverso le quali l'ordinamento può essere modificato e la "forza" di ciascuna fonte (con "forza" si intende qui l'efficacia tipica: la forza di legge, la *res giudicata* della sentenza, l'imperatività del provvedimento amministrativo, l'impegnatività del contratto) e non istituiscono alcun collegamento tra queste fonti e il carattere normativo o non normativo della prescrizione che tramite di esse si introduce (A. RUGGERI, *Fonti e norme*, cit., 21 ss.). Pertanto, che la concreta statuizione sia o non sia "normativa" è irrilevante.

Non è questo il luogo per discutere tale opinione, il cui accoglimento peraltro implica la rinuncia all'idea che esista un nesso tra fonte e struttura della prescrizione. Qui va chiarito che, anche ove la si condividesse, l'irrelevanza della distinzione tra norme e fattispecie programmatiche avrebbe comunque carattere relativo: per esempio, l'irrelevanza del carattere normativo del precetto ai fini del procedimento di formazione della legge, non ne esclude la rilevanza ad altri fini. Conclusivamente, la circostanza che in un dato ordinamento la produzione giuridica sia regolata attraverso la disciplina diretta delle fonti riduce l'utilità della distinzione tra norme e atti non normativi rispetto a quanto avviene in un sistema dove questa è decisiva per l'individuazione della fonte (attraverso cui risalire alla relativa disciplina), ma non necessariamente la esclude.

Un'altra precisazione. Poiché l'effetto giuridico cui dà luogo la fattispecie programmatica è la concretizzazione di un valore normativo stabilito dalla norma ipotetica, la sua validità assiologica, ovvero la convenienza rispetto alla concreta situazione di fatto, è sottoposta ad un duplice condizionamento: è necessaria senz'altro la validità assiologica del giudizio attuativo ma, a monte, è presupposta la validità assiologica del giudizio normativo.

8. Conclusioni

L'ordinamento giuridico è composto da un sistema di valori e da un sistema di norme: a questa duplicità corrisponde la duplicità dei punti di osservazione del rapporto tra comportamento programmatico e ordinamento e consegue la distinzione tra validità assiologica e validità formale.

Validità assiologica significa esistenza del comportamento programmatico giustificata in rapporto ai valori; validità formale significa osservanza del complesso delle condizioni costitutive della validità poste dalle norme sulla produzione.

L'esigenza di un concetto *ad hoc* per lumeggiare i rapporti tra comportamento programmatico ed ordinamento discende dalla specificità del fenomeno di cui la validità è predicato.

Infatti, la relazione con l'ordinamento giuridico degli eventi e dei comportamenti-attività materiali può essere descritta in termini relativamente semplici e senza il ricorso alle nozioni di validità e invalidità.

Eventi e comportamenti materiali possono soltanto essere esistenti o inesistenti: esistente è l'evento o il comportamento giuridicamente rilevante, inesistente quello irrilevante. La rilevanza, a sua volta, si apprezza sotto il profilo formale e sotto quello assiologico: nel primo senso è rilevante il fatto conforme alla fattispecie normativa (perfezione); nel secondo senso è rilevante il fatto che rende attuale l'esigenza dell'operatività di un valore normativo.

Il comportamento programmatico, tanto che abbia funzione normativa quanto che sia assunto come fattispecie, svolge una peculiare funzione attiva nella dinamica del diritto che si spiega alla luce della non attuosità dell'interesse del soggetto autore. Questi non può con il proprio comportamento realizzare direttamente la sua preferenza; né l'ordinamento giuridico, così come lo conosce al momento dell'insorgere della stessa, è in grado di farlo. Per tale ragione, egli si propone di modificare l'ordinamento con il proprio giudizio di valore: ed esattamente di fare in modo che la propria preferenza sia assunta tra i valori giudici (comportamento programmatico normativo) ovvero sia concretamente realizzata attraverso la specificazione di un valore giuridico preesistente in rapporto ad un fatto (comportamento programmatico fattispecie).

L'ordinamento, d'altro canto, si evolve attraverso i giudizi di valore manifestati tramite i comportamenti programmatici. Evolversi per l'ordinamento significa attuarsi,

cioè attuare i propri valori attraverso la posizione di nuovi valori (per aggiunta) o attraverso la concretizzazione di valori esistenti (per specificazione).

Questa dinamica di attuazione non è un flusso continuo e perfetto: si interrompe, ogni qualvolta nell'ordinamento siano introdotti valori non attuativi oppure i valori siano specificati pur non ricorrendone le condizioni.

Entrano qui in gioco le dimensioni della validità assiologica e della invalidità assiologica: la prima come predicato del comportamento programmatico che consente la attuazione armonica dei valori giuridici e la seconda come predicato del comportamento programmatico costituente fattore di discontinuità e dunque di contestazione dell'ordinamento stesso. Solo il comportamento programmatico assiologicamente valido si inserisce correttamente nel continuo flusso attuativo: e pertanto solo esso, unitamente all'effetto giuridico cui dà luogo, è giustificato in rapporto ai valori ordinamentali.

Gli ordinamenti giuridici fanno il possibile per evitare l'invalidità assiologica dei comportamenti programmatici: da qui interi complessi di norme che impongono vincoli di ordine strettamente formale o sostanziale-contenutistico ai comportamenti programmatici e ai giudizi di valore ad essi sottesi. Vincoli che rappresentano le condizioni costitutive della validità formale del comportamento programmatico, la quale dunque dipende dalla loro osservanza.

Capitolo II

(IN)VALIDITÀ E (IN)EFFICACIA

SOMMARIO: 1. I rapporti tra invalidità e (in)efficacia secondo la logica della perfezione della fattispecie. Critica. - 1.1. Concezione “effettuale” e concezione “causale” dell’invalidità. - 1.2. Il paradosso dell’atto difforme ma efficace. L’invalidità (annullabilità e, poi, anche nullità) come qualificazione non opposta ma diversa dalla validità. La “volatilizzazione” dell’(in)validità. - 2. I tentativi di recupero dell’invalidità. Critica. - 2.1. L’invalidità come reazione agli atti imperfetti. - 2.2. L’(in)validità come (mancata) legittimazione agli effetti dell’atto rilevante. - 3. Il comportamento programmatico tra costitutività della fattispecie e costitutività degli effetti. - 3.1. Posizione del problema e sua rilevanza per i rapporti tra invalidità ed inefficacia. - 3.2. Il comportamento programmatico come atto costitutivo della fattispecie: i fondamenti della “logica della perfezione”. Critica. - 3.3. Il comportamento programmatico come atto costitutivo dei propri effetti e il superamento della “logica della perfezione”. Limiti entro i quali si aderisce a questa tesi. - 4. La parziale conformità al paradigma di validità come condizione di efficacia. - 5. Il riconoscimento come condizione di efficacia del comportamento programmatico. - 6. La rottura del nesso eziologico tra (in)validità e (in)efficacia. Validità e riferibilità come modi di esistere del comportamento programmatico nell’ordinamento. - 7. La logica dei rimedi. - 7.1. Invalidità e rimedi. - 7.2. Conflitti sulla riferibilità e rimedi.

1. *I rapporti tra invalidità e (in)efficacia secondo la logica della perfezione della fattispecie. Critica*

1.1. *Concezione “effettuale” e concezione “causale” dell’invalidità*

Il legame tra invalidità ed inefficacia è antico, o meglio originario.

L’invalidità, infatti, secondo la tradizione pandettistica, alla quale si deve l’introduzione della nozione, designa le ipotesi in cui l’inefficacia del negozio giuridico è determinata da una anomalia strutturale della fattispecie¹, cioè dalla imperfezione²;

¹ M. BRUTTI, *Invalidità (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 562 ss. Il concetto di invalidità, pertanto, è stato introdotto dai giuristi secondo il procedimento tipico della creazione dei concetti giuridici: l’astrazione. Cfr. S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 151 ss., e ID., *Logica e dato positivo. In rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, ivi, 190 s.

² Per la tesi della perfezione come condizione necessaria dell’efficacia cfr. *ex multis* H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., 39 ss.; cfr. altresì G. CONSO, *op. cit.*, 19 s. Su questa concezione e sui rapporti con l’invalidità v. A. ROMANO TASSONE, *Sull’autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e Soc.*, 1991, 75 s.

ipotesi da distinguere da quelle di “inefficacia in senso stretto”³, nelle quali l'improduttività degli effetti è da imputare a ragioni estranee alla struttura dell'atto.

L'invalidità, dunque, è, sin da principio, concetto bifronte, che viene in rilievo sia sotto il profilo della causa che sotto il profilo degli effetti⁴. Non si può coglierne l'essenza solo sul piano delle cause perché queste, consistendo in imperfezioni della fattispecie, rappresentano anche cause di inefficacia; né esclusivamente sul piano degli effetti, dal momento che l'inefficacia non è sempre determinata dall'invalidità.

Pertanto, la distinzione tra concezioni causali ed effettuali dell'(in)validità⁵, se retamente intesa, non può mettere in discussione il carattere bifronte della nozione⁶. Nondimeno, essa riflette i due diversi procedimenti mentali attraverso i quali la categoria è stata costruita⁷ e, per quanto non se ne debba enfatizzare la portata, fornisce un utile paradigma esplicativo per l'analisi teorica dei rapporti con l'(in)efficacia.

La concezione “effettuale” risale all'invalidità per astrazione dalla inefficacia⁸; per-

La perfezione della fattispecie indica la presenza nel fatto, e la non difettosità, degli elementi necessari per la sua efficacia (*perfezione della fattispecie concreta*), oppure, secondo altra prospettiva, la conformità dello stesso alla fattispecie normativa astratta (*perfezionamento della fattispecie astratta*). Le due definizioni, in realtà, alludono allo stesso fenomeno, osservato però da diversi punti di vista: la perfezione della fattispecie concreta è condizione di efficacia per chi accetta l'idea che la fattispecie medesima sia causa degli effetti; il perfezionamento della fattispecie astratta è condizione di efficacia per chi ritiene che il suo ruolo sia quello di attivare la norma, dalla quale sola provengono gli effetti. È naturale, dunque che i sostenitori della prima tesi rivolcano tendenzialmente la loro attenzione allo studio analitico della fattispecie finalizzato a individuare gli elementi che la compongono e a stabilire precisi rapporti tra ciascuno di essi e l'efficacia giuridica. Cfr. *ex multis* A. FALZEA, *Il soggetto*, cit., 9 ss.; ID., *La condizione*, cit., 4 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 175 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 42 ss.; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 15 ss.; S. CASSARINO, *op. cit.*, 153 ss.; S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., 402 ss.; F. BASSI, *Contributo*, cit., 108 ss.; G. CATAUDELLA, *Fattispecie*, cit., 926 ss.

³ V. SCALISI, *Inefficacia*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 322 ss., ora in *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 11. La distinzione tra inefficacia in senso lato e inefficacia in senso stretto è criticata da M.S. GIANNINI, *Inefficacia* (dir. amm.), in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, ora in *Scritti*, Milano, VI, 2005, 310, per il quale la seconda non è parte della prima, che è “categoria a sé stante tra quelle predicabili per gli atti giuridici”.

⁴ G. CORSO, *Validità*, cit., 87.

⁵ Per tale termine v. A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., 1122; ID., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, 24 ss.; cfr. altresì G. CORSO, *Validità*, cit., 87; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 223. Sulla tendenza della scienza giuridica a costruire i concetti di validità e invalidità ora sul versante della causa ora sul versante degli effetti v. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 10 ss.

⁶ A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., 1123, nota 18.

V., ad esempio, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., il quale, all'interno di una costruzione in chiave “effettuale”, distingue annullabilità (come forma di validità) e nullità anche in base alle cause: secondo l'A., mentre la nullità riguarda vizi dell'atto, l'annullabilità vizi relativi all'attività di posizione dell'atto. Su questa distinzione v. criticamente V. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 123 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *op. cit.*, 34-36.

⁷ A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema della irregolarità*, cit., 24 s.

⁸ Cfr. *ex multis* S. SCHLOSSMANN, *Zur Lehre vom Zwange Eine civilistische Abhandlung*, Leipzig, 1874, 7 ss.; G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 22 s.; ID., *L'invalidità come san-*

tanto, costruisce i rapporti tra (in)validità e (in)efficacia nel seguente modo:

- l'atto efficace è sempre valido; poiché condizione necessaria (anche se non sufficiente) dell'efficacia è la conformità a fattispecie, l'atto valido è sempre perfetto;
- l'atto inefficace è tendenzialmente invalido (lo è *tendenzialmente*, perché esistono le ipotesi di inefficacia in senso stretto); poiché la imperfezione è causa di inefficacia, l'atto invalido è sempre imperfetto.

La concezione "causale", invece, risale all'invalidità per astrazione dall'imperfezione⁹ e giunge a configurare i rapporti tra (in)validità e (in)efficacia in modo diverso:

- l'atto perfetto è sempre valido; poiché la perfezione è condizione necessaria dell'efficacia, l'atto valido è tendenzialmente efficace. (Lo è, cioè, salvo che non ricorrano cause di inefficacia estrinseche alla fattispecie¹⁰: ipotesi, cioè, di inefficacia in senso stretto);
- l'atto imperfetto è sempre invalido; poiché l'imperfezione è causa dell'inefficacia, l'atto invalido è inefficace.

1.2. *Il paradosso dell'atto difforme ma efficace. L'invalidità (annullabilità e, poi, anche nullità) come qualificazione non opposta ma diversa dalla validità. La "volatilizzazione" dell'(in)validità*

La differenza tra impostazione causale ed effettuale si fa evidente nel modo di considerare gli atti che, pur essendo imperfetti, producono effetti. Secondo l'impostazione causale, che risale all'invalidità dalla imperfezione, essi sono invalidi; secondo l'impostazione effettuale, che risale all'invalidità dalla inefficacia, essi sono validi¹¹.

zione di norme non giuridiche, Milano, 1940, 12, il quale, però, distingue validità e invalidità dall'efficacia considerando le prime, rispettivamente, come le situazioni in cui l'atto è idoneo o inidoneo alla produzione degli effetti; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 252 s. Sulla tendenza della pandettistica a risalire all'invalidità dalle singole ipotesi di inefficacia cfr. M. BRUTTI, *op. cit.*, 562 ss.

⁹ P. RAVÀ, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937, 11, 42 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 241 ss.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1953, 433; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 316 ss.; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 167; A. PIRAS, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 604. Sulle concezioni causali cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 10 ss.; in chiave critica R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 351 ss. Per la critica alla possibilità di individuare vizi più o meno gravi v. R. TOMMASINI, *op. cit.*, 576 s.; N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, cit., 1054 s.

¹⁰ Cfr. E. BETTI, *op. cit.*, 458.

¹¹ V. C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 248: "è infatti assurdo affermare che il diritto stesso dia riconoscimento, vita e forza giuridica ad un atto contrario a sé"; A. TRABUCCHI, *op. cit.*, 135 ss.; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II, Padova, 1970, 230; Id., *Annulabilità e annullamento (diritto pubblico)*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1988, 1; F. MESSINEO, *Annulabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 470; G. QUADRI, *La forza di legge*, Milano, 1970, 10 ss.; N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, cit., 1056 s.; A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., 1135. *Contra*, V. SCALISI, *Le inva-*

Entrambe le impostazioni, però, percepiscono come qualcosa di intimamente irrazionale la produzione di effetti da parte degli atti invalidi.

I sostenitori della concezione causale, partendo dall'idea che l'invalidità è sinonimo di imperfezione e l'imperfezione causa di inefficacia, non riescono a spiegarne l'efficacia¹². Mentre i sostenitori della concezione effettuale, partendo dall'idea che l'efficacia indica validità, non riescono a spiegarne l'imperfezione¹³.

La tecnica utilizzata per risolvere questi problemi e al contempo preservare la coerenza intrinseca delle impostazioni teoriche¹⁴ è quella della negazione.

lidità dall'atto al rapporto (2006), in *Il contratto in trasformazione*, cit., 2011, 241: "Quanto al contratto annullabile, è vero: almeno all'inizio, si comporta come il contratto valido. Ma il fatto che la sua efficacia sia eliminabile e che tale eliminazione non dipenda da cause di inefficacia, bensì dalla particolare condizione patologica in cui il contratto versa come atto, proprio ciò impone di non considerarlo come valido, per la contraddizione che non consente di ritenere valido un contratto che se fosse veramente tale e cioè conforme al prescritto dovere essere normativo non si spiegherebbe perché poi debba venire dalla stessa norma valutato inidoneo a produrre effetti stabili e duraturi".

¹² Il sillogismo "fisiologico" è: l'invalidità è imperfezione (premessa maggiore); l'imperfezione è causa di inefficacia (premessa minore); l'invalidità comporta l'inefficacia (conclusione).

¹³ Il sillogismo "fisiologico" è: validità è efficacia (premessa maggiore); la perfezione è condizione di efficacia (premessa minore); la validità presuppone la perfezione (conclusione).

¹⁴ Un particolare modo per affermare la validità dell'atto difforme ma efficace è rappresentato dalla teoria del *Feblerkalkül* (calcolo dei vizi) elaborata da A. MERKL, *Justizirrtum und Rechtswahrheit*, 1925, trad. it. *Errore giudiziario e verità legale*, in *Il duplice volto del diritto*, cit., 350 ss.; ID., *Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto*, cit., 64 ss., accolta con diversi accenti da A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., 1134 e N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, cit., 1056 s. Per "calcolo dei vizi" A. MERKL, *Errore giudiziario e verità legale*, cit., 350-352, intende "una disposizione di diritto positivo che rende possibile sul piano giuridico imputare allo Stato atti che non rispondono al complesso dei presupposti richiesti dal diritto positivo per la loro formazione e quindi per la loro validità, che consente di riconoscere tali atti come diritto malgrado quel vizio [...] il calcolo dei vizi più tipico e diffuso è l'impugnazione [...] proprio per il fatto che, mediante l'impugnazione, l'ordinamento fornisce un appiglio per eliminare l'atto contrario al diritto, esso dà la possibilità di riconoscerlo giuridicamente valido come atto di più limitata pienezza giuridica – si potrebbe dire, paradossalmente, come atto condizionatamente conforme al diritto – fino al suo eventuale annullamento in seguito all'esercizio dell'impugnazione. Nell'impugnazione si manifesta in modo particolarmente chiaro la funzione ratificante del calcolo dei vizi: al vizio è tolta la punta per il fatto che esso è previsto, presupposto, e in una certa misura inserito nel piano del diritto". È da considerare «calcolo dei vizi», dunque, "ogni istituto giuridico che abbassi al di sotto del livello altrimenti ricavabile dall'ordinamento i requisiti posti dagli atti di grado superiore nei confronti di quelli inferiori, e renda così possibile imputare allo Stato gli atti viziati": A. MERKL, *Prolegomeni ad una costruzione a gradi del diritto*, cit., 64.

Se con la tesi di Merkl si vuole, da un lato, giustificare la produzione di effetti da parte di un atto imperfetto, e quindi cogliere il fondamento dell'efficacia e della validità dell'atto annullabile, e, dall'altro, tener ferma l'idea che la perfezione della fattispecie sia condizione necessaria per l'efficacia (in questi termini N. IRTI, *op. loc. ult. cit.*), si cade inevitabilmente in contraddizione. Infatti, a rigore, la circostanza che il "calcolo dei vizi" abbassa il livello della validità richiesto dall'ordinamento ad un grado inferiore rispetto a quello rappresentato dalla conformità alla fattispecie, presuppone che: (i) può esservi validità anche laddove non ricorra perfezione; (ii) l'efficacia può prescindere dalla perfezione. Si preserva, cioè, l'equazione efficacia - validità, ma si falsifica la tesi di partenza secondo cui l'efficacia dipende dalla conformità del fatto alla fattispecie normativa. Ciò non significa che la teoria del *Feblerkalkül* sia fallace, bensì solamente che essa non può essere usata per spiegare il fondamento della efficacia dell'atto imperfetto, sempre che non si voglia ritenere che la perfezione non è condizione necessaria della validità. D'altronde, non è questo l'obiettivo del suo Autore; e pertanto sarebbe errato volerglielo

La domanda su come sia possibile che atti invalidi producono effetti giuridici trova risposta nell'affermazione che, in realtà, ciò non avviene, perché quelli che sembrano tali, effetti non sono.

La domanda su come sia possibile che atti validi siano imperfetti trova risposta nell'affermazione che ciò non accade, perché gli atti che sembrano imperfetti, in realtà, non lo sono.

Il secondo tipo di negazione è più raffinato e convincente del primo.

Invero, che quelli prodotti da atti imperfetti, e perciò invalidi, non sono in realtà effetti, è affermazione affatto indimostrata. Essa, infatti, si concretizza sempre in una operazione di squalificazione: degli effetti in questione non tanto si nega l'esistenza, quanto se ne sottolinea la precarietà, la possibilità di eliminazione¹⁵. A ciò è facile replicare che gli effetti precari sono pur sempre effetti e che un atto invalido, in quanto imperfetto, non avrebbe dovuto produrli.

La risposta che nega l'imperfezione degli atti efficaci, e perciò validi, muove dal rilievo che uno stesso fenomeno giuridico può essere oggetto di qualificazione da parte di più norme¹⁶. L'efficacia dell'atto imperfetto si spiega per il fatto che esso integra una fattispecie normativa diversa da quella che fisiologicamente avrebbe dovuto integrare, rispetto alla quale esso è perfetto. Tale fattispecie normativa, rispetto alla quale l'atto è perfetto, vi ricollega gli effetti "fisiologici", connotandoli tuttavia del carattere della rimuovibilità¹⁷.

attribuire. La teoria in questione, come dimostra anche il fatto che sia stata elaborata con esclusivo riferimento agli atti dello Stato, si limita a fornire una brillante spiegazione del *perché* il legislatore non faccia seguire immanicabilmente l'inefficacia agli atti invalidi dei pubblici poteri e del *come* questo risultato sia generalmente ottenuto. In questo senso cfr. le condivisibili osservazioni di A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., nota 43: "Se si vuole, la cd. teoria del *Fehlerkalkül* descrive *come* (ossia con quali tecniche ed espedienti) il diritto positivo soddisfa una certa esigenza pratica, ma non offre una base teorica che valga a legittimare, su un piano logico e di necessità obiettiva, il ricorso a tali tecniche ed espedienti". Si tratta, cioè, di una spiegazione in chiave sistematica della ragion d'essere e del modo di operare di una serie di istituti, che Merkl assimila per la comune finalità ratificante. Il passo che segue è emblematico: "nella mia *dottrina del giudicato*, istituti giuridici come la limitazione positiva del sindacato nei riguardi degli atti statali, impugnative per l'eliminazione o la modifica di atti statali viziati o il giudicato nella sua applicazione agli atti statali viziati, sono definiti "calcolo dei vizi", giacché con la loro introduzione l'ordinamento presuppone in un certo senso che il complesso delle condizioni che determinano un atto non sempre può essere soddisfatto, ed esclude perciò la conseguenza altrimenti inevitabile, che l'atto, a causa della sua difettosità, non possa essere riconosciuto come atto statale": A. MERKL, *Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto*, cit., 64.

¹⁵ L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 336; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 165; E. CANNADA BARTOLI, *op. cit.*, 42.

¹⁶ Cfr. R. TOMMASINI, *Nullità*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 877.

¹⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 609; F. MODUGNO, *Annullabilità e annullamento*, cit., 1, secondo cui il modo di concepire l'invalidità "come situazione e qualificazione sostanzialmente diversa da quella valida" è preferibile "se si osserva non soltanto che anche l'atto invalido produce gli stessi effetti dell'atto valido fino al suo eventuale annullamento (...), ma soprattutto che *il fondamento dell'efficacia giuridica dell'atto invalido non può non essere rinvenuto in una forma di «esistenza» giuridica dell'atto, e, in definitiva, in una specie di «diversa» validità come corrispondenza ad uno schema normativo distinto da quello dell'atto «valido»*" (corsivo mio); A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., 1125 s., 1136.

Questa impostazione, nella sua versione tradizionale, riconduce gli stati patologici dei comportamenti programmatici alla alternativa tra qualificazione diversa e non qualificazione e, cioè, tra invalidità-annullabilità e nullità-inesistenza¹⁸. Individuato il punto critico nella assimilazione dell'atto nullo a quello giuridicamente inesistente, la si è parzialmente emendata tramite il rilievo che anche la nullità indica qualificazione diversa, così distinguendosi dall'inesistenza che indica assenza radicale di qualificazione giuridica dell'atto¹⁹. In questa ottica, la differenza tra nullità e annullabilità sta in ciò, che la fattispecie normativa attraverso la quale avviene il "recupero" dell'atto nullo non vi ricollega effetti²⁰. Si tratta di una linea ricostruttiva che quasi sempre ricorre alla concezione della rilevanza come qualificazione giuridica del fatto autonoma e non preordinata all'efficacia, sul presupposto (discutibile²¹) che sarebbe impossibile intercettare l'essenza dell'atto nullo, che è l'atto rilevante ma inefficace, se ci si mantenesse nel solco tracciato dalla tesi secondo cui la qualificazione normativa rende il fatto immediatamente efficace²².

L'idea che l'invalidità consiste sempre nel "recupero" del comportamento programmatico anomalo da parte di una fattispecie normativa diversa ha indotto a sostenere che l'invalidità è una validità diversa: o meglio, che validità e invalidità non sono l'uno il contrario dell'altra, ma semplicemente diverse qualificazioni dell'atto²³.

Si può forse indulgere sul carattere tautologico della affermazione (se l'invalidità è una validità diversa, affermare che "l'invalidità non è il contrario della validità" è

¹⁸ A. FALZEA, *La condizione*, cit., 36 ss., 323; S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., 181; N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, cit., 1056 s. Sulla equivalenza tra inesistenza e nullità, intesa la seconda come mancanza di qualificazione giuridica dell'atto v. ampiamente R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, 10 ss., 53, *passim*.

¹⁹ G. CATAUDELLA, *Fattispecie*, cit., 936: "l'esistenza di una normativa, che puntualmente prevede e disciplina le ipotesi di nullità ed il loro trattamento, mostra come esse siano valutate dall'ordinamento e come questo assuma nei loro confronti una precisa posizione, consistente nel rifiuto di collegare il trattamento previsto per gli atti validi"; M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 37 s., *passim*.

²⁰ Contro il dogma dell'inefficacia dell'atto (contratto) nullo v. R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. Disc. Priv.*, XII, Torino, 1995, 295 ss., e, da ultimo, A. LA SPINA, *Destruzione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, 96 ss., che segnala l'esigenza di verificare il dogma alla luce del diritto positivo. Con riferimento al provvedimento amministrativo, il tema verrà affrontato nella seconda parte di questo lavoro. Per il momento si veda F. LUCIANI, *op. cit.*, 137 ss.

²¹ Su questa concezione della rilevanza si fa rinvio al Cap 1. In questa sede si osserva l'erroneità dell'idea secondo cui, per affermare la rilevanza dell'atto nullo, sia necessario escludere che la qualificazione in termini di rilevanza sia preordinata all'efficacia. Al riguardo è sufficiente il richiamo alla impostazione che, pur muovendo dalla tesi che la qualificazione di un fatto come rilevante è funzionale al collegamento degli effetti, ritiene che, mentre nel caso dei fatti e degli atti reali l'efficacia segue immediatamente alla rilevanza, nel caso degli atti dichiarativi essa è condizionata al giudizio in termini di (in)validità: R. TOMMASINI, *Nullità*, cit., 874.

²² G. CATAUDELLA, *Fattispecie*, cit., 935: "la definizione tradizionale della fattispecie, quale causa degli effetti, conduce, in linea di logica consequenzialità, a negare l'esistenza di una fattispecie, laddove al verificarsi di determinate conseguenze non seguano effetti".

²³ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., 609; F. MODUGNO, *Annulabilità e annullamento*, cit., 1; A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., 1125 s., 1136; ID., *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 25.

come dire che “una validità diversa non è il contrario della validità”), ma non si può non osservare che questo modo di concepire la invalidità determina una vera e propria “volatilizzazione” sia della invalidità medesima che della validità: affermare la validità o l’invalidità di un atto non avrebbe alcun senso se non vi fosse la possibilità del contrario, così come sostenere la verità di un assunto non avrebbe senso se non vi fosse la possibilità della sua falsità.

Nel criticare la tesi della invalidità come forma di validità, si è finito per porre l’attenzione sulla questione fondamentale. Che è questa: se si concepisce la perfezione come condizione necessaria dell’efficacia (e dunque, a fronte di atti imperfetti si va alla ricerca della norma rispetto alla quale sono perfetti), i concetti di validità e invalidità sono inutili doppioni: se l’atto difforme produce effetti, è perché esso è conforme ad una fattispecie diversa; se, invece, non produce effetti, è perché esso non è conforme ad alcuna fattispecie, cioè è inesistente. La stessa distinzione tra cause di inefficacia in senso stretto e inefficacia dovuta all’invalidità può essere spiegata più semplicemente tramite l’alternativa tra cause di inefficacia esterne alla fattispecie e cause interne incidenti sulla perfezione.

In breve, poiché *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, la proposta più coerente è quella di espungere la coppia validità/invalidità dal lessico della dogmatica²⁴.

L’assorbimento della (in)validità nella logica della perfezione conduce alla “volatilizzazione” della figura; al contempo, però rappresenta l’avallo di alcuni dei capisaldi delle teorie normativiste.

È evidente l’assonanza di fondo tra questa posizione e la concezione kelseniana secondo cui la validità rappresenta l’esistenza specifica delle norme, ossia il loro unico modo di esistere nell’ordinamento, consistente nella conformità ai gradi superiori della *Stufenbau*²⁵. Basta, in altre parole, sostituire il sostantivo “perfezione” con quello di “validità” per comprendere come l’assorbimento delle validità nella perfezione in realtà non è altro che l’adesione alla concezione della validità come esistenza specifica della norma nell’ordinamento.

Si riscontra, inoltre, una evidente simmetria tra l’idea che la perfezione sia il presupposto della efficacia e la concezione delle norme secondarie come norme stru-

²⁴ M. ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1947, 402; A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Milano, 1943, 326. L’opinione secondo cui l’invalidità come categoria in ultima analisi non ha una specifica ragion d’essere è stata sostenuta anche da alcuni amministrativisti. Con la riserva di dedicare al tema più attente considerazioni in seguito, cfr. A. PIRAS, *op. cit.*, 599; F.G. SCOCA, *Contributo alla figura dell’interesse legittimo*, Milano, 1990, note 102 e 126; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, 375; anche L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell’azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in M.P. CHITI - G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell’azione amministrativa*, Napoli, 2006, 56, dopo aver auspicato la totale perdita della rilevanza del provvedimento nel processo di legittimità, come “cosa distinta dal comportamento diretto ad adempiere ad un obbligo legale”, discorre di “transito dall’invalidità alla illiceità”.

²⁵ V. prima parte, cap. 1, par. 2.

mentali, che stabiliscono gli oneri che i soggetti devono rispettare per porre in essere validamente comportamenti programmatici, cioè per ottenere che le proprie statuizioni siano assistite dall'efficacia giuridica. Non a caso, del resto, nella letteratura sul negozio giuridico è diffusa l'opinione che le norme che riguardano l'atto di autonomia privata siano norme c.d. ordinarie, ovvero appunto strumentali, la cui violazione determina l'impossibilità giuridica della produzione di effetti²⁶.

2. I tentativi di recupero dell'invalidità. Critica

2.1. L'invalidità come reazione agli atti imperfetti

Preso atto della deriva negazionista cui i concetti di validità e invalidità sono condannati dal carattere assorbente, rispetto al problema della (in)efficacia, dei concetti di perfezione e imperfezione, parte della scienza giuridica ha inteso proporre il recupero battendo vie meno tradizionali.

Secondo alcuni Autori, l'invalidità va concepita come il complesso delle reazioni previste dall'ordinamento nei riguardi degli atti imperfetti²⁷.

Muovendo sempre dal presupposto che l'imperfezione è causa di inefficacia ma operando un suggestivo capovolgimento di prospettiva, si ritiene che l'invalidità consiste in un complesso di reazioni aventi funzione ratificante, volte cioè al mantenimento in misura più o meno integrale dell'efficacia dell'atto imperfetto.

L'invalidità costituisce dunque il sistema delle eccezioni alla equazione tra imperfezione ed inefficacia. Da qui l'affermazione che in un sistema dove conseguenza dell'imperfezione fosse sempre l'inefficacia non avrebbe neppure senso parlare di invalidità, essendo a questo fine necessaria la predisposizione di una pluralità di meccanismi di reazione²⁸.

In una ottica non uguale ma assimilabile, si è ritenuto che l'invalidità costituisce la categoria generale contenente le reazioni avverso la rilevanza anomala dell'atto negoziale. Qui si muove dal presupposto che al negozio sono ascrivibili due tipi di effetti: l'effetto negoziale, ovvero l'impegnatività, e gli effetti finali o precettivi. Il primo proviene dalla norma di cui il negozio integra la fattispecie mentre i secondi sono prodotti in autonomia dalla fattispecie negoziale. Così come la rilevanza è la condizione per l'efficacia del negozio, la rimozione della rilevanza anomala è la con-

²⁶ Per una critica a queste concezioni v. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., 369 ss.

²⁷ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 55 s., il quale, dopo aver osservato che l'invalidità non deve essere confusa né con la perfezione né con l'efficacia, afferma che il concetto di invalidità trova "la sua consistenza autonoma nel raggruppare e riassumere i vari tipi di trattamento a cui il legislatore sottopone gli atti imperfetti".

²⁸ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 55: "se tutti gli atti imperfetti fossero senz'altro considerati giuridicamente irrilevanti dal legislatore, una nozione del genere verrebbe ad avere un contenuto già ricompreso nell'affermazione della non corrispondenza a fattispecie".

dizione affinché entrambi gli effetti vengano meno²⁹.

Il giudizio che si deve esprimere su queste concezioni è ambivalente.

Per un verso, esse si muovono nella giusta direzione nel momento in cui estraggono

²⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., 363 ss.; secondo F. LUCIANI, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI - L. DI LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, 7-10, l'imperfezione, in sé e per sé, genera inefficacia; tuttavia, "gli atti imperfetti (purché esistenti) diventano efficaci – esplicano cioè effetti della medesima qualità degli atti perfetti – allorché interagiscono con una causa di sanatoria che ne corregga l'anomalia" (8). L'invalidità consiste in un complesso di regole che, ancorché secondo modalità differenziate, attribuiscono efficacia giuridica agli atti imperfetti, tanto che siano sanabili quanto che non lo siano. Essa si distingue in nullità e annullabilità "in funzione del regime di trattamento al quale l'atto imperfetto è sottoposto, nel periodo che lo separa dalla sua eventuale sanatoria ovvero dal suo (eventuale) definitivo annullamento". Le categorie della annullabilità e nullità, dunque, tagliano "trasversalmente le categorie fondamentali dell'invalidità sanabile e non sanabile" e si distinguono per il diverso regime di efficacia attribuito all'atto imperfetto prima dell'eventuale intervento di una causa di sanatoria. L'atto annullabile è un atto imperfetto cui l'ordinamento "consente una immediata efficacia, precaria tuttavia e passibile di una triplice sorte: la definitiva sanatoria (...); il definitivo annullamento, nel caso in cui l'accertamento dell'imperfezione insanabile dell'atto conduca alla sua definitiva rimozione, con conseguente cancellazione retroattiva degli effetti fintanto prodotti; "una sorta di perdurante annullabilità, nel caso in cui un'imperfezione insanabile non sia stata oggetto di alcun intervento di sanatoria o di annullamento e prosegua nel suo regime di efficacia precaria". L'atto nullo, invece, è un atto imperfetto che non produce immediatamente effetti, "essendo rinviata la sua efficacia all'eventuale verificarsi di un fatto sanante (ove ritenuto possibile dal legislatore) che possa integrarsi all'atto in una nuova e diversa fattispecie giuridica (...): da quel momento, l'atto acquisterà efficacia in via retroattiva". L'atto nullo, peraltro, non produce effetti primari, ma può produrre effetti secondari in ragione delle c.d. "controregole di efficacia" indiretta (F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 48 ss.) le quali determinano una sorta di "inefficacia dell'invalidità". In particolare, nelle ipotesi di nullità sanabile, questi effetti secondari o indiretti coincidono con la possibilità dell'atto di essere sanato (F. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 46, 50-52); mentre nelle ipotesi di nullità insanabile sono da valutare caso per caso, a seconda del contenuto della controregola (52-56): tutte, però, hanno in comune di conservare i prodotti della esecuzione dell'atto nullo escludendo le restituzioni (art. 590 e 799 c.c.; art. 2332 c.c.; art. 1226 c.c.; art. 1422 c.c.). Anche quando non opera alcuna controregola di efficacia, e quindi quando l'atto nullo è insanabile e non sono ammesse le azioni di restituzione, si attiva un terzo tipo di effetti indiretti, ovvero quelli di segno negativo che tendono a rimuovere l'atto nullo e la sua eventuale esecuzione dovuta alla efficacia apparente (57). In altre parole, l'atto nullo, anche quello insanabile, può produrre effetti apparenti: e, d'altronde, se così non fosse, non avrebbe alcun senso l'esistenza degli effetti indiretti del terzo tipo, volti a rimuoverne l'efficacia e la rilevanza (59).

Questa tesi merita una particolare attenzione, perché è stata costruita con l'obiettivo di descrivere il regime effettuale del provvedimento amministrativo nullo. Rinviando per alcune precisazioni alla seconda parte del lavoro, si ritiene opportuno proporre subito due osservazioni critiche. La prima è quella, di ordine generale, mossa nei confronti di tutte le teorie che concepiscono la invalidità come un complesso di reazioni agli atti imperfetti, e che qui non si può non ripetere: esse vanno incontro al duplice inconveniente di non riuscire a definire la validità (se non come perfezione della fattispecie) e di negarne sia la dimensione assiologica sia quella formale. La seconda considerazione è specifica e in parte anticipa la tesi che più avanti si svilupperà. Senza avere qui la pretesa di dimostrare l'affermazione, si può dire che la tesi in esame muove dall'errato presupposto che la perfezione sia condizione dell'efficacia. Il che complica il quadro e costringe a una serie di distinguo in realtà inutili. Invero, quelli che questa dottrina definisce effetti primari apparenti (i quali costituiscono presupposto della esecuzione e giustificano l'operatività di effetti negativi volti a rimuovere la rilevanza dell'atto nullo) sono veri e propri effetti giuridici. E gli effetti negativi di cui si è appena detto, che si oppongono agli effetti giuridici dell'atto invalido, non sono altro che le conseguenze dell'attivazione del rimedio della nullità.

la nullità e l'annullabilità dalla logica stringente della fattispecie, ponendole sul piano delle reazioni ordinamentali nei confronti dell'atto viziato o difettoso. Per altro verso, però, compiono l'errore di concepire l'invalidità come concetto di sintesi di queste reazioni. Ciò dá luogo a due conseguenze inaccettabili. La prima è che, salvo spostare il piano di osservazione³⁰, si opera una vera e propria rinuncia alla definizione della validità. La seconda, e decisamente più importante, è che, trasferita l'invalidità dal piano dei rapporti tra atto e ordinamento a quello delle reazioni avverso l'atto imperfetto si finisce per negare sia la dimensione assiologica sia quella formale della validità.

2.2. L'(in)validità come (mancata) legittimazione agli effetti dell'atto rilevante

Un altro percorso concettuale indirizzato a immunizzare l'(in)validità dalla logica stringente della perfezione si basa sulla critica dell'idea secondo cui la perfezione della fattispecie è condizione sufficiente per l'efficacia.

Punto di partenza del ragionamento è che la validità e l'invalidità sono qualificazioni giuridiche riferite a fatti rilevanti³¹, cioè fatti che prospettano interessi presi in considerazione dal diritto³². La rilevanza determina l'esistenza del fatto per l'ordinamento, il suo esserci³³, ma, pur essendovi preordinata³⁴, "non significa ancora idoneità agli effetti né tanto meno efficacia nel diritto"³⁵.

A ciò è deputato uno specifico controllo di secondo grado, cui sono sottoposte solamente le fattispecie negoziali, e che si esprime nel giudizio di validità³⁶, il quale dunque serve a verificare se la fattispecie rilevante è anche idonea al collegamento degli effetti³⁷.

³⁰ Che è quanto fa G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 61 s., nell'affermare che la validità contrasta l'adempimento di un onere da parte del soggetto che pone in essere un atto lecito.

³¹ R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit., 580 s.; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità* (2003), in *Il contratto in trasformazione*, cit., 130; ID., *Le invalidità dall'atto al rapporto*, cit., 239.

³² R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit., 580, sulla scia della concezione della rilevanza di A. Falzea che qui si accoglie.

³³ V. SCALISI, *Le invalidità dall'atto al rapporto*, cit., 239.

³⁴ A. FALZEA, *La condizione*, cit., 27 ss.; R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit., 581. *Amplius*, v. prima parte, cap. 1, par. 5.1.

³⁵ V. SCALISI, *Le invalidità dall'atto al rapporto*, cit., 239.

³⁶ R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit., 577: "Il giudizio in termini di validità-invalidità indica la qualifica di un fatto della vita al fine della attribuzione o della negazione ad esso di efficacia giuridica".

³⁷ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia*, cit., 134. Secondo l'A. (141-144), la qualificazione di un atto come valido/invalido non determina solo la legittimazione/non legittimazione agli effetti ma ha come conseguenza anche il riconoscimento/non riconoscimento da parte dell'ordinamento della tutela conservativa del regolamento e del programma negoziale. L'A. muove dal presupposto che esiste un doppio grado della tutela giuridica degli interessi: la tutela conservativa e quella realizzativa. La prima consegue alla rilevanza giuridica ed è "fatta di mere aspettative e quindi di effetti soltanto prodromici o preliminari, minori e atipici". La seconda invece si identifica con l'efficacia. La tutela conservativa tipica della validità si distingue da quella tipica della rilevanza in quanto, mentre la prima si limita all'interesse, la seconda si estende al regolamento e al programma prospettato dalle parti, "dando luogo per ampiezza e portata a una fase ulteriore e distinta della protezione giuridica, il cui con-

A questo scopo, infatti, non è sufficiente l'esistenza della fattispecie e la rilevanza dell'interesse prospettato ma è necessario che non vi sia scarto tra l'essere della fattispecie e il suo dover essere³⁸.

La validità, in definitiva, indica legittimazione della fattispecie agli effetti e l'invalidità il suo contrario³⁹, cioè la mancata legittimazione agli effetti⁴⁰.

Merito di questa impostazione è di non concepire la validità e l'invalidità come doppioni della perfezione e dell'imperfezione, senza per questo incorrere nell'errore opposto, tipico delle dottrine da ultime esaminate, di smarrire il senso delle nozioni tramite il trascinarsi dal piano dei rapporti tra comportamento programmatico e ordinamento a quello delle reazioni avverso le anomalie della fattispecie.

Tuttavia, rimane priva di una spiegazione convincente la produzione di effetti giuridici da parte degli atti invalidi: una evenienza, peraltro, che questa dottrina condizionalmente si prefigura non solo con riferimento agli atti annullabili ma anche a quelli nulli⁴¹. Se l'ordinamento si riservasse una seconda valutazione del fenomeno giuridico in termini di validità/invalidità, proprio al fine di stabilirne l'idoneità alla produzione degli effetti, non si comprende come possa accadere che esso stesso attribuisca efficacia ad un atto invalido e pertanto ritenuto inidoneo agli effetti⁴².

Il controsenso è evidente. Definendo la validità come legittimazione agli effetti e l'invalidità come attribuzione di effetti precari o mancata attribuzione degli stessi, non si porta fino alle coerenti conseguenze l'intuizione secondo cui, non essendovi alcun collegamento necessario tra il giudizio in termini di validità-invalidità e l'efficacia o inefficacia dell'atto⁴³, "i requisiti di validità si differenziano dalle condizioni di efficacia"⁴⁴. E si finisce, così, per ritornare alla tesi secondo cui l'(in)validità è causa di (in)efficacia.

tenuto non è determinabile *a priori*, ma, per il principio di necessaria commisurazione dell'effetto al fatto costituente proprietà universale di ogni tutela giuridica, resta a dipendere dal tipo e dalla particolare natura dell'assetto di interessi alla cui conservazione in vista della realizzazione la stessa è appunto preordinata". I casi in cui l'atto invalido produce comunque l'effetto tipico - prosegue l'A. - sono ipotesi in cui la tutela realizzativa è riconosciuta in assenza della tutela conservativa propria della validità, ma comunque a condizione che sussista la tutela conservativa propria della rilevanza.

³⁸ V. SCALISI, *Le invalidità dall'atto al rapporto*, cit., 239.

³⁹ V. SCALISI, *Le invalidità dall'atto al rapporto*, cit., 239.

⁴⁰ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia nella prospettiva europea dei rimedi* (2007), in *Il contratto in trasformazione*, cit., 265.

⁴¹ V. SCALISI, *Le invalidità dall'atto al rapporto*, cit., 241.

⁴² A chi scrive, infatti, la seguente affermazione sembra contraddittoria: "L'invalidità (...) è negazione al contratto della (...) idoneità a produrre effetti (nullità) o a produrli in modo stabile e duraturo (annullabilità), ma poi non solo il contratto annullabile, ma pure quello nullo - ove ne ricorrano determinati presupposti - produce gli effetti tipici e fondamentali che gli sono propri": V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia nella prospettiva europea dei rimedi*, cit., 265.

⁴³ Lo osserva A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., 1124, nota 21.

⁴⁴ R. TOMMASINI, *Annullabilità e annullamento*, II) *Diritto Privato*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1988, 2; ma poi lo stesso A. afferma che "Il giudizio in termini di validità-invalidità indica la qualifica di un fatto della vita al fine della attribuzione o della negazione ad esso di efficacia giuridica" (*Invalidità*, cit., 577).

3. *Il comportamento programmatico tra costitutività della fattispecie e costitutività degli effetti*

3.1. *Posizione del problema e sua rilevanza per i rapporti tra invalidità ed inefficacia*

La rassegna sin qui operata relativamente ai rapporti tra invalidità ed inefficacia consente di stabilire alcuni punti fermi.

La tesi secondo cui l'invalidità è causa di inefficacia affonda le proprie radici in un duplice assioma: che condizione dell'efficacia dei comportamenti programmatici sia la perfezione; che l'invalidità consista nella imperfezione. Da tempo, e dovrebbe forse dirsi: da sempre, la dottrina avverte l'insufficienza di questa impostazione, dovuta soprattutto all'incapacità di spiegare l'esistenza di comportamenti programmatici invalidi e tuttavia efficaci. Per superare questa difficoltà, vero e proprio "capo delle tempeste" della scienza giuridica, sono state escogitate raffinate strategie concettuali: si è sostenuto ad esempio che l'invalidità sia una forma di validità, ovvero si è spezzato il binomio invalidità-imperfezione, sostenendo che la prima consiste nella mancata legittimazione agli effetti dell'atto giuridicamente rilevante oppure nel sistema di reazioni previste dal diritto positivo avverso gli atti imperfetti.

Pur introducendo nel dibattito profili di indubbio interesse, alcune di queste ricostruzioni non riescono nell'intento di risolvere il paradosso dell'efficacia malgrado l'invalidità, mentre altre portano ad emersione il "germe" della "volatilizzazione" dei concetti di validità ed invalidità, già presente nella equazione perfezione-efficacia; una tendenza, questa alla "volatilizzazione", che non può essere assecondata non perché si guardi con sfavore alla semplificazione dello strumentario della dogmatica (anzi!), ma perché la prima parte dell'indagine ha dimostrato il profondo radicamento della validità nel sistema e le potenzialità esplicative di una teoria della validità dei comportamenti programmatici.

In conclusione, se si vuol evitare l'(artificioso) trascinamento della validità nell'area della inutilità giuridica, non sembra che il paradosso della efficacia malgrado l'invalidità possa essere risolto all'interno di un contesto concettuale in cui l'efficacia è condizionata alla perfezione; esso, piuttosto, sembra costituire la "spia" di una insufficienza dell'assetto teorico di base. Emerge l'esigenza, dunque, di un ripensamento della teoria della efficacia dei comportamenti programmatici, fondato sulla radicale contestazione dell'idea che essa dipenda dalla perfezione della fattispecie.

Siffatto obiettivo richiede la considerazione critica dei presupposti teorici – che, poi, si rilevano in parte ideologici – su cui è fondata la teoria dominante e che sono da rinvenire nella convinzione che l'efficacia giuridica sia sempre oggetto di una attribuzione normativa, la cui condizione è la perfezione del comportamento programmatico, cioè quella immunità da vizi che consente allo stesso di integrare completamente la fattispecie normativa. La "logica della perfezione", cioè, sta e cade con l'idea che l'efficacia giuridica dei comportamenti programmatici sia dovuta ad un ricollegamento dall'esterno; ed è pertanto a questa radicata opinione, e alle pro-

spettive per il suo superamento, che si deve rivolgere adesso l'attenzione.

Il tema così introdotto è molto vasto ed attraversa l'intera esperienza giuridica. Sul versante civilistico, riguarda il ruolo dell'autonomia privata e in particolare la questione se il negozio sia fatto o valore. Sul versante pubblicistico, mette in gioco la funzione dinamica degli atti dei pubblici poteri e cioè la loro capacità di imporsi come atti giuridici anche al di fuori delle regole della *Stufenbau*. Pur dando luogo a problemi in parte diversi nell'uno e nell'altro campo⁴⁵, l'interrogativo fondamentale è unitario e si lascia così riassumere: i comportamenti programmatici – legge, sentenza, provvedimento amministrativo, negozio privato – sono atti costitutivi dei propri effetti (ne sono cioè fonte) oppure sono atti costitutivi di una fattispecie normativa, essendo gli effetti collegati loro dalla norma?

3.2. *Il comportamento programmatico come atto costitutivo della fattispecie: i fondamenti della "logica della perfezione". Critica*

A) Secondo la dottrina pura, la produzione del diritto avviene attraverso la qualificazione dei fatti da parte della norme. La qualificazione normativa trasforma i fatti in atti giuridici, i quali, per forza attribuita loro dalla prima, producono nuove norme⁴⁶. Lo schema vale sia per "la posizione di norme che svolgono il contenuto di norme sovraordinate" che per "la posizione di norme che si conformano alla procedura prescritta da altre norme e semplicemente esplicano la competenza attribuita da altre norme"⁴⁷. In questa prospettiva, dunque, i singoli comportamenti programmatici "sono meri fatti privi di interiore forza creativa, che riceverebbero dall'esterno (e cioè dalle norme sulla produzione giuridica) efficacia normativa"⁴⁸.

⁴⁵ L'eventuale riconoscimento del carattere normativo alla autonomia privata, esprimendosi nelle forme del negozio giuridico, chiama in causa veri e propri "capi delle tempeste" della tradizione civilistica, come la discussione intorno alla capacità della volontà dei singoli di porsi come fonte del diritto e l'antico dogma della statualità del diritto. In entrambi i casi si tratta di problemi assai meno pressanti in diritto pubblico, dove il comportamento viene comunque imputato ad un organo dello Stato: il che vale, almeno in parte, a giustificare il minor interesse mostrato dai cultori del diritto pubblico rispetto al tema.

⁴⁶ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., 26 ss.

Sul principio di relatività delle qualificazioni giuridiche cfr. A.E. CAMMARATA, *op. cit.*, 418 s.; S. CASSARINO, *op. cit.*, 183; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 129 nota; A. FALZEA, *Il soggetto*, cit., 18 s. Sul principio di convertibilità dell'effetto in fatto cfr. le chiare pagine di G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 28-31, che spiega il fenomeno ricorrendo alla struttura sillogistica della norma, per cui "le premesse della norma sono conclusioni di altri sillogismi, e la conclusione diventa a sua volta premessa".

⁴⁷ G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 59; cfr. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., 41 ss.

⁴⁸ C. ESPOSITO, *Consuetudine*, cit., 461. Non sembra esser di questa idea – ma il passo cui ci si riferisce è troppo sintetico per poterne essere certi – H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford, 1961, 94, che, trattando di quel particolare tipo di norme primarie costituito dalle norme di conferimento, dichiara la sua adesione al pensiero di Kelsen, secondo il quale "many of the features which puzzle us in the institutions of contract or property are clarified by thinking of the operations of making a contract or transferring property as the exercise of limited legislative powers by individuals". Dal momento che non v'è dubbio che le norme primarie di Hart non siano produttive di diritto, sembrerebbe da questo passo desumersi che, secondo l'A., anche le norme gerarchicamente

In altre parole, la concezione dell'ordinamento come complesso di norme gerarchicamente ordinate lungo i gradi della *Stufenbau*⁴⁹, in cui ogni atto giuridico rappresenta un momento di applicazione della norma superiore e di creazione di nuovo diritto⁵⁰, poggia sulla radicale contestazione dell'idea che ogni comportamento programmatico sia provvisto della interiore forza di produrre diritto.

Osservato dal punto di vista nomostatico, assunto da chi lo contempla come attraverso un fotogramma⁵¹, l'ordinamento è un sistema di norme⁵² (norme generali e norme individuali⁵³); ma osservato dal punto di vista nomodinamico, cioè nel suo divenire, tale immagine è sostituita da quella della dialettica tra atto e norma⁵⁴. Pertanto, se, per un verso, il campo della produzione giuridica è vastissimo poiché questa si esprime incessantemente attraverso tutti gli atti dell'ordinamento, per altro verso, a nessuno di detti atti è riconosciuta autonoma forza produttiva⁵⁵: tale forza promana dall'esterno, dalla norma sulla produzione, che è, allo stesso tempo, norma produttiva di diritto⁵⁶.

L'idea per cui ciascun fatto trae efficacia dalla norma superiore, riproducendosi per tutti i gradi della *Stufenbau*, darebbe luogo ad un regresso all'infinito se non si postulasse l'esistenza della norma fondamentale, che, in quanto presupposta e non prodotta⁵⁷,

sovraordinate di Kelsen consistono in norme di attribuzione del potere di emanare precetti, e non sono pertanto norme produttive del diritto ad esse sottoposte.

⁴⁹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 71 ss.

⁵⁰ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 86 s.

⁵¹ Bisogna considerare, come osserva A.G. CONTE, *Nomostatica e nomodinamica*, cit., 321-323, che la distinzione kelseniana tra nomostatica e nomodinamica ammette tre interpretazioni. Essa è: a) distinzione di due *metodi di descrizione* dell'ordinamento. Nomostatico è il metodo di descrizione che descrive l'ordinamento "in quiete, in riposo, in equilibrio"; nomodinamico è il metodo di descrizione che descrive l'ordinamento "in moto, in movimento, in fieri". "Sotto il profilo nomostatico si vede il risultato, l'ordinamento ordinato, le norme; sotto il profilo nomodinamico, invece, si vede il processo, l'ordinamento ordinante, gli atti" (sulla questione della complementarità – in senso ontologico o gnoseologico – di nomostatica e nomodinamica come modi di descrizione di un ordinamento v. A.G. CONTE, *ivi*, 323); b) distinzione di due descrizioni di uno stesso oggetto. Questo significato deriva dal significato precedente; c) distinzione di *due oggetti* (*gli ordinamenti statici e gli ordinamenti dinamici*) ed *ascrizione* dell'ordinamento giuridico al novero degli ordinamenti dinamici. Questo significato non è derivabile dai due precedenti.

⁵² H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., 39.

⁵³ Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 80 ss., con riferimento alla composizione della struttura a gradi dell'ordinamento giuridico.

⁵⁴ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 26 ss.

⁵⁵ G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 58, il quale osserva che il rilievo per cui, dal punto di vista statico, nella costruzione kelseniana ogni precetto costituisce una norma "non è sufficiente a garantire che gli effetti conseguenti a questi atti discendano immediatamente dagli atti stessi, o dalle norme da essi poste, o non piuttosto siano riconducibili alle norme che contemplano tali atti come fattispecie" (54).

⁵⁶ G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 55, dove si osserva che per Kelsen "la proposizione a struttura normativa, in quanto contiene un comando, un permesso, un'attribuzione o una sottrazione di potere, non ha la forza autonoma di imporsi all'ordinamento come norma: perché ciò accada, occorre che l'ordinamento attribuisca al soggetto che la pone un potere in questo senso, ossia predisponga in suo favore una competenza normativa".

⁵⁷ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 75.

ritrae da sé stessa la propria efficacia⁵⁸.

Si può dunque concludere che, nella prospettiva nomodinamica, essa è l'unica vera e propria norma del sistema, in quanto l'unica dotata della forza intrinseca di generare qualificazioni giuridiche e di stabilire il dover-essere⁵⁹.

Lo stesso rifiuto di riconoscere al comportamento programmatico autonoma forza produttiva si rinviene nelle tesi della dogmatica che, allo scopo di negare forza costitutiva alla volontà dei privati⁶⁰, concepiscono il negozio come fattispecie di una norma che vi ricollega gli effetti, escludendo l'ipotesi di "un diverso modo di essere (attivo) del negozio rispetto agli effetti che ad esso seguono a fronte del modo di essere delle altre fattispecie rispetto agli effetti ad esse normativamente collegati⁶¹. La linearità della tesi è infirmata dal fatto che la coincidenza tra la volontà dell'autore e gli effetti prodotti dall'atto costringe i suoi sostenitori ad insistere sulla struttura precettiva della fattispecie negoziale⁶², dando così luogo a costruzioni tanto raffinate

⁵⁸ C. ESPOSITO, *Consuetudine*, cit., 462 s. La norma fondamentale "non è altro che la regola fondamentale per la quale sono prodotte le norme dell'ordinamento giuridico, la posizione della fattispecie fondamentale della produzione del diritto. Essa è il punto di partenza di un procedimento; ha un carattere assolutamente dinamico-formale": così H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 75.

⁵⁹ Sul punto H. KELSEN è estremamente chiaro. Cfr. *La dottrina pura del diritto*, cit., 74: "la norma fondamentale attribuisce all'atto del primo legislatore e di qui a tutti gli atti dell'ordinamento giuridico che poggiano su di questo, il significato del dover-essere, quello specifico significato per il quale nella proposizione giuridica la condizione è legata alla conseguenza del diritto... Nella norma fondamentale, in ultima istanza, trova la sua base il significato normativo di tutti i fatti che costituiscono l'ordinamento giuridico" (corsivi miei).

⁶⁰ E. BETTI, *op. cit.*, 8 ss.

⁶¹ Cfr. F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., 224. Secondo l'A., alla base di questo atteggiamento dottrinale vi sarebbe un errore di prospettiva: "si guarda a un fatto incontestabile, che cioè il negozio contiene il disegno degli effetti, e si vede una realtà diversa, che cioè gli effetti vengono in essere per il tramite di un processo produttivo caratteristico del negozio". L'idea del negozio come fattispecie costitutiva degli effetti non può essere accolta "perché non si può assegnare al fatto una carica di giuridicità tale da renderlo non solo entità qualificata ma entità (giuridicamente) qualificante la situazione effettuale, nel suo prodursi e nella sua struttura" (226).

⁶² Cfr. la nota posizione di E. BETTI, *op. cit.*, 50 ss., che concepisce il negozio come precetto, dotato di rilevanza sociale, che l'ordinamento si limita a riconoscere riconnettendovi effetti (cfr. anche ID., *Negozio giuridico*, in *Tem*, 1963, 605); F. SANTORO PASSARELLI, *Atto giuridico*, cit., 207: "col negozio, il privato, in forza del suo potere di autonomia, può foggare la fattispecie (negoziale), in relazione all'interesse che esso stesso si propone di realizzare"; cfr. anche P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 261, 288, per il quale il negozio consiste in una fattispecie (261) che tuttavia assolve alla "funzione di misura dell'effetto vincolante". Cfr. anche la chiare pagine di N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990, 571 s., dove si mette in rilievo la tensione tra la funzione ideologica del negozio, concepito in termini pre-giuridici come espressione dell'autonomia dei singoli e come barriera all'espansione del diritto pubblico, e la funzione logica dello stesso, che ne impone la riconduzione alla "serie omogenea delle fattispecie, perdendo o trasmutando l'originaria natura". Secondo l'A., persa la funzione ideologica, il negozio giuridico "sopravvive come semplice categoria storiografica: strumento utile per ricostruire una fase della dottrina giuridica italiana".

F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 228, spiega la corrispondenza tra gli effetti voluti dalle parti (o dall'autore del provvedimento) e gli effetti giuridici ricorrendo all'inedito meccanismo della "fattispecie precettiva", basato su una duplicazione dei processi produttivi. Il primo di questi è tutto interno al tessuto normativo: la conformità del

quanto contraddittorie, dove la posizione del negozio resta sospesa tra fatto e valore.

B) Alla concezione del comportamento programmatico come fattispecie si affianca un gruppo di teorie secondo le quali esso è, al contempo, fattispecie, cioè oggetto di qualificazioni giuridiche, e norma, cioè fonte di nuove qualificazioni giuridiche.

Sul presupposto che l'ordinamento regola il suo mutamento⁶³ individuando le proprie fonti, cioè definendo normativi (*id est*: produttivi di norme giuridiche) alcuni fatti

negozio alla norma che lo prevede determina immediatamente il sorgere di un potere normativo in capo al suo autore, ossia il "potere di dare vita a una (nuova) norma" (primo processo produttivo) (230). Si innesca così un secondo processo produttivo, tramite il quale la regola degli interessi è tradotta in termini di effetti giuridici, che risultano così conformi al disegno delle parti e operanti sul piano concreto (233). In sintesi: "il processo di produzione giuridica che il negozio pone in moto si sviluppa pertanto in due stadi (...). Descrittivamente esso nel primo stadio giunge alla produzione (giuridica) della regola degli interessi, nel secondo alla produzione degli effetti concreti, cioè all'attuazione dell'assetto giuridico degli interessi. Il negozio è fattispecie del primo stadio: esso è, in termini propri, la fattispecie della norma di produzione della regola degli interessi. Nel secondo stadio il negozio non svolge alcun ruolo; ora troviamo soltanto la regola degli interessi, ovvero la norma giuridica di origine negoziale: norma giuridica come ogni altra, risponde allo schema tipico della regola di diritto, comprendente l'ipotesi e la statuizione, il quando e il come della modificazione giuridica. Allorché sarà integrata la fattispecie di questa norma, essa divenendo operativa, darà vita sul piano giuridico concreto alle situazioni effettuali che la dottrina conosce come effetti (finali) del negozio" (242).

La tesi non può essere accolta. Pur ammesso, infatti, che il provvedimento o il negozio (che, per ragioni di sintesi, indicheremo con la formula "atto normativo") siano fattispecie di una norma che ha come effetto la produzione di un'altra norma, resta oscura la dinamica che presiede alla concreta operatività di tale nuova norma. Infatti è logicamente ammissibile che una norma sia formulata in questi termini: se viene ad esistenza la fattispecie normativa *x*, allora sarà introdotta la norma *y*; ma ciò non spiega né in base a quale criterio di collegamento la norma *y* dovrebbe produrre effetti conformi a quelli delineati dalla fattispecie normativa *x*, né quali sarebbero le concrete condizioni di operatività della norma *y*. Se poi si volesse provare a dare una soluzione al perché la norma *y* produca effetti conformi a quelli programmati dalla fattispecie *x*, il discorso si avviterebbe ancor di più su sé stesso. Si dovrebbe, infatti, sostenere che la norma che assume il negozio come fattispecie ha questo tenore: all'inverarsi della fattispecie normativa *x*, si produrrà una norma giuridica *y* che avrà a sua volta questo tenore: all'inverarsi della fattispecie *z* si produrranno gli effetti prefigurati dalla fattispecie normativa *x*. A questo punto, però, il problema sarebbe rappresentato dalla fattispecie *z*: che contenuto deve avere la fattispecie della norma di secondo grado, per far sì che questa produca effetti conformi alla fattispecie prevista dalla norma di produzione (fattispecie normativa)? Poiché nella teoria di Scoca è escluso che la fattispecie normativa sia anche la fattispecie della nuova norma, non può che trattarsi di una fattispecie diversa da quella che enuncia il programma che la nuova norma ha il compito di giuridicizzare. La norma di secondo grado, cioè, avrebbe questa struttura: data una qualsiasi fattispecie *z*, si produrranno gli effetti conformi alla fattispecie *x*. A questo punto, il vizio di base della ricostruzione è chiaro: consiste nell'ammettere una norma di secondo grado in cui non esiste alcun legame di senso tra apodosi e protasi: cosa impossibile, se si pensa che l'effetto giuridico sempre è commisurato a un problema di interessi che il fatto evidenzia.

⁶³ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., 34 ss.; V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 252: "ogni ordinamento determina le proprie fonti, in base a criteri storicamente variabili, che sono, in ultima analisi, politici...Ma, determinando le fonti, ogni ordinamento definisce anche se stesso, poiché dichiara, in sostanza, quali norme entrino a farne parte, diversamente da altre, che, o non sono da considerare norme, ma fatti, ovvero ne restano tuttavia escluse a certi fini". Cfr. ID, *Fonti del diritto*, cit., 932. Secondo l'A., il discorso è diverso sul piano della teoria generale, laddove, mancando la norma sulle fonti o norma di riconoscimento, la giuridicità delle fonti si configura come "una qualità intrinseca dei fatti a struttura e contenuto normativo: la fonte è fenomeno giuridico, perché produce diritto, e non più perché come tale regolata da precedenti norme positivamente vigenti": cfr. ID, *Fonti del diritto*, cit., 933.

in senso lato (*id est*: atti giuridici e fatti in senso stretto)⁶⁴, si sostiene che il comportamento programmatico viene in rilievo sotto un duplice aspetto: per un verso, come fattispecie di altra norma, esattamente di quella che lo definisce fonte del diritto⁶⁵; per un altro verso, come fonte di una nuova norma, introducendo una disposizione dalla quale, in via essenzialmente interpretativa, si distacca il precetto⁶⁶.

Si individuano così due corsi di efficacia: dalla relazione dell'atto con le norme sovraordinate, dette strumentali, derivano gli effetti legali, indipendenti dal contenuto dell'atto e relativi alla forza con cui esso si impone nel sistema delle fonti; dall'atto in sé e per sé, invece, si distaccano gli effetti precettivi, ovvero quelli legati al suo contenuto⁶⁷.

⁶⁴ V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 925 ss., spec. 932; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., 1 s.

⁶⁵ I concetti di fatto e atto normativo si pongono sullo stesso piano di quello di fonte del diritto, che in realtà li contiene entrambi: v. V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 238 s.; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 31 ss.; F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 1993, 74 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VI, Torino, 1991, 410. Ora, anticipando un ordine di idee che si svilupperà nel prosieguo, se come fonti si intendono quegli atti o fatti che "in base alle norme sulla produzione giuridica vigenti in un determinato ordinamento, hanno per effetto la creazione, modificazione, o abrogazione di disposizioni", allora l'atto normativo non contiene in sé l'elemento valutativo necessario per la produzione dell'effetto giuridico, poiché questo elemento è contenuto nella norma sulla produzione. Il problema, in realtà, sta tutto nel modo di intendere le norme sulla produzione: l'atto normativo è fatto o norma a seconda di come queste si atteggianno. Se sono norme di mero conferimento (cd. norme di autorizzazione), allora l'atto normativo può essere una norma, o meglio, come si vedrà subito nel testo, l'involucro della norma; se sono norme invece che contengono elementi valutativi circa la produzione dell'effetto, allora l'atto normativo sarà solo fattispecie.

Attribuisce valore essenzialmente descrittivo al concetto di atto normativo G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, *passim*. L'Autore svolge una definizione analitica dell'atto normativo, considerando partitamente il sostantivo "atto" e l'aggettivo "normativo" (10). Lo studio dell'aggettivo è condotto nell'ottica di rinvenire gli indici di riconoscimento, formali e materiali, della norma giuridica (11-30); l'attenzione sul sostantivo, invece, è volta a comprenderne gli aspetti strutturali (51-62). Soffermandosi sulla nozione che questa dottrina da di "atto", è facile avvedersi che esso non viene ambientato nello schema della produzione, ma da questo sostanzialmente astratto: così ragionando, lo studio dell'atto normativo in quanto atto consiste nello studio del rapporto del precetto che esso contiene con la volontà di colui che lo pone e delle sue forme di estrinsecazione (51-55). La figura dell'atto normativo si rivela utile, una volta sfrondata da ogni riferimento alla posizione che l'atto giuridico assume nella dinamica giuridica, per indicare le "forme" con le quali una norma viene introdotta nel sistema. Con atto normativo cioè non si identifica il fatto normogeneo, ma si indica l'insieme di forme con le quali si introduce nell'ordinamento un precetto normativo.

⁶⁶ V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 238 s., richiamandosi a MERKL: "il medesimo atto può costituire, per un verso, la fattispecie di una norma superiore; ed essere, a sua volta, normativo nei rapporti con fatti ed atti ad esso subordinati".

⁶⁷ V. CRISAFULLI, *op. loc. ult. cit.*; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., 265, 268, distingue tra effetti negoziali ed effetti finali. I primi derivano dalla rilevanza del negozio, cioè dalla sua conformità alla fattispecie legale e determinano la forza giuridica del negozio, che consiste nella impegnatività del vincolo. Gli effetti finali, invece, sono quelli corrispondenti alle disposizioni delle parti e consentono di realizzare sul piano del diritto la funzione pratica del negozio. Per una critica a questa concezione, accusata di spostare il problema degli effetti precettivi dal rapporto con la norma superiore a un ben più incerto rapporto di immediata scaturigine dalla fattispecie, intesa come fattispecie costitutiva di effetti, v. F.G. COCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., 209 ss., 219.

La differenza tra questa tesi e quella kelseniana è bene illuminata dalla “metafora delle fonti”, cui questa stessa dottrina ricorre: se per Kelsen, come si è visto, “fonte” è sempre la norma qualificante⁶⁸, per la tesi in esame “fonte” è innanzitutto l’atto normativo (*id est*: il comportamento programmatico).

Alla concezione così esposta vanno riconosciuti alcuni pregi. Essa, tramite la scissione tra effetti legali e precettivi, risolve brillantemente il problema della corrispondenza degli effetti prodotti dall’atto normativo a quelli voluti dal suo autore, senza mettere in discussione la qualificazione del comportamento programmatico come fattispecie e quindi senza smentire dogmi quali l’asserita incapacità del comportamento programmatico di produrre diritto e l’inidoneità della volontà dei privati a porsi come causa efficiente degli effetti. Contemporaneamente, fornisce una base concettuale dotata di ampio valore euristico, capace di descrivere la funzionalità di tutti gli atti precettivi (atti dei pubblici poteri e negozi privati) e di differenziarli sotto il profilo della forza tipica⁶⁹.

Questa tesi, nondimeno, piuttosto che superarla, ripropone la “logica della fattispecie”.

Essa costruisce una figura, quella della fattispecie produttiva di effetti giuridici, radicalmente incompatibile con l’alternativa, felicemente perentoria, tra fatto (o fattispecie) – inteso come presupposto di qualificazioni giuridiche – e valore – inteso come fonte di qualificazioni giuridiche⁷⁰. Ciò che è fattispecie, infatti, è, per definizione, punto di ricollegamento di effetti giuridici, e non può al contempo esserne fonte⁷¹.

⁶⁸ E. PARESCHE, *Fonti del diritto (filosofia)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, cit., 897 s.

⁶⁹ V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., 242.

⁷⁰ G.B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l’idea di meritevolezza*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 348 ss., secondo cui “l’intera tematica del negozio giuridico (e degli elementi che ne compongono la struttura) dovrebbe venire ordinata nei termini, felicemente perentori, di un’alternativa tra *fatto* e *valore*”. Cfr. a riguardo il fondamentale contributo di B. DE GIOVANNI, *op. cit.*, 14 s., *passim*, dove si rileva che il fatto “viene a trovarsi da un lato nella sua posizione normale di presupposto, dall’altro nell’ibrido atteggiamento di fatto-valore, incapace di seguire fino in fondo la logica del fatto o quella del criterio di valutazione”. Contro l’alternativa fatto-valore cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 195, che concepisce la dinamica giuridica come un flusso continuo di produzione.

⁷¹ B. DE GIOVANNI, *op. cit.*, 23: “la categoria del fatto giuridico non nasce per turbare la funzione tradizionale della norma e determinare con essa (contro di essa) un ulteriore, concorrente criterio di valutazione dei medesimi contenuti; il che significa che la sua funzione dinamica e la capacità di mettere in moto l’ordinamento, si attuano all’interno di una struttura in cui *fatto* e *valore* costituiscono i poli distinti e necessari di una ricorrente dialettica”. Secondo l’A., la tesi di Scognamiglio al contempo inquadra il negozio nel sistema dei fatti giuridici e nega “la logica necessaria che da codesto sistema” discende. Il fatto, così, “viene a trovarsi da un lato nella sua posizione normale di presupposto, dall’altro nell’ibrido atteggiamento di fatto-valore, incapace di seguire fino in fondo la logica del fatto o quella del criterio di valutazione”: cfr., B. DE GIOVANNI, *op. cit.*, 14 s., il quale conclude in modo del tutto condivisibile che “la tendenza prevalente a vedere nel negozio un atto di volontà diretto all’effetto giuridico, mal si concilia con la definizione del negozio come fattispecie legale” (48). Quel che viene messo in discussione non è “la particolare consistenza di un fatto giuridico, ma la particolare posizione che esso assume nei confronti dell’ordinamento; o, per dir meglio, anche quando si discute del negozio come *fatto*, il senso della costruzione non sempre si mantiene nell’ambito della pura descrittiva, perché s’insinua di continuo, nel progresso del ragionamento, la tendenza a vedere, in quel *fatto* descritto, qualcosa di diverso da un semplice fatto-presupposto”: B. DE GIOVANNI, *op. cit.*, 38.

Osservata l'insostenibilità della posizione ibrida, tra fatto e valore, della fattispecie produttiva di effetti, non resta dunque che rilevare come le concezioni a favore della doppia qualificazione del comportamento programmatico in realtà non riescono a liberarsi dalla ipotesi rappresentata dalla "logica della fattispecie", cioè dall'idea che la forza produttiva sia sempre attribuita ai fenomeni giuridici dall'esterno⁷², idea che immancabilmente ricaccia il comportamento programmatico nell'area della fattispecie⁷³.

La relazione intercorrente tra effetti legali ed effetti precettivi avvalorata questa conclusione: ed infatti, se i primi servono a definire la forza giuridica dei secondi, è evidente che questi ultimi (che, si ricorda, sarebbero gli effetti direttamente promananti dal comportamento) non ne sono in sé provvisti.

La metafora delle fonti del diritto, in definitiva, non rende quel che promette⁷⁴: allude ad un rapporto di scaturigine della norma dal comportamento programmatico, ma questo in realtà continua ad essere concepito come oggetto di qualificazione da parte di una norma preesistente e gerarchicamente sovraordinata, la quale vi ricollega la forza produttiva.

3.3. *Il comportamento programmatico come atto costitutivo dei propri effetti e il superamento della "logica della perfezione". Limiti entro i quali si aderisce a questa tesi*

Le concezioni esaminate, secondo cui l'efficacia dei comportamenti programmatici è oggetto di un'attribuzione normativa che opera dall'esterno, hanno precisi presupposti ideologici: in primo luogo, la convinzione che il diritto può realizzare l'ordine sociale solo se l'ordinamento giuridico appare come un complesso a sua volta ordinato e tendenzialmente conoscibile *a priori*⁷⁵; in secondo luogo, l'esigenza di costruire l'unità dell'ordinamento in termini di legalità, creando "una fascia di atti i cui contenuti rappresentino nel loro insieme la legalità storica, nel senso di storicamente evoluta"⁷⁶.

È per conseguire questi obiettivi di ordine e legalità che la dottrina nega l'intrinseca capacità del comportamento umano di produrre diritto e ricorre all'immagine della catena di trasmissione di efficacia tra gli atti giuridici, in cui ogni trasformazione si

⁷² Secondo R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., 309 ss., infatti, gli effetti finali, corrispondenti all'autoregolamento delle parti, sono anch'essi effetti ricollegati dall'ordinamento al precetto. Rispetto a questi il negozio è fonte (264): ma, come s'è visto, "fonte" significa fatto produttivo e non norma.

⁷³ Diverso il giudizio di F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., 218.

⁷⁴ Cfr. N. BOBBIO, *Fatto normativo*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 988 s.

⁷⁵ G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., 126.

⁷⁶ G. BERTI, *op. ult. cit.*, 129. Conferma indirettamente questa lettura quanto affermato da N. IRTI, «*Verità effettuale*», cit., 652: "l'ordinamento a gradi, lo *Stufenbau*, è conquista inestimabile di pensiero giuridico e serietà morale: di pensiero giuridico, poiché trae le norme dal caos e le dispone in un ordine dinamico e produttivo; di serietà morale, insegnando all'uomo la dirittura del carattere e la coerenza delle scelte".

giustifica in chiave di collegamento degli effetti da parte di una norma gerarchicamente sovraordinata⁷⁷.

A questa impostazione si contrappone quella delle dottrine, minoritarie, che sostengono la funzione normativa del comportamento programmatico, considerandolo come fonte diretta e autonoma di qualificazioni giuridiche⁷⁸. Esse polemizzano contro l'idea che i comportamenti umani siano sprovvisti di interiore forza produttiva⁷⁹, mettendone in luce alcune incongruenze. Prima fra tutte, il ricorso ad una entità che costituisce la fonte prima di tutte le qualificazioni giuridiche, cioè la c.d. norma fondamentale, la cui teorizzazione smentisce alla radice l'assunto per cui nessun atto

⁷⁷ V., molto chiaramente, N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., 41 ss.

⁷⁸ C. ESPOSITO, *Consuetudine*, cit., 461 ss.; con riferimento all'autonomia privata L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, 47 s.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 50-52; B. DE GIOVANNI, *op. cit.*, 37 s.

L'idea del carattere costitutivo-normativo degli atti precettivi trova accoglimento presso la teoria istituzionalistica (Santi ROMANO, *Autonomia*, cit., 27 s.) che vede in essa una importante conferma della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. A. ROMANO, *Introduzione*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo, I, Parte generale*, Bologna, 2001, 24 s., distingue ordinamenti generali e ordinamenti derivati: i primi non derivano da nulla, esistono perché esistono nella realtà sociale; i secondi sono posti da una norma di un ordinamento generale, da cui pertanto derivano. Ad entrambi è comune il carattere della normatività, cioè la capacità di emanare norme giuridiche. Tuttavia le norme provenienti dai primi sono espressione di sovranità mentre quelle dei secondi di autonomia: nella sovranità è assente quella limitazione riscontrabile invece nell'autonomia e determinata dal carattere derivato dell'ordinamento; le norme che sono espressione di un ordinamento sovrano sono poste in una posizione di supremazia nei confronti di quelle provenienti dagli ordinamenti particolari (A. ROMANO, *op. ult. cit.*, 25). La distinzione tra ordinamenti generali e derivati si riflette sul piano della dinamica giuridica. Esistono infatti due modi di produzione dell'effetto giuridico: il primo si sostanzia nella predeterminazione normativa degli effetti giuridici, per la cui operatività è sufficiente che si verifichino le condizioni stabilite dalle norme medesime; il secondo opera quando le norme dell'ordinamento generale si limitano a conferire il potere normativo a determinati soggetti. In questo caso si realizza la produzione giuridica in regime di autonomia: vengono cioè in rilievo soggetti che, in forza della delega dell'ordinamento generale, pongono autonomamente norme e costituiscono così ordinamenti derivati (A. ROMANO, *op. ult. cit.*, 41). I negozi giuridici sono il frutto dell'esercizio della autonomia normativa da parte dei privati (i quali così costituiscono un loro ordinamento); mentre invece gli statuti, i regolamenti e i provvedimenti amministrativi sono i risultati dell'esercizio della autonomia pubblica, cioè della delega di potere normativo operata dall'ordinamento generale in favore dell'amministrazione (A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, cit., 34 ss.; ID., *Introduzione*, cit., 42).

⁷⁹ C. ESPOSITO, *Consuetudine*, cit., 461-463: la produzione del diritto non si articola secondo lo schema della dialettica fatto/norma, nel senso che a ciascun atto giuridico non è attribuita forza produttiva dall'esterno. L'ordinamento non si evolve tramite il meccanismo per cui le norme preesistenti attribuiscono giuridica efficacia a nuovi atti. Viceversa, i comportamenti dell'uomo si affermano sul piano giuridico per propria intrinseca forza.

Cfr. altresì G.B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, cit., 348, per il quale se il negozio è valore non è perché tra fatto e valore non vi sia scarto, ma perché è "tutt' altro che scontato" che le regole stabilite dai privati siano sostanzialmente e automaticamente subordinate alle leggi emanate dall'ordinamento statale. Secondo l'A., infatti, il punto centrale è che "i dati della vita, la libertà e l'agire degli uomini, con la loro storia, grande e minuta, creano spontaneamente, vorrei dire quotidianamente, *quelque résultat nouveau* e dunque valori e regole del tutto autonomi (e spesso anche contrastanti) rispetto a quelli che i legislatori hanno voluto sigillare in un sistema delle leggi e dei codici".

può essere efficace autonomamente⁸⁰. Secondariamente, il carattere contro-intuitivo: l'esperienza comune insegna che i giudizi di valore espressi in forma deontica da un soggetto autorizzato o ritenuto tale possono benissimo spiegare effetti giuridici ed essere considerati diritto vigente dai soggetti cui è rivolto.

Le dottrina in esame riconosce che l'ordinamento disciplina la sua evoluzione attraverso norme apposite⁸¹, ma esclude recisamente che queste abbiano la funzione di attribuire forza normativa ai fenomeni regolati e che, dunque, gli effetti da questi prodotti possano in qualche modo farvisi risalire⁸². Da una concezione (quella kelse-

⁸⁰ C. ESPOSITO, *Consuetudine*, cit., 462 s.: la concezione per cui la normatività è sempre attribuita dall'esterno ad opera delle norme sulla produzione "è in contrasto con la verità di ragione o logica, che, ove si voglia riportare la forza od efficacia degli atti e dei comportamenti produttivi del diritto alle disposizioni sulla produzione del diritto, bisogna attribuire a queste disposizioni ed agli atti con cui esse siano state poste in essere una propria e non derivata forza normativa. Ma, una volta ammesso che alcuni atti creatori di disposizioni giuridiche, quali quelle sulla produzione del diritto, possano avere una propria e non derivata forza giuridica ne resta esclusa la verità del principio che la efficacia normativa degli atti o dei comportamenti produttori del diritto debba trarre origine dalle disposizioni sulla produzione del diritto. Per la verità, la concezione che si va criticando non sostiene che tutte le disposizioni sulla produzione del diritto, che darebbero agli atti e comportamenti da esse contemplati efficacia creativa di disposizioni giuridiche, traggano da se stesse o dagli atti o dai comportamenti posti il loro vigore, ma anzi sostiene che le stesse disposizioni sulla produzione abbiano forza derivata da anteriori e superiori disposizioni che ne prevedono la efficace emissione. Tuttavia essa ammette che vi debba essere in ogni ordinamento una sola, prima e suprema regola sulla produzione del diritto, che avrebbe efficacia primaria e non derivata, o derivata solo da se stessa e dagli atti con cui sia stata imposta. Da questa regola (...) deriverebbe in via diretta o mediata la «efficacia giuridica» di tutti gli atti di produzione del diritto (...) La opinione che si critica ammette che in ogni ordinamento per lo meno una norma trae da se stessa (o dall'atto o dagli atti di sua creazione) la propria forza ed efficacia e con ciò essa esclude (contraddicendosi) la verità della affermazione che uomini, atti e comportamenti umani di produzione del diritto non abbiano di per sé (come invece la coscienza comune ritiene) forza creativa e che questa forza debba provenire o essere infusa dall'esterno da disposizioni superiori e anteriori" (corsivo mio).

La tradizionale critica alla norma fondamentale come base legittimante dell'intero sistema normativo v. A. ROMANO, *Introduzione*, cit., 24 s.; cfr. altresì ID., *Autonomia nel diritto pubblico*, cit., 33: la legittimazione dell'ordinamento giuridico non può provenire da una sua norma per il semplice motivo che la ricerca a ritroso di essa comporta il raggiungimento di una norma non deducibile da altre e che quindi non rinviene legittimazione in altra norma. Pertanto, un ordinamento può rinvenire tale legittimazione o nella sua stessa esistenza, oppure in una norma di un altro ordinamento.

⁸¹ C. ESPOSITO, *Consuetudine*, cit., 457 ss.

⁸² C. ESPOSITO, *Consuetudine*, cit., 463: "chi nega, come qui si nega, che le disposizioni sulla produzione del diritto abbiano efficacia costitutiva della normatività degli atti e dei comportamenti umani non dice con ciò che esse (ove esistano) siano prive di significato, ma solo che esse sono «regole sulla produzione del diritto» e non «regole produttive» del diritto, ed inoltre (corrispondentemente) che gli atti ed i comportamenti dai quali traggono nascita le regole sulla produzione del diritto sono creatori di questa regolamentazione ma non delle disposizioni o della normatività delle disposizioni emesse secondo quelle regole". Cfr. F. MODUGNO, *Norma*, cit., 359, il quale avverte che la nozione di norma sulla produzione ha carattere dogmatico. Secondo l'impostazione dell'A., mentre in teoria generale la norma giuridica è il prodotto del fatto normativo, sul piano dogmatico è quella prodotta dal fatto qualificato come normativo. L'esigenza della norma sulla produzione, pertanto, si avverte solo sul piano dogmatico, dove è necessario che sia lo stesso ordinamento a qualificare un fatto come normativo. Gli stessi argomenti si rinvergono in V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 933, secondo cui la norma sulle fonti manca in sede di teoria generale, dove "la giuridicità delle fonti si configura allora come una qualità intrinseca

niana) dove le meta-norme sono norme *produttive di diritto* si passa dunque ad un disegno teorico in cui esse sono mere norme *sulla produzione*⁸³.

Il negozio in quest'ottica è atto costitutivo dei propri effetti⁸⁴; non può essere ricondotto alla fattispecie⁸⁵ perché "rivendica una funzione qualificatrice del rapporto che è propria del valore"⁸⁶ ed è oggetto di un mero giudizio di compatibilità da parte dell'ordinamento⁸⁷.

A questa concezione si potrebbe obiettare che ripropone l'immagine del fatto come causa degli effetti e dunque di non riconoscere il ruolo attivo della norma, intesa come

dei fatti a struttura e contenuto normativo: la fonte è fenomeno giuridico, perché produce diritto, e non perché come tale regolata da precedenti norme positivamente vigenti". Ma questa posizione dell'A. a chi scrive sembra in contrasto evidente con la teoria della doppia qualificazione (come fatto e come norma) dell'atto normativo.

⁸³ Come osserva G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 59, se si ritiene, in adesione al gradualismo kelseniano, che l'atto precettivo non ha autonoma forza di imporsi all'ordinamento, si interpreta la decisione dell'ordinamento di considerare un atto alla stregua di una propria fonte come attribuzione dall'esterno di forza produttiva (in questo senso la norma sulla fonte è una regola *produttiva* del diritto); mentre, se si muove dal presupposto inverso che il comportamento umano ne è intrinsecamente dotato, tale decisione costituisce un mero riconoscimento (in questo senso, la norma sulla fonte è semplicemente una regola *sulla produzione* del diritto).

⁸⁴ L. FERRI, *op. cit.*, 47 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 50; ID., *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, cit., 348 ss. La dottrina che comunque richiede il riconoscimento da parte dell'ordinamento perché il negozio possa produrre gli effetti finali concretizza l'affermazione per cui esso è già autonomamente valore nella determinazione del c.d. effetto negoziale, derivante dalla rilevanza del negozio e consistente nella vincolatività giuridica del precetto per le parti: cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., 117 s.

⁸⁵ B. DE GIOVANNI, *op. cit.*, 37 s.: "una volta considerato il negozio come causa efficiente degli effetti voluti o, in ogni modo, come strumento per un autonomo regolamento di rapporti, esso già è, anche a prima vista, in una posizione diversa da quella del fatto".

⁸⁶ B. DE GIOVANNI, *op. cit.*, 37 s. L. FERRI, *op. cit.*, 47 s., G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 50-52.

⁸⁷ In questo senso la chiara opinione di G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 54 ss., il quale, avvedendosi della circostanza che quella di riconoscimento è formula sostanzialmente ambigua, perché, se per un verso serve ad affermare il carattere di valore del negozio, per altro verso finisce per negare ad esso autonoma efficacia, afferma che l'ordinamento semplicemente constata il grado di coerenza e compatibilità dei valori espressi dal negozio con i propri.

Che il "riconoscimento" tenda a far regredire il negozio a fattispecie è vero sia con riferimento alle tesi che spiegano l'autonomia normativa facendo leva sull'esistenza di una sfera di autonomia economica e sociale (E. BETTI, *op. cit.*, 39 ss.) sia in relazione alle tesi che fanno leva sulla pluralità degli ordinamenti (Salv. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, Milano, 1957, 27, *passim*), nelle quali l'atto di produzione giuridica dell'ordinamento particolare è convertito in mero fatto di produzione normativa dall'ordinamento generale (su questo fenomeno cfr. V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 933). Rileva giustamente V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico* (1998), in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 568, che la necessità del riconoscimento del precetto negoziale, lungi dal conseguire il superamento dello schema della fattispecie, in realtà lo ripropone. Ma già prima, v., assai acutamente, B. DE GIOVANNI, *op. cit.*, 99: "l'espressione «riconoscimento», pur nella sua sostanziale ambiguità, ha la medesima portata logica della «rilevanza per l'ordinamento» che attiene ad ogni fatto, in quanto individuato e qualificato dall'ordinamento. Riconoscere significa giudicare rilevante un dato fatto o situazione come elemento medio perché la norma produca i suoi effetti". (A rigore, si potrebbe dire che questo è il riconoscimento indiretto, e che il riconoscimento diretto è la mera attribuzione a un soggetto del potere normativo. Per la distinzione riconoscimento diretto-indiretto nel contesto dei rapporti tra ordinamenti cfr. F. BASSI, *La norma interna*, cit., 26).

giudizio di valore, nella dinamica giuridica⁸⁸. L'obiezione, tuttavia, non coglierebbe nel segno perché la teoria in esame, a ben guardare, non mette in discussione che l'effetto giuridico deriva dalla dialettica tra fatto e giudizio di valore (norma): semplicemente individua la "norma" nel comportamento programmatico e il "fatto" nella porzione di realtà cui si riferisce il giudizio di valore da esso manifestato.

Si potrebbe criticamente rilevare, inoltre, che, riconoscendo forza normativa al comportamento programmatico, si attribuisce la stessa forza alla volontà del soggetto che lo pone in essere⁸⁹; il che, con riferimento alla autonomia privata, significherebbe concedere alla volontà dei singoli una forza maggiore di quella dell'ordinamento⁹⁰. A quest'ultimo riguardo, però, è noto che l'autonomia privata può essere concepita come fonte non concorrente con la volontà statale, siccome cardine di un ordinamento autonomo: l'ordinamento dei privati, appunto⁹¹; peraltro, anche ove non si accogliessero i postulati di matrice istituzionalista presupposti a questo tipo di risposta, un problema di concorrenza ed eventuale conflitto tra volontà dei privati e volontà dello Stato si potrebbe comunque ritenere escluso configurando la prima come esercizio di una delega di potere normativo ai singoli da parte dell'ordinamento.

Infine, contro l'idea che l'atto precettivo abbia in sé la forza di produrre gli effetti giuridici si potrebbe osservare che essi derivano da una valutazione complessiva dell'ordinamento, operata alla stregua di tutti i valori del sistema e tenendo in considerazione anche l'interesse fondamentale⁹². A ciò, però, si può opporre che la coerenza con i valori dell'ordinamento è una qualità propria solo agli effetti prodotti dai comportamenti programmatici assiologicamente validi.

La concezione del comportamento programmatico come atto costitutivo dei propri effetti, in definitiva, resiste alle critiche e, pertanto, merita un giudizio complessivamente positivo. Ai fini del discorso che si conduce è di particolare importanza segnalare che essa mina i fondamenti della tesi dominante, secondo cui tra (in)validità ed (in)efficacia sussiste un nesso di tipo eziologico. Ed infatti, se l'efficacia deriva da una forza che l'atto trova dentro sé e non dal collegamento normativo, allora la perfezione non è più necessaria per la produzione dell'effetto; di conseguenza, non lo è neppure la validità.

Esistono nondimeno due ragioni che non consentono di accogliere *in toto* la tesi.

⁸⁸ Basti qui richiamare A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 96 ss.; G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 12 ss.

⁸⁹ Tale aspetto dell'autonomia era già stato lucidamente avvertito da E. BETTI, *op. cit.*, 55 ss.; più in generale, che l'adesione a questa tesi imponga l'ammissione che la volontà abbia valore normativo risulta con chiarezza nella ricerca di B. DE GIOVANNI, *op. cit.*, 48 ss., *passim*, il quale tuttavia mette in guardia dallo psicologismo come accezione deteriorante del volontarismo negoziale.

⁹⁰ V. M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 28 ss.; *contra* L. FERRI, *op. cit.*, 42.

⁹¹ Salv. ROMANO, *Autonomia privata*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1950, 801 ss.; W. CESARINI SFORZA, *op. cit.*, *passim*; da ultimo A. ROMANO, *L'«ordinamento giuridico» di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2011, 245-252.

⁹² A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 66-69; ID., *Atto reale e negozio giuridico*, cit., 740, *passim*; G. CATAUDELLA, *Fattispecie*, cit., 938; F. BASSI, *Contributo*, cit., 114.

La prima è l'erroneità dell'equazione tra costitutività degli effetti e normatività: normativi, infatti, non sono tutti i comportamenti programmatici ma solo quelli che introducono nell'ordinamento nuovi valori o inedite relazioni assiologiche.

La seconda è che essa, nel contestare il dogma del "collegamento degli effetti" da parte della norma superiore, trascura l'esame delle condizioni ordinali in presenza delle quali il comportamento programmatico produce effetti.

4. La parziale conformità al paradigma di validità come condizione di efficacia

Su queste condizioni è venuto il momento di soffermarsi.

Parte della dottrina ritiene che il comportamento programmatico, per produrre effetti, deve poter essere considerato *esistente* nell'ordinamento, ossia appartenente ad esso. Per l'esistenza – si aggiunge – è sufficiente l'osservanza di alcune norme sulla produzione; non è necessario che tutte siano rispettate, perché ciò determina la validità⁹³.

Così concepita, l'esistenza, secondo alcuni, è un tipo di validità minore (si parla, infatti, di *validità-esistenza*)⁹⁴. Accettata l'identificazione tra validità ed esistenza specifica della norma e ritenuto che quest'ultima deriva dall'appartenenza al sistema⁹⁵, si ritiene che anche la norma semplicemente esistente (ossia quella che rispetta solo alcune norme sulla produzione) sia valida poiché anch'essa «appartiene» all'ordinamento, "così come vi appartiene quella pienamente conforme, poiché il concetto di «appartenenza all'ordinamento» implicita (o, se si vuole, tollera) sia la conformità piena e totale alle norme sulla produzione, sia una conformità non totale, meno piena (non a tutte, ma ad alcune soltanto delle norme sulla produzione)"⁹⁶.

Ne segue che "sia la validità piena o in senso forte, la validità *stricto sensu*, sia la validità parziale o in senso debole, la validità *lato sensu*, la validità-esistenza, sono «due modi o gradi di appartenenza» omogenei, congeneri, della norma all'ordinamento, sono *species* del *genus* appartenenza, l'uno, un grado, se si vuole, di maggiore stabilità e certezza, l'altro, un grado di minore stabilità e certezza, ossia di provvisorietà e di precarietà della stessa validità-esistenza"⁹⁷.

Secondo questa tesi, in breve, il concetto di esistenza come condizione sufficiente per il vigore della norma si pone sullo stesso piano della validità *stricto sensu*, dalla quale si distingue solo per il profilo quantitativo⁹⁸, nel senso che, per esistere, è sufficiente che la norma si conformi ad alcune norme sulla normazione, mentre invece, per

⁹³ R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., 98; F. MODUGNO, *Validità*, cit., 10 ss.

⁹⁴ F. MODUGNO, *Validità*, cit., 10.

⁹⁵ F. MODUGNO, *Validità*, cit., 10.

⁹⁶ F. MODUGNO, *Validità*, cit., 10: "L'«esistenza» della norma, in tal modo, torna a coincidere con la «validità come appartenenza»".

⁹⁷ F. MODUGNO, *Validità*, cit., 19.

⁹⁸ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 533.

essere valida, essa deve conformarsi all'intero *corpus* delle regole che la riguardano. In altri termini, l'esistenza indica un "pregio" minore della norma, che comunque non osta alla produzione degli effetti⁹⁹.

Una diversa impostazione, invece, rifiuta la definizione della validità come esistenza specifica della norma, precisando che essa designa la relazione di una norma con altre norme, mentre l'esistenza indica la relazione di appartenenza di una norma ad un ordinamento¹⁰⁰. Validità ed esistenza – si ritiene – non sono grandezze congeneri, gradazioni dello stesso tipo di appartenenza, ma diversi modi di esistere di una norma nell'ordinamento. Che la validità non sia l'unico criterio di esistenza delle norme nell'ordinamento è dimostrato dall'esistenza al vertice dell'ordinamento di norme cui non si rivolge alcuna norma sostanzialmente o formalmente superiore e di cui pertanto non può essere predicata la validità ma solo l'effettività. L'effettività, in definitiva, è, accanto alla validità, il criterio di esistenza delle norme nell'ordinamento¹⁰¹.

5. *Il riconoscimento come condizione di efficacia del comportamento programmatico*

Pur nella diversità di accenti, le tesi da ultimo esposte sono accomunate dal ritenere efficace l'atto esistente, ovvero quello che rispetta le norme sulla normazione in misura non integrale ma tale da essere *riconosibile* come atto giuridico nel contesto di un ordinamento¹⁰².

Tale affermazione è, in astratto, suscettibile di due interpretazioni: la prima tende a ricondurla negli schemi consolidati della logica della perfezione; l'altra la assume come base per una diversa ricostruzione dell'efficacia dei comportamenti programmatici e dei rapporti con l'invalidità.

Se si muove dal presupposto che l'efficacia è oggetto di un'attribuzione normativa che viene dall'esterno, l'osservanza parziale delle norme sulla produzione che qualifica un atto come "esistente" sarà concepita come *conformità sufficiente* per il ricollegamento degli effetti alla fattispecie.

⁹⁹ Pur considerando l'esistenza come un tipo di validità, Modugno quindi individua una differenza (di tipo essenzialmente quantitativo) tra le due qualificazioni. Viceversa, il diffuso modo di intendere l'esistenza della norma come una condizione relativa all'ordinamento è solitamente accompagnato dall'assimilazione dell'esistenza alla validità, kelsenianamente intesa come esistenza specifica della norma (appartenenza all'ordinamento).

¹⁰⁰ R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., 98.

¹⁰¹ R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., 99.

¹⁰² L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 528: "Un contratto viziato da un consenso dato per errore o estorto con violenza, per esempio, è vigente anche se il contraente, come prevede l'articolo 1427 del nostro codice civile, può chiederne l'annullamento come invalido; così come è vigente, finché non sia annullata, una sentenza emanata senza l'osservanza delle forme stabilite dall'articolo 178 del codice di procedura penale «a pena di nullità». Viceversa, un testamento orale o una legge non approvata da una delle due Camere o una sentenza di un privato cittadino non sono neppure vigenti od esistenti, difettando di quel minimo di requisiti formali che ne permettono l'identificazione come atti giuridici"; cfr. altresì R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., 99.

Se, invece, si muove dal presupposto che il comportamento ha in sé la forza di produrre diritto (e perciò si indirizza la ricerca verso l'enucleazione delle condizioni sufficienti affinché tale forza possa spiegarsi), si può ritenere che la conformità parziale alle norme sulla produzione non sia la *ragione* dell'efficacia del provvedimento, quanto lo *strumento* che consente ai consociati il *riconoscimento* del comportamento programmatico come espressione dell'ordinamento, riconoscimento nel quale va rinvenuto il fondamento dell'efficacia. Essa perciò è necessaria solo laddove e nella misura in cui serva al riconoscimento del precetto come espressione dell'ordinamento giuridico.

Si apre così una prospettiva che individua la condizione fondamentale dell'efficacia¹⁰³ nel giudizio di riconoscimento del comportamento programmatico come parte del tutto – di quel tutto che è l'ordinamento giuridico – operato da coloro ai quali è diretto¹⁰⁴. In quest'ottica, si osserva che i comportamenti programmatici acquisiscono performatività, cioè consentono a chi li pone in essere di “realizzare le cose con le parole”, solo se riconosciuti dai relativi destinatari come parte dell'ordinamento giuridico, se ricondotti cioè ad un “sistema” di regole¹⁰⁵. In altri termini, un comando,

¹⁰³ Intendendo per “efficacia” la capacità di un atto di produrre effetti. La precisazione è dovuta per la polsemia del termine. Cfr., per esempio, R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., 99 s.: “Nel linguaggio dottrinale il vocabolo “efficacia” – in quanto predicato di norme o atti giuridici – è usato in non meno di tre sensi diversi: (a) In un primo senso, “efficacia” significa capacità di produrre effetti giuridici, quali ad esempio: la qualificazione di una fattispecie, l'acquisto o la perdita di un diritto, l'irrogazione di una sanzione, e così avanti...; (b) In un secondo senso “efficacia” significa applicabilità: si dice “efficace” una norma che può o deve essere applicata, “inefficace” una norma che non può o non deve essere applicata (ad esempio, in quanto abrogata o annullata per illegittimità costituzionale); (c) In un terzo senso, “efficacia” denota la peculiare “forza” di una norma, ossia la sua collocazione nella gerarchia (materiale) dell'ordinamento. Si dice ad esempio che la legge, in virtù della sua (forza o) efficacia, resiste all'abrogazione da parte di fonti ad essa subordinate”. Sui diversi significati di “efficacia” nella teoria generale e nella filosofia del diritto v. anche P. DI LUCIA, *Agire in-funzione-di-norme*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto* (a cura di L. PASSERINI GLAZEL), cit., 165, il quale distingue tra: a) “efficacia quale *conformità* (o corrispondenza) tra norma e azione *in actu*”; b) “efficacia quale *operanza* della norma sull'azione *in actu*”; c) “efficacia quale *idoneità* della norma a produrre effetti giuridici”.

¹⁰⁴ Cfr. le limpide considerazioni di P. AMSELEK, *Les règles juridiques en tant qu'objets mentaux*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 19, 1993, 311-320, trad. it. *Le regole come oggetti mentali*, in G. LORINI - L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *op. cit.*, 46 s.: “a differenza del comando impartito alle macchine, il comando impartito agli uomini è sempre mediato dalla volontà stessa degli individui interessati. Le relazioni umane di autorità di coniugano necessariamente con questa particolarità ontologica dell'essere umano: l'uomo è un essere libero (...) comandare, dirigere la condotta di qualcun altro, è sempre solo *domandargli* di osservare, nella propria condotta, nella guida di sé stesso, certi margini di manovra che gli vengono indicati (...) l'autorità dei poteri pubblici sui cittadini passa attraverso la mediazione dei cittadini stessi e dalla autorità esclusiva di questi sulla propria persona”; W. CESARINI SFORZA, *Lezioni di teoria generale del diritto*, I, Padova, 1930, 35 ss., 40.

¹⁰⁵ Cfr. J.R. SEARLE, *Creare il mondo sociale*, cit., 123 ss., 135, dove si rileva che la costruzione della realtà sociale si nutre “sia dell'intenzionalità collettiva sia dell'assegnazione di funzione. A meno che i fatti istituzionali non siano riconosciuti o accettati collettivamente e i partecipanti capiscano le deontologie che accompagnano le funzioni di status, i fatti istituzionali non faranno presa sulla razionalità umana e non forniranno ragioni per l'azione”. Ma si veda anche A. REINACH, *op. cit.*, 27-29: il comando, secondo l'A., si differenzia dagli altri atti diretti ad un altro (ad esempio, il perdono) per il fatto di *rivolgersi* all'altro. Esso, “per sua essenza, necessita di essere percepito”, a differenza del perdono. “Gli atti spontanei che necessitano di essere percepiti vengono definiti da noi *atti sociali*”. “Gli atti sociali vengono dal loro autore *nell'esecuzione stessa* lanciati verso l'altro per

pur intrinsecamente idoneo a produrre conseguenza giuridiche, rimane giuridicamente inefficace se difetta l'elemento estrinseco, consistente appunto nel riconoscimento della prescrizione come parte dell'ordinamento giuridico (Tizio può ordinare a Caio nella situazione x di fare y, ma ciò ovviamente non produce effetti giuridici sino a quando il comando non sia avvertito da Caio come promanante dall'ordinamento giuridico)¹⁰⁶.

Individuando la condizione dell'efficacia del comportamento programmatico nel riconoscimento da parte dei suoi destinatari¹⁰⁷, l'efficacia non viene assimilata all'effettività¹⁰⁸. Un precetto si dice effettivo quando è rispettato dai destinatari¹⁰⁹, si dice vigente (*id est*: dotato di vigore, nel senso di efficacia) quando è avvertito dai consociati come vincolante in quanto appartenente all'ordinamento giuridico. Rispetto alla norma vigente-efficace il comportamento dei destinatari non è sempre l'osservanza; essi, piuttosto, "agiscono in funzione" della norma¹¹⁰: nel senso che, anche quando

aggrapparsi alla sua anima". "Può accadere che dei comandi vengano impartiti, ma non percepiti. In questo modo hanno fallito il loro proposito". Sulla comunicazione intersoggettiva della norma come base della sua efficacia v. anche O. WEINBERGER, *op. cit.*, 29. Cfr. anche B. CELANO, *Justicia procedimental pura y teoría del derecho*, in *Doxa*, 24, 2001, 423 ss., dove si afferma che, con riferimento all'efficacia degli atti giuridici, il paradigma nomodinamico deve cedere il passo al paradigma convenzionalista. Secondo l'A. il criterio discriminante tra atti giuridici esistenti e non esistenti non può essere ricercato all'interno del diritto, non è un criterio giuridico. Un atto giuridico, infatti, esiste se giudicato esistente dai giuristi e dagli operatori giuridici.

¹⁰⁶ Cfr. A. GENTILI, *Scienza giuridica, negozio e popolo nei principia iuris di Luigi Ferrajoli*, in *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 195 s., che però assegna alla scienza giuridica il compito di "stabilire se chi materialmente fabbrica disposizioni è un legislatore".

¹⁰⁷ Nel momento in cui si sostiene che il comportamento programmatico è intrinsecamente dotato della forza di produrre effetti giuridici, vi è il rischio che sfumi la distinzione, elaborata soprattutto in sede di teoria del negozio, tra risultati pratici che l'autore dell'atto intende conseguire ed effetti giuridici (per questa distinzione, in relazione all'oggetto della volontà nel negozio e nell'atto giuridico cfr. V.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 68 ss., *passim*, 82-84), perché questi ultimi tendono a risolversi nei primi. Tuttavia, la considerazione che la riconduzione all'ordinamento da parte dei destinatari è condizione necessaria affinché la forza costitutiva del comportamento programmatico abbia modo di dispiegarsi si frappone a questa inaccettabile deriva realista: è in questo passaggio che si compie il salto di qualità e il risultato pratico viene assunto tra i valori giuridici, a prescindere dalla validità o dall'invalidità (assiologica e formale) del comportamento programmatico attraverso il quale è manifestato.

¹⁰⁸ *Contra* L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 17 ss., per il quale il vigore della norma dipende dal rispetto delle norme sulla produzione formali, mentre la validità dal rispetto di tutte le norme sulla normazione. Vigore e validità, cioè, sono entrambi concetti osservabili dal punto di vista interno dell'ordinamento, e non v'è relazione col problema dell'effettività, che invece richiede l'assunzione del punto di vista esterno.

¹⁰⁹ Il giudizio sull'effettività di una norma, peraltro, ha natura contingente, cioè ha riguardo, di volta in volta, alla commissione o all'omissione di questo o di quell'atto che ne è l'osservanza o l'inosservanza: sicché, se si vogliono formulare giudizi più generali circa l'ineffettività di una norma bisogna ragionare in termini di "grado di effettività" (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 449 s.). Tutto ciò non vale per il vigore: una norma o è vigente o non lo è. Il vigore, come l'effettività, è dato da una relazione tra destinatari e norme, ma non è dato dal (maggiore o minore) rispetto della seconda da parte dei primi, bensì dalla circostanza che questi ultimi avvertano o non avvertano una prescrizione come prescrizione giuridica vincolante.

¹¹⁰ Cfr. F. SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, 1991, trad. it. *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole*

non vi adempiono, orientano la loro azione in modo da sfuggire alla sanzione (il ladro che nasconde il proprio agire, operando così in modo razionale rispetto allo scopo di rimanere indenne dalla sanzione¹¹¹) oppure speculano sulla vigenza della norma (ancora il ladro, il quale fa affidamento sul fatto che colui che viene derubato non pensa di essere derubato¹¹²) oppure ancora orientano la propria azione in modo da affermare un valore diverso o in contrasto con quello della norma (l'obiettore di coscienza che brucia la cartolina-precetto, agendo così in modo razionale rispetto ad un valore¹¹³).

Rimane, a questo punto, il problema di individuare le condizioni di riferibilità del comportamento programmatico all'ordinamento giuridico, cioè i criteri utilizzati dai suoi destinatari ai fini del riconoscimento. Emerge così l'esigenza di un'analisi del modo di ragionare dei consociati e delle autorità, finalizzata alla registrazione dei criteri attraverso i quali costoro individuano il diritto vigente¹¹⁴, che ovviamente trascende i limiti di questo studio. Si osserva, nondimeno, che la tematica del riconoscimento del diritto è tra le più neglette da parte della filosofia del diritto contemporanea, e in particolare dal filone positivista che, probabilmente con troppa fretta, rimuove il problema dal proprio orizzonte concettuale.

In una recente e molto interessante indagine si sostiene che il riconoscimento del diritto avviene attraverso il *sensu comune*. È tramite il senso comune – che si alimenta di esperienze, di credenze, di abitudini, e via dicendo – che tutti comprendono non essere un ordine giuridico quello impartito dal signore che alla stazione fa partire il treno sbracciandosi immediatamente dopo il fischio del capostazione¹¹⁵.

nel diritto e nella vita quotidiana, Bologna, 2000, 183-187, che distingue l'*agire in conformità ad una regola* dall'*essere guidato da una regola*; A.G. CONTE, *Nomotropismo*, in *Sociologia filosofica del diritto*, Torino, 2011, 47-55; P. DI LUCIA, *Agire in-funzione-di-norme*, cit., 164 ss., 168.

¹¹¹ M. WEBER, *op. cit.*, 29: "si può «orientare» il proprio agire in base alla validità di un ordinamento non soltanto mediante l'«osservanza» del suo senso (quale è inteso in media). Anche nel caso di una «elusione» o di una «infrazione» di tale senso (inteso in media), può tuttavia operare la *chance* della sua validità in qualsiasi ambito (come norma vincolante): e ciò anzitutto in maniera puramente razionale rispetto allo scopo. Il ladro orienta il proprio agire in base alla «validità» della legge penale, e perciò cerca di nascondere. La validità di un tale «ordinamento» entro un ambito di uomini viene a manifestarsi appunto per il fatto che egli deve celare la sua mancanza".

¹¹² B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Pavia, 1959, 319.

¹¹³ A.G. CONTE, *Validità*, cit., 143.

¹¹⁴ M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, 2010, 68, *passim*. Il fatto che siano i destinatari (inteso il termine in senso ampio) delle norme ad individuare il diritto vigente dimostra che, per quanto la norma possa definire il proprio ambito di applicazione, sono costoro a scegliere la norma, sottomettendovisi e applicandola, e non il contrario. Il tema della "scelta del diritto" da parte dei soggetti è messo in notevole risalto oggi da N. IRTI, *Diritto senza verità*, cit., 13 ss.

¹¹⁵ È la tesi centrale di M. JORI, *op. cit.*, *passim*. Secondo l'A., il riconoscimento del diritto, interamente governato dal senso comune, si articola in due momenti: il momento della *identificazione* del diritto e quello della *individuazione* del diritto vigente. Identificare il diritto significa avere un'idea, sia pur approssimativa, di cosa il diritto sia in generale, in modo da distinguerlo da altri fenomeni della realtà. Individuare il diritto significa distinguere il diritto vigente da quello non vigente. Restando all'esempio del matto della stazione, per capire che il suo ordi-

Non si può pensare, tuttavia, che il riconoscimento del diritto si arresti allo stadio primitivo consentito dall'utilizzo del senso comune¹¹⁶; oltre la *performance* del senso comune subentrano considerazioni tecniche¹¹⁷. In particolare, maggiori sono le conoscenze tecnico-giuridiche dei soggetti, tanto meno soddisfacente è per essi la selezione operata dal senso comune, che invece soddisfa chi non abbia alcuna conoscenza tecnica del diritto. In linea generale, si può dire che chi ha conoscenze tecniche sa: (a) che non tutto ciò che è diritto secondo il senso comune è davvero diritto; (b) che non tutto il diritto è diritto valido e che (c) esistono normalmente alcune possibilità di neutralizzazione del diritto invalido.

6. *La rottura del nesso eziologico tra (in)validità e (in)efficacia. Validità e riferibilità come modi di esistere del comportamento programmatico nell'ordinamento*

Le superiori considerazioni, prospettando il riconoscimento come fondamento dell'efficacia del comportamento programmatico, consentono di guardare il problema dei

ne non è diritto è necessario sapere cosa è il diritto e sapere che diritto vigente non è il comando del matto. Che tanto l'identificazione quanto l'individuazione del diritto vigente possano essere operate in base al senso comune è dimostrato dal fatto che tutti i presenti alla scena considerano come un matto il signore che si sbraccia alla stazione senza sapere niente o quasi niente “dei dettagli del diritto rilevante nella situazione, nel nostro caso per esempio il diritto amministrativo e le altre norme di legge rilevanti, i regolamenti o gli atti amministrativi che regolano la carriera dei ferrovieri e la nomina e i compiti dei capistazione” (23). Quanto alla identificazione del diritto, l'A. sostiene in particolare che il senso comune scorge la presenza del diritto “dove ci sono norme che pongono obblighi fatti osservare coattivamente e norme di struttura che stabiliscono i mezzi per la gestione delle altre norme” (30 s.). Quanto alla individuazione del diritto vigente, l'idea dell'A. è che essa non viene operata dal senso comune sulla base della effettività così come intesa dalle “*social fact thesis*”, cioè attraverso il ricorso a parametri definiti sociologici o fondati su rilevazioni empiriche: “qualunque cosa sia il diritto vigente per il senso comune è qualcosa che si dà per scontato, non che si misura o si accerta” (26). La riconoscibilità del diritto vigente sulla base del solo senso comune è notevolmente agevolata dal fatto che in tutte le società “normali” “c'è un solo diritto e quindi i criteri estremamente approssimativi e incerti del senso comune sono sufficienti per puntare la nostra attenzione verso l'unico candidato possibile per la nostra selezione” (28). In concreto, l'individuazione avviene essenzialmente attraverso “indizi” della presenza del diritto vigente: “se vediamo qualcosa che da vari indizi abituali sembra giuridico e si comporta come diritto, allora è il diritto vigente qui ed ora” (36 s.).

¹¹⁶ “Il senso comune ci consente di individuare l'area dove c'è il diritto vigente e li ci abbandona. Ci fornisce una nozione periferica e frammentaria del diritto e non va oltre”: così M. JORI, *op. cit.*, 40 s.

Sulla differenza tra buon senso e senso comune e sui limiti del senso comune nella attività del giudice v. G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 418; in tema anche L. D'ANDREA, *op. cit.*, 371.

¹¹⁷ Considerazioni tecniche che secondo M. JORI, *op. cit.*, 41 ss., sono riservate ai tecnici del diritto, cioè ai giuristi. In realtà, se è vero che le considerazioni tecniche “difficili” sono riservate ai giuristi, è altrettanto vero che di alcune considerazioni tecniche “facili” anche altri può esser capace, in base a nozioni di cultura generale. Talvolta, poi, un non giurista operatore specializzato all'interno di un settore specifico dell'esperienza può esser capace di svolgere in quel settore considerazioni tecnico-giuridiche complesse tanto quanto quelle di cui è capace il giurista.

rapporti tra (in)validità ed (in)efficacia sotto una luce diversa da quella consueta.

Giusta questa impostazione, infatti, così come la validità non è presupposto dell'efficacia, l'invalidità non è causa di inefficacia. La violazione delle norme di validità, in altre parole, non preclude la produzione dell'effetto, dal momento che il comportamento programmatico invalido, se riconosciuto come parte dell'ordinamento, produce gli stessi effetti giuridici di quello valido.

Intesa come il doppio della validità, e sottratta al vincolo eziologico con l'inefficacia, l'invalidità si conferma affatto estranea alla logica della sanzione¹¹⁸. Essa si risol-

¹¹⁸ Sul concetto di sanzione, talvolta connesso alla coattività del diritto e talaltra reso autonomo, la letteratura è vastissima. Al solo scopo di rappresentare la varietà delle opinioni espresse in tema cfr. C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Padova, 1932, 24 ss.; Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 18; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., 162; N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Noviss. Dig.*, XVI, Torino, 1969, 530 ss.; G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 1 ss.; peculiare la posizione di F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione* (1955), in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1299 ss., secondo il quale "la sanzione non è una minaccia; essa è l'elemento per cui la norma è una determinazione necessaria". Per l'A., la sanzione non si identifica né con la coazione né con l'utilizzo della forza da parte dell'ordinamento: mentre questi sono elementi che stanno in rapporto solo con il soggetto inadempiente, la sanzione in senso stretto in primo luogo sta in relazione al precetto, di cui determina la necessità giuridica, e, solo per questo tramite, si riflette sui soggetti, che non sono destinatari di una regola qualsiasi ma di una regola giuridica. A prescindere da ulteriori approfondimenti in relazione a questa concezione, sembra esatto evitare di costruire la nozione di "sanzione" intorno all'elemento della coazione o al carattere della coattività. Infatti, mentre la sanzione riguarda la singola norma, coattiva non è la norma ma, semmai, l'ordinamento nel suo complesso: cfr. F. MODUGNO, *Norma*, cit., 346.

Secondo l'opinione oggi prevalente, chi pone in essere un atto invalido non viola nessun divieto, ma semplicemente svolge una attività che, in quanto priva di alcuni requisiti non può conseguire il suo obiettivo: H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 42; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 63; S. CASSARINO, *op. cit.*, 25; N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impresa*, 1987, 541 ss.; R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit., 576; E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, 224. *Contra* però G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 17 s., secondo cui "paragonare l'atto invalido a un malato è un'attraente metafora; ma, contro l'affermazione che l'invalidità consista in un semplice difetto, privo di qualsiasi carattere sanzionatorio e quasi in una malattia dell'atto, è da osservare che la determinazione dei requisiti, la cui mancanza fa sì che l'atto non possa produrre i suoi effetti, deve sempre desumersi, in ultima analisi, dal diritto. L'inidoneità di un atto a produrre gli effetti cui mira si risolve, perciò, in ogni caso in una conseguenza della difformità da precetti posti dal diritto, o da esso richiamati e, quindi, nella sanzione di simili imperativi". Per l'A. sono due i modi in cui la sanzione può operare: "o predisponendo una pena per la violazione della norma" oppure "rescindendo, cioè rendendo invalido un atto in contrasto con la norma" (4); ID., *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit., 26 ss., dove si osserva che, per quanto sia corretto dire che l'atto invalido è contrastante con le regole finali e non con le regole obbligatorie, non può da ciò inferirsi che l'invalidità non sia una sanzione. Secondo l'A. le regole finali non sono assolutamente obbligatorie, ma lo divengono in concreto quando un soggetto voglia perseguire un certo obiettivo. Pertanto, l'impossibile giuridico, che segue alla violazione delle norme finali si riferisce, non diversamente dall'illecito giuridico, che segue alla violazione delle norme obbligatorie in senso stretto, a precetti obbligatori. Sicché, in definitiva, la differenza tra le norme obbligatorie e quelle finali sarebbe che le prime richiedono l'esistenza di altre norme che prevedono sanzioni per la loro violazione, mentre le seconde non hanno bisogno di altra sanzione oltre quella costituita dalla impossibilità giuridica che automaticamente deriva dalla loro violazione; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., 366, per il quale la sanzione, che consiste nella rimozione della rilevanza del negozio e quindi dell'effetto negoziale (l'impegnatività), consegue alla mancata osservanza delle norme che disciplinano l'attività negoziale; E. CANNADA BARTOLI, *op. cit.*, 66, secondo cui l'invalidità è la sanzione applicata dall'ordinamento quando il soggetto non abbia adempiuto i doveri imposti dalle norme sulla legittimità degli atti giuridici; F. MODUGNO, *Annulabilità e annullamento*, cit., 1.

ve nell'esistenza ingiustificata del comportamento programmatico nell'ordinamento (invalidità assiologica) o nell'impossibilità dello stesso di essere annoverato in quella sottospecie della realtà giuridica costituita dal diritto valido (invalidità formale).

La circostanza che l'invalidità non determina l'inefficacia comporta inoltre che la validità non possa essere identificata con l'esistenza. Si conferma piuttosto che essa indica solo *un modo di esistere* del comportamento programmatico in un ordinamento; l'altro modo è la *riferibilità*, che deriva dalla decisione, più o meno consapevole, dei destinatari della prescrizione di riconoscerla, sospingendola all'interno dell'ordinamento. Le due qualificazioni sono eterogenee e riposano su piani diversi: la validità è una qualificazione operata dal punto di vista interno dell'ordinamento, e dipende dall'osservanza delle norme sulla produzione e dalla giustificazione rispetto ai valori da attuare; la riferibilità, invece, non dipende da un rapporto diretto tra la norma e l'ordinamento, ma da una relazione tra la norma stessa e i suoi destinatari, che si esprime in termini di riconoscimento della prima da parte dei secondi.

Va nondimeno registrato che, spesso, validità e riferibilità si sovrappongono, nel senso che la prima costituisce garanzia del riconoscimento del comportamento programmatico da parte dei suoi destinatari e, specularmente, che l'invalidità può costituire un ostacolo a tale riconoscimento¹¹⁹. Si tratta di fenomeni che si spiegano in virtù del carattere legittimante delle forme, ed esattamente delle forme richieste dalle norme sulla produzione del diritto¹²⁰: un comportamento programmatico osservante, oltre ad esser valido, sarà tendenzialmente riconosciuto come proveniente dall'ordinamento giuridico dai suoi destinatari, mentre quello inosservante incontrerà maggiori difficoltà nell'imporsi come diritto¹²¹.

Nonostante queste sovrapposizioni, la differenza tra il piano della validità e quello della riferibilità merita di essere confermata¹²². A riprova di ciò si consideri che, men-

¹¹⁹ Per la tesi secondo cui la legittimità non è un fine ma solo "il mezzo di cui l'effettività ordinariamente si serve per apparire legittima e consolidare, attraverso tale apparenza, se stessa" v. le acute pagine di R. MENEGHELLI, *op. cit.*, 37 ss., 41 ss.

¹²⁰ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 492 s.: il formalismo giuridico "rappresenta (...) un carattere intrinseco al diritto in quanto tale: «diritto» infatti - anche negli ordinamenti premoderni, e perfino in quelli primitivi - è sempre stato solo quello prodotto in determinate forme, cioè con determinate procedure e ad opera di soggetti formalmente legittimati alla sua produzione (...) Sempre, la forza costitutiva delle parole - l'*an* della loro rilevanza per il diritto - è associata a una qualche loro forma giuridica. Solo grazie alla sua forma, ossia alla sua espressione in lingua giuridica, un comportamento linguistico è infatti riconoscibile come atto e sono ad esso ascrivibili significati giuridici".

¹²¹ È senz'altro, vero, dunque che "La produzione di significati prescrittivi rilevanti quali effetti nel mondo del diritto (...) è consentita soltanto in determinate forme (...) un atto linguistico, infatti, intanto può produrre come effetti i suoi significati prescrittivi, in quanto sia commesso in conformità alle forme previste dalle norme sulla sua formazione" (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 489 s.; su questo aspetto della teoria di Ferrajoli v. M. LA TORRE, *op. cit.*, 220 s.). Ma ciò attiene alla legittimazione del comportamento programmatico e dunque alla sua riferibilità all'ordinamento e non alla sua validità; l'errore del formalismo giuridico sta nel non distinguere chiaramente i due piani.

¹²² *Contra* R. MENEGHELLI, *op. cit.*, 44.

tre la validità (formale) dipende dall'osservanza dell'intero compendio delle norme sulla produzione, ai fini della riferibilità tale osservanza (assumendo funzione esclusivamente strumentale) è necessaria solo se serve, e nella misura in cui serve, per il riconoscimento del comportamento programmatico come espressione dell'ordinamento giuridico. Si consideri, inoltre, che l'osservanza delle norme sulla produzione non è l'unico modulo legittimante del comportamento programmatico: esso può essere integrato da altri, a parziale sanatoria del *deficit* di legittimazione che deriva dalla non integrale osservanza delle forme prescritte (basti pensare alla "procedura democratica" di cui parla Habermas¹²³ e, in un'ottica parzialmente diversa, Luhmann¹²⁴).

Non sfugge a chi scrive che considerare il riconoscimento sociale quale fondamento dell'efficacia dei comportamenti programmatici potrebbe apparire una operazione ispirata da un realismo giuridico *naïf*, se non addirittura rozzo. Di certo essa non può che apparire eterodossa a chi vi si accosti dal punto di vista della teoria dell'efficacia giuridica, che da sempre rifiuta di considerare come suo problema fondamentale quello del riconoscimento del diritto. Nondimeno, a questo riguardo si osserva, per confermare l'importanza del tema del riconoscimento sociale del diritto come fondamento della sua efficacia, che neppure il normativismo classico si disinteressa di tale aspetto. Esso, infatti, semplicemente sposta un problema che in realtà riguarda tutte le espressioni dell'ordinamento al livello della sola norma fondamentale, sul presupposto che l'investitura sociale della stessa (cui si allude quando si dice che la validità della norma fondamentale è una questione di effettività¹²⁵) si irradia, in virtù di un meccanismo di derivazione di evidente indole logica, per tutti i gradi dell'ordinamento, convalidando le altre norme.

È chiaro, inoltre, che la tesi proposta può essere accolta solo in una prospettiva di

¹²³ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 530 s., *passim*, dove si osserva che nelle contemporanee società pluralistiche si sono "dissolte le «visioni del mondo» comprensive e le etiche collettivamente vincolanti", per un verso, e che, per altro verso, il diritto naturale non trova più radicamento nella coscienza collettiva. Rimane così la procedura democratica, quale "unica fonte post-metafisica di legittimità" che consente ai cittadini di "potersi sempre pensare come gli autori di quello stesso diritto cui, come destinatari, sono sottomessi".

¹²⁴ N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1978, *passim*.

¹²⁵ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 76: "il contenuto della norma fondamentale riposa sopra quegli elementi di fatto che hanno prodotto l'ordinamento a cui corrisponde, fino a un certo grado, il comportamento effettivo di quegli uomini ai quali si riferisce l'ordinamento stesso". Molto chiaramente, H.L.A. HART, *The concept of law*, cit., 97: "the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private person in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact". In tema cfr. l'acuta analisi di R. ALEXY, *op. cit.*, 97 ss.; A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto?*, cit., 100. *Contra* U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico?*, cit., 75 ss., 84 ss., secondo cui non è possibile derivare la legittimità dell'ordinamento da considerazioni di fatto, come quelle relative all'effettività della norma fondamentale. Per l'A., il "principio fondamentale del sistema" deve essere accettato: e l'accettazione implica una scelta politica: "la scelta di attuare nella scienza e nella pratica del diritto la volontà politica che si è manifestata in quel diritto positivo, la scelta di collaborare all'organizzazione politica che si è manifestata in quel diritto positivo, la scelta di collaborare all'organizzazione politica che in quel diritto positivo ha la sua struttura: l'effettività dell'ordinamento costituisce solo una ragione di questa scelta".

dichiarato eclettismo metodologico: ammettere il quale non significa indulgere ad un facile sincretismo, ma riconoscere la complessità del fenomeno giuridico e la conseguente necessaria contaminazione di approcci normativisti e sociologici¹²⁶.

I due approcci tendono a rispondere a due domande diverse: l'approccio normativistico, che osserva l'ordinamento dal punto di vista interno, è in condizione di rispondere alla domanda su cosa sia la validità; l'approccio realista-sociologico, che osserva i rapporti tra il precetto e i suoi destinatari, è in condizione di rispondere alla domanda circa l'efficacia dei comportamenti programmatici.

È un errore credere che uno dei due possa rispondere ad entrambe le domande, come è un errore credere che una delle due domande non meriti di essere posta.

7. *La logica dei rimedi*

7.1. *Invalidità e rimedi*

Malgrado l'invalidità non sia causa di inefficacia, non si può negare l'esistenza di importanti relazioni tra l'(in)validità e l'(in)efficacia.

Al riguardo, la prima considerazione da fare è che l'invalidità assiologica, come si è visto a suo tempo, incide negativamente sulla *qualità* dell'effetto: il comportamento programmatico assiologicamente invalido, se riconosciuto – e quindi efficace –, dà luogo infatti ad effetti giuridici sconvenienti, cioè non adeguati alla attuazione del valore messo in gioco dal fatto rilevante. Con qualche cautela in più, il discorso può essere esteso ai rapporti tra invalidità formale e inefficacia: se si ammette che le norme sulla produzione abbiano tra le loro finalità quella di orientare i comportamenti programmatici verso una corretta attuazione dei valori giuridici (validità assiologica)¹²⁷, allora la loro violazione può ben essere vista come un significativo indizio della produzione di un effetto giuridico inadeguato.

In definitiva, sembra potersi fermare un punto: ovvero che l'invalidità è causa di una scorretta attuazione dei valori giuridici e quindi della produzione di effetti sconvenienti o inadeguati.

Ora, a fronte di un siffatto effetto giuridico, l'ordinamento può assumere fonda-

¹²⁶ Sulla necessità che i due approcci si integrino v. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 14: “rispetto a sistemi complessi, come sono gli odierni stati costituzionali di diritto, non basta un approccio puramente normativistico o un approccio puramente realistico. Entrambi gli approcci, se si vogliono evitare contraddizioni e aporie, rischiano infatti di offrire, del diritto, una rappresentazione fallace perché dimezzata: la descrizione del solo diritto che (normativamente) deve essere, come nell'approccio normativistico che ignora il diritto che è, ossia la sua pratica effettiva; o la descrizione del solo diritto che (effettivamente) è, come nell'approccio realistico che ignora il diritto che deve essere, ossia il suo modello normativo quale è disegnato dalla costituzione”.

¹²⁷ Esse, infatti, stabilendo chi può emanare un precetto, a quali condizioni può farlo, imponendo determinante forme e taluni contenuti, muovono dal presupposto che il rispetto di queste condizioni è d'ausilio alla formulazione di un giudizio di valore assiologicamente valido.

mentalmente due tipi di decisione: quella di garantirne comunque la stabilità, ovvero quella di consentirne la rimozione attraverso la predisposizione di un *rimedio*.

La seconda decisione, a sua volta, può tradursi principalmente in due atteggiamenti: quello di tollerare l'effetto invalido fino a che il soggetto leso non si ribelli ad esso, ovvero quello di non tollerarlo affidando ad un suo organo il compito di rimuoverlo. Nel primo caso la validità non è assunta quale valore finale dell'ordinamento¹²⁸, mentre lo è nel secondo. Cambia, di conseguenza, la natura del rimedio: nella prima ipotesi esso assume una evidente funzione protettiva, ponendosi a tutela di un interesse particolare che il legislatore intende salvaguardare; mentre nella seconda ipotesi assume una valenza essenzialmente sanzionatoria in senso ampio¹²⁹, intendendo per sanzione il rimedio apprestato nei confronti di un fenomeno percepito come oggettivamente disfunzionale¹³⁰.

Le superiori considerazioni fanno giustizia del nesso intercorrente tra invalidità ed inefficacia. Questo nesso esiste¹³¹ ma solo nel senso che la reazione avverso un atto invalido non può che andare nella direzione della privazione della sua efficacia. Da un punto di vista operativo, dunque, l'invalidità non costituisce né strumento di tutela delle situazioni soggettive¹³² né di riaffermazione dei valori incarnati dalla norma violata (per esempio, della Costituzione)¹³³; essa rappresenta piuttosto la causa della violazione delle situazioni soggettive e dei valori normativi, e al tempo stesso il presupposto per l'operatività dei rimedi volti a tutelare le prime e a riaffermare i secondi.

Il rapporto tra (in)validità ed (in)efficacia non è dunque assimilabile a quello che intercorre tra una causa e una conseguenza ma a quello che lega un problema ad una risposta: il primo segna i limiti della seconda, impone cioè che essa si muova nella direzione della privazione dell'efficacia, ma non la determina. La tesi di Kelsen, secondo cui la norma sulla nullità (cioè la norma che indica le ipotesi in presenza delle quali l'atto è nullo e perciò inefficace) è *superflua* in quanto l'atto difettoso è per definizione difforme e quindi inefficace, è da rovesciare: la norma sulla nullità (come qualsiasi altra che indichi i casi in cui un atto viene, a vario titolo, privato di efficacia) è *neces-*

¹²⁸ G. CORSO, *Validità*, cit., 88.

¹²⁹ Cfr. A. DI MAJO, *Il contratto in generale*, in *Trattato Bessone*, XIII, tomo VII, Torino, 2002, 127 s.; Id., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 355 s., il quale distingue tra nullità-sanzione e nullità-rimedio (ad es.: nullità di protezione) a seconda del modo in cui il legislatore conforma il meccanismo di privazione dell'efficacia, l'una volta nell'ottica di garantire la validità dell'atto e l'altra volta allo scopo di tutelare la posizione di un soggetto.

¹³⁰ Cfr. N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, cit., 543 s., il quale condivisibilmente rileva che, nell'ottica sociologica, la nullità non è solamente una sanzione qualsiasi, ma "la tecnica più raffinata e perfetta di controllo sociale", di per sé infallibile ed effettiva: infatti, poiché l'atto nullo è radicalmente inefficace, "non è necessaria (né pensabile) una fase attuativa: la norma non crea nuovi obblighi, e perciò non fa assegno su ulteriori contegni (di privati o di organi pubblici), ma, senz'altro, rifiuta la propria protezione e nega la possibilità di effetti giuridici".

¹³¹ A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., 1122 ss.

¹³² G. CORSO, *Validità*, cit., 87.

¹³³ A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, 45 ss.

saria, perché, se manca, nessuna conseguenza dell'invalidità può essere tratta sul piano dell'efficacia¹³⁴. La circostanza che gli effetti dell'atto invalido possano essere rimossi, inoltre, non è indice di una minor forza degli stessi rispetto a quelli dell'atto valido. Se un fenomeno deve essere spiegato in modo autonomo, a prescindere dal suo rapporto con un altro, allora all'effetto prodotto dall'atto invalido non può essere riconosciuta una forza diversa da quella prodotta dall'atto valido, per il solo fatto che il diritto positivo prevede che il primo possa esser posto nel nulla. La privazione dell'effetto dell'atto invalido non proviene, infatti, dall'invalidità, ma da una forza esterna all'atto che alla invalidità reagisce.

L'ottica rimediale consente una sistemazione soddisfacente della tematica della "gravità del vizio". Non esistono vizi intrinsecamente più o meno gravi, e men che meno vizi che danno luogo ad invalidità e vizi che non vi danno luogo¹³⁵. Validità e invalidità, infatti, sono qualificazioni mutualmente esclusive: o vi è l'una o vi è l'altra. Distinto il piano dell'(in)validità da quello dei rimedi, tuttavia, si può facilmente ammettere la possibilità che l'ordinamento adoperi una o piuttosto un'altra tecnica di privazione degli effetti in relazione alla rilevanza del valore non attuato (invalidità assiologica) o del precetto non rispettato (invalidità formale), dando altresì peso nella sua valutazione alla situazione complessiva e quindi considerando anche altri eventuali interessi che si opponessero alla privazione degli effetti.

La ricostruzione proposta dei rapporti tra invalidità e inefficacia, inoltre, impone di ritenere che nullità e annullabilità¹³⁶ non siano né "forme" o "specie" dell'invalidità (come è portato a ritenere chi considera questa come reazione o sanzione agli atti difformi dal modello legale¹³⁷) né schemi logici universalmente riproducibili¹³⁸, quanto piuttosto formule che alludono alle più comuni tecniche adoperate dal legislatore per reagire alla efficacia degli atti invalidi. Il che ha perlomeno due importanti conseguenze. La prima è che la distanza tra nullità e annullabilità, intese come rimedi all'invalidità, si riduce notevolmente, perché entrambe presuppongono l'effi-

¹³⁴ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 382.

¹³⁵ R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit., 576 s.

¹³⁶ Si circoscrive il discorso a nullità ed annullabilità per evidenti ragioni di semplicità di esposizione, con l'avvertenza che anche le ulteriori "forme" della invalidità (ad es. l'inapplicabilità) individuate in sede dottrinale non si sottraggono ai rilievi operati nel testo.

¹³⁷ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., 388 ss.; G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 17 ss. Conseguenza di questa impostazione, secondo cui l'invalidità stessa è essenzialmente reazione, è la definizione dell'annullamento non come reazione all'invalidità ma come "proiezione concreta della stessa": E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 485; F. MODUGNO, *Annullabilità e annullamento*, cit., 1.

¹³⁸ In senso conforme F. CARDARELLI - V. ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla "nullità" del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia dalla "nullità" civilistica*, in *www.giustamm.it*, dove molto condivisibilmente si sostiene che "in termini di teoria generale le categorie astrattamente praticabili sono quelle dell'esistenza o dell'inesistenza (...), ovvero della validità-invalidità (...). Nell'ambito della categoria dell'invalidità è il legislatore che gradua in termini positivi le figure sintomatiche dell'invalidità ed i loro effetti (la distinzione tra nullità ed annullabilità, non appare quindi metagiuridica, ma è solo frutto del diritto positivo)".

cacia: quel che cambia sono le modalità operazionali del rimedio¹³⁹, e cioè i soggetti che possono attivarlo, gli interessi a cui presidio è posto, le conseguenze della sua operatività, etc. La seconda conseguenza, non meno importante, si traduce in una ambivalenza: se, per un verso, data la loro valenza evocativa, le figure della nullità e dell'annullabilità possono essere utilizzate dal legislatore (e, poi, dalla comunità degli interpreti) per affermare l'applicazione ad una fattispecie della disciplina che vi è tradizionalmente ricondotta¹⁴⁰; per altro verso esse sono nella disponibilità del legislatore e degli interpreti, che possono modificarne, trasformarne, stravolgerne il contenuto, rescindendo in definitiva il collegamento tra *nomen* ed effettiva struttura e modo d'operare del rimedio. Affidarsi acriticamente alla denominazione del rimedio per dedurne la positiva conformazione è dunque operazione teoricamente e metodologicamente sbagliata perché non tiene conto che i rimedi sono nella disponibilità del legislatore, e foriera di esiti pericolosi, soprattutto in un tempo di de-codificazione e di policentrismo normativo, in cui al fenomeno centripeto che aveva portato nel tempo della codificazione alla *standardizzazione* delle tecniche di privazione degli effetti consentendone la denominazione in termini unitari si è sostituito un opposto fenomeno di tipo centrifugo disgregante, caratterizzato dall'incremento delle tecniche utilizzate dal legislatore e dalla difficoltà delle categorie codicistiche di riflettere tale pluralità.

7.2. Conflitti sulla riferibilità e rimedi

Sin qui si è detto: che il comportamento programmatico invalido determina effetti giuridici inadeguati; e che l'ordinamento, a fronte di questi effetti, predispone meccanismi rimediali protesi ad ordinarne la rimozione.

Presupponendo l'efficacia dell'atto invalido, i rimedi avverso l'invalidità hanno in comune di operare all'interno di un contesto di consenso in ordine alla riferibilità dello stesso all'ordinamento¹⁴¹. Tale consenso, tuttavia, non è un elemento scontato: la riferibilità, infatti, dipendendo dal riconoscimento del comportamento programmatico da parte di coloro i quali sono chiamati ad agirvi in funzione, può essere oggetto di contesa. È possibile, cioè, che alcuni soggetti ritengano riferibile all'ordinamento, e pertanto efficace, un comportamento programmatico che per altri invece non è tale (conflitto attuale). Per lo stesso motivo, il soggetto che non riconosce il comportamento programmatico resta esposto alla possibilità che altri lo consideri tale ed agisca

¹³⁹ Cfr. B. CELANO, *Justicia procedimental pura y teoría del derecho*, cit., 422.

¹⁴⁰ Cfr. M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, 193: "La categoria della nullità, analogamente alle altre forme di invalidità negoziali, costituisce un *prius* logico rispetto alla regolamentazione che il legislatore ne ha dato: le norme rappresentano, cioè, il corollario che discende naturalmente dai concetti elaborati dalla dottrina precedente ed utilizzati dal legislatore ai propri fini".

¹⁴¹ Lo si afferma, naturalmente, sul presupposto che la riferibilità è condizione di efficacia.

in sua funzione; e viceversa, che chi agisca in funzione di esso non riscontri in altri la stessa disposizione (conflitti potenziali).

La possibilità del conflitto, attuale o potenziale, si spiega per l'ineliminabile fondamento soggettivo dei giudizi di riconoscimento, fondamento che i diversi moduli legittimanti del diritto possono solo smorzare, tendendo a uniformarne gli esiti nella gran parte dei casi, ma non eliminare integralmente. A ciò osta, per un verso, la forza degli interessi in campo, che accampano pretese di realizzazione e quindi tendono ad affermare, a seconda delle convenienze del caso, la riferibilità o la non riferibilità del comportamento programmatico all'ordinamento e, per altro verso, le differenze "culturali" tra i soggetti in conflitto, la loro "dotazione" di conoscenze specifiche utili al riconoscimento¹⁴².

La possibilità del conflitto richiede che i rimedi all'invalidità siano affiancati da rimedi volti a dissipare il conflitto in ordine alla riferibilità del comportamento programmatico all'ordinamento. Mentre i primi *presuppongono* (per eliminarla) l'efficacia, i secondi la *decidono*, dichiarando autoritativamente la riferibilità o la non riferibilità. In presenza di un conflitto, cioè, l'ordinamento rimette ad un soggetto terzo la decisione in ordine all'efficacia o inefficacia del comportamento programmatico¹⁴³.

¹⁴² In sintesi, quanto più il destinatario è dotato di conoscenze specifiche, tanto più il comportamento programmatico abbisogna di legittimazione. Si va da un minimo di legittimazione che gli consente di essere considerato come diritto alla luce del senso comune a un massimo di legittimazione che fa sì che esso sia considerato diritto valido da chi abbia una conoscenza tecnica, e perciò approfondita, del diritto.

¹⁴³ Cfr. P. AMSELEK, *Le regole come oggetti mentali*, cit., 45.

Seconda Parte

Capitolo I

PROVVEDIMENTO E VALIDITÀ

SOMMARIO: 1. Il provvedimento come fatto giuridico. - 1.1. Il provvedimento come comportamento programmatico. - 1.2. Il provvedimento (discrezionale e vincolato) come atto costitutivo dei propri effetti. - 2. Provvedimento amministrativo e validità.

1. *Il provvedimento come fatto giuridico*

1.1. *Il provvedimento come comportamento programmatico*

I fatti giuridici si distinguono in eventi e comportamenti a seconda che siano o meno riferibili all'uomo. Non tutti i fatti che riguardano l'uomo sono dunque comportamenti (si pensi alla nascita o alla morte), ma solo quelli che egli compie non essendovi costretto dalla necessità fisica.

I comportamenti, a loro volta, si distinguono in materiali (i c.d. atti volontari) e programmatici (i c.d. atti negoziali o precettivi o normativi).

I primi rilevano sul piano dell'ordinamento come azioni attraverso le quali il soggetto realizza direttamente un proprio interesse (o lede un interesse altrui); i secondi invece costituiscono manifestazioni sul piano oggettivo dell'ordinamento di giudizi di valore soggettivi, attraverso i quali vengono indicate preferenze e disposizioni preferenziali, cioè qualificate deonticamente situazioni di fatto¹.

Tenute presenti queste classificazioni generali, è quasi ovvio ricondurre il provvedimento amministrativo alla categoria dei comportamenti programmatici. Esso, infatti, al pari di tutti gli atti che contengono precetti, si compone di due elementi, uno materiale e uno immateriale. Il primo consiste nella azione manifestativa e il secondo nel giudizio di valore oggetto della manifestazione, attraverso il quale l'amministrazione indica preferenze e disposizioni preferenziali².

¹ *Amplius*, v. *supra*, prima parte, cap. I, par. 7.1.

² F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri* (1987), in *Scritti giuridici*, Torino, 2002, 248. Anche M.S. GIANNINI, *Inefficacia*, cit., 308, individua nel carattere programmatico, ossia nell'“idoneità a stabilire assetti o a disporre di interessi relativi a beni della vita, il *proprium* degli atti dei pubblici poteri (tra cui il provvedimento amministrativo)”, precisando tuttavia che, a differenza dei negozi privati essi “hanno idoneità ad incidere in un numero virtualmente infinito di interessi”.

1.2. Il provvedimento (discrezionale e vincolato) come atto costitutivo dei propri effetti

Accanto al criterio strutturale di classificazione dei fatti giuridici (eventi e comportamenti), esiste un altro criterio, detto funzionale, che tende a distinguere i fatti giuridici a seconda che siano oggetto di qualificazioni normative o atti costitutivi dei propri effetti.

Alla luce di questo criterio è ovvia la classificazione dei comportamenti materiali e degli eventi, che non possono essere altro che punto di collegamento di effetti giuridici, mentre è problematica quella dei comportamenti programmatici³. Da sempre, infatti, è discusso se si tratta di fatti giuridici (in senso lato) costitutivi dei propri effetti ovvero di fatti (ancora in senso lato) oggetto di qualificazione normativa⁴.

Sul punto è stata presa posizione nella prima parte di questa ricerca, laddove si è manifestata una preferenza per la prima soluzione, con la precisazione tuttavia che il comportamento programmatico può spiegare i propri effetti solo se riconosciuto come parte dell'ordinamento giuridico da coloro che sono chiamati ad agire in funzione di esso.

Non è necessario dunque aggiungere altro per giustificare la tesi cui si aderisce, secondo cui il provvedimento amministrativo, in quanto comportamento programmatico, è atto costitutivo dei propri effetti⁵ ⁶. Sul punto si precisa solo che riconosce-

³ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 489, dove si rileva che gli atti informali “sono semplicemente *fattispecie* di norme”, mentre invece gli atti formali sono “per lo più *applicazioni* di norme”; M.S. GIANNINI, *Inefficacia*, cit., 309. Cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 104 ss., 107, che precisa giustamente che i comportamenti, a differenza degli eventi, costituiscono anche la componente di fatto dell'effetto giuridico.

⁴ I termini dell'opzione sono efficacemente descritti da E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1960, 157 ss., che distingue tra *atti costitutivi degli effetti* e *atti costitutivi di fattispecie*; negli stessi termini L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 64 ss.

⁵ Cfr. conformemente, a parere di chi scrive, G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 76 ss., 90, *passim*. L'A. accoglie la distinzione tra effetti legali ed effetti precettivi (i primi derivanti dalla norma di cui il provvedimento costituisce fattispecie e i secondi espressi direttamente dal provvedimento), ma, escludendo che le norme sulla produzione siano norme produttive del diritto, individua nell'efficacia legale solamente il regime tipico di un certo tipo di atto (per il provvedimento, l'imperatività). Cfr. altresì E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo*, cit., 173.

⁶ La tesi è condivisa da A. ROMANO, che ne offre una interpretazione in chiave di pluralità degli ordinamenti, all'interno della quale il provvedimento amministrativo è concepito come espressione (normativa) dell'autonomia dell'ordinamento amministrativo. Esso è sottoposto, nondimeno, ad un “riconoscimento” da parte dell'ordinamento generale, necessario affinché il precetto possa spiegare effetto anche al suo interno (*Introduzione*, cit., 22, 43 s.; *Autonomia nel diritto pubblico*, cit., 34 ss.).

A parere di chi scrive, la concezione del provvedimento amministrativo come atto costitutivo dei propri effetti non implica una opzione istituzionalistica, non richiede cioè di concepire l'amministrazione come ordinamento autonomo, derivato da quello generale, e il provvedimento come l'espressione tipica della sua autonomia. A questo riguardo, peraltro, va segnalato il dubbio che il “riconoscimento” del provvedimento (come del negozio, concepito anch'esso come espressione dell'autonomia di un ordinamento derivato, qual è quello dei privati) da parte dell'ordinamento generale finisca inevitabilmente per farlo regredire al piano della fattispecie, come osserva G. B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 49 s.: l'atto di produzione giuridica dell'ordinamento particolare, cioè, è convertito in mero fatto di produzione normativa dall'ordinamento generale: su questo fenomeno cfr. V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., 933.

re la costitutività del provvedimento non significa sostenerne il carattere normativo: il quale, essendo prerogativa dei comportamenti programmatici che introducono nel-

A margine di questo discorso, sembra inoltre opportuno rilevare che la configurazione dell'amministrazione come ordinamento autonomo è messa in discussione anche da chi accoglie la teoria istituzionale e la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici. Per esempio M.S. GIANNINI, che individua i tre elementi costitutivi di un ordinamento giuridico nella plurisoggettività, normatività e organizzazione (*Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, 219 ss.; *Diritto amministrativo*, II, cit., 92 ss.; conformemente cfr. F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 13 s.), esclude che la pubblica amministrazione costituisca un ordinamento autonomo in ragione del fatto che l'attività amministrativa è in gran parte regolata dalla legge. Meglio, esclude che essa possa essere qualificata *ancora* come un ordinamento autonomo, dopo che le disposizioni emanate dall'ordinamento generale ne hanno delineato, anche in ossequio al disposto costituzionale, i tratti essenziali. L'ordinamento generale, cioè, si è progressivamente ampliato, appropriandosi di settori ad esso precedentemente estranei, sì da escludere o comunque limitare decisamente la auto-organizzazione dell'ordinamento amministrativo che così ha perso la sua autonomia e, dunque, il grado minimo della sua individualità (*Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 92 ss., 161 ss.; conformemente F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., 29 ss.).

Contra, però, cfr. F. BASSI, *La norma interna*, cit., 561 s., per il quale, benché sia effettivamente in atto una inarrestabile espansione dell'ordinamento generale a discapito di quelli particolari, non sono ancora maturati i tempi perché l'ordinamento amministrativo possa dirsi assorbito in quello generale, mancando l'assunzione di una posizione in tal senso da parte del legislatore. Si tenga, però, presente che l'A. svolgeva queste considerazioni mezzo secolo or sono, cioè in un tempo in cui poteva ancora dubitarsi della valenza costituzionale e della portata del principio di legalità della pubblica amministrazione. *Contra*, cfr. altresì E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950, 55-62, secondo il quale non deve essere accolta la tesi in base alla quale indipendenza e autonomia sono caratteri essenziali dell'ordinamento, dal momento che per istituzione-ordinamento "va inteso ogni ente sociale, che abbia una propria struttura e organizzazione e quindi un assetto più o meno stabile e permanente che riduce ad unità gli individui e gli altri elementi che la compongono in maniera da costituire un corpo a sé". L'obiezione di Giannini è respinta anche da V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, 100, sulla base del principio di pluriquificazione delle norme. La riserva di legge contenuta nell'art 97 Cost. è soddisfatta dal fatto che l'organizzazione e l'attività amministrativa è in gran parte regolata dalla legge; ma quella stessa legge, vista dal punto di vista dell'amministrazione, che ne vuole l'attuazione, è fonte autonoma dell'ordinamento amministrativo. In altre parole, le norme dettate dall'ordinamento generale per organizzare e reggere l'apparato amministrativo, mentre "guardate dal punto di vista del primo fanno parte di questo e sono vigenti attraverso il sistema che rende tali tutti gli altri precetti di esso ordinamento", guardate invece "dal punto di vista dell'apparato amministrativo entrano a costituire un diverso ordinamento in quanto gli organi amministrativi ne vogliono l'attuazione come mezzo per conseguire i fini che ad essi sono assegnati" (V. OTTAVIANO, *op. cit.*, 97). "In altri termini le norme statuali disciplinanti l'ordinamento amministrativo vengono ad acquistare all'interno di questo un diverso fondamento in quanto divengono vigenti perché volute dall'apparato amministrativo quali suoi elementi costitutivi" (F. BASSI, *op. ult. cit.*, 561 s., in piena continuità con l'opinione di Ottaviano). Questa tesi, però, non è condivisibile perché la volontà non può di certo avere la funzione di fare acquisire al soggetto norme dell'ordinamento generale al proprio ordinamento. Così ragionando si arriverebbe subito al paradosso di dover affermare che ogni soggetto costituisce un proprio ordinamento nel momento in cui vuole osservare una prescrizione giuridica che lo concerne; e in effetti lo stesso V. OTTAVIANO, *op. cit.*, 100, adduce come argomento favorevole alla sua tesi il fenomeno dell'ente collettivo: "pur essendo posti i suoi fini e la sua struttura ad opera dei fondatori, una volta creato ed entrato in funzione, si distingue da costoro e ha un proprio ordinamento, senza che su ciò influisca il fatto che tale ordinamento sia stato originariamente posto da soggetti esterni all'ente". Il punto è che, così impostata la questione, non si vede perché questo meccanismo di appropriazione della norma non debba appartenere anche ai soggetti privati. A ben guardare, infatti, quando si dice che l'elemento caratteristico dell'ordinamento è il fatto di autoregolarsi e poi si sostiene che questa caratteristica si ha anche quando l'istituzione "vuole" la eteroregolamentazione, e perciò stesso la fa propria, si da luogo a circolo, perché si assume che la

l'ordinamento nuovi valori o nuove relazioni tra valori, può essere riscontrato solo a seguito di una indagine di diritto positivo.

È da chiedersi, piuttosto, se l'immagine dell'atto costitutivo dei propri effetti si attagli esclusivamente al provvedimento discrezionale ovvero riguardi anche quello vincolato, cioè l'atto il cui contenuto è integralmente prefigurato dalla legge⁷. V'è,

volontà abbia questo speciale potere per dimostrare che il soggetto che la esprime sia un ordinamento.

In tempi più recenti A. ROMANO, *Introduzione*, cit., 47 ss., *passim*, che resta il più convinto autorevole sostenitore della dimensione ordinamentale della p.a., ammette che l'ordinamento dell'amministrazione "sarebbe ben poca cosa", se costituito solo dagli statuti e dai regolamenti da essa stessa emanati. Da qui la proposta di un complessivo ripensamento della teoria delle fonti. In sintesi, si sostiene che molte delle norme regolatrici dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, pur apparendo provenienti dall'ordinamento generale in quanto dotate di rango legislativo, sono in realtà espressione dell'ordinamento particolare della pubblica amministrazione. Molte di queste norme - si osserva - non hanno oggetto e modo di operare diverso da quello proprio alle norme che già a prima vista appaiono provenire dall'amministrazione, come gli statuti e i regolamenti: non diversamente da queste, infatti, regolano l'esercizio dei poteri senza risolvere conflitti di tipo intersoggettivo (A. ROMANO, *op. ult. cit.*, 49 ss. La distinzione tra norme di esercizio del potere, norme di azione, da una parte, e norme che regolano i conflitti intersoggettivi, dall'altra, è stata posta dallo stesso A. in *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 133 ss., rileggendo la distinzione tra norme di azione e norme di relazione impostata da E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, 33 ss.). Si consideri, però, che questa impostazione nega valore ai criteri formali di riconoscimento della legge, ai quali la dottrina costituzionalistica moderna fa sempre maggiore riferimento, e ripropone, invece, la centralità degli elementi materiali, indicatori sempre meno accreditati negli studi dei costituzionalisti. In modo particolare, il criterio di ordine materiale sulla cui base andrebbe distinta la legge dagli altri atti normativi sembrerebbe essere la sua capacità di risolvere conflitti intersoggettivi, di operare dunque operazioni di contemperamento venute di una nota di politicità. Tutto ciò non solo imporrebbe una rilettura complessiva della teoria della legge, ma richiederebbe un coordinamento con il sistema del controllo di costituzionalità, che rischierebbe di veder sconvolto il suo ambito di svolgimento, ampliato per un verso e ridotto per altro (evenienza, questa ultima, considerata dai più non di certo come auspicabile. Basti pensare alla proposta di ampliare il sindacato della corte agli atti formalmente regolamentari che si pongono come vere e proprie fonti innovative). A. ROMANO, *Introduzione*, cit., 52 ss., a questo riguardo precisa che le norme solo apparentemente proprie all'ordinamento generale, ma sostanzialmente amministrative, "sono soggette al medesimo regime di validità ed efficacia, e sindacabilità solo da parte della Corte Costituzionale, che è comunque in generale loro proprio". Si determina, così, una netta scissione tra ciò che queste norme sono dal punto di vista formale e dal punto di vista materiale, perché si tratterebbe di norme dell'ordinamento amministrativo sottoposte al controllo di costituzionalità tipico delle norme dell'ordinamento generale. Verrebbe da chiedersi quale sia la ragione per cui a queste norme dovrebbe essere applicato un regime di efficacia e validità ad esse non appropriato, perché, cioè, una certa sostanza dovrebbe richiamare una forma non corrispondente. Ma lo stesso A. ha coscienza anche di questo paradosso. E perciò finisce con il proporre una nuova nozione di autonomia, sulla cui base l'esistenza di un ordinamento particolare deve desumersi, più che dalla sua capacità di dettare a sé stesso norme organizzatorie e disciplinanti l'attività, dalla sussistenza di un ampio *corpus* di norme che lo concernono esclusivamente (A. ROMANO, *op. ult. cit.*, 53). Tuttavia, non poche perplessità possono essere espresse nei riguardi di quest'ultima versione dell'autonomia, perché non sembra possibile riconoscere l'esistenza di un ordinamento per il solo fatto che esiste una serie di norme che concernono specificamente ed esclusivamente un settore o una materia. Adottando una simile prospettiva, infatti, si determinerebbe un ampliamento a dismisura delle realtà ordinamentali autonome, facendo così perdere a ciascuna di esse quelle note caratterizzanti di cui la stessa teoria istituzionalistica afferma la indefettibilità (v. F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., 30: "se non si vuole scambiare una semplice parte o partizione dell'ordinamento statale, un complesso di normazione speciale, con un vero e proprio ordinamento, sia pur derivato da quello generale, si dovrà sempre ricorrere alle fonti delle norme, come al criterio idoneo ad operare una reale distinzione").

⁷ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*,

infatti, un consistente filone dottrinale che propende decisamente per la prima opzione, facendo discendere da ciò una serie di corollari di grande importanza per lo studio della validità del provvedimento.

Questa dottrina prende le mosse dalla individuazione di tre schemi di produzione giuridica, sintetizzati nelle formule *norma-potere*, *potere-norma*, *norma-fatto*⁸. Le tre dinamiche sono poste in relazione, nel senso che l'esistenza della norma, presupposta dallo schema *norma-fatto*, è spiegata dallo schema *potere-norma*, il quale presuppone l'esistenza del potere che è spiegata dallo schema *norma-potere*. Il regresso è destinato a protrarsi all'infinito, ma in realtà "un traguardo finale esiste: ci si ferma quando si giunge al confine del diritto con la società. Val quanto dire che, essendo partiti dal fatto, ci si ferma quando si ritrova il fatto: solo che il fatto che abbiamo considerato inizialmente è un dato grezzo, che attende dal di fuori la sua elevazione sul piano del diritto (la sua rilevanza e qualificazione giuridica); il fatto cui ci si ferma, nel procedimento a ritroso, è un fatto che si pone come diritto in modo assolutamente originario"⁹.

Milano, 1939, 209; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1988, 3 ss., ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1214, definisce l'attività vincolata come "un agire dell'amministrazione integralmente regolato dalla legge"; D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Ann. III, Milano, 2010, 53: l'atto amministrativo è vincolato "(in tutto o in parte) quando la legge, i regolamenti o comunque altri atti come certi piani e programmi descrivono con precisione una fattispecie e stabiliscono con altrettanta precisione le conseguenze giuridiche che debbono derivare dall'esistenza di tale fattispecie, così che all'apparato amministrativo, privo di qualsiasi potere di scelta fra interessi, non resta, nella sostanza, che verificare l'esistenza dei fatti previsti ed eventualmente affermare le conseguenze che ne derivano"; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 4; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 96; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 62 s.

Come noto, l'ammissibilità della categoria dell'attività vincolata è discussa in dottrina. Seguendo L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 6 ss., si possono distinguere opinioni che ne negano la configurabilità sul piano teorico e opinioni che ne ravvisano il carattere fittizio sul piano concreto, cioè del diritto positivo. Al primo filone va ascritta principalmente la posizione di L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 306 ss., 319, che giunge al "rifiuto teorico della vincolatezza" muovendo da una concezione anti-meccanicistica dell'interpretazione (l'A. suggerisce "di abbandonare la distinzione tra zona vincolata e zona discrezionale al fine di evitare ogni tentazione verso una sorta di formalismo interpretativo" che non tiene presente "l'ineliminabile complessità di ogni valutazione degli organi pubblici"). Al secondo filone, va ricondotta invece l'osservazione di S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991, 340, secondo il quale l'attività vincolata rappresenterebbe una "ipotesi di scuola, non presentandosi mai l'attività amministrativa come automatica traduzione di prescrizioni generali in prescrizioni concrete". A fronte di questo dibattito, bisogna quantomeno riconoscere che quella del provvedimento amministrativo vincolato è categoria di diritto positivo: basti pensare agli artt. 19 e 21 *octies* l. 241/1990. Sul regime giuridico dell'atto vincolato v. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 12-15; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, 28; D. SORACE, *op. cit.*, 88-92; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 65.

⁸ E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo*, cit., 159; A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, 1239 s. Sulla tesi di Capaccioli v. ora F. MERUSI, *La teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, in *Dir. Amm.*, 2009, 873; D. SORACE, *Il metodo di Enzo Capaccioli e la questione della risarcibilità per lesione degli interessi legittimi*, in *Dir. Amm.*, 2009, 892 ss.; P. LAZZARA, *L'opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale*, in *Dir. Amm.*, 964 ss.

⁹ E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo*, cit., 159 s.

Scendendo dalla teoria generale al diritto positivo, dove le norme sono entità date, questi schemi sono semplificati e ridotti alle sequenze *norma-fatto-effetto* e *norma-potere-effetto*¹⁰. La prima descrive l'ipotesi in cui l'effetto giuridico deriva dalla norma, di cui il fatto integra la fattispecie; la seconda, invece, descrive l'ipotesi in cui la norma attribuisce il potere di determinare l'effetto giuridico a un soggetto, che esplica tale potere attraverso un atto (costitutivo dei propri effetti)¹¹.

Le due sequenze vengono infine utilizzate per distinguere la dinamica innescata dal provvedimento amministrativo discrezionale da quella del provvedimento vincolato. Con il primo, l'amministrazione esercita il potere di creare, modificare o estinguere rapporti giuridici attribuitole dalla norma. Adottando il secondo, invece, si limita a rendere operativa la fattispecie normativa astratta, unica fonte degli effetti giuridici¹².

Nella sua più raffinata configurazione, la tesi si basa sull'identificazione di "una relazione qualificante tra la nozione di potere e la funzione di comporre conflitti di interesse e di definire le rispettive sfere giuridiche dei soggetti"¹³, in forza della quale l'atto è ritenuto costitutivo dei propri effetti solo se il soggetto che lo pone è in condizione di determinarne il contenuto, mentre regredisce a fatto costitutivo della fattispecie normativa se il suo contenuto è vincolato¹⁴. Se ne desume che l'atto vincolato,

¹⁰ E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del diritto amministrativo*, in *Diritto e processo*, Padova, 1978, 310; A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, 1239 s.; sul punto cfr. P. LAZZARA, *op. cit.*, 964 ss.

¹¹ E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo*, cit., 161. Con altra terminologia, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 196, distingue tra "strategia della funzione" e "strategia delle regole". La prima consiste nel delegare "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)"; la seconda è "fondata sul fornire direttamente a tali destinatari le suddette direttive, che e a loro volta possono essere più o meno precise o più o meno imprecise (e che possono o meno essere accompagnate dalla previsione di poteri-PR di un'autorità amministrativa)". L'A. (160 s.), richiamandosi a J. RAZ, *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, 1997, 224, intende per potere-PL (potere legislativo) quello di creare nuove disposizioni e per potere-PR il potere di regolare l'applicazione di disposizioni preesistenti. Osserva C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 412 ss., che la tecnica della funzione ha un «costo» (rappresentato dalle situazioni di interesse legittimo e dalla iper-protezione di alcuni soggetti - coloro che possono ottenere l'annullamento del provvedimento - rispetto ad altri - ad esempio, per ipotesi, la comunità che aveva interesse allo svolgimento dell'attività assentita tramite il provvedimento annullato) che può essere evitato attraverso la predeterminazione legislativa dell'assetto di interessi in gioco, secondo la formula "meno procedura e più regole".

¹² Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, 1241; ID., *Autorizzazione amministrativa*, in *Scritti giuridici*, cit., 1196-1199; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 63 ss., *passim*.

¹³ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 1249. A favore della nozione di potere come facoltà di scelta v. anche G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in ID. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 101 ss., per il quale coerentemente l'atto vincolato non costituisce esercizio del potere amministrativo; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Scritti giuridici*, cit., 186 s.; ID., *L'attività amministrativa*, ivi, 260; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 150, 165; *contra* F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 29 ss.; in tema R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 66 ss.

¹⁴ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 1250; ID., *Autorizzazione amministrativa*, cit., 1199; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, 254 s., dove si osserva che "tra discrezionalità amministrativa e produzione *ex lege* degli effetti sussiste un rapporto di reciproca esclusione"; rileva A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, Milano, 2000, 103, che questa

essendo il suo contenuto predeterminato dalla legge, non costituisce esercizio di potere, rappresentando piuttosto l'adempimento di un obbligo (di accertare la presenza dei fatti cui la norma collega l'effetto)¹⁵.

L'equivalenza tra potere come disponibilità dell'assetto degli interessi e potere come capacità di produrre effetti giuridici non è pienamente convincente¹⁶.

Da un punto di vista pragmatico, innanzitutto, va osservato che, pur essendo il contenuto del provvedimento vincolato oggetto di prefigurazione normativa, se l'amministrazione non *decide* di rilasciarlo (ad esempio, non assentendo alla richiesta del privato) non si produce alcun effetto giuridico¹⁷. A ciò è stato replicato che la tesi secondo cui il provvedimento vincolato non è atto costitutivo dei propri effetti non mette in discussione la necessità del provvedimento ai fini della produzione degli effetti giuridici quanto il ruolo del medesimo, che andrebbe individuato nella realizzazione della condizione logica per l'operatività della norma¹⁸. A questo esatto rilievo, nondimeno, si può ulteriormente replicare che, quando si ribadisce la necessità del provvedimento vincolato per la produzione dell'effetto, si intende rilevare che la predeterminazione del contenuto da parte della norma non altera la funzione del provvedimento medesimo, ossia che la produzione dell'effetto dipende dal giudizio di valore da esso manifestato¹⁹.

impostazione comporta una delimitazione della figura dell'atto amministrativo, dal momento che "per poter parlare di atto amministrativo in senso proprio, deve esservi una possibilità di adeguamento da parte dell'autorità del contenuto dell'atto rispetto allo scopo d'interesse pubblico, e non può esservi una prefigurazione integrale di tale contenuto ad opera del legislatore".

¹⁵ Da qui la tesi secondo cui, a fronte di atti vincolati, esistono solo diritti soggettivi: cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 1252 s., *passim*; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 37 ss. *Contra* F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 32, dove si afferma che "se la norma qualifica come dovuto il comportamento di un soggetto, non per questo crea in un altro soggetto un diritto soggettivo ad ottenerlo".

Sul tema dei rapporti tra attività vincolata e situazioni soggettive v. *infra* seconda parte, cap. IV, par. 3.3.

¹⁶ Cfr., d'altronde, E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo*, cit., 173, dove si osserva che la predeterminazione legislativa degli effetti che caratterizza il provvedimento discrezionale in quanto atto tipico non comporta che gli effetti derivino dalla legge: essi vanno comunque riportati al provvedimento, il quale tuttavia "non può produrre legittimamente effetti diversi da quelli che la legge consente" (sulla distinzione operata da Capaccioli tra generi dell'effetto e prefigurazione normativa dello stesso v. P. LAZZARA, *L'opera scientifica di Enzo Capaccioli*, cit., 964 ss.). Ora, se la predeterminazione normativa degli effetti del provvedimento discrezionale non priva l'atto della sua capacità costitutiva, sembra a chi scrive che tale capacità sia da riconoscere anche al provvedimento vincolato, che si distingue da quello discrezionale solo per una maggiore (integrale) predeterminazione degli effetti.

¹⁷ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 34; E. CASETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XII, Torino, 1997, 251.

¹⁸ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 40, 52.

¹⁹ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 33-35, dove la distinzione tra "potere di figurare (o disegnare) l'effetto, determinando la disciplina (il regolamento) degli interessi" e "potere di costituire l'effetto, realizzando l'assetto di interessi prefigurato" (la distinzione riprende quella di A.M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del consiglio dei ministri*, in *Scritti giuridici*, III, cit., 93 ss.).

"Il carattere vincolato dell'atto non è incompatibile con la sua costitutività" anche per G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 65, dove si legge: "l'efficacia costitutiva non è esclusa dal fatto che la sentenza forma oggetto di un preciso

Ma vi è di più. Bisogna infatti riconoscere che in presenza di un vincolo legislativo integrale l'amministrazione non conserva solo la facoltà di decidere sull'*an* della produzione dell'effetto, ma anche quella di determinare il contenuto del provvedimento²⁰: nulla, infatti, vieta che essa violi la legge ed adotti un provvedimento diverso da quello "imposto" (ad esempio assenta alla istanza in mancanza dei presupposti per il rilascio del provvedimento oppure, al contrario, si rifiuti di provvedere conformemente all'istanza in presenza delle condizioni richieste dalla legge)²¹; adotterà in tal caso un provvedimento invalido, ma pur sempre efficace.

L'ipotesi da ultimo considerata consente di rilevare il dato fondamentale: quando si afferma che la predeterminazione normativa del contenuto del provvedimento esclude la produzione di un effetto diverso da quello predisposto dalla legge, si compie l'errore di confondere il provvedimento vincolato valido con il provvedimento vincolato *tout court*. La predeterminazione normativa del contenuto dell'atto, infatti, non esclude il potere²², rappresentando piuttosto un vincolo di validità, tale per cui il provvedimento è valido solo se assume un certo contenuto. Non viene meno il potere di decidere, viene meno il ventaglio di soluzioni legittime.

La vincolatezza assoluta, la quale si realizza quando esiste solo un provvedimento valido (*rectius*: quando è valido solo il provvedimento dotato di un *certo* contenuto) può dipendere (*i*) o dalla circostanza che la norma ipotetica di cui il provvedimento

dovere del giudice o dal fatto che l'atto amministrativo sia vincolato, come pretendono coloro i quali vorrebbero trarre argomento da ciò per ricollegare alla legge ogni effetto giuridico".

Per la critica di queste tesi v. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 44 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 166 ss., *passim*.

L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 507 ss., distingue tra "atti costitutivi in senso stretto" e "decisioni". Le decisioni "sono sempre manifestazioni di volontà in ordine non solo all'*an* ma anche al *quid* dell'atto, cioè al suo contenuto o significato". Gli atti costitutivi in senso stretto hanno una struttura diversa dalle decisioni. Anch'essi sono atti immediatamente performativi del loro significato (vi dichiaro marito e moglie, vi notifico tale citazione); "ma tale significato non è rimesso come nelle decisioni (anche costitutive) alla volontà - autonoma, o discrezionale o vincolata - degli autori degli atti, ma è rigidamente prestabilito dalle norme ipotetico-costitutive che lo predispongono".

²⁰ "Anche gli atti vincolati possono essere emanati in vista di un fine diverso da quello predeterminato", osserva condivisibilmente F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 364. *Contra* D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 90, secondo cui "il potere di emanare un atto per gli aspetti per i quali è vincolato non esiste se non in presenza di quelle condizioni e di quei presupposti. Ne consegue che, più che illegittimo ed annullabile, in simile circostanza l'atto dovrebbe essere considerato nullo".

²¹ Se così si vuol dire, perché costituisca la "reiterazione" del precetto normativo (S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 268 ss.), il provvedimento vincolato deve essere valido.

²² E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 522, dove si afferma che "gli effetti giuridici non sono qualitativamente diversi in ragione della natura discrezionale o vincolata del provvedimento"; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 258 s.; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento*, cit., 98; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, Padova, 2012, 158. Sostiene, anche in base ad argomenti di diritto positivo, il carattere imperativo degli atti vincolati G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, 33, 73 s.

integra la fattispecie pone una relazione tra valore attuando e valore attuativo talmente specifica da non ammettere alcun margine di discrezionalità nell'attuazione, oppure (ii) dal fatto che le meta-norme riferite al provvedimento circoscrivono l'area del *decidibile* ad una sola soluzione, oppure ancora (iii) dalla concomitanza dei due fattori. Nel primo caso, come vedremo, si tratta di un vincolo di validità assiologica; nel secondo di validità formale; nel terzo del concorso di entrambi i vincoli.

Sul piano della validità assiologica, la vincolatezza è un elemento mobile. Può non ricorrere a livello normativo, nel senso che la relazione tra valore attuando e valore attuativo è posta dalla norma ipotetica ad un grado di generalità tale da ammettere più soluzioni valide, ma subentrare in un secondo momento per effetto della specificazione di quella relazione da parte della amministrazione (o a mezzo di un provvedimento precedente o attraverso l'autovincolo procedimentale).

Lo spostamento della tematica della vincolatezza sul terreno della validità, infine, viene incontro a quell'esigenza di differenziazione nei riguardi del provvedimento discrezionale cara alla dottrina che rifiuta l'approccio monistico al potere amministrativo²³ e che si traduce nel corollario secondo cui, a fronte di provvedimenti vincolati, il cittadino è titolare di un diritto soggettivo e non di un interesse legittimo²⁴. Pur confermando che il provvedimento vincolato costituisce esercizio di potere amministrativo, v'è da riconoscere, infatti, l'interferenza tra il tema della vincolatezza e quello delle situazioni giuridiche soggettive²⁵. Quale che sia la fonte del vincolo, infatti, l'esistenza di una sola soluzione valida comporta che l'interesse ad ottenere il provvedimento vincolato goda di una protezione giuridica superiore rispetto all'interesse ad ottenere un provvedimento discrezionale, la garanzia della cui realizzazione è incompatibile con la possibilità riconosciuta alla amministrazione di adottare più soluzioni valide.

2. *Provvedimento amministrativo e validità*

La dottrina amministrativistica, come è stato osservato²⁶, si accosta con un certo disagio alla categoria della validità, assumendo posizioni di prudenza, ove non di scetticismo, in ordine al ruolo che le spetta in seno alla teoria del provvedimento²⁷.

²³ Osserva criticamente S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 168, che il "vero obiettivo" delle teorie che affermano il carattere costitutivo dei provvedimenti vincolati "è quello di mantenere fermo il postulato della sostanziale unitarietà ed uniformità del potere dell'amministrazione".

²⁴ Per tutti, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., 1254 s.

²⁵ Interferenza che, invece, viene usualmente negata da chi concepisce il provvedimento vincolato come atto di esercizio di un potere.

²⁶ A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., 1117.

²⁷ Cfr., ad esempio, A. PIRAS, *op. cit.*, 599, il quale, dopo aver rilevato l'inesistenza di una "ricostruzione compiuta del tema della validità (e invalidità) degli atti amministrativi" ed escluso "che un qualche ausilio possa venire da una estensione dell'analisi ai dati che risultano da una lettura critica della giurisprudenza", conclude

In una certa misura, la crisi della validità in diritto amministrativo è il riflesso della crisi che attraversa ciclicamente la nozione sul piano della teoria generale, le cui cause, come si è visto, vanno individuate nell'eterno problema dei rapporti con la perfezione della fattispecie e l'efficacia giuridica²⁸; essa, però, dipende anche da fattori specifici, connessi all'essenza del provvedimento amministrativo, sui quali è adesso venuto il momento di soffermarsi.

Uno dei *topoi* degli studi sull'azione autoritativa dell'amministrazione degli ultimi cinquant'anni in Italia è la svalutazione della figura del provvedimento e il conseguente spostamento dell'attenzione sulla funzione²⁹, cioè sul processo di trasformazione del potere in atto che si realizza nelle forme del procedimento (concepito come forma della funzione)³⁰. In quest'ottica assurge a fattispecie giuridica l'attività ammi-

nel senso che "gli unici apporti che gli insegnamenti della giurisprudenza possono fornire al dibattito hanno, semmai, carattere negativo: hanno cioè tale contenuto da far sorgere il dubbio sull'esistenza del problema dell'invalidità degli atti amministrativi".

²⁸ Si allude soprattutto alla nota posizione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 299, secondo cui "in materia di invalidità le teorizzazioni generali costituiscono una via metodologicamente sbagliata".

²⁹ Per questo giudizio v. E. CASSETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, cit., 245; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 158: "se vi è un tratto che sembra distinguere l'atteggiamento della dottrina giurispubblicistica e in particolare quella amministrativistica a partire dal secondo dopoguerra, esso è (...) la diversa attenzione rispetto al passato prestata ai profili dell'attività e del procedimento (...) avendo presente l'aspetto funzionalistico e gli scopi di interesse pubblico predefiniti dalle norme"; M. MONTEDURO, *op. cit.*, 7.

³⁰ Le opere che hanno aperto questa prospettiva sono notoriamente F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione amministrativa*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, 1 ss. e ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 118 ss., ora rispettivamente in *Scritti giuridici*, II, cit., 991 ss., 1117 ss., da cui si cita: la funzione viene concepita come il concretarsi del potere in atto, il "farsi dell'atto" (*Funzione amministrativa*, cit., 1120), e il procedimento come "manifestazione sensibile della funzione" (*Funzione amministrativa*, cit., 1124). Cfr., nella stessa direzione ID., *Disegno dell'Amministrazione Italiana*, Padova, 1996, 176.

La tesi viene estremizzata da G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 280-293, spec. nota 69, secondo cui il procedimento non è forma, ma sviluppo materiale della forza giuridica, e la funzione rientra in un "corso fenomenologico diverso da quello dell'atto" e parzialmente autonomo. Dello stesso A., cfr. *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 779 ss., 791, dove, tra l'altro, si lamenta che la dottrina successiva a Benvenuti non ha inteso il potenziale della teoria della funzione, fagocitandola all'interno degli schemi tradizionali del procedimento come fattispecie dell'atto e dell'atto come prodotto di un soggetto qualificato dall'appartenenza all'amministrazione. Simili considerazioni in A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008, 215, 240 ss. e in E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., 209 ss.

Concepisce la funzione come "processo formativo di una decisione" e segnala l'esigenza di superare la prospettiva tradizionale F. LEDDA, *La concezione*, cit., 242. Cfr. gli sviluppi operati in questa direzione da A. ROMEO, *op. cit.*, 87 ss., 298, secondo cui per funzione non deve intendersi "il processo modificativo in un atto giuridico di un potere compiutamente definito dal precetto normativo (...) ma (...) la modalità procedurale continua attraverso cui l'amministrazione attende all'identificazione e composizione degli interessi ad essa affidati".

Sul concetto di funzione amministrativa v., *ex plurimis*, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, II, 353 ss., *passim*; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 226 ss.; F. BASSI, *Contributo*, cit., 123 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Ec. e Comm. Università di Messina*, 1982, 406; G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, 329, *passim*; F. LEDDA, *La concezione*, cit., 242; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, e in *La democrazia come problema. I. Diritto, amministrazione ed economia*, tomo 2, Bologna, 1994, 301 ss.; A. ANDREANI,

nistrativa come complesso di atti deputato alla cura di interessi pubblici³¹ e il provvedimento viene concepito come momento di “riepilogo” del processo decisionale

Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella l. 241/1990 (quarant'anni dopo la prolusione di F. Benvenuti), in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 665; G. NAPOLITANO, *Funzioni amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 2631; A. ROMEO, *op. cit.*, 94 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 200, secondo cui, quando si dice che il procedimento è la forma necessaria della funzione, si intende dire che il procedimento non è nella disponibilità del legislatore; E. ZAMPETTI, *op. cit.*, 201 s.

Bisogna comunque avvertire della polisemia del termine “funzione”: sul punto cfr. F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, 301 ss.; F. BENVENUTI, *Semantica di funzione*, in *Jus*, 1985, 3 ss., ora in *Scritti giuridici*, V, Milano, 2006, 3875 ss.; ID., *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1989, 1, ora in *Scritti giuridici*, V, cit., 4081 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., 85 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 200 s., che distingue funzionalizzazione e funzionalità; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 76 s., che individua due principali accezioni di “funzione”: il termine indica, per un verso, una qualità intrinseca dell'attività amministrativa, cioè il fatto di essere diretta alla cura di interessi pubblici; per un altro verso, rimanda alla rilevanza giuridica globale e unitaria dell'attività medesima. F. MERLONI, *Interesse pubblico, funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, 2010, 12-15, propone la funzione come “nozione tipica dell'organizzazione”, basata sulla “stretta connessione tra finalità, compiti e uffici”.

³¹ La nozione di attività è stata sviluppata soprattutto dai cultori del diritto commerciale. G. AULETTA, *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 982, definisce l'attività come una serie di atti orientati al perseguimento di un fine unitario e complessivamente considerati dal diritto. La nozione non è costruita sul piano empirico o fenomenologico - non allude cioè ad un comportamento strutturalmente diverso da quello che si realizza tramite singoli atti - ma sotto il profilo della rilevanza giuridica: di attività si può parlare solo quando la fattispecie normativa sia strutturata in modo tale da prendere in considerazione unitariamente la serie di atti, collegandovi uno o più effetti giuridici. Sottolinea questo aspetto, in polemica con le teorie che costruiscono l'antitesi atto-attività sul piano fenomenologico, P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 2001, 188 ss.; sul punto v. anche D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, 192; sull'impresa come attività v. G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, 239 ss.; ID., *Impresa come imprenditore*, ivi, 263 ss.

M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 988, osserva che secondo la dottrina tradizionale l'attività amministrativa non potesse “formare oggetto di una qualificazione se non attraverso la mediazione degli atti nei quali si manifesta” (sul punto v. E. CASSETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, 522). Lo stesso A. ritiene tuttavia di dover superare questa idea, riconoscendo la possibilità che, sia in diritto privato che in diritto pubblico “un'attività nel suo complesso possa avere rilevanza giuridica”: il riferimento è alle “attività cui si addice il nome di *funzioni*, le quali possono ricevere qualificazioni giuridiche in ordine al modo con cui sono svolte, nella loro globalità” (*Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 443 ss.). Giannini, peraltro, si era servito sin dalle origini della nozione di attività amministrativa, definita *sostanzialmente* come la cura di interessi pubblici e *modalmente* come attuazione di legge in *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 14, 22.

Per l'estensione della metodologia applicata allo studio dell'impresa come attività all'azione amministrativa v. F. SATTA, *Atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, 9; ID., *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1376. In questa direzione si è mosso soprattutto F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 83 s., secondo il quale l'attività amministrativa, quale complesso di atti puntuali assunti per la cura di interessi pubblici, “si erge a fattispecie, allorché viene globalmente o unitariamente presa in considerazione dal diritto”. L'attività così concepita, in cui rientrano anche le “omissioni di atti, i silenzi, i ritardi”, può essere “presa in considerazione nella sua globalità, ossia come attività amministrativa *tout court* (con riferimento all'attività di tutte le amministrazioni)”; ovvero l'ordinamento “può elevare a fattispecie la sola attività che culmina nell'adozione di un provvedimento (...); ovvero ancora può conferire rilievo all'(intera) attività posta in essere da un ente, da un organo, da un funzionario in una data unità temporale; e così via”. Nella attività ammi-

svoltosi nel corso del procedimento³², vero e proprio “luogo dell’autorità”³³.

Le ragioni della “crisi” della validità in diritto amministrativo sono strettamente connesse all’affermarsi di un simile ordine concettuale.

Si osserva infatti che la validità è un predicato dell’atto, riguardato da un punto di vista strutturale, e non dell’attività. Come tale, essa è considerata espressione di un approccio recessivo al fenomeno giuridico amministrativo³⁴, che assegna scarsa rilevanza all’attività preparatoria³⁵.

nistrativa così concepita come “attività di cura di interessi pubblici globalmente rilevante” convergono le due principali accezioni della “funzione” (la funzione come complesso di atti; la funzione come *deputatio ad finem* di quegli atti) (77).

Di compresenza nel concetto di attività amministrativa delle due accezioni della funzione discorre anche A. ROMEO, *op. cit.*, 239 s. Aderisce alla concezione di Scoca D. D’ORSOGNA, *op. cit.*, 197 ss., 207, che vi innesta la nozione di operazione amministrativa, da intendere come l’assunzione di più atti e comportamenti amministrativi nella stessa fattispecie giuridica “non per la comune provenienza di essi da una unica figura giuridica soggettiva, ovvero in ragione della tensione si essi verso un determinato provvedimento amministrativo, ma per la proiezione di ciascuno di essi, anche se provenienti da figure soggettive diverse e se dislocati in procedimenti amministrativi distinti, verso un risultato unitario”. Cfr. altresì L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 200 s.

Osserva F. LEDDA, *L’attività amministrativa*, cit., 258, che l’attività amministrativa può essere intesa in due accezioni complementari: o “come attività volta a «fare l’atto» (Benvenuti, Casetta ed altri), o come insieme di atti individuato dal riferimento ad un obiettivo, ad un settore di intervento, ad un certo complesso organizzativo e così via dicendo”. Si colgono in questa concezione le affinità dei concetti di attività e funzione amministrativa, che per molti aspetti sembrano addirittura sovrapponibili.

³² W. SCHMITT-GLAESER, *Pretese speranze e realizzazioni; il procedimento amministrativo e la sua legge - una osservazione introduttiva*, in *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania. Problemi di amministrazione pubblica*, Napoli, 1979, 427 s.; F. LEDDA, *La concezione*, cit., 244 s., nella cui concezione - osserva A. ROMANO TASSONE, *Il contributo di Franco Ledda alla teoria del provvedimento amministrativo*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2007, 493 - il rapporto di funzionalità servente tra gli atti del procedimento e il provvedimento (prefigurato da M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 290 s.; ID., *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 164 ss.; su questa impostazione, per tutti, F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 3 s.) viene ribaltato: “non sono infatti gli atti del procedimento a porsi in relazione di servizio rispetto ad un provvedimento in cui si esprime la sostanza del potere autoritativo della p.a, ma, al contrario, è il provvedimento a porsi in posizione di servizio rispetto alla decisione autoritativa che si concreta nel procedimento”. Cfr. altresì D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce “Atto amministrativo”*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 765; M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell’amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell’amministrazione*, Milano, 1990, 14 s.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 61 ss.; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell’interesse pubblico*, Torino, 1996, 175 ss., *passim*; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 77 ss.; A. ROMEO, *op. cit.*, 92 ss.

³³ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Il contributo di Franco Ledda alla teoria del provvedimento amministrativo*, cit., 493 s.

³⁴ F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, cit., 136 nota, 150 nota; M. D’ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, cit., 98, osserva che la crisi della (in)validità in diritto amministrativo è dovuta allo spostamento dell’accento sugli aspetti funzionali dell’attività amministrativa, con la contestuale svalutazione dell’approccio strutturale.

³⁵ Un modello a sua volta foggiano su quello del negozio di diritto privato, dove, vigendo il principio di irri-

In particolare, la teoria della validità, essendo stata elaborata in seno alla teoria del negozio giuridico – atto privo di rilevanza funzionale e rispetto al quale l'ordinamento si limita a pretendere l'osservanza di requisiti minimi di struttura –, sarebbe inidonea ad esprimere l'essenza della limitazione del potere amministrativo e a rappresentare le modalità concrete attraverso le quali essa trova realizzazione.

Sotto il primo aspetto, infatti, si rileva che l'ordinamento è interessato a preservare la funzionalità del provvedimento (intesa come idoneità alla cura degli interessi pubblici)³⁶ e non la sua integrità strutturale; sotto il secondo, si osserva che, essendo il procedimento – e non il provvedimento – il “luogo” in cui l'amministrazione opera le scelte, anche la limitazione del potere si realizza nel corso dell'intera funzione³⁷.

Ora, che per intendere la reale sostanza del fenomeno amministrativo, anche da un punto di vista rigorosamente giuridico, sia necessario tenere in considerazione il momento dinamico della funzione, cioè l'attività in cui si estrinseca il potere e che si conclude con l'adozione del provvedimento, non pare possa esservi dubbio alcuno. Ciò non tanto per l'ovvia considerazione che l'attività autoritativa dell'amministrazione si svolge secondo le forme procedurali – elemento che, come noto, non è incompatibile con una prospettiva atto-centrica³⁸ –, quanto piuttosto perché le decisioni parziali che precedono il provvedimento sono giuridicamente rilevanti in via

levanza dei motivi, l'attività precedente alla esternazione è considerata estranea alla dimensione giuridica. Su questi profili v. M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 93 ss., 149 ss.

³⁶ La posizione di F.G. SCOCA trova una efficace sintesi nelle stesse parole dell'A.: “sembra inutile, forse anche inesatto, parlare di invalidità con riferimento al provvedimento amministrativo. (...) ci si può limitare ad osservare che, da un lato, la nozione di illegittimità è di per sé sufficiente ad indicare lo stato viziato del provvedimento amministrativo (e pertanto il riferimento alla nozione di invalidità non aggiunge nulla), e dall'altro che la nozione di invalidità è legata alle prospettive delle imperfezioni del negozio giuridico, che peraltro rispondono ad un diverso regime giuridico e, soprattutto, ad una diversa impostazione logico-sistemica” (*Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 150 nota). Con riguardo al negozio, l'ordinamento si limiterebbe a richiedere la presenza e la non difettosità di elementi strutturali della fattispecie; mentre con riguardo al provvedimento le reazioni invalidanti sarebbero connesse al riscontro della sua disfunzionalità, cioè della incapacità di realizzare l'interesse pubblico indicato dalla legge. In breve, mentre il negozio verrebbe in rilievo come fattispecie e dunque per i suoi aspetti strutturali, il provvedimento verrebbe in considerazione come misura per la realizzazione dell'interesse pubblico e dunque sotto il profilo funzionale. Ora, poiché i concetti di validità e invalidità sarebbero intimamente connessi (come in effetti nella tradizione civilistica sono) all'idea della normalità-anomalia della fattispecie, ovvero agli aspetti morfologici degli atti giuridici, sarebbe improprio esportarli nel campo del diritto amministrativo dove i valori di cui l'ordinamento esige il rispetto non sono connessi alla struttura ma alla funzione degli atti: da qui la convinzione che, più che di invalidità del provvedimento amministrativo, dovrebbe parlarsi di illegittimità dello stesso. Sul punto cfr. ID., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 7 ss.

³⁷ Osserva A. POLICE, *op. cit.*, 78, che “appena ci si è accorti della difficoltà di tipizzare in via preventiva i contenuti delle decisioni amministrative discrezionali e di controllare le determinazioni raggiunte in relazione al parametro dell'interesse come causa dell'atto, si è sviluppata in modo prepotente l'attenzione alla disciplina e al controllo del farsi della decisione”.

³⁸ Cfr. W. SCHMITT-GLAESER, *op. cit.*, 377 ss., 425 ss., il quale osserva che nella legge tedesca sul procedimento l'atto giuridico mantiene la propria centralità, perché le norme sul procedimento sono concepite semplicemente come norme sulla sua formazione.

autonoma³⁹, e perché in taluni casi è l'attività amministrativa nel suo complesso ad essere punto di collegamento di effetti giuridici da parte delle norme (si pensi, ad esempio, al controllo di gestione)⁴⁰.

Nondimeno, prendere atto di questa realtà non impone affatto di ritenere impossibile o inutile una teoria della validità del provvedimento.

Innanzitutto, la circostanza che la validità sia qualificazione degli atti e non delle attività⁴¹, e che pertanto attenga al provvedimento e non alla funzione, appare, più che un difetto, un pregio della nozione. Non si può infatti prescindere da qualificazioni specifiche (*rectius*: tipiche) del provvedimento, a meno che non si intenda diluire integralmente la figura in quella della funzione⁴²: compiendo così una operazione discutibile dal punto di vista della teoria delle decisioni, dal momento che la conclusione del processo è sempre un atto di sintesi, cioè di drastica riduzione della complessità attraverso scelte selettive⁴³; ma soprattutto errata nella prospettiva del diritto, perché la soluzione del problema amministrativo acquista rilevanza per l'ordinamento nel momento in cui è trasfusa in un effetto giuridico, cioè in una trasformazione del sistema che è indiscutibilmente prodotta dal provvedimento⁴⁴. Ora, se si conviene sul

³⁹ Il che si riflette sul piano processuale nella immediata impugnabilità degli atti endoprocedimentali, o almeno di quelli che vincolano il prosieguo del processo decisionale: sul punto cfr. soprattutto A. ROMEO, *op. cit.*, 612 ss.; ID., *Effettività della tutela giurisdizionale e atto amministrativo: le occasioni mancate e le occasioni possibili*, in *Giustamm.it.*, 2012, *passim*.

⁴⁰ Cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, loc. ult. cit.; D. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 197 s. e nota, il quale rileva come "il dato normativo di cui tener conto (...) è oggi ben diverso rispetto a quello presupposto dall'approccio tradizionale" di una amministrazione per atti. Si allude, in particolare, a istituti quali il controllo di gestione ed efficienza, il controllo strategico, la responsabilità dirigenziale, la responsabilità dell'amministrazione verso terzi: "tutte vicende giuridiche che trovano nell'attività in quanto tale la loro fattispecie".

⁴¹ Su questo punto si può senz'altro concordare con quanto affermato da F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 91, nota, quando sostiene che la nozione di validità "sembra attagliarsi a singoli fenomeni giuridici puntuali (un atto, una norma), piuttosto che ad un *continuum* di atti, non-atti, comportamenti, etc., in che consiste l'attività (amministrativa)". Cfr. sul punto anche G. AULETTA, *op. cit.*, 987.

⁴² O dell'attività. Sul punto v. le considerazioni di G. OPPO, *Impresa come imprenditore*, cit., 290, che, pur nel contesto di una concezione dell'impresa come attività, mette in guardia dalla obliterazione della prospettiva degli atti, dal momento che "l'attività è fatta di atti, non viceversa". Osserva condivisibilmente A. POLICE, *op. cit.*, 90 s., che la dequotazione del provvedimento come luogo o momento in cui si forma la decisione non deve essere confusa "con una generale dequotazione di quella fase che è riservata alle scelte ed alle decisioni in senso stretto". Nella prospettiva dell'A., si tratta piuttosto di riconoscere la "gradualità del processo di formazione della decisione", la sua "articolazione in una pluralità di momenti diversi, cronologicamente ordinati". Al rischio dell'eccessiva svalutazione del ruolo del provvedimento va probabilmente incontro M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 349 ss.

⁴³ Sul potere come mezzo di comunicazione selettivo volto a ridurre la complessità sociale v. N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., 1-18, *passim*, e ivi le considerazioni di D. ZOLO, *op. cit.*; sulla decisione come atto di scelta v. F. MERUSI - G. TOSCANO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988, 1.

⁴⁴ A. ROMANO, *Commento all'art. 26 r.d. 26 giugno 1924, n. 105*, in A. ROMANO - R. VILLATA, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, 1155 s.: l'emanazione del provvedimento "costituisce il mezzo che l'ordinamento attribuisce all'amministrazione per il perseguimento dei suoi fini istituzionali, innovando unilateralmente negli assetti giuridici inesistenti, costituendo, modificando o estinguendo altrettanto unilateralmente situazioni giuridiche soggettive"; ID., *Riflessioni sul Convegno: autoritarietà, consenso e ordina-*

fatto che il provvedimento mantiene un ruolo fondamentale all'interno della funzione amministrativa, allora le sue qualificazioni tipiche, tra cui la validità, non vanno rinegate né espunte dal lessico giuridico, ma piuttosto rilette nella consapevolezza che attengono ad un fenomeno che si iscrive in una vicenda giuridica complessa e che pertanto in essa va contestualizzato.

Del resto, non sembra fondata l'osservazione secondo cui la qualificazione degli atti in termini di validità non tiene conto dell'attività precedente alla adozione dell'atto. È vero, piuttosto, che quest'ultima rileva solo in quanto un atto ne costituisca il risultato⁴⁵: se il consenso della controparte è estorto con violenza o minaccia, è chiaro che ad essere invalido è il contratto, ma è altresì indiscutibile che, stabilendo che il consenso deve essere manifestato in modo libero, l'ordinamento si preoccupa della attività preordinata alla stipulazione⁴⁶; lo stesso se ricorre un travisamento dei fatti posti a base della decisione dell'amministrazione: si dirà che il provvedimento è invalido, ma non per questo si negherà che la causa di quella invalidità si annida, almeno da un punto di vista fenomenologico, nella funzione.

La circostanza che la validità sia una qualificazione dell'atto, cioè, non è in contraddizione con il fatto che essa dipenda dall'osservanza di vincoli che operano anche nella fase dell'attività precedente: il che è esattamente quanto avviene per il provvedimento amministrativo⁴⁷. Non pare dunque che l'ordine concettuale in cui tradizio-

mento generale, in *Annuario AIPDA 2011*, Napoli, 2012, 372 s.; cfr. anche F. LEDDA, *La concezione*, cit., 248 s., il quale segnala che “mentre la decisione è essenzialmente scelta tra più modi di soluzione del problema, l'atto o provvedimento è necessario per la *realizzazione giuridica* corrispondente all'alternativa in concreto preferita”. Per la rivalutazione della figura del provvedimento v. da ultimo M. MONTEDURO, *op. cit.*, 7 ss., dove, tra l'altro, si rileva esattamente che “per quanto possano affinarsi a favore dei cittadini le tecniche di partecipazione o «coalizione decisionale» nel procedimento, estendersi i casi di utilizzo degli accordi, incrementarsi le prestazioni rese dalla P.A. (che caratterizzano i servizi pubblici) a discapito delle prestazioni imposte dalla medesima, dilatarsi le aree di «autoamministrazione», trascendersi la prospettiva del provvedimento individuale ipotizzando l'emersione della categoria dell'«atto amministrativo fonte del diritto obiettivo», ricomporsi gli schemi dello stesso agire per atti (e per procedimenti) nella prospettiva sistemico/relazionale della «operazione amministrativa», affiancarsi al paradigma del provvedimento quelli della «decisione come fatto giuridico comportamentale», della «azione amministrativa materiale» e del «rapporto amministrativo», sembra destinato a restare ancora, e per tempo non breve, un nocciolo duro di relazioni tra pubbliche amministrazioni e individui regolate da provvedimenti, intesi come atti in grado, con riferimento a vicende concrete, di conformare unilateralmente la sfera giuridica a prescindere dal raggiungimento di un accordo”.

⁴⁵ E. CASETTA, *L'illecito*, cit., 131.

⁴⁶ Sulla rilevanza anche in diritto privato del processo di formazione dell'atto v. Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento nel diritto privato*, Milano, 1961, *passim*. Cfr. F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004, 656-659.

⁴⁷ Infatti, non si potrebbe non convenire con F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 83 ss., quando afferma che molte delle norme da cui dipende la legittimità del provvedimento riguardano in realtà l'attività. Già F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 211, osservava che esiste “una serie di norme o di criteri aventi una qualche influenza sull'atto amministrativo ma che, a ben vedere, non disciplinano propriamente alcun elemento dell'atto stesso”; cfr. altresì A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 262 ss., 284 ss.; ID., *Invalidità*, cit., 607; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., 1019; F. ASTONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, Soveria Mannelli, 2009, 21.

nalmente si muove la teoria della validità sia incompatibile con la sostanza del fenomeno amministrativo e con l'idea che oggetto diretto della disciplina non sia solo il provvedimento ma l'attività nel suo complesso.

In sintesi, si può dire che la teoria della validità non rinnega la prospettiva della attività-funzione; semplicemente, piuttosto che guardare al provvedimento attraverso di essa, guarda alla funzione attraverso il provvedimento. Ed è proprio in questa ottica che rivela tutta la propria capacità euristica la definizione del provvedimento come comportamento programmatico. Essa, per un verso, preserva l'identità del provvedimento, come fatto giuridico che non si dissolve nella funzione, e, al contempo, ne mette in rilievo la funzione manifestativa⁴⁸, cioè l'essenza di vettore sul piano dell'ordinamento di un giudizio di valore che, proprio in quanto oggetto di manifestazione attraverso una dichiarazione⁴⁹, acquista rilevanza giuridica.

Va infine osservato che la considerazione degli atti giuridici in termini di validità non necessariamente corrisponde ad un atteggiamento di indifferenza dell'ordinamento rispetto agli interessi che i soggetti perseguono attraverso gli stessi⁵⁰. Quando si afferma il contrario si vuole istituire un legame tra (in)validità e approccio formale-strutturale agli atti giuridici che non trova riscontro nella realtà dell'ordinamento.

È pacifico, ad esempio, che la validità della legge dipende dalla sua compatibilità con la Costituzione; ed è altrettanto evidente che non ogni contenuto che la legge può astrattamente assumere si armonizzi con la Carta⁵¹. Quanto all'autonomia privata, se è vero che secondo la definizione tradizionale implica la libertà dei singoli di agire giuridicamente per la realizzazione dei propri fini⁵², è anche vero che il codice civile italiano, che pure di quella autonomia costituisce il principale baluardo, prevede ad esempio la nullità come conseguenza dell'illiceità contrattuale, for-

Su un piano di teoria generale C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 35, 290 ss., sostiene che la nullità derivi da vizi dell'atto, l'annullabilità da vizi dell'attività. Con questa tesi non si può concordare, per la semplice ragione che nullità e annullabilità sono rimedi conformati dal diritto positivo, sicché il legislatore ha la piena disponibilità del loro ambito di operatività. Criticano la tesi di Esposito A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 320; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., 34.

⁴⁸ Sul punto v. F. LEDDA, *La concezione*, cit., 248, che definisce il provvedimento come "un fatto (generalmente, una dichiarazione) che rende manifesto un altro fatto logicamente anteriore, cioè la decisione relativa ad un problema definito, in guisa da rendere possibile (...) la comprensione di quanto si è deciso e quindi dell'assetto d'interessi che si è voluto stabilire". Sviluppi di questa impostazione in E. ZAMPETTI, *op. cit.*, 219-221.

⁴⁹ Dopo aver individuato nella dichiarazione "il fulcro della figura degli atti unilaterali" A. LOLLI, *op. cit.*, 148 ss., considera la dichiarazione che si realizza attraverso l'atto amministrativo "il momento meglio verificabile di manifestazione della funzione".

⁵⁰ Ragioniamo per il momento prendendo per buona la tesi secondo cui il provvedimento sarebbe dotato di una propria funzionalità, di cui sarebbe invece sprovvisto il negozio. Per la critica a questa impostazione, v. *infra*, seconda parte, cap. II, par. 1.

⁵¹ Cfr. per tutti F. MODUGNO, *Validità (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 54-58; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 890 ss.

⁵² Sull'autonomia privata cfr. Santi ROMANO, *Autonomia*, cit., 24 s.; S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 366 ss.

nendo così la dimostrazione del fatto che, anche nell'ottica codicistica, l'assetto degli interessi programmato dalle parti è rilevante ai fini della validità del negozio⁵³. Se, poi, ci si spinge ad esaminare la disciplina contenuta nelle leggi speciali, soprattutto quelle di matrice europea, questo atteggiamento di non indifferenza dell'ordinamento rispetto al prodotto della autonomia privata emerge con ancora maggiore nettezza: basta pensare al sistema delle c.d. nullità di protezione poste a tutela del contraente debole (consumatore o impresa) e caratterizzate dal fatto di costituire rimedi ad una invalidità che non dipende dalla difettosità della fattispecie ma dalla diretta riprovazione da parte dell'ordinamento del regolamento contrattuale stabilito dalle parti⁵⁴.

La connotazione funzionale del provvedimento, in definitiva, può spiegare la prevalenza del regime dell'annullabilità (cioè l'esigenza della conservazione, ove possibile, degli effetti giuridici del provvedimento invalido)⁵⁵, ma di certo non vieta di predicarne la validità e l'invalidità. Più in generale, del resto, è proprio la dimensione assiologico-funzionale a segnare la differenza tra la nozione di validità e quella di perfezione, come dimostra il fatto che, mentre quest'ultima può essere utilizzata in rapporto a tutti i tipi di fatti giuridici, la prima è esclusiva dei comportamenti programmatici, cioè dei fatti giuridici che manifestano giudizi di valore.

In conclusione, si deve riconoscere che lo scetticismo della dottrina amministrativistica nei confronti della validità affonda le radici nella logica profonda del sistema. Esso, tuttavia, non può essere condiviso perché si basa, per un verso, sulla eccessiva svalutazione del provvedimento, e, per altro verso, sulla ingiustificata affermazione secondo cui la teoria della validità rimanderebbe ad un approccio strutturale ai fatti giuridici, inadeguato per il provvedimento che viene invece in rilievo soprattutto per i suoi aspetti funzionali.

Superata in tal modo la questione pregiudiziale, relativa alla possibilità e opportunità di una teoria della validità in diritto amministrativo, la ricerca prosegue con l'applicazione al provvedimento dei risultati delle analisi svolte nei capitoli precedenti. Mantenendo l'ordine della esposizione teorica, si affronterà prima la validità assiologica del provvedimento amministrativo e poi la validità formale.

A questo punto è utile una avvertenza. Non sfugge a chi scrive la connessione dei temi da trattare con altri di non minore impegno, dalla discrezionalità amministrativa

⁵³ Sulla concezione del contratto illecito come contratto invalido v. *infra*, parte terza, cap III, par. 1.2.

Si anticipa che, secondo la prospettiva qui adottata, non esiste comportamento programmatico in relazione al quale sia dato riscontrare indifferenza assiologica da parte dell'ordinamento. Ne consegue, ad esempio, che discrezionalità amministrativa e autonomia si distinguono solo sul piano quantitativo, essendo la prima caratterizzata da un condizionamento assiologico più intenso di quello relativo alla seconda, rispetto alla quale comunque l'ordinamento non è in posizione di indifferenza.

⁵⁴ Quest'aspetto è messo in rilievo, soprattutto in relazione alla conformazione del rimedio della nullità, da M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 95, 252 ss.

⁵⁵ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 9; M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 185 ss.

alla portata del principio di legalità o dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento; connessione cui, all'interno di una visione generale e comprensiva del diritto amministrativo autoritativo, non sembra potersi rinunciare. Nondimeno si dichiara sin d'ora che, per evidenti ragioni di coerenza interna della trattazione e di delimitazione tematica della stessa, il discorso che segue sarà condotto esclusivamente sul terreno della validità, così come definito nella prima parte del lavoro. I riferimenti a differenti dimensioni teoriche del fenomeno amministrativo saranno limitati all'essenziale, specie quando nessuna incompatibilità sia dato riscontrare tra le tesi che si proporranno e le acquisizioni consolidate della dogmatica.

Capitolo II

VALIDITÀ ASSIOLOGICA DEL PROVVEDIMENTO

SOMMARIO: 1. Il “contesto assiologico”. – 2. Considerazioni introduttive sul processo decisionale. La distinzione tra giudizio di rilevanza e giudizio di efficacia. – 3. Giudizio di rilevanza sui fatti parziali, giudizio di rilevanza sul problema amministrativo, giudizio di efficacia: i condizionamenti assiologici e i riflessi sulla validità del provvedimento. – 4. Osservazioni conclusive (sulla validità assiologica; sull’inesistenza del merito come “zona franca” dal diritto; sul c.d. carattere vincolato della decisione, originario o sopravvenuto).

1. Il “contesto assiologico”

A) La trattazione della validità assiologica del provvedimento amministrativo richiede la preventiva analisi del contesto di valori in cui esso si inserisce, qual è determinato dal diritto positivo. Dire infatti che la validità assiologica del comportamento programmatico consiste nella sua idoneità ad attuare il valore giuridico interessato dal fatto rilevante è sufficiente sul piano della teoria generale ma non su quello della dogmatica giuridica, dove si impone la differenziazione a seconda del tipo di comportamento programmatico oggetto di considerazione.

Più in particolare, per impostare in termini corretti il discorso sulla sua validità assiologica, è necessario preventivamente individuare la funzione del provvedimento, così come risulta dai valori che esso, per diritto positivo, è chiamato ad attuare. In altre parole, per stabilire quando l’esistenza del provvedimento è giustificata bisogna prima individuare le condizioni di giustificazione imposte dall’ordinamento.

La risposta all’interrogativo, che a tutta prima potrebbe apparire assai complesso, è in realtà implicita in alcune delle più tipiche espressioni del principio di legalità. I termini fondamentali del contesto di valori in cui il provvedimento – si ripete, per scelta di diritto positivo, e non per propria natura¹ – opera sono infatti delimitati dai principi di nominatività e tipicità², ritenuti dalla prevalente dottrina

¹ L’esigenza, ai fini della teoria della validità ma non solo, di una classificazione dei fatti giuridici alla luce del diritto positivo è segnalata, con riguardo alla distinzione tra provvedimento e negozio giuridico, da G. CORSO, *Validità*, cit., 88 s.

² Si afferma ciò sul presupposto che sia possibile distinguere in modo sufficientemente chiaro tipicità e nominatività. A dire il vero, come osserva F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, cit., 350, spesso la differenza tende a sfumare.

corollari del principio di legalità sostanziale³.

B) Il principio di nominatività richiede che il provvedimento sia assunto “in vista del diretto soddisfacimento della funzione indicata, a suo riguardo, dalla legge”⁴. La nominatività attiene cioè alla c.d. “legalità dei fini”⁵ e indica che il provvedimento è

³ Definisce la nominatività “più che un principio a sé, un aspetto applicativo del principio di legalità” M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, 1970, cit., 540; per il collegamento del principio di tipicità con quello di legalità v. G. GUARINO, *op. cit.*, 140-142.

Secondo F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, cit., 356 ss., la tesi che deriva il principio di nominatività dal principio di legalità incontra i limiti tipici del pensiero induttivo. Nella prospettazione dell’A., il fondamento del principio di nominatività muta in relazione al tipo di attività imperativa posta in essere dall’amministrazione. Con riferimento ai provvedimenti a contenuto sfavorevole, lo “stretto legame tra il fine da raggiungere e il mezzo per soddisfarlo” imposto dal principio di nominatività è l’elemento in grado giustificare, a fronte del principio di uguaglianza tra i soggetti, il potere autoritativo dell’amministrazione. Con riguardo agli atti a contenuto favorevole “che mirano ad assicurare all’ente pubblico la collaborazione del soggetto privato, quanto al compimento della sua attività istituzionale” (ad es. le concessioni di servizi), la necessaria predeterminazione funzionale dell’atto deriva dal fatto che con il provvedimento l’amministrazione dispone della funzione, trasferendola parzialmente al privato: e “l’atto che dispone della funzione non può che essere funzionale anch’esso”. In rapporto agli atti favorevoli attraverso i quali l’amministrazione trasferisce propri diritti e prerogative (ad es., concessioni di beni pubblici), la predeterminazione normativa della finalità del provvedimento è necessaria perché l’amministrazione non può rinunciare al bene se non in ragione di un interesse specifico e previamente ritenuto meritevole di tutela. In rapporto agli atti di controllo nei riguardi dei privati (autorizzazioni), la nominatività si impone perché il loro rilascio deve essere collegato ad una ragione specifica che consenta di differenziare la posizione del cittadino autorizzato da quella di tutti gli altri che vanno incontro al divieto posto in termini generali dalla legge.

⁴ F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, cit., 352. Osserva l’A. che il principio di nominatività negli ultimi anni è stato trascritto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che lo richiama solo unitamente al principio di tipicità. Questa crisi sarebbe dovuta alla crisi del principio di legalità, da cui quello di nominatività è tradizionalmente fatto discendere (349 s.): da qui il tentativo di individuarne altrove il fondamento (v. nota precedente). L’A. prosegue rilevando condivisibilmente che la nominatività si distingue dalla tipicità “perché, suo tramite, la legge non definisce gli effetti che l’atto è in grado di produrre, quanto il suo motivo, cioè l’interesse da soddisfare (se colto in senso passivo) o il fine verso cui l’ente pubblico è tenuto a muoversi (se colto in senso attivo)” (352). Tale modo di intendere il principio di nominatività risale a M.S. GIANNINI, *L’interpretazione*, cit., 267, dove si rileva che “non si dà la possibilità di *atto amministrativo innominato*”, dal momento che “alla sfera dell’autorità fanno capo solo scopi previsti dalla legge”.

⁵ M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA - F. SAITTA, *op. cit.*, 25.

Secondo parte della dottrina, lo schema tradizionale, basato sulla predeterminazione normativa del valore che il provvedimento è chiamato ad attuare, mal si attaglierebbe a descrivere quella parte di attività amministrativa che, lungi dal consistere nella cura puntuale di interessi pubblici specifici, si esaurisce nella predisposizione di criteri di condotta e regole di comportamento indirizzate ai privati: la c.d. attività o funzione di regolazione. La tesi secondo cui questa attività è caratterizzata da un intervento pubblico di tipo “condizionale” e non “finale” è sostenuta, *ex plurimis* e con sfumature diverse, da L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 430 ss.; ID., *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 55 ss., 58; S.A. FREGO LUPPI, *L’amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, 148 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 636 ss.; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *mercato concorrenza regole*, 2002, 266 ss.; N. RANGONE, *Regolazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. Dir. Pubbl.*, V, Milano, 2006, 5057 ss.; M. D’ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Annuario AIPDA 2006*, Milano, 2007, 33.

Contra, parte della dottrina ritiene che anche nell’attività di regolazione si possa ravvisare un interesse pubblico perseguito dall’Autorità. Cfr. variamente, e con riferimento soprattutto a singole Autorità indipendenti,

misura di attuazione di un valore normativamente predeterminato.

Al principio di nominatività non sono ammesse deroghe. L'unica sarebbe costituita dai provvedimenti espressione dei c.d. poteri impliciti, cioè di poteri non espressamente attribuiti dalla legge (o dal regolamento) e di cui nondimeno si riconosce l'esistenza in quanto impliciti nella attribuzione di un potere diverso⁶. Ma si tratta di una

M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 510; ID., *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. FERRARI - M. RAMAJOLI - M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 269, 280 ss.; W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, 2012, 63; in generale L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., 222-229. Significativo al riguardo quanto sostenuto da F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 191-193 e ID., *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2007, 438, ossia che lo sviamento di potere costituisce lo strumento adeguato a censurare i provvedimenti adottati dalle autorità indipendenti nell'esercizio della funzione di regolazione i cui effetti si palesino meramente dirigistici.

A margine di questo dibattito sia consentito osservare che la diversità di vedute che si registra in dottrina dipende in buona misura dalle incertezze che sussistono in ordine alla definizione del concetto di interesse pubblico. Se tale si considera l'interesse che l'amministrazione assume come proprio in forza di una legge e in vista del quale le sono attribuiti poteri autoritativi, può essere ragionevole sostenerne l'incompatibilità con l'adozione di misure condizionali, ossia criteri di comportamento che vincolano i soggetti privati. Ma se si considera l'interesse pubblico come un interesse della collettività che l'amministrazione è chiamata a realizzare (cioè se si insiste sulla strumentalità dell'attività amministrativa rispetto all'interesse più che sulla soggettivizzazione dello stesso in capo all'autorità), la prospettiva cambia radicalmente e non sembra errato ritenere che anche la funzione di regolazione è protesa alla realizzazione di interessi pubblici definiti dal legislatore o dal costituente.

⁶ A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 108 ss. Sui poteri impliciti cfr. anche l'ampio saggio di G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, 704 ss., 735, che, dopo aver individuato le origini della moderna teoria dei poteri impliciti nell'ottava sezione dell'art. 1 della Costituzione USA, distingue i poteri impliciti che si esprimono in atti normativi da quelli che danno luogo a provvedimenti: questi secondi, incidendo direttamente sulle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari, richiedono - secondo l'A. - una copertura più pregnante perché devono fare i conti con il principio di tipicità.

L'evoluzione normativa degli ultimi decenni ha non di poco ridotto il novero dei poteri impliciti: cfr. il panorama offerto da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, *passim*. Ad esempio, l'annullamento d'ufficio, la revoca, la convalida, la sospensione, oggi previsti dalla l. 241/1990 come riformata dalla l. 15/2005, prima non avevano una espressa previsione normativa e la sussistenza del relativo potere in capo all'ente pubblico veniva dedotta o dalla posizione di supremazia dell'amministrazione (emblematicamente espressa dalla formula dell'autotutela: v. per tutti, F. BENVENUTI, *Autotutela (Diritto Amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, cit., 1781 ss.) oppure considerata come un corollario di altri poteri (per esempio, i poteri di ritiro erano considerati espressione dello stesso potere di provvedere: v. per tutti, G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 337). Lo stesso dicasi per il potere di coazione, adesso previsto dalla legge e tradizionalmente spiegato ricorrendo alla autoritatività del provvedimento (ad esempio, M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., ora in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2004, 558 s. (da cui si cita anche in seguito). La necessità di una base legislativa è stata sostenuta da F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 1812-1815, e sviluppata, tra gli altri, da A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, 819 ss.; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, 305 ss.; D. SORACE, *Promemoria*, cit., 749 s.; sulla "crisi" della nozione di autotutela v. pure G. GHETTI, *Autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987, 82. Per un recupero dell'idea che il potere di esecuzione non richieda l'espressa attribuzione normativa, v. G. GRÜNER, *L'esecutorietà del provvedimento amministrativo e la sua crisi*, in *Dir. Amm.*, 2011, 330 ss., e soprattutto ID., *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit., *passim*, 367, dove è formulata la seguente tesi: "poiché, in forza del principio costituzionale di buon andamento dell'Amministrazione, il

deroga solo apparente. È vero, infatti, che la legge, non attribuendo espressamente il relativo potere, a maggior ragione non indica gli interessi che tali provvedimenti devono perseguire. Nondimeno, il potere implicito non si pone in contrasto con la *ratio* del principio di nominatività – ossia che il provvedimento costituisca attuazione di uno specifico valore normativo – proprio perché si tratta di una facoltà che, per definizione, è strumentale alla realizzazione di un interesse espressamente attribuito alle cure dell'amministrazione. La configurabilità del potere implicito, in definitiva, è condizionata all'esistenza di un nesso tra valore da attuare e provvedimento tanto forte da non essere necessaria l'espressa attribuzione normativa del potere medesimo.

Nella determinazione preventiva del valore da attuare risiede, secondo una opinione quasi unanimemente accolta, la distinzione fondamentale tra provvedimento e negozio di diritto privato, stipulato dalle parti per realizzare interessi propri⁷. Mentre l'autonomia privata è espressione della libertà dei soggetti di scegliere autonomamente i fini della propria azione (salvo il limite dell'illiceità), la discrezionalità amministrativa non include il potere dell'ente di individuare gli interessi da realizzare tramite il provvedimento: questi sono previsti dalla legge. Rispetto al contenuto dell'atto di autonomia vi sarebbe dunque una sorta di indifferenza dell'ordinamento che non è dato riscontrare nei confronti della parte dispositiva del provvedimento, esercizio di discrezionalità⁸.

provvedimento amministrativo – di principio – deve essere eseguito, anche contro l'opposizione, o a fronte dell'inerzia, dei soggetti amministrati; poiché, in forza dei principi desumibili dagli artt. 103, co. 1, e 113, co. 1, Cost. – ai quali risulta pienamente conforme, sotto il profilo in esame, il diritto processuale vigente, sia civile che amministrativo – l'Amministrazione, a tal fine, non può – di principio – adire alcuna istanza giurisdizionale; ne deriva, evidentemente, in forza di una lettura congiunta di questi principi costituzionali, che l'esecutorietà del provvedimento amministrativo, lungi dal poter essere relegata ad una “anomala eccezione”, deve considerarsi, tutto al contrario, come un elemento sistemico del diritto amministrativo italiano, o – se si vuole – come un principio generale dello stesso. Laddove si intenda condividere questa tesi, ne consegue anche che l'esecutorietà – sul piano dogmatico – non è, propriamente, né una qualità del provvedimento amministrativo, né – meno che mai – un potere “alieno” rispetto a quello manifestato dal provvedimento medesimo: essa, invece, si rivela – in linea di principio – come un attributo costituzionalmente necessario del potere amministrativo in quanto tale (...) il vero tratto distintivo del potere amministrativo rispetto al così detto potere privato”.

Una ricognizione dei poteri impliciti tuttora sussistenti è in G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 739 ss.

⁷ Coerentemente con la distinzione tra tipicità e nominatività, afferma F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, cit., 351 s., che il negozio, a differenza del provvedimento, che lo è per natura, non può mai essere nominato; non è invece il carattere della tipicità che distingue le due figure perché entrambe “possono rientrare in tipi previsti dalle legge, salvo il fatto che ciò che per il negozio è un'eventualità per il provvedimento è, invece, una necessità”.

⁸ Per la distinzione in questi termini tra negozio giuridico – espressione di autonomia privata – e provvedimento amministrativo – esercizio di discrezionalità amministrativa, v. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 25, di cui è utile riportare il passo: “il termine «autonomia privata» sta a designare (...) quella sfera di disposizione, caratterizzabile sostanzialmente, di un soggetto giuridicamente tipico, qual'è il soggetto privato: l'attività di questi ha per caratteristica sostanziale appunto la libertà(...) e quindi anche l'autonomia privata ha, per carattere *sostanziale*, quello di essere libera. La discrezionalità è invece da intendere come una sfera di disposizione di meno ampia dimensione, e di caratteristica formale (limite positivo), in quanto può essere attribuita a più soggetti giuridicamente differenti (...). Il margine dispositivo cui essa da luogo non

La distinzione è senz'altro efficace sul piano descrittivo: risponde al vero – quantomeno in termini generali – che il provvedimento amministrativo persegue scopi prefissati dalla legge, a differenza del contratto che è invece strumento di autoregolamentazione degli interessi delle parti; ed è conseguenza di questo tratto differenziale che “esula dal paradigma di validità del contratto o del testamento una considerazione dell'interesse – nel senso che il contratto o il testamento non possono essere scrutinati dal giudice o comunque dall'organo chiamato a stabilirne la validità alla stregua dell'interesse che la parte o le parti intendevano realizzare. Per contro rientra nello schema di validità del provvedimento amministrativo questo aspetto funzionale (rispetto all'interesse che è doveroso perseguire e soddisfare)”⁹.

Tutto ciò non significa, tuttavia, che sia possibile distinguere comportamenti programmatici privi di funzionalizzazione (il negozio) e comportamenti programmatici viceversa funzionalizzati (il provvedimento).

In realtà ciascuno di essi, e quindi anche il negozio di diritto privato, costituisce un frammento della dinamica di attuazione dei valori giuridici, cioè un momento in cui il sistema culturale del diritto si evolve tramite la introduzione di nuovi valori o di nuove relazioni tra valori o più semplicemente tramite la specificazione di valori attuativi preesistenti. Ogni comportamento programmatico giuridicamente rilevante pertanto si candida a misura di attuazione di un valore preesistente, salvo verificare nel concreto se tale attuazione si sia realizzata – e quindi se l'esistenza del comportamento programmatico sia giustificata rispetto ai valori (validità assiologica) – o meno (invalidità assiologica).

può essere paragonato a quello del soggetto privato che agisca in sede di pura autonomia, perché la qualifica sostanziale dell'attività amministrativa è di essere una cura di interessi pubblici assunti come fini dallo Stato”.

La posizione di Giannini è sostanzialmente condivisa dalla gran parte della dottrina successiva. Si segnalano in particolare gli ampi svolgimenti di F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo* (1964), in *Scritti giuridici*, cit., 47-55. Secondo l'A. “nel contratto si esprime un potere giuridico di autonomia, al quale è inerente un momento insopprimibile di libertà; il provvedimento è invece manifestazione dell'*imperium*, ed è espressione puntuale di un'attività dovuta” nel senso che “l'autorità amministrativa *deve* agire per la realizzazione degli scopi stabiliti dalla legge, avvalendosi degli strumenti che la stessa legge all'uopo predispone”. Dello stesso A. v. *L'attività amministrativa*, cit., 260 ss.

La distinzione è condivisa da G. CORSO, *Validità*, cit., 88 s., il quale tuttavia sposta il discorso sul piano del diritto positivo. A livello costituzionale, il principio di legalità impone che il potere amministrativo si fondi su una attribuzione normativa; non così l'autonomia privata, che fa parte della autonomia riconosciuta dalla Costituzione alle persone (art. 2 e, sotto forma di libertà di iniziativa economica, art. 41). “Il negozio giuridico costituisce espressione di un potere “genericamente” riconosciuto al privato purché munito di capacità di agire (art. 1322 e art. 2 cpv. c.c.)”; il provvedimento è espressione di “uno “specifico” potere di provvedere “fondato” da una legge attributiva di “competenza”: sicché, come si è detto con formula tuttora insuperata, «mentre l'individuo può fare tutto ciò che non gli è espressamente vietato, l'amministrazione può fare soltanto ciò che la legge espressamente le consente di fare» (la citazione è tratta da G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge* (1924), in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 89); cfr. altresì G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars interpretandi*, 2002, 438; da ultimo, sulla concezione di Giannini, G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sui poteri pubblici e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, 128.

Per la distinzione tra autonomia privata e potere discrezionale v. altresì E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo*, cit., 1960, 156 ss.

⁹ G. CORSO, *Validità*, cit., 90.

Se ne deve desumere che non v'è comportamento programmatico in relazione al quale si possa dire che l'ordinamento assume una posizione di indifferenza. Ogni comportamento programmatico assiologicamente valido ha una propria funzionalità, mentre ogni comportamento programmatico assiologicamente invalido rappresenta un che di intimamente disfunzionale. Il negozio non fa eccezione e la sua funzionalità non è quindi qualitativamente diversa da quella del provvedimento. La tesi opposta si basa su un argomento tendenzialmente corretto, ovvero che le parti utilizzano il negozio per la realizzazione dei propri interessi¹⁰, ma rifiuta ingiustificatamente di considerare che proprio la regolamentazione convenzionale degli interessi privati è il valore fondamentale che il negozio è chiamato ad attuare¹¹.

Quel che può mutare – e di fatto muta – è solo il grado di specificità di tale valore, da cui dipende l'intensità (e l'evidenza) del vincolo funzionale gravante sul comportamento programmatico. Il principio di nominatività esprime un grado elevato di specificità del valore da attuare e pertanto connota il provvedimento amministrativo in termini più visibilmente funzionali: realizzando così quel fenomeno che la dottrina classica descrive in termini di carattere positivo del vincolo finalistico¹².

Va infine considerato che il contenuto e l'intensità del vincolo funzionale a carico dei comportamenti programmatici dipende dalla positiva struttura dell'ordinamento e non da operazioni astratte di modellistica concettuale¹³. Come tale, esso varia a seconda del modo in cui si evolve l'ordinamento in funzione degli interessi considerati meritevoli di tutela (cioè assunti tra i valori giuridici) che pongono le condizioni di giustificazione del comportamento programmatico.

Prova ne sono le vicende del contratto, rivelatosi struttura ben più flessibile e neutrale rispetto a quanto le classificazioni dogmatiche potessero far credere¹⁴: tradizio-

¹⁰ V. F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., 52 s.: “Anche sotto l'aspetto funzionale, tra contratto e provvedimento v'è una ben netta differenza: mentre il contratto compone gl'interessi in gioco, il provvedimento realizza o quantomeno assicura la prevalenza dell'interesse pubblico sugli interessi del singolo, in una situazione di conflitto attuale o potenziale”. Da qui la critica alla categoria del contratto di diritto pubblico: l'interesse pubblico “che nel modello legale del provvedimento assume una precisa rilevanza come motivo o causa (secondo un ordine di concetti che non occorre qui discutere), nel quadro del negozio bilaterale può assumere rilievo solo *come interesse di una parte*; gli scopi ulteriori, gli interessi pubblici superindividuali ed oggettivi sono del tutto estranei alla funzione del regolamento reciproco che è propria del contratto”.

¹¹ In tal senso un importante spunto è in G. CORSO, *Relazione conclusiva*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 417.

¹² Sulla funzione positiva delle norme che regolano l'attività amministrativa v. G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., 203 s.

¹³ Vale sempre l'ammonimento di S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, cit., 89: “la società e la storia bussano alla porta del giurista, ed egli non può fingersi sordo, o tentare di abituarsi al rumore, per non subirne più la molestia”.

¹⁴ Chi parla di “morte del negozio” fa riferimento, in realtà, al tramonto (o presunto tramonto) del negozio così come delineato dalla dogmatica tradizionale e non sembra tenere sempre nella dovuta considerazione la flessibilità dei modelli giuridici e il fatto che gli istituti sono conformati dal diritto positivo (e non il contrario). Sulla “morte del negozio” v. F. GALGANO, *Il problema del negozio giuridico*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1976, 463

nalmente concepito come luogo in cui la libertà dei privati domina e l'ordinamento si preoccupa soprattutto della sua formazione libera e consapevole, esso oggi appare ai più funzionalizzato alla realizzazione dei valori del mercato¹⁵ oppure ai valori della persona¹⁶ e della giustizia (la c.d. "giustizia contrattuale"¹⁷). In questa chiave, infatti, la dottrina contemporanea legge il complesso dei controlli diretti sul regolamento contrattuale, cioè sull'intrinseca correttezza dell'assetto di interessi diviso dalle parti, introdotti dalla legislazione soprattutto sulla spinta del diritto europeo¹⁸.

C) Il principio di tipicità indica invece che il provvedimento non può dar luogo ad effetti diversi da quelli predeterminati dalla legge¹⁹. Attiene cioè alla "legalità dei mezzi"²⁰ e comporta che la decisione dell'amministrazione non introduce nuovi valori nell'ordinamento ma si limita a rendere operativi, traducendoli in effetti, valori predeterminati a livello normativo.

L'interesse a che, in presenza di determinate condizioni, il diritto di proprietà sia estinto e trasferito in capo all'amministrazione oppure l'interesse a che, in determinate

ss.; ID., *Negozio giuridico, II - Diritto privato: a) premesse problematiche e dottrine generali*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 932 ss.; N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, cit., 572 ss.

¹⁵ Secondo N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, cit., 575 ss., il predominio del mercato e delle sue leggi, imponendo la *standardizzazione* degli scambi tra consumatori o risparmiatori, segnerebbe la fine del negozio come mezzo di estrinsecazione dell'autonomia privata, le cui regole sono ormai le regole del mercato; *contra* V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico*, cit., 583, secondo cui "l'assunzione del mercato a principio direttivo del sistema è idea inammissibile, oltre che improponibile. Non il mercato ma la persona è il valore di vertice e di centro del sistema del nostro diritto positivo. In quanto espressione di una logica economicistica e patrimonialistica, il mercato resta e deve restare in posizione subordinata e servente rispetto alla persona e ai suoi valori esistenziali". Per l'idea che il mercato sia in funzione strumentale rispetto alla realizzazione della persona e dei suoi valori v. più diffusamente P. PERLINGIERI, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato*, Padova, 1996, 106 ss.

¹⁶ Osserva V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico*, cit., 584, come, una volta riconosciuto che al vertice dell'ordinamento è il valore della persona, che si pone "quale criterio fondamentale di qualificazione di tutti gli altri valori del sistema e dello stesso ordinamento, anche il negozio si configura necessariamente come oggetto di valutazione e come tale non può al tempo stesso proporsi, per la contraddizione che nol consente, quale autonomo e originario criterio di qualificazione".

¹⁷ Sulla giustizia contrattuale v., *ex plurimis*, G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2000, 21 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004; F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. Impr. Europa*, 2005, 509 ss.; V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, 537 ss.; ID., *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il contratto in trasformazione*, cit., 337 ss.

¹⁸ Sul passaggio dal controllo sulla perfezione della fattispecie alla adeguatezza del regolamento contrattuale v. le chiare pagine di V. SCALISI, *Dal controllo dell'atto al governo del regolamento*, in *Il contratto in trasformazione*, cit., 155 ss.; ID., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, ivi, 206 ss.; ID., *Giustizia contrattuale e rimedi*, cit., 337 ss.; ID., *La conclusione del contratto tra regole e principi*, ivi, 325 ss.; ID., *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, ivi, 378 ss.; in diritto amministrativo l'argomento è stato utilizzato per una rifondazione della categoria della nullità su basi funzionali da M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 81 ss., *passim*, e, più di recente, da G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 226 ss., che fa leva soprattutto sull'abuso del diritto per dimostrare l'affinità tra i modelli di sindacato sui poteri pubblici e sui poteri privati.

¹⁹ G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 735. Più ampia la nozione di tipicità accolta da D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 65, che la identifica nella previsione da parte della legge degli effetti dei provvedimenti autoritativi, "oltre che dei presupposti, degli organi competenti ad emanarli e dei procedimenti relativi".

²⁰ M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 26.

condizioni, il patrimonio giuridico di un soggetto sia accresciuto con il diritto di aprire un esercizio commerciale, oppure ancora l'interesse a che, in determinate condizioni, venga rimosso un limite all'esercizio di un diritto sono tutti interessi giuridici, cioè valori, preesistenti al singolo provvedimento amministrativo. All'amministrazione è attribuito il compito di manifestare, attraverso il provvedimento, il suo giudizio in ordine alla ricorrenza in concreto delle condizioni in presenza delle quali tali valori devono trovare attuazione e quindi tradursi in effetti giuridici.

Ciò posto, devono essere tenute in considerazione alcune non secondarie ipotesi di deroga al principio di tipicità.

Accade infatti che la norma attributiva del potere si limiti ad indicare il valore da attuare e le condizioni in cui si presenta concretamente l'esigenza di attuazione, senza però prefigurare sul piano astratto gli effetti cui il provvedimento può dar luogo, ovvero senza indicare alcun valore attuativo. È il caso, tipico, del potere di ordinanza; ed è il caso anche dei poteri impliciti, dal momento che la mancata previsione normativa degli stessi, se non determina il conferimento all'amministrazione della facoltà di agire per realizzare interessi diversi da quelli normativamente predeterminati, in realtà comporta l'assenza di una indicazione circa i mezzi che essa può mettere in opera.

D) Alla luce dei principi di nominatività e tipicità, il provvedimento amministrativo può essere raffigurato come un comportamento programmatico stretto in una relazione tra valori, attuando e attuativo, imposta dalla norma.

La predeterminazione del valore attuativo ne esclude il carattere normativo e consiglia di concepirlo come fattispecie. Con l'eccezione delle ipotesi di deroga al principio di tipicità, laddove, in mancanza della predeterminazione normativa del valore da attuare, il provvedimento assume una funzione autenticamente normativa, ovvero quella di introdurre nuovi valori nel sistema o nuove relazioni tra valori preesistenti.

Nel contesto di valori indicato vanno ricercate le condizioni di giustificazione dell'esistenza del provvedimento. Esso, infatti, esprime quelle istanze selettive che stanno a fondamento della categoria della validità assiologica del provvedimento e della possibilità del suo contrario (l'invalidità assiologica).

Ora, queste istanze selettive riguardano il provvedimento solo in quanto manifestazione di preferenze e disposizioni preferenziali, le quali, a loro volta, scaturiscono dal complesso di giudizi che si articolano nel corso della funzione, cioè dell'*iter* formativo della decisione. Per individuarne la portata, non si può dunque prescindere dalla considerazione dell'attività che precede l'adozione del provvedimento.

2. Considerazioni introduttive sul processo decisionale. La distinzione tra giudizio di rilevanza e giudizio di efficacia

Il modello utilizzato dalla dottrina tedesca per descrivere ed indagare la struttura dell'attività autoritativa dell'amministrazione è quello della norma giuridica. Alla

distinzione tra fattispecie e conseguenze, propria della norma, corrisponde quella tra accertamenti amministrativi e discrezionalità. Con i primi l'amministrazione verifica in concreto la sussistenza dei fatti indicati dalla legge, e compie pertanto un'attività assimilabile al sillogismo giudiziale; esercitando la seconda, esprime la sua volontà in ordine alla disposizione degli interessi in gioco²¹.

Allo scopo di ricondurre l'attività amministrativa sotto l'architrave dello Stato di diritto e di accentuarne la funzione di esecuzione della legge²² – ruolo particolarmente evidente nelle teorie che l'accostano all'attività giurisdizionale²³ – la dottrina tedesca tradizionale, che concepisce la discrezionalità essenzialmente come “vuoto di diritto”²⁴, riporta gran parte delle scelte del potere esecutivo alla fase dell'accertamento dei fatti costitutivi²⁵, dandone quindi una lettura in termini di applicazione della legge. Secondo questa impostazione, sia che la norma contenga concetti precisi sia che contenga concetti indeterminati, l'attività dell'amministrazione si svolge nelle forme del sillogismo giudiziale²⁶ ed ha natura interpretativa²⁷; complice una concezione “cogni-

²¹ Cfr. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 14-18.

²² Lo osserva F. LEVI, *op. cit.*, 206 s.

²³ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 85; ID., *Teoria generale*, cit., 136 s.; A. MERKL, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, 1918, trad. it. *Il diritto dal punto di vista applicativo*, in *Il duplice volto del diritto*, cit., 283; ID., *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, 1919, trad. it. *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, ivi, 327 ss. In argomento v. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 53 s.; L. MANNORI, *Per una "preistoria" della funzione amministrativa. Cultura giuridica ed attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990, 330 ss.

Come osserva F. LEVI, *op. cit.*, 203 s., l'accostamento tra attività amministrativa e attività giurisdizionale si riscontra anche all'interno di posizioni dottrinali che, pur senza postulare l'identità funzionale dell'amministrazione e della giurisdizione, auspicano l'estensione delle garanzie tipiche del processo al procedimento amministrativo, considerando entrambi aspetti esteriori della funzione pubblica. Cfr., per tutti, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., 1123 ss., *passim*; E. MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 961 ss.; interessanti spunti nella direzione della lettura delle fasi del procedimento attraverso i più consolidati schemi processuali sono in M. MONTEDURO, *Il processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. Amm.*, 2010, 103 ss., dove però si rifiuta l'equivalenza tra il provvedimento amministrativo e la sentenza.

²⁴ P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. Amm.*, 1996, 304, parla di una “sorta di impostazione «invertita» del problema della discrezionalità: questa viene concepita come temperamento del principio della tutela giurisdizionale piena delle posizioni giuridiche individuali”; D. DE PRETIS, *op. cit.*, 40, mette in rilievo che, secondo l'impostazione più diffusa nell'ordinamento tedesco, la discrezionalità esiste dove la normativa è lacunosa.

²⁵ Cfr. F. LEVI, *op. cit.*, 206 ss., e AA. ivi richiamati.

²⁶ Che si articola in una premessa maggiore (la norma) e una premessa minore (il fatto), da cui discende meccanicamente la conclusione (la sentenza). Secondo questo schema, il procedimento mentale del giudice – e dell'amministrazione, per gli Autori che ne estendono la portata a tutta l'attività di applicazione del diritto – consiste nella sussunzione dei fatti accertati dentro la fattispecie. Cfr. P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in ID., *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1939, 5 ss.; A.E. CAMMARATA, *op. cit.*, 422 s.; A. ROMANO *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 12 ss. La concezione gradualista del diritto tuttavia esclude che l'applicazione della legge si svolga secondo le forme del sillogismo classico e riconosce un tasso di discrezionalità sia in capo all'organo giurisdizionale che a quello amministrativo. Cfr. A. MERKL, *Il diritto dal punto di vista applicativo*, cit., 286.

²⁷ Per un'ampia disamina di queste concezioni si rinvia a P. LAZZARA, *Scelte amministrative*, cit., 308 ss., *passim*.

tiva” dell’interpretazione²⁸, secondo la quale la soluzione “giusta” del caso, anche a fronte di concetti giuridici indeterminati, non può che essere una sola²⁹, ne deriva il completo assoggettamento delle scelte amministrative alla verifica del giudice³⁰.

Non è questa la sede per discutere la fondatezza di tale ricostruzione e dei suoi corollari nei rapporti tra amministrazione e giurisdizione. Ai fini del discorso che si conduce, nondimeno, è fondamentale osservare, senza per questo trascurare o sminuire l’importanza del momento dell’acquisizione dei dati³¹, che il processo decisio-

²⁸ R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Torino, 2004, 26 ss., distingue tra: a) teoria cognitiva o formalistica, secondo cui l’interpretazione è atto di scoperta o conoscenza del significato dei testi (Savigny; cfr. M.S. GIANNINI, *L’interpretazione*, cit., 81) suscettibile di un’unica soluzione corretta (cfr. R. DWORCKIN, *A matter of principle*, cit., 119 ss.); b) teoria scettica, secondo cui l’interpretazione non è atto di scienza, ma di volontà: è scelta. Secondo la versione moderata, essa consiste nella scelta discrezionale tra i significati che ciascun testo normativo esprime in competizione (cfr. G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, 101-107); c) teoria eclettica, secondo cui all’interno di ogni disposizione esiste un nocciolo di significato stabile e accettato ed una penombra di incertezza (Hart). L’interpretazione è atto di conoscenza allorché si tratta di decidere la qualificazione giuridica di un caso facile, che rientra sotto l’ombrello del “nocciolo duro” del significato, e atto di volontà nei casi difficili, che intercettano la zona di penombra.

²⁹ Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, 159, laddove si esprime la convinzione che l’apprezzamento interpretativo si distingue da quello discrezionale per il carattere vincolato. “Di tutte le massime di decisione, che a prima vista possono ritenersi contenute nella formula testuale della legge, una sola, in un dato momento storico, può in diritto, *de lege lata*, riconoscersi conforme al voto (senso) di essa legge nella situazione di fatto che si considera: quella, cioè, che meglio risponde alla soluzione legislativa del conflitto di interessi, al rango fra questi stabilito dalla valutazione comparativa propria della norma. Vale a dire: la decisione del caso è sempre, in teoria, univocamente predeterminata: la soluzione esatta, cioè, legittima, in quanto conforme alla valutazione legislativa delle categorie degli interessi in giuoco è, almeno in teoria, una sola”. L’illustre A. si rappresenta la possibilità della divergenza tra vedute soggettive circa il senso da attribuire ai criteri extragiuridici spesso richiamati dalle norme (“altrimenti non si spiegherebbero le raccolte di decisioni giurisprudenziali, né si giustificerebbe l’utilità di una dogmatica e di un’esperienza giuridica”): “ma, ad onta delle oscillazioni e dei contrasti della pratica, il giurista teorico riesce a vedere, al di là delle oscillazioni e dei contrasti, una valutazione normativa univoca, che esige attuazione nel caso specifico, quantunque difficile ad accertare e a precisare in relazione alle circostanze del caso. (...) Non c’è differenza di qualità nell’apprezzamento interpretativo fra l’ipotesi di disposizione precisa e l’ipotesi che all’interprete sia lasciato un più largo margine e spazio di libertà, una maggior latitudine di apprezzamento - come del resto può accadere anche nella valutazione di prove e quindi nell’accertamento del fatto”.

L’idea dell’unica soluzione giusta, osserva F. LEVI, *op. cit.*, 251 s., è sufficiente alla dottrina germanica per escludere che nella fase di accertamento dei fatti costitutivi del potere sussista discrezionalità, dal momento che quest’ultima viene definita come “possibilità di scelta tra più comportamenti (tutti ugualmente corretti o, se si preferisce, indifferenti per l’ordinamento) (*Handlung- o volitives Ermessen*)”. Cfr. altresì D. DE PRETIS, *op. cit.*, 52-59.

³⁰ F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969. Cfr., altresì P. LAZZARA, *Scelte amministrative*, loc. ult. cit. Per la tesi della piena sindacabilità dei giudizi di fatto in Italia v. F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l’apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. It.*, 1902, III, 278; *contra* E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 54 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 151 ss., secondo cui l’indeterminatezza è irriducibile perché non attiene alla norma ma alla realtà cui i concetti giuridici si riferiscono. Sul punto cfr. N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 104-106, *passim*, che prende posizione a favore della prima tesi.

³¹ Cfr. F. LEVI, *op. cit.*, 174-179, 203, 237 s., *passim*; N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, 103 ss.

nale amministrativo mal si presta ad essere concepito come attività di sussunzione del concreto nell'astratto ovvero come sommatoria di un momento sussuntivo e di un atto di volontà attraverso il quale si esercita il potere discrezionale.

Lo dimostrano, pur muovendo da presupposti concettuali differenti e approdando a soluzioni talvolta incommensurabili, gli studi sull'attività conoscitiva – che riconoscono il carattere intimamente problematico della conoscenza dei fatti³², talvolta inscrivendosi nel più ampio contesto della critica alla dicotomia tra giudizi di fatto e giudizi di valore³³; gli

³² F. LEVI, *op. cit.*, 253 ss., *passim*; C. MARZUOLI, *op. loc. ult. cit.*

³³ Il riferimento è soprattutto ad A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 257-261, dove, muovendo dalla inattingibilità dell'essenza della "cosa in sé" (il *noumeno* di cui parla Kant nella *Critica della ragion pura*), si contesta l'idea secondo cui il carattere obiettivo o subiettivo della conoscenza dipende dai caratteri intrinseci al suo oggetto (a seconda che si tratti, rispettivamente di "fatti" o di "valori"), rilevando che l'obiettività o subiettività del conoscere dipende unicamente dalla riproducibilità o irriproducibilità del processo cognitivo. Cfr. altresì A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1994; A. ROMEO, *L'impugnabilità*, cit., 317.

F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009, 45 ss., individua nell'affermarsi della teoria epistemologica falsificazionista di Popper, che oppone alla distinzione tra proposizioni scientifiche sensate e proposizioni metafisiche il criterio della falsificabilità come il solo che possa essere fatto valere per contraddistinguere una teoria scientifica, un importante momento della progressiva attenuazione della dicotomia giudizi di fatto-giudizi di valore (così anche A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, cit., 259). Secondo Popper, la conoscenza scientifica procede per individuazione di problemi, ipotesi di soluzione, e verifica delle conseguenze in base a criteri empirici (ciò in cui propriamente consiste la "falsificazione"). In questo processo - e soprattutto nella fase di individuazione delle ipotesi di soluzione - è implicata l'immaginazione dello scienziato (sulla debolezza delle premesse empiriche della ricerca scientifica v. K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970, 100 ss., spec. 106 s.; in tema cfr. G. GIOVANNINI, *Karl Popper. La razionalità nella scienza e nella politica*, Pisa, 2004, 47-52). Per un verso, dunque, la conoscenza scientifica fondata su ipotesi falsificabili "presuppone un qualche universo culturale"; per altro verso i valori sono il risultato di decisioni che, a loro volta, non sono il mero risultato di "volontaristiche opzioni", di scelte arazionali, bensì di scelte almeno "ragionevoli", conformi a "ragione sufficiente" (così F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 53). Per la critica alla distinzione tra giudizi di fatto e di valore cfr. altresì J. HABERMAS, *Verità e giustificazione*, cit., 269 ss.

Forse il principale corollario della problematizzazione della distinzione tra giudizi di fatto e giudizi di valore è la crisi della correlazione dei primi con il sindacato diretto del giudice e dei secondi con il sindacato indiretto. Il discorso sull'ampiezza del sindacato di legittimità si apre così a diverse e più complesse prospettive. Una di queste è quella percorsa da A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, cit., 255 ss., secondo cui il carattere diretto o indiretto del sindacato giudiziario dipende dal carattere soggettivo o oggettivo del giudizio dell'amministrazione e non dalla circostanza che tale giudizio sia "di fatto" o "di valore": sono giudizi soggettivi quelli "rimessi ad una decisione del valutante sottratta a qualsiasi contestazione di validità tramite il richiamo a regole convenzionalmente date"; sono invece obiettivi i giudizi che possono essere riprodotti, sulla base degli stessi parametri, da altri soggetti. L'A., inoltre, distingue valutazioni di carattere subiettivo che "facciano riferimento ad elementi a loro volta suscettibili di rilevazione obiettiva (...), ovvero ancora subiettiva": le prime sfuggono "a qualsiasi contestazione circa la scelta parametrica, ma sono direttamente verificabili da chiunque attraverso la rilevazione obiettiva dell'elemento cui la regola di giudizio si riferisce" (ad esempio: la valutazione subiettiva secondo cui "Filippo II di Macedonia è stato un grande re" diventa suscettibile di verifica oggettiva se chi la formula dichiara di utilizzare il criterio dell'incremento territoriale della Macedonia sotto il regno di Filippo II); le seconde, invece, sfuggono a "qualsiasi contestazione che non attenga alla coerenza interna del ragionamento valutativo" (ad esempio, se il criterio utilizzato per affermare che "Filippo II di Macedonia è stato un grande re" è quello della bellezza delle opere pubbliche da lui realizzate).

Spezzata la correlazione tra natura della valutazione amministrativa e tipo di sindacato (cfr. D. DE PRETIS,

studi sulla discrezionalità amministrativa³⁴ – che la definiscono come ponderazione di interessi pubblici e privati mettendone in luce la dimensione politica³⁵ o che la riportano alla interpretazione, di quest'ultima accogliendo però una concezione anti-mecanicista³⁶; e le moderne teorie della interpretazione e del ragionamento giudiziale – che postulano la partecipazione attiva dell'interprete, con i suoi pregiudizi, alla soluzione del caso³⁷ e smentiscono il valore logico del sillogismo³⁸.

op. cit., *passim*, 307-310, dove si osserva che – almeno in astratto – nulla osta all'assoggettamento al controllo giurisdizionale persino delle valutazioni propriamente discrezionali, dal momento che anche la scelta in ordine alla disposizione degli interessi può “essere operata in relazione ad un parametro di natura pienamente conoscitiva, allo stesso modo delle scelte tecniche”), la dottrina ha cercato altrove la giustificazione di aree di riserva in favore dell'amministrazione. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., 217, ha rinvenuto il fondamento della riserva delle valutazioni tecniche nella maggiore adeguatezza dell'amministrazione rispetto al giudice a risolvere il dubbio tecnico, adeguatezza che deriva dai “molteplici, diretti e sistematici raccordi” della prima con la società (principio di legalità e principio democratico, altre forme di rappresentanza, partecipazione degli amministrati). Secondo D. DE PRETIS, *op. cit.*, 307 ss., *passim*, la riserva all'amministrazione delle valutazioni (discrezionali e non) “di interesse pubblico” – riserva che deve comunque trovare fondamento nella legge – trova giustificazione in una particolare “competenza” della stessa in questo campo (in altre parole: dall'essere il soggetto più attrezzato per compiere tali valutazioni), che le deriva da un'organizzazione improntata ai principi di imparzialità e buon andamento.

³⁴ Per un panorama delle dottrine cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 67 ss.

³⁵ Secondo M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 51 ss., l'amministrazione agisce all'interno di uno spazio di libertà positivamente limitato dall'interesse pubblico indicato dalla norma attributiva del potere, operando una ponderazione tra l'interesse essenziale (quello indicato dalla norma attributiva) e gli interessi pubblici secondari. La ponderazione consiste nella *rilevazione degli interessi in campo (momento del giudizio) e ordinazione lungo una scala di valore (momento della volontà)*; osserva che la formula della ponderazione è servita innanzitutto a esprimere “il ruolo per così dire politico dell'agire amministrativo” L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, in *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., 66, secondo cui il carattere “politico” della discrezionalità emerge anche all'interno del dibattito tra l'indirizzo paritario e quello anti-paritario che insiste sul tradizionale schema antagonistico autorità-libertà (190 ss.); del resto lo stesso M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 98, nel replicare a Mortati scriveva “chi nella discrezionalità vede delle norme non scritte, non si rende conto che una delle ragioni più valide della discrezionalità è la sua strumentalità politica nel senso augusto del termine”.

³⁶ L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 250 ss., *passim*; ID., *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, cit., 80 s.; ID., *Dell'autorità e del consenso*, in *Diritto e amministrazione*, Torino, 2011, 180 s., e note. Critico nei riguardi della concezione ermeneutica della discrezionalità E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008, *passim*, sulla base dell'argomento che la presenza di profili di opinabilità nell'applicazione delle norme non è fenomeno peculiare dell'attività amministrativa. Si potrebbe replicare che proprio questo è l'assunto fondamentale della teoria che accosta la discrezionalità all'interpretazione, sicché la critica finisce per risolversi nella stigmatizzazione dell'utilizzo del termine “discrezionalità”, in nome del c.d. diritto amministrativo paritario.

³⁷ L'opera fondamentale in questo senso è notoriamente H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Milano, 2004, spec. 312 ss.; J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), Napoli, 1983, 112 ss. Nella dottrina amministrativistica S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 23 s.

³⁸ G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, 51, fonda la critica al sillogismo sul rilievo che “la vera e grande opera del giudice” consiste nel formulare le premesse della sua decisione, e non invece nel dedurre da queste una conseguenza: sicché “quel che il giudice fa di logico è cosa da nulla; e quel che fa veramente, non è logico!” (cfr. J. ESSER, *op. cit.*, 49, che cita K. Michaelis: “ogni argomentazione logica è

In definitiva, la “scoperta della complessità” all’interno del processo decisionale amministrativo³⁹ ne sconsiglia la rappresentazione in termini di sintesi di una serie meccanica di giudizi di fatto cui si aggiunge un atto di libera volontà⁴⁰. Si deve infatti riconoscere, per un verso, che il momento conoscitivo è problematico e, per altro verso, che quello dispositivo non è arbitrario⁴¹.

La rilevata complessità, peraltro, non esclude che possa essere individuato un criterio ordinativo del molteplice, ma impone di ricercarlo su di un piano di elevata generalità⁴². Soccrono in questa ricerca le scansioni fondamentali dell’intervento giuridico nella realtà sociale, vere e proprie invarianti del sistema.

Tale intervento si articola in un momento valutativo e in uno propriamente dispositivo. All’interno di entrambi, in realtà, vengono svolte valutazioni, ma con la diversa denominazione si intende segnalare che nella prima fase, quella strettamente valu-

coercitiva solo nell’ambito delle premesse stabilite”). La dottrina favorevole al sillogismo oppone che la premessa di fatto del ragionamento logico-deduttivo è a sua volta il risultato di una serie di sillogismi precedenti. In questo senso v. A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., 32 ss. In modo condivisibile G. CALOGERO, *op. cit.*, 51 s., osserva che: “la svalutazione del puro elemento logico, supposto quale momento costitutivo della più semplice deduzione, non sarà già sanata dal ricollegamento di tale deduzione ad altre, ma si estenderà anzi a svalutazione completa di tutto il complesso deduttivo”. L’A. sostituisce allo schema del sillogismo quello della sussunzione: “c’è un unico giudizio sussuntivo della realtà di fatto sotto la norma di diritto” (64). Rilievi critici sul sillogismo anche in F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 232 s., che mette in rilievo come “la questione di fatto e quella di diritto non si svolgono indipendentemente, ma si intersecano di continuo tra loro”.

³⁹ Complessità che emerge particolarmente nello studio di M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 175 ss.

⁴⁰ Anche presso la dottrina tedesca si è progressivamente fatta strada l’idea che talvolta l’amministrazione opera vere e proprie scelte anche in sede di attribuzione di significato ai concetti normativi (soprattutto a quelli indeterminati): cfr. D. DE PRETIS, *op. cit.*, 22 s., 59 ss., dove si precisa tuttavia che gli autori tedeschi tendono comunque ad escludere l’immedesimazione tra il potere di apprezzamento dei fatti (*Beurteilungsspielraum*) e il potere discrezionale come potere di scelta; P. LAZZARA, *Scelte amministrative*, cit., 311-314.

Si apre così il problema dei limiti entro i quali è possibile riscontrare la presenza di un *Beurteilungsspielraum*. Parte della dottrina ne afferma l’ammissibilità solo in presenza di una autorizzazione legislativa implicita o esplicita (P. LAZZARA, *Scelte amministrative*, cit., 316. Già Jellinek sosteneva che, perché si abbia discrezionalità, non basta che la norma risulti imprecisa o ambigua, occorrendo che tale indeterminatezza sia voluta del legislatore: v. F. LEVI, *op. cit.*, 253). Altri autori ricorrono al principio di legittimazione democratica dell’amministrazione (P. LAZZARA, *Scelte amministrative*, cit., 317 s.), mentre altri ancora (P. LAZZARA, *Scelte amministrative*, cit., 319 s., ad esivamente), spostando il discorso sul piano delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino, sostengono che vi è riserva solo quando la legge non attribuisce un diritto al cittadino, salvo dover poi ricorrere a criteri indiziari per stabilire se sussiste o meno tale diritto. Vi è, infine, una concezione dottrinale che svaluta la tradizionale distinzione tra fase dell’impostazione della decisione e fase decisoria in senso stretto, sul presupposto che ogni qual volta la legge, tramite i concetti indeterminati, concede una libertà di determinazione alla amministrazione, viene a questa ultima demandata una operazione di concretizzazione della legge, connotata sempre da discrezionalità (P. LAZZARA, *Scelte amministrative*, cit., 322).

Si ricorda, peraltro, che l’idea della esistenza di un margine di elasticità dei concetti indeterminati era il presupposto della nota concezione di Jesch e di Heck, secondo cui all’interno del concetto indeterminato si deve ravvisare un nucleo duro (*Begriffkern*) e un alone indeterminabile (*Begriffhof*) (F. LEVI, *L’attività conoscitiva*, cit., 258).

⁴¹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 275 ss.; D. DE PRETIS, *op. cit.*, 18.

⁴² A. FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., 599 ss.

tativa, il giudizio giuridico si appunta sulle situazioni di fatto e sugli interessi in esse implicati e serve a valutarne la rilevanza per l'ordinamento giuridico; mentre, invece, nella seconda fase esso è proteso ad individuare un effetto giuridico idoneo a risolvere il conflitto di interessi prospettato dal fatto rilevante⁴³.

Tale distinzione, opportunamente integrata, rappresenta una solida base per l'analisi giuridica del processo decisionale amministrativo. Come si vedrà a breve, consente di mettere in luce i rapporti tra la decisione e il contesto di valori entro il quale il provvedimento deve trovare giustificazione e, pertanto, serve a individuare la portata e l'oggetto di quei vincoli funzionali che, ad una considerazione sintetica, costituiscono le condizioni per la validità assiologica del provvedimento.

Prima di procedere in questa direzione, peraltro, è d'uopo dichiarare la consapevolezza dei limiti di qualsiasi tentativo di distinguere diverse fasi all'interno del processo decisionale amministrativo e di ordinarle dal punto di vista logico e cronologico: la complessità delle operazioni coinvolte e il grado di soggettività in esse implicato sono fattori che escludono che l'*iter* formativo della decisione possa essere ingabbiato entro schemi prefissati, se non *a posteriori*⁴⁴. Si stima tuttavia che la distinzione tra giudizio di rilevanza e giudizio di efficacia possa resistere a questa obiezione sia per l'elevato grado di generalità che la caratterizza sia perché sprovvista dell'ambizione di descrivere dal punto di vista fenomenico una realtà di cui si riconosce il carattere mutevole e inafferrabile.

3. *Giudizio di rilevanza sui fatti parziali, giudizio di rilevanza sul problema amministrativo, giudizio di efficacia: i condizionamenti assiologici e i riflessi sulla validità del provvedimento*

A) La prima fase del processo decisionale consiste nell'attività conoscitiva della p.a.. Essa presenta profili di somiglianza con la ricerca storiografica⁴⁵.

La conoscenza storica "non tende ad una «indiscriminata» riproduzione dei dati", la quale del resto sarebbe "impossibile per l'inesauribilità estensiva ed intensiva del dato medesimo", ma "procede di volta in volta alla determinazione del proprio campo

⁴³ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., 599 ss.

⁴⁴ L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, cit., 100; per l'esigenza di "analizzare l'attività in momenti logici, che sono formulabili unicamente in categorie generali" v. F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., 217; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro Amm.*, 1987, 3168, che distingue: fase della predeterminazione di indirizzi e criteri, fase conoscitiva, momento della ponderazione degli interessi, decisione in senso stretto; A. POLICE, *op. cit.*, 90, che distingue: fissazione di una scala di valori e criteri d'azione - le c.d. "scelte di base" (135), "raccolta di informazioni concernenti le linee strutturali, funzionali e di causalità dell'ambiente" al fine di stabilire "le strategie possibili ed accessibili a ciascun fine, le probabilità che queste strategie raggiungano gli obiettivi prefissati ed il costo di ciascuna di queste strategie insieme al vantaggio derivante dalla realizzazione dei fini" (142), decisione.

⁴⁵ Secondo la brillante intuizione di F. LEVI, *op. cit.*, 240 ss.

di ricerca: e tale selezione entro la realtà empirica è consentita da un principio di scelta, offerto precisamente dall'interesse o dagli interessi del ricercatore⁴⁶. Lo storico cioè compie una cernita tra il materiale probatorio a sua disposizione, individua i "fatti significativi" in rapporto all'interesse che muove la sua ricerca.

Ora, come l'interesse che muove la ricerca guida lo storico, così la fattispecie normativa indirizza l'amministrazione nella selezione dei fatti. Anch'essa, cioè, tramite l'attività conoscitiva non mira ad una "indiscriminata riproduzione di dati" ma alla individuazione dei c.d. fatti significativi, ovvero di quelli che stanno in una qualche relazione con la fattispecie normativa⁴⁷. La differenza con la conoscenza storica si riduce dunque a ciò, che mentre il ricercatore individua tale criterio in autonomia, l'amministrazione lo trova etero-determinato da parte della legge.

La facoltà riconosciuta dalla legge ai privati di introdurre nel processo decisionale amministrativo fatti ulteriori rispetto a quelli ricercati dall'amministrazione non contraddice la necessità del momento selettivo, che rimane una prerogativa dell'amministrazione. Lo si può ricavare dall'art. 10, primo comma, lett. b, della legge 241/1990 che, attribuendo agli interessati il diritto di depositare memorie scritte e documenti, subordina la presa in considerazione dei medesimi ai fini della decisione ad un giudizio di "pertinenza"⁴⁸. L'istituto della partecipazione, dunque, mette in discussione la regola dell'identità tra colui che ricerca i fatti e colui che li seleziona, imposta dal modello tradizionale incentrato sui poteri officiosi dell'amministrazione, ma non smentisce la necessità del momento selettivo riservato all'amministrazione⁴⁹ – che, al contrario, è avvertita in misura crescente, direttamente proporzionale all'aumento della complessità dei fatti rappresentati⁵⁰.

In definitiva, tanto che siano ricercati direttamente dall'amministrazione tanto che

⁴⁶ F. LEVI, *op. cit.*, 241.

⁴⁷ Cfr. F. LEVI, *op. cit.*, 243, dove si rileva anche che l'attività conoscitiva dell'amministrazione presenta analogie con il modo in cui il giudice risolve la *quaestio facti* sottoposta alla sua attenzione dalle parti. Anche lì, infatti, esiste un nesso di tipo dialettico tra la soluzione della questione di diritto e quella di fatto, per cui la determinazione del contenuto precettivo della fattispecie normativa svolge una funzione assimilabile a quella che nella attività dello storico è assolta dall'interesse che muove la ricerca, cioè serve da guida nella selezione dei fatti rilevanti.

⁴⁸ G. CORSO - F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991, 99; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1993, 133 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., 338 ss., che però distingue il giudizio sulla pertinenza dal giudizio sulla rilevanza dei fatti rappresentati; F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 39.

⁴⁹ In questo senso F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, cit., 347-350, secondo cui il cittadino attraverso l'istituto della partecipazione "dispone" del problema amministrativo, eventualmente anche aumentandone in misura considerevole la complessità, ma sempre allo scopo di agevolare l'opera selettiva della amministrazione in vista di una soluzione conveniente ed opportuna. Sul punto cfr. E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Perugia, 1983, 83; F. FRACCHIA, *op. cit.*, 34, 39 ss.; S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione*, Milano, 2004, 98-100.

⁵⁰ Il riferimento è alla tesi di N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., 97 ss., secondo cui ad un aumento della complessità si deve necessariamente fare fronte con un aumento di potere (da qui la nota affermazione secondo cui nella società complessa non si deve temere il troppo potere, ma il troppo poco potere).

siano alla stessa prospettati dai privati, i fatti sono sottoposti ad una selezione. In termini giuridicamente più appropriati, può dirsi che l'amministrazione opera sempre una valutazione sulla loro rilevanza alla luce della fattispecie normativa⁵¹. L'attività conoscitiva si risolve in un complesso di giudizi selettivi e costituisce pertanto un'attività in una certa misura creatrice e non di recezione passiva di dati empirici⁵².

Ciò detto, è necessario approfondire la natura del nesso che lega la fattispecie normativa e i fatti rilevanti, il che equivale a chiedersi quale sia il criterio della ricerca e selezione dei medesimi.

Secondo una importante teorizzazione, quando la norma contiene una descrizione precisa dei fatti costitutivi del potere, l'amministrazione opererebbe una mera attività di riscontro, la selezione essendo stata interamente compiuta a livello legislativo: "la ragione per cui l'autorità amministrativa compie un'indagine volta ad appurare l'esistenza dei fatti così puntualmente descritti" risiede nel fatto stesso della loro previsione normativa⁵³.

La situazione, invece, sarebbe molto diversa nel caso in cui la norma, contenendo concetti generici o indeterminati, non consente questo tipo di riscontro. In tali ipotesi la tesi secondo cui la attività conoscitiva consiste comunque nella sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta sarebbe aprioristica, specie laddove afferma che l'interpretazione è in grado di definire in modo univoco la portata di ogni termine impiegato dal legislatore⁵⁴. Muovendo dalla considerazione che vi è una antinomia tra la funzione descrittiva della fattispecie giuridica e l'intrinseca indeterminatezza del contenuto di certi vocaboli⁵⁵, si ritiene che "le categorie indeterminabili non indicano un tipo di fatti, o di comportamenti, la cui sussistenza in concreto deve essere accertata prima dell'emanazione del provvedimento"; esse, piuttosto concorrono alla descrizione dell'interesse pubblico specifico "che rappresenta il canone fondamentale dell'agire dell'organo amministrativo"⁵⁶. Tale interesse serve come guida all'indagine conoscitiva della amministrazione, che deve "considerare l'intera situazione storica per stabilire se esista un qualche fatto che, dal punto di vista in cui essa si pone, sia significativo"⁵⁷. "In conclusione, quando la fattispecie di un potere com-

⁵¹ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 244.

⁵² Il processo decisionale "impegna gli uffici amministrativi competenti in un'attività di conoscenza, che per aspetti non certo secondari si pone al tempo stesso come attività creativa": F. LEDDA, *La concezione*, cit., 242. Cfr. altresì A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 277 s.; A. TIGANO, *Premesse per uno studio su: pluralismo istituzionale e legittimazione a resistere*, in *Scritti per Enzo Silvestri*, Milano, 1992, 568; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000, 113; A. ROMEO, *L'impugnabilità*, cit., 319 ss.

⁵³ F. LEVI, *op. cit.*, 266, 268. Ne consegue che se l'amministrazione commette un errore, considerando rilevante un fatto non corrispondente alla fattispecie normativa, ciò si ripercuote direttamente sul provvedimento determinandone l'invalidità sotto il profilo della violazione di legge.

⁵⁴ F. LEVI, *op. cit.*, 253.

⁵⁵ F. LEVI, *op. cit.*, 260 s.

⁵⁶ F. LEVI, *op. cit.*, 262.

⁵⁷ F. LEVI, *op. cit.*, 262-264.

prende delle categorie indeterminabili o vaghe, l'attività conoscitiva dell'organo amministrativo – momento necessario dell'esplicazione del potere medesimo – tende ad accertare dei fatti non in quanto sono previamente descritti dalla legge, bensì in quanto sono in qualche modo connessi con l'interesse pubblico"⁵⁸.

Secondo la tesi così riassunta, il criterio-guida nella individuazione dei fatti rilevanti sarebbe qualitativamente diverso a seconda che la fattispecie contenga o meno concetti giuridici indeterminati. La differenza tra i due criteri – nel primo caso l'interesse pubblico e nel secondo la descrizione normativa – sarebbe tale da imprimere una struttura e una funzione diversa all'attività conoscitiva, la quale nella prima ipotesi si caricherebbe di un ruolo selettivo autonomo che è invece sconosciuto nella seconda.

Queste conclusioni, per molti versi illuminanti, meritano probabilmente una rettificazione.

Per quanto sia innegabile che l'attività di ricerca dei fatti significativi si svolga in modo diverso a seconda che la descrizione normativa sia precisa o imprecisa (avendo l'amministrazione nell'un caso una precisa cognizione dei fatti da ricercare e nell'altro caso una cognizione solo approssimativa), non sembra condivisibile la tesi secondo cui tale attività cambia natura nell'una o nell'altra ipotesi. Essa, infatti, si definisce sempre come attività strumentale alla posizione del problema amministrativo, cioè alla individuazione del fatto complesso in relazione al quale l'amministrazione deve poi decidere se sussiste l'esigenza di attuazione del valore affidato alle sue cure.

Questa unitarietà di fondo esclude che il condizionamento assiologico dei giudizi di rilevanza sui fatti parziali operi solo quando la norma ne offre una descrizione sommaria tramite concetti giuridici indeterminati. Al contrario, sembra che l'intuizione secondo cui l'interesse pubblico indicato dalla norma costituisce il criterio per la selezione dei fatti meriti di essere generalizzata, nel senso che la rilevanza dei fatti parziali dipende sempre dalla loro connessione di senso con il valore da attuare⁵⁹. Quando

⁵⁸ F. LEVI, *op. cit.*, 264.

⁵⁹ Secondo J. HABERMAS, *Conoscenza e interesse*, Roma-Bari, 1970, 142 ss., del resto, qualsiasi attività di tipo cognitivo sottintende un interesse del ricercatore. L'A. distingue tre tipi di conoscenza: quella delle scienze empirico-analitiche, volte alla ricerca di leggi; quella delle scienze storico-ermeneutiche, volte alla comprensione del senso; quella delle scienze critico-riflessive, volte ad elaborare una teoria critica dell'uomo e della società. Alla base di ciascun tipo di conoscenza esiste un ben preciso interesse: "all'approccio delle scienze empirico-analitiche inerisce un interesse conoscitivo teorico, a quello delle scienze storico-ermeneutiche uno pratico e a quello delle scienze orientate criticamente l'interesse conoscitivo emancipativo. Più in particolare, alla base delle scienze empirico-analitiche stanno interessi conoscitivi condizionati da interessi tecnici, cioè obbedienti alla logica dell'agire strumentale". Alla base delle scienze storico-ermeneutiche stanno interessi pratici condizionati dall'ideale di una possibile intesa comunicativa fra i *partners* del dialogo interpersonale. Alla base delle scienze orientate criticamente, che concepiscono l'auto-riflessione in vista dell'auto-liberazione, stanno interessi emancipativi diretti a costruire una società esente dal dominio.

Sull'interesse pubblico come "regola arbitraria" all'interno del processo decisionale amministrativo v. G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo ed autoamministrazione*, in *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano, 1994, 1307; A. ROMEO, *L'impugnabilità*, cit., 344; N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, 119, discorre di un "giudizio di riferibilità dei singoli fatti (...) al senso della norma".

la norma contiene indicazioni precise, la connessione è solo meno evidente, in quanto oscurata dall'immagine della sussunzione.

Da questo rilievo emerge il primo condizionamento assiologico del processo decisionale amministrativo. Esso è impresso dal valore da attuare, incarnato dall'interesse pubblico individuato a livello normativo. Una cernita dei fatti parziali non operata alla stregua di tale valore comporta l'invalidità assiologica dell'eventuale provvedimento che l'amministrazione decidesse di adottare. Esso, infatti, non potrà trovare giustificazione sul piano dei valori per il semplice fatto di costituire risposta ad un problema mal posto.

B) Secondo alcune importanti dottrine, dalla aggregazione dei fatti rilevanti scaturisce il "problema amministrativo"⁶⁰, ossia l'entità fattuale complessa, *costruita dalla stessa amministrazione*⁶¹, rispetto alla quale è commisurata successivamente la decisione di provvedere e il contenuto dell'eventuale provvedimento.

In particolare, la posizione del problema sarebbe seguita dall'individuazione di una serie di alternative di decisione da parte dell'amministrazione, rispetto alle quali è successivamente operata la scelta finale⁶². Compito della riflessione critica sui dati acquisiti sarebbe di "prospettare le alternative possibili (nell'ambito della legge) ed i loro effetti pratici"; più in particolare, di "determinare in astratto, nel quadro delle decisioni tra cui la legge consente all'amministrazione di scegliere, le varie soluzioni che soddisferebbero i singoli interessi"; quindi di "stabilire le conseguenze, volute o no, che le diverse soluzioni potrebbero produrre sul piano della realtà storica"⁶³.

La tesi riecheggia motivi tipici della teoria delle decisioni⁶⁴, spesso utilizzata negli ultimi decenni dalla dottrina amministrativistica per dimostrare la razionalità intrin-

⁶⁰ Per questa espressione v. F. LEDDA, *La concezione*, cit., 241 ss.; ID., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, cit., 333 ss.

⁶¹ F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, cit., 263: "Il problema non è suscettibile di una semplice rilevazione oggettiva, ma è già in sé stesso il risultato d'indagine, e si presenta in termini diversi secondo il modo in cui il soggetto osserva, seleziona e poi collega i vari fatti da lui considerati, almeno in termini ipotetici, come significativi in una certa situazione". L'A. si richiama a J. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine*, Torino, 1974, 131 ss.

⁶² F. LEVI, *op. cit.*, 227; la stessa impostazione in F. LEDDA, *La concezione*, cit., 243; ID., *L'attività amministrativa*, cit., 263.

⁶³ F. LEVI, *op. cit.*, 227, il quale aggiunge: "la scelta tra di esse è opera successiva della volontà". Per questa tesi, dunque, il vincolo legislativo opera più che altro sul piano dell'impostazione delle premesse della decisione. L'ordinamento limita il potere amministrativo mercé la predeterminazione delle alternative di decisione, che resta essenzialmente un atto di volontà dell'organo.

⁶⁴ Soprattutto nella versione propugnata da H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1958, 43 ss., *passim*. Secondo l'A., fautore della teoria della c.d. razionalità limitata, il processo decisionale si svolge in tre fasi: individuazione delle strategie alternative; determinazione delle prevedibili conseguenze di ciascuna strategia; valutazione comparata delle stesse e scelta finale. Il richiamo alla razionalità limitata segnala l'esigenza di una conclusione del processo decisionale (la scelta drastica) e differenzia questa teoria da quella della decisione razionale, secondo la quale, dopo aver individuato le alternative di soluzione e le relative conseguenze, il decisore dovrebbe comparare le conseguenze di ogni alternativa con gli obiettivi preventivamente fissati e scegliere la soluzione che meglio realizza il risultato. Sul punto cfr. A. POLICE, *op. cit.*, 94 s., il quale tra l'altro osserva che nella realtà dell'ordinamento giuridico l'amministrazione non può operare secondo gli schemi logici della teoria delle decisioni perché non dispone di una scala di preferenze rigidamente predeterminata da parte del legislatore (136).

seca alla funzione pubblica⁶⁵. È forse in controtendenza rispetto all'opinione oggi più accreditata, dunque, che sembra doversi rilevare come la scienza dell'amministrazione, formulando le sue proposizioni, crei modelli di decisione razionali (o a razionalità limitata) idonei, più che a descrivere uno stato di cose, a prescriverlo. Se è così, allora l'utilizzo di quei modelli come strumento di analisi è sconsigliabile: essi, nella misura in cui non trovano radicamento nel diritto positivo, non rappresentano niente più che *congetture* in ordine al modo di operare dell'amministrazione^{66 67}.

Non si vuol dunque negare che l'amministrazione, a seguito della riflessione critica sul problema, sia in condizione di individuare un complesso di alternative di decisione tra le quali effettuare la scelta (il che, del resto, è plausibile: basta considerare che il problema, quale aggregato dei fatti significativi, è altresì il luogo della rappresentazione degli interessi coinvolti nella vicenda, ciascuno dei quali prospetta una misura realizzativa)⁶⁸; quanto osservare che *nella prospettiva del diritto* non è dato riscontare alcuna esigenza di formulazione di tali alternative, né di assumere la decisione alla luce di una valutazione comparativa delle stesse: sicché fare affidamento su questo modello potrebbe essere fuorviante.

Il modo migliore per proseguire nell'analisi, pertanto, sembra quello di mantenere fermo lo schema, forse semplificatorio ma proprio per questo universale, che ruota intorno alla coppia giudizio di rilevanza – giudizio di efficacia. In quest'ottica, non resta che rilevare che l'amministrazione, dopo aver individuato gli esatti termini del problema amministrativo e gli interessi in esso implicati, è chiamata a prendere posizione sul problema. Ciò che, però, non avviene immediatamente con la predisposizione di un effetto giuridico: tra il momento della posizione del problema e quello della sua soluzione si innesta un momento terzo, in cui l'organo decide se il problema ricostruito richiede l'attuazione di un valore giuridico rimesso alle sue cure⁶⁹.

Viene così in gioco un nuovo giudizio di rilevanza, avente ad oggetto non più i sin-

⁶⁵ A. POLICE, *op. cit.*, 88 ss.; A. ROMEO, *L'impugnabilità*, cit., 287 ss.

⁶⁶ Con ciò non si vuol negare l'importanza per il giurista degli studi di scienza dell'amministrazione e in particolare della teoria delle decisioni, quanto piuttosto affermare l'esigenza di un atteggiamento critico nei confronti delle proposizioni provenienti da queste scienze. In questo senso anche F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, cit., 264, il quale, però, si pronuncia a favore di un ampio utilizzo della teoria delle decisioni ai fini della ricostruzione dogmatica del processo decisionale amministrativo.

⁶⁷ Le "congetture" operate dalla teoria delle decisioni sono simmetriche alle "congetture" operate dalla teoria ermeneutica dell'interpretazione di cui parla R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 22 s. Secondo la tesi dell'ermeneutica, notoriamente, il processo interpretativo avrebbe una struttura "eminente-mente dialettica" (cfr. F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 189 s.), e si comporrebbe di tre "circoli" (precomprensione-testo; testo-testo; fatto-testo). Il che, osserva Guastini, è possibile, ma non può essere verificato: resta il fatto, cioè, che l'interpretazione, siccome attività mentale, non è suscettibile di analisi.

⁶⁸ Cfr. E. CARDI, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *op. cit.*, 109 ss.

⁶⁹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 285: "alla fase di prospettazione della situazione problematica segue quindi la vera e propria decisione, nella quale (...) l'organo agente valuta se intervenire e, nel caso, a quale misura ricorrere".

goli fatti (che possiamo definire *fatti parziali*) ma il problema amministrativo nella sua interezza⁷⁰ e finalizzato a decidere se in esso ricorre o meno la esigenza di attuazione del valore in cura all'amministrazione. Il giudizio sulla rilevanza del problema risponde ad una semplice logica binaria (rilevante/irrilevante). Se ravvisa l'esigenza d'attuazione, l'amministrazione accede al giudizio di efficacia; viceversa il processo decisionale si interrompe. Per cui dalla decisione circa la rilevanza o l'irrilevanza del problema amministrativo dipende la determinazione in ordine al provvedere o al non provvedere.

La decisione negativa, nell'ipotesi in cui l'attività conoscitiva sia stata svolta a seguito di una richiesta di provvedimento proveniente dal privato, assume le forme del provvedimento di diniego, da concepire come vero e proprio rifiuto di provvedere⁷¹; mentre invece non è oggetto di alcun comportamento manifestativo quando l'amministrazione abbia officiosamente proceduto alla determinazione del problema⁷².

Abbiamo visto che il criterio di validità dei giudizi sui fatti parziali è il valore da attuare, inteso come l'interesse pubblico astratto. Del resto, esso solo preesiste all'attività conoscitiva ed esso solo, dunque, può costituirne il criterio di validità⁷³.

Le cose stanno in modo diverso per il giudizio di rilevanza sul problema ammini-

⁷⁰ Pur in un diverso quadro ricostruttivo, la distinzione tra giudizio di rilevanza sull'intera fattispecie e sotto-giudizi di rilevanza sui fatti presupposti che la compongono è stata elaborata da F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 127.

⁷¹ Cfr. F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, cit., 127 ss., secondo cui il provvedimento negativo, considerato come atto, ha l'effetto di produrre l'estinzione del dovere d'ufficio mentre, considerato come comportamento, rappresenta l'adempimento all'obbligo di pronuncia previsto nell'interesse del privato". In tema di recente E. FOLLIERI, *Atto autoritativo e giurisdizione. Poteri di trasformazione e poteri di conservazione*, in AA.VV., *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti. Annuario AIPDA 2011*, Milano, 2012, 43 ss., 63-67, secondo cui l'atto negativo rappresenta l'estrinsecazione del potere di conservazione (contrapposto al potere di trasformazione) di cui è titolare l'amministrazione e il cui effetto tipico è quello di non produrre alcun effetto. Critico nei confronti di questa tesi M. MONTEDURO, *op. cit.*, 140, secondo cui il provvedimento negativo differisce da quello positivo perché produce esclusivamente l'effetto minimo, "ossia l'effetto dichiarativo in ordine alla fissazione dei fatti materiali e giuridici" e non anche l'effetto pieno, ossia l'effetto costitutivo. All'effetto dichiarativo – osserva l'A. – non si accompagna quello preclusivo perché quest'ultimo deriva dal fatto successivo della inoppugnabilità.

⁷² In entrambe le ipotesi – quella del rifiuto e quella della interruzione dell'attività da parte di una amministrazione che l'abbia avviata d'ufficio – secondo F. LEVI, *op. cit.*, 218 s., l'attività amministrativa si risolve in una pura e semplice acquisizione dei dati: l'esito negativo dell'attività conoscitiva in ogni caso recide il presupposto per l'esercizio del potere dispositivo, cioè per la determinazione dell'atto di volontà da parte della pubblica amministrazione. Le cose stanno in modo più complesso secondo la prospettiva delineata nel testo, dal momento che l'interruzione o il rifiuto di provvedere, in quanto espressioni della decisione circa l'irrilevanza del problema amministrativo, costituiscono momenti del processo decisionale logicamente distinti dalla fase propriamente conoscitiva.

⁷³ Qualsiasi utilizzo del concetto di validità implica infatti "una presupposizione di criteri e di norme": cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico?*, cit., 61.

L'impossibilità logica di utilizzare l'interesse pubblico concreto come criterio guida nella selezione dei fatti è messa in luce da A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 283 s., che osserva: "l'interesse pubblico concreto non può apparire infatti, se non *a posteriori*, immanente nella situazione reale considerata, rappresentando invece, nel *fieri* del procedimento amministrativo, il risultato di una sintesi tutt'altro che prevedibile e *a priori* scontata (tant'è vero che esso scaturisce sovente da episodi di «contrattazione» tra parti inizialmente contrapposte)".

strativo. Trattandosi di stabilire se gli interessi da esso emergenti richiedono o meno l'adozione del provvedimento, anche tale giudizio è assiologicamente condizionato dal valore da attuare⁷⁴: ma questo valore – si tenterà subito di dimostrare – non è più incarnato dall'interesse pubblico astratto bensì dall'interesse pubblico concreto⁷⁵.

Procedendo con ordine, sembra utile introdurre la distinzione tra valori giuridici generici e specifici (*rectius*, più o meno generici o più o meno specifici), a seconda del maggiore o minore grado di predeterminazione normativa delle ipotesi in cui si presenterà l'esigenza di attuazione⁷⁶. La presenza dei concetti giuridici indeterminati è indice di un valore da attuare generico, mentre la presenza di concetti giuridici determinati di un valore da attuare più specifico⁷⁷.

Ora, quando nella norma sono presenti concetti giuridici indeterminati (e quindi anche il valore da attuare è individuato a livello legislativo in modo generico), l'attività di ricerca e selezione dei fatti parziali si carica di una funzione determinativa del valore da attuare. Selezionando i fatti alla luce dell'interesse pubblico astratto – attività di cui si è già osservato il carattere creativo –, l'amministrazione infatti non solo individua le componenti del problema amministrativo ma anche svela il significato della norma nel caso di specie: più appropriatamente, specifica il valore da attuare⁷⁸. Quest'ultimo, dunque, a conclusione dell'attività conoscitiva non si presenta più nei termini in cui si presentava all'avvio e lungo il corso della ricerca e selezione⁷⁹.

⁷⁴ L'aspetto assiologico-funzionale della operazione di qualificazione del fatto è messo in luce da F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, cit., 365: "il rilievo dei c.d. presupposti di legittimità dell'atto (ma sarebbe più corretto, in verità, parlare di presupposti diretti della norma d'azione e di presupposti solo indiretti del provvedimento) è proprio quello d'indicare, in modo implicito o predeterminato, in quali fattispecie concrete sussista l'interesse che la legge ha inteso proteggere e, conseguentemente, d'indicare anche la concreta giustificazione funzionale dell'esercizio della forza giuridica. Sicché la mancanza, in una puntuale circostanza fattuale, di detti presupposti è ragione per sostenere che, con il provvedimento, è stata violata la norma che prevede i medesimi presupposti, sia la funzione implicitamente manifestata".

⁷⁵ La dottrina tende a non distinguere il giudizio sulla rilevanza dei fatti parziali dal giudizio sulla rilevanza del problema e quindi ad individuare il criterio-guida di entrambi nello stesso valore. Così ad esempio A. POLICE, *op. cit.*, 132, il quale individua nell'interesse pubblico concreto il termine di riferimento e confronto sia per il reperimento dei dati che per la loro valutazione.

⁷⁶ Distingue tra determinazione precisa e imprecisa dell'interesse pubblico da parte della norma R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1942, 42 ss.

⁷⁷ Si tratta solo di una indicazione di massima. In realtà, i concetti indeterminati sono composti da un nucleo duro (*Begriffkern*) e un alone indeterminabile (*Begriffhof*). Questo significa che la genericità dei valori giuridici – nel senso indicato nel testo – non è mai totale: esiste sempre la possibilità di identificare *ex ante* e con sicurezza almeno un (o anche più) caso(i) in cui vi è necessità di attuazione.

La tesi della corrispondenza dell'indeterminatezza assiologica all'indeterminatezza linguistica è sostenuta da parte della dottrina con riferimento alle clausole generali, dalle quali i concetti giuridici indeterminati si distinguerebbero perché connotati da una indeterminatezza meramente linguistica. Sul punto cfr. E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. Dir., Annali*, V, Milano, 2012, 196.

⁷⁸ Riconduce esattamente questo procedimento circolare, dal fatto alla norma, alla tematica interpretativa N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, 119; in termini simili A. ROMEO, *L'impugnabilità*, cit., 341.

⁷⁹ Sulla riduzione della complessità che si realizza nel corso del procedimento v. E. CARDI, *L'istruttoria nel procedimento*, cit., 109.

Dall'interesse pubblico astratto si passa all'interesse pubblico concreto, ad un interesse cioè che "sta sul piano della realtà"⁸⁰, una creazione dell'amministrazione⁸¹ alla quale sono commisurate sia la scelta se adottare o meno il provvedimento sia, in caso di scelta positiva, il contenuto della decisione⁸².

Il giudizio di rilevanza del problema amministrativo è dunque condotto alla luce di un valore attuativo specifico, che può esser tale già a livello normativo o tale divenire a seguito dell'attività conoscitiva. Il condizionamento assiologico, pertanto, è sempre

⁸⁰ F. LEVI, *op. cit.*, 308.

⁸¹ Sull'interesse pubblico concreto come "creatura" dell'amministrazione v. tra i primi E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 6: l'amministrazione, di volta in volta, specificando l'astratto interesse pubblico indicato dalla legge, valutandolo nella complessità storica della situazione data, lo rende concreto. L'interesse pubblico concreto è dunque stabilito dalla stessa amministrazione attraverso l'iter procedimentale-conoscitivo, sia pur alla luce dell'obiettivo politico che ha stabilito il legislatore. L'operazione di concretizzazione, e quindi la "giuridicizzazione" dell'interesse pubblico, avviene tramite un giudizio informato ai principi generali che regolano l'attività amministrativa, cioè i principi di imparzialità e buon andamento, siccome enunciati dall'art 97 della Costituzione.

Da ultimo, per una ricostruzione del processo di concretizzazione dell'interesse pubblico v. A. ROMEO, *L'impugnabilità*, cit., 136-144. Osserva A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 106 ss., 115, 128 ss., che la complessità dei processi decisionali, tipica dello stato pluriclasse, non consente la predeterminazione da parte del legislatore dell'interesse pubblico: "la fissazione di una scala di valori non può essere rinvenuta nella legge, né ricondotta alla volontà del legislatore". La concezione dell'amministrazione come esecuzione della legge, pertanto, deve fare i conti con il fatto che l'effettiva esecuzione di previsioni legislative non costituisce altro che una "piccola parte dell'attività che l'Amministrazione pubblica svolge quotidianamente nella cura dei pubblici interessi". Secondo l'A., la teorica dell'interesse pubblico come fine indicato dalla legge, che costituisce altresì la causa del provvedimento, è fondamentalmente erronea in quanto "non tiene in considerazione che l'interesse, comunque definito, rappresenta sempre il risultato di un'astrazione, anzi è astrazione per sé stesso e che, proprio per via dell'astrattezza, non si può mai dire, come si pretende, che esso costituisce un vincolo o un limite, esterno o interno che sia, di tale attività". Da qui la esigenza della formulazione da parte dell'amministrazione di "scale di valori e di preferenze per la identificazione dell'interesse pubblico puntuale". L'interesse pubblico concreto, come prodotto dell'attività amministrativa, si configura alla stregua di "una entità dinamica e dialettica che viene determinata attraverso un confronto ed uno scontro di molteplici interessi che emergono nella situazione reale. L'azione amministrativa, quindi, va intesa come attività di individuazione e di valutazione della concreta e specifica esigenza dell'interesse pubblico primario stabilito dalla norma e, al contempo, come attività di ponderazione degli interessi coinvolti nel giudizio sulla determinazione dell'azione da svolgere per il perseguimento dell'interesse primario". Cfr. altresì M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 258 ss., 335; F. MANGANARO, *op. cit.*, 112 ss.; P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, 37 s., nota 20, dove si afferma tra l'altro che "l'interesse pubblico non è un *prius* rispetto agli interessi privati e particolari in contesa, ma ne è piuttosto la risultante".

Ora, che l'interesse pubblico concreto sia la risultante di un complesso di interessi in conflitto è senz'altro da condividere, ma non lo è altrettanto l'idea che tale conflitto riguardi "interessi privati e particolari in contesa": tra gli interessi in conflitto vi è anche l'interesse pubblico individuato dalla norma, altrimenti l'amministrazione svolgerebbe una mera funzione arbitraria e non si giustificerebbero i poteri amministrativi conferitili dalla legge.

⁸² Nella decisione, dunque, (come osserva M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 224) non deve essere visto "un evento giuridico che produce nella molteplicità dei casi concreti l'effetto della continua riaffermazione della superiorità di un interesse dato e riconosciuto a priori come «pubblico». Piuttosto, essa va intesa quale modalità di risposta ad un problema che sorge quando uno o più interessi influenti nella dimensione dell'interesse generale si attivano per trovare un diverso riscontro in questa dimensione, determinando in essa delle tensioni e provocando una inevitabile dialettica - che può sfociare anche nella contrapposizione e nel conflitto - con il complesso degli altri interessi presenti".

stringente: l'esistenza di valori attuativi generici e di concetti giuridici indeterminati non implica un maggiore margine di libertà per l'amministrazione nel decidere della rilevanza del problema, per il semplice fatto che, nel momento in cui tale giudizio viene operato, il valore generico e i concetti indeterminati hanno subito un processo di specificazione e determinazione.

Così come avviene per i giudizi di rilevanza sui fatti parziali, la mancata adozione del valore da attuare quale criterio del giudizio di rilevanza sul problema amministrativo determina l'invalidità assiologica dell'eventuale provvedimento. La decisione circa la sussistenza della necessità di provvedere, infatti, non può trovare giustificazione se non operata in relazione all'interesse pubblico concreto, cioè al valore di cui nel caso specifico l'ordinamento esige attuazione.

C) Il giudizio di efficacia, che segue necessariamente l'attribuzione di rilevanza del problema, consiste nella concreta determinazione dell'effetto giuridico.

Si tratta, a ben guardare, della fase più oscura del processo decisionale amministrativo: la dottrina stenta a descriverne la fisionomia, dividendosi tra gli opposti di chi la considera come il momento in cui viene semplicemente messo in opera un criterio di decisione già individuato nella fase precedente⁸³ e chi la concepisce come momento in cui, complice l'assenza del vincolo giuridico, la volizione dell'organo si esprime al massimo grado⁸⁴. Nell'uno e nell'altro caso, la determinazione dell'effetto è percepita come di scarso rilievo giuridico⁸⁵: nel primo, perché si tratta della mera trasposizione sul piano effettuale di una decisione già interamente assunta nell'esercizio della discrezionalità; nel secondo, perché è frutto di una scelta tra diverse alternative corrette, scelta rispetto alla quale l'ordinamento pertanto manifesta indifferenza⁸⁶.

⁸³ Per l'idea che l'amministrazione, là dove non la trova nella legge, pone da sé medesima la regola per la propria azione nel caso concreto, regola che poi determina la decisione v. G. CODACCI-PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 115 ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 158; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi* (1947), in *Scritti giuridici*, I, cit., 288; F. BASSI, *La norma interna*, cit., 271 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 309 ss., che parla di "proposizione giuridica discrezionale". In un'ottica di teoria della decisione, si distingue tra decisione (determinazione del voluto) e volizione (comando ordinato all'azione): cfr. A. POLICE, *op. cit.*, 89.

Cfr. la critica di F. LEVI, *op. cit.*, 225, secondo cui questa concezione costituisce "l'ultimo, più raffinato, prodotto della teoria logicistica della genesi della decisione, che la equipara sempre ad un sillogismo pratico: con la differenza che la premessa generale non è più una norma generale ed eteronoma, ma – secondo quanto si ritiene – un giudizio di valore, o pratico, specifico ed in una certa misura autonomo". Prosegue l'A.: "in verità non è dato comprendere come si distingua il giudizio di valore per il caso concreto e la volizione conseguente".

⁸⁴ F. LEVI, *op. cit.*, 225.

⁸⁵ V. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 286 ss.

⁸⁶ In altre parole: se si concepisce la fase di posizione del problema amministrativo come il momento di individuazione delle alternative ammesse dalla legge, si tende a leggere il momento di produzione dell'effetto come frutto della scelta tra quelle alternative. Se invece si individua la sostanza del processo decisionale nella identificazione del concreto valore di azione, si determina la conseguenza opposta: ovvero quella di concepire la posizione dell'effetto come un momento meramente formale, in cui il risultato della discrezionalità viene trasfuso nel provvedimento.

Nessuna di queste letture, tuttavia, è da condividere. Si è già visto, infatti, che la posizione del problema non è seguita dalla individuazione delle alternative di soluzione, quanto da un giudizio sulla rilevanza del problema stesso, finalizzato a decidere se la situazione concreta segnala una esigenza di attuazione del valore in cura all'amministrazione. Per cui, come non appare accettabile la tesi che vede nella determinazione dell'effetto una scelta tra le alternative possibili prospettate dal problema, così va parimenti escluso che la fase pre-dispositiva, come la si voglia intendere, si concluda con la fissazione di un valore di azione che poi viene meccanicamente trasfuso nel provvedimento⁸⁷. Ed infatti, se decide per la rilevanza del problema, l'amministrazione riscontra una esigenza di attuazione e giammai identifica una o più soluzioni dello stesso. Ciò avviene in un momento logicamente separato, che è esattamente quello della determinazione dell'effetto giuridico, da intendere in chiave funzionale come la risposta alla esigenza di attuazione emergente dal problema.

Secondo l'impostazione che si segue, il giudizio di efficacia merita dunque una considerazione autonoma e separata dalle fasi precedenti del processo decisionale, che sono dedicate alla individuazione del problema e alla decisione in ordine alla sua rilevanza. Con queste ultime l'amministrazione pone a sé stessa una domanda; attraverso il giudizio d'efficacia vi risponde.

Tale considerazione, estensibile a ogni relazione tra fatto ed effetto giuridico, consente di affermare che il criterio di validità del giudizio di efficacia è costituito ancora una volta dal valore da attuare, rispetto al quale è stata decisa la rilevanza del problema. In altri termini, l'effetto predisposto sarà valido se *conveniente* all'interesse espresso dal fatto rilevante (il problema amministrativo), vale a dire se idoneo ad attuare il valore giuridico specifico di cui l'ordinamento richiedeva attuazione in quel dato momento storico-temporale.

Si tratta adesso di soffermare l'attenzione su cosa debba intendersi per "valore da attuare" con riferimento alla validità del giudizio di efficacia. Si è visto, infatti, che il valore da attuare costituisce il criterio di validità anche dei due giudizi precedenti, cioè sia di quello funzionale alla individuazione dei fatti significativi (giudizio di rilevanza sui fatti parziali) sia di quello finalizzato alla verifica della esigenza di attuazione (giudizio di rilevanza sul problema amministrativo): mentre, però, nel primo caso il valore da attuare di riferimento è l'interesse pubblico individuato dalla norma, nel secondo si tratta dell'interesse pubblico così come concretizzato a seguito del procedimento interpretativo che si svolge nel corso della attività conoscitiva.

Con riguardo al giudizio di efficacia, tale valore non può che essere rappresentato dall'interesse pubblico concreto. Come è stato giustamente osservato, infatti, l'interesse incorporato nella norma, essendo "alcunché di astratto e di formale, universale"

⁸⁷ Osserva giustamente A. ROMEO, *L'impugnabilità*, cit., 341, che nella fase di impostazione delle premesse della decisione l'interpretazione del precetto "non conduce all'identificazione della regola atta ad ordinare l'assetto di interessi coinvolti (...), ma permette di fissare il criterio da seguire nella scelta che veicolerà l'amministrazione verso la decisione".

non “può dar vita o concorrere a dar vita ad una cosa così tanto concreta e contingente quale è un provvedimento amministrativo. Ragione del provvedimento non può essere che un interesse che esista sul piano della realtà”⁸⁸. Nello stesso senso milita l’osservazione che se, per definizione, l’effetto giuridico rappresenta la risposta concreta ad una esigenza di attuazione che scaturisce dal fatto⁸⁹, allora è quello stesso interesse – e non l’interesse pubblico astratto – a dover guidare l’amministrazione nella predisposizione dell’effetto.

Bisogna adesso considerare che la fisionomia del giudizio di efficacia muta a seconda che il provvedimento sia espressione di funzione normativa o meno. Nella prima ipotesi, l’amministrazione è chiamata ad introdurre nel sistema un nuovo valore, attuativo di quello messo in gioco dal fatto rilevante; ed è chiamata ad operare questa introduzione sul piano concreto, determinando cioè immediatamente la produzione dell’effetto giuridico. Se, invece, il provvedimento non è espressione di funzione normativa, l’amministrazione tramite il giudizio di efficacia deve semplicemente concretizzare in rapporto al fatto il valore attuativo prefissato dalla norma, dando così luogo alla produzione dell’effetto giuridico.

In queste ultime ipotesi, il giudizio di efficacia, oltre che a un *condizionamento assiologico funzionale*, rappresentato dal valore da attuare, è sottoposto ad un *condizionamento assiologico modale*, costituito dal valore attuativo normativamente predefinito. Il vincolo modale, costituito dalla predeterminazione del valore attuativo, irrigidisce il complessivo canone di validità del giudizio di efficacia: perché la decisione dell’amministrazione sia completamente giustificata non è sufficiente che dia luogo ad un effetto conveniente al problema, ma è necessario che quest’ultimo costituisca attuazione del valore indicato dalla norma. La ricerca della situazione realizzativa, cioè, si deve muovere entro i limiti segnati dalla prefigurazione dell’effetto. Tale irrigidimento del vincolo di validità è tuttavia compensato dal fatto che la predeterminazione del valore normativo agevola l’amministrazione nella individuazione dell’effetto giuridico conveniente.

Conclusivamente, il giudizio di efficacia è sottoposto ad un duplice condizionamento assiologico: funzionale e modale. Il primo è rappresentato dal valore da attuare, utilizzato in precedenza come criterio per decidere della rilevanza del fatto; il secondo riguarda solo i provvedimenti non normativi ed è espresso dal valore attuativo predefinito dalla norma.

⁸⁸ F. LEVI, *op. cit.*, 304 ss. Sull’attività amministrativa come cura di interessi pubblici concreti v. anche D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce “Atto amministrativo”*, cit., 745 ss.

⁸⁹ Il nesso di condizionalità che, secondo la struttura logica della norma, collega fatto ed effetto intercorre necessariamente tra grandezze commensurabili. Così come sul piano astratto della norma ipotetica, esso intercorre tra la prefigurazione del fatto rilevante e la prefigurazione della situazione effettuale, ovvero tra valori normativi non specificati in rapporto a determinate situazioni di fatto; così sul piano concreto, intercorre tra un singolo fatto cui è attribuita rilevanza e una altrettanto determinata situazione effettuale, ovvero tra valori normativi entrambi concreti.

4. *Osservazioni conclusive (sulla validità assiologica; sull'inesistenza del merito come "zona franca" dal diritto; sul c.d. carattere vincolato della decisione, originario o sopravvenuto)*

A) A conclusione di questi svolgimenti si può affermare che la validità assiologica del provvedimento sinteticamente consiste nella sua esistenza giustificata rispetto ai valori da attuare⁹⁰; analiticamente, è il risultato della validità dei sotto-giudizi in cui si articola il processo decisionale amministrativo: giudizio di rilevanza sui fatti parziali, giudizio di rilevanza sul problema, giudizio di efficacia.

Proseguendo nella prospettiva analitica, che a questo punto risulta essere la chiave di lettura fondamentale per una tematica altrimenti sfuggente, la validità assiologica del provvedimento presuppone: (i) che l'individuazione dei fatti significativi di cui si compone il problema sia condotta alla luce del valore da attuare così come individuato dalla norma; (ii) che la rilevanza del problema sia decisa alla stregua del valore da attuare, così come individuato dalla norma oppure, nel caso in cui l'indicazione normativa sia generica, nei termini in cui è precisato dall'amministrazione attraverso l'interpretazione della norma medesima; (iii) che l'effetto giuridico sia commisurato al valore da attuare in rapporto al quale è stata decisa la rilevanza del fatto (vincolo funzionale) e costituisca al contempo concretizzazione del valore attuativo predeterminato dalla norma (vincolo modale).

B) Le implicazioni di questo quadro concettuale sono molte, e i limiti di questo studio impongono che se ne dia conto in modo sintetico.

Iniziando dal profilo forse più rilevante sul piano del sistema, si osserva che la articolazione del processo decisionale amministrativo in diversi sotto-giudizi, unita alla considerazione del contesto assiologico di riferimento, sembra escludere l'esistenza del merito amministrativo, se per tale si intende una porzione della decisione o un novero di scelte rispetto alle quali l'ordinamento generale sta in una posizione di indifferenza. L'intero processo decisionale, infatti, è interessato da un condizionamento assiologico che, anche quando non è tanto intenso da imporre che la soluzione valida sia una sola, comunque si irradia governando tutte le operazioni valutative compiute dall'amministrazione. Non ve ne è una, si ripete, che non sia condizionata da un valore ordinamentale e che quindi possa far a meno di una giustificazione in rapporto ad esso; il fatto, poi, che nel caso concreto siano ammissibili più soluzioni, non significa che il diritto è indifferente alla scelta quanto piuttosto che altrettante soluzioni sono giustificate.

Su questi aspetti la dottrina appare contraddittoria, in particolar modo laddove afferma, per un verso, che "l'attività amministrativa è in ogni momento del suo svolgersi *giuridicamente qualificata*"⁹¹, e, per altro verso, riconosce l'esistenza del merito

⁹⁰ Il che corrisponde all'idea secondo cui l'attività amministrativa "legittimamente sussiste in quanto volta a concretizzare il sistema di cui è funzione": A. ROMEO, *L'impugnabilità*, cit., 251 s.

⁹¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 22.

come porzione di attività “non disciplinata nel suo svolgersi da norme giuridiche”⁹². Il vincolo assiologico funzionale, che si è visto riguardare tutte le fasi del processo decisionale, e quello assiologico modale, che si aggiunge nella fase del giudizio di efficacia, sono invero incompatibili con l’idea della libertà dell’amministrazione⁹³.

La stessa concezione della discrezionalità come libertà positivamente limitata (dall’interesse pubblico prefigurato dalla norma attributiva)⁹⁴ non sembra da condividere: è vero che spesso il vincolo funzionale che grava sulla decisione amministrativa ammette l’esistenza di più soluzioni “giuste”⁹⁵, ma ciò trova spiegazione non tanto in una pretesa “libertà” dell’amministrazione quanto nella variabile intensità del vincolo assiologico di validità, che il più delle volte non è stringente al punto tale da escludere una pluralità di soluzioni giustificate in rapporto ai valori da attuare⁹⁶.

C) La questione dell’esistenza di una o più soluzioni assiologicamente valide rimanda al problema della vincolatezza – parziale o totale – della decisione.

Il carattere vincolato della decisione è conseguenza di un complessivo condizionamento assiologico del giudizio, intenso al punto tale che solo una delle possibili soluzioni è giustificata in rapporto ai valori⁹⁷. Quel che usualmente si definisce come provvedimento vincolato, cioè, è in realtà l’unico provvedimento che, a fronte di un determinato problema amministrativo, è assiologicamente valido.

Anche qui, peraltro, solo l’adozione del metodo analitico consente di andare più a fondo, dal momento che il grado complessivo di vincolatezza della decisione è la risultante dei vincoli assiologici che gravano sui giudizi di rilevanza e su quello di efficacia.

Con riferimento alla fase di posizione del problema amministrativo, tutto dipende dal grado di determinatezza del valore normativo. Si può andare da un massimo di indeterminatezza, dove la legge consegna all’amministrazione solo un criterio generale per individuare i fatti parziali rilevanti, ad un massimo di determinatezza, che si

⁹² M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, II, 1941, ora in *Scritti*, II, Milano, 2002, 354; G. GUARINO, *op. cit.*, 206. L’antinomia è lucidamente rilevata da V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., 270 ss., e, dal punto di vista del sindacato giurisdizionale, da G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3166.

⁹³ Si condivide quindi l’impostazione di V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., 282 ss., che ricostruisce l’attività discrezionale in termini di doverosità; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., 49, ritiene che nessun momento dell’agire amministrativo può considerarsi libero.

⁹⁴ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., *passim*. Cfr. E. CODINI, *op. cit.*, 155 ss.

⁹⁵ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 52. Osserva F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1049 nota, che il contrasto di vedute intorno alla discrezionalità tra Giannini e Mortati ha, come principale conseguenza pratica, il ritenere da parte del primo Autore che la scelta discrezionale avviene tra soluzioni tutte astrattamente possibili e legittime, e da parte del secondo che la scelta discrezionale esatta può essere una sola.

⁹⁶ Non è qui in gioco un problema di presenza o assenza di diritto, quanto un problema di modo e intensità di intervento del diritto.

⁹⁷ Uno spunto in tal senso è offerto da R. ALESSI, *op. cit.*, 43, che, dopo aver distinto interessi pubblici normativamente determinati ed indeterminati, afferma che la legittimità del provvedimento adottato in attuazione dei primi “è data, evidentemente, dalla effettiva sussistenza di quelle condizioni di fatto indicate in modo preciso”.

realizza quando la norma fornisce una identificazione dei termini del problema amministrativo. In quest'ultimo caso, l'amministrazione in sede di giudizio di rilevanza sui fatti parziali è integralmente vincolata, essendo sprovvista di alcuna discrezionalità in ordine alla determinazione del problema.

In relazione al giudizio di rilevanza sul problema amministrativo, la questione è meno complessa.

Dal momento che il criterio di validità è qui rappresentato dal valore giuridico da attuare, così come determinato e specificato in sede di attività conoscitiva, si tratta di un giudizio fisiologicamente vincolato, che può concludersi in senso positivo o negativo senza però che entrambe le soluzioni possano trovare giustificazione: o è valida, in rapporto al valore da attuare, la decisione positiva, oppure lo è quella negativa.

Si può passare, infine, all'esame degli eventuali profili di vincolatezza del giudizio di efficacia.

Con riferimento al vincolo assiologico funzionale, benché esso sia rappresentato dall'interesse pubblico concreto, non può essere ripetuto quanto detto in ordine al carattere necessariamente vincolato del giudizio di rilevanza. Il carattere determinato del valore da attuare, mentre vincola il giudizio sulla sussistenza dell'esigenza di attuazione, può ben convivere con una pluralità di situazioni effettuali giustificate: e ciò avviene tutte le volte in cui è possibile individuare più situazioni realizzative dello stesso interesse (principio della equivalenza delle soluzioni).

Questa considerazione induce a ritenere impossibile la individuazione in astratto delle condizioni in presenza delle quali il giudizio di efficacia si fa assiologicamente vincolato, dal momento che la possibilità che vi siano più soluzioni giustificate dipende dalla particolare conformazione di certe situazioni di interesse che, per quanto specifiche possano essere, ammettono più soluzioni realizzative.

Si rivela necessaria, quindi, l'osservazione in concreto, caso per caso, della struttura del valore attuativo, al fine di comprendere se esso ammetta più situazioni realizzative o ne imponga una specifica. In questo esame bisogna considerare, inoltre, il ruolo del vincolo assiologico modale: nella eventuale pluralità di situazioni effettuali realizzative del valore da attuare, sono giustificate solo quelle che costituiscono specificazione del valore attuativo stabilito dalla norma. In tal modo può ben verificarsi che la vincolatezza, inesistente sul piano funzionale, sorga in ragione della intersezione dei due vincoli.

In termini conclusivi, pare di potersi affermare l'erroneità di un approccio semplificatorio al tema della vincolatezza del provvedimento, da concepirsi come corollario della teoria della validità (e non dell'efficacia, secondo quanto ritiene la dottrina per la quale il provvedimento vincolato non costituisce esercizio del potere).

Il provvedimento che non è vincolato in origine, perché a livello normativo il valore da attuare non si presenta in tutti i suoi aspetti determinato, comunque presenta necessariamente aspetti di vincolatezza, che derivano dal fatto che il giudizio di rilevanza sul problema amministrativo è, per le ragioni esposte, fisiologicamente e neces-

sariamente vincolato. Questo comporta che il soggetto deputato al controllo sulla validità del provvedimento (ad esempio, il giudice), una volta avuta contezza del problema amministrativo così come definito dalla autorità, può senz'altro accertare se l'amministrazione abbia deciso validamente di provvedere o non provvedere (interrompendo l'iniziativa d'ufficio o comunicando il rifiuto del provvedimento).

Agli aspetti di vincolatezza connessi al giudizio di rilevanza sul problema possono aggiungersi, combinandosi variamente, quelli relativi ai giudizi di rilevanza sui fatti parziali e al giudizio di efficacia. Con riferimento ad entrambi, però, sarà solo l'osservazione del caso concreto a consentire di decidere se la validità assiologica del provvedimento sia condizionata ad una specifica soluzione ovvero sia compatibile con più d'una.

Capitolo III

VALIDITÀ FORMALE DEL PROVVEDIMENTO

SOMMARIO: 1. La “frantumazione” del paradigma normativo e la sua critica. - 1.1. La distinzione tra norme giuridiche e norme non giuridiche, provvedimento (il)legittimo e provvedimento (in)opportuno. - 1.2. La distinzione tra norme di azione e norme di relazione, provvedimento illegittimo e provvedimento illecito. Critica: tutte le norme che compongono il paradigma sono norme di validità. – 2. Struttura del paradigma normativo e validità formale del provvedimento. - 2.1. Validità formale *stricto sensu* e validità sostanziale. - 2.2. I vincoli di validità indiretti. Relatività della distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali. - 2.3. Il problema della fonte della norma sulla produzione. - 2.4. Le norme sulla produzione tra regole, principi e clausole generali.

1. La “frantumazione” del paradigma normativo e la sua critica

1.1. La distinzione tra norme giuridiche e norme non giuridiche, provvedimento (il)legittimo e provvedimento (in)opportuno

Secondo una diffusa rappresentazione, non priva di simmetria e chiarezza, il paradigma normativo del provvedimento non si compone solo di norme giuridiche, ma anche di norme extragiuridiche (dette “di opportunità”). Quando è adottato in contrasto con le prime, il provvedimento si dice illegittimo, siccome affetto da vizi di legittimità; mentre si dice inopportuno, siccome affetto da vizi di merito, quando viola le seconde¹.

È da sempre discusso se l'inopportunità dia luogo a invalidità². Le posizioni dot-

¹ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 552, dichiara che “le due categorie della validità dell’atto amministrativo, e cioè la legittimità e l’opportunità, non presentano particolari problemi di intellesione, consistendo, rispettivamente, nella conformità della fattispecie concreta all’ipotesi normativa astratta, e nella conformità ai canoni astratti dell’opportunità amministrativa”. La distinzione, secondo l’A., è talmente chiara e il contenuto dei due concetti “talmente elementare, che spesso se ne smarrisce la coscienza”: il riferimento critico è agli Autori che negano l’esistenza della legittimità o minimizzano l’opportunità; E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 14-17, 25; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, cit., 303; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da Giuseppe Santaniello), Padova, 1993, 327; più di recente F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell’invalidità amministrativa*, Torino, 2003, 204 s.

² Sul dibattito in generale cfr. G. CODACCI PISANELLI, *L’invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 138 ss.; A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 600, 610 s.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell’affidamento*, Torino, 1999, 161 s.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell’autotutela amministrativa*, Padova, 2004, 54 ss.

trinali possono essere ricondotte a tre filoni principali. Per l'impostazione tradizionale, l'inopportunità non può dar luogo ad invalidità, non potendosi parlare di vizio in rapporto ad un atto difforme da norme non giuridiche³. La dottrina prevalente, invece, riconduce l'(in)opportunità e l'(il)legittimità all'unico genere dell'(in)validità⁴, facendo seguire da ciò che il provvedimento illegittimo può essere annullato dal giudice amministrativo in sede di legittimità e d'ufficio dall'amministrazione, mentre quello inopportuno può essere annullato dal giudice amministrativo nell'esercizio della giurisdizione di merito e l'amministrazione può rimuoverlo tramite la revoca⁵. Da questo orientamento se ne distingue un terzo, proteso ad assoggettare l'invalidità per vizi di merito alla disciplina dell'annullamento d'ufficio⁶. Esso distingue a seconda che l'inopportunità si rifletta o meno in un vizio dell'atto. Nel primo caso, l'inopportunità determina l'invalidità per vizi di merito e prelude all'annullamento (d'ufficio) del provvedimento, il cui ambito è così esteso oltre i confini dell'illegittimità; nel secondo caso, invece, l'inopportunità non determina invalidità e l'amministrazione può solo revocare l'atto⁷.

Le ultime due concezioni, ammettendo l'invalidità per vizi di merito (l'una perché equipara l'ambito del vizio di merito a quello dell'inopportunità e ascrive quest'ultima all'invalidità; l'altra perché riconduce il vizio di merito all'inopportunità invali-

³ N. PAPPALARDO, *In tema d'invalidità dell'atto amministrativo per vizi di merito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, par. 3. Nega che l'inopportunità sia uno stato viziato del provvedimento anche A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 610.

⁴ E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 25; M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 552; S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, ora in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2011, 53.

⁵ E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 26. L'Autore prosegue precisando che, quando l'inopportunità non inficia l'intero atto ma solo una parte dello stesso, si parla non più di revoca ma di riforma dell'atto inopportuno; e che, quando l'inopportunità non è originaria ma sopravvenuta, la sanzione non si attuerà con la revoca ma tramite l'abrogazione con effetto *ex nunc*. Cfr. la critica di R. ALESSI, *op. cit.*, 29, secondo cui non si può parlare di inopportunità sopravvenuta di un atto: "ciò che potrà divenire inopportuno, se mai, è l'effetto dell'atto, vale a dire, il rapporto, nella condizione in cui si è venuto a trovare a seguito delle modificazioni giuridiche prodotte dall'atto in questione".

⁶ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. Amm.*, 2008, 538, 552, il quale rileva che la dottrina cominciò a considerare invalido l'atto amministrativo affetto da vizi di merito per assoggettarlo all'annullamento d'ufficio.

⁷ La distinzione tra invalidità per vizi di merito, cui segue l'annullamento, e inopportunità non invalidante, che può dar luogo alla revoca, è di Santi ROMANO, *Annullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo* (1937), in *Scritti minori*, II, Milano, 1990, 387 ss., per il quale l'abrogazione costituisce il venir meno dell'atto valido per mutamento della situazione di fatto; in termini simili P. SALVATORE, *Revoca degli atti. III) Revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 4.

A favore della configurabilità dell'annullamento per vizi di merito v. anche G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 179 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, cit., 491; V. OTTAVIANO, *Merito (diritto amministrativo)* (1963), in *Scritti giuridici*, I, cit., 262; G. CORAGGIO, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, 2,5; contrari A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni «favorevoli» e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991, 98 e, sembra, G. GHETTI, *Annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, 269.

dante), si trovano davanti al medesimo problema, cioè quello di giustificare l'invalidità per violazione di una norma non giuridica, quali sono appunto le norme la cui violazione dà luogo a vizi di merito⁸.

Il fenomeno è stato spiegato postulando che le norme non giuridiche sono oggetto di un rinvio da parte delle norme giuridiche che regolano il provvedimento: rinvio in forza del quale la loro violazione vizierebbe l'atto nel merito⁹. La tesi, però, è stata considerata una assurda finzione della dogmatica, che, recuperando all'ordinamento – attraverso lo schema del rinvio – le “norme non giuridiche”, si ostina a non accettare l'esistenza del merito amministrativo, cioè di un'area più o meno ampia entro la quale l'amministrazione si può muovere liberamente, con il solo limite dell'interesse pubblico prefigurato dalla norma¹⁰.

Non accogliendo la tesi del rinvio, tuttavia, la portata invalidante dei vizi di merito è destinata a rimanere priva di una spiegazione convincente¹¹.

⁸ V. però R. ALESSI, *op. cit.*, 50 ss., che costruisce il vizio di merito come vizio di legalità del provvedimento, che dà luogo ad invalidità, concependo la legalità come “conformità piena e perfetta alla norma giuridica”. Il vizio di merito, cioè, non deriverebbe dal contrasto con norme extragiuridiche (di opportunità) bensì con “norme giuridiche vere e proprie, quali quelle che, costituendo il fondamento della potestà d'azione giuridica dell'amministrazione, limitano la potestà stessa mediante più o meno precise determinazioni del pubblico interesse (...), mentre il principio di opportunità (...) funziona semplicemente da mezzo di specificazione concreta per rendere possibile il passaggio dall'astratto-teorico della norma al concreto-pratico della attuazione”. L'A. tuttavia esclude che l'annullamento d'ufficio possa essere pronunciato per vizi di merito: a fronte di un atto affetto da vizio di merito è da escludere che l'amministrazione “senta la necessità di reagire” contro l'atto medesimo “togliendolo di mezzo”; essa, piuttosto, reagisce contro “l'inopportunità della situazione attuale, sorta dal provvedimento viziato in merito”. L'amministrazione agisce dunque tramite la revoca, intesa come “l'istituto che consente la ulteriore modifica di un rapporto” e non tramite l'annullamento, inteso come strumento di reazione ad atti invalidi.

Sulla dissociazione della revoca dai vizi dell'atto, operata prima da Resta e poi, più nettamente, da Alessi, v. A. CONTIERI, *op. cit.*, 60 s.; A. CORPACI, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 326 s.; G. LIGUGNANA, *op. cit.*, 54 ss.

⁹ La concezione del potere discrezionale come potestà riconosciuta all'amministrazione di compiere una attività rilevante per il diritto non completamente disciplinata dall'ordinamento e tuttavia non arbitraria in quanto governata da principi e regole non giuridiche, derivanti dalla opportunità, dalla equità, dalla politica e dalla tecnica risale notoriamente a C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale* (1936), in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, III, Milano, 1972, 997 ss.; v. altresì G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 114 ss., secondo il quale il rinvio alle norme extragiuridiche non avrebbe carattere recettizio, cioè non trasformerebbe le norme di opportunità in norme giuridiche (vicenda che si verifica invece nella diversa ipotesi della ricezione).

¹⁰ Si fa riferimento alla nota di critica di Giannini alla teoria della discrezionalità di Mortati, espressa dall'A., in *Il potere discrezionale*, cit., paragrafi 7, 12, 16, e ripresa e sviluppata in *Problemi relativi al merito amministrativo*, cit., 349 ss. Giannini si dichiara convinto del fatto che nel merito e nella discrezionalità intervengano norme non giuridiche, ma osserva che è altrettanto certo che esistano “certi margini e casi in cui il soggetto compie il suo giudizio di opportunità senza farsi guidare da alcun criterio generale: compie cioè un «nudo giudizio individuale» di attitudine di un mezzo ad un fine (opportunità)”. L'accusa rivolta a Mortati è di vedere il problema solo nei suoi termini astratti e non anche in quelli concreti.

Per un'ampia ricostruzione della polemica tra Mortati e Giannini v. G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Pol. Dir.*, 1989, 347 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., 1049 s.

¹¹ V., però, M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 552, che recisamente afferma: “la categoria dell'op-

Per giustificare il fenomeno, si potrebbe argomentare nel senso che la sanzione dell'annullamento è sicuro indice dell'invalidità del provvedimento, non essendo concepibile l'annullamento di un atto valido¹². Ma è chiaro che ragionando in questo modo si commetterebbe l'errore di spiegare una causa attraverso la conseguenza, incorrendo in una evidente tautologia, salvo non postulare la primazia del diritto processuale (o, più in generale, dei rimedi) sul diritto sostanziale¹³.

Oppure si potrebbe ritenere che l'invalidità indichi semplicemente l'azionabilità di

portunità-inopportunità essendo di teoria generale del diritto, ossia sussistendo anche in diritto privato (per esempio, in tutte le vicende di interposizione), nulla di peregrino vi è nel fatto che l'inopportunità possa portare ad (invalidità e quindi ad) annullamento dell'atto inopportuno”.

¹² R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, 36 s.; G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 167.

¹³ Il tema dei rapporti tra diritto sostanziale e processo è tra i più discussi della teoria generale e del diritto processuale e non può certamente essere ripercorso in questa sede. Limitando lo sguardo al dibattito intercorso tra i giuristi positivi, possono essere richiamate le tesi, antitetiche, di due autorevoli Autori. S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 741: “se il processo si considera come un'unità, per quanto assai complessa, soprattutto in relazione alle sue finalità ultime e con riferimento al rapporto giuridico sostanziale a cui si riconnette il diritto di azione dal quale il meccanismo processuale è mosso, non si può fare a meno di notare la funzione strumentale, sì che, prescindendo dai fini pubblicistici che mira immediatamente a conseguire, esso appare come il mezzo di attuazione del diritto sostanziale”. S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1959/65, 55: “l'ordinamento non esiste come realtà oggettiva, esterna al concreto, esiste solo nel concreto, nell'adeguarsi dell'azione alla propria legge, legge e azione che sono pertanto assolutamente inscindibili. Se l'azione non si adegua, se la legge è contrastata, se l'ordine, il concreto non si forma, non esiste altro che la postulazione del concreto, della legge, dell'ordine attraverso il giudizio”. Sulla posizione di Satta e sui suoi rapporti con le teorie di Binder, Pekelis e Bulow, “che presuppongono il risolversi del diritto sostanziale nel processuale” e, quindi, fanno coincidere diritto soggettivo e azione e riconoscono alla sentenza “una particolare funzione creatrice della realtà giuridica accertata”, cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, 828. Una ampia discussione critica sul tema, specificamente in relazione alla intrinseca possibilità di qualificare la sentenza del giudice amministrativo come dotata di carattere esclusivamente costitutivo è in A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit., 230-245. Nella dottrina amministrativistica la tesi della precedenza del diritto sostanziale, concretantesi nell'affermazione secondo cui una certa configurazione dell'interesse legittimo, individuata sul piano sostanziale, “chiami a sé” un certo processo è propria anche a E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, cit., 144 s., ed è da ultimo finemente argomentata da F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 981 ss., 994, dove si insiste sui rapporti tra garanzia primaria (di diritto sostanziale) e secondaria (processuale). Da queste si differenzia la posizione di G. BERTI, *Divisione delle situazioni di tutela e degli ordini dei giudici*, in U. ALLEGRETTI - A. ORSI BATTAGLINI - D. SORACE, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, 186, 193 ss., il quale, interrogandosi sulla vitalità della distinzione, di diritto sostanziale, tra interesse legittimo e diritto soggettivo, propende per l'idea che essa non sia altro se non il riflesso dell'esistenza nell'ordinamento di due diverse giurisdizioni generali. In questo contesto, l'A. afferma anche che, se i costituenti hanno avvertito la necessità di fare riferimento a entrambe le posizioni soggettive, ciò è per giustificare il recepimento della dualità delle giurisdizioni. Per non forzare il pensiero del chiaro A., però, è opportuno precisare che queste conclusioni, più che costituire l'esito della precedenza del diritto processuale su quello sostanziale, come a prima vista potrebbe apparire, scaturiscono da una precisa concezione secondo la quale assumono importanza primaria, anche sulla definizione delle situazioni soggettive, i profili dell'organizzazione dello Stato: se l'A. sostiene che le situazioni soggettive sono due perché sono due le giurisdizioni non è tanto perché considera il processo quale momento principale della giuridicità, ma perché avverte i diversi ordini giudiziari come differenziati settori dell'ordinamento, e la dualità delle posizioni soggettive come riflesso di questa pluralità. Sul tema dei rapporti tra diritto sostanziale e processo cfr. altresì F. SATTA, *L'appello nel processo contabile. Profili sistematici*, Napoli, 1999, 14 ss.

un rimedio, in questo caso l'annullamento¹⁴. Il che sarebbe parimenti inaccettabile perché il sistema dei rimedi sta su di un piano diverso da quello della validità/invalidità: tant'è vero che esistono ipotesi di invalidità non sanzionate (basti pensare all'art. 21 *octies*, secondo comma, l. 241/1990) e ipotesi in cui rimedi privativi dell'efficacia operano anche in assenza di invalidità (formale, o *tout court*: ad es. la revoca). Inoltre, se l'invalidità fosse una sanzione, non si spiegherebbe la riconduzione ad essa della inopportunità e dell'illegittimità, che certamente sanzioni non sono.

Da simili vischiosità si può venir fuori solo mettendo in discussione la distinzione che ne è all'origine, ovvero quella tra norme di legittimità e norme di opportunità. Un buon modo per farlo è rivolgere brevemente l'attenzione alle vicende dei concetti di "merito" e di "legittimità".

Entrambi, in origine, erano concetti di natura processuale¹⁵: indicavano, e tuttora indicano¹⁶, due diverse forme di giurisdizione del giudice amministrativo, previste entrambe dalla legge Crispi del 1889, la quale attribuiva alla IV sezione del Consiglio di Stato il potere generale di giudicare della "legittimità"¹⁷ dei provvedimenti amministrativi, aggiungendo (art. 25) che in alcuni casi espressamente previsti essa poteva pronunciarsi «anche in merito».

Le prime letture confermavano questa caratterizzazione processuale delle nozioni in questione. Secondo alcuni, il legislatore, prevedendo la «competenza di merito», aveva inteso enucleare delle materie in cui la cognizione del Consiglio di Stato era estesa a controversie inerenti ai diritti soggettivi¹⁸; mentre secondo altri la «competenza di merito» indicava il potere del giudice amministrativo di accedere direttamente al «fatto», potere mancante in sede di giurisdizione di legittimità¹⁹. La previsione nel 1923 della giurisdizione esclusiva, cioè di una forma di giurisdizione speciale ricadente su diritti soggettivi ed interessi legittimi²⁰, destituì di fondamento la

¹⁴ A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 600.

¹⁵ A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, cit., 520-524.

¹⁶ Art. 7, comma 3, c.p.a.: "La giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito".

¹⁷ Per la precisione, si deve dire che la nozione di "illegittimità" compariva nella legislazione italiana sin dall'art. 9, n. 4, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. D, concernente il parere che il Consiglio di Stato era tenuto a esprimere sui ricorsi straordinari al Re contro la legittimità degli atti amministrativi (disposizione peraltro ripresa da una norma contenuta nella legislazione del Regno sardo, sempre in tema di ricorso straordinario al Re: art. 15, n. 4, l. 30 ottobre 1859, n. 3707). Sul punto cfr. F. BASSI, «Conformità» alle leggi e «legittimità» dell'atto amministrativo, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano, 1988, 59 ss.; A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2012, 3 s.

¹⁸ V. MORTARA, in *Giur. It.*, 1897, I, 1033.

¹⁹ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1923, 209 ss.

²⁰ Sulle origini della giurisdizione esclusiva v. M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 229 ss., spec. 268 s.; F. LEDDA, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici*, cit., 131 ss.; A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 417 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, 47 ss.

prima ricostruzione²¹, tanto che gli studi successivi poterono concludere nel senso che l'intenzione originaria del legislatore era stata quella di delineare la competenza di legittimità del Consiglio di Stato sulla falsariga del giudizio di Cassazione, e la competenza di merito ad immagine del giudizio di appello²².

Merito e legittimità, dunque, non qualificavano il tipo di vizio, ma il tipo di giurisdizione in cui il vizio, dato dalla mancanza o difettosità degli elementi essenziali, era accertato. Quest'ultimo, pertanto, era considerato "di merito" o "di legittimità" solo indirettamente, cioè a seconda che il suo accertamento fosse possibile nella giurisdizione di legittimità ovvero richiedesse i poteri del giudice tipici della giurisdizione di merito.

Le cose, però, cambiarono nel momento in cui la dottrina, abbandonata la concezione negoziale del provvedimento, sostituì alla logica della imperfezione degli elementi quella della violazione delle norme regolatrici del potere²³. Questa prospettiva,

²¹ Lo osserva A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, cit., 522.

²² P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958, 83 ss., 98; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino* (1970), in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001, 214; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, 96 ss.

Quale che sia l'interpretazione storicamente più corretta, non pare esservi dubbio che quest'ultima rispecchi la reale sostanza del fenomeno, così come si è venuto sviluppando nel corso dei tempi. Nell'esercizio della giurisdizione di legittimità il processo si svolge secondo moduli assimilabili a quelli tipici del giudizio che si celebra davanti alla Corte di Cassazione: l'autorità giudiziaria si limita a verificare che la decisione sottoposta alla sua attenzione sia stata adottata nel rispetto delle norme e per questo motivo è sostanzialmente sprovvisto di poteri istruttori; la sentenza con la quale si conclude il giudizio è tipica ed è volta alla rimozione (alla cassazione) del provvedimento impugnato. Quando invece il giudice esercita giurisdizione di merito, allora il processo si svolge secondo i moduli tipici del giudizio di appello: egli non si limita a verificare il rispetto delle norme ma si spinge alla valutazione dei fatti, e per questo motivo è dotato di più ampi poteri cognitori e decisori. Sono, in origine, le evidenti istanze del principio di separazione dei poteri ad imporre che la giurisdizione generale sia quella "di legittimità" e che quella "di merito" sia ammessa solo nei rari casi espressamente previsti dalla legge. Sull'influenza avuta dal principio della separazione dei poteri sulla positiva conformazione della giustizia amministrativa in Italia v. G. TROPEA, *L'«ibrido fiore della conciliazione»: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 1014 ss.

²³ Tra i primi V. ROMANELLI, *op. cit.*, *passim*. Se in Romanelli questa impostazione è appena tratteggiata, essa trova più argomentata esposizione in A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit., 299 ss., che ritiene preferibile "almeno sotto l'aspetto dell'opportunità e dell'aderenza al sistema normativo" definire l'illegittimità come la violazione di (o difformità da) una norma che vincola l'esercizio del potere attribuito all'amministrazione piuttosto che come difformità dell'atto amministrativo "valutato analiticamente secondo il modello degli elementi dell'atto come manifestazione di volontà, di scienza, etc." (316). L'A. (312) propone un sostanziale mutamento dell'oggetto delle ricerche sull'invalidità del provvedimento: esse si erano incentrate sulla difettosità degli elementi essenziali perché partivano dal presupposto che l'oggetto del giudizio fosse un atto giuridico da considerare nella sua staticità. Il riferimento al potere, inteso come "situazione che si esplica per la produzione di effetti giuridici, conseguenti agli atti che costituiscono il suo esercizio", consente, di converso, di porre l'attenzione sulle norme che ne determinano l'esistenza e ne vincolano lo svolgimento. Per gli ulteriori sviluppi di questa impostazione cfr. ID., *Giurisdizione amministrativa*, cit., 133 ss.

A ben vedere, l'idea che "le leggi amministrative si occupano degli atti amministrativi, non tanto per stabilirne gli elementi e i requisiti, quanto per determinare volta per volta quando è il caso che sia emanato uno o un altro atto amministrativo" era stata già espressa nel contesto culturale in cui l'atto amministrativo veniva concettualizzato secondo gli schemi del negozio e l'invalidità, conseguentemente, calibrata sulla difettosità degli elementi essenziali: v. G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., 207.

infatti, condusse alla costruzione di una ontologia dei vizi intorno alla natura delle norme violate: ora il vizio è “di legittimità” o “di merito” a seconda che la violazione riguardi una norma giuridica o di opportunità²⁴, e la diversa sede dell’accertamento è ritenuta una conseguenza necessaria della diversa “qualità” del vizio. Parallelamente, “merito” e “legittimità” diventano concetti di diritto sostanziale, e vanno ad indicare, rispettivamente, la porzione di attività amministrativa sottratta al vincolo del diritto, e tutt’al più governata da criteri di opportunità²⁵, e la porzione di attività amministrativa sottoposta a regole giuridiche.

Nel tempo, la distinzione delle norme – e quindi dei vizi che derivano dalla loro violazione – secondo natura si è rivelata artificiosa. L’esperienza, infatti, ha dimostrato che, con l’avanzare del sindacato di legittimità del giudice amministrativo, le norme di opportunità progressivamente si trasformano in norme giuridiche²⁶. Per cui non è paradossale affermare che sono “di legittimità” le norme di cui si accerta la violazione (e perciò i vizi riscontrati) in sede di giurisdizione di legittimità, mentre sono “di merito” le norme di cui si accerta la violazione (e perciò i vizi riscontrati) in sede di giurisdizione di merito. La legittimità, in altre parole, avanza a discapito del merito²⁷ quanto più la normativa si fa specifica, erodendo spazi di discrezionalità²⁸, e, soprat-

²⁴ Cfr. R. ALESSI, *op. cit.*, 35 s.; sulla differenza tra il concetto di merito in diritto processuale e il merito amministrativo v. pure G. CODACCI PISANELLI, *L’invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 143.

²⁵ «Merito» divenne sinonimo di opportunità del provvedimento, secondo la tesi di A. AMORTH, *Il merito dell’atto amministrativo*, Milano, 1939, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, 385, oppure, secondo M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, cit., 354, espressione che indica “un’attività giuridicamente rilevante (in quanto presa in considerazione negli ordinamenti ai fini della produzione di certe situazioni giuridiche), che tuttavia non è *sub lege*, cioè non è disciplinata nel suo svolgersi da norme giuridiche, ossia una porzione del processo decisionale sottratta alle regole del diritto”: così concepito il merito ha una dimensione esistenziale (“se non esistessero le leggi amministrative, l’amministrazione (...) agirebbe lo stesso, e agirebbe nella sua intima sostanza così come agisce ora, cioè mediante apprezzamenti di opportunità relativi agli interessi essenziali che essa cura”) e la discrezionalità rappresenta un modo di disciplina giuridica del merito (“ad un certo momento della storia, per disciplinare l’arbitrio delle amministrazioni [...], gli ordinamenti cominciarono a regolare l’attività amministrativa”). Per una concezione “normativa” della discrezionalità, come modo di disciplina del potere, v. anche G. GUARINO, *op. cit.*, 210-212. La posizione di Giannini non è condivisa da V. OTTAVIANO, *Merito*, cit., 255 ss., che invece risolve il concetto di merito in quello di discrezionalità. In termini analoghi E. CAPACCIOLI, *Prospettive recenti sul merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 1363 ss., che definisce il merito come “l’area riservata dalla legge alle decisioni discrezionali della pubblica amministrazione”. Su questo dibattito, di recente, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, cit., 524 ss.

²⁶ Cfr. G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell’ordinamento*, Milano, 1993, 205, dove si sostiene che la distinzione tra norme giuridiche ed extra giuridiche non ha più ragion d’essere “una volta acquisito che con l’eccesso di potere il giudice amministrativo estende il sindacato alla verifica della accettabilità della decisione alla stregua di criteri generali di valutazione, non di norme”.

²⁷ Come osservato da A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, cit., 528 ss., merito-legittimità costituisce una coppia binaria a terzo escluso del tipo A/ non A (come per esempio: dentro-fuori; chiuso-aperto), in cui non è concepibile stato intermedio; da queste si distinguono le coppie d’opposti traducibili secondo lo schema A/B, dove la contrapposizione invece ammette stati intermedi (“ciò che non è bianco non è necessariamente nero”).

²⁸ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 199.

tutto, quanto più il sindacato del giudice sull'azione amministrativa si fa penetrante²⁹; e, al contrario, il merito riemerge, ogni qual volta il giudice applica il *self restraint*.

Se si tiene presente questo contesto, trovano giustificazione le recenti prospettazioni dottrinali che, partendo dall'assunto che almeno in tesi l'intera attività è suscettibile di verifica giurisdizionale³⁰, affermano la scomparsa del "merito amministrativo" e dei "vizi di merito"³¹.

La conclusione, invero, sembra dover essere ancora più drastica. Ed infatti, se la qualificazione della norma (come norma di opportunità o di legittimità), e quindi del vizio (come vizio di merito o di legittimità), dipende dall'ampiezza del sindacato del giudice amministrativo (e quindi dal modo di intendere il principio della separazione dei poteri), allora si deve rinunciare *tout court* a distinguere i vizi a seconda della norma violata. Non soltanto il vizio "di merito", dunque, deve abbandonare la scena, ma anche il vizio "di legittimità"³²; ed, in uno col superamento di queste categorie, sembra coerente prospettare l'obsolescenza anche della diffusa opinione che instaura tra (il)legittimità e (in)validità un nesso eziologico, considerando la prima causa della seconda³³. Una volta rigettata la distinzione tra norme di opportunità e norme di legittimità, il sistema deve essere semplificato e riportato ai fondamentali assiomi di teoria generale: la conformità e la difformità del provvedimento dal paradigma sono causa, rispettivamente, di validità e di invalidità dello stesso³⁴; a fronte di provvedimenti

²⁹ Cfr. F. G. COCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova Rass.*, 1981, 1376.

³⁰ F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Scritti giuridici*, cit., 371 ss.; ID., *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, ivi, cit., 577: "se si parte dall'idea della "confutazione" e si riconosce finalmente che *tutto* in principio è confutabile, si giunge ad una conclusione molto chiara: che cioè attengono al c.d. merito quelle determinazioni che nella sede propria del processo abbiano resistito alla confutazione della parte". L'ambito del merito, cioè, può essere determinato solo *a posteriori*. Per l'idea che il merito come area di insindacabilità assoluta, almeno in astratto, non esista, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, cit., 532, *passim*.

³¹ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., 207 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, cit., 532 s. Si veda pure M. IMMORDINO, *op. cit.*, 169, *passim*, che concepisce la revoca come rimedio all'invalidità del provvedimento amministrativo in una prospettiva di superamento della dicotomia vizi di legittimità - vizi di merito incentrata sul criterio di "efficacia" introdotto dall'art. 1 l. 241/1990, il quale risulterebbe violato dall'inadeguatezza del provvedimento amministrativo rispetto alla cura dell'interesse pubblico concreto. Anche P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e vizi di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 341 ss., riconduce il vizio di merito alla violazione dell'art. 1, l. 241/1990.

³² Entrambe le formule possono essere recuperate solo come *a posteriori* del giudizio: "di merito", cioè, sono quei vizi insindacabili in sede di giurisdizione di legittimità. Per gli sviluppi di questa impostazione v. A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, cit., 540 s.; G. SALA, *op. cit.*, 205. Cfr. altresì A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini*, Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa", in *Dir. Pubbl.*, 2006, 102, dove si rileva che "il confine tra legittimità e merito non è identificabile in astratto, *a priori*, prima dello svolgimento dell'azione amministrativa, ma è identificabile solo *a posteriori*, in concreto, alla luce delle modalità e dell'esito dell'azione amministrativa".

³³ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 32 ss.

³⁴ Sia pur con diversa terminologia, cioè sostituendo il concetto di (in)validità a quello di (il)legittimità, questa impostazione si trova già in R. ALESSI, *op. cit.*, 42. Per l'equivalenza tra illegittimità e invalidità G. GUARINO, *op. cit.*, 229.

invalidi, operano o possono operare rimedi privativi dell'efficacia.

Destituita di fondamento la distinzione tra vizi di legittimità e vizi di merito a seconda della natura della norma violata, si può riportare l'attenzione sulla struttura del paradigma normativo per escludere, alla luce del concetto stesso di validità, la rilevanza ai fini della validità del provvedimento di norme non giuridiche³⁵.

Se si muove dal presupposto che la validità, quale modo di esistere del provvedimento nell'ordinamento, è una condizione relazionale che trova riferimento o sul piano dei valori del sistema (validità assiologica) oppure sul piano delle norme (validità formale), ne consegue, con riguardo alla validità formale, che le norme sulla produzione sono necessariamente norme giuridiche, in quanto espressione della intenzione dello stesso ordinamento di stabilire criteri selettivi rispetto a ciò che ambisce a modificarlo³⁶. Non potrebbero che essere tali, d'altronde, perché è evidente che norme non giuridiche (moralì, sociali, etc.), non provenendo dall'ordinamento, non possono stabilire le condizioni di accesso a quella realtà istituzionale che è la realtà del diritto valido.

Per cui si può stabilire il principio che le norme sulla produzione dalla cui osservanza dipende la validità del provvedimento amministrativo, tanto quelle sostanziali quanto quelle formali, sono sempre norme giuridiche, sono norme, cioè, appartenenti all'ordinamento cui appartiene anche il provvedimento. Qualora al provvedimento si riferiscano anche norme non giuridiche (norme moralì, sociali, etc.) la loro osservanza non determina validità, e la loro violazione non è causa di invalidità.

Si potrebbe obiettare che questo modo di vedere le cose finisce per allentare il vincolo di validità del provvedimento, che tramite la tesi della rilevanza delle norme non giuridiche si era inteso invece estendere e rafforzare³⁷.

Ma non sarebbe una obiezione fondata. Non si tratta, infatti, di negare rilievo giuridico ai fini della validità a settori della esperienza umana diversi dal diritto, ma di comprendere la reale portata di un fenomeno che interessa l'intera dimensione della giuridicità e trascende largamente la tematica del rapporto tra norme di diversa fonte.

Il punto fondamentale è che il diritto è un sistema culturale immerso all'interno della cultura sociale (è un sottosistema della stessa): è cioè un complesso di regole che il corpo sociale si dà per fornire una garanzia rinforzata a taluni interessi (i valori giu-

³⁵ Cfr. A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 610. Per una rassegna delle opinioni contrarie ai vizi di merito v. B. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 972 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, cit., 551 s., secondo cui non è appropriato far questione di «vizi di merito» perché il termine «merito» indica non tanto un carattere dell'atto controllato quanto del tipo di controllo. Osserva l'A., condivisibilmente, che «l'atto «viziato nel merito» è infatti tale solo nel senso che il controllore può soggettivamente disapprovarlo, ma non nel senso che esso sia intrinsecamente ed oggettivamente affetto da una qualche imperfezione».

³⁶ Alle stesse conclusioni giunge la dottrina che nega l'invalidità per violazione di norme non giuridiche stante l'impossibilità di un riscontro obiettivo di difformità del provvedimento dalle norme di opportunità: E. CASETTA, *Atto e attività*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, 329; A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 610.

³⁷ Cfr. G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 139.

ridici) esistenti e rilevanti già sul piano sociale³⁸. Ora, il fatto che esso realizzi interessi emersi sul piano sociale e lo faccia prescrivendo comportamenti anch'essi socialmente apprezzabili, comporta fisiologicamente che le norme giuridiche siano costruite attraverso «materiali» provenienti dal complesso delle esperienze maturate all'interno della cultura sociale. Esse sono norme sociali (*id est*: dettate "per una società"), e, pertanto, acquistano significato solo all'interno del contesto sociale medesimo, fatto appunto di conoscenze scientifiche, esperienze, credenze, convinzioni, sicché il loro contenuto non è neppure comprensibile senza il ricorso a questi «materiali»³⁹.

È ovvio, dunque, che per comprendere la portata del vincolo di validità del provvedimento non è sufficiente guardare al paradigma normativo in sé e per sé. Ma ciò non perché questo faccia esplicito rinvio a fonti integrative, quanto perché le norme che lo compongono, la loro interpretazione e la loro comprensione presuppone un osservatore interno alla cultura sociale, e che attinga a questa ultima per darvi significato.

La validità, in definitiva, dipende sempre e solamente dalla osservanza di norme giuridiche; ma le norme giuridiche, in quanto norme sociali, acquistano significato all'interno del contesto della cultura sociale, alla quale pertanto è necessario riferirsi per identificare il contenuto del paradigma normativo di riferimento.

1.2. *La distinzione tra norme di azione e norme di relazione, provvedimento illegittimo e provvedimento illecito. Critica: tutte le norme che compongono il paradigma sono norme di validità*

Secondo parte della dottrina, la violazione del paradigma normativo determina in alcuni casi l'invalidità e in altri l'illiceità del provvedimento⁴⁰.

La distinzione tra provvedimento (in)valido e provvedimento (il)lecito è fondata sulla natura delle norme violate. Si considera *illecito* il provvedimento contrastante con le norme di relazione, cioè con le regole che tracciano "la linea di demarcazione fra gli interessi riconosciuti e garantiti della prima (l'amministrazione) e gli interessi riconosciuti e garantiti del secondo (il cittadino)"⁴¹ e dunque stabiliscono i confini tra

³⁸ A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, cit., 205 ss.

³⁹ Vale in generale quanto osservato da F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., 195, con riguardo ai rapporti tra diritto e tecnica. La tecnica, la scienza di riferimento, il sistema culturale di riferimento, forniscono «materiali» direttamente utilizzabili, ed anzi necessari, per la costruzione dei concetti giuridici. Infatti "la tecnica rispecchia quella stessa conoscenza dei fatti, senza la quale non può aversi «comprensione» vera d'una qualsiasi norma del diritto (...) la norma tecnica si «salda» in modo quasi naturale con la norma giuridica come espressione d'un rapporto tra fenomeni su cui il diritto intende esercitare il suo controllo".

⁴⁰ E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 19 s.; A. ROMANO, *Commento all'art. 26*, cit., 1159; ID., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 122-126; F. LUCIANI, *Il vizio formale*, cit., 206.

⁴¹ E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 10. Secondo l'impostazione di A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit., 125, è illecito il provvedimento adottato in carenza di potere, cioè quello "i cui elementi non corrispondano a quelli del potere di cui è espressione, definiti dall'ordinamento attribuendolo all'am-

potere pubblico e diritti dei singoli⁴²; si considera *illegittimo* (cioè invalido) il provvedimento lecito, cioè quello che non supera i limiti con i quali l'ordinamento generale attribuisce all'amministrazione il potere di cui esso è espressione⁴³, ma che si

ministrazione emanante". Siffatto provvedimento è illecito perché intacca un diritto che non è nella disponibilità della amministrazione.

⁴² Sul postulato, evidentemente, che la presenza del primo esclude i secondi. Molto chiaramente sul punto R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino, 1999, 618, che però è critico nei confronti della tesi dell'incompatibilità. L'A. accoglie la distinzione tra norme di relazione e norme di azione ma configura l'illiceità, che deriva dalla violazione delle prime, come ipotesi di invalidità del provvedimento. In quest'ottica, il riferimento alla nozione di illiceità serve ad indicare "l'immediato riflesso lesivo (illiceità come ingiustizia, scorrettezza, inadempimento, ecc.) della posizione di diritto soggettivo del destinatario dell'atto invalido".

⁴³ A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità*, cit., 128. La priorità logica del giudizio di liceità su quello di validità è conseguenza della priorità logica delle norme di relazione sulle norme di azione. Su quest'ultimo aspetto A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., 1243, che mette giustamente in rilievo quanto sia indebita la riduzione dello schema guicciardiano al criterio finalistico.

Sulla priorità logica delle norme di relazione v. anche F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 190. A questo A. si deve una organica rilettura della distinzione guicciardiana, da cui deriva una significativa restrizione dell'ambito dell'illiceità. L'A. concepisce le norme di relazione come le norme che non hanno altra funzione se non quella di attribuire il potere all'amministrazione; e critica la tesi secondo cui la loro caratteristica sarebbe quella di costituire situazioni giuridiche soggettive sottratte alla disponibilità dell'amministrazione (diritti soggettivi) in base all'argomento che l'impossibilità giuridica di modificare queste situazioni (che - si precisa - possono avere contenuto positivo, essere cioè diritti, ma anche negativo, essere cioè doveri) dipende non dall'esistenza di una norma "amministrativa" che direttamente le protegge quanto dalla mancata attribuzione all'amministrazione di un potere in tal senso. Definite come mere norme attributive di potere, le norme di relazione presentano alcune caratteristiche specifiche. La prima, e fondamentale, loro peculiarità è di fungere esclusivamente da criterio per il giudizio di riconoscimento del comportamento umano come atto giuridico (giudizio che ha esito positivo se il comportamento si pone come espressione del potere attribuito); dal momento che l'atto che non le osserva non è riconoscibile come atto giuridico, ne consegue l'impossibilità che le norme di violazione siano giuridicamente violate; e, pertanto, come ulteriori corollari, si ha, in primo luogo, l'impossibilità di costruire la figura dell'atto amministrativo illecito con riferimento all'ipotesi di violazione delle stesse e, in secondo luogo, l'impossibilità di ravvisare nelle norme di relazione la fonte della disciplina di alcun rapporto giuridico tra il cittadino e la pubblica amministrazione (170-178). Le norme di azione sono definite come quelle che "disciplinano l'esercizio del potere, non già rendendolo concretamente possibile (...), ma esprimendo delle valutazioni di conformità ovvero di difformità al sistema dell'atto, in quanto concretamente adottato" (186). Avendo le norme di relazione come propria unica funzione quella di attribuire il potere, "ogni funzione di disciplinare i rapporti con i terzi (...) deve, a questo punto, essere rinvenuta proprio nelle *norme d'azione*" (196). Più precisamente, i vincoli che le norme di azione pongono a carico del potere possono consistere in doveri in senso stretto o in obblighi, a seconda che siano posti a tutela di interessi generali o di soggetti terzi determinati (199). Nel primo caso si deve ritenere che il beneficiario del comportamento necessitato "sia lo stesso ordinamento giuridico, complessivamente inteso" (200); mentre nel secondo caso agli obblighi imposti dalle norme di azione corrispondono delle pretese, o diritti di credito, "in capo ad altro specifico soggetto a che il titolare del potere non violi quanto a lui imposto" (200 s.). Si distinguono così norme di azione idonee a regolare rapporti giuridici e norme di azione a ciò non idonee. La considerazione dell'atto in termini di legittimità o illegittimità è operata alla luce delle norme di azione costitutive di doveri in senso stretto (e non quindi di rapporti giuridici) (214 ss., con argomenti spesso poco condivisibili): il che si riflette sull'impossibilità di qualificare in termini di situazione giuridica soggettiva l'interesse legittimo (che infatti viene identificato nell'interesse a ricorrere) e nel carattere rigorosamente oggettivo della giurisdizione amministrativa di legittimità (216-226), cui segue la configurazione del processo amministrativo come "sistema di tutela dell'interesse pubblico" (231-238). Il provvedimento adottato in viola-

pone in contrasto con le norme di azione, ovvero con le regole che disciplinano l'attività dell'amministrazione in vista della tutela dell'interesse pubblico⁴⁴.

Questa costruzione concettuale è invero particolarmente raffinata ed elegante: razionalizzando l'assetto del riparto di giurisdizione in base alle situazioni soggettive violate⁴⁵, fa sì che le qualificazioni del provvedimento in termini di illiceità e illegittimità-invalidità trovino conferma nella natura dei rimedi esperibili avanti all'uno e all'altro ordine giudiziario⁴⁶. Ed infatti, la giurisdizione ordinaria, che ha cognizione sul provvedimento illecito siccome adottato in violazione delle norme di relazione, è priva del potere di annullare ma non certo di accordare al cittadino il risarcimento del danno, cioè la sanzione tipica dell'illecito; mentre la giurisdizione amministrativa, che ha cognizione sul provvedimento illegittimo-invalido siccome adottato in violazione delle norme di azione, è dotata del potere di rimuovere l'atto della pubblica amministrazione e dunque comminare la sanzione tipica della invalidità.

Le implicazioni sul terreno della teoria della validità del provvedimento che discendono dall'accoglimento della distinzione tra norme di azione e norme di relazione sono numerose e complesse; rinviando al capitolo successivo per l'approfondimento dei profili connessi alla rilevanza dell'interesse pubblico nel sistema della validità, è opportuno qui concentrare l'attenzione sul concetto di "limite" al potere amministrativo, la cui violazione determinerebbe l'illiceità del provvedimento.

Secondo la dottrina in esame, tale "limite" sarebbe imposto esclusivamente dalle norme di relazione: queste, infatti, nello stesso momento in cui lo conferiscono, limitano il potere, individuando i requisiti che i provvedimenti devono possedere per essere riconosciuti come "efficace espressione" dell'autonomia dell'amministrazione e, al tempo stesso, tracciando il confine tra i diritti dei singoli e le posizioni che sono

zione di una norma di azione che impone un obbligo a carico dell'amministrazione è invece illecito. Esso lede il diritto soggettivo di cui il privato è titolare all'interno della c.d. "obbligazione provvedimentoale" e dà luogo all'attivazione di rimedi ulteriori rispetto all'annullabilità, di carattere essenzialmente risarcitorio. Il processo in questo caso verte sull'accertamento del diritto del privato rimasto inadempito quando la violazione riguarda una norma di azione costitutiva di obblighi giuridici (258).

⁴⁴ E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 9-13, 33 s., in opposizione alle norme di azione che hanno come loro ulteriore caratteristica di essere dirette alla cura dell'interesse pubblico; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità*, cit., 128; ID., «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, cit., 260; A. CIOFFI, *Due problemi fondamentali della legittimità amministrativa (a proposito di Santi Romano e di M.S. Giannini)*, in *Dir. Amm.*, 2009, 601.

Sulla distinzione tra norme di azione e norme di relazione in Guicciardi v. G. FALCON, *Norme di relazione e norme d'azione (tradizione e vicende della giustizia amministrativa nella dottrina di Enrico Guicciardi)*, in *Dir. e Soc.*, 1974, 379 ss.; E. CASSETTA, *La figura e l'opera di Enrico Guicciardi*, in *Dir. Amm.*, 1994, 292; A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. Amm.*, 1997, 65 ss.; B. SORDI, *Interesse legittimo*, in *Enc. Dir., Annali*, II, tomo 2, Milano, 2008, 718 s.

⁴⁵ L'inosservanza delle norme di relazione, infatti, comporta la lesione del diritto soggettivo del cittadino, e dunque radica la giurisdizione ordinaria; mentre la violazione delle norme d'azione determina la contraddittorietà del provvedimento con l'interesse pubblico e quindi la violazione dell'interesse legittimo, inteso come situazione soggettiva indirettamente tutelata.

⁴⁶ Poteri che così vengono simmetricamente giustificati.

invece nella disponibilità dell'amministrazione⁴⁷. Le norme d'azione, invece, non regolando conflitti intersoggettivi, non porrebbero limiti al potere, ma semplicemente lo indirizzerebbero alla realizzazione di quello stesso interesse pubblico per il quale è conferito⁴⁸. Dalla priorità logica delle norme di relazione rispetto alle norme di azione, in altre parole, si fa derivare il corollario che queste ultime, collocandosi all'interno dell'autonomia dell'amministrazione, non la definiscono, non la delimitano, ma semplicemente la indirizzano.

Ora, pur non essendo questa la sede per discutere *ex professo* la concezione richiamata, sembra doversi rilevare una certa dose di apriorismo nell'affermazione che le norme di azione, agendo all'interno dell'autonomia dell'amministrazione, non pongono ad essa limiti. Non pare discutibile, infatti, che, per il semplice fatto di comporre il paradigma di validità del provvedimento amministrativo, esse non fanno altro che limitare il potere⁴⁹: così fa la norma che stabilisce la competenza di uno piuttosto che di un altro organo, così fanno le norme che stabiliscono le procedure e le forme entro le quali quel potere deve essere esercitato, così, infine, fanno le norme che vincolano il contenuto del provvedimento⁵⁰.

Ora, se – come pare – ogni norma che disciplina il potere pone un limite allo stesso, allora, ferma restando la definizione del provvedimento illecito come provvedimento adottato al di fuori dei limiti stabiliti dalla legge, si dovrebbe considerare illecito ogni provvedimento adottato in violazione di quelle norme: sicché non vi sarebbero ipotesi in cui il provvedimento è invalido e ipotesi in cui è illecito, ma solo ipotesi di illiceità⁵¹.

Prima di spiegare le ragioni di fondo per le quali neppure questa conclusione può

⁴⁷ Da ultimo A. ROMANO, «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, cit., 256 ss., dove, peraltro, si definiscono nulli per carenza degli elementi essenziali (ex art. 21 *septies*, l. 241/1990), e non più illeciti, i provvedimenti adottati in violazione delle norme che attribuiscono il potere.

⁴⁸ A. ROMANO, «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, cit., 260 ss.

⁴⁹ Cfr. E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, in *Diritto e processo*, cit., spec. 128 s., dove l'osservazione: "quel che conta giuridicamente è la disciplina concreta dettata dalla norma: se ne risultano vincoli di condotta per l'autorità, è questo che rileva; ed è una evenienza che rimane uguale a se stessa o che, guardando da una parte, si dica che i vincoli sono posti nell'interesse generale, o che, guardando dall'altra, si dica che sono posti nell'interesse particolare".

Peraltro, anche chi distingue tra norme che pongono condizioni di esistenza del potere e norme rivolte a regolare le modalità di esercizio dello stesso rileva che entrambi questi tipi di prescrizioni hanno la funzione di limitare (o definire) il potere dell'amministrazione: R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., 122.

⁵⁰ Ne consegue che il potere è legittimo se esercitato all'interno di questi limiti, è illegittimo se li viola. Non sembra infatti potersi accogliere la tesi che distingue il provvedimento adottato in carenza di potere da quello frutto di cattivo uso del potere: entrambi sono espressione di un potere illegittimo, in quanto esercitato in violazione delle regole di validità.

⁵¹ Sia pur in modo problematico conclude in questo senso L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale*, cit., 54 ss., sul presupposto che le norme che disciplinano il provvedimento e la sua formazione costituiscono obblighi in capo all'amministrazione.

essere accolta⁵² (ma se ne può qui anticipare una: se il provvedimento in contrasto con il proprio paradigma costituisse un fatto illecito, non si spiegherebbe la operatività di rimedi privativi dell'efficacia, dal momento che l'illecito, per definizione, è sanzionato tramite la responsabilità), è opportuno dar conto di un'altra argomentazione a sostegno della distinzione tra provvedimento illegittimo, in quanto adottato in contrasto con le norme d'azione, e provvedimento illecito, in violazione delle norme di relazione.

Questa prospettazione muove dall'accostamento della coppia norme di relazione – norme di azione alla coppia norme primarie – norme secondarie, elaborata da Hart e diffusa in teoria generale⁵³. Come le norme di relazione, le norme primarie impongono divieti e riconoscono diritti, delimitano il confine tra l'area del lecito e dell'illecito; la loro violazione comporta la commissione di un illecito e l'applicazione di una sanzione (da intendersi in senso lato, ad esempio l'applicazione di una pena o una condanna risarcitoria). Come le norme di azione, invece, le norme secondarie costituiscono il parametro di validità degli atti precettivi; esse sono norme strumentali, cioè stabiliscono gli oneri che i soggetti devono rispettare per porre in essere atti precettivi validi, nel senso di stabilmente efficaci. Attraverso questo parallelismo, dunque, troverebbe conferma la tesi che il provvedimento in contrasto con le norme d'azione deve dirsi illegittimo, mentre illecito quello adottato in violazione delle norme di relazione.

Sul parallelismo, nondimeno, è dato serbare qualche dubbio. Norme primarie e norme secondarie hanno oggetti diversi: secondo la terminologia qui utilizzata, le prime riguardano i comportamenti materiali e le seconde i comportamenti programmatici: le une cioè recano previsioni inerenti ai rapporti, le altre previsioni relative alla produzione del diritto. Per fare alcuni esempi, è norma primaria quella che vieta l'omicidio, mentre sono secondarie la norma che prevede come debba essere adottata una legge, o la norma che predetermina parzialmente il contenuto di un provvedimento amministrativo, o la norma che stabilisce i requisiti del contratto, etc. Nella prospettazione tradizionale, invece, norme di relazione e norme di azione sono riferite entrambe al potere amministrativo e al provvedimento che ne è esercizio, e si distinguono solo per il contenuto e per l'interesse direttamente protetto.

La diversità d'oggetto delle norme primarie e secondarie, contrapposta all'omogeneità d'oggetto delle norme di relazione e di azione, conduce a concludere per l'impossibilità di stabilire un parallelismo tra le due coppie. Se si accoglie la distinzione tra norme primarie e norme secondarie, invero, bisogna concludere che il paradigma di riferimento del provvedimento amministrativo è composto esclusivamente da norme del secondo tipo, sicché la loro violazione determina sempre e comunque invalidità⁵⁴.

⁵² Quelle più strettamente collegate con il concetto di illecito verranno esposte in questo paragrafo; mentre quelle legate al profilo della rilevanza dell'interesse pubblico nella teoria della validità del provvedimento amministrativo saranno oggetto di separata disamina nel capitolo successivo.

⁵³ F. LUCIANI, *Il vizio formale*, cit., 202; ID., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 62 s.

⁵⁴ In questo senso, infatti, G. CORSO, *Validità*, cit., 93.

La conclusione preferibile, del resto, sembra proprio questa, anche se si affronta il tema dal punto di vista della teoria generale dell'illecito. Che l'illiceità riguardi esclusivamente i comportamenti materiali⁵⁵, infatti, è sostenuto sia da chi ritiene che l'illecito consista in un contegno contrario al diritto (tesi della antigiridicità)⁵⁶; sia da chi lo identifica nell'atto proibito da una norma che vi appresta una sanzione⁵⁷; sia da chi lo individua nel mancato risarcimento del danno da parte di colui che l'ha causato⁵⁸; sia da chi, spostando l'attenzione dalla condotta al risultato della medesima, lo definisce come comportamento che determina un danno in senso giuridico, cioè la lesione di un interesse giuridicamente rilevante⁵⁹.

Il rigore di queste conclusioni non è infirmato dalla figura dell'illiceità negoziale. Il negozio illecito "è l'abuso della libertà contrattuale; è la ribellione dell'attività privata contro la volontà immutabile ed imperativa della legge"⁶⁰; si verifica quando i contraenti "nel dar regola da sé ai propri interessi, si pongono addirittura contro la legge"⁶¹: in breve, "il concetto di illiceità esprime una contraddizione del contratto all'ordinamento giuridico"⁶². La figura dell'illiceità contrattuale è stata recepita dal codice civile del '42 ed è pertanto categoria di diritto positivo⁶³: richiamata in sede di disciplina degli elementi del contratto⁶⁴ e della nullità⁶⁵, costituisce presupposto per l'applicazione di uno statuto normativo particolarmente severo e

⁵⁵ Esclude che la coppia lecito-illecito possa essere riferita agli atti giuridici precettivi anche L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 274 ss.

⁵⁶ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 287.

⁵⁷ R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)* (1968), in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 19.

⁵⁸ E. CASETTA, *L'illecito*, cit., 135. Secondo l'A., l'illecito non consiste nella violazione di una norma obiettiva o di un diritto altrui; questi elementi concorrono ad integrare la fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., la cui attuazione è il presupposto per la costituzione di un rapporto obbligatorio, avente per oggetto il risarcimento del danno, e non l'irrogazione di una sanzione; l'illecito consiste nella mancata ottemperanza del danneggiante all'obbligo di risarcire, rifiuto che comporta la responsabilità di tale soggetto, concepita come la posizione di soggezione rispetto alla sanzione che lo Stato può irrogare a suo carico.

⁵⁹ A. ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito*, Milano, 2012, 35 ss., *passim*.

⁶⁰ F. FERRARA SF., *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902, 3, cui si deve in Italia la prima sistemazione concettuale della illiceità negoziale.

⁶¹ R. SCOGNAMIGLIO, *I contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli), Milano, 1966, 164.

⁶² F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm.*, già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, e continuato da Schlesinger, Milano, 2002, 282; per approfondimenti cfr. A. FEDERICO, *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, Torino, 2004, 1 ss., e AA. ivi citati.

⁶³ Cfr. A. FEDERICO, *op. cit.*, 16.

⁶⁴ Art. 1343 c.c., dove si stabilisce che la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume; art. 1344 c.c., per il quale la causa è illecita anche quando costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa; art. 1345 c.c., secondo cui il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe; art. 1346 c.c., che tra i requisiti dell'oggetto del contratto include la liceità; art. 1354 c.c., comma 1, secondo cui è nullo il contratto al quale è apposta una condizione contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume.

⁶⁵ Art. 1418 c.c., comma 2, la nullità del contratto deriva, tra l'altro, dalla illiceità della causa, dei motivi nell'ipotesi di cui all'art. 1345 c.c., e dalla mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 c.c.

rigoroso⁶⁶, in cui “la nullità sembra assumere definitivamente i contorni di una sanzione”⁶⁷. La dottrina ha tuttavia chiarito che il contratto stipulato in contrasto con interessi superiori dell’ordinamento non costituisce propriamente un fatto illecito⁶⁸: esso rimane un negozio, cioè un comportamento programmatico, e il suo contrasto con l’ordinamento si apprezza pertanto in termini di invalidità⁶⁹. Le c.d. ipotesi di illiceità si risolvono infatti nella difformità della fattispecie negoziale⁷⁰ rispetto al suo paradigma normativo di riferimento; con l’unica particolarità che tale difformità riguarda non tanto la struttura della fattispecie quanto gli interessi e il regolamento programmati dalle parti. Che il c.d. contratto illecito non costituisca in realtà un fatto illecito ma un comportamento programmatico invalido, d’altronde, è dimostrato dal fatto che il rimedio predisposto dall’ordinamento sia la nullità, cioè una tecnica privativa degli effetti che mira a colpire il comportamento programmatico nella sua funzione dinamica, e non una sanzione (ad esempio, l’applicazione di una pena o la responsabilità dell’autore)⁷¹.

L’illiceità negoziale, così ricondotta alla invalidità, segnala semplicemente un contrasto dell’atto di autonomia privata con i valori dell’ordinamento, da cui discende sul piano del diritto positivo l’applicazione di un regime particolarmente rigoroso della nullità. Se la dottrina del contratto seguita a parlare di illiceità non è perché il contratto illecito sia estratto dall’orbita della invalidità e ricondotto al campo dei fatti illeciti in senso proprio, quanto perché il contrasto con le norme imperative in cui la illiceità si sostanzia è ragione della applicazione di una certa disciplina.

Ora, se dunque il contratto illecito è concettualmente un contratto invalido, e la dottrina lo definisce “illecito” solo perché così lo definisce il codice civile, allora non si vede la ragione di estendere al provvedimento amministrativo, in relazione al quale

⁶⁶ L’art. 1417 c.c., prevede, in deroga al regime generale, l’ammissibilità della prova per testimoni richiesta dalle parti “quando sia diretta a far valere l’illiceità del contratto dissimulato”; la transazione relativa ad un contratto illecito è sempre nulla (art. 1972 c.c., comma 1), a differenza di quella che ha ad oggetto un altro titolo nullo, se entrambi i contraenti sono a conoscenza della causa di nullità (art. 1972 c.c., comma 2); il contratto di lavoro nullo o annullabile non può essere sanato per il periodo in cui il rapporto abbia avuto esecuzione se la nullità deriva dall’illiceità dell’oggetto o della causa (art. 2126 c.c.); ma esistono anche altre ipotesi in cui la disciplina del contratto illecito è diversa da quella del contratto semplicemente illegale (art. 2332 c.c.; art. 2035 c.c.; art. 2739 c.c.; etc.). Inoltre, secondo la dottrina e la giurisprudenza, l’illiceità del contratto non consente l’estensione di alcune regole applicabili alle altre ipotesi di nullità: il contratto illecito non può essere convertito, pur in presenza dei presupposti richiesti dall’art. 1424 c.c.; ad esso non si applica la regola interpretativa di cui all’art. 1367 c.c. sulla conservazione; il testamento e la donazione illecita non possono essere confermati o sanati ex artt. 590 e 799 c.c. Per l’esame della giurisprudenza v. A. FEDERICO, *Art. 1418*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, 2010, 975 ss.

⁶⁷ A. GENTILI, *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, Torino, 1999, 1317.

⁶⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *I contratti in generale*, cit., 164; E. CASETTA, *L’illecito*, cit., 134, nota 105.

⁶⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito*, cit., 31.

⁷⁰ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., 373 s.

⁷¹ R. SCOGNAMIGLIO, *I contratti in generale*, cit., 164: l’applicazione della nullità dimostra che il contratto illecito è pur sempre un contratto e non un fatto illecito; ID., *Illecito*, cit., 31.

tale denominazione non è imposta da alcuna norma, la figura della nullità per illiceità⁷². L'operazione non sortirebbe altro effetto che quello di complicare inutilmente un sistema già di per sé non semplice da decifrare: per spiegare la severità del regime della nullità a fronte di talune violazioni⁷³, del resto, non è necessario richiamarsi alla illiceità del provvedimento: basta molto più semplicemente leggere la disciplina come la conseguenza di un giudizio di particolare disvalore operato da chi fa le leggi.

La conclusione cui si crede di dover dunque pervenire è che il provvedimento adottato in contrasto con il paradigma normativo è sempre invalido e mai illecito, perché solo l'(in)validità, e non l'(il)liceità, può esser predicato dei comportamenti programmatici⁷⁴.

Tale affermazione non è contraddetta dal fatto che il provvedimento amministrativo e l'attività prodromica alla sua formazione possano esser fonte di responsabilità, sebbene ogni forma di responsabilità presupponga un illecito. Il provvedimento, infatti, come tutti i comportamenti programmatici, è costituito da un giudizio di valore e da un'azione manifestativa. Quest'ultima, essendo dotata di una propria materialità, ben può essere oggetto di norme primarie, di norme cioè che regolano la condotta dell'autore dell'atto, dalla cui violazione discende l'illecito⁷⁵. L'attività amministrativa, in altri termini, al pari di quella negoziale, costituisce, al di fuori della sua normale efficacia, oggetto di divieti normativi e fattispecie di sanzioni corrispettive⁷⁶. È stato detto in modo esemplare: nell'illecito il provvedimento non compare come atto, ma come "strumento di lesione di un altrui diritto"⁷⁷.

⁷² *Contra* M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, 272 ss., che, individuando nella nullità il contrasto del precetto con i valori primari dell'ordinamento, rivaluta la figura dell'illiceità del provvedimento amministrativo come un elemento che si colloca "all'interno" del precetto, ponendosi così su di un piano concettualmente differente da quello dell'illecito aquiliano; ma soprattutto F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 191 ss., che, muovendo dal presupposto che la nullità-illecito "indica sfavore dell'ordinamento per la qualità degli interessi programmati", individua le ipotesi di nullità-illecito nella violazione di norme "iper-cogenti", ed esattamente: nella violazione delle norme penali, nella adozione di atti da parte del funzionario pubblico dopo la scadenza dei termini di proroga (*ex l. 444/1994*), nella violazione delle norme e dei principi di provenienza comunitaria che presiedono alla tutela del libero accesso al mercato e al rispetto della concorrenza tra operatori economici. Cfr. altresì M. TIBERI, *La nullità e l'illecito*, Napoli, 2003, 127 ss.

⁷³ Questo, infatti, sembra l'obiettivo di F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 191 ss.

⁷⁴ E. CASETTA, *L'illecito*, cit., 216-221; A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 600 s.

⁷⁵ Cfr. R. CARANTA, *op. cit.*, 15 s., dove si osserva che l'atto dichiarativo (il comportamento programmatico) "è passibile non solo delle qualificazioni proprie della sua specie, e perciò in termini di efficacia, ma anche delle qualificazioni proprie del genere cui appartiene" (quello dei fatti giuridici in senso lato) "e quindi in termini di liceità". Ciò in quanto "il *quid facti* alla base dell'atto, il comportamento materiale, la mera inerzia, la completa omissione di comportamento" rileva per l'ordinamento come fatto giuridico in senso stretto.

⁷⁶ R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito*, cit., 32.

⁷⁷ E. CASETTA, *L'illecito*, cit., 134, nota, *passim*: il provvedimento "in tutta la problematica della responsabilità degli enti pubblici, ed anche di quella dei titolari degli uffici, non compare come atto, ma solo come evento-danno, o più comprensivamente, come strumento di lesione di un altrui diritto". Più restrittiva la posizione di P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 380, che, partendo dalla affermazione qui condivisa

L'ammissibilità della distinzione tra regole di validità, che riguardano il provvedimento come comportamento programmatico, e regole di comportamento, che riguardano il provvedimento come comportamento materiale nel quale si estrinseca la condotta dell'organo che agisce, potrebbe essere messa in dubbio dalla circostanza che in diritto amministrativo, salvo qualche eccezione⁷⁸, la violazione delle norme di comportamento comporta l'invalidità del provvedimento⁷⁹. Ma da ciò sembra corretto desumere che il provvedimento illecito è sempre invalido, e nulla più. La differenza tra (in)validità ed (il)liceità resta ben chiara per il principio di pluriquificazione, il quale consente di ammettere che le stesse norme assolvano contemporaneamente ad una duplice funzione: da un lato quella di disciplinare il comportamento dell'amministrazione all'interno del rapporto con il cittadino, dall'altro quella di porre condizioni di validità (formale) del provvedimento⁸⁰: uno studio sulla validità

secondo cui solo i comportamenti materiali possono essere illeciti, riferisce tale qualificazione esclusivamente al comportamento adottato dall'amministrazione in esecuzione del provvedimento.

Sulla distinzione tra invalidità e illiceità v. A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. Amm.*, 2004, 209 ss.; L. FERRARA, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegaltà»*. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile, in *Dir. Amm.*, 2008, 108: "nell'ambito della contrarietà a una norma deve, in definitiva, distinguersi il caso in cui essa ridonda in una invalidità, la quale giustifica una misura che colpisca l'atto, da quello in cui la medesima contrarietà non rileva sul piano attizio"; G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 249; R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 613; F.G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., 85, 99; ID., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, spec. 33 ss.; A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema*, cit., 61 ss.; A. ROMEO, *Ancora in tema di responsabilità della pubblica amministrazione: dalla «spettanza del provvedimento» alla «spettanza del comportamento?»*, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2004, 165; G.M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in R. GAROFOLI - G.M. RACCA - M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 179-194; per una diversa ricostruzione della responsabilità da comportamento, rivista alla luce della clausola di buona fede, e ricondotta al piano dell'illecito aquiliano, cfr. G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007, 235 ss. In giurisprudenza v. Cass, sez. I, 10-1-2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78, con nota di F. FRACCHIA; per un panorama del dibattito della dottrina sul punto v. S. D'ANTONIO, *Teoria e prassi della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 133 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009, 35 ss.

⁷⁸ L'esempio migliore è quello dell'art. 2 della legge 241/1990 che, stabilendo un termine per l'adozione del provvedimento, costituisce una norma di comportamento la cui violazione, secondo costante giurisprudenza, non determina invalidità del provvedimento perché l'amministrazione conserva il potere di provvedere anche dopo la scadenza del termine fissato dalla legge.

⁷⁹ A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 17. Che tutte le norme di comportamento siano anche regole di validità dell'atto di recente è stato anche sostenuto in diritto civile da V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità*, cit., 391 s.

⁸⁰ A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 2006, 291-296; G.D. COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, 56 s.: le norme che regolano il procedimento "per un verso pongono a carico dell'autorità procedente un vero e proprio obbligo di «presa in considerazione» degli interessi coinvolti, per altro verso - e in misura corrispettiva - configurano in capo ai rispettivi titolari «una sorta di diritto all'incolumità personale e patrimoniale», che costituisce la sintesi di una serie nutrita ed articolata di più puntuali diritti procedurali: quello alla comunicazione di avvio del procedimento, alla presentazione di memorie e documenti ed al loro esame da parte dell'amministrazione, all'accesso agli atti del procedimento ed ai documenti amministrativi in generale, al non aggravamento

le considera principalmente in questa seconda veste, ma deve ammettere anche la prima prospettiva.

In definitiva, l'(il)liceità è qualificazione dell'attività amministrativa (e del provvedimento come parte di essa), intesa come comportamento materiale giuridicamente disciplinato ed eventualmente causativo di danni ad altri soggetti dell'ordinamento, mentre l'(in)validità rimane l'unica qualificazione possibile del provvedimento come comportamento programmatico. La sovrapposizione tra l'invalidità e l'illiceità va evitata perché, essendo stati patologici di fenomeni giuridici strutturalmente diversi (i comportamenti programmatici e i comportamenti materiali) sono anche presupposti dell'applicazione di rimedi strutturalmente diversi: i primi che agiscono in termini di privazione della efficacia e i secondi in termini sanzionatori e ripristinatori.

2. Struttura del paradigma normativo e validità formale del provvedimento

2.1. Validità formale stricto sensu e validità sostanziale

Il superamento delle distinzioni tra norme di legittimità e norme di opportunità, da una parte, e tra legittimità e liceità, dall'altra, consente di affrontare in termini unitari la tematica della validità formale del provvedimento, a completamento e integrazione di quanto si è sostenuto nei paragrafi precedenti con riferimento alla validità assiologica⁸¹.

Valido dal punto di vista formale si dice il provvedimento conforme al suo paradigma normativo, ossia al *corpus* costituito dalle norme che ne regolano la produzione; invalido, invece, quello difforme⁸².

degli adempimenti istruttori ed alla collaborazione tra le parti nella acquisizione dei relativi dati, alla motivazione della decisione finale, ad una risposta certa e tempestiva, ad un rapporto funzionalmente unitario con le amministrazioni competenti a provvedere, alla stabilità della disciplina procedimentale"; M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 557 s.; v. altresì M. TRIMARCHI, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi "pretensivi" e vizi formali*, in *Foro amm. C.D.S.*, 2009, 162 s.; ID., *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. Amm.*, 2011, 557 ss.: le regole dell'attività hanno un doppia rilevanza giuridica: sotto un primo aspetto, si riferiscono all'amministrazione come soggetto dell'ordinamento, soggetto tra i soggetti, e pongono obblighi in capo ad essa, così disciplinando i conflitti tra la sua sfera soggettiva e quella degli amministrati (non diversamente dalle norme che attribuiscono il potere alla p.a.); sotto un secondo aspetto, svolgono la funzione di regolare il processo di produzione giuridica che culmina con l'adozione dell'atto. La doppia qualificazione delle norme regolatrici dell'azione amministrativa è legata biunivocamente alla doppia natura del procedimento, che per un verso è "forma della funzione", e per altro verso "forma del rapporto giuridico tra amministrazione pubblica e soggetto privato": cfr. W. GASPARRI, *Violazione delle regole formali tra invalidità degli atti e responsabilità risarcitoria. Una comparazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 722 s., che efficacemente distingue tra "schema del potere" e "schema del rapporto". Cfr. altresì E. ZAMPETTI, *op. cit.*, 226 s.

⁸¹ Richiamando qui la dimensione assiologica della validità si intende rimarcare che l'integrale osservanza del paradigma normativo, da cui deriva la validità formale, non costituisce "il solo titolo di legittimazione e di ammissione al sistema ordinamentale" (secondo l'espressione di A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 35 s., a proposito della concezione gradualistica) del provvedimento.

⁸² G. CORSO, *Validità*, cit., 94.

Non vi sarebbe dunque spazio per l'irregolarità⁸³, se con tale nozione si intendesse far riferimento a presunte violazioni del paradigma normativo che non determinano invalidità⁸⁴. L'irregolarità può essere ammessa solo dopo aver escluso che tra l'invalidità e l'inefficacia esista un nesso eziologico necessario e, quindi, solo a condizione di concepire quest'ultima come il risultato di una forza contraria alla normale efficacia del provvedimento, che non viene meno a cagione dell'invalidità⁸⁵: essa, infatti, indica lo stato del provvedimento affetto da un vizio che è "minore" non perché non dà luogo a invalidità⁸⁶, ma perché non dà luogo ad inefficacia: irregolare, cioè, non è il provvedimento difforme ma valido, bensì quello difforme (ossia invalido) ma non inefficace.

All'interno della categoria della validità formale, latamente intesa come relazione di conformità tra provvedimento e norma, si può distinguere tra validità formale in senso stretto e validità sostanziale.

La distinzione rispecchia il tipo di vincolo imposto dalle norme sulla produzione.

Sono norme sulla produzione di carattere formale quelle che contengono prescrizioni sul procedimento, cioè sulla "forma della funzione", e sugli aspetti esteriori del provvedimento, cioè sul provvedimento come documento. In prima approssimazione, e salvo quanto si dirà nel paragrafo successivo, si può affermare che la loro violazione dà luogo a vizi formali⁸⁷.

⁸³ Sulla categoria A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 9 s., dove si distingue una teoria oggettiva e una teoria soggettiva dell'irregolarità. Secondo la prima è irregolare l'atto che, sebbene difforme dal paradigma normativo, non subisce l'invalidazione; la seconda, invece, più ristretta, riscontra l'irregolarità laddove la difformità dell'atto non determina l'invalidità ma l'applicazione di una sanzione a carico del suo autore. L'A. ritiene preferibile la teoria oggettiva che, sebbene piuttosto generica e dotata di valore meramente descrittivo, sembra più aderente alla realtà del diritto amministrativo, dove non è possibile distinguere la disciplina del comportamento del soggetto e la disciplina di validità dell'atto. Sulla distinzione tra teoria soggettiva e oggettiva dell'irregolarità v. anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 236 ss.

⁸⁴ In questo senso, invece, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 99, secondo cui l'irregolarità consiste in una illegittimità non viziante. L'A., evidentemente, giunge a questa conclusione perché separa legittimità e invalidità, identificando quest'ultima nel complesso dei rimedi avverso l'illegittimità, secondo l'impostazione di A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 600.

Contra, G. GUARINO, *op. cit.*, 237, 243, che esclude l'irregolarità in ragione del principio della eguale rilevanza dei vizi.

⁸⁵ Impostazione che qui si accoglie. Lo si è visto, sul piano della teoria generale, nella prima parte del lavoro; e lo si vedrà, con riferimento al provvedimento amministrativo, nell'ultimo capitolo. Si deve ad A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 23-32, l'aver messo in luce che la possibilità di introdurre fondatamente la nozione di irregolarità del provvedimento amministrativo dipende dal modo di concepire i rapporti tra invalidità e inefficacia.

⁸⁶ G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in ANNUARIO AIPDA 2002, Milano, 2003, 79 ss.

⁸⁷ V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 187 ss., propone una distinzione tra: a) vizi formali per marginalità della violazione; b) vizi formali per conseguimento *aliunde* dello scopo della norma violata; c) vizi formali per ininfluenza sul contenuto dispositivo del provvedimento. F. LUCIANI, *Il vizio formale*, cit., 187 ss., 211, identifica il vizio formale nella violazione di norme contenenti la disciplina delle forme di esternazione del provvedimento e le procedure per la sua adozione; ritiene, però, che l'imperfezione dell'atto può dirsi formale solo quando ad essa non è collegata "la qualificazione di illegittimità dell'atto e quindi l'applicazione del regime tipico degli atti invalidi".

Sono sostanziali le norme sulla produzione che, a vario titolo, vincolano il contenuto del provvedimento, stabilendo cosa l'amministrazione non può decidere e cosa invece deve decidere (secondo le formule di Ferrajoli, "l'indecidibile che" – ovvero ciò che non si può decidere – e "l'indecidibile che non" – ovvero ciò che non si può non decidere). Tali metanorme possono imprimere un vincolo positivo, nel senso di imporre un certo contenuto al provvedimento; oppure negativo, nel senso di vietare un certo contenuto del provvedimento; oppure in termini di compatibilità, cioè imporre che il contenuto del provvedimento non sia incompatibile con il loro. La loro violazione dà luogo a vizi sostanziali.

È stato sostenuto che le norme sulla produzione di tipo formale non operano in rapporto ai provvedimenti amministrativi vincolati, rispetto ai quali dunque sarebbe opportuno far questione esclusivamente di (in)validità sostanziale⁸⁸. Ciò perché il provvedimento vincolato costituisce l'estrinsecazione di un potere accertativo inserito nel contesto di una "strategia decisionale secondo regole" predisposta direttamente dal legislatore: in essa le previsioni di ordine procedimentale e formale rileverebbero come mere "norme interne all'organizzazione amministrativa", dalla cui violazione può derivare solo un illecito disciplinare, e non come norme sulla validità degli atti, dal momento che la "dinamica ordinamentale" non risulterebbe pregiudicata da "difetti di funzionamento" dei poteri accertativi⁸⁹.

Le conclusioni di questa dottrina sembrano dover essere rovesciate, l'incompatibilità sussistendo non tra provvedimento vincolato e norme di validità formali ma tra provvedimento vincolato e norme di validità sostanziali. Se è vero, infatti, che i provvedimenti vincolati non sono "decisioni" ma "atti costitutivi in senso stretto", nel senso che il loro significato precettivo non è rimesso alla "volontà" dell'autore ma rigidamente prestabilito dalle norme ipotetico-costitutive che lo predispongono, ne deriva l'inesistenza di uno spazio logico per l'operatività di norme che stabiliscono vincoli di validità di tipo sostanziale⁹⁰ e giammai per l'operatività di norme che stabiliscono vincoli di tipo formale. Rispetto ad un atto vincolato, cioè, non può operare il principio di buon andamento o la regola della parità di trattamento tra situazioni uguali, mentre, almeno sul piano logico, può ben operare l'obbligo di motivazione o di comunicare l'avvio del procedimento.

Sul piano teorico, in definitiva, sembra doversi dire che del provvedimento vincolato è concepibile il vizio formale ma non quello materiale. Altro discorso è se il legislatore, sulla base dell'osservazione che il vizio formale del provvedimento vincolato non determina alcuna alterazione del contenuto dispositivo, limita o esclude la possibilità di privare l'atto della sua efficacia⁹¹.

⁸⁸ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 272 ss.

⁸⁹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 272-279.

⁹⁰ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 507 ss.

⁹¹ Cfr. il paragrafo seguente.

2.2. I vincoli di validità indiretti. Relatività della distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali

Alcune norme contenute nel paradigma del provvedimento amministrativo pongono condizioni di validità solo in modo indiretto.

Rientrano in questa categoria, in primo luogo, le norme sulla produzione prive di autonomo contenuto precettivo: le norme di rinvio, cioè quelle che elevano a condizione di validità un'altra norma oppure un atto, e le norme che assumono contenuto precettivo solo nella fattispecie concreta. Sono tali, ad esempio, le norme che impongono di tenere in considerazione ai fini della decisione l'apporto procedimentale dei privati, oppure la norma che vincola la decisione alle conclusioni della istruttoria. I vincoli di validità introdotti da simili disposizioni sono diversi da caso a caso, perché il loro contenuto precettivo si modella all'interno della singola vicenda amministrativa; e si può anche verificare il caso che in concreto esse non possano trovare applicazione: ad esempio, l'obbligo di tenere in considerazione l'apporto partecipativo dei privati non sussiste se nessuno ha preso parte al procedimento. In definitiva, la singola vicenda amministrativa decide sia della applicabilità di queste norme sia del loro contenuto.

Le ipotesi di vincolo indiretto di gran lunga più rilevanti sul piano sistematico sono però rappresentate dalle norme che contengono prescrizioni di tipo formale e tuttavia idonee a riflettersi sulla determinazione del contenuto del provvedimento.

Si pensi, ad esempio, alla norma che prevede la comunicazione di avvio del procedimento: direttamente non stabilisce alcunché in ordine al contenuto del provvedimento, ma favorisce la partecipazione dei privati al procedimento, la quale a sua volta può incidere sulla definizione dell'affare. Lo stesso discorso vale, per fare un altro esempio, in relazione alla norma che prescrive la motivazione: è vero che si tratta di una regola sulla produzione di carattere formale, ma è altresì vero che l'obbligo di esplicitare le ragioni del provvedere costituisce per l'autorità una importante remora ad evitare decisioni manifestamente irrazionali e dunque incide sul contenuto del provvedimento⁹².

L'attitudine di alcune prescrizioni formali ad incidere, sia pur indirettamente, sulla definizione del contenuto del provvedimento esclude che si possa rigorosamente distinguere tra vizi formali e sostanziali a seconda del carattere formale o sostanziale della norma violata. Se, infatti, la violazione di una norma di tipo sostanziale, alterando il contenuto del provvedimento, dà immancabilmente luogo ad un vizio sostanziale, la violazione di una norma formale può esser causa, oltre che di un vizio formale, anche di un vizio sostanziale.

⁹² Questa notazione può essere considerata alla stregua di un corollario della concezione della motivazione come "discorso giustificativo" propugnata da A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 56 ss.: lo svolgimento del "discorso giustificativo", infatti, implica e presuppone la "giustificabilità" della decisione e dunque, per definizione, ne esclude la manifesta arbitrarietà.

Solo attraverso un controllo *a posteriori* – che l'ordinamento italiano con l'art. 21 *octies* l. 241/1990, secondo comma, affida al giudice⁹³ – è possibile dunque stabilire se

⁹³ L'art. 21 *octies* prevede che “non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

Nell'ordinamento italiano esistono anche altre tecniche volte ad evitare annullamenti giudicati inopportuni (cfr. D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *www.Astid.online.it*, 14-16, ed in *Dir. Pubbl.*, 2008, sui rapporti, in termini di continuità-discontinuità, tra la nuova norma, l'istituto dell'irregolarità e la regola del raggiungimento dello scopo; G. PEPE, *Il principio di conservazione degli atti giuridici con particolare riguardo alla attività amministrativa*, in *www.Giustamm.it*, 2009, 23 ss.).

La più antica è costituita dalla categoria dell'irregolarità, introdotta a partire dagli anni venti del secolo scorso dalla giurisprudenza amministrativa quale forma minore di invalidità del provvedimento (A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 45 ss.). Secondo la giurisprudenza sono irregolari, e perciò non annullabili, i provvedimenti affetti da vizi formali ritenuti di scarsa importanza (ad es.: quelli mancanti della c.d. “clausola enunciativa”, ossia della prescritta indicazione dei rimedi esperibili avverso l'atto). Con l'introduzione in via giurisprudenziale dell'irregolarità non è dunque enunciata in termini generali la regola dell'irrelevanza dei vizi formali, ma solo operato un temperamento del principio per cui ogni violazione del paradigma legale conduce all'annullamento dell'atto.

Un altro temperamento al principio della rilevanza del vizio formale è costituito dall'applicazione al provvedimento amministrativo della c.d. “regola del raggiungimento dello scopo”, di cui la giurisprudenza ancora oggi fa uso (talvolta confondendola con l'istituto dell'irregolarità, v. T.A.R. Trento, Trentino Alto Adige, sez. I, 26 gennaio 2011, n. 10). Secondo questa “regola”, il provvedimento resta valido se è comunque raggiunto lo scopo cui mira la norma violata. Un esempio: il provvedimento è valido anche quando sia stata omessa la comunicazione di avvio del procedimento (art. 7, l. 241/1990), se il cittadino interessato è venuto a conoscenza *altronde* del procedimento che lo riguarda perché lo “scopo” dell'art. 7, l. 241/1990, ovvero quello di mettere in condizione il privato di partecipare al procedimento, è comunque conseguito.

L'irregolarità dunque opera in astratto, tramite l'enucleazione di taluni vizi ritenuti non gravi e quindi non idonei a causare l'annullabilità; la regola del “raggiungimento dello scopo”, invece, in concreto, poiché il giudice deve valutare, caso per caso, se la violazione commessa dalla pubblica amministrazione può esser considerata irrilevante perché è stato comunque conseguito l'obiettivo che la norma violata mira a realizzare (cfr. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 59 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 260 ss.).

Il terzo correttivo alla rigidità dello schema per cui ogni scostamento dal paradigma normativo conduce all'annullamento del provvedimento è di ordine processuale e consiste nella progressiva rivalutazione nel processo amministrativo dell'interesse ad agire come condizione dell'azione, fino all'affermarsi della regola per cui l'iniziativa processuale è ammissibile solo quando il ricorrente può ottenere una concreta utilità dalla eventuale pronuncia di annullamento (da ultimo C.G.A., 21 settembre 2010, n. 1222; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6682). Ciò comporta l'inammissibilità dell'impugnazione di un provvedimento di diniego quando si fanno valere vizi meramente formali, dal momento che l'annullamento in questo caso non solo non soddisferebbe direttamente l'interesse del ricorrente (ad es., ad ottenere la concessione) ma neppure vincolerebbe l'amministrazione a rivedere il suo operato in senso favorevole al privato: al contrario, semmai, certificherebbe la correttezza sostanziale della scelta del diniego. Il meccanismo dell'interesse al ricorso, invece, non comporta l'inammissibilità dell'azione quando ad essere impugnato è un provvedimento restrittivo, perché in questo caso l'interesse finale del ricorrente è pienamente soddisfatto dalla rimozione dell'atto lesivo, quale che sia il vizio dedotto e accolto (è vero infatti che l'annullamento per un vizio formale lascia all'amministrazione la facoltà di adottare un nuovo provvedimento dotato dello stesso contenuto, ma è altresì vero che questa evenienza si pone come solo eventuale, e pertanto non è idonea a scardinare l'interesse al ricorso). In tema A. ROMANO TASSONE,

la violazione formale ha dato luogo all'invalidità sostanziale del provvedimento e calibrare di conseguenza la reazione in termini di inefficacia⁹⁴. L'approccio che tende ad

Vizi formali e vizi procedurali, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, 223 s.; F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 414 s.; ID., *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 1128 s.

Meccanismi simili sono presenti nei principali ordinamenti europei (sul punto, nella dottrina italiana, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 287 ss.; W. GASPARRI, *op. cit.*, 721 ss.; P. LAZZARA, *Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio ed autoreponsabilità privata*, Roma, 2005, 61 ss.).

Nell'ordinamento tedesco il paragrafo 46 della *Verwaltungsverfahrensgesetz* prevede che: *“die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat”*. Il dibattito sviluppatosi intorno alla disposizione è ora chiaramente esposto da E. SCHMIDT-ASSMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2011, 471 ss.; negli ultimi anni, *“a scholarly discussion is evolving on whether German Administrative Law should shift its attention from substantive justice to procedural justice, giving more weight to the instrumental as well as the non-instrumental justification of administrative procedures”*: M. FEHLING, *Comparative administrative law and administrative procedure*, in *IusPublicum*, 2011, 6.

In Spagna l'articolo 63.2 della *Ley 30/1992*, stabilisce che *“el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”*. Cfr. J. BERMEJO VERA, *Derecho administrativo básico*, Zaragoza, 1995, 285: *“la invalidez que viene originada por infracciones formales, bien sean éstas las constitutivas de nulidad de pleno derecho (...) ya se trate, con mayor razón, de las determinates de la anulabilidad (...) requieren junto a la constatación de la existencia de la infracción procedimental o formal, el requisito esencial y finalista de que mediante ellas se haya causado indefensión a los interesados, excluyendo en consecuencia la de aquellos que hubieran permanecido idénticos y de aquellos otros en que no quepa hablar de indefensión para el interesado”*.

In Francia non esiste una norma simile, ma *“conscient qu'un formalisme excessif paralyserait l'action de l'administration, le juge fait preuve de pragmatisme et admet que l'omission de certaines formalités, dont le caractère n'apparaît que comme accessoire (plus précisément «non substantiel»), n'entraîne pas l'annulation de l'acte”* (J. MORAND DEVILLER, *Droit administratif*, Paris, 2011, 645). La giurisprudenza e la dottrina, al fine di riconoscere i vizi formali e distinguerli da quelli sostanziali, utilizzano il criterio della *“incidence sur la décision à prendre et sur les garanties dont bénéficient les destinataires”*. Sono considerati vizi formali solo le *illégalités externes (incompétence e vice de forme et vice de procédure)* e non invece le *illégalités internes (Détournement de pouvoir, violation directe de la règle de droit e contrôle des motifs de l'acte)*.

La Corte di Giustizia, infine, non annulla se ritiene che, pur in assenza di vizi, il provvedimento non avrebbe assunto un contenuto diverso (C.G.C.E., 10/71989, c. 30/78, *Distillery Company Limited*, in *Racc.*, 1980, 2229; C.G.C.E., 11/11/1987, c. 259/85, *Francia/Commissione*; C.G.C.E., 21/3/1990, c. 142/87, *Belgio/Commissione*; Trib. U.E., V sec., 8/7/2004, *Technische Glaswerke*, c. T-198/01, in *Foro amm.*, C.D.S., 2004, 1878).

⁹⁴ Sul piano della teoria della validità, dunque, la soluzione adottata dal legislatore italiano con l'art. 21 *octies*, l. 241/1990, secondo comma, è apprezzabile in quanto, attribuendo al giudice il potere di valutare l'incidenza della violazione sul contenuto del provvedimento, riconosce che il carattere formale del vizio può essere desunto solo *ex post*, ossia una volta assunta la decisione. Essa, nondimeno, si espone a critiche (ma non è questo il luogo per prendere posizione sul punto) sotto il duplice aspetto del conferimento al giudice di poteri esorbitanti e della “dequotazione” delle regole procedurali. Sul punto, senza alcuna pretesa di completezza, A. TRAVI, *La legge n.15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. Giur.*, 2005, 453, discorre di una dequotazione contraddittoria delle regole procedurali contenute nella l.241; F.G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei procedimenti amministrativi*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2006, 61, di un rischioso allentamento dei vincoli legali nei riguardi della amministrazione; F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies*, L. 241/1990:

escludere gli “annullamenti inutili” operando sul piano della ontologia dei vizi, ossia identificando in astratto le violazioni formali non incidenti sul contenuto, può funzionare esclusivamente in relazione ad anormalità assolutamente “minimali”, quali sono del resto quelle individuate dalla consolidata giurisprudenza in materia di irregolarità⁹⁵.

2.3. *Il problema della fonte della norma sulla produzione*

Le regole sulla formazione del provvedimento amministrativo sono innanzitutto contenute in atti gerarchicamente sovraordinati: regolamenti, leggi, Costituzione, atti dell’Unione Europea, atti di matrice internazionale⁹⁶.

Ma ulteriori vincoli derivano da precedenti episodi di attività amministrativa: un fenomeno ampio ed eterogeneo che va sotto il nome di “autolimita della pubblica amministrazione”⁹⁷. Ai nostri fini, è sufficiente distinguere i vincoli che derivano dalla

quando il legislatore non può e non deve, in *www.giustamm.it*, 2005, esprimono preoccupazione per la svalutazione del valore collaborativo della partecipazione, di cui sottolineano il rilievo per l’interesse pubblico. Esprime forti perplessità sugli effetti che potrebbero scaturire dall’assetto dell’invalidità dell’atto amministrativo A. POLICE, *L’illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, 780-800, secondo il quale troppo caro è il prezzo in termini di riduzione di tutela, non potendo neppure essere colmato, come invece da altri si sostiene, con l’utilizzo di altri strumenti, diversi da quello cassatorio, quale il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno al cittadino destinatario di un provvedimento “non annullabile” ai sensi dell’art. 21 *octies*. Ritiene inoltre l’A. che, se si volesse, invece, accogliere la tesi che il provvedimento di cui al 21 *octies* non è oggetto di una considerazione ordinamentale in termini di disvalore, allora sarebbe da considerare venuto meno qualsiasi rilievo delle cd. norme di azione, regolatrici l’attività amministrativa specialmente negli aspetti procedurali. Considerano l’art. 21 *octies* illegittimo in quanto contrastante con il “diritto ad una buona amministrazione” proclamato dall’art. 41 della Carta di Nizza, D.U. GALETTA, *Le garanzie procedurali dopo la legge 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell’art. 21-octies L. 241/90, anche alla luce della previsione ex art. 41 CED*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 333; ID., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Amm.*, 2010, 633; G. DELLA CANANEA, *The Italian administrative procedure act: progresses and problems*, in *IusPublicum*, 2011, 15. Per l’idea che l’art. 21 *octies* non costituisca un “attentato al principio di legalità” e non arrechi un *vulnus* al valore della partecipazione cfr. L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale*, cit., 54; G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 589 ss.

⁹⁵ A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell’irregolarità*, cit., 59 ss.

⁹⁶ Nell’ottica della concezione istituzionalistica, tale pluralità di fonti costituisce un importante argomento a favore della tesi che la validità del provvedimento, come quella di tutti gli atti giuridici, si misura nella conformità dello stesso a molteplici ordinamenti, tanti quanti sono le fonti da cui è disciplinato. In questo senso R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 616.

Sulla legalità ultrastatale M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, 1 ss.

⁹⁷ Per la distinzione tra autolimiti ed eterolimiti v. P.M. VIPIANA, *L’autolimita*, cit., 34 ss., che distingue gli autolimiti (59-123): a) a seconda del soggetto od organo che li pone (lo stesso soggetto o lo stesso organo, un altro organo dello stesso ente pubblico, un organo appartenente a diversa persona giuridica; la tipologia, in definitiva, si riduce a due ipotesi fondamentali: identità o alterità tra organo amministrativo che pone e organo tenuto ad osservare l’autolimita); b) a seconda dell’atto o fatto attraverso cui sono posti (autolimiti di origine fattuale o autolimiti scaturenti da atti. I primi derivano da comportamenti non formalizzati posti in essere dalla p.a., di tipo commissivo o omissivo, oppure dalla prassi amministrativa. I secondi si distinguono in: atti finalistica-

predeterminazione dei criteri della decisione da quelli che scaturiscono da atti amministrativi – provvedimenti e non – preesistenti⁹⁸.

Per inquadrare i primi si deve considerare che la discrezionalità viene esercitata dall'amministrazione in modo progressivo: la decisione finale, cioè, è preceduta da un complesso di decisioni parziali, con le quali vengono stabiliti i criteri dei giudizi successivi⁹⁹. Secondo una prospettazione, il mancato rispetto di tali criteri comporta la violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e ragionevolezza¹⁰⁰ così determinando l'invalidità del provvedimento per eccesso di potere. Sembra tuttavia preferibile ritenere che il provvedimento sia affetto da violazione di legge tutte le volte in cui la predeterminazione sia imposta dalla norma: in queste ipotesi, infatti, l'invalidità deriva dal contrasto che si realizza tra la fattispecie concreta e il modello norma-

mente indirizzati a fissare un autolimita, come i piani o i programmi o le circolari, e atti dai quali si può desumere un autolimita sebbene non adottati a tale scopo, provvedimenti finali e atti intermedi del procedimento, provvedimenti a carattere generale e atti/provvedimenti emanati dalla p.a. per vincolarsi in un singolo caso, atti esterni e atti interni, atti amministrativi e atti di tipo negoziale); c) a seconda del loro oggetto (atti ampliativi implicanti una scelta o atti restrittivi, l'an dell'esercizio del potere discrezionale o il *quando* o il *quomodo* o il *quantum*, profili formali o procedurali o contenutistici della sua attività).

Dall'autovincolo, che è frutto di una scelta unilaterale della pubblica amministrazione, si distingue la c.d. attività informale della p.a., consistente nelle intese e nei contatti tra amministrazione e privati che non si traducono in atti tipici dell'amministrazione. Secondo l'opinione maggioritaria, l'amministrazione informale non ha carattere vincolante, nel senso che l'osservanza delle intese e degli accordi informali non costituisce condizione di validità del provvedimento amministrativo. In senso contrario M. PROTTO, *L'amministrazione informale*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Roberto Marrama*, II, Napoli, 2012, 858 ss., secondo cui i contatti informali tra amministrazione e privati che si realizzano all'interno del rapporto amministrativo ripetono la normatività di quest'ultimo, che a sua volta deriva dal principio di buona fede.

⁹⁸ I due profili sono ben distinti da A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 325, in relazione alla tematica della invalidità del provvedimento. Osserva l'A., che i "criteri e modalità d'azione, che l'Amministrazione è obbligata a predeterminare" (le c.d. decisioni amministrative parziali e le scelte di base) "non sono né norme interne, né limiti (spontaneamente autoimposti)". Questi ultimi infatti sono "norme" estranee all'ordinamento che commina la sanzione, sicché si assiste ad un fenomeno "di invalidazione di un atto esterno per violazione di una norma estranea all'ordinamento comminante la sanzione"; "in relazione ai criteri ed alle scelte di base per l'azione amministrativa futura, invece, la inosservanza della regola posta dall'Amministrazione, viene assunta dall'ordinamento di riferimento in forza di un proprio precetto, come causa invalidante della scelta finale". Sulla tendenza dell'amministrazione contemporanea a prefigurare la propria azione, con la conseguenza che "momento pregnante delle decisioni autoritarie sta nell'atto di programma" v. D. SORACE, *Promemoria alla voce "Atto amministrativo"*, cit., 756.

⁹⁹ A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 62, 77 ss., *passim*. L'A., tra l'altro, riprendendo una tesi di Giannini, osserva che la caratteristica fondamentale dell'azione volontaria della p.a. è che in essa assumono "separata evidenza giuridica quelli che, nell'azione volontaria di una persona fisica, sono semplici momenti strutturali di una sintesi" (86). Nella tipologia di P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., 65 s., questa ipotesi rientra in quella dell'autovincolo scaturente da fatti giuridici, ed esattamente da comportamenti non formalizzati della p.a. precedente, o in quella dell'autovincolo scaturente da atti, ma limitatamente alla sottospecie dell'autovincolo determinato da atti endoprocedimentali.

¹⁰⁰ P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., 143 ss., *passim*. Lo schema è quello usato dalla giurisprudenza e dalla dottrina costituzionale per la dichiarazione di incostituzionalità delle leggi per violazione di norma interposta: qui la "norma interposta" è l'autolimita dell'amministrazione, il cui mancato rispetto si risolve nella violazione di un superiore principio che impone all'amministrazione di autolimitarsi.

tivo e non richiede un accertamento di tipo sintomatico o secondo ragionevolezza¹⁰¹.

Quanto ai vincoli che derivano da precedenti atti amministrativi, si pone l'arduo problema se la validità del provvedimento possa essere condizionata da precetti contenuti in atti dotati della stessa forza giuridica¹⁰².

Il tema è tradizionalmente affrontato con riferimento alle norme interne e alle circolari. La dottrina dominante lo risolve ritenendo, in sintonia con la giurisprudenza¹⁰³, che la violazione di questi atti configura uno sviamento di potere¹⁰⁴ o dà luogo ad una patologia riconducibile alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere¹⁰⁵.

¹⁰¹ A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 325, fa questione di una "parificazione" posta in essere dall'ordinamento "in ordine alla applicabilità della misura sanzionatoria, tra violazione dei canoni precostituiti e violazione della disposizione di legge che impone all'Amministrazione l'obbligo di predeterminare la propria condotta". In alcuni casi, detta "parificazione" è evidente (l'art. 12 della legge sul procedimento amministrativo al primo comma impone all'amministrazione di predeterminare i criteri e le modalità per la concessione di sovvenzioni, contributi, etc., e al secondo comma, prescrive l'osservanza di detti criteri e modalità; per un'analisi di altre ipotesi di predeterminazione, v. la sezione prima del capitolo terzo); altre volte, invece, è più difficile individuare la norma legislativa che eleva a parametro di validità le scelte di base operate dall'amministrazione. Tuttavia – prosegue l'A. – "è comunque possibile riscontrare come in tutte le ipotesi in cui il legislatore pone all'Amministrazione un obbligo di predeterminare la propria condotta, abbia posto anche un conseguente obbligo di rispettare le scelte di base così fissate ed una sanzione in caso di loro inosservanza. Del resto, se non fosse affermato – anche implicitamente – un obbligo per l'Amministrazione di attenersi ai criteri predeterminati per le proprie scelte future, non si comprenderebbe neppure la ragione che ha condotto il legislatore ad imporre un obbligo di predeterminazione delle decisioni amministrative". Poche pagine più avanti, si osserva condivisibilmente che, ogni qual volta l'obbligo di predeterminazione sia imposto dalla legge, l'inosservanza dei criteri predeterminati non va sindacata sotto il profilo della irragionevolezza o per violazione dei principi di imparzialità e buon andamento: in questi casi si deve solo riscontrare la difformità del provvedimento dalla fattispecie normativa astratta, sicché il vizio da cui è affetto è la violazione di legge. "L'obbligo di predeterminazione delle decisioni amministrative e l'obbligo di attenersi a tali scelte di base, non si fondano più sul c.d. principio dell'autovincolo, né su un generico obbligo di non contraddittorietà, il limite al potere trova ora la sua fonte in una specifica e puntuale previsione normativa. Lo stato invalidante che qui viene in rilievo, pertanto, è quello della violazione di legge; vizio che si risolve in una contraddittorietà fra l'atto e una norma di legge che concerne le forme, il procedimento ed il contenuto dell'atto stesso" (331). Secondo l'impostazione dell'A., l'eccesso di potere, concepito come "verifica dell'esistenza di qualcosa di illogico, di irrazionale, di contrario allo spirito della legge, dovrebbe servire a sindacare non l'atto finale, ma le scelte di base: il controllo sull'uso razionale del potere dovrebbe cioè essere anticipato al momento della predeterminazione della decisione amministrativa, che altresì costituisce il momento di esplicazione della discrezionalità" (338 s.). Cfr. altresì ID., *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 1996, 699 ss.

Sull'obbligo di predeterminare i "criteri di massima" delle decisioni v. G. CORSO, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica: nuove tendenze del sistema italiano*, in *Reg. Gov. Locale*, 1989, 17. Un autorevole studioso ha individuato una ipotesi di eccesso di potere nella mancata prefissione di parametri di riferimento della decisione: vi sarebbe cioè un obbligo per la amministrazione di autolimitarsi, discendente dai principi di buon andamento e imparzialità: P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, 1988, 585 ss.

¹⁰² Il problema è posto in questi termini da F. BASSI, *La norma interna*, cit., 435.

¹⁰³ Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 225.

¹⁰⁴ F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. It.*, 1932, 113 s.

¹⁰⁵ E. SILVESTRI, *op. cit.*, 187 s., mette in rilievo che la dottrina configura l'inosservanza di circolari e norme interne come specie di eccesso di potere pur movendo da diverse concezioni di questo vizio. "La dottrina tradizionale, che fa rientrare in tale nozione tutti i vizi attinenti alla causa dell'atto amministrativo, sostiene che poiché

Questa impostazione, però, fondando l'invalidità sull'utilizzo del potere per un fine diverso da quello per il quale è stato conferito o sulla violazione di un principio (non importa qui identificarlo, ma si potrebbe pensare all'affidamento del cittadino o alla logicità dell'azione amministrativa) che obbliga l'amministrazione a rispettare l'autolimita, elude il quesito teorico di fondo, ossia se i precedenti atti amministrativi entrino a far parte del paradigma di validità del provvedimento.

Il problema sollevato è speculare a quello, molto discusso, se la disciplina della formazione della legge – tanto dal punto di vista procedurale quanto da quello contenutistico – sia oggetto di una riserva in favore della Costituzione e delle leggi costituzionali ovvero se possa essere dettata altresì da leggi ordinarie¹⁰⁶. Il silenzio serbato al riguardo dalla Costituzione italiana è diversamente interpretato: secondo un'opinione, che non stenta a trovar conforto nella prassi¹⁰⁷, si tratta di una delega tacita al legislatore¹⁰⁸; secondo l'opinione opposta, va inteso come divieto di intervento delle fonti subordinate nel settore della meta-normazione¹⁰⁹. Quest'ultima

l'amministrazione mediante l'atto normativo mostra essa stessa qual è l'utile pubblico e quale è il fine specifico cui l'Autorità deve tendere, il discostarsi da tali atti equivale ad agire per un fine diverso dall'interesse pubblico. Quanti poi considerano l'eccesso di potere come un vizio dei motivi dell'atto o della volontà in quanto quest'ultima si è determinata coscientemente *contra legem*, ritengono che il contrasto tra il provvedimento concreto e gli atti normativi interni denuncia, ove non risulti sufficientemente giustificato, la intenzionalità della violazione, o quanto meno, rileva una inosservanza logica"; per un panorama critico delle posizioni della dottrina v. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 322 s., il quale mette in rilievo che secondo la dottrina prevalente la inosservanza della norma interna vale solamente a porre in essere una *presunzione* di eccesso di potere.

¹⁰⁶ Contro questa possibilità v. A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)*, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1987/91, Torino, 1992, 35 ss.; ID., *La legge come fonte sulla normazione?*, in Studi in onore di Franco Modugno, IV, Napoli, 2011, 3083 ss.; ID., *Norme sulla normazione e valori*, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2011, Torino, 2012, 368 ss. A favore, invece, S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1985, 153 ss.; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, 248 s.; P. CARNEVALE, *Il fattore unitario nelle dinamiche della produzione normativa. Dalla statica alla dinamica, per tornare di nuovo alla statica*, in *Dir. e Soc.*, 2011, 4 ss.; F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 1/2010. In tema, con attenzione alle posizioni di Santi Romano e Carlo Esposito, cfr. C. PINELLI, *La Costituzione di Santi Romano e i primi Maestri dell'età repubblicana*, in *Dir. Amm.*, 2012, 251 ss.

¹⁰⁷ P. CARNEVALE, *op. cit.*, 6, osserva che nella Costituzione sono contenute deleghe in favore della legge o di altre fonti primarie a dettare norme sulla normazione (il riferimento è ai regolamenti parlamentari, secondo gli artt. 64 e 72) e che comunque non di rado la legge interviene a questo livello pur senza autorizzazione.

¹⁰⁸ S. GALEOTTI, *op. cit.*, 153 ss. La legge incontra un limite a istituire fonti concorrenti solamente nei confronti degli atti del governo, oggetto di riserva costituzionale, osserva F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare*, cit.

¹⁰⁹ Per A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)*, cit., 45 ss., le norme sulla formazione della legge riguardano la "materia costituzionale", che può essere disciplinata da fonti diverse solo in presenza di una espressa delega da parte della Costituzione. Se per le norme di produzione vale il principio che tutto ciò che non è vietato è permesso, per le norme sulla produzione vale l'opposto principio che tutto ciò che non è permesso è vietato. Poiché nessun potere può autofondarsi, un soggetto pubblico non può arrogarsi una competenza non attribuita dall'ordinamento; ID., *Norme sulla normazione e valori*, cit., 373 s., dove si afferma che si può consentire alla legge di normare sulla normazione solo in chiave di "mera esplicitazione, o tutt'al più, specificazione-attuazione del dettato costituzionale".

tesi trova conforto in considerazioni di ordine politico-costituzionale: consentire alla legge di normare sulla normazione, infatti, significherebbe accettare che una maggioranza stabilisca limiti per le maggioranze future, in violazione del principio *parliament may not bind its successors*¹¹⁰; richiedere il procedimento ex art. 138 Cost., al contrario, impone una convergenza tra forze politiche quanto mai opportuna quando si verte su “materia costituzionale”¹¹¹ e fornisce garanzie di stabilità utili al conseguimento di quell’obiettivo di unificazione dell’ordinamento che sta a fondamento della metanormazione¹¹².

Dietro quella che sembra una questione (pur importante) di interpretazione del dettato costituzionale si cela un contrasto tra diverse concezioni del diritto¹¹³. La tesi che ammette la legge come fonte sulla normazione trae argomento dal principio della parità di tutti gli atti statali, di cui è corollario la possibilità per ciascun di essi di contenere condizioni di validità di un altro¹¹⁴. La tesi contraria, invece, esclude che la

¹¹⁰ Da qui l’idea di riconnettere alle norme sulla normazione contenute in leggi un’efficacia tutt’al più persuasiva: cfr. ad esempio, M. PATRONO, *Legge (vicende della)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1973, 919; *Contra* P. CARNEVALE, *op. cit.*, 9.

¹¹¹ A. RUGGERI, *Norme sulla normazione e valori*, cit., 403.

¹¹² Lo riconosce P. CARNEVALE, *op. cit.*, 8 s., *passim*.

¹¹³ Cfr. A. MERKL, *Die Unveränderlichkeit vonn Gesetzen - ein normologisches Prinzip*, 1917, trad. it. *L’immodificabilità delle leggi, principio normologico*, in *Il duplice volto del diritto*, cit., 131 ss.

¹¹⁴ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 49 ss., *passim*. Il discorso muove dal postulato della equiordinazione degli atti statali e da una connessa peculiare ricostruzione del fenomeno abrogativo. Secondo l’A., la legge non abroga il regolamento in ragione di una maggiore forza ma solo perché la validità di quest’ultimo sussiste fino a che non sia emanata una legge valida (72); allo stesso modo la legge successiva non abroga quella precedente in ragione di una più intensa (in quanto più recente) volontà dello Stato ma perché in essa è implicita la condizione di valere fino a disposizione legislativa contraria (66 s.). Questa ricostruzione del fenomeno dell’abrogazione consente all’A. di ammettere che una legge possa porre limiti per una legge futura: affinché ciò avvenga è sufficiente che l’ordinamento ne abbia disposto l’immodificabilità. La legge successiva che intenda modificare la precedente, pertanto, è invalida non perché la legge anteriore prevalga su di essa, ma perché essa stessa è contraria al diritto da cui è regolata: “la legge posteriore non ha effetto perché nulla e giuridicamente inesistente e non perché abbia forza minore che quella anteriore” (69).

La resistenza della norma sulla normazione è spiegata da F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, Milano, cit., 71, sostenendo che la legge che la violasse sarebbe inesistente, in quanto non riferibile all’ordinamento (per condivisibili obiezioni sul valore solamente logico di questa costruzione v. A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica*, cit., 55). P. CARNEVALE, *op. cit.*, 10, accoglie la teoria del divieto di riferimento e aggiunge che la modifica della meta-norma può avvenire solo da parte di una successiva legge che dichiara l’intenzione di fare ciò. Con ciò l’A. supera il rilievo secondo cui *parliament may not bind its successors*: se la maggioranza successiva non ha deciso ciò che era in suo potere, cioè di modificare la norma sulla normazione, ciò significa che ha accettato liberamente di sottomettersi.

Osserva condivisibilmente R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 248 s., che “occorre distinguere l’*abrogazione* e/o la *deroga* di una norma dalla sua *violazione*”. Il fatto che il legislatore abbia il potere di abrogare o derogare ad una legge precedente non implica che esso abbia il diritto di violare una legge precedente a lui rivolta (senza prima averla, espressamente o tacitamente, abrogata). Osserva l’A., inoltre, che nel caso in cui la legge si pone in contrasto con una legge precedente che ne regola formazione e contenuto, non sussistono i presupposti per la abrogazione o per la deroga, essendo questi “fenomeni che si producono allorché due norme regolano una stessa (classe o sottoclasse di) fattispecie in due modi incompatibili”.

validità di un atto possa essere condizionata da precetti contenuti in un altro atto di pari forza e quindi postula la necessità della sovraordinazione del parametro¹¹⁵. Mentre per la prima tesi i rapporti di forza tra gli atti agiscono su un piano diverso da quello dei rapporti di validità, per la seconda sono un tutt'uno.

Questi problemi si pongono in modo meno drammatico con riferimento al provvedimento amministrativo.

Innanzitutto, l'eventualità che un atto amministrativo contenga condizioni di validità del provvedimento non incontra particolari difficoltà a livello costituzionale, dal momento che la riserva di legge in materia di disciplina della pubblica amministrazione è relativa (art. 97 Cost.)¹¹⁶. Dubbi si potrebbero porre solo nei casi di "supplemento dell'esecutivo rispetto al legislatore inottemperante a riserve di legge"¹¹⁷, quando cioè l'atto-parametro sia intervenuto in assenza di una regolamentazione legislativa della materia: anch'essi, però, sembrano destinati a svanire una volta considerato che l'alternativa all'autolimita è l'assenza di alcun limite, cioè una soluzione ancor meno confacente allo spirito garantistico della riserva di legge¹¹⁸.

Né esistono ragioni di opportunità per una riserva in capo alla legge della normazione sul provvedimento amministrativo: al contrario da più parti, complice la crisi del principio di legalità o perlomeno i limiti di una legge che volesse regolare minuziosamente l'attività amministrativa¹¹⁹, si segnala l'utilità di una disciplina più flessibile, di fonte amministrativa, nondimeno idonea a realizzare quella predeterminazione normativa necessaria a consentire la "raffrontabilità dell'atto con la previa norma"¹²⁰.

Per quanto riguarda i profili più strettamente teorici, va osservato che, ferma restando l'inesauribilità del potere¹²¹, l'amministrazione emanante non gode di "una assoluta libertà dall'impegno implicito nella determinazione adottata"¹²²: al contrario,

¹¹⁵ Che siano questi i presupposti concettuali della tesi emerge in A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica*, cit., 35 ss., *passim*.

¹¹⁶ P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., 192.

¹¹⁷ P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., 193.

¹¹⁸ P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., 195 s. Si prospetta pertanto un meccanismo simile a quello che vale nei rapporti tra Stato e Regione nelle materie riservate al primo. A fronte dell'inerzia dello Stato, la Regione può intervenire con norme la cui efficacia è risolutivamente condizionata all'intervento del legislatore statale (principio di "cedevolezza").

¹¹⁹ P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., 43, 184.

¹²⁰ Secondo la formula di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962, 133, che per "norma" intendeva "legge". Sulla fondamentale portata garantistica di questo principio e per l'idea che l'autolimita ne consente la valorizzazione specie in un tempo in cui la legge non sempre si mostra all'altezza dei suoi compiti v. le condivisibili considerazioni di P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., 197-193.

¹²¹ Sull'inesauribilità del potere in generale e di quello amministrativo in particolare v. Santi ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti*, cit., 186 s.; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 95; G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 336; ID., *Validità*, cit., 106.

¹²² Cfr. G. MIELE, *op. cit.*, 49, dove si afferma che il soggetto che esercita il potere "soggiace agli effetti della modificazione giuridica che si produca, non rilevando se egli abbia il potere di eliminarla in un momento successivo"; G. GUARINO, *op. cit.*, 263; G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 333, 349: "la revocabilità di un atto, lungi dall'esclu-

il provvedimento vincola lo stesso organo emanante¹²³, come dimostra il fatto che, per sottrarsi, esso deve adottare un nuovo atto.

La circostanza che l'atto amministrativo produca effetti anche nei confronti del suo autore si traduce, almeno astrattamente, nella possibilità che da esso derivino vincoli sulla attività di quest'ultimo. Essendo questa attività composta anche da ulteriori atti e provvedimenti, ne deriva logicamente che l'atto precedentemente adottato può condizionare la validità di quelli successivi.

Una simile conclusione sembra contrastare con l'esistenza dei poteri di ritiro, mediante i quali l'amministrazione può annullare o revocare le sue precedenti determinazioni. Si potrebbe infatti argomentare nel senso che queste ultime, proprio perché restano nella disponibilità dell'organo, sono inidonee a dettare condizioni di validità di atti successivi.

Nondimeno, è proprio la positiva conformazione dei poteri di ritiro a deporre in senso inverso¹²⁴.

L'esercizio della revoca (art. 21 *quinquies*, l. 241/1990) e dell'annullamento d'ufficio (art. 21 *nonies*, l. 241/1990) è infatti sottoposto a presupposti, e quindi a limiti, diversi, e più restrittivi, di quelli tipici del potere amministrativo "ordinario": si pensi, ad esempio, per la revoca, alla necessità di corrispondere un indennizzo al soggetto danneggiato e, per l'annullamento, all'illegittimità del precedente atto; nonché, per entrambi i poteri, all'obbligo di tenere in considerazione l'affidamento riposto dal privato sull'atto che si intende rimuovere. Dal fatto che, per rimuoverlo legittimamente, devono sussistere i presupposti speciali richiesti dalle disposizioni richiamate, sembra logico ricavarne che il provvedimento amministrativo oppone in ogni caso una certa resistenza all'abrogazione da parte di un provvedimento successivo dello stesso organo¹²⁵.

L'altro aspetto da considerare è che il potere amministrativo è attribuito dalla legge in modo duplicemente frazionato. Esso infatti è suddiviso tra i diversi organi (principio di competenza); e ciascun organo, a sua volta, è titolare di tanti poteri quanti sono

dere il vincolo, lo presuppone, tanto è vero che essa si concreta in un nuovo atto che spiega proprio l'effetto di rimuovere il vincolo. Per sottrarsi al vincolo, quindi, occorre un nuovo atto di esercizio del potere che lo ha posto".

¹²³ G. GUARINO, *op. cit.*, 263.

¹²⁴ Si lasciano qui impregiudicate sia la questione della ragion d'essere dei poteri di ritiro (cioè: se essi siano finalizzati alla cura dell'interesse pubblico di cui l'organo è attributario – soluzione che pare preferibile – o se, invece, siano concessi per esigenze di controllo, oppure ancora a motivo della posizione di supremazia dell'amministrazione), sia il problema del loro fondamento (se costituiscono espressione dello stesso potere di cui è esercizio l'atto che vi soggiace; o se trovino fondamento in principi generali dell'ordinamento; o se tale fondamento vada ricercato nelle norme che espressamente attribuiscono il potere di ritiro). Con riguardo ad entrambi i profili si rinvia all'ampia discussione delle dottrine operata da M. IMMORDINO, *op. cit.*, 79 ss., 158 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *op. cit.*, 215 ss.

¹²⁵ Considerazioni simili sono in G. CORSO, *Validità*, cit., 103, 106 s., dove si mette giustamente in rilievo che le ragioni ultime della resistenza del provvedimento amministrativo precedente vanno ricercate nella tutela delle situazioni giuridiche soggettive.

gli effetti giuridici cui può dar luogo (principio di tipicità). La conseguenza di questo frazionamento, con riferimento ai poteri di ritiro, è duplice. In primo luogo, ciascun organo non dispone degli atti adottati precedentemente da altri organi, i quali pertanto restano efficaci anche in caso di incompatibilità con il nuovo atto. In secondo luogo, l'organo, esercitando un certo potere attribuitogli dalla legge, non dispone degli atti da esso medesimo adottati nell'esercizio di un altro potere parimenti attribuitogli: atti che, dunque, resistono all'abrogazione.

Il fenomeno abrogativo pertanto opera in diritto amministrativo con alcuni limiti. Per un verso, l'organo non ha nella propria integrale disponibilità gli atti precedentemente adottati perché i presupposti richiesti per revocarli o annullarli validamente sono diversi – e più severi – di quelli richiesti per provvedere la prima volta. Per altro verso, non possono essere oggetto di ritiro gli atti adottati da altri organi o dallo stesso nell'esercizio di un diverso potere.

Alla luce di queste considerazioni, sembra potersi concludere che l'atto precedentemente adottato entra a tutti gli effetti nel paradigma di validità del provvedimento amministrativo quando quest'ultimo rientra nella competenza di un organo diverso o costituisce esplicazione di un diverso potere affidato allo stesso organo. E che entra a farvi parte anche negli altri casi, salvo che non sia espulso dalla stessa amministrazione mediante l'esercizio degli appositi poteri di ritiro in presenza delle condizioni richieste per il loro esercizio¹²⁶.

Se ciò è vero, allora, per giustificare l'invalidità del provvedimento adottato in violazione di un precedente atto amministrativo non occorre utilizzare lo schema dell'atto interposto, cui implicitamente si rifanno la dottrina e la giurisprudenza quando ravvisano in tale ipotesi un vizio di eccesso di potere per violazione di un principio superiore (ragionevolezza, coerenza, continuità). Causa dell'invalidità, infatti, è direttamente il contrasto con l'atto amministrativo precedente, che entra a far parte del paradigma di validità del provvedimento¹²⁷.

Queste conclusioni valgono nei casi in cui l'atto precedente presenta le caratteristiche della norma sulla produzione, cioè contiene prescrizioni relative alla produzione del diritto futuro. Il ricorso allo schema dell'interposizione resta necessario per fondare l'invalidità dei provvedimenti incompatibili con fatti o atti precedenti che non contengono prescrizioni rivolte a condizionare la validità di atti successivi.

¹²⁶ Alla luce di queste considerazioni torna attuale la teoria di A. MERKL, *Il problema del giudicato*, cit., 327 ss., con riguardo all'effetto di giudicato degli atti amministrativi. La disciplina dei poteri di autotutela comporta infatti che il provvedimento amministrativo abbia, per usare le parole dell'A., quella capacità di "sfidare l'interesse pubblico" che gli viene solitamente negata in ragione del principio della revocabilità e che costituisce il presupposto essenziale per l'estensione dell'efficacia di giudicato (che, comunque, non si manifesterebbe negli stessi termini in cui si manifesta con riguardo alla sentenza) agli atti amministrativi.

¹²⁷ Si estendono così a tutti gli autolimiti provenienti da atti giuridici le conclusioni cui giungeva P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., 360 s., solo in relazione al caso di autolimita posto tramite regolamento. Secondo l'A., peraltro, si potrebbe realizzare una violazione di legge (vizio residuale) e non un eccesso di potere quando sussistano difficoltà alla configurabilità di una figura sintomatica.

2.4. Le norme sulla produzione tra regole, principi e clausole generali

A) La distinzione tra principi e regole è tra le più controverse in filosofia e teoria generale del diritto. È discusso se i principi siano entità qualitativamente diverse dalle norme giuridiche (in quanto espressione, ad esempio, di valori morali) o se invece ne rappresentino una specie¹²⁸; né, una volta ricondotti alle norme, vi è convergenza in ordine ai profili che li distinguono dalle regole, ravvisati ora sul piano qualitativo (ad esempio, considerando i principi come espressione di valori giuridici eminenti) ora su quello quantitativo o strutturale (mettendo in evidenza l'indeterminatezza semantica dei principi medesimi), ora – e di conseguenza – sul terreno della applicazione del diritto e quindi del ragionamento giuridico (le regole sarebbero suscettibili di una applicazione o-tutto-o-niente basata sul ragionamento sillogistico, mentre i principi andrebbero applicati tramite la tecnica del bilanciamento¹²⁹)¹³⁰.

Le diverse posizioni sul contenuto e sullo statuto formale dei principi spesso costituiscono, più che il risultato di una osservazione delle strutture normative positivamente date, il riflesso di altrettante concezioni del diritto, cioè conclusioni di ragionamenti che prendono le mosse da un livello più astratto e generale¹³¹.

Il punto di vista del diritto positivo impone un approccio diverso al tema, di tipo induttivo (che muove cioè dalle concrete strutture normative) e non deduttivo (che prende le mosse dalle concezioni del diritto). In quest'ottica, i criteri comunemente utilizzati per l'identificazione dei principi si rivelano imprecisi, al punto tale da met-

¹²⁸ Una posizione equilibrata è quella assunta al riguardo da R. ALEXI, *op. cit.*, 79 s., secondo cui i principi sono componenti del sistema giuridico ma, al tempo stesso, appartengono ad una morale. Per cui il giudice che vi fonda la sentenza “decide secondo il contenuto sulla base di ragioni morali, secondo la forma sulla base di ragioni giuridiche”. Cfr. altresì S. COTTA, *I principi generali del diritto. Considerazioni filosofiche*, in AA.VV., *I Principi generali del diritto*, Roma, 1992, 31 ss., distingue tra “principi dell'ordinamento giuridico” e “principi di diritto”, questi ultimi oggetto di considerazione esclusivamente sul piano della filosofia.

¹²⁹ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 51 s.

¹³⁰ Su questi profili v. R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in AA.VV., *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. Regole, modelli, metodi*, Torino, 2002, 349 ss.; ID., *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2011, 173 ss., dove si distingue tra principi in quanto norme fondamentali e principi in quanto norme indeterminate.

¹³¹ Al riguardo si può osservare che anche nel pensiero dell'Autore al cui nome è indiscutibilmente legata la distinzione tra principi e regole sono riscontrabili due fasi: nella prima i principi sono visti come *standards* tipicamente giurisprudenziali, cioè vengono studiati nella prospettiva del sindacato dei giudici, mentre nella seconda fase diventano il fondamento della comunità politica e della esigenza di integrità. Cfr. rispettivamente R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 45 ss., e ID., *Law's Empire*, Cambridge, 1986, trad. it. *L'impero del diritto*, Milano, 1989, 228. Più in generale, si può osservare come l'assegnazione di un ruolo di preminenza alla tematica dei principi rappresenti una fondamentale istanza concettuale interna al neocostituzionalismo come teoria del diritto fondata sulla connessione tra diritto e morale e interessata particolarmente ai “processi di interpretazione e applicazione del diritto” e quindi “al problema della interpretazione corretta delle esigenze giuridiche e morali presenti nei sistemi costituzionali”: v. G. BONGIOVANNI, *op. cit.*, 761 s.

tere in dubbio le stesse fondamenta della distinzione con le regole¹³².

Non è vero, infatti, che i principi si caratterizzano per un maggior grado di intrinseca pregnanza assiologica rispetto alla regole. Per rendersene conto, premesso che ogni norma, anche quella più infima, è posta a tutela di un valore giuridico¹³³, basta considerare che nessuno ha mai qualificato come principio l'art. 575 del codice penale che, prevedendo il reato di omicidio, tutela un valore (il bene vita) senza dubbio più importante della completezza dell'istruttoria amministrativa, che invece costituisce secondo la giurisprudenza oggetto di un principio¹³⁴.

Né si può dire che un principio sia tale per la collocazione nel sistema delle fonti, la quale può fornire una indicazione indiziaria ma nulla di più: lo dimostra il fatto che all'interno delle disposizioni costituzionali si usi distinguere tra principi e regole mentre principi si riscontrano anche a livelli inferiori della normazione.

Neanche un certo tipo di formulazione del testo normativo è un criterio decisivo: intanto, esso non può trovare applicazione con riferimento alle norme non scritte, il che è particolarmente grave dal momento che spesso i principi sono tali; e poi, come è stato dimostrato, formule normative a prima vista determinate o indeterminate sono tali spesso per una scelta interpretativa¹³⁵.

Non solo i principi, infine, ma anche le regole, sono sottoposte a valutazioni "ponderative", particolaristiche e gradualistiche¹³⁶.

Mantenendo il discorso sul piano giuridico-positivo, la distinzione tra principi e regole non può tuttavia essere obliterata per almeno due ragioni.

¹³² Una più ampia esposizione delle critiche che possono essere rivolte ai criteri comunemente utilizzati per distinguere principi e regole è in G. LIMONE, *op. cit.*, 47 ss.

¹³³ H. WELZEL, *op. cit.*, 379; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 175.

¹³⁴ Per osservazioni simili, con riferimento ai principi costituzionali, v. R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, cit., 1378, il quale tra l'altro solleva il non infondato dubbio che "l'enfasi sul contenuto morale dei principi costituzionali sia solo un modo obliquo per suggerire che essi abbiano *valore* morale: cioè che siano intrinsecamente giusti e come tali meritino adesione e obbedienza".

¹³⁵ Osserva R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 181, che "qualunque enunciato normativo (o quasi) può essere considerato come formulazione sia di una regola, sia di un principio". L'A. fa l'esempio dell'art. 3 Cost.: "nulla impedisce di interpretare questa disposizione come una regola, a fattispecie chiusa e indefettibile, con la conseguenza di ritenere senz'altro incostituzionale qualunque legge che distingua tra i cittadini" sulla base del sesso, della razza, etc. "e di ritenere non incostituzionale ogni legge che distingua sulla base di criteri diversi da quelli enumerati. Tuttavia, secondo l'interpretazione standard della Corte costituzionale, questa disposizione esprime non già una regola, bensì un principio (a) con antecedente aperto e (b) defettibile. Sicché: da un lato, una legge può essere incostituzionale sebbene distingua tra i cittadini per ragioni diverse da quelle espressamente enumerate, ad esempio l'età (antecedente aperto); dall'altro, una legge può essere non incostituzionale pur distinguendo tra i cittadini per una delle ragioni espressamente enumerate, ad esempio il sesso (defettibilità, eccezione implicita)".

Peraltro, posto che tutte le norme hanno un loro intrinseco grado di indeterminatezza, anch'ove si ammettesse che questa è maggiore nei principi, si porrebbe l'insolubile problema di individuare un grado di indeterminatezza superato il quale l'enunciato non può più essere annoverato tra le regole. Operare la distinzione su basi meramente quantitative, dunque, è sostanzialmente inutile: cfr. G. LIMONE, *op. cit.*, 47 s.

¹³⁶ G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2009, 131 ss.

La prima, e più evidente, è che numerose disposizioni del diritto vigente fanno riferimento ai principi come entità distinte dalle rimanenti norme¹³⁷: per cui dalla identificazione del “principio” discendono precise conseguenze giuridiche.

La seconda ragione, più rilevante sul piano del sistema e anche ai fini della ricostruzione del paradigma di validità del provvedimento, è che, indipendentemente da quanto si possa rilevare sul piano analitico, la distinzione tra principi e regole fa indiscutibilmente parte della cultura giuridica contemporanea. Questa considerazione, dato il carattere istituzionale e convenzionale della realtà giuridica (una realtà che *esiste in quanto e nelle forme in cui è pensata*¹³⁸), esclude che si possa ragionare come se i principi non esistessero, e nel nostro caso come se il paradigma di validità del provvedimento fosse composto da norme qualitativamente omogenee.

All'ontologia dei principi si può senz'altro rinunciare¹³⁹ osservando che una norma costituisce un principio non per *essenza* ma per *ascrizione* o per *costruzione* da parte dell'interprete¹⁴⁰. Sono principi per *ascrizione* le norme scritte qualificate dall'interprete come principi; sono principi per *costruzione* quelli inespressi, cui l'interprete risale da una o da più norme, idealmente riconducibili ad un valore unitario, generalmente scritte¹⁴¹. Il fatto che i principi non siano tali per *essenza* ma in ragione di un'attività dell'interprete, peraltro, non significa che quest'ultimo sia completamente libero nella individuazione degli stessi¹⁴². Nella prassi interpretativa si formano infatti “modi di pensare” le norme che sottraggono al singolo operatore, o comunque limitano fortemente, la possibilità di qualificarle come principi o regole¹⁴³; e nella formazione di queste prassi giocano un ruolo rilevante le sistemazioni teoriche della dogmatica¹⁴⁴.

¹³⁷ Per alcune esemplificazioni v. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 173, nota.

¹³⁸ V. *supra*, parte prima, cap. 1.

¹³⁹ Per una distinzione “debole” tra principi e regole v. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2799.

¹⁴⁰ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 180 ss. G. LIMONE, *op. cit.*, 53: “uno stesso enunciato può essere guardato come ‘norma’ o come ‘principio’ a seconda del vettore razionale lungo il quale se ne legge il significato. Ossia: a seconda di se lo si legga nella sua portata elastica, ultranormativa, meta-normativa, ‘ultra-tipica’ (‘razionalità strategica’) o se lo si legga, invece, nella sua portata anelastica, normativa, ‘tipica’ (‘razionalità parametrica’)”.

¹⁴¹ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 186 ss. Per il collegamento tra diritto per principi e metodo induttivo v. G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 8 s.

¹⁴² Come sembra ritenere R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, loc. cit.

¹⁴³ B. CAVALLO, *Il diritto amministrativo e i suoi interpreti*, in *Contr. e impr.*, 2009, 581, richiamandosi a Weber, rileva che tutti i soggetti appartenenti ad una stessa categoria (il c.d. “gruppo professionale” – dei giuristi, in questo caso) “tendono verso un omogeneo comportamento interpretativo, concorrendo, *pro capite*, al formarsi di una interpretazione soggettiva tipizzata dalla loro comunanza professionale”. Osserva tuttavia R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 189, che il consenso della comunità giuridica circa il carattere di una norma (se trattasi di regola o di principio) non basta a rendere oggettiva la valutazione.

¹⁴⁴ Sull'influenza della dogmatica sull'interpretazione v. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009, 180; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 49 s.

Una volta chiarito che i principi sono tali perché come tali pensati o costruiti, se ne possono senz'altro identificare i caratteri nella particolare pregnanza assiologica, nella indeterminatezza, nella idoneità ad essere applicati secondo la tecnica del bilanciamento, e via di seguito. Si definiranno principi, cioè, le norme cui, all'interno di un dato contesto, la comunità degli interpreti assegna un particolare valore; le norme comunemente interpretate come precetti indeterminati; etc.

Queste considerazioni preludono a due domande. Come si combinano principi e regole all'interno del paradigma di validità del provvedimento amministrativo? Cosa consegue alla qualificazione come principio di una norma che ne è parte?

B) Che il paradigma della validità del provvedimento si compone di principi e di regole è opinione comunemente accolta. Ad esempio, si considerano regole le norme di dettaglio contenute nella l. 241/1990, mentre si ritengono principi quelli previsti dalla Costituzione all'art. 97, imparzialità e buon andamento, così come sono principi quelli indicati dall'art. 1 della stessa legge sul procedimento¹⁴⁵.

Il valore di queste indicazioni è meramente esemplificativo perché tra gli obiettivi di uno studio sulla validità del provvedimento non vi è l'analisi delle singole norme e principi che compongono il paradigma di riferimento, quanto l'approfondimento del modo di operare degli uni e degli altri nel sistema.

In questa ottica si potrebbe ragionevolmente ipotizzare che il modo in cui il principio partecipa al paradigma di validità del provvedimento cambia a seconda che esso trovi specificazione in una o più regole o meno. Si potrebbe ipotizzare, in particolare, che nel primo caso esso non costituisce direttamente parametro di validità ma assolve ad una funzione giustificativa, integrativa e interpretativa delle regole; e che invece nel secondo caso, laddove non si realizza l'interposizione della disciplina puntuale, entra a far parte direttamente del paradigma.

Queste affermazioni, però, colgono solo parzialmente il modo in cui stanno realmente le cose perché basate su una eccessiva semplificazione dei problemi in gioco.

Per un verso, le ipotesi di principi che non trovano specificazione in regole puntuali sono fisiologicamente rare: quando non si perviene al principio muovendo dalla normativa di dettaglio (dinamica ascendente), infatti, l'ascrizione della norma al genere dei principi finisce per attribuire all'enunciato una funzione normogenetica (dinamica discendente)¹⁴⁶. Ne sono un chiaro esempio le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, che secondo buona parte della dottrina sono state individuate dalla giurisprudenza non come indici rilevatori dello sviamento di potere ma come regole applicative dei superiori principi della funzione.

Per altro verso, la normazione di dettaglio può sostituirsi al principio in specifiche

¹⁴⁵ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sui principi dell'azione amministrativa e la disciplina del procedimento*, in ID. (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, cit., 25 ss.

¹⁴⁶ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 317; G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale*, cit., 12 ss.

e limitate occasioni ma raramente lo espelle dal paradigma di validità del provvedimento. Ad esempio, dopo l'introduzione dell'art. 3 della l. 241/1990 non è più necessario ricorrere ai principi di pubblicità, trasparenza e di giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive per imporre l'obbligo di motivazione dei provvedimenti, ma questo non significa che quei principi oggi non facciano più parte del paradigma normativo di riferimento¹⁴⁷.

In definitiva, i principi che reggono l'attività amministrativa trovano sempre specificazione in regole puntuali che ne disciplinano uno o più aspetti, di fonte legislativa o anche solo giurisprudenziale; nondimeno, conservano non solo una funzione giustificativa¹⁴⁸ e interpretativa¹⁴⁹ delle regole medesime ma anche la capacità di condizionare direttamente la validità del provvedimento.

Quest'ultima funzione riguarda soprattutto i principi che si riferiscono al giudizio di valore manifestato dal provvedimento, mentre è meno evidente nei principi attinenti al provvedimento come comportamento enunciativo e al procedimento come forma della funzione che lo precede, laddove la disciplina di dettaglio è spesso esaustiva.

Si registra dunque una asimmetria all'interno del paradigma, perché le condizioni della validità formale in senso stretto sono poste innanzitutto da regole, eventualmente integrate da principi, mentre invece le condizioni di validità sostanziale sono individuate primariamente tramite principi e solo eventualmente tramite regole.

C) Rimane da vedere come la presenza dei principi all'interno del paradigma influisce sul sistema della validità formale.

L'osservazione da cui si possono prendere le mosse è che, isolatamente considerato, ogni principio avanza, in misura ora più ora meno evidente, una pretesa di assolutezza rispetto al provvedimento (si discorre, in termini generali, di eccedenza assioidontologica dei principi¹⁵⁰), cioè esprime un vincolo di validità assorbente che tende a prevaricare quello posto dalle altre metanorme, principi o regole che siano, con le quali può dunque entrare in contrasto. Così il principio dell'affidamento esprime un

¹⁴⁷ Sulla piena e diretta operatività dei principi costituzionali come vincoli al potere amministrativo, v. P.M. VIPIANA, *L'autolimita*, cit., 35 s.

¹⁴⁸ Sui principi come condizione giustificativa (ragion d'essere) delle regole di condotta v. F. VIOLA, *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*, in *Ragion pratica*, 2003, 37; L. D'ANDREA, *op. cit.*, 210. Sulle funzioni dei principi v. pure M. LIBERTINI, *op. cit.*, 366; G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale*, cit., 12 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 107.

¹⁴⁹ G. CORSO, *Gli illeciti atipici tra regole e principi*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 1092, dove si osserva che i principi "forniscono la *ratio* della regola e quindi ne delimitano la portata, escludendone l'applicazione quando la *ratio* non ricorra".

¹⁵⁰ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 316 s.; L. D'ANDREA, *op. cit.*, 247 ss., il quale rileva che la vocazione tirannica dei principi dipende dalla vocazione tirannica dei valori di cui essi sono espressione. G. LIMONE, *op. cit.*, 58 s., collega l'"eccedenza" del principio alla idoneità dello stesso a porsi come "punto di riferimento e di orientamento anche nel nuovo, ossia anche in ciò che eccede i confini della catalogazione pensata per classi". Di eccedenza assiologica parla anche P. RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1998, 1 s., ma con riferimento alle clausole generali.

vincolo di tale forza da determinare l'invalidità di qualsiasi provvedimento di ritiro; il principio di economicità esprime un vincolo di tale forza da determinare l'invalidità di qualsiasi provvedimento che comporta un esborso per le casse dello Stato; il principio di non aggravamento del procedimento esprime un vincolo di forza tale da determinare l'invalidità di qualsiasi provvedimento assunto a seguito di un procedimento complesso, o forse di un procedimento in quanto tale; e via di seguito.

L'eccedenza assio-deontologica comporta che ciascun principio tende a prevaricare gli altri valori in campo e lo pone dunque come fonte di irrazionalità all'interno del paradigma. Ma la "tirannia dei principi" viene meno nel momento della applicazione: l'interprete, facendo uso del criterio di ragionevolezza¹⁵¹, per un verso, confronta i

¹⁵¹ M. LA TORRE, *Introduzione*, in M. LA TORRE - A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 1 ss., individua quattro accezioni di ragionevolezza presenti nel dibattito contemporaneo: A) in generale, la ragionevolezza indica una razionalità limitata, contrapposta alla apoditticità o all'implacabile logicità di una conclusione o di una decisione, e propensa all'accordo o al compromesso (razionalità economica, strumentale); B) soprattutto in filosofia del diritto, la ragionevolezza indica giustificazione intersoggettiva delle decisioni (Habermas); C) nella filosofia politica (soprattutto Rawls), la ragionevolezza si distingue dalla razionalità della condotta perché, mentre quest'ultima è strumentale a fini soggettivi, la prima "denoterebbe l'orientamento a principi intersoggettivi e di giustizia e la disponibilità ad osservare le regole che da quei principi possono derivarsi"; D) nel controllo di costituzionalità delle leggi, la ragionevolezza si esprime talvolta nell'eguaglianza, talaltra nella adeguatezza del mezzo al fine e altre volte ancora nella proporzionalità.

Secondo F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 116, i quattro sensi del termine "ragionevolezza" hanno in comune la ricerca del consenso: ragionevole è il giudizio che suscita consenso o accettazione presso i destinatari. Questo consenso, secondo l'A., è fondato sulla c.d. "ragione sufficiente" che deriva dall'essere sostenuto da "buone ragioni" (R. ALEXI, *Ragionevolezza nel diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione*, in M. LA TORRE - A. SPADARO, *op. cit.*, 153). La ragionevolezza dunque (S. BERTEA, *Certezza del diritto e ragionevolezza della decisione nella teoria dell'argomentazione giuridica contemporanea*, in M. LA TORRE - A. SPADARO (a cura di), *op. cit.*, 165) va intesa come "una forma di razionalità pratica distinta dalla razionalità logico-deduttiva", da concepire "come un tipo di ragione dialettica" in cui ogni verità si determina soltanto riferendosi ad altro, "ponendo e superando il suo limite". Così concepita, la ragionevolezza non si pone in antitesi con la razionalità logico-formale, piuttosto ne rappresenta una integrazione. Essa consiste nel "compromesso ottimale dei vari parametri o principi fondamentali che definiscono la ragione dialettica", ad esempio i principi di congruenza, generalizzabilità, efficienza, verificabilità, sincerità e soprattutto *accettabilità delle conseguenze*. In quanto ragione dialettica, la ragionevolezza trova il suo fisiologico sbocco nella teoria discorsiva del diritto che fa discendere l'accettabilità delle decisioni non solo dalla qualità degli argomenti ma anche dalla struttura del processo argomentativo (Habermas): secondo questa concezione, le contraddizioni e le alterità del reale si tramutano nelle diverse posizioni e prospettive dei partecipanti al procedimento, struttura mediante cui la pretesa di validità del proponente viene problematizzata e verificata (J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 269; F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 133, 205).

Sui rapporti tra ragione comunicativa e teoria della argomentazione v. F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 134. La concezione della ragionevolezza come ragione dialettica e comunicativa capace di generare consenso fondato su buone ragioni si espone ad una critica ben sintetizzata dalla domanda di A. LONGO, in F. MODUGNO - A. LONGO, *Dialogo minimo sulla ragione dialogica. Alcune suggestioni (e qualche controversia) tra modernità e postmodernità*, appendice a F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 209: "se il consenso si fonda su buone ragioni, chi ci dice che siano buone?". Osserva l'A. che la tesi, tipica delle teorie proceduraliste, secondo cui le ragioni sono buone proprio perché ottenute tramite il consenso (J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 131: "sono valide soltanto le norme d'azione che tutti i potenziali interessati potrebbero approvare partecipando a discorsi razionali"; cfr. F. SCIACCA, *Validità normativa come accettabilità razionale? Habermas e la revisione prag-*

principi con il caso concreto e, per altro verso, li contestualizza nel paradigma di validità e quindi li “costringe” a convivere con le altre norme che lo compongono¹⁵². L'esigenza della ragionevolezza si avverte in modo evidente quando in una fattispecie concreta più principi non sono congiuntamente realizzabili¹⁵³, ma sussiste sempre: vuoi perché i principi richiedono un *surplus* di attività adeguatrice al fatto, vuoi perché la loro applicazione immediata quasi sempre contrasta e contraddice il significato prescrittivo di altre norme¹⁵⁴.

La ragionevolezza, quindi, opera, da un lato, come strumento di adeguamento del principio al fatto, e, da un altro lato, come strumento di composizione reciproca dei principi¹⁵⁵. Essa si presenta come una forma di razionalità limitata¹⁵⁶, che precisamente si esprime nella idea della mediazione, da una parte, e dell'adattamento, dall'altro; è tipica di un diritto per principi¹⁵⁷, quale fundamentalmente resta il diritto

matico-contestuale del principio di discorso, Pisa, 1999, 23 ss.), deve immaginare “che tutti i dialoganti siano tutti ugualmente razionali e ugualmente disposti a trovare un'intesa”, cioè presuppone un ideale di uditorio impossibile da riscontrarsi nella realtà. A questa domanda F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 117, risponde che non si dà “un *prius* (buone ragioni o consenso) e un *posterius* (consenso fondato su buone ragioni, ovvero buone ragioni fondate su consenso), bensì un processo circolare fondato su presupposti o condizioni trascendentali che rendano possibile il dialogo e l'intesa (se si ottiene) tra i dialoganti”.

¹⁵² L'esigenza della ponderazione dei principi e l'ulteriore esigenza che questa si realizzi all'interno di uno specifico “contesto di appartenenza”, entro il quale vanno individuati anche i “parametri che consentono di misurare quanta parte del valore insito in ciascuno dei principi posti a confronto possa essere pregiudicato” è segnalata da S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 73 ss., 79.

¹⁵³ Cfr. R. ROMBOLI, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni e ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 229 s., che individua proprio nel contemperamento di principi costituzionali non congiuntamente realizzabili una delle principali ipotesi in cui la Corte fa riferimento al principio di ragionevolezza.

¹⁵⁴ Si può anche ritenere che i principi richiedono una applicazione secondo ragionevolezza perché i valori si possono compiutamente esprimere solo all'interno di un contesto assiologico, cioè nel dialogo con altri valori. Viceversa, se estrapolati dal contesto, essi tendono a smarrirsi ovvero ad “impazzire”. Alcune riflessioni in questa direzione possono trovarsi in L. D'ANDREA, *op. cit.*, 252 s.

¹⁵⁵ L. D'ANDREA, *op. cit.*, 365 ss.

¹⁵⁶ Cfr. N. ABBAGNANO, *Ragionevolezza*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1968, 711; F. LEDDA, *La concezione*, cit., 249, definisce la ragionevolezza come “la razionalità che può essere pretesa dall'ordinamento”; L. D'ANDREA, *op. cit.*, 368, parla di “ragione situata” e mette in evidenza lo “statuto debole” della ragionevolezza.

I rapporti tra ragione e ragionevolezza sono ampiamente esaminati da F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., spec. 111 ss., *passim*.

¹⁵⁷ L. D'ANDREA, *op. cit.*, 1 ss., *passim*; sullo spostamento della ragionevolezza da “requisito soggettivo del giurista a requisito obiettivo del diritto”, la cui necessità deriva dall'esistenza dei principi, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 203 ss.; A. BALDASSARRE, *Fonti normative, legalità e legittimità: l'unità della ragionevolezza*, in *Queste istituzioni*, 1991, 64 ss., 87 s.; sulla diffusione delle clausole generali in corrispondenza all'affermazione di un diritto per principi v. M. LIBERTINI, *op. cit.*, 346 s.

La vigenza della clausola generale di ragionevolezza è connaturata all'essenza di un diritto per principi al punto tale che non è necessario rinvenire un preciso fondamento normativo. Indicazioni possono comunque essere tratte dall'art. 52, comma 1, della Carta Europea dei diritti fondamentali, letto in combinato disposto con l'art. 54 della stessa Carta. Tra l'altro, queste norme prevedono che i diritti e le libertà riconosciuti dalla Carta possono essere limitati ove ciò sia necessario e risponda effettivamente a finalità di interesse generale ricono-

amministrativo malgrado i recenti accenni di codificazione. Essendo il suo ambito quello della composizione delle diverse eccedenze assio-deontologiche in rapporto ad una situazione di fatto determinata, la ragionevolezza rappresenta un meta-valore del sistema che esprime il valore che tutti gli altri valori si realizzino in modo equilibrato sul piano dell'effettività¹⁵⁸.

Così concepita, la ragionevolezza si distingue dai principi, e più in generale dalle norme. Mentre i principi – in quanto vere e proprie norme – pongono condizioni di validità degli atti giuridici, la ragionevolezza non esprime alcun autonomo vincolo di validità né sul piano formale né su quello sostanziale¹⁵⁹. Si spiegano così le difficoltà di indentificarne il contenuto come limite al potere in generale e al potere amministrativo in particolare¹⁶⁰.

La ragionevolezza è dunque un “frammento di norma”, un concetto giuridico implicito nelle norme (e precisamente nei principi) che fornisce indicazioni all'interprete in ordine alla loro applicazione¹⁶¹. Dal punto di vista dogmatico, pare preferibile ricondurre la ragionevolezza alla categoria delle clausole generali¹⁶²: per quanto,

sciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui e che, comunque, nessuna disposizione della Carta può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta.

Queste previsioni – che, tra l'altro, governano anche l'interpretazione del diritto ad una buona amministrazione, previsto dall'art. 41 della Carta – trovano fondamento nella consapevolezza che una applicazione meccanica dei principi può essere in contrasto con l'interesse generale, incompatibile con la realizzazione di altri principi e con la protezione delle situazioni giuridiche coinvolte; per questo motivo, sia pur implicitamente, essa viene sottoposta alla clausola generale di ragionevolezza, che guida il legislatore ordinario, ma poi anche gli interpreti – amministrazione e giurisprudenza –, indirizzandoli verso soluzioni in grado di conciliare gli opposti valori in campo ed evitando che l'eccedenza assio-deontologica del singolo principio dia luogo a conseguenze pratiche irrazionali.

¹⁵⁸ L. D'ANDREA, *op. cit.*, 374 s., che in questo senso parla di “principio architettonico del sistema”.

¹⁵⁹ Osserva giustamente L. D'ANDREA, *op. cit.*, 378, (il quale però non riconduce la ragionevolezza alle clausole generali) che la ragionevolezza è vuota in sé, in quanto destinata a far corpo con altri principi costituzionali.

¹⁶⁰ Afferma L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, cit., 183 s., che “malgrado lo sforzo profuso dalla dogmatica per definire la portata di quel principio, non si potrebbe proprio dire che i risultati siano soddisfacenti, ove solo si pensi alla equivocità delle formule impiegate”. In particolare, secondo l'A., si andrebbe da eccessi giusnaturalistici, che tendono a ricostruire la ragionevolezza sulla base di argomentazioni intuitive, a eccessi funzionalistici, che la concepiscono come strumento per ammettere in ogni caso il sindacato del giudice sulla funzione amministrativa.

L'incertezza intorno al contenuto della ragionevolezza è segnalata da più parti e spesso conduce alla conclusione che sotto tale formula siano riassunti tecniche, criteri e valori diversi se non anche eterogenei: v. L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 902 ss.; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, 111. Con riferimento alla validità del provvedimento amministrativo tutt'al più la ragionevolezza può essere utilizzata come concetto di sintesi: cfr., ad esempio, S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 299, che la individua nel complesso degli *standards* e principi elaborati dal giudice quali limiti interni alla discrezionalità.

¹⁶¹ Sui frammenti di norme come norme non prescrittive che operano nell'orbita di prescrizioni vere e proprie v. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 53 s.

¹⁶² Sulla ragionevolezza come clausola generale v. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'am-*

infatti, ancor oggi regni grande confusione in ordine alla distinzione con i principi e soprattutto con i concetti giuridici indeterminati¹⁶³, le clausole generali sembrano caratterizzate dal fatto di rivolgersi direttamente all'interprete per assicurare nel caso specifico una migliore composizione dei valori in gioco¹⁶⁴ e dall'essere contenute in norme che "non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni"¹⁶⁵.

La circostanza che la funzione delle clausole generali sia normalmente identificata nel consentire al giudice un controllo sugli atti di autonomia (privata) non limitato agli aspetti strutturali della fattispecie (è esemplare in questo senso il ruolo svolto dalla

ministrazione pubblica, cit., 231 s. Secondo l'A., è preferibile considerare la ragionevolezza come una clausola generale piuttosto che come un principio in ragione del più stretto riferimento delle prime al "caso" (ID., *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, cit., 575).

¹⁶³ Come osserva M. LIBERTINI, *op. cit.*, 354 s., *passim*, tali incertezze sono dovute principalmente all'intrecciarsi del dibattito teorico con quello di politica del diritto in ordine al ruolo della giurisprudenza e ai c.d. poteri creativi del giudice. La prevalenza di quest'ultimo aspetto, infatti, ha comportato un minore impegno della dottrina sul versante analitico. V., tuttavia, per alcuni autorevoli tentativi di distinzione, L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 5 ss. (su cui L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 411 ss.); A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica*, I. *teoria generale*, cit., 392 ss. In tema anche M. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, 3558; da ultimo, un ampio panorama del dibattito in V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 74-81, *passim*; una accurata disamina delle "categorie giuridiche che ruotano attorno alla (maggiore) indeterminatezza (del testo) della norma" è in E. FABIANI, *Clausola generale*, cit., 187 ss., 191 s., dove si osserva che, mentre la dottrina è pressoché unanime nell'individuare la funzione delle clausole generali nella salvaguardia della "flessibilità dell'ordinamento giuridico", non sussiste uniformità di vedute in relazione alla struttura delle medesime.

¹⁶⁴ Cfr. V. VELLUZZI, *op. cit.*, 7 ss. A dimostrazione di questo assunto basta citare la nota definizione di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 5 ss. (tecniche di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta... non descrivono una fattispecie e sono prive di un proprio ambito operativo; sono destinate a operare negli ambiti di altre norme, in funzione dei rapporti giuridici che in essi si costituiscono) e quella, più recente, di M. LIBERTINI, *op. cit.*, 368 ss. ("norme che individuano situazioni di conflitto di interessi parimenti tutelati dall'ordinamento e rimettono al giudice la determinazione del criterio di temperamento tra tali interessi, che dovrà essere applicato nel caso concreto, a seguito dell'accertamento della situazione concreta di conflitto e di una valutazione comparativa degli interessi in gioco"), che tuttavia sembra limitare l'operatività delle clausole generali ai conflitti d'interesse tra soggetti, al fine della determinazione concreta dei reciproci diritti ed obblighi, escludendola pertanto in relazione agli atti giuridici e alla loro considerazione in termini di validità.

Il problema fondamentale, a questo punto, è stabilire se i valori cui l'interprete si rifa nell'applicazione delle clausole generali abbiano natura giuridica o extragiuridica (in questo secondo senso P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, cit. 2; G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in *La corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, 2007, 435 ss.). Al riguardo sembra doversi convenire con l'impostazione di M. LIBERTINI, *op. cit.*, 370 s., secondo il quale deve pur sempre trattarsi di valori interni al sistema giuridico, ossia di interessi giuridicamente rilevanti. Nel caso della validità del provvedimento amministrativo si tratta in particolare dei valori, spesso confliggenti e comunque "eccedenti", espressi dai principi presenti nel paradigma.

¹⁶⁵ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 10, s., seguito sul punto da E. FABIANI, *Clausola generale*, cit., 216 s.

buona fede come clausola per la verifica del comportamento dei contraenti), potrebbe indurre a ritenere che in diritto amministrativo la ragionevolezza riguardi solo il sindacato giurisdizionale sull'attività: ciò, peraltro, in accordo con una tradizione giurisprudenziale e dottrinale che tende a studiarla come tecnica di riscontro adoperata dal giudice¹⁶⁶. Ferma l'idea che la portata precettiva dei principi è stabilita di volta in volta in concreto proprio secondo il canone della ragionevolezza, si dovrebbe poi concludere che il paradigma di validità del provvedimento non preesiste alla azione dell'amministrazione ma si definisce *a posteriori* in sede di controllo (giurisdizionale e non).

Simili conclusioni, tuttavia, non potrebbero essere condivise, giacché il primo e fondamentale interprete dei principi è la stessa pubblica amministrazione¹⁶⁷, mentre l'intervento del giudice è solo successivo ed eventuale. Questo comporta che la ragionevolezza operi sin dal momento della adozione del provvedimento, che è altresì il momento in cui il paradigma di validità formale si definisce compiutamente¹⁶⁸. Essa non è causa di incertezza del diritto (che dipende, invece, dall'eccedenza assio-deontologica dei principi) ma, come acutamente osservato¹⁶⁹, strumento che contribuisce

¹⁶⁶ Ma cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 201, dove si rileva che il principio di ragionevolezza caratterizza non tanto l'azione della p.a. quanto il sindacato del giudice sugli atti amministrativi; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., 231 s.; ID., *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, cit., 573 ss., dove alla ragionevolezza è assegnato un ruolo fondamentale nella costruzione dell'eccesso di potere, e, più in generale, del sindacato di legittimità; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., *passim*, 196, dove si identifica l'essenza del sindacato di ragionevolezza nel suo essere un "controllo a geometria variabile"; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza*, cit., 441 s., che tra l'altro risponde affermativamente alla domanda se esistano realmente ipotesi in cui il ricorso al criterio della ragionevolezza da parte del giudice è necessario, non potendo essere utilizzato un differente paradigma (un principio costituzionale, una figura sintomatica dell'eccesso di potere, una norma di legge); A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 343; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 231; A. PUBUSA, *Note sulle tendenze dell'eccesso di potere alla luce della L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1109 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, cit., 547 s.

Anche in diritto costituzionale la ragionevolezza è spesso concepita come strumento nelle mani del giudice: v., ad esempio, A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale* (1975), in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, 665 ss.; L. D'ANDREA, *op. cit.*, 16 s., e ivi riferimenti.

¹⁶⁷ Sull'amministrazione come interprete v. B. CAVALLO, *Il diritto amministrativo e i suoi interpreti*, cit., 584 s., il quale non manca di mettere in rilievo gli aspetti deteriori del fenomeno.

¹⁶⁸ Per la critica alla tesi secondo cui la ragionevolezza opera solamente sul piano del controllo giurisdizionale v. P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 92, che distingue tra ragionevolezza come canone di azione e ragionevolezza come parametro di giudizio; negli stessi termini, L. D'ANDREA, *op. cit.*, 17, dove si avverte che, considerando la ragionevolezza solo come un criterio di giudizio, si rischia di non carpirne la capacità "di plasmare dall'interno i profili organizzativi e procedurali dell'apparato pubblico, di tessere l'ordito di base dell'ordinamento, di orientarne la fisiologica dinamica"; richiama la dimensione (anche) sostanziale del principio di ragionevolezza F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA - F. SAITTA, *op. cit.*, 376, che lo definisce in termini di "canone di amministrazione".

¹⁶⁹ Quello dell'accentuazione del soggettivismo del giudizio tramite la clausola di ragionevolezza è il rischio cui F. LEDDA ha dedicato dense pagine: cfr. *La concessione*, cit., 247 s., dove si ammette che essa introduce "una

a dissiparla o a ridurla; si installa in un contesto di incertezza e svolge un ruolo di normalizzazione, di razionalizzazione, di definizione in concreto del contesto normativo e quindi delle condizioni di validità del provvedimento.

La ragionevolezza, dunque, costruita come clausola generale all'interno del paradigma di validità del provvedimento – la cui esistenza è imposta dalla eccedenza assioidontologica dei principi, la quale per un verso richiede un momento di composizione tra i diversi valori in gioco e, per altro verso, un momento di adeguamento all'ordine dei fatti – opera sul piano del diritto sostanziale, prima che in sede processuale¹⁷⁰.

certa nota di soggettività del giudizio” ma si rileva giustamente che questa è una costante dell'ordinamento moderno, ben nota alla teoria generale, dal momento che è impossibile l'applicazione “obiettiva e impersonale della norma” (sul punto, v., anche con riferimenti filosofici, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, cit., 64 ss.). L'A. aggiunge che l'esistenza di valutazioni di tipo soggettivo nell'attività amministrativa è principalmente dovuta al margine di indeterminatezza che spesso caratterizza le norme attributive del potere discrezionale, rispetto al quale, secondo un apparente paradosso, la clausola di ragionevolezza, se ben intesa quale “elemento di chiusura” del sistema consente “l'elaborazione di un più compiuto modello di comportamento” e inoltre “fornisce uno schema valutativo propriamente inteso agli organi cui spetta un sindacato *a posteriori* sul processo decisionale e sul suo risultato”.

Per la notazione secondo cui l'elaborazione del principio-criterio di ragionevolezza abbia la finalità di realizzare un controllo più stringente sulle argomentazioni dei giudici, e sia quindi animata dall'intento di ridurre il soggettivismo della decisione giurisprudenziale, v. A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, cit., 3289. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 147 ss., considera la ragionevolezza come il momento caratterizzato da minor dose di soggettività all'interno della triade giustizia-razionalità-ragionevolezza.

¹⁷⁰ Secondo una prospettiva diversa da quella delineata nel testo ma con essa non incompatibile, la ragionevolezza va intesa come una qualità della scelta discrezionale. Cfr. ad esempio A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 322 s., secondo cui la ragionevolezza attiene alla “qualità” della scelta discrezionale, riguardando l'intrinseca correttezza della ponderazione degli interessi, mentre la proporzionalità alla sua “intensità”, perché “opera una misurazione del potere in relazione all'adeguatezza del sacrificio imposto all'interesse privato per il perseguimento del fine pubblico”.

Capitolo IV

LA VALIDITÀ TRA FUNZIONE E RAPPORTO

SOMMARIO: 1. La validità nella “logica della legittimità”: l’interesse pubblico come limite del potere. – 2. La validità nella “logica del rapporto”: le situazioni giuridiche soggettive come limite del potere. – 3. Profili ricostruttivi. - 3.1. Una precisazione metodologica. - 3.2. Validità e interesse pubblico. - 3.3. Validità e situazioni giuridiche soggettive.

1. *La validità nella “logica della legittimità”: l’interesse pubblico come limite del potere*

L’invalidità del provvedimento, secondo l’impostazione tradizionale, dipende da un contrasto con l’interesse pubblico, talvolta diretto e talaltra mediato dalla legge.

Alla logica del contrasto mediato corrispondono i vizi di incompetenza e violazione di legge, i quali conseguono alla mancata osservanza delle norme di azione, cioè di norme istituzionalmente deputate alla cura dell’interesse pubblico¹. Alla logica del contrasto diretto con l’interesse pubblico corrisponde invece il vizio di eccesso di potere per sviamento², da cui è affetto il provvedimento che realizza un interesse

¹ E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 33 s.; F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 185 ss., che, dopo aver distinto tra norme di azione che impongono all’amministrazione doveri in senso stretto e norme di azione che impongono obblighi, afferma recisamente che la legittimità del provvedimento si valuta alla stregua delle prime. Distinguono tra norme dirette alla tutela dell’interesse pubblico e norme dirette alla tutela dell’interesse privato, derivando la legittimità del provvedimento dalla conformità dello stesso alle prime, E. CANNADA BARTOLI, *L’inapplicabilità*, cit., 63-66, 71-75, che discorre di norme poste nell’interesse obiettivo da cui derivano doveri in senso stretto; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1964, 40 s.; G. GUARINO, *op. cit.*, 109 ss.

² È noto che la giurisprudenza amministrativa (ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 1892, n.3, in G. PASQUINI - A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001) ha concepito l’eccesso di potere come sviamento, sulla falsariga di quella francese (L. MANNORI, *L’influenza francese*, in *Le riforme crispine. Vol II: Giustizia amministrativa*, Milano, 1990, 575 ss.) benché, secondo il significato originario, l’eccesso di potere equivalesse a straripamento di potere, cioè ad una incompetenza aggravata (definita da A. CODACCI PISANELLI, *L’eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. Amm.*, 1892, IV, 17, come “ogni sconfinamento di qualsiasi autorità al di là dei limiti che la legge assegna alla sua azione prescindendo da ogni considerazione sull’indole dell’autorità straripante e del limite sorpassato”). Favorevole all’indirizzo della giurisprudenza A. CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, 37; più critico A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi* (1916), rist. Padova, 1986, 179.

Sull’origine giurisprudenziale dello sviamento v. E. FOLLIERI, *La legge 31 marzo 1889, n. 5992, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, cit., 441 ss.; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza*, cit., 440; G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 106 s.

diverso dall'interesse (pubblico) in vista del quale la legge attribuisce il potere all'amministrazione. Questo, almeno, secondo la concezione più diffusa; perché, invece, secondo una lettura rimasta minoritaria, il mancato perseguimento dell'interesse pubblico in realtà si risolve sempre in una violazione di legge, ed esattamente nella violazione della norma che attribuisce il potere indicando al contempo il fine che l'amministrazione deve realizzare tramite il suo esercizio³.

Anche la rilettura dell'eccesso di potere come vizio della funzione, pur comportando una sensibile riduzione dell'ambito dello sviamento tramite la connotazione delle figure sintomatiche come momenti di emersione di vizi autonomi, non comporta il distacco tra validità e interesse pubblico: le ipotesi riconducibili al vizio della funzione, delle quali le figure sintomatiche sono appunto la manifestazione esterna, dipendono tutte dal contrasto del processo decisionale con i principi istituzionali dell'ordinamento amministrativo, individuati (soprattutto dalla giurisprudenza) per assicurarne l'azione all'interesse pubblico⁴.

Se l'invalidità segnala il contrasto del provvedimento con l'interesse pubblico, allora in diritto amministrativo il concetto di validità non può che assumere anch'esso una connotazione funzionale. La nozione che meglio esprime questa compenetrazione è quella di legittimità amministrativa⁵, intesa come il complesso dei valori che il provvedimento (o l'attività) deve osservare per sfuggire alla sanzione dell'invalidità⁶.

Si è già visto che, a parere di chi scrive, tale concetto non merita di essere riproposto in sede ricostruttiva, una volta caduta la distinzione con l'opportunità; il suo radicamento nel sistema, nondimeno, ne fa una importante chiave di lettura, soprattutto per quanto riguarda i rapporti tra validità e interesse pubblico: ed è a questo scopo che se ne tenta, adesso, una sintetica storicizzazione.

L'origine, come si è già visto, è processuale⁷: "di legittimità" è la giurisdizione generale del giudice amministrativo, istituita con la legge Crispi del 1889. Nell'esercizio di

³ F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 1938, 447, spec. 460-462, su cui A. TRAVI, *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 455 ss., 474 s. e G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 116 ss. Cfr. altresì C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto "amministrativo" del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, 539: "L'eccesso di potere nella forma dello sviamento in senso stretto, cioè come perseguimento di un interesse diverso da quello legale, in realtà, è una violazione di legge che dalle altre si distingue sol perché viola la norma nel punto in cui indica la finalità".

⁴ Per F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., 1016, infatti, i principi della funzione rappresentano "le esigenze generali cui l'agire amministrativo deve soddisfare per dare garanzia di raggiungere la sua meta". Su questo aspetto della tesi di Feliciano Benvenuti cfr. G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 135, 141.

⁵ Cfr. A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, cit., *passim*; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 46 ss., con accenti particolarmente critici.

⁶ Cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 92, che parla di "valore riassuntivo di tutto ciò (norme, principi, atti di programmazione, di direzione, di indirizzo) che la concreta attività amministrativa deve rispettare".

⁷ Cfr. per F. BASSI, «Conformità» alle leggi, cit., 61.

questa giurisdizione, la quarta sezione del Consiglio di Stato decide “sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un’ autorità amministrativa...” (art. 3, l. n. 5992/1889; art. 26, primo comma, t.u. Cons. Stato)⁸. Incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge non sono, secondo la migliore dottrina del tempo, “vizi” del provvedimento, ma formule che il legislatore offre al ricorrente e al giudice per accorpate ed esprimere sinteticamente i veri e propri “vizi”, che consistono nella difettosità o mancanza degli elementi del provvedimento⁹.

Anche qui, però, le cose cambiano nel momento in cui inizia a farsi recessivo l’approccio negoziale al provvedimento e, con esso, la concezione dell’invalidità come presenza di anomalie all’interno degli elementi della fattispecie. Sostituita questa con una impostazione di tipo normativistico, che considera l’invalidità come difformità dell’atto dal paradigma¹⁰, anche le formule dell’incompetenza, della violazione

⁸ Come osserva A. ROMANO, *Commento all’art. 26*, cit., 1120, l’art. 3 della l. n. 5992/1889 pose le tre formule in una “prospettiva prettamente contenziosa”, vale a dire “come i motivi deducibili da soggetti i cui interessi fossero stati lesi da provvedimenti, nei ricorsi che avessero proposto contro questi provvedimenti stessi, domandandone l’annullamento”.

⁹ E. PRESUTTI, *Diritto amministrativo italiano*, I, Messina, 1931, 189, dove si afferma che la distinzione tra incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere non ha una funzione categoriale, ma, più pragmaticamente, ha come logica conseguenza, e – in fin dei conti – come unico significato, che “ogni motivo di illegittimità è sufficiente a servire di base al ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale”; G. CODACCI-PISANELLI, *L’annullamento degli atti amministrativi*, cit., 204; R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, 74 ss., 82, che giudica in questi termini la formula usata dall’art. 26, T.U. 26 giugno 1924: “formula angusta e, da un punto di vista concettuale assai criticabile, ma entro la quale la giurisprudenza del Consiglio di Stato, ed è questo il suo grande merito, ha saputo, sia pure talora con qualche sforzo, ricondurre tutti i vizi che possono infirmare la validità di un atto amministrativo: vizi concernenti il *soggetto*, la *forma*, la *volontà*, il vizio di *potestà* e, infine, il vizio di *legittimità sostanziale*”. Per l’idea che la tripartizione abbia mero valore riassuntivo G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1947, 239; P. GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1956, 106, *passim*, alla luce di una incalzante analisi delle anomalie dell’atto che si possono presentare in relazione a ciascuno degli elementi e in rapporto alla situazione storica in cui esso si iscrive, sostiene che i tre vizi del provvedimento amministrativo rispecchino “in modo assai superficiale e approssimativo” una realtà ben più complessa. Dello stesso A., cfr. *Eccesso di potere (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 133, dove si avverte che gli incerti esiti degli sforzi operati dai commentatori per tracciare una chiara e definitiva linea di demarcazione tra i vizi consigliano di rassegnarsi ad ammettere che si tratti di una “elencazione alquanto empirica”: “lo comprova d’altronde il fatto che si tratta di tre voci; mentre le classificazioni logicamente corrette non possono basarsi che su contrapposizioni, cioè su coppie di concetti simmetrici”.

Su questi aspetti sia consentito rinviare a M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Dir. Amm.*, 2010, 922 ss.; G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 112-115.

¹⁰ Su questo cambiamento nell’approccio al tema dell’(in)validità, unito alla formulazione di una nuova teoria generale del provvedimento v. A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 598 s.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell’irregolarità*, cit., 23 ss.; A. POLICE, *Annulabilità e annullamento (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, Ann. I, Milano, 2007, 51 s.; G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 115; M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità*, cit., 929 ss.; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, 24 ss., dove peraltro si segnala la necessità di un parziale ritorno all’impostazione tradizionale, dal momento che l’art. 21 *septies*, l. 241/1990, prevede la figura della nullità per mancanza degli elementi essenziali; in generale, sull’indirizzo della dottrina che ha contestato l’utilizzo della categoria negoziale come base di una teoria dell’atto

di legge e dell'eccesso di potere vivono di nuova luce: non vengono più considerate come un corpo estraneo alla teoria dell'invalidità del provvedimento ma in essa vengono integralmente assorbite e risolte, rappresentando i tre "vizi di legittimità" da cui l'atto può essere affetto¹¹.

Il passo successivo compiuto dalla dottrina sulla scorta dell'art. 113 Cost., che vieta al legislatore di limitare la deducibilità davanti al giudice amministrativo dei vizi di legittimità¹², fu di ritenere giuridicamente irrilevante la tripartizione¹³ e individuare un unico stato patologico del provvedimento amministrativo, cui riportare i tre vizi: si inizia a diffondere così la nozione di illegittimità¹⁴. Parallelamente, si afferma la legittimità come concetto di diritto sostanziale costruito in termini di opposizione alla illegittimità¹⁵, nel quale trova sintesi il complesso dei valori che il provvedimento deve rispettare¹⁶ per non essere affetto da incompetenza, violazione

amministrativo v. A. LOLLI, *op. cit.*, 82 ss. L'esigenza del distacco dalla teoria negoziale dell'invalidità era già chiara nell'opera di A. DE VALLES, *op. cit.*, 330 s.

¹¹ Ad esempio, V. ROMANELLI, *op. cit.*, 196. Sia consentito rinviare a M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità*, cit., 932.

¹² Secondo A. ROMANO, *Commento all'art. 26*, cit., 1150 ss., l'art. 113 Cost. non solo vieta al legislatore di limitare la deducibilità davanti al giudice amministrativo dei vizi di legittimità, ma anche assicura ai tre vizi di legittimità un contenuto minimo sostanziale.

¹³ G. GUARINO, *op. cit.*, 238 s. Argomenti contrari alla tesi che ritiene uniforme il regime dell'invalidità sono in R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 498 ss. (a proposito dell'incompetenza) e 508 s. (a proposito della violazione di legge e dell'eccesso di potere). Un accenno in questo senso anche in C. CUDIA, *op. cit.*, 29.

¹⁴ Che, dunque, osserva M.S. GIANNINI, *Illegittimità*, cit., 131, è "creatura più dottrinale che giurisprudenziale". Per la riconduzione dei tre vizi all'illegittimità v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, 1970, cit., 623; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, 487, il quale però precisa che "sarebbe errato ritenere che la distinzione non abbia più rilevanza, ben essendo possibile che il legislatore tratti in modo vario i diversi vizi ad altri effetti (responsabilità degli agenti, controlli, annullabilità d'ufficio, impugnabilità in sede amministrativa, ecc.)"; A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 604 s., il quale però poi osserva che "non ogni situazione viziata compresa sotto la denominazione di eccesso di potere si concreta un'ipotesi di violazione di legge". Cfr. altresì R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 407 ss. e gli AA. ivi citati; M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità*, cit., 933 ss.

¹⁵ F. LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 125. La costruzione è riconosciuta come dominante ma contestata da A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 35, il quale osserva che la definizione dell'illegittimità "come il correlato negativo della legittimità non è logicamente inevitabile (...); ove, pure, si debba definire la legittimità come semplice conformità dell'atto al modello legale, ciò non implica che ogni difformità di tal genere coincida *tout court* con l'illegittimità, intesa quale causa generale di invalidità degli atti amministrativi. Atto "non legittimo" - cioè non pienamente conforme a legge - non vuol dire, sul piano strettamente logico, atto "illegittimo" - cioè invalido; tale corrispondenza, implicando l'affermazione della necessaria invalidità degli atti difformi da legge, non può essere fondata logicamente, ma solo positivamente".

In generale, sul fatto che la teoria del provvedimento amministrativo (e, quindi, anche il concetto di legittimità) è stata costruita prendendo le mosse dal momento patologico dell'attività v. F. BENVENUTI, *Ancora per un'amministrazione obiettività*, in *Studi economico-giuridici*, XLIX, 1978-1979, tomo III, Milano, 1980, 209 ss., ora in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006, 3586.

¹⁶ Come si è già visto, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 92, definisce la legittimità come il "valore riassuntivo di tutto ciò (norme, principi, atti di programmazione, di direzione, di indirizzo) che la concreta attività amministrativa deve rispettare".

di legge o eccesso di potere¹⁷: in breve, per non essere illegittimo, invalido.

Tra i valori di cui si nutre la legittimità amministrativa in origine primeggia, senz'altro, quello della legalità del provvedimento, il suo essere conforme a legge: sicché è la stessa legittimità ad assumere una connotazione essenzialmente logico-formale, come "rapporto di conformità tra atto e norma"¹⁸. Mentre, però, nell'Allegato E della legge abolitiva del contenzioso tale valore era declinato essenzialmente in chiave garantistica¹⁹, all'interno del concetto di legittimità esso viene in rilievo essenzialmente per le sue connotazioni oggettivo-funzionali²⁰. Il principio di legalità, cioè, viene in gioco soprattutto per il suo significato "politico", ovvero per aver decretato l'oblio della concezione secondo cui lo Stato agisce per il conseguimento di fini propri²¹, sostituendola con quella secondo cui esso agisce per la realizzazione dei fini stabiliti dalla legge²².

¹⁷ E. CANNADA BARTOLI, *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro. It.*, 1955, IV, 203 ss.; *contra* R. RESTA, *La legittimità degli atti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1955, 399 ss., secondo cui l'immunità dal vizio di eccesso di potere non può essere riportata al concetto di legittimità.

¹⁸ Così A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 33; F. LEVI, *Legittimità*, cit., 125 s.

¹⁹ Cfr. F. BASSI, «Conformità» alle leggi, cit., 61 s.

²⁰ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 27 s.: "il principio di legalità ha, oltre e prima che la funzione individualista che oggi gli prestiamo (la funzione di preservare dall'arbitrio statale la libertà e le aspettative dei cittadini), anche e soprattutto un'obiettiva funzione ordinativa, la funzione di limitare e incanalare l'attività dello stato nell'interesse dello stato medesimo"

Sulla duplicità delle funzioni, oggettiva e garantista, assunte dal principio di legalità nei confronti dell'amministrazione v. B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. Amm.*, 2008, 1 ss., dalla cui analisi emerge che la prima funzione è quella più antica e caratterizzante.

²¹ Per un'ampia ricostruzione delle dottrine dello scopo dello Stato v. G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Volume primo, trad. it. con introduzione e capitoli aggiunti di V.E. ORLANDO, Milano, 1921, 445-500. Cfr. O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile* (1889), in *Scritti giuridici scelti, I, Lo Stato*, Napoli, 1992, 207, il quale, dopo aver sostenuto che le libertà dei singoli costituiscono un limite che lo Stato impone a sé stesso tramite la legge, afferma che nel dubbio "se l'interpretazione del diritto vigente non dà un risultato sicuro e non permette di stabilire un limite certo all'attività amministrativa dello Stato, questa incertezza si deve risolvere a favore dello Stato. E, per conseguenza, l'autorità amministrativa, in questo caso, deve poter agire liberamente, nell'interesse pubblico, perché ciò è nella sua funzione, è il compito della sua esistenza". Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 116-119.

²² G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., 205: "La pubblica amministrazione non è un soggetto distinto dallo Stato, ma è lo Stato stesso in azione per il perseguimento dei suoi fini. Come per i soggetti estranei questi fini sono determinati dalla rispettiva loro volontà, così per lo Stato sono determinanti da quel potere che è l'organo della sua volontà: il potere legislativo. I fini, così determinati dal legislatore, s'impongono per l'obbligo della loro attuazione, al potere cui questo compito appartiene per l'organizzazione stessa dello Stato, al potere amministrativo"

Con riferimento all'accezione secondo la quale il principio di legalità viene in gioco nella costruzione della legittimità amministrativa è estremamente significativo quanto di recente affermato da D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 79, ossia che l'illegittimità indica "non solo, genericamente, la non conformità al diritto dell'atto amministrativo, ma, più specificamente, la rottura di un rapporto tra atto e legge nel quale non è ammissibile la soluzione di continuità, presupponendosi nell'atto la necessità di una sorta di perpetua immanenza della funzione di attuazione della legge-indirizzo politico, nel rispetto dei principi costituzionali" (corsivo mio). Cfr. altresì R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2005, *passim*, 91, dove si osserva che "i concetti stessi

Pur mantenendo salda la derivazione dal principio di legalità, che continua a costituirne il nucleo di riferimento, la portata della legittimità è progressivamente aumentata soprattutto ad opera della giurisprudenza amministrativa, la quale, annullando provvedimenti ossequiosi della legge, ha finito per integrarne il contenuto con norme secondarie, regole non scritte e principi di buona amministrazione desunti dalla logica o dalla tecnica²³.

Le interpretazioni del fenomeno divergono: vi è chi lo innesta nel percorso evolutivo del principio di legalità, sottolineandone le sempre maggiori implicazioni di ordine sostanziale²⁴; e chi invece collega l'evoluzione della legittimità all'affermarsi di un principio di necessaria predeterminazione della azione amministrativa, comprensivo di tutti i vincoli ulteriori rispetto alla legalità²⁵. A fondamento di questa diversità di vedute c'è evidentemente lo scontro tra una concezione ampia del principio di legalità, che ne individua l'essenza nella raffrontabilità dell'atto ad un paradigma normativo preesistente²⁶, e una più ristretta, che lo considera come diretta esplicazione della supremazia del Parlamento e, quindi, lo connette inscindibilmente al valore della legge in senso formale²⁷.

di legalità e di legittimità sono stati elaborati e pensati, in primo luogo, in vista dell'obiettivo di legittimare la forza degli apparati politico-amministrativi, per conformarne la potestà e le attribuzioni, con lo scopo utile della loro riconduzione al modello dello Stato di diritto”.

²³ Da ultimo, sul punto, G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 769, che parla di “opera concreta e dispersa, ma all'untempo ricostruttiva e fondante, della giurisprudenza: che dai casi conduce ai principi generali e da questi alle regole di condotta ancora per i casi concreti”; cfr. anche G. CORSO, *Validità*, cit., 95; ID., *Il principio di legalità*, cit., 10 s., che instaura un parallelismo tra la predisposizione di limiti al potere discrezionale da parte della giurisprudenza amministrativa e il valore della *rule of law* di cui parlano gli inglesi. Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il significato formale dell'ideale del «governo delle leggi»* (rule of law), in *Dir. Amm.*, 2011, 29 ss.

²⁴ S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, cit., 270 ss.

²⁵ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 88 s., che presenta la “predeterminazione normativa” come una versione aggiornata del principio di legalità, in base alla quale l'attività amministrativa deve “necessariamente essere preceduta da un quadro normativo tendenzialmente completo, nell'ambito del quale deve contenersi per poter essere valutata legittima”.

²⁶ Cfr. quanto rilevato da G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 19, ovvero che “nella tradizione del pensiero politico il primato della legge non è legato tanto all'identità di chi la delibera, quanto alla struttura della legge stessa, al fatto che essa contiene una regola, espressione di una ragione senza passione, invece che decreto estemporaneo o, peggio, capriccio. Per quanto negli ordinamenti democratici la supremazia della legge derivi principalmente dal carattere rappresentativo del parlamento, questa nuova forma di legittimazione non ha scalzato la vecchia: sia pur frustrata dall'esperienza, l'esigenza della generalità ed astrattezza della legge persiste come aspirazione diffusa”. Osserva però R. BIN, *Stato di diritto*, in *Enc. Dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, 1150, che nella logica dello Stato liberale di diritto è proprio l'identità di chi la delibera a garantire che la legge sia opera della ragione e non della passione: tale garanzia infatti è data dal “filtro imposto dalla rappresentanza, che limita l'accesso agli organi legislativi a coloro “che hanno”, che sono azionisti dello Stato, e a coloro “che sanno”: solo così si può assicurare la neutralità della legge rispetto all'ordinamento sociale e impedire che si cerchi di raggiungere il benessere non con l'onesto lavoro ma con la politica”.

²⁷ Sicché, come osserva F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 90 s., se si intende il principio di legalità secondo il significato tradizionale, come conformità alla legge formale, si apre uno iato tra legalità e legittimità che invece non è dato percepire se si identifica il principio di legalità in quello della necessaria predetermina-

Senza indugiare oltre su profili di tipo essenzialmente terminologico, che potrebbero far pensare ad un contrasto di vedute in realtà inesistente sul piano sostanziale²⁸, va osservato che l'ampliamento della legittimità oltre i confini della stretta legalità segnala l'affermarsi della prima come "valore vivo nella coscienza dei giuristi"²⁹: un valore del quale si inizia a percepire la possibile autonomia dalla legalità dell'azione amministrativa.

Il distacco è implicito nella concezione, di matrice istituzionalistica, secondo cui l'amministrazione costituisce un ordinamento particolare, autonomo da quello generale. Secondo questa tesi, infatti, la legittimità del provvedimento deriva dall'osservanza delle norme di azione: di norme, cioè, protese alla realizzazione dell'interesse pubblico e che costituiscono espressione dell'autonomia dell'ordinamento amministrativo: norme sostanzialmente secondarie, pertanto, che talvolta assumono solo la forma esteriore della legge³⁰.

Ma, più in generale, l'affermazione dell'autonomia della legittimità dalla legalità diventa un motivo ricorrente nel contesto della critica rivolta alla legalità come valore

zione normativa dell'attività. *Contra* D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 79, che tiene ferma la distinzione tra illegalità e illegittimità rilevando che: "l'illegalità riguarda un atto che incontra nella legge soltanto un limite, mentre l'illegittimità concerne un atto che nel rapporto con la legge ha il suo fondamento".

²⁸ Non a caso G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza*, cit., 438, equipara legittimità e legalità dell'azione amministrativa; ID., *Il principio di legalità*, cit., 13; un uso promiscuo dei due termini è anche in R. ALESSI, *La revoca*, cit., 42 ss. Cfr. F. TIGANO, *Amministrazione, costituzione e buon andamento. Profili della nuova legalità amministrativa* (2002), in *Recenti profili evolutivi dell'attività amministrativa*, Torino, 2008, 53 s.: "si può anche affermare la non necessità di distinguere tra legalità e legittimità, ossia tra mera conformità ai dettami della legge ed astratta rispondenza ai canoni di ragionevolezza e giustizia, dato che entrambi i concetti convergono, pur muovendo da ambiti di partenza originari differenti, a creare una nozione di "legalità-legittimità", che le comprende e le compendia entrambe".

²⁹ Secondo la nota espressione di F. LEVI, *Legittimità*, cit., 126.

³⁰ In questa prospettiva infatti la legge costituisce l'ordinamento amministrativo dotando gli enti di autonomia (pubblica) per la realizzazione degli interessi pubblici, e al contempo limita dall'esterno i poteri conferiti tracciando i confini tra la sfera dell'autonomia dell'amministrazione e la sfera dei privati, intangibile per il potere amministrativo. L'ordinamento amministrativo nasce quindi come ordinamento funzionalizzato, proteso al perseguimento dell'interesse pubblico, e nell'esercizio della sua autonomia adotta atti normativi che si caratterizzano perché non risolvono conflitti intersoggettivi (come fa la legge) ma disciplinano l'organizzazione (norme di organizzazione) e l'attività (norme di azione) dell'ente assicurandola all'interesse pubblico indicato dall'ordinamento generale. Siffatte norme, anche quando assumono la veste formale della legge, vanno comunque considerate come norme sostanzialmente secondarie, espressione non della sovranità dell'ordinamento generale ma dell'autonomia dell'ordinamento particolare. In questo quadro, la legittimità è autonoma dalla legalità e direttamente connessa all'interesse pubblico perché si esprime nella osservanza della normativa di azione, cioè di regole poste dall'ordinamento amministrativo (e quindi da fonte sub-legislativa) per disciplinare la propria attività concreta in modo funzionale all'interesse pubblico (e non invece per risolvere conflitti inter-soggettivi); mentre invece il provvedimento in contrasto con la legge, e quindi posto in essere in violazione delle situazioni soggettive dei privati, è illecito oppure nullo. Per questa impostazione v. A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 76 ss.; ID., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit., 123; ID., *Commento all'art. 26*, cit., 1174 ss.; ID., «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, cit., spec. 262 ss.; R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 623 s.; con ampie argomentazioni, da ultimo, A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, cit., 154 ss.

fondamentale del sistema amministrativo a seguito, da una parte, della perdita di autorevolezza della legge³¹ e, dall'altra parte, della preponderanza della amministrazione di prestazione. In un contesto in cui lo Stato è essenzialmente un "dispensatore di beni"³², dove la sostanza del provvedere viene individuata più nello "scegliere"

³¹ La c.d. "crisi della legge" è fenomeno notissimo. I suoi principali fattori possono essere sinteticamente individuati nella perdita di rappresentatività e autonomia del Parlamento, nella perdita di astrattezza e generalità della legge e nell'inflazione legislativa. La bibliografia è sterminata: *ex plurimis*, F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. Trim. Scienz. Amm.*, 1978, 6 ss., ora in *Scritti giuridici*, IV, cit., 3469-3472; B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 25; F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, in *Dir. Amm.*, 1999, 364; G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 19 s., che, sulla scorta del pensiero di J. Wilson, osserva che i parlamentari tendono a produrre provvedimenti che hanno costi diffusi e benefici concentrati. In questo modo, i costi vengono ripartiti tra tutta la popolazione, sicché non vengono percepiti chiaramente dai singoli, mentre i benefici vengono percepiti in modo chiaro dalle minoranze che si battono con successo per ottenerli.

La crisi della legge va distinta, a parere di chi scrive, dalla (presunta) crisi del principio di legalità, cioè della sua vigenza, su cui cfr. S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1973, 653 ss.; F. SATTA, *Introduzione a un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 45; S. CASSESE, *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della rivista Diritto Pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. pubbl.*, 1995, 795; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 87; A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, 2012, 56 ss.

In realtà, chi affronti il problema con gli occhi del giurista positivo, cioè muovendosi all'interno dell'ordinamento, dovrebbe convenire con G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 20-22, sulla circostanza che, trovando radicamento in diverse disposizioni costituzionali (CORSO cita gli artt. 23, 77, 97, 101 c.p.v., 113; sul valore costituzionale del principio v. anche S. FOIS, *op. cit.*, 659 ss.; F. SORRENTINO, *op. cit.*, 363 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 19 ss., che si richiama all'art. 97 Cost.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 85, che sottolinea il paradosso di un principio di cui si afferma comunemente la vigenza ma del quale non si riesce ad identificare con chiarezza il fondamento costituzionale; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., 126 ss.; S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. Amm.*, 2008, 237 s.), il principio di legalità rimane comunque l'architrave del diritto amministrativo (per la dimostrazione che ciò vale non solo per l'attività ma anche per l'organizzazione, v. G. CORSO, *Principio di legalità e trasformazioni dell'amministrazione*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, cit., 51 ss.) e al contempo raccoglie il monito a non confondere gli attacchi quotidianamente sferrati al principio medesimo con una sua presunta, e non meglio precisata, "crisi". Importanti avvertimenti intorno ai rischi insiti nella decostruzione del diritto amministrativo, basata innanzitutto sulla negazione del principio di legalità, sono in F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2011, 749 ss.

In effetti, a parere di chi scrive la critica al principio di legalità ha senso solo se ci si pone in una prospettiva meta-positiva, come ad esempio fa G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994, 143 ss., oppure, dichiaratamente, U. MATTEI, Plunder: *quando il principio di legalità è illegale*, in G. DE GIORGI CEZZI - P.L. PORTALURI - F.F. TUCCARI - F. VETRÒ (a cura di), *Il «meritevole di tutela»: scenari istituzionali e nuove vie di diritto*, Napoli, 2012, 197 ss. Sulla influenza che il punto di vista politico esercita sulle costruzioni dogmatiche del giurista cfr. le esatte considerazioni critiche di L. BENVENUTI, *Metodo giuridico, autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 1998, 664 ss.

³² G. CORSO, *Lo stato come dispensatore di beni: criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990, 177 ss.; sull'attività amministrativa come produzione e distribuzione di utilità v. anche F.LEDDA, *L'attività amministrativa*, cit., 258 s.; ID., *La concezione*, cit., 240 s., dove si rileva giustamente che la funzione distributiva dell'amministrazione non si manifesta soltanto nei provvedimenti autorizzatori o concessori o nelle attività di prestazione, "ma si realizza di continuo con qualsiasi provvedimento che asseconi o comprometta aspettative, che riduca od accresca le *chances* di successo delle iniziative di singoli o di gruppi, che disponga di utilità create in modo artificiale dall'ordinamento attraverso la limitazione

che nell'“imporre”³³, dell'interesse pubblico alla legalità si rileva il carattere formale e l'inidoneità a costituire l'unica base di legittimazione dell'autorità³⁴; e dell'interesse pubblico come compito affidato dalla legge all'amministrazione si denuncia l'astrattezza e dunque l'inservibilità³⁵.

La supremazia della legge, in origine fattore di democraticizzazione dell'amministrazione, è vista da alcune dottrine come motivo di distacco della stessa dalle esigenze della società: l'amministrazione si serve della legalità “come una forza della quale potere disporre per togliere di mezzo ostacoli o contestazioni all'efficacia imperativa delle sue determinazioni”³⁶. Da qui l'esigenza di liberarla dal giogo della politica, cui la fa sottostare il principio di legalità, aprendola direttamente alla società attraverso la partecipazione degli individui alle decisioni pubbliche all'interno delle procedure³⁷, governate dal principio di imparzialità³⁸.

La legittimità, in questo quadro, cambia volto: si complica e, al tempo stesso, si formalizza³⁹.

non incondizionata delle libertà o possibilità che altrimenti si avrebbero per i soggetti (basti pensare alle autorizzazioni, alle dispense, e alle disposizioni analoghe)”.

³³ D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce “Atto amministrativo”*, cit., 758 s.

³⁴ A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 38, secondo cui il potere amministrativo, almeno in parte, “ritrae la propria legittimazione da un legame diretto con la compagine societaria e non può quindi concepirsi quale pura emanazione del legislativo”. Vedremo in seguito come questa affermazione possa essere armonicamente coniugata con una riaffermazione del valore (se non altro, costituzionale) del principio di legalità.

³⁵ Cfr., *ex plurimis*, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 126; ID., *Principio di legalità*, cit., 113. Osserva che “è molto frequente che gli interessi pubblici risultino individuati dalle leggi solo in modo estremamente generico (e talvolta anche contraddittorio)” D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 51.

³⁶ G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit., 163; ID., *Amministrazione e costituzione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 460, dove, spostato il discorso sul piano costituzionale, si afferma: “se la costituzione consentisse o imponesse alla parte politica dello stato di reggere l'amministrazione anche nella prefigurazione dell'attività e degli obiettivi da perseguire, essa turberebbe rovinosamente l'autonomia amministrativa, toglierebbe insomma la pur affermata libertà dell'amministrazione”.

³⁷ G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit., 373; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 779 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e Soc.*, 1980, 438 ss. Cfr. F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit., 130 ss.

Sulla concezione di Berti dell'amministrazione come espressione della società e non come derivazione del potere dello Stato v. U. ALLEGRETTI, *Il pensiero giuridico di Giorgio Berti: l'amministrazione capovolta*, in *Ritorno al diritto*, 2007, 71 ss. Nella stessa direzione si pone L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, cit., 209, quando rileva che la discrezionalità si alimenta dello strumento partecipativo, “dando ragione a quelle tesi che hanno sostenuto l'assenza, nella situazione attuale di coesistenza di una molteplicità di centri di imputazione, di una vera e propria predeterminazione dell'interesse pubblico da parte della normativa”. Anche B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 26 s., si chiede se sia venuto il momento di rinunciare al principio di legalità; dal momento che esso “ha sempre parlato il «linguaggio del potere», non dovremmo iniziare a prendere atto che i valori garantistici che racchiude al suo interno sono sempre più diafani e meno appaganti?”

³⁸ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., *passim*.

³⁹ F. TIGANO, *op. cit.*, 50 ss.

Si complica, perché, in attuazione del disegno costituzionale, entrano a farne parte il buon andamento, con le sue declinazioni efficientistiche⁴⁰, l'imparzialità, con la sua portata garantistica⁴¹, e, più tardi, anche sotto la spinta del diritto europeo, principi come il legittimo affidamento⁴² e la proporzionalità⁴³. Sicché, come è stato osservato, la legalità dell'amministrazione è oggi quella "debole" dei principi e non quella "forte" delle regole⁴⁴.

Si de-formalizza, perché non si esprime più solo nell'osservanza del paradigma normativo e nel perseguimento dell'interesse pubblico incorporato nella norma attribu-

⁴⁰ Cfr. A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, Padova, 1979, *passim*, 38 s., che considera il buon andamento sotto il duplice aspetto di scopo della composizione degli interessi pubblici e di criterio per la loro composizione; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 37; M. IMMORDINO, *op. cit.*, 168; F. MANGANARO, *Principio di legalità*, cit., 21 ss.; F. TIGANO, *op. cit.*, 25 ss., 55 ss.; nonché i condivisibili inviti alla prudenza di R. FERRARA, *L'interesse al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., II, 16 ss.

⁴¹ Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., 33, secondo cui, mentre il buon andamento "concerne l'ordinazione dell'amministrazione al suo fine primario, cioè all'interesse pubblico specifico, e si pone perciò come il canone primario regolativo della funzione", l'imparzialità "riguarda il rispetto degli interessi secondari, e si atteggiava più come limite che come criterio positivo". Il concetto di "parte imparziale" proposto dall'A. intende descrivere la realtà di un'amministrazione che "persegue fini unilaterali (il pubblico interesse), ma tuttavia è escluso che possa divenire parziale, ossia perseguire tali fini senza curarsi nel contempo della soddisfazione dei fini altrui".

Sulla valenza prevalentemente oggettiva dell'imparzialità e del buon andamento, canoni protesi alla realizzazione dell'interesse pubblico e non alla tutela degli interessi privati v. D. DE PRETIS, *Italian administrative law under the influence of European law*, in *Italian journal of public law*, 1, 2010, 1287, che osserva altresì la diversa prospettiva in cui si pone il diritto comunitario, nel momento in cui l'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali presenta la "buona amministrazione" come oggetto di un diritto del cittadino. In termini analoghi M. TRIMARCHI, *The impact of Article 41 of the EU Charter of Fundamental Rights on Italian administrative law: some observations*, in *www.iuspublicum.it*, 2012, 16.

⁴² La bibliografia è sterminata, anche perché il principio di affidamento viene in rilievo in molteplici istituti del diritto amministrativo, non sempre però agendo sul piano della validità del provvedimento. *Ex plurimis* F. MERUSI, *Il principio di affidamento*, cit., *passim*; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, *passim*; da ultimo M.T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA - F. SAITTA, *op. cit.*, 159 ss.

⁴³ Sul principio di proporzionalità A. SANDULLI, *op. cit.*, 315 ss.; ID., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, 4643; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; ID., *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA - F. SAITTA, *op. cit.*, 389 ss., spec. 405 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, 97 ss.; G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 97-101; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 224 ss., *passim*; G.A. ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012, 163 ss.; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 85 ss. Nell'ordinamento italiano il principio di proporzionalità trova il suo antecedente nel principio del "minimo mezzo" elaborato da Gian Domenico Romagnosi. Su Romagnosi e il principio di proporzionalità v. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 10 ss.; F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi tra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 1234 s.; G. ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo*, in *Dir. Pubbl.*, 2012, 31 s.; D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 65; V. FANTI, *op. cit.*, 85-98.

⁴⁴ M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *Dir. Soc.*, 1993, 480 ss.; F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit., 127 ss. In tema da ultimo A. BARTOLINI - A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA - F. SAITTA, *op. cit.*, 79 ss.

tiva del potere, misurandosi ora anche sul piano dell'attitudine del provvedimento a realizzare un interesse pubblico concepito non più tanto come criterio di giudizio incorporato nella legge⁴⁵, quanto come tensione della decisione alla "adeguata" sistemazione degli interessi in gioco alla luce della fattispecie normativa⁴⁶, secondo una logica per molti versi assimilabile a quella patrocinata dalla analisi economica delle decisioni⁴⁷.

La deformalizzazione della legittimità si riflette nella dequotazione dei vincoli (e, quindi, dei vizi) formali, cioè di quelli che non incidono sul contenuto del provvedimento⁴⁸, e quindi in un atteggiamento di apertura nei riguardi delle "illegalità utili"⁴⁹. Il termine ultimo di questo processo è la proposta di erigere a criterio di validità del provvedimento una entità non normativa bensì fenomenica, cioè il "risultato"⁵⁰.

⁴⁵ F. MANGANARO, *Principio di legalità*, cit., 153 s., *passim*.

⁴⁶ Cfr. A. TIGANO, *op. cit.*, 570 s.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 74 ss., *passim*; F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit., 133 s., dove si afferma la necessità di valutare la correttezza del comportamento dell'amministrazione anche alla stregua di parametri diversi dalla legalità rilevando come "l'agire corretto sia un *quid* diverso rispetto all'agire *iure*"; M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 380-389; E. ZAMPETTI, *op. cit.*, 211-214.

In termini ben più drastici, afferma G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, cit., 461, che "la legalità che la costituzione difende nel momento in cui prende ad oggetto l'amministrazione è solo quella che ne garantisce le doti fondamentali e caratteristiche, cioè la funzionalità e l'imparzialità. Questi sono i fattori della libertà e del dovere dell'amministrazione. L'amministrazione è garantita nella sua libertà in quanto sia funzionale all'interesse generale e sia ispirata, nelle sue iniziative e nei suoi comportamenti, da un principio di imparzialità".

⁴⁷ La crisi dell'interesse pubblico come entità precostituita alla decisione, infatti, trova nell'analisi economica "un preciso fondamento ideologico e molte occasioni di accelerazione pratica": osserva F. DENOZZA, *Poteri della pubblica amministrazione e benessere degli interessati*, in *Annuario AIPDA 2006*, Milano, 2007, 11-16: "nella prospettiva dell'analisi costi-benefici, infatti, (...) tutti gli interessi sono concepiti come particolari, e si tratta solo di misurare il grado di soddisfazione o insoddisfazione che ciascuno esperirà in conseguenza dell'applicazione di una certa regola". "Nella prospettiva dell'analisi economica l'obiettivo cessa di essere quello della miglior realizzazione dell'interesse pubblico, come definito dalla legge, e diventa quello di far sì che le transazioni tra i diversi interessati, compresi tra costoro i vari organi coinvolti nel processo di applicazione delle norme, si svolgano nella maniera più efficiente possibile, e cioè come si è chiarito, in maniera da massimizzare il benessere complessivo di tutti gli individui interessati". Individuano assonanze tra l'"amministrazione di risultato" e l'analisi economica del diritto A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, ivi, 237 ss. e F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2007, 438, 440, che tra l'altro propone l'analisi economica come strumento per valutare l'eventuale sviamento di potere dal quale possono essere affetti i provvedimenti di regolazione se falliscono l'obiettivo di realizzare un mercato concorrenziale.

⁴⁸ V. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 86: "viziato in legittimità si dirà quindi il provvedimento che contrasti con una norma la cui osservanza avrebbe potuto, in ipotesi, condurre ad una decisione di contenuto almeno parzialmente diverso, ovvero ancora che non presenti quei requisiti che ne consentono il riconoscimento quale legittima manifestazione dell'autorità".

⁴⁹ Per questa espressione S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 132 ss., che richiama una tesi di Luhmann.

⁵⁰ L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 328 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm.*, 1999, 57 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità*, Milano, 2000, 37; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*,

L'evoluzione della legittimità amministrativa si iscrive nel quadro della più ampia tematica della legittimazione dei pubblici poteri.

La tradizionale immedesimazione della legittimità amministrativa nella legalità costituiva la traduzione in termini tecnico-giuridici di quanto osservato da Weber circa il fatto che nello Stato contemporaneo il potere legittimo, cioè il potere che suscita la disposizione ad obbedire del popolo⁵¹, è quello fondato sulla credenza nella legalità ("cioè la disposizione ad obbedire a statuizioni formalmente corrette, e stabilite nel modo consueto")⁵².

Il percorso di deformalizzazione della legittimità amministrativa rispecchia invece la ricerca di nuovi moduli per la legittimazione del potere in uno Stato "dispensatore di beni", moduli che vengono individuati nell'efficienza, ovvero più in generale nella capacità dell'apparato pubblico di realizzare gli obiettivi prefissati: in breve, nell'attitudine del medesimo a fornire garanzie "di risultato"⁵³.

Torino, 2004, 433 ss., dove peraltro si afferma il rilievo giuridico del risultato. Più cautamente, M. D'ORSOGNA, *Teoria dell'invalidità e risultato*, in M. IMMORDINO - A. POLICE, *op. cit.*, 68 ss., afferma che il risultato può costituire parametro di validità del provvedimento se assorbito all'interno del paradigma normativo di riferimento. Anche A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, ivi, 9, osserva che "la piena "erezione" del risultato a parametro di valutazione giuridica dell'azione amministrativa è dunque possibile solo attraverso la sua predeterminazione"; perplessità in ordine al risultato "come criterio qualificativo dell'azione amministrativa, cui agganciare, almeno in parte un giudizio in chiave di validità, invalidità, irregolarità" anche in ID., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, cit., 236. Per l'idea che non si dia incompatibilità tra "legalità" e "risultato", v. M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 270 ss., secondo cui l'ordinamento positivo è attualmente strutturato in modo tale che la mancata realizzazione del risultato da parte dell'amministrazione si riflette nella illegalità o illegittimità del provvedimento (il riferimento principale è all'art. 1 della l. 241/1990); ID., *Buon andamento: dalla legalità del formalismo alla legalità del risultato*, in G. DE GIORGI CEZZI - P.L. PORTALURI - FF. TUCCARI - F. VETRÒ (a cura di), *op. cit.*, 386 ss., dove si argomenta ancora nel senso della compatibilità tra principio di legalità e "logica di risultato", rilevando che "il risultato amministrativo non costituisce qualcosa che si colloca al di fuori della norma (e, dunque, al di fuori del principio di legalità), ma, piuttosto, attribuisce al principio di legalità un significato più precipuo, maggiormente coerente con quella esigenza di effettività della tutela degli interessi in vista della quale trovano legittimazione i diversi centri di potere pubblico". D'altronde, osserva l'A., "se è vero che la p.a. è chiamata a perseguire i fini previsti dalla legge, ciò non può che comportare il conseguimento sollecito di quello stesso risultato in qualche modo prefigurato ed imposto dalla stessa legge". Per la tesi della compatibilità tra principio di legalità e attenzione al risultato v. anche F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 100.

⁵¹ Sul concetto di legittimità in filosofia politica v. i classici C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1932), in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 212 ss.; S. CASTIGNONE, *Legalità, legittimità, legittimazione*, in *Sociologia del diritto*, 1977, 19-34; N. BOBBIO, *Legalità*, in *Dizionario di politica* diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Milano-Torino, 2000, 554. Riferimenti in A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 453 ss.; ID., *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2007, 99 ss.; F. LUCIANI, *Il vizio formale*, cit., 212; L. GIANI, *op. cit.*, 189 ss.

⁵² M. WEBER, *op. cit.*, 35.

⁵³ Sulla ricerca di nuove basi legittimanti del potere nello Stato interventista v. P. BARCELLONA, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984, 149 ss., dove si osserva che "il consenso che è richiesto da uno Stato che interviene (da uno Stato che distribuisce e attribuisce risorse), che dirige direttamente il conflitto distributivo, non può non ripotersi al contenuto delle scelte operate nel sistema politico istituzionale e ai risultati pratici che da esse derivano negli assetti di potere sociale". Con particolare riguardo all'amministrazione, e ai rapporti con la legittimità, v. A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, cit., 12, dove si osserva che,

2. La validità nella “logica del rapporto”: le situazioni giuridiche soggettive come limite del potere

I fondamenti della “logica della legittimità”, intorno alla quale è costruito il nesso tra validità e funzione, sono messi in discussione da chi ritiene incompatibile con il pluralismo tipico dello Stato costituzionale di diritto un sistema nel quale i limiti del potere amministrativo sono determinati dalla funzionalizzazione dello stesso all’interesse pubblico, variamente considerato⁵⁴.

L’idea che il conflitto tra autorità e libertà sia risolto da norme che indirizzano il potere alla realizzazione dell’interesse pubblico è fondata su una impostazione di tipo organicistico⁵⁵, secondo cui l’interesse del cittadino si confonde o addirittura coincide con il conseguimento dell’interesse pubblico, incompatibile con il pluralismo costituzionale⁵⁶. Inoltre, l’approccio basato sulla “direzione” delle norme (alla tutela dell’interesse pubblico) è intrinsecamente fallace perché tutte le norme in realtà risolvono conflitti intersoggettivi, sicché non è possibile distinguere le norme dirette alla tutela dell’interesse pubblico da quelle volte alla realizzazione degli interessi dei singoli⁵⁷.

I cardini del “cambio di paradigma”⁵⁸ sono la rivendicazione della dimensione soggettiva dell’amministrazione e la lettura del principio di legalità come fonte di un rapporto giuridico tra la stessa amministrazione e i cittadini⁵⁹.

La c.d. “oggettivizzazione” dell’amministrazione⁶⁰, specie dove basata sul rifiuto di

mentre prima la conformità a legge costituiva il principale «risultato» cui l’attività amministrativa doveva tendere per legittimarsi sul piano sociale, adesso tale «risultato» si estrinseca nell’efficienza, assunta a principale condizione legittimante l’azione dei pubblici poteri. Cfr. altresì ID., *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli, 2001, 822 ss.

⁵⁴ A. ORSI BATTAGLINI, «L’astratta e infecunda idea». *Disavventure dell’individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), Milano, 1989, 569 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., 1333 ss.

⁵⁵ L. FERRARA, *Spigolature dal libro di Aldo Sandulli sulla scienza del diritto amministrativo in Italia: in particolare, l’organicismo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 1015 ss.

⁵⁶ A. ORSI BATTAGLINI, «L’astratta e infecunda idea», cit., 1332 ss.

⁵⁷ E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, cit., 128 s.

⁵⁸ Secondo l’espressione di E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma*, Milano, 2010. Di definizione di un “paradigma alternativo a quello tradizionale, da porre a fondamento di una nuova scienza del diritto pubblico” discorre anche D. SORACE, *L’epistemologia del diritto pubblico e il diritto amministrativo della Costituzione nel pensiero di Andrea Orsi Battaglini*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, 21, con riferimento alle tesi di Orsi Battaglini esposte nel saggio sulle “disavventure dell’individuo nella cultura giuspubblicistica”.

⁵⁹ A. ORSI BATTAGLINI, «L’astratta e infecunda idea», cit., 1351 ss. Sul valore garantistico della definizione della p.a. come parte all’interno di un rapporto col cittadino – posizione che implica di “rinunciare al perseguimento dei propri interessi, quando ciò impedirebbe la realizzazione di interessi altrui dotati di valore oggettivamente maggiore” – v. U. ALLEGRETTI, *L’imparzialità*, cit., 8 ss., *passim*, che però di questo modello – tipico dello stato liberale – mette in rilievo l’insufficienza, determinata dall’incapacità di tenere in considerazione il ruolo dell’amministrazione come parte imparziale.

⁶⁰ Per la quale cfr. innanzitutto F. BENVENUTI, *L’amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, cit., 3467

distinguere lo Stato ordinamento-comunità dallo Stato come persona⁶¹, non consegue l'obiettivo di limitare l'arbitrio tipico di un potere in realtà fondato su principi di legittimazione soggettivi⁶² e si rivela funzionale più alle ragioni della autorità che non a quelle della libertà: la scomparsa del soggetto dalla dinamica giuridica rende proibitiva l'ascrizione delle responsabilità; la derivazione degli effetti giuridici dal potere inteso come energia dell'ordinamento⁶³ fornisce le singole decisioni di un'area di sacralità che indubbiamente ne rafforza la legittimazione politica e ammantata di una sorta di razionalità oggettiva la volontà del potere pubblico⁶⁴.

La rivendicazione della dimensione soggettiva dell'amministrazione, invece, costituisce la premessa per un ripensamento dei rapporti tra individuo e pubblico potere, fondato sul principio pluralistico e di carattere essenzialmente conflittuale⁶⁵.

In questa ottica, l'assunto fondamentale è che la legge disciplina, in astratto e *a priori*, il conflitto di interesse tra cittadino e amministrazione⁶⁶, giustapponendo le situazioni giuridiche attive del cittadino (diritti) a quelle passive dell'amministrazione (obblighi)⁶⁷. Entrambi sono quindi parti di un rapporto, e la posizione dell'amministrazione è assimilata a quella del debitore tenuto alle prestazioni imposte dalla legge⁶⁸. Si riconosce, peraltro, che l'amministrazione talvolta conserva, oltre i limiti di questa rete di situazioni soggettive, il potere (o potestà), cioè la capacità di operare scelte discrezionali e di determinare la produzione del relativo effetto giuridico⁶⁹: la situazione in cui

ss.; ID., *Ancora per un'amministrazione obiettivata*, cit., 3583 ss. La concezione dell'amministrazione su basi principalmente oggettive si trova connessa alla espunzione del potere giuridico dalle situazioni giuridiche soggettive in G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 15. Per la concezione oggettiva del potere v. già G. MIELE, *op. cit.*, 45; F. BASSI, *Contributo*, cit., 95 ss.

⁶¹ Secondo G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, cit., 9, 14-16, la distinzione tra Stato-ordinamento-comunità e Stato-persona giuridica ha "impedito il formarsi di un tessuto costituzionale unitario come effetto autentico della sovranità popolare e ha mantenuto l'antica separazione tra la società civile e la società politica"; ID., *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1983, 1014 ss., si dice "sicuro" che lo sdoppiamento dello Stato, accentuando la separazione tra potere politico e potere sociale, facilita il primo nella tendenza ad aumentare la sua presa sul secondo.

⁶² Sul perdurante valore del principio di legittimazione soggettiva dell'autorità, sia pur in un contesto complessivo di de-soggettivizzazione, v. A. ROMANO TASSONE *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 90.

⁶³ Scomparsa del soggetto e (conseguente) derivazione degli effetti giuridici dal potere, inteso come energia promanante dall'ordinamento, sono i punti cardine della teoria di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 154 ss. *Amplius v. infra*.

⁶⁴ In questo senso C. CUDIA, *op. cit.*, 76 s.

⁶⁵ Scrive A. ORSI BATTAGLINI, «*L'astratta e infeconda idea*», cit., 346: "l'unica bipolarità possibile è quella che oppone il potere stesso, pubblico o privato, sociale o statale, all'individuo e il «modello» da elaborare entro questo schema non può non assumere la centralità di quest'ultimo".

⁶⁶ A. ORSI BATTAGLINI, «*L'astratta e infeconda idea*», cit., 1353.

⁶⁷ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giustizia amministrativa*, Milano, 2003, *passim*.

⁶⁸ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 175 ss.

⁶⁹ Sul potere come disponibilità degli interessi v. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., 1249 ss.

versa il cittadino a fronte del potere così concepito è necessariamente la soggezione⁷⁰, perché potere e vincolo normativo sono entità che si escludono a vicenda⁷¹.

Entrano in gioco, così, i due schemi norma-potere-effetto e norma-fatto-effetto. Il primo attiene alla attività discrezionale, laddove i vincoli obbligatori del rapporto amministrativo lasciano spazio al potere, come sopra definito. Il secondo riguarda l'attività vincolata, laddove il potere dell'amministrazione scompare perché sostituito interamente dalla dimensione obbligatoria: qui non v'è soggezione alcuna del privato, il quale, presentandosi l'intera attività amministrativa come dovuta, è titolare solo di diritti⁷².

Simili operazioni di revisione concettuale incidono non poco sul tema della (in)validità del provvedimento, perché sferrano un attacco a tutto campo al concetto di legittimità e all'aspetto funzionale che ad esso si collega. Tutto, si può dire, muove verso la espunzione dal piano della (in)validità dell'interesse pubblico: di quell'interesse, cioè, che costituisce il perno della costruzione della (in)validità fondata sul concetto di (il)legittimità.

Quanto agli aspetti più propriamente vincolati del potere, la tesi della dimensione funzionale delle norme di azione è sostituita con l'idea secondo cui tutte le norme che disciplinano l'attività amministrativa formano un sistema di obblighi in capo all'amministrazione e di corrispondenti diritti del cittadino. Ne segue come logico corollario che il vizio di violazione di legge indica non già contrasto del provvedimento con l'interesse pubblico, bensì lesione di un diritto soggettivo del cittadino.

Anche l'eccesso di potere tende a perdere le tradizionali connotazioni oggettive.

Lo sviamento è sempre più spesso considerato come un'ipotesi residuale⁷³, quasi di scuola; e di recente, per attenuarne il nesso con l'interesse pubblico, lo si è riportato alla dimensione strutturale della fattispecie, definendolo come il vizio della causa dell'atto⁷⁴.

⁷⁰ È chiara in questo senso la posizione di E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, in *Diritto e processo*, cit., 114, nel momento in cui degrada l'interesse al risultato a "interesse sociologico"; ma per questa tesi v. anche A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 164, *passim*, che non a caso discorre di una "vana ricerca del bene finale"; non diversamente sul punto L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 168-172, 184, *passim*, quando afferma che davanti alla potestà non può aversi altro se non soggezione e che, di conseguenza, l'interesse al risultato non è tutelato: la protezione giuridica piuttosto arriva sin dove in capo all'amministrazione sono posti obblighi corrispettivi a diritti soggettivi dell'amministrato; per questa tesi cfr. altresì C. CUDIA, *op. cit.*, 356-360.

Cfr. in proposito le considerazioni critiche di L. BENVENUTI, *Dell'autorità e del consenso*, cit., 139 s., secondo cui "quel che forse si acquista in termini di apparente legalità viene a perdersi nel versante del diritto vivente, a fatica comprimibile nell'ambito di schemi e formule calate dall'alto". La critica è rivolta soprattutto alla formulazione in termini drastici della dicotomia tra attività discrezionale e attività vincolata, che deriva a sua volta dalla convinzione che il vincolo ordinamentale a carico dell'attività amministrativa arrivi – e sia pieno – sin dove arriva la legge, scomparendo del tutto (e improvvisamente) oltre questo limite.

⁷¹ Su questo aspetto della teoria di Orsi Battaglini, cfr. D. SORACE, *L'epistemologia del diritto pubblico*, cit., 54 s.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 203 nota.

⁷² A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 1239 ss.

⁷³ Da ultimo G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 169.

⁷⁴ C. CUDIA, *op. cit.*, 240 ss.

La concezione dello sviamento come vizio di un elemento del provvedimento, del resto, non è nuova. Ad

La concezione delle c.d. “figure sintomatiche” come indici del contrasto della decisione con i principi della funzione⁷⁵, per un verso, viene ripresa allo scopo di marginalizzare ulteriormente lo sviamento⁷⁶, e, per altro verso, viene aggiornata tramite la rescissione del nesso di tali principi con l’interesse pubblico⁷⁷. Complice la recezione a livello legislativo (soprattutto ad opera della l. 241/1990), l’inosservanza di questi ultimi è talvolta attratta alla violazione di legge⁷⁸. La soggettivizzazione raggiunge il massimo grado quando, concepiti i principi della funzione come regole del rapporto, si considera l’eccesso di potere alla stregua di una violazione del diritto del cittadino a un comportamento dell’amministrazione conforme ai principi di buona fede e correttezza⁷⁹.

In definitiva, lo sganciamento della (in)validità dalla (il)legittimità segna il distacco della prima dalla funzione: la validità non è più garanzia della rispondenza del provvedimento all’interesse pubblico, né (soprattutto) l’invalidità denota un sicuro contrasto con esso. Il cittadino, quando denuncia l’invalidità del provvedimento amministrativo, afferma l’avvenuta lesione di una propria situazione giuridica soggettiva, per cui l’invalidità si definisce come violazione di diritti soggettivi o (il che è lo stesso) come mancato adempimento ad obblighi.

Alcuni fra i più sensibili sostenitori di questo indirizzo hanno avvertito quanto sia dirompente per lo stesso concetto di validità la tesi secondo cui essa si risolve nell’adempimento di un obbligo e l’invalidità nella violazione di un diritto.

Vi è, così, chi ha fatto questione di “transito dalla invalidità alla illiceità”, addivendo in tal modo ad una conclusione di esemplare coerenza con la premessa secondo cui la legge, nella parte in cui disciplina il potere amministrativo, in realtà sostituisce l’obbligo alla potestà e determina quindi nella controparte una situazione di esigibilità della prestazione corrispondente: con la conseguenza che il creditore (l’amministrazione) inadempiente integra un illecito (contrattuale)⁸⁰.

esempio, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 172 s., 178, riteneva che il mancato perseguimento dell’interesse essenziale si riflettesse nell’illegittimità del motivo dell’atto, dando luogo prevalentemente a violazione di legge.

⁷⁵ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., 1010 ss.

⁷⁶ *Contra*, però, R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 444 ss., dove si tenta di arginare la frammentazione dell’eccesso di potere proponendo di recuperare l’unitarietà della figura in chiave di “sviamento in senso ampio”.

⁷⁷ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 423 ss., 433, che concepisce le regole sulla funzione come “norme sulla normazione del caso singolo”, aventi principalmente una funzione di garanzia del cittadino; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 332 s.; G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 150 ss.

⁷⁸ G. SALA, *L’eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/1990: un’ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 179 ss.; A. ROMANO, *Commento all’art. 26*, cit., 1193; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 330 ss.; G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 163.

⁷⁹ C. CUDIA, *op. cit.*, 251 ss., 341 ss., *passim*.

⁸⁰ L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale*, cit., 156, dopo aver auspicato la totale perdita della rilevanza del provvedimento nel processo di legittimità, come “cosa distinta dal comportamento diretto ad adempiere ad un obbligo legale”, discorre di “transito dall’invalidità alla illiceità”.

Altri⁸¹, spostando il discorso sul piano della filosofia del diritto, ha inteso coniugare la dimensione della validità con quella delle situazioni giuridiche soggettive ricorrendo alla teoria della validità regolativa⁸².

Il ragionamento muove dal rilievo che il paradigma di validità del provvedimento non è composto esclusivamente da regole costitutive. Se così fosse, infatti, tutti i provvedimenti imperfetti andrebbero ritenuti come “non costituiti” all’interno della realtà sociale, cioè giuridicamente inesistenti: il che sarebbe in evidente contrasto con la constatazione che il provvedimento invalido (ma, più in generale, la norma invalida) può ben essere efficace⁸³. Se ne ricava che soltanto la norma attributiva del potere ha carattere costitutivo, mentre le restanti svolgono una funzione regolativa, cioè regolano la condotta del soggetto che pone l’atto, gravandola di un complesso di obblighi⁸⁴. Si distingue, quindi, tra validità costitutiva (la validità-esistenza) e validità regolativa (la validità *stricto sensu*), come conformità, rispettivamente, alle norme costitutive e alle norme regolative. Mentre l’invalidità costitutiva dà luogo alla totale squalificazione dell’atto, cioè alla sua completa inefficacia, l’invalidità regolativa, che si sostanzia nella violazione delle norme di condotta degli agenti pubblici, può dar luogo a varie specie di conseguenze⁸⁵ la cui determinazione è rimessa alla scelta del diritto positivo e al pronunciamento di determinati organi⁸⁶.

Il problema della validità *stricto sensu* (validità regolativa) è così nuovamente ricondotto a quello della violazione delle situazioni giuridiche soggettive, cioè alla “logica del rapporto”. Le norme sulla validità del provvedimento, infatti, sono assimilabili alle ordinarie norme di condotta, con la sola differenza “che le regole sull’uso dei poteri conferiti non qualificano semplicemente delle condotte materiali, che esistono prima di ogni norma, ma qualificano (come obbligatorie, permesse o vietate) azioni e risultati che non sono concepibili prima della norma (costitutiva)⁸⁷”.

⁸¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, nelle opere citate alle note seguenti.

⁸² Secondo la tesi di M. ATIENZA - J.R. MANERO, *Seis acotaciones preliminares para una teoria de la validez jurídica*, in *Doxa*, 2003, 21 ss.

⁸³ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità*, cit., 758 s.; ID., *La forma presa sul serio*, cit., 224 s.

⁸⁴ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità*, cit., 759.

⁸⁵ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità*, cit., 760 s.

⁸⁶ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 226 s. e nota: “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 esservi casi dubbi, il giudizio di ascrizione risponde ad 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 ad un estremo alla piena nullità ad un altro estremo, passando, secondo la gravità del vizio, per la annullabilità e per i cosiddetti vizi non invalidanti”.

⁸⁷ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità*, cit., 760 ss.

3. Profili ricostruttivi

3.1. Una precisazione metodologica

La validità del provvedimento, intesa come legittimità, è permeata dall'interesse pubblico; intesa come violazione di un diritto soggettivo, è estranea alla dimensione della funzione.

Il dibattito tra le opposte concezioni, nondimeno, è spesso viziato da una indebita sovrapposizione tra il piano della teoria della validità e quello dei rimedi previsti dall'ordinamento nei riguardi dei provvedimenti invalidi.

La distorsione ottica è dovuta principalmente al trascinarsi sul terreno della teoria della validità dei caratteri tipici della tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'amministrazione e si realizza, esemplarmente, quando si sostiene che la natura soggettiva della seconda (sulla quale – almeno a livello di dover essere costituzionale – non è dato serbare alcun dubbio⁸⁸) impone l'espunzione di qualsiasi riferimento all'interesse pubblico dalla prima⁸⁹, sottovalutando il fatto che la giurisdizione costituisce solamente una delle sedi in cui operano i rimedi avverso l'invalidità.

La “soggettività della tutela”, in altre parole, non implica necessariamente la “soggettivizzazione” della validità, così come la presenza in quest'ultima di profili oggettivi non è di per sé indice del carattere oggettivo della giurisdizione amministrativa. I piani, infatti, vanno distinti: una cosa è il contenuto dei valori da cui dipende la validità del provvedimento; altra cosa i valori alla cui protezione sono protesi i rimedi, e segnatamente il processo.

Di ciò sono prova le vicende della giustizia amministrativa, il cui successo storico come mezzo di tutela più efficace della giurisdizione ordinaria nella tutela delle situazioni soggettive degli amministrati è paradossalmente dovuto proprio al carattere oggettivo della nozione di legittimità. È forte di una concezione oggettiva di quest'ultima, infatti, che il giudice ha potuto annullare provvedimenti conformi al paradigma ma incapaci di realizzare l'interesse pubblico e, con ciò, aumentare il grado di tutela della situazione soggettiva azionata⁹⁰.

⁸⁸ Da ultimo F. SAIITA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in M. RENNA - F. SAIITA, *op. cit.*, 225 ss.

Altra questione, poi, è se alcune volte (come pare a chi scrive) si realizzano ingiustificati scostamenti tra modello ed esperienza.

⁸⁹ Rischio cui si espone, a parere di chi scrive, la ricostruzione di C. CUDIA, *op. cit.*, 168 ss., *passim*.

⁹⁰ In questo senso G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, cit., 772 s.: “E se è vero che all'inizio l'eccesso di potere come in genere tutto il sindacato del Consiglio di Stato veniva inteso come una garanzia nell'interesse della legge, è pur vero che dall'eccesso di potere si sono sviluppati i principi, propri della funzione amministrativa, di giustizia sostanziale, ragionevolezza e uniformità dell'azione amministrativa. I quali pure hanno contribuito a determinare una “novazione” in senso soggettivo del fine e dell'oggetto delle garanzie giurisdizionali, abbattendo così la tesi della giurisdizione di diritto oggettivo, e ancor più la pretesa natura amministrativa delle decisioni della IV Sezione”. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 34 ss., peraltro, ha dimostrato che la tesi della

Con ciò, si badi, si è lungi dall'esprimere una valutazione ottimalistica nei riguardi dell'assetto tradizionale – e in via di superamento – della giurisdizione amministrativa (basti pensare alle evidenti lacune in ordine alla tutela degli interessi legittimi pre-tensivi⁹¹ e alla stabilità del giudicato a fronte del nuovo esercizio del potere⁹²): semplicemente si riconosce, ponendosi in una prospettiva storica, che l'inclusione dell'interesse pubblico nel giudizio di validità del provvedimento ha costituito un fattore di implementazione della tutela⁹³.

Sulla scorta di questi rilievi, è buon consiglio tenere rigorosamente distinti i due piani affrontando la questione dei rapporti tra validità e funzione, da una parte, e tra validità e situazioni soggettive, dall'altra, nel modo il più possibile neutrale rispetto alla tematica della tutela giurisdizionale.

3.2. Validità e interesse pubblico

A) L'interesse pubblico, inteso ora come scopo del potere individuato a livello normativo astratto ora come concreta ragione del provvedere, è una presenza costante all'interno del processo decisionale, dove assurge a criterio di validità dei giudizi di rilevanza dei fatti parziali, del giudizio di rilevanza del problema amministrativo e del giudizio di efficacia.

Si ricorda, infatti, riprendendo in forma sintetica tesi più distesamente argomentate

natura amministrativa della IV Sezione era in realtà sostenuta con chiari intenti pragmatici, ovvero per giustificare i maggiori poteri del giudice speciale ed evitare l'assimilazione del suo sindacato a quello, ben più ridotto, del giudice ordinario (così anche A. ROMANO, *La giustizia amministrativa nel pensiero del professor Santi ROMANO*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, 27); cfr. altresì F.G. SCOCA, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1 ss.

Nella maggiore efficacia della sua tutela rispetto a quella del diritto soggettivo, d'altronde, va ravvisato il motivo di fondo della fortuna dell'interesse legittimo: A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema*, cit., 51 s.; M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 46 ss.

⁹¹ *Ex plurimis*, F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, cit., 267 ss.; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto del giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 4 ss.; P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1981, 3 ss.; E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, 123 ss.; ID., *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 106 ss.; D. DE PRETIS, *L'azione e i poteri del giudice*, in AA.VV., *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 9 ss.; C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della P.A.*, ivi, 41 ss.; L. FERRARA, *Prime riflessioni sulla disciplina del silenzio inadempiamento con attenzione alla Säumnisbeschwerde austriaca*, ivi, 73 ss.; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 21 ss., 156 ss.; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 557 ss.; A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 7 ss.

⁹² *Ex plurimis*, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, *passim*; G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro. It.*, 1989, 421 ss.; B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, 112 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 257 ss.

⁹³ Il che, peraltro, è lucidamente ammesso anche da A. ORSI BATTAGLINI, «*L'astratta e infelice idea*», cit., 1327.

in precedenza, che il criterio di validità dei giudizi di rilevanza sui fatti parziali è il valore da attuare così come indicato dalla norma, cioè quello che usualmente si definisce come interesse pubblico astratto. Quest'ultimo, come osservato da autorevole dottrina, serve a sua volta per il reperimento dell'interesse pubblico concreto, cioè della concreta ragione del provvedere, in quanto la decisione sulla rilevanza dei fatti parziali, oltre ad individuare i "fatti significativi", costituisce anche la sede del processo interpretativo che termina nella individuazione del valore da attuare in concreto. Il giudizio di rilevanza del problema, a sua volta, ha come criterio di validità il valore concreto da attuare, e dunque l'interesse pubblico concreto; e quest'ultimo, infine, rappresenta anche il criterio assiologico-funzionale del giudizio di efficacia.

In sintesi, si può dire che il provvedimento assiologicamente valido conclude un processo decisionale in cui l'interesse pubblico astratto e quello concreto sono stati effettivamente adottati come criterio dei giudizi di valore. Se così è, obliterare gli aspetti funzionali della validità del provvedimento significa rimuovere la prospettiva della validità assiologica, cioè rinunciare agli aspetti relativi alla giustificazione della decisione in rapporto ai valori da attuare.

La connessione tra validità del provvedimento ed interesse pubblico è un elemento radicato nell'essenza dell'amministrazione in senso oggettivo, come attività di cura degli interessi pubblici⁹⁴, e in senso soggettivo, come apparato a ciò deputato⁹⁵. Costituendo la ragione dell'esistenza dell'apparato e dei suoi poteri, l'interesse pubblico rappresenta anche un limite all'esercizio di questi⁹⁶. Il provvedimento che non lo persegue è un comportamento programmatico disfunzionale, la cui esistenza non trova giustificazione in rapporto ai valori da attuare.

Sul piano ideologico, riconoscere questa realtà non è, a parere di chi scrive, incompatibile con una impostazione di tipo liberale, che antepone le ragioni dei diritti a quelle del potere⁹⁷: questa, infatti, lungi dal negare che i poteri amministrativi sono costituiti per la realizzazione di interessi pubblici⁹⁸, tende piuttosto a sostituire la dot-

⁹⁴ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., 271 ss.; ID., *Il potere discrezionale*, cit., 22.

⁹⁵ Per le due nozioni, oggettiva e soggettiva, dell'amministrazione v. A. ROMANO, *Introduzione*, cit., 1 ss.

⁹⁶ R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 616, 623, che ricorre, per spiegare il fenomeno, ai "principi istituzionali", sui quali anche A. ROMANO TASSONE, *Legislatore e limite dei principi*, in *Annuario AIPDA 2005*, Milano, 2006, 209 ss.

⁹⁷ Così, invece, A. ORSI BATTAGLINI, *«L'astratta e infeconda idea»*, cit., 1326 ss.

⁹⁸ In proposito G. CORSO, *La giustizia amministrativa*, Bologna, 2005, 17 s., ci ricorda un dato, forse elementare, ma da cui non si può prescindere: "la legge richiede l'intervento dell'autorità amministrativa non perché abbia di mira l'interesse privato, ma, al contrario, perché l'autorità accerti se la soddisfazione di tale interesse non nuoccia a un interesse pubblico contrapposto. Se l'obiettivo fosse quello di assicurare la soddisfazione dell'interesse privato, non ci sarebbe bisogno di legge alcuna, almeno nella generalità dei casi: proprio perché il privato è in grado di soddisfare da sé, con la propria azione, il suo interesse, anzi è il soggetto più indicato a questo scopo. La concezione edilizia è prescritta non, come parrebbe, per consentire al proprietario di fabbricarsi una casa: a questo fine basterebbe che egli esplicasse una delle facoltà che gli derivano dall'essere proprietario del fondo. È prescritta, invece, perché tale facoltà sia esercitata in modo compatibile con l'interesse pubblico ad un ordinato assetto del territorio (...).La concessione edilizia, una volta che è rilasciata, soddisfa, è vero,

trina dei fini dello Stato con il principio di legalità, guardando con favore a una limitazione di tipo costituzionale della discrezionalità del legislatore nell'individuazione degli interessi pubblici⁹⁹.

Dell'impossibilità di espungere la dimensione assiologico-funzionale dalla teoria della validità, del resto, si può trovare indirettamente conferma nel recente tentativo dottrinale di ricondurre l'intero sistema alla logica del rapporto¹⁰⁰. In particolare, la riconduzione dello sviamento di potere al difetto di un elemento del provvedimento come la causa, operata allo scopo di escludere la rilevanza dell'interesse pubblico nel riscontro del vizio¹⁰¹, non vale a recidere la dimensione funzionale della validità dal momento che non vi è concezione della causa in cui non se ne metta in rilievo la connotazione funzionale¹⁰².

Rimane comunque necessaria una precisazione. Il collegamento che qui si propone tra validità e funzione, intesa come cura dell'interesse pubblico, passa per una convenzione linguistica secondo cui è "interesse pubblico" il valore da attuare rimesso alle cure dell'amministrazione¹⁰³. Sul piano concettuale, in realtà, esso non è qualitativamente diverso dagli altri valori giuridici, i quali tutti richiedono attuazione all'interno dell'ordinamento e la ricevono attraverso la introduzione di nuovi valori o la predisposizione di effetti. Non è dunque la supremazia o la specialità dell'amministrazione e del suo diritto la causa del fatto che la validità del provvedimento dipenda anche dalla capacità di realizzare l'interesse pubblico. Ciò, piuttosto, è il precipitato del combinarsi di due fattori: uno, teorico generale, rappresentato dalla sottoposizione di tutti i comportamenti programmatici ad un riscontro di funzionalità, che deriva loro dall'essere strumenti di attuazione di valori giuridici; un altro, meramente convenzionale, rappresentato dalla denominazione come "interesse pubblico" del valore giuridico che il provvedimento è chiamato ad attuare. Se rinunciassimo a questa convenzione, e forse sarebbe il caso di farlo, si potrebbe probabilmente rinunciare anche a una parte dei conflitti sulla specialità del regime del diritto amministrativo.

In definitiva, il principale limite della impostazione soggettiva sembra quello di omettere la considerazione del provvedimento in termini di misura di attuazione dei valori giuridici, qualificandolo esclusivamente come oggetto o di una pretesa (del cit-

l'interesse del proprietario: ma il potere di rilasciarla (o di negarla) è attribuito al comune non perché sia soddisfatto quell'interesse, ma perché sia garantito l'interesse pubblico a un certo assetto del territorio".

⁹⁹ G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. Giur. Quadr. Pubbl. Serv.*, 1999, 7 ss.

¹⁰⁰ C. CUDIA, *op. cit.*, *passim*.

¹⁰¹ C. CUDIA, *op. cit.*, 240 ss.

¹⁰² V., per riferimenti, l'ampia trattazione di U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 1999, XIII, III, 3 ss.

¹⁰³ In effetti, come condivisibilmente osserva F.S. SEVERI, *Funzione pubblica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991, 70, la funzionalità dell'azione amministrativa consiste nel suo collegarsi "all'unità dell'ordinamento ponendosi all'interno del processo di attuazione delle norme fondamentali, nel *continuum* della produzione-applicazione del diritto".

tadino) o di una libertà (dell'amministrazione), a seconda dell'intensità del vincolo derivante dalla legge.

Muovendo questa critica, peraltro, non si intende neppure aderire all'opposta concezione che, de-soggettivizzando il potere amministrativo e presentandolo come naturale espressione dei valori dell'ordinamento, ha, per un verso, il merito di cogliere la funzione attuativa del provvedimento, ma, per altro verso, incorre nell'errore di scambiare la parte con il tutto, cioè il provvedimento assiologicamente valido con il provvedimento amministrativo *tout court*.

La soluzione preferibile appare quella intermedia, basata sulla caratterizzazione della validità come presupposto fondamentale per l'attuazione dei valori dell'ordinamento. Nell'ottica che si propone, infatti, si riconosce in astratto la funzione attuativa dei comportamenti programmatici, e quindi anche del provvedimento, ma si segnala anche l'esigenza di un approccio critico alla realtà concreta, dove l'ineliminabile fondamento antropologico del potere, che è necessariamente legato ad una dimensione soggettiva dello stesso, non dà certo garanzie che quell'attuazione in effetti si verifichi. Non è nella natura del provvedimento, cioè, di attuare i valori giuridici rimessi alle cure dell'amministrazione (se si vuole: realizzare l'interesse pubblico); si tratta solo di una eventualità: che, realizzandosi, fa del provvedimento un provvedimento assiologicamente valido.

3.3. Validità e situazioni giuridiche soggettive

A) Le considerazioni che precedono dimostrano che la validità del provvedimento non può essere risolta *tout court* nell'adempimento da parte della amministrazione agli obblighi di comportamento stabiliti dalla legge. Questa impostazione disconosce la dimensione della validità assiologica e rifiuta di considerare che il provvedimento amministrativo valido, al pari di tutti gli altri comportamenti programmatici, è quello in condizione di attuare i valori del sistema: il che, nel linguaggio del diritto amministrativo, si traduce nella capacità di realizzare l'interesse pubblico.

Questo non significa, come vedremo, disconoscere le relazioni intercorrenti tra la validità del provvedimento e la tematica delle situazioni giuridiche soggettive.

È opportuno, al fine di evitare che l'impostazione del problema comprometta gli ulteriori svolgimenti dell'indagine, prendere le mosse da una nozione *standard*, e pertanto neutrale, di situazione giuridica soggettiva, secondo cui essa indica il "modo di essere di un soggetto rispetto ad una norma"¹⁰⁴.

¹⁰⁴ S. CASSARINO, *op. cit.*, 1; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 97; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 83, definisce la situazione giuridica soggettiva come "l'attributo ascrivito da una norma ad un soggetto"; M. OCCHIENA, *op. cit.*, 242, che intende per situazione giuridica soggettiva il modo di essere giuridico di un soggetto in ordine a interessi protetti dall'ordinamento, riprendendo la definizione di E. Casetta; F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 98 ss.; G. VERCILLO, *La tutela della «chance». Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, 17.

I teorici del diritto lamentano il carattere frammentario e disorganico della dottrina giuridica in materia di

Questa definizione, nella sua semplicità e nel suo rigore, ricorda che, in un'ottica positivista, le situazioni giuridiche soggettive non preesistono alla norma, ma sono da essa costituite¹⁰⁵. Tuttavia, rimane troppo generica e nulla dice intorno alla struttura della situazione giuridica soggettiva e al rapporto tra l'interesse del soggetto che ne è portatore e la relativa protezione normativa.

Conservando l'idea del ruolo costitutivo dell'ordinamento rispetto alle situazioni giuridiche soggettive, appare dunque necessario precisare che per situazione giuridica soggettiva non si deve intendere, genericamente, il modo di essere di un soggetto rispetto alla norma, quanto piuttosto il modo di essere del soggetto rispetto all'effetto giuridico¹⁰⁶.

Questa osservazione consente di penetrare il rapporto tra dinamica giuridica e situazioni giuridiche soggettive.

Si è visto che la produzione dell'effetto deriva dall'attrazione ai valori giuridici dell'interesse alla realizzazione di una certa situazione, che viene così deonticamente qualificata. Ora, se di questa vicenda si vogliono cogliere gli aspetti soggettivi, si deve osservare: per un verso, che l'interesse attratto ai valori giuridici è l'interesse di un soggetto, il quale pertanto viene immesso in una situazione giuridica attiva o di vantaggio; per altro verso, che la doverosità collegata alla situazione di fatto determina l'insorgenza di una situazione passiva, o di svantaggio, in capo al soggetto dalla cui attività dipende la realizzazione di quella situazione¹⁰⁷.

situazioni giuridiche soggettive. “Gli innumerevoli studi dedicati ai diversi tipi di situazioni – dalla proprietà privata alle obbligazioni, dalle diverse funzioni pubbliche ai divieti penali, fino ai diversi tipi di diritti fondamentali – non consentono infatti di enucleare una teoria generale che sia in grado di indicare con chiarezza i tratti strutturali comuni a tutte queste figure ed i loro criteri di distinzione” (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 300). Questa carenza di rigore concettuale, però, trova una significativa giustificazione nel rilievo di S. CASSARINO, *op. cit.*, 6, secondo cui, mentre per i teorici le situazioni soggettive sono categorie logiche razionalmente dedotte *a priori*, per i giuristi esse sono frutto di astrazione dalla congerie dei dati, spesso non omogenei, desunti dall'osservazione del diritto positivo.

¹⁰⁵ R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 86.

¹⁰⁶ Per il collegamento tra effetto giuridico e situazione soggettiva v. A.M. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 297; e, ampiamente, A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 115-117; F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 98 s. *Contra*, almeno pare, C. MAIORCA, *op. cit.*, 128, secondo il quale “mentre l'effetto giuridico fa parte della struttura della fattispecie, le situazioni giuridiche sono fuori di essa”.

¹⁰⁷ L'interesse è dunque il fulcro di ogni situazione soggettiva, attiva e passiva che sia. Il rilievo che “appare difficile comprendere come possano le aspirazioni di un soggetto verso un determinato bene essere ritenute a fondamento di situazioni giuridiche soggettive quali, ad esempio, il *dovere* o l'*obbligo*” (G. VERCILLO, *op. cit.*, 19) è determinato dalla mancata contestualizzazione della situazione giuridica soggettiva nella trasformazione giuridica complessiva, al di fuori della quale non può essere in realtà pienamente compresa. Il rifiuto di individuare nell'interesse il fulcro di ogni situazione giuridica soggettiva impone inoltre la costruzione di paradigmi concettuali che, per quanto raffinati, introducono nel dibattito elementi di complicazione che possono altrimenti essere evitati. Si veda ancora G. VERCILLO, *op. cit.*, 18 ss. che distingue tra situazioni giuridiche *statiche*, consistenti in “forme di protezione di *interessi* ritenuti dal diritto meritevoli di tutela”, e *dinamiche*. Queste ultime “identificano giudizi di rilevanza di *comportamenti* funzionalmente idonei ad operare modifiche di precedenti assetti di interessi” e si esercitano tramite atti che a loro volta sono esercizio di potere “(inteso quale forza giuridica di ope-

In ogni trasformazione giuridica, cioè, v'è una ambivalenza: ogni qual volta un interesse viene introdotto tra i valori giuridici, viene a costituirsi una situazione di vantaggio in capo a chi di quell'interesse è il titolare, e una situazione di svantaggio, in capo al soggetto tenuto al comportamento attuativo del precetto¹⁰⁸. Le situazioni giuridiche soggettive, dunque, hanno necessariamente carattere relazionale¹⁰⁹, vivono all'interno di un rapporto¹¹⁰: alla situazione attiva di chi vede il proprio interesse assunto tra i valori giuridici corrisponde sempre una situazione passiva di chi subisce la prescrizione di un comportamento; e viceversa.

Le figure del diritto assoluto e del dovere, cioè le situazioni giuridiche soggettive che per definizione sono irrelate e vivono al di fuori del rapporto giuridico¹¹¹, non smentiscono questa conclusione. L'apparente contraddizione, infatti, si risolve facilmente osservando che i diritti assoluti o il dovere non sono situazioni giuridiche soggettive in atto¹¹², ma solamente situazioni soggettive in potenza. L'indeterminatezza

rare): sono il potere, il dovere e l'obbligo di fare (figure dinamiche giuridicamente necessitate). La distinzione tra situazioni soggettive statiche e dinamiche si incontra con quella tra situazioni giuridiche soggettive di vantaggio "finalizzate a conseguire o mantenere delle utilità" (che possono essere statiche: diritti soggettivi e interessi legittimi; o dinamiche: potere non necessitato) e situazioni di svantaggio, "la cui titolarità impone pesi per il suo titolare" (statiche: dovere/obbligo di non fare; dinamiche: dovere/obbligo di fare).

¹⁰⁸ Il che spiega la ragione per cui "le situazioni giuridiche soggettive si condizionano reciprocamente, e ridefinirne una implica la ricollocazione teorica delle altre": A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema*, cit., 57.

¹⁰⁹ R. GUASTINI, *Dovere giuridico*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, 3; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 112.

Il carattere relazionale delle situazioni giuridiche soggettive costituisce un punto fermo dell'approccio analitico al tema: W.N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969, 47 ss., individua otto situazioni giuridiche elementari in cui si articolano i rapporti giuridici: la pretesa, cui corrisponde l'obbligo; il privilegio (o libertà o permesso), cui corrisponde la non-pretesa; il potere (o competenza), cui corrisponde la soggezione; l'incompetenza (o incapacità), cui corrisponde l'immunità. Sul punto cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 152 ss.; G.M. AZZONI, *Interpretazioni di Hohfeld*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994, 443 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 172 ss.; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 84 ss., dove si distingue tra situazioni elementari istituite da norme di condotta (obbligo, pretesa, libertà, non-pretesa) e situazioni elementari istituite da norme sulla produzione giuridica (potere, soggezione, incompetenza, immunità). A questo proposito si parla anche di tetrade deontica e tetrade anankastica (Azzoni).

Sulle "figure di qualificazione deontica" (obbligatorio, permesso, indifferente, proibito, comandato, non comandato) e sui "funtori proposizionali normativi" (non deve fare, può fare e può non fare, ha diritto di fare, deve fare, ha diritto di non fare), v. anche G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 26, 35.

¹¹⁰ Il rapporto giuridico è "una relazione tra più persone determinata da una regola di diritto" secondo la classica definizione di F.K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. SCIALOJA, I, Torino, 1886, 337. Ma, come nota S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 290 ss., il rapporto, inteso come il conflitto tra le libertà degli individui, è anche il presupposto della disciplina giuridica. Cfr. altresì R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 88, che distingue i rapporti giuridici istituiti da norme di condotta (ad esempio il rapporto di credito) dai rapporti giuridici istituiti da norme sulla produzione giuridica (c.d. rapporto di potere).

¹¹¹ Sul dovere come situazione che vive "fuori l'orbita di ogni rapporto giuridico con singole cose o singole persone" v. Santi ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti*, cit., 104; sul diritto assoluto come situazione parimenti irrelata v. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 70 ss.; H.L.A. HART, *Are there any natural Rights?*, trad. it. *Esistono diritti naturali?*, in *Contributi all'analisi del diritto*, cit., 89.

¹¹² Osserva condivisibilmente L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 112, che il carattere irrelato del potere legittima il dubbio che si tratti di vera e propria situazione giuridica soggettiva.

dei soggetti passivi – che sarebbe tipica del diritto assoluto – o dei soggetti attivi – che sarebbe tipica del dovere¹¹³ –, infatti, dipende dalla struttura linguistica della norma (che può essere generale e astratta) e, in ogni caso, riguarda esclusivamente la fase precedente alla produzione dell'effetto giuridico. Essa, infatti, viene necessariamente a dissolversi nel momento della produzione dell'effetto giuridico, il cui carattere concreto impone l'individuazione del soggetto (o dei soggetti) del comportamento dovuto e, quindi, del soggetto (o dei soggetti) beneficiari. La situazione giuridica soggettiva, dunque, che è svolgimento o attuazione del dovere o del diritto assoluto, è sempre una situazione relazionale, rispettivamente un obbligo e un diritto relativo¹¹⁴.

B) Ora, fatte queste premesse generali, si può passare all'esame delle situazioni giuridiche soggettive costituite dalle norme sulla validità del provvedimento amministrativo.

A questo riguardo, non sembra da condividere la tesi secondo cui solo alcune di esse sarebbero fonte diretta di situazioni giuridiche soggettive: le norme di relazione e non invece le norme di azione, le quali invece sarebbero rivolte alla cura dell'interesse pubblico¹¹⁵.

La presunta “direzione” delle norme o la loro funzione non incide, né potrebbe (tanto che la si volesse cogliere sul piano della *ratio* quanto sul piano dell'intenzione del legislatore¹¹⁶), sulla attitudine delle stesse a costituire situazioni giuridiche soggettive.

¹¹³ Come rileva L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 118, peraltro, la nozione di dovere assume sfumature diverse in diritto pubblico, dove è indeterminato il *beneficiario* del dovere (dovere *verso tutti*, quindi verso nessuno in particolare), e in diritto privato, dove è indeterminato il *titolare* del dovere (dovere *da parte di tutti*).

¹¹⁴ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 133, il quale, dopo aver passato in rassegna alcune teorie civilistiche che mettono in dubbio il carattere irrelato del diritto assoluto e del dovere (concependoli, rispettivamente, come sintesi di più diritti relativi e di più obblighi) individua condivisibilmente il punto di mediazione nella dialettica tra norma come prescrizione astratta e norma come prescrizione concreta. In quest'ottica “non ricorrerebbero ostacoli seri alla qualificazione del dovere come irrelato”, dal momento che “del dovere si ragionerebbe dal punto di vista della norma e non viceversa da quello della proiezione della norma medesima sui soggetti, che è quanto dire dal punto di vista della sua applicazione”. Il dovere si converte in obbligo allorché “si verifica la fattispecie concreta”, ossia “nel momento nel quale vi è un soggetto determinato che dal vincolo trae vantaggio”.

¹¹⁵ È la tesi di E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 21-24, 33 s., condivisa nel suo nucleo fondamentale da F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 199 ss., secondo il quale, però, sono poste a tutela dell'interesse pubblico solo le norme d'azione che pongono doveri in senso stretto a carico dell'amministrazione e non invece quelle da cui derivano obblighi per il potere esecutivo.

¹¹⁶ Sembra alludere a qualcosa del genere G. GUARINO, *op. cit.*, 113, quando afferma che è “un normale problema di interpretazione” quello di stabilire se “una norma è posta nel solo interesse generale o intende tutelare in modo specifico e diretto l'interesse di una particolare categoria di soggetti”. Lo stesso F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 205, dopo aver rigorosamente distinto tra norme di azione che gravano l'amministrazione di doveri in senso stretto, poste quindi nell'interesse generale dell'ordinamento, e norme di azione che gravano l'amministrazione di obblighi, costitutive quindi di rapporti giuridici con il cittadino, finisce per riproporre l'inutilizzabile criterio volontaristico, affermando che “l'ordinamento, quando nel vincolare l'esercizio di un potere, vorrà proteggere (solo) interessi generali, stabilirà in capo al titolare del potere dei doveri in senso stretto; quando, viceversa, vorrà direttamente proteggere (anche) gli interessi di un determinato soggetto, stabilirà degli obblighi in senso stretto”.

tive, cioè a distribuire vincoli e vantaggi¹¹⁷. Quest'ultima, infatti, secondo quanto si è tentato di dimostrare, è connaturata all'essenza stessa della struttura normativa, alla sua natura di giudizio di valore che mette capo ad un effetto giuridico.

Tutte le norme, dunque – se si vuol continuare a utilizzare questa terminologia – sono “di relazione”, compresa quella che attribuisce il potere all'amministrazione. Quando si afferma che essa è in realtà l'unica norma che appropriatamente possa definirsi come “di azione” perché, conferendo all'amministrazione la disponibilità degli interessi in causa, non definisce l'assetto del rapporto con l'amministrato si omette di considerare che anch'essa è fonte di un rapporto¹¹⁸. È vero infatti che non decide circa l'attribuzione di un bene materiale ma è altrettanto vero che, per così dire, distribuisce situazioni giuridiche soggettive, conferendo all'amministrazione il potere di modificare unilateralmente la sfera giuridica del privato e dunque ponendo quest'ultimo in uno stato che (salvo quanto si dirà più avanti) può essere definito in termini di soggezione. La norma di conferimento del potere imprime dunque un assetto definitivo al rapporto tra amministrazione e cittadino, non meno di quanto lo facciano le altre norme che regolano l'azione amministrativa. La circostanza che uno dei due capi del rapporto così costituito sia occupato dal potere (esercitando il quale, l'amministrazione dà luogo a ulteriori rapporti) non sposta i termini del problema e non consente dunque di negare il carattere relazionale anche della norma in questione.

Ora, se le norme sulla validità sono fonte di situazioni giuridiche soggettive, e se le situazioni giuridiche soggettive vivono sempre all'interno di un rapporto, si deve ritenere che tra amministrazione e soggetti che entrano con essa in contatto si realizza una relazione giuridica, costituita da situazioni contrapposte ed aventi nella legge generale sul procedimento amministrativo la fonte principale e qualificante¹¹⁹.

Non interessa, peraltro, esaminare tutti gli aspetti di questo rapporto, che presumibilmente è scandito anche da norme diverse da quelle sulla validità del provvedimento. Non si può escludere, in particolare, che accanto a situazioni passive in capo all'amministrazione e attive in capo al cittadino, sia dato individuare situazioni di

¹¹⁷ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 137. Ma già M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1964, ora in *Scritti*, V, Milano, 2004, 230 (da cui si cita anche in seguito), scriveva che “la norma attributiva di diritti (o di relazione) non è vero che sia solo a tutela d'interessi privati, ma lo è anche di pubblici; così pure la norma detta d'azione ha attitudine a regolare, e in moltissimi casi in effetti regola, anche interessi privati”. Da ultimo, rileva D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 67, che è “problematico distinguere in termini oggettivi norme poste a tutela dell'interesse pubblico da norme poste a tutela dell'interesse privato nei casi in cui la pura e semplice applicazione della norma determina necessariamente la soddisfazione dell'interesse di un soggetto comunque preso in considerazione dalla norma stessa”.

¹¹⁸ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 1246 s.

¹¹⁹ Cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 113 ss.

Su un piano generale v. le indicazioni di A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, 685: “la interferenza del potere giuridico altrui nella propria sfera giuridica implica che qualsiasi sconfinamento dai limiti assegnati al potere viene inevitabilmente a ledere il tessuto vivo degli interessi giuridici che stanno a fondamento della sfera asservita”.

segno opposto, passive per il cittadino e attive per l'amministrazione¹²⁰: questa, infatti, pare una conseguenza implicita nell'affermato carattere paritario del rapporto¹²¹. Nondimeno qui, *ratione materiae*, l'attenzione va concentrata esclusivamente sulle norme di validità del provvedimento, che evidentemente introducono posizioni di svantaggio a carico dell'amministrazione e di vantaggio a carico del cittadino che con essa entra in contatto.

Conviene procedere disaggregando le norme sulla validità formale e quelle sulla validità materiale.

Quanto alle prime – cioè le norme sulla competenza, sul procedimento inteso come sequenza di atti, sulla forma del provvedimento – non sembra esservi motivo di discostarsi dalla tesi secondo cui le situazioni giuridiche da esse costituite sono obblighi in capo all'amministrazione e corrispondenti diritti di credito del cittadino aventi per oggetto la prestazione imposta dalla legge¹²². Ed infatti, in queste situazioni non è ravvisabile né il carattere irrelato tipico del dovere¹²³ né alcuno dei caratteri che la dottrina di volta in volta ha individuato come propri dell'interesse legittimo¹²⁴: non la protezione riflessa, perché le norme sulla validità del provvedimento ne sono la fonte diretta; non il carattere strumentale, perché esse attengono ad utilità specifiche e diverse dal bene finale cui aspira il soggetto che si rapporta con l'amministrazione¹²⁵;

¹²⁰ A questo tipo di situazioni fa riferimento ad esempio quella parte della dottrina che individua un obbligo di lealtà del privato in sede di partecipazione, facendo talvolta derivare dalla violazione dello stesso conseguenze in ordine alle possibilità di tutela. V. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale*, Torino, 2008, 268 ss., *passim*; F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006, *passim*.

¹²¹ Un'ampia disamina critica delle teorie che considerano la paritarietà come elemento caratterizzante del rapporto amministrativo, è condotta da v. M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 126 s., il quale conclude nel senso che la paritarietà assoluta è impossibile sia perché "la nozione di potere non sembra in definitiva superabile", sia perché "la relazione tra amministrazione e privato risente di aspetti che attengono al modo di essere e agire dell'amministrazione (quali l'organizzazione amministrativa, la funzionalizzazione e procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, la complessità delle strutture di interessi e della dimensione temporale)".

¹²² L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 109 ss., 140.

¹²³ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 117, 119.

¹²⁴ Non essendo questa la sede per ripercorrere il vastissimo dibattito sull'interesse legittimo, sia consentito rinviare alle esaurienti pagine di F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., *passim*, spec. 61 ss. (per la dottrina antecedente alla legge 241/1990) e ID., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 379 ss. (per la dottrina successiva).

¹²⁵ Secondo la prospettiva aperta da E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, cit., 125 ss., il quale, però, dopo aver messo in luce che gli interessi che trovano soddisfazione nel comportamento secondo legge dell'amministrazione sono a tutti gli effetti da considerare "materiali", "sostanziali" e relativi a veri e propri "beni della vita", configura tali posizioni come interessi legittimi e non come diritti soggettivi. V. anche A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema*, cit., 75 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 140 s.

Tra le norme sulla validità formale del provvedimento amministrativo rientrano quelle che fondano le c.d. pretese partecipative, concepite come diritti soggettivi da chi è propenso a riconoscerne l'autonomia dal c.d. interesse al bene della vita (A. ZITO, *op. cit.*, 142; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996, 300; A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema*, cit., 71 ss.; ID., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. Dir., Agg. II*, Milano, 1998, 985) e considerate alla stregua di interessi legittimi (cfr.

né, infine, la contrapposizione con il potere, perché la pretesa non è diretta ad ostacolare o favorire la produzione di un effetto giuridico, quanto ad ottenere dall'ente la prestazione prescritta dalla legge medesima (stilare la motivazione, comunicare l'avvio del procedimento, etc.)¹²⁶. A fronte di ciò, negare la consistenza di diritti soggettivi a tali situazioni è possibile solo muovendo da un preconetto ideologico, cioè dal postulato della generale posizione di supremazia dell'amministrazione, che trasforma tutti gli obblighi in doveri e i diritti in interessi legittimi¹²⁷.

Le conclusioni non sembra possano essere diverse con riferimento alle situazioni giuridiche soggettive costituite dalle norme sulla validità sostanziale, che vincolano il contenuto del provvedimento.

Sul punto occorre muovere da una constatazione preliminare. Non v'è dubbio che il contenuto del provvedimento discrezionale non sia oggetto di un diritto, e ciò per il semplice fatto che l'amministrazione è titolare di un potere di scegliere tra più soluzioni valide. Dal fatto che non esiste un diritto al contenuto favorevole del provvedimento sarebbe tuttavia un errore far discendere alcunché in ordine alla consistenza delle situazioni soggettive costituite dalle norme sulla validità sostanziale: non si può, in altre parole, ritenere che esse non siano "diritti" per il fatto che il potere di definire il contenuto del provvedimento resta in capo all'amministrazione.

Il tema, infatti, va affrontato a prescindere dal profilo relativo alla protezione giuridica dell'interesse finale, disaggregando il paradigma di validità e tenendo in considerazione esclusivamente la portata precettiva delle norme sull'azione dell'amministrazione, il vantaggio e il vincolo che ne deriva per entrambe le parti del rapporto.

In questa prospettiva, si coglie che le meta-norme sostanziali vincolano il giudizio

P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996, 234 ss.) ovvero di facoltà riconosciute per la tutela dell'interesse legittimo da parte di chi ne assume la funzione strumentale (F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, cit., 401; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo*, cit., 146 s.; anche se in una prospettiva parzialmente diversa S. COGNETTI, "Quantità" e "qualità", cit., 62 s.). Si distingue la tesi di M. OCCHIENA, *op. cit.*, 385 ss., (cui si rinvia anche per la completa esposizione delle posizioni espresse dalla dottrina in tema di situazioni giuridiche procedimentali) che differenzia la posizione di chi partecipa ad una procedura amministrativa in cui è coinvolto un proprio bene (i destinatari degli effetti del provvedimento, i controinteressati, coloro che sono legittimati a partecipare *ex lege*), che sarebbe titolare di un interesse legittimo, da quella di chi partecipa "pur in assenza del coinvolgimento dell'interesse materiale" (interventi spontanei), che sarebbe invece titolare di meri interessi procedimentali. Per una diversa prospettiva, che supera l'alternativa tra interesse legittimo e diritto soggettivo, e valorizza la qualificazione delle pretese procedimentali come diritti fondamentali, v. L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 854 ss.

¹²⁶ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 168 ss.

¹²⁷ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 219, nota; L. BENVENUTI, *Dell'autorità e del consenso*, cit., 186, nota; D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 76: "nel momento in cui un soggetto giuridicamente individuato non può non trarre vantaggio dall'attività doverosa dell'amministrazione, non si vede come si possa qualificare dovere invece che obbligo la situazione passiva se non con una petizione di principio, cioè pre-qualificando (eventualmente col criterio dello scopo della norma) come interesse legittimo piuttosto che come diritto soggettivo la situazione attiva".

e impongono alla amministrazione obblighi di prestazione che, dal punto di vista strutturale, non sono diversi da quelli imposti dalle meta-norme formali. Come si può individuare un diritto soggettivo il cui contenuto è la redazione della motivazione secondo i dettami dell'art. 3 LPA, così si può individuare un diritto soggettivo, e un correlativo obbligo dell'amministrazione, a tenere in considerazione l'apporto procedimentale dei privati, un diritto alla buona fede, un diritto all'equità, etc.¹²⁸. Queste pretese del singolo, a ben guardare, non si relazionano con la discrezionalità dell'amministrazione, ma, siccome fondate su norme di validità, sono contrapposte a veri e propri obblighi legali in capo alla parte pubblica. Cambia soltanto la natura della prestazione imposta dalle legge. L'obbligo che discende dalle meta-norme formali, che si riferiscono al momento enunciativo, ha ad oggetto una prestazione di tipo materiale; mentre quello che proviene dalle meta-norme sostanziali, che si riferiscono al giudizio di valore, ha ad oggetto prestazioni di tipo immateriale¹²⁹.

C) La trattazione dei rapporti tra validità del provvedimento e situazioni giuridiche soggettive non si esaurisce con il rilievo secondo cui le norme sulla produzione costituiscono un rapporto tra amministrazione e cittadino, scandito da situazioni contrapposte di diritto e obbligo, che vengono rispettate o lese a seconda che il provvedimento sia valido o invalido.

Si deve ancora affrontare il problema più difficile, cioè quello della rilevanza giuridica o semplicemente sociologica dell'interesse al "bene della vita" (o al "risultato" del processo decisionale¹³⁰) e del suo rapporto con le norme di validità. Il tema deve essere affrontato prima in relazione al provvedimento discrezionale e successivamente in relazione al provvedimento vincolato.

C1) Mentre le situazioni giuridiche attive sin qui individuate corrispondono a precisi obblighi dell'amministrazione derivanti *ex lege*, la realizzazione dell'interesse del singolo a ottenere o a conservare il c.d. "bene della vita" è rimessa ad una scelta dell'amministrazione.

Escluso che, al di fuori delle ipotesi di attività vincolata, si possa ravvisare un diritto al "bene della vita"¹³¹, la dottrina da sempre si interroga se tale interesse

¹²⁸ In questo senso, per quanto l'argomento testuale non possa essere considerato decisivo, è utile considerare che l'art. 41 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali, rubricato "diritto ad una buona amministrazione", fa espressamente riferimento al "diritto all'equità". Sul punto cfr. soprattutto L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2010, 818 ss. Alcuni riferimenti in M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 541; ID., *The impact of Article 41*, cit., 8 ss.

¹²⁹ Sicché è da condividere la posizione espressa da A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 155-158, quando afferma che "qualunque limite al potere di un soggetto riguarda la tutela di un interesse contrapposto".

¹³⁰ Definizione che sembra preferibile, se si parte dal presupposto che "beni della vita" sono anche quelli direttamente protetti dalle norme sulla validità e qualificati come diritti soggettivi.

¹³¹ Come osserva F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 8: "a fronte del potere (...), il diritto soggettivo è situazione giuridica muta e nuda".

costituisca o meno il contenuto di una situazione giuridica soggettiva¹³².

Le teorie che concepiscono l'interesse legittimo come situazione giuridica attiva di diritto sostanziale¹³³ risolvono il dilemma attraverso una pluralità di argomentazioni, riconducibili tuttavia a tre filoni principali. L'interesse al bene della vita, secondo alcune, è l'oggetto dell'interesse legittimo¹³⁴, talvolta inteso come situazione giuridica soggettiva correlata all'interesse pubblico¹³⁵; secondo altre, non costituisce oggetto

¹³² Attorno a questo fondamentale interrogativo, come osserva L. BENVENUTI, *Dell'autorità e del consenso*, cit., 129 ss., ruota oggi il dibattito sull'interesse legittimo. Cfr. anche A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 971 ss.

¹³³ Si prescinde dunque dalle teorie secondo cui l'interesse legittimo sorge solo a seguito della adozione del provvedimento invalido e si sostanzia in poteri reattivi. Ad esempio E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1937, 69, che definisce l'interesse legittimo come situazione di legittimazione processuale; E. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa. Concetto e oggetto*, Milano, 1950, 62, per il quale l'interesse individuale "si qualifica *legittimo*, non perché concettualmente si risolva in una posizione *giuridica* subiettiva, e neppure perché goda, comunque, di protezione giuridica, prima dell'emanazione dell'atto illegittimo, che ne opera la lesione; ma perché, una volta leso, esso acquista giuridica rilevanza, in quanto il suo *eventuale* soddisfacimento è scopo del conferimento, al subietto che ne è titolare, del potere di provocare l'annullamento dell'atto illegittimo, rispetto al quale (potere) l'interesse legittimo ha valore di elemento teleologico"; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 232-241, secondo cui l'interesse legittimo nasce dopo l'emanazione del provvedimento illegittimo e consiste in un potere di reazione a tutela di un interesse preesistente, genericamente definito "interesse protetto".

¹³⁴ Variamente, *ex multis*, G. MIELE, *op. cit.*, 56 ss.; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 455 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 108; R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Napoli, 1979, 93; E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, cit., 86 ss.; G. GRECO, *op. cit.*, 142 ss.; G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 292 ss.; L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 944 e ss., che individua nella *res dovuta* l'oggetto dell'interesse legittimo, concepito come un diritto (non soggettivo) collegato con il potere.

¹³⁵ S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, cit., 189 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988, 41 ss.

Sul problema della strumentalità dell'interesse legittimo all'interesse pubblico merita speciale considerazione la tesi di A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema*, cit., 65 ss. L'A. distingue tre "versioni del concetto «interesse pubblico»": come interesse dell'ordinamento al rispetto del *corpus* normativo nel suo complesso; come interesse al corretto esercizio della funzione amministrativa; come interesse personale dell'amministrazione-apparato". "Il primo attiene, in senso pieno, al rispetto della legalità in tutti i suoi aspetti (...). Il secondo consiste nell'interesse ad un corretto esercizio della funzione amministrativa" identificato nella "summa delle aspettative fondamentali che la collettività nutre, in un certo momento storico, in ordine all'attività autoritativa della p.a. (...). Il terzo è l'interesse di cui si fa portatrice, nel singolo episodio di azione amministrativa la singola branca della p.a.". L'interesse legittimo può "vittoriosamente contrastare" l'interesse dell'amministrazione-apparato ma "soltanto in vista del perseguimento del più generale interesse al corretto esercizio della funzione amministrativa": esso cioè può "rivolgersi contro l'interesse personale dell'amministrazione, ma solo perché ciò corrisponde al superiore interesse al buon funzionamento dell'amministrazione stessa". Stabilita tale correlazione, consegue che il contenuto dell'interesse legittimo dipende dal concreto modo di atteggiarsi dell'interesse pubblico al corretto esercizio della funzione amministrativa, che a sua volta dipende dalle aspettative che la comunità nutre nei confronti del potere amministrativo. Queste ultime si sono tradizionalmente rivolte alla legalità dell'azione autoritativa, che ne ha dunque rappresentato l'essenziale valore legittimante: ne è conseguita la sostanziale identificazione dell'interesse legittimo nell'interesse alla legalità amministrativa (con i corollari che esso può porre nel nulla l'atto autoritativo solo se illegale, mentre è destinato a soccombere se l'amministrazione ha esercitato il suo potere entro i limiti tracciati

dell'interesse legittimo, il quale è comunque posizione strumentale alla sua realizzazione¹³⁶; secondo altre ancora, non è giuridicamente protetto, perché di fronte al potere discrezionale il privato versa in stato di soggezione¹³⁷ (queste tesi tendono a spostare l'oggetto dell'interesse legittimo nella legittimità del provvedimento¹³⁸).

In questo campo sembra opportuno abbandonare la formula evocativa quanto imprecisa dell'interesse al "bene della vita", rilevando che essa indica in realtà la pretesa (positiva) alla costituzione o (negativa) alla non costituzione di una situazione giuridica soggettiva da parte del provvedimento¹³⁹.

dalla legge). Negli ultimi anni, invece, l'interesse al buon funzionamento dell'amministrazione si è affrancato dalla legalità, identificandosi nei valori dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa. In questo quadro cambia fisionomia anche l'interesse legittimo: la correlazione con l'interesse pubblico adesso lo presenta come la pretesa a "che la decisione amministrativa pervenga ad un risultato ineccepibile sul piano della valutazione e composizione degli interessi materiali in essa coinvolti" (con la conseguenza di negare l'annullamento per vizi meramente formali, che non incidono cioè sul contenuto della decisione, e di imporre, d'altra parte, uno scrutinio di tipo sostanziale intorno alla fondatezza della pretesa che l'individuo deduce in giudizio). Cfr. pure ID., *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 969 ss., dove l'identificazione tra interesse pubblico (cui si correla l'interesse legittimo) e interesse dell'amministrazione è evitata tramite la concezione della seconda come "soggetto parziale", che non si identifica nell'ordinamento e che non è in condizione di esprimerne tutti i valori. (Sulla trasformazione dell'amministrazione da "soggetto totale" a "soggetto parziale", cfr. ID., *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 442 s.).

¹³⁶ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 131 ss.; ID., *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, cit., 24 ss.; ID., *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 13 ss.; ID., *Attualità dell'interesse legittimo?*, cit., 415 ss., secondo cui oggetto dell'interesse legittimo non può essere considerato l'interesse materiale di base perché l'ordinamento non ne garantisce la realizzazione. Da qui l'ipostatizzazione di un interesse ulteriore protetto nei limiti della legittimità e strumentale all'interesse di base. Cfr. le critiche di R. MARRAMA, *op. cit.*, 90 s.; A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit., 281 s.; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 112.

¹³⁷ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 159 s., parla in proposito di una "vana ricerca del bene finale", che più sembra avvicinarsi, più in realtà si allontana. Cfr. criticamente A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini*, cit., 99 ss.

Osserva R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 96, che la situazione frontistante al potere, definito come la capacità giuridica di modificare la situazione giuridica propria o altrui, non può che essere la soggezione: "soggezione ad un potere è la possibilità di subire una modificazione della propria situazione giuridica ad opera di altri". Si è di recente rilevato da parte di F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, cit., 400 s., che accogliere una simile concezione, secondo cui dinnanzi al potere non può che esservi soggezione, "significa riportare il calendario al tempo precedente il 1889, quando nessuna tutela effettiva era offerta fuori dal ristretto ambito dei «diritti civili e politici»" e che la sostituzione dell'interesse legittimo, inteso come situazione attiva che "dialoga con il potere", con la pretesa alla legittimità non consente di tenere in considerazione che il privato è titolare di una posizione attraverso la quale, nel corso del procedimento, "tende ed è legittimato ad influire proprio sulle scelte di merito, cercando di orientare l'amministrazione, cui rimane riservata la decisione, verso soluzioni che consentano la soddisfazione del suo interesse finale (o materiale)".

¹³⁸ Ad esempio A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 169. Cfr. pure E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, cit., 9 ss., il quale concepisce l'interesse legittimo come l'interesse alla legittimità dell'atto amministrativo che trova il suo presupposto nel diritto soggettivo.

¹³⁹ Per fare qualche esempio: se chiedo una concessione, il mio interesse è alla costituzione del diritto in mio favore; se l'amministrazione attiva un procedimento per espropriare il mio fondo, il mio interesse è rivolto alla non costituzione del diritto di proprietà in capo all'amministrazione.

Secondo la concezione che si accoglie, il provvedimento amministrativo, come tutti gli atti precettivi, ha sempre efficacia costitutiva, cioè ha sempre l'effetto di trasformare situazioni giuridiche soggettive preesistenti. La

Siffatta pretesa può essere giuridicamente rilevante, come non esserlo. Lo è, quando la realizzazione dell'interesse è compatibile con la validità del provvedimento; non lo è, quando è incompatibile con essa. Nel primo caso, l'individuo è titolare di un interesse legittimo, ossia avanza una pretesa alla costituzione o non costituzione di una situazione soggettiva da parte del provvedimento che quest'ultimo è in condizione di soddisfare mantenendosi entro i binari della validità¹⁴⁰. Nella seconda ipotesi, quando la realizzazione della pretesa è incompatibile con la validità del provvedimento, si dovrà dire – per usare una formula autorevolmente proposta – che l'interesse, più che legittimo, è illegittimo¹⁴¹ (per significare, più rigorosamente, che l'interesse è giuridicamente irrilevante). Se ne può trarre che la valutazione circa l'esistenza dell'interesse legittimo è da operare in concreto, alla luce, per un verso, della positiva conformazione del vincolo di validità gravante sul provvedimento e, per altro verso, del contenuto della pretesa sostanziale del singolo¹⁴².

Carattere fondamentale dell'interesse legittimo, così tratteggiato, è che la sua esi-

tesi, pacificamente accolta per quanto riguarda l'efficacia costitutiva in senso stretto, non è smentita dall'esistenza di provvedimenti ad efficacia dichiarativa.

È stato autorevolmente rilevato, infatti, che l'effetto dichiarativo, pur non costituendo una nuova situazione, promuove lo svolgimento di una situazione preesistente, nel senso del rafforzamento, della specificazione e dell'affievolimento (A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 157 ss.). In altre parole, anch'esso è dotato di una sua costitutività, sia pure di grado minore: non tale cioè da creare una nuova situazione giuridica soggettiva ma comunque idonea ad incidere sulle possibilità di sviluppo interne ad una situazione soggettiva già esistente. La tesi, peraltro, ha dato adito ad una osservazione critica da parte di chi ha ritenuto impossibile che l'atto dichiarativo produca una situazione giuridica soggettiva conforme a quella preesistente, dal momento che “ciò che è non può essere nuovamente prodotto”. Si è ritenuto, pertanto, che caratteristica dell'atto dichiarativo è di produrre effetti solo se la situazione “dichiarata” è realmente esistente (ad esempio, l'intimazione produce il suo effetto solo nel presupposto della esistenza dell'obbligo dell'intimato): G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 43 s. Qui non interessa prendere posizione su questa opinione, quanto osservare che, accogliendola, diviene ancora più chiaro ciò che è in realtà implicito nella prima: ovvero che anche l'effetto dichiarativo ha una sua forza costitutiva (sebbene ridotta: o perché agisce all'interno di una situazione preesistente ovvero perché è in grado di creare una nuova situazione solo se essa è conforme a quella preesistente).

Da ultimo, si segnala il carattere costitutivo degli atti ad efficacia preclusiva (A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 167 ss.). Essi non modificano la situazione giuridica preesistente (a differenza dell'effetto costitutivo in senso stretto), né la conservano e la svolgono (come l'effetto dichiarativo), quanto piuttosto costituiscono una nuova situazione, che si sovrappone a quella precedente, “oscurandola” per realizzare esigenze di certezza giuridica.

¹⁴⁰ Correlato a questa pretesa è un obbligo, ossia l'obbligo di adottare un provvedimento valido. Come si dirà meglio nel testo, se la pretesa non surge a diritto soggettivo è perché l'obbligo di adottare un provvedimento discrezionale valido non si identifica nell'obbligo di adottare un provvedimento dotato di un certo contenuto. Diversamente accade con riferimento al provvedimento vincolato, la cui validità è compatibile con un solo contenuto precettivo.

Sulla necessità di rinvenire una posizione di obbligo in capo all'amministrazione, per poter configurare l'interesse legittimo come situazione giuridica attiva v. L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, Napoli, 1984, 29 ss., *passim*, che identifica il contenuto di tale obbligo nella presa in considerazione dell'interesse del privato da parte dell'amministrazione.

¹⁴¹ E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, cit., 23; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 983.

¹⁴² Per questa esigenza di concretezza A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 980, dove è affermato che la consistenza delle situazioni soggettive contrapposte al potere “va valutata in relazione alla singola decisione che la pubblica amministrazione è concretamente legittimata ad adottare”.

stenza non fornisce al titolare la garanzia della realizzazione della pretesa che ne rappresenta il sostrato sostanziale¹⁴³. La presenza di più soluzioni valide che connota l'attività discrezionale comporta infatti la possibilità che l'amministrazione, senza violare l'interesse legittimo, adotti un provvedimento costitutivo di una situazione giuridica soggettiva diversa da quella oggetto della pretesa del privato¹⁴⁴.

Le difficoltà che la dottrina incontra nel riconoscere una situazione giuridica soggettiva laddove l'ordinamento non garantisce la realizzazione della pretesa dipendono dalla diffusa opinione che identifica la situazione giuridica soggettiva attiva nell'interesse efficace, ossia in un interesse che appartiene al novero dei valori giuridici e per la cui realizzazione è comandato un altrui comportamento.

Queste difficoltà vengono superate se si ammette l'esistenza di situazioni pre-effettuali o di rilevanza¹⁴⁵, tra le quali rientra l'interesse legittimo, che sorgono in conseguenza della sottoposizione dei processi produttivi del diritto a regole di validità¹⁴⁶;

¹⁴³ A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 983; ID., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit., 280 s.

Sulle situazioni soggettive a risultato non necessariamente garantito v. ora G. VERCILLO, *op. cit.*, 24 ss., che all'interno delle situazioni soggettive statiche di vantaggio distingue le situazioni finali, ricorrenti "qualora oggetto della protezione giuridica sia un interesse di conservazione" (diritti assoluti), dalle situazioni strumentali, dirette "ad ottenere o a contrastare una modificazione giuridica mediante l'intervento di un agire necessitato altrui" (diritti di credito, interessi legittimi). Queste ultime, a loro volta, possono essere a risultato garantito o a risultato non necessariamente garantito. Nella ricostruzione dell'A., la *chance* costituisce "l'epifenomeno in cui si manifestano le situazioni soggettive *statiche di vantaggio strumentali non assistite da alcuna garanzia di risultato*"; il suo ambito quindi va circoscritto ai "rapporti intersoggettivi articolati sugli schemi «*diritto di credito-obbligazione di mezzi*», «*interesse legittimo-potere discrezionale della p.a.*»" (42).

¹⁴⁴ Sulla scissione tra lesione e sacrificio dell'interesse legittimo v. R. VILLATA, *op. cit.*, 526.

¹⁴⁵ L'elaborazione della categoria si deve ad A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 130 s.: per aversi una situazione di rilevanza occorre che: "il diritto non possa (indeterminatezza del soggetto o dell'oggetto) o non intenda (interferenza non ancora risolta di piano di interessi incompatibili) ammettere ancora l'interesse a quella tutela piena che è rappresentata dalla situazione giuridica, cioè dall'effetto giuridico tipico e fondamentale; e che, dall'altro verso, il diritto decida di preservare l'interesse accordandogli una tutela preliminare e conservativa. La rilevanza designa, perciò, su un piano dogmatico, la situazione speciale di un interesse preso in considerazione dal diritto ma in grado soltanto di pretendere la garanzia giuridica della propria conservazione e non ancora la garanzia giuridica della propria realizzazione. L'interesse rilevante produce mere aspettative; l'interesse efficace produce diritti pieni". La situazione di rilevanza, dunque, per Falzea si identifica nell'aspettativa e allude ad una tutela giuridica dell'interesse di tipo conservativo. Osserva G. VERCILLO, *op. cit.*, 58-61, che la situazione in cui versa il soggetto a fronte dell'esercizio del potere amministrativo può essere ricondotta alla categoria dell'aspettativa a condizione che di questa si abbia una nozione più ampia, idonea a ricomprendere anche le ipotesi in cui l'ordinamento riconosce al titolare dell'interesse una tutela non solo di tipo conservativo ma anche propositivo/propulsivo, qual è quella che si realizza nel corso del procedimento amministrativo.

Cfr. F. VOLPE, *Norme di azione e norme di relazione*, cit., 126 ss., che distingue le figure soggettive di stato, che derivano dal giudizio normativo circa la rilevanza della fattispecie, e figure soggettive di comportamento, derivanti dagli effetti giuridici del precetto e consistenti nella qualificazione astratta, in termini di conformità o difformità all'ordinamento, di comportamenti giuridici futuri.

¹⁴⁶ L'interesse legittimo è dunque, per usare le parole di F. MERUSI, *Appunti per una casistica dell'interesse legittimo come istituto di teoria generale. I cd. diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, cit., 577, "la situazione giuridica soggettiva corrispondente alla disciplina normativa di un potere e dei modi per il suo esercizio". Secondo l'A., l'interesse legittimo è un istituto di teoria generale perché il feno-

situazioni, cioè, che esistono in quanto l'ordinamento con le norme di validità *struttura il conflitto*¹⁴⁷, rinviandone la soluzione ad un secondo momento, ossia all'adozione dell'atto che a quelle norme è sottoposto; situazioni, infine, che esprimono una tensione del soggetto (giuridicamente rilevante come conseguenza dei vincoli di validità) alla costituzione o alla non costituzione di una situazione giuridica ulteriore da parte dell'atto.

Il ridotto grado di protezione giuridica dell'interesse legittimo non dipende dalla supremazia dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione sull'interesse privato, bensì dal fatto che l'eventuale realizzazione della pretesa deve passare attraverso l'adozione del provvedimento, combinato alla circostanza che quest'ultimo può validamente realizzare la pretesa (tramutandola in una situazione giuridica effettuale, in caso di pretesa positiva; o rifiutando di costituire nuovi rapporti, in caso di pretesa negativa) come frustrarla. La protezione tipica dell'interesse legittimo, in definitiva, riflette la sua essenza di situazione giuridica soggettiva che vive all'interno di un processo di produzione giuridica (ossia in un momento precedente a quello in cui viene assunta la decisione di acconsentire o negare l'accesso di un interesse sociale al novero dei valori giuridici) non sottoposto alla regola perentoria dell'unica soluzione valida.

L'interesse legittimo così concepito pare discostarsi dal diritto soggettivo, che invece rappresenta la situazione giuridica di vantaggio in cui versa colui che, a seguito della produzione di un certo effetto, vede il proprio interesse introdotto tra i valori giuridici e, quindi, dotato di garanzia di realizzazione¹⁴⁸.

È verissimo che anche il diritto soggettivo è esposto a molteplici limitazioni, determinate dall'interferenza della sfera giuridica del suo titolare con quella di altri soggetti¹⁴⁹ e

meno della disciplina normativa del potere ricorre anche in altri rami del diritto, ed in particolare nell'ambito del diritto privato. Questa definizione richiama quella di L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo a una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, 55 ss., 89 ss.; ID., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., IX, Torino, 1993, 527 ss., 543, secondo cui l'interesse legittimo è una situazione di vantaggio inattiva "volta al conseguimento, sul piano sostanziale, di un risultato favorevole consistente, a seconda dei casi, nella conservazione o nella modificazione ... di una data realtà giuridica" ("non dunque – osserva l'A. – interesse indirettamente o occasionalmente protetto, né diritto affievolito o condizionato, ma neanche interesse alla legittimità del provvedimento amministrativo, né interesse protetto in funzione strumentale"). La presenza di interessi legittimi nel diritto privato è stata autorevolmente sostenuta anche presso gli amministrativisti: G. ZANOBINI, *Interessi legittimi nel diritto privato*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, cit., 345 ss. La teoria elaborata dalla Scuola Pisana con riferimento all'interesse legittimo come figura di teoria generale, quella fra tutte che presenta maggiori assonanze con la tesi qui sostenuta, è stata da ultimo ripresa da F.D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. Amm.*, 2012, 540, che condivisibilmente ne riafferma la validità nei rapporti tra cittadino e amministrazione. Cfr. altresì C. MAZZU, *Appunti per uno studio sistematico dell'interesse legittimo nel diritto privato*, in *ComparazioneDirittocivile.it*, 2013, 1 ss.

¹⁴⁷ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. Dir. Agg.*, VI, Milano, 2002, 1000.

¹⁴⁸ Per l'idea che sia da abbandonare la distinzione radicale tra situazioni soggettive protette e non protette e a favore di una impostazione che riconosce diversi gradi di protezione degli interessi v. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 972, 981 s.; G. ROSSI, *Gli interessi a protezione necessaria*, in G. DE GIORGI CEZZI - P.L. PORTALURI - FF. TUCCARI - F. VETRÒ (a cura di), *op. cit.*, 328 s.

¹⁴⁹ M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 105 ss., 150, il quale, non riscontrando differenze ontolo-

che non sempre esso assicura a chi lo detiene la garanzia della realizzazione del proprio interesse (basta pensare ai diritti che si confrontano con obblighi di mezzo)¹⁵⁰.

Ma ciò non deve indurre a confondere i piani. Il diritto soggettivo è sempre e comunque un interesse efficace, ossia un interesse valutato positivamente dall'ordinamento e quindi costituente un valore giuridico: per cui la sua mancata realizzazione dipende sempre da circostanze estrinseche rispetto alla valutazione circa la meritevolezza dell'interesse¹⁵¹; mentre invece l'incertezza circa la realizzazione dell'interesse legittimo dipende proprio dal fatto che l'ordinamento non ha ancora espresso una valutazione definitiva in ordine alla meritevolezza dell'interesse del privato.

L'incertezza che può riguardare il diritto soggettivo, quindi, è relativa alla materiale soddisfazione dell'interesse, mentre nel caso dell'interesse legittimo l'incertezza riguarda il conseguimento della protezione giuridica integrale: quel che è incerto non è se l'interesse di fatto verrà realizzato, ma se l'interesse verrà protetto (o continuerà ad essere protetto) dall'ordinamento come diritto soggettivo.

L'interesse legittimo, concepito come situazione giuridica di rilevanza, rivela la ulteriore peculiarità di non presentarsi sempre uguale a sé stesso, per modo di atteggiarsi e grado di protezione, lungo il corso della funzione. Con il progredire della funzione, interessi originariamente legittimi, siccome compatibili con la definizione normativa del valore da attuare, si possono fare in un secondo momento illegittimi, siccome incompatibili con il valore da attuare così come precisato dall'amministrazione in rapporto al problema da risolvere. Di converso, ma per lo stesso principio, l'interesse legittimo che, col progredire della funzione, non diventa incompatibile con il valore da attuare, accresce le proprie *chances* di realizzazione. Conclusivamente, l'esigenza di concretezza già segnalata in relazione alla identificazione dell'interesse legittimo all'interno della singola vicenda amministrativa, si ripropone, con ancora più forza, con riferimento alla variabile intensità della protezione giuridica che lo assiste.

Considerando come oggetto della pretesa quel che sin qui è stato concepito come grado di protezione dell'interesse (ovvero la possibilità di realizzazione), l'interesse legittimo è stato declinato come "diritto alla *chance*" o alla "possibilità normativa"¹⁵².

giche tra interesse legittimo e diritto soggettivo, ritiene che in fin dei conti ciò che caratterizza il secondo è semplicemente l'accesso generalizzato alla tutela costitutiva; ID., *A cosa serve l'interesse legittimo?*, cit., 66 s., che sul punto si richiama alle osservazioni di A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, cit., 688.

¹⁵⁰ L. FERRARA, *Dal processo di ottemperanza*, cit., 150 ss., dove si richiama la distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato. Cfr. G. VERCILLO, *op. cit.*, 35, secondo cui la distinzione tra situazioni strumentali a risultato garantito e a risultato non necessariamente garantito non può essere fatta coincidere con la dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo perché esistono diritti di credito a risultato non necessariamente garantito e perché a fronte di atti vincolati l'interesse legittimo è a risultato garantito.

¹⁵¹ L'ordinamento esclude la responsabilità del medico a fronte dell'esito negativo di un intervento chirurgico sperimentale non perché nega al paziente la titolarità del diritto alla salute, ma perché tiene in considerazione le difficoltà materiali dell'operazione.

¹⁵² Secondo la definizione datane da L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 637 ss.

In questo modo si costruisce la situazione soggettiva intorno ad un interesse “artificiale” (l’interesse alla *chance*) che doppia quello “reale”: una soluzione logicamente ineccepibile che tuttavia, per la sua indole formale astratta¹⁵³, mal si presta a tenere in considerazione il carattere variabile lungo il corso della funzione della protezione giuridica dell’interesse del soggetto.

C2) Secondo un’impostazione tuttora prevalente soprattutto in giurisprudenza, a fronte di provvedimenti vincolati sussistono interessi legittimi se il potere è attribuito all’amministrazione per la cura dell’interesse pubblico, mentre invece diritti soggettivi se è conferito in vista della realizzazione dell’interesse privato.

Tale costruzione è severamente criticata dalla dottrina, secondo cui la consistenza delle situazioni giuridiche soggettive non può essere desunta dall’interesse protetto dalle norme. Essa ritiene che, a fronte di provvedimenti vincolati, il privato è titolare sempre di diritti soggettivi riconosciuti direttamente dalla norma, di cui il provvedimento – che non costituisce esercizio di potere – si limita ad integrare la fattispecie¹⁵⁴. In quest’ottica, la circostanza che il diritto non possa essere esercitato prima del rilascio del provvedimento viene spiegata attraverso la scissione tra la fattispecie costitutiva del diritto medesimo e quella concernente l’illecito: in assenza del provvedimento al soggetto, cioè, non è consentito (è illecito) agire in attuazione del diritto conferitogli dalla legge¹⁵⁵.

In questo modo, la preesistenza del diritto (a svolgere una attività) rispetto al provvedimento vincolato è, nondimeno, più affermata che dimostrata.

È stato osservato, infatti, che se il provvedimento costituisce la fattispecie della norma costitutiva dell’effetto, non si spiega come il diritto possa esistere prima dell’adozione del provvedimento, cioè quando la fattispecie non è ancora perfezionata¹⁵⁶. E, sulla scorta di questa condivisibile osservazione, si è ritenuto che l’errore stia nell’identificare il diritto preesistente al provvedimento nella facoltà di svolgere l’attività. Prima del provvedimento vi sarebbe piuttosto un diritto potestativo ad accertamento amministrativo, conferito all’individuo direttamente dalla legge: ovverossia, un “diritto al «mutamento» giuridico, o alla «produzione» di un effetto giuridico” che “risiederebbe nella nascita della facoltà di esercitare una determinata attività privata”. Il cittadino eserciterebbe questo diritto tramite la richiesta del provvedimento, da concepire come “una manifestazione di volontà dell’interessato direttamente costitutiva dell’anzidetta facoltà”¹⁵⁷.

¹⁵³ Cfr. F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all’interesse legittimo*, in *Scritti giuridici*, cit., 512, dove si addebita alla dottrina dell’interesse legittimo il vizio di operare artificiosi processi di “astrazione di interessi”; rilievi critici sulla scissione tra interesse reale e situazione giuridica anche in L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, cit., 17 ss. e in L. BENVENUTI, *Dell’autorità e del consenso*, cit., 188.

¹⁵⁴ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 1253-1255.

¹⁵⁵ A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, cit., 1201 s.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 189. Cfr. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 39 ss. Per la critica v. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 35.

¹⁵⁶ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 74.

¹⁵⁷ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 82 ss.

La figura così introdotta del diritto potestativo ad accertamento amministrativo corrisponde ad una delle due forme in cui, secondo una diffusa rappresentazione, si può presentare il diritto potestativo, cioè il diritto di determinare unilateralmente la trasformazione della sfera giuridica altrui¹⁵⁸. Esistono diritti potestativi il cui titolare, in presenza dei fatti costitutivi del diritto, è in condizione di dar luogo autonomamente all'effetto giuridico; e diritti potestativi per il cui esercizio la manifestazione di volontà del titolare è condizione necessaria ma non sufficiente, essendo richiesto l'accertamento giurisdizionale sulla reale sussistenza dei fatti costitutivi del potere¹⁵⁹.

La figura del diritto potestativo ad accertamento giurisdizionale è particolarmente controversa. Chi la ammette ritiene che la sentenza attraverso cui il giudice accerta la presenza dei fatti costitutivi svolga semplicemente una funzione di verifica sulla sussistenza dei presupposti per l'esercizio del diritto, la trasformazione giuridica dovendo comunque essere ricondotta alla domanda giudiziale attraverso la quale il diritto potestativo è esercitato. Contro l'ammissibilità della nozione, invece, si osserva che il necessario "accertamento giurisdizionale" esclude la "potestatività" del diritto, perché gli effetti modificativi dovrebbero essere ricondotti non alla domanda giudiziale – che è l'atto di esercizio del diritto – ma alla sentenza costitutiva¹⁶⁰.

Questo dibattito riflette un problema teorico di fondo, che si presenta in più campi dell'esperienza giuridica: il problema se i comportamenti programmatici il cui contenuto è vincolato, cioè indisponibile al soggetto che lo pone, abbiano o meno forza costitutiva degli effetti; cioè se alla vincolatezza si accompagni o meno l'inesistenza di un potere giuridico, intendendo per tale la capacità di un soggetto di produrre effetti giuridici. Con riferimento alla nozione di diritto potestativo ad accertamento giurisdizionale o amministrativo è chiaro che, se si accoglie la tesi della non costitutività degli atti vincolati, allora non si ha difficoltà a ritenere che non sia la sentenza la fonte degli effetti modificativi, e si può dunque accettare l'idea che essi provengano dalla domanda giudiziale o dalla istanza proposta all'amministrazione; mentre invece, se si accoglie la prospettiva opposta, e si ritiene che il carattere vincolato della attività giurisdizionale non osti alla riconduzione della modificazione giuridica alla sentenza, allora si dovrà respingere la figura del diritto potestativo ad accertamento giurisdizionale o amministrativo perché si dovrà convenire con il rilievo che il necessario intervento di un atto del giudice o dell'amministrazione esclude che gli effetti modificativi dipendano dalla domanda o dalla istanza.

¹⁵⁸ Per questa definizione M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 3 ss., dove anche un'ampia e interessante ricognizione della storia della categoria.

¹⁵⁹ Cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere*, cit., 160 ss.: il primo modello ha il pregio di agevolare la speditezza del commercio giuridico, la struttura del secondo però fornisce una maggiore garanzia in ordine alla reale sussistenza dei fatti costitutivi del potere. Spetta dunque al legislatore calibrare l'utilizzo dell'uno e dell'altro, a seconda che vi sia maggiore interesse al controllo dei presupposti o alla rapidità nella produzione dell'effetto. Sulla distinzione tra diritti potestativi ad attuazione stragiudiziale e ad attuazione giudiziale v. M. FORNACIARI, *op. cit.*, 4 ss.

¹⁶⁰ Sulla questione della sussistenza di una situazione potestativa a base della sentenza costitutiva v. le considerazioni critiche di M. FORNACIARI, *op. cit.*, 108-113, cui si rinvia anche per ampi riferimenti bibliografici.

Non è questa la sede per affrontare un così difficile problema. Nondimeno, non può essere dissimulato lo scetticismo che si nutre nei confronti di una concezione generale che esclude la sussistenza del potere per il solo fatto che il soggetto autore dell'atto sia sprovvisto di margini di discrezionalità, richiamando sul punto quanto detto in ordine al provvedimento amministrativo vincolato, che sembra preferibile concepire come atto costitutivo dei propri effetti, estrinsecazione di un potere giuridico.

Interessa piuttosto osservare che la presenza del diritto soggettivo a fronte di provvedimenti amministrativi vincolati può essere dimostrata anche in un contesto concettuale diverso da quello in cui muove la dottrina richiamata, e cioè senza negare che questi provvedimenti siano espressione di un potere e siano dunque atti costitutivi dei propri effetti.

Si tratta di considerare la vincolatezza del provvedimento amministrativo come un problema attinente alla sua validità assiologica, secondo quanto suggerito in precedenza.

Se caratteristica del potere vincolato è di non poter effettuare una scelta tra più soluzioni valide, allora si impone una alternativa: o l'interesse alla costituzione o alla non costituzione della situazione soggettiva da parte del provvedimento è giuridicamente irrilevante siccome assolutamente incompatibile con la validità, oppure è oggetto di una pretesa dotata della consistenza di un diritto soggettivo, siccome coincidente con l'unica soluzione valida.

In quest'ottica, il diritto soggettivo a fronte di provvedimenti vincolati ha lo stesso oggetto dell'interesse legittimo a fronte di atti discrezionali: cioè l'interesse alla costituzione o alla non costituzione di una situazione soggettiva ulteriore da parte del provvedimento. Uguale è anche il fondamento della protezione giuridica, che consiste nella previa identificazione del valore da attuare da parte del provvedimento e nella sua sottoposizione a regole di validità. Quel che cambia è solo la forza della protezione giuridica, che nel caso dell'interesse legittimo si esprime in termini di possibilità di realizzazione e qui di sicurezza¹⁶¹.

Questa soluzione spiega agevolmente, cioè senza ricorrere alla scissione tra fattispecie del diritto e fattispecie dell'illecito, la ragione per cui il privato non può esercitare l'attività prima del rilascio del provvedimento. Ciò dipende dal fatto che, prima del provvedimento, egli non è titolare del relativo diritto, il quale deve essere attribuito dall'amministrazione; il diritto di cui è titolare è, piuttosto, il "diritto al diritto".

Nella prospettiva suggerita, trova agevole spiegazione anche la possibile trasformazione nel corso della funzione dell'interesse legittimo in diritto soggettivo. Si può infatti osservare che il destino dell'interesse legittimo nel corso della funzione può essere non solo nel segno del consolidamento o della estinzione, come si è già visto, ma anche nella direzione della novazione, cioè della trasformazione in diritto sogget-

¹⁶¹ Come osserva F. MERUSI, *Appunti per una casistica dell'interesse legittimo*, cit., 584, "si tratta di un fenomeno di diversa intensità nella disciplina di un potere, non di un fenomeno qualitativamente diverso".

tivo tante volte quanto il vincolo di validità assiologica sopravvenuto sia tale da rendere giustificata una sola scelta.

D) Si può adesso tentare di trarre alcune conclusioni in ordine ai rapporti tra invalidità del provvedimento e situazioni giuridiche soggettive, premesso che la prima non può essere identificata nella lesione delle seconde, salvo disconoscere il problema della giustificazione del provvedimento in rapporto ai valori da attuare.

a) Da quanto osservato emerge che l'invalidità formale del provvedimento comporta sempre la lesione della situazione giuridica soggettiva costituita dalla norma di validità violata: più in particolare, trattandosi di norme che stabiliscono un rapporto giuridico tra cittadino e amministrazione, si tratterà della lesione di un diritto soggettivo del primo dovuta al mancato assolvimento di un obbligo da parte dell'amministrazione, che può avere contenuto formale o sostanziale a seconda della norma violata.

L'invalidità formale del provvedimento non sempre, invece, determina la lesione dell'interesse legittimo, inteso come interesse giuridicamente protetto in termini di possibilità di realizzazione ed avente per oggetto la costituzione o la non costituzione di una situazione soggettiva da parte del provvedimento.

Infatti, quando all'invalidità formale non corrisponde l'invalidità assiologica (perché la violazione della norma sulla produzione non ha inciso sulla attuazione dei valori e quindi sul contenuto del provvedimento), allora non si riscontra alcuna lesione dell'interesse legittimo¹⁶²: dovrà piuttosto dirsi che in questo caso la pretesa del privato alla costituzione o alla non costituzione di una situazione giuridica soggettiva da parte del provvedimento è illegittima perché la sua realizzazione è incompatibile con un provvedimento valido.

È possibile, tuttavia, che si verifichi anche il contrario: tutte le volte in cui la decisione, pur rispettosa del paradigma, è comunque assiologicamente invalida, si è in presenza di una violazione dell'interesse legittimo, ma in assenza di una violazione delle norme di validità e quindi dei diritti soggettivi interni al rapporto.

b) In definitiva, se si guarda al tema della validità del provvedimento amministrativo dal punto di vista delle situazioni giuridiche soggettive interne al rapporto amministrativo, ci si avvede che queste ultime vengono, in misura ora più ora meno evidente, rispettate o violate a seconda che il provvedimento sia valido o invalido.

¹⁶² Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità*, cit., 411 s.: "Nel momento in cui l'interesse legittimo non si presenta come il tramite per la tutela *post factum* di un interesse particolare che, prima del provvedimento, assume una rilevanza obiettiva, quale componente della realtà che deve essere presa in considerazione dall'Amministrazione decidente, ma va a congiungersi con l'interesse materiale già nello svolgimento della funzione amministrativa, la struttura stessa della posizione giuridica risente di questa congiunzione, cosicché la lesione dell'interesse legittimo in tanto può dirsi esistente, in quanto la violazione delle regole nella quale l'Amministrazione è incorsa abbia pregiudicato la possibilità di realizzazione dell'interesse materiale; il che accade quando l'osservanza della regola che è stata violata avrebbe potuto condurre ad un esito del procedimento soddisfacente dell'interesse materiale suddetto".

Nondimeno, sarebbe un errore risolvere il problema della validità del provvedimento in quello dell'osservanza delle situazioni giuridiche soggettive interne al rapporto.

Per un verso, infatti, si deve ribadire che la categoria della validità, nella sua dimensione assiologica, intercetta aspetti estranei alla "logica del rapporto" e legati alla dinamica di attuazione dei valori giuridici.

Per altro verso, la circostanza che il provvedimento invalido sia lesivo di situazioni soggettive non comporta, a parere di chi scrive, la necessità di concepire la validità in termini regolativi. Questa tesi, come si è già visto, trae argomento dall'esistenza nell'ordinamento di provvedimenti amministrativi invalidi: questa realtà – si sostiene – è in contraddizione con una concezione costitutiva della validità formale, la quale imporrebbe una alternativa secca dentro/fuori tra il provvedimento osservante, come tale costituito all'interno della realtà sociale (in questo caso giuridica), e il provvedimento inosservante, che rimane estraneo alla realtà giuridica¹⁶³. Sennonché, non sembra che l'esistenza di provvedimenti invalidi imponga la concezione regolativa della validità. Il carattere artificiale della realtà sociale, infatti, ammette una articolazione in gradi della forza costitutiva delle meta-norme e, quindi, della costitutività, sconosciuta alla realtà materiale: per cui, mentre nella seconda un'entità esiste o non esiste, nella realtà sociale può esistere in vari modi e a diversi gradi. È più che plausibile, pertanto, che tra le norme contenute nel paradigma di validità del provvedimento ve ne siano alcune dal cui rispetto consegue quel tipo di esistenza necessario alla produzione di effetti, che – come si vedrà meglio in seguito – è la riferibilità all'ordinamento (norme eidetico-costitutive), e altre la cui osservanza è necessaria per conseguire il crisma della validità (norme anankastico-costitutive)¹⁶⁴.

Una volta dimostrate la compatibilità con l'esistenza di provvedimenti invalidi, non sembra opportuno recedere dall'idea della natura costitutiva delle norme sulla produzione del provvedimento e, quindi, della validità formale. Secondo quanto si è avuto modo di esporre in termini generali, infatti, questa soluzione sembra rispondere in modo particolarmente brillante alla domanda fondamentale, relativa alle ragioni profonde per le quali un atto ricava la propria validità dall'osservanza di un altro atto.

Rivendicando la autonomia della validità dalla logica del rapporto, inoltre, si intende mettere in luce la circostanza che le norme sulla validità del provvedimento, pur operando attraverso la costituzione di situazioni giuridiche contrapposte, rispondono ad una esigenza diversa da quella che l'ordinamento realizza tramite la disciplina delle condotte degli individui. Esse assolvono primariamente ad una funzione selettiva, fondata su una naturale resistenza che l'ordinamento giuridico oppone a ciò che ambisce a modificarlo.

¹⁶³ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità*, cit., 758 s.

¹⁶⁴ Sulla distinzione di A.G. CONTE, *Regola eidetico-costitutiva vs. regola anankastico-costitutiva*, cit., 48 ss., v. *supra*, parte prima, cap. I, par. 6.2.

Capitolo V

(IN)VALIDITÀ E (IN)EFFICACIA DEL PROVVEDIMENTO

SOMMARIO: 1. L'assetto dei rapporti tra invalidità ed inefficacia del provvedimento amministrativo e la sua critica. - 1.1. L'efficacia malgrado l'invalidità. - 1.2. L'inefficacia da invalidità. - 2. Una proposta ricostruttiva. - 2.1. La riferibilità come presupposto della efficacia. Rottura del nesso eziologico tra invalidità e inefficacia. - 2.2. Il fondamento extra-normativo del potere amministrativo. Potere e potere legale. - 2.3. Riferibilità e legittimazione. Linee di una rilettura dell'imperatività. - 3. Problemi e rimedi.

1. *L'assetto dei rapporti tra invalidità ed inefficacia del provvedimento amministrativo e la sua critica*

1.1. *L'efficacia malgrado l'invalidità*

Secondo un insegnamento ormai tradizionale, il provvedimento amministrativo acquista efficacia malgrado l'invalidità e la mantiene sino a quando non viene rimosso in sede competente. L'invalidità, cioè, non è causa di efficacia ma solo un presupposto dell'annullamento¹.

La divaricazione tra invalidità ed inefficacia è stata ricondotta talvolta alla natura autoritativa del provvedimento e talaltra considerata come frutto di una scelta di diritto positivo.

Del primo indirizzo è tipica espressione l'idea secondo cui il provvedimento, per la sua essenza di atto dell'autorità, sarebbe assistito da una presunzione di legittimità sino all'eventuale annullamento². Tale presunzione ne giustificherebbe anche l'esecutorietà, cioè la possibile esecuzione coattiva da parte dell'amministrazione senza necessità di previo accertamento giudiziale³.

¹ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 557, 552: "ritengono alcuni che validità e invalidità siano in relazione di esclusione, e che quindi la mancanza dei requisiti di validità non faccia realizzare gli effetti giuridici; altri ritengono che validità e invalidità siano in relazione di concorrenza, onde la mancanza dei requisiti di validità non impedisca la realizzazione degli effetti, ma solo ponga in essere una situazione oggettiva in presenza della quale può essere esperita la misura di tutela da chi vi ha interesse. In ordine all'atto amministrativo è questa la tesi che appare più fondata". Cfr. G. GUARINO, *op. cit.*, 230; E. CASSETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, cit., 248.

² A. DE VALLES, *op. cit.*, *passim*; G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, *passim*; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 29 s.

³ U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Studi Senesi*, 1901, 63.

La teoria della presunzione di legittimità è stata criticata sotto diversi profili⁴. In primo luogo, si è rilevato che l'esecuzione di un atto non è condizionata alla sua legittimità: se così fosse, una presunzione di legittimità si dovrebbe richiedere anche per il negozio privato⁵. Si è osservato, in secondo luogo, che la vigenza della presunzione di legittimità del provvedimento è smentita dal fatto che le norme processuali non gravano il ricorrente dell'intero onere della prova, come invece dovrebbe accadere se l'accoglimento della sua azione dipendesse dal superamento di una presunzione⁶. Infine, si è ricordato che le presunzioni sono strumenti disposti dall'ordinamento per dissipare situazioni di oggettiva incertezza e instabilità⁷: e "se vi è atto certo e non contestabile quanto agli effetti, questo è il provvedimento amministrativo, non fosse altro perché gli effetti son quasi sempre disciplinati dalle norme"⁸.

La presunzione di legittimità, in definitiva, è stata considerata l'"evidente gemella della presunzione di verità della sentenza e della presunzione di conoscenza della legge"⁹: tutte "forme morfologiche approssimative con cui la dottrina dello scorso secolo cercò di inquadrare i fenomeni del diritto pubblico"¹⁰, incompatibili con il nuovo corso degli studi fondato sul metodo giuridico¹¹.

Le obiezioni così sintetizzate non sono tutte insuperabili. Affermare, oggi, che il provvedimento amministrativo non si presume legittimo sulla base dell'argomento

⁴ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 557 s.

⁵ M.S. GIANNINI, *op. loc. ult. cit.*

⁶ M.S. GIANNINI, *op. loc. ult. cit.*

⁷ M.S. GIANNINI, *op. loc. ult. cit.*

⁸ M.S. GIANNINI, *op. loc. ult. cit.*

⁹ M.S. GIANNINI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰ M.S. GIANNINI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹ V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), in *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881 - 1940)*, Milano, 1954, 3 ss.

Sul metodo giuridico e la c.d. "svolta orlandiana" il dibattito è ampio e pluriforme. *Ex multis*, S. CASSESE, *Cultura e politica nel diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 22; ID., *Auf der gefabrenvollen Strasse des öffentlichen Rechts. La "rivoluzione scientifica" di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLI(2), 305-318; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 67 ss.: entrambi gli AA. mettono in rilievo l'importanza assunta dal metodo giuridico nella costruzione dello Stato liberale di diritto in Italia; A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 772 ss.; M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, 2001, 67 ss.; M. COCCONI, *La scienza del diritto amministrativo e l'utilizzo delle altre scienze sociali*, in L. TORCHIA - E. CHITI - R. PEREZ - A. SANDULLI (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008, 270 ss., che individua profili di realismo nell'opera Orlandiana; nonché gli scritti pubblicati in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1989, 919 ss., nel centenario della prolusione palermitana di Vittorio Emanuele Orlando: G. REBUFFA, *I lessici e il tempo delle prolusioni di Vittorio Emanuele Orlando*; A. MASSERA, *L'influenza della cultura tedesca sulla prolusione orlandiana*; G. AZZARITI, *La prolusione orlandiana e la scienza del diritto amministrativo anteriore al 1889*; G. CIANFEROTTI, *La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale*. Cfr. inoltre l'ampio panorama critico da ultimo offerto da L. BENVENUTI, *Formalismo e realismo nella cultura del diritto amministrativo*, in *Diritto e amministrazione*, cit., 49 ss., dove sono messe in luce le interazioni tra realismo e formalismo nella dottrina del diritto amministrativo prima e dopo la seconda guerra mondiale.

che non è il ricorrente a doverne dimostrare l'invalidità è contrario al diritto positivo, che grava il primo dell'onere della prova (art. 64 c.p.a.). Ma anche il rilievo secondo cui mancherebbero i presupposti per l'applicazione di una presunzione perché gli effetti del provvedimento sono preordinati dalla legge è discutibile, se è vero che la situazione di incertezza di cui trattasi non è relativa al contenuto degli effetti ma al loro ricorrere nel caso concreto (non riguarda il *quid* ma l'*an*).

Non pare tuttavia che l'idea della presunzione di legittimità meriti di essere riesumata. Essa, invero, rappresenta la reazione della dottrina amministrativistica dinanzi a un fenomeno (la produzione di effetti da parte del provvedimento invalido) di cui si constata l'esistenza ma che, al tempo stesso, si considera intrinsecamente non giustificabile: si prova così a negare l'antinomia tra invalidità ed inefficacia, mantenendo il collegamento tra validità ed efficacia, sia pur per il tramite di una legittimità presunta solo in ragione del carattere autoritativo dell'atto¹².

Una influente dottrina, che ha trovato largo seguito in giurisprudenza, spiega l'efficacia del provvedimento invalido facendo ricorso alla nozione di imperatività, cioè all'efficacia tipica del provvedimento amministrativo¹³. In questa impostazione è latente un'ambivalenza.

Per un verso, l'efficacia del provvedimento invalido è presentata come un elemento imposto dalla sua natura di atto unilaterale che contiene la disciplina del rapporto tra autorità e libertà¹⁴. Ravvisato il contenuto minimo dell'imperatività nella capacità della statuizione amministrativa di imporsi unilateralmente nella sfera giuridica dei propri destinatari, il provvedimento è identificato con la sua efficacia tipica al punto tale che esso, se esiste, non può che produrre effetti nella sfera giuridica dei singoli. Il provvedimento, si potrebbe dire, è *in quanto imperativo*, ed è pertanto da escludere che l'invalidità, che pur sempre è una qualificazione che ne presuppone l'esistenza, possa incidere in senso privativo dell'efficacia. In altre parole, l'imperatività determina uno sfasamento tra il piano della validità e quello dell'efficacia¹⁵, tale per cui l'invalidità non comporta inefficacia, ma solo pone in essere "una situazione oggettiva in presenza della quale può essere esperita la misura di tutela da chi vi ha interesse"¹⁶.

Per altro verso, l'efficacia del provvedimento invalido è considerata come una con-

¹² Considera la presunzione di legittimità "un resto del principio di sudditanza non ancora completamente scacciato dal principio di cittadinanza" F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, 102.

¹³ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 558 s. Da un punto di vista ideologico, spiegando l'efficacia del provvedimento invalido attraverso l'imperatività, probabilmente si compie un passo verso la riduzione del tasso di autorità insito nel provvedimento. Costatare l'esistenza dell'autorità, infatti, è meno che ammantare gli effetti del provvedimento invalido di una (presunta) legittimità. Sembra alludere a ciò M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 561: anche il "più scriteriato provvedimento amministrativo, se non impugnato in termine, dovrà essere assunto per efficace da qualsiasi giudice futuro. Si dice anzi che dovrà essere assunto per valido: ma questo è troppo, perché la vicenda si spiega agevolmente in termini di semplice soggezione all'efficacia".

¹⁴ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 558.

¹⁵ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 552, 561.

¹⁶ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 552.

seguenza di precise scelte giurisprudenziali. Si osserva che è stata la giurisprudenza, in assenza di una disciplina normativa sulla efficacia del provvedimento, ad attribuirvi carattere di atto imperativo¹⁷, cioè a riconoscerlo idoneo a incidere unilateralmente nella sfera giuridica dei suoi destinatari¹⁸; e che è stata sempre la giurisprudenza a decidere che questo carattere non è una prerogativa del provvedimento valido ma è comune anche al provvedimento invalido, così preferendo il “modo della equiparazione” a quello della separazione e a quello della distinzione¹⁹.

Così sintetizzata, questa teoria non sembra consentire una ricostruzione lineare e convincente dei rapporti tra invalidità ed efficacia. L'imperatività è simultaneamente presentata come la causa dell'efficacia del provvedimento invalido e come la conseguenza della decisione della giurisprudenza di equiparare il regime del provvedimento invalido a quello del provvedimento valido. La contraddizione è piuttosto evidente: se l'imperatività del provvedimento invalido dipende dalla decisione della giurisprudenza per il “modo dell'equiparazione”, allora è chiaro che l'imperatività medesima non può più essere concepita come il carattere del provvedimento da cui dipende la frattura tra il piano della validità e quello della efficacia e alla cui luce si giustifica l'efficacia in assenza di validità.

Malgrado ciò, nella denunciata ambivalenza dell'impostazione gianniniana (imperatività come causa dell'efficacia malgrado l'invalidità; imperatività come conseguenza di una scelta giurisprudenziale nel senso dell'equiparazione tra l'efficacia dell'atto invalido e quella dell'atto valido) sono iscritti gli svolgimenti della dottrina successiva. All'interno della quale, infatti, è dato distinguere tra prospettive teoriche che riconducono l'efficacia del provvedimento invalido al suo carattere imperativo e impostazioni che considerano il fenomeno come nient'altro che una conseguenza della preferenza del legislatore per un regime giuridico, piuttosto che per un altro.

Nella prima direzione, la concezione di Giannini è stata sviluppata sul piano dogmatico²⁰ attraverso il collegamento dell'imperatività (o autorità) al momento della rilevanza giuridica del provvedimento, intesa come qualificazione normativa autonoma dall'efficacia e ad essa non preordinata²¹. Si è così sostenuto che l'imperatività è conseguenza della semplice rilevanza del provvedimento²², dipende cioè dal suo *esserci*, e che l'invalidità non ne rappresenta un fatto ostativo, costituendo piuttosto la sintesi delle reazioni previste dall'ordinamento nei confronti del provvedimento rilevante (e dunque efficace) ma imperfetto²³. Il collegamento dell'imperatività alla rilevanza del

¹⁷ M.S. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., 237.

¹⁸ M.S. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., 234.

¹⁹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., 239 ss.

²⁰ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 380 ss.; ID., *Invalidità*, cit., 601. Cfr. anche A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 80-82.

²¹ Si tratta della concezione di R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, cit., 340, *passim*.

²² A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 388 ss.

²³ A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 599 ss.

provvedimento spiega la degradazione dei diritti soggettivi ad interessi legittimi ad opera del provvedimento invalido ed è quindi funzionale a giustificare l'attrazione alla giurisdizione del giudice amministrativo di pressoché tutte le controversie in cui si faccia questione della validità dell'atto²⁴.

L'idea della rilevanza dell'atto come momento in cui si manifesta l'autorità è stata successivamente proposta in chiave più generale, come base di una teoria unitaria degli atti dei pubblici poteri²⁵, a fronte del fallimento del tentativo di rinvenire il minimo comune denominatore di tali atti nella loro efficacia tipica²⁶.

Si è osservato che, se un elemento accomuna il regime dei principali atti pubblici, questo consiste proprio nella loro capacità di spiegare effetti anche se invalidi²⁷, e ciò malgrado la tradizione teorica concepisca la validità come presupposto dell'efficacia²⁸. Per comporre la frattura tra il regime degli atti dei pubblici poteri e la teoria

²⁴ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 375-378, sostiene che la concezione secondo cui oggetto del giudizio amministrativo è la questione di legittimità del provvedimento non soddisfa "esigenze di analisi strutturale dei rapporti amministrativi", rispondendo piuttosto all'esigenza di giustificare la sussistenza della giurisdizione amministrativa a fronte di provvedimenti invalidi (infatti: oggetto della giurisdizione di legittimità è la violazione delle norme di azione, volte a tutelare l'interesse pubblico; tale violazione non determina la lesione di alcun diritto soggettivo ma solo consente al cittadino, titolare della situazione legittimante di interesse legittimo, l'accesso alla giustizia amministrativa). Fornendo una diversa spiegazione di questo fenomeno (ossia giustificandolo attraverso l'imperatività che, situandosi nel momento della rilevanza, riguarda sia i provvedimenti amministrativi validi sia quelli invalidi), l'A. pone le premesse essenziali per formulare la tesi che oggetto del processo amministrativo è l'interesse legittimo, concepito come la situazione soggettiva che scaturisce dalla violazione del rapporto amministrativo.

²⁵ A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 51 ss.

²⁶ A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 53-59. Il tentativo più raffinato in tal senso sarebbe quello di Merkl, secondo cui gli atti amministrativi sono accomunati agli altri atti dei pubblici poteri dal fatto di essere atti normativi dotati della c.d. *Rechtskraft*, cioè dell'autorità della cosa giudicata. Questa soluzione, prosegue l'A., fu respinta innanzitutto "per la scarsa aderenza al diritto positivo: né la legge né il provvedimento amministrativo possiedono quel carattere di immutabilità proprio della sentenza passata in giudicato; né l'una né l'altro sono, al pari di quest'ultima, intangibili per la stessa autorità da cui promanano". Per l'idea che l'autorità del provvedimento amministrativo non possa essere accomunata alla regudicata cfr. R. RESTA, *La revoca*, cit., 78 ss.; R. ALESSI, *La revoca*, cit., 6 ss.; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1932, 296. D'altronde, come condivisibilmente osserva A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 59, ove si fosse dato alla *Rechtskraft* "il senso proprio di una «relative Unveränderlichkeit gewisser Staatsakte», il fattore unitario così individuato" si sarebbe rivelato "talmente generico da sfiorare l'irrelevanza, cadendo irrimediabilmente l'accento non sulla immodificabilità del comando, ma proprio sul suo carattere «relativo», sull'essere cioè tale immutabilità diversamente articolata in ciascuno dei vari atti che avrebbe dovuto contraddistinguere".

²⁷ A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 72.

²⁸ A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 75-76 e nota. Secondo l'A, la costruzione della validità come presupposto necessario dell'efficacia giuridica degli atti ha un duplice fondamento. Lo ha, in primo luogo, ne "l'idea che l'efficacia rappresenti il più alto momento delle vicende giuridiche": discende da ciò, infatti, "che tutte le qualificazioni giuridiche del fatto – dunque anche quelle di «valido» ed «invalido» – tendono ad essere costruite e a differenziarsi reciprocamente nella prospettiva dell'efficacia". In secondo luogo, nell'idea "per cui la dinamica giuridica si svolge su un piano diverso da quello fenomenico, tutta all'interno dell'ordine normativo, del quale costituisce concretizzazione e sviluppo": ciò fa sì che solo l'atto conforme a quell'ordine, cioè l'atto valido, sia idoneo al ricolligamento dell'efficacia. *Amplius* sul punto v. prima parte, Cap. 2.

generale, sono state adottate soluzioni compromissorie quali la presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo, così da affermare la validità (quanto meno presunta) degli atti efficaci dei pubblici poteri²⁹: simili soluzioni, però, “denunciano anche troppo l’ambiguità di fondo di un disegno in cui il valore della conformità alla norma viene ad un tempo affermato – attraverso il richiamo ad esso quale insostituibile fonte legittimante – e negato (perché non verificabile praticamente, in quanto «presunto»)”³⁰. Appare preferibile, pertanto, la soluzione che “riconduce la forza tipica degli atti dei pubblici poteri nell’ambito della categoria della rilevanza, anziché dell’efficacia giuridica: mentre infatti quest’ultima si pone in stretta connessione con la validità, la prima, prospettando una mera qualificazione dell’atto come tale, si situa in un momento logicamente anteriore a qualsiasi considerazione della (piena) conformità alla norma dell’atto stesso”³¹. In altre parole, la riconduzione dell’autoritatività alla fase della rilevanza viene da questa dottrina utilizzata per spiegare la sottrazione della stessa ad ogni considerazione in ordine alla validità dell’atto.

I passi in avanti compiuti da questa dottrina nel porre il carattere autoritativo del provvedimento come causa della dissociazione tra invalidità ed inefficacia sono molti e significativi. Il suo principale merito è probabilmente di aver proiettato all’interno della dogmatica un elemento altrimenti giuridicamente spurio, qual è l’autoritatività del provvedimento amministrativo e degli atti pubblici in generale; per questa via, essa pone “a fondamento dell’autorità così riconosciuta un principio di legittimazione addirittura più forte di quello della conformità a norma: quello della corrispondenza ad un meccanismo logico-giuridico, insito nella stessa natura delle cose, tanto inevitabile e neutrale da poter essere riscontrato, fundamentalmente identico anche in ambiti non dominati dall’autorità”³². In definitiva, l’autorità è, per un verso, riconosciuta e, per altro verso, sottoposta alla carica razionalizzante tipica delle “categorie giuridiche universali, egualmente proprie così del diritto pubblico, come di quello privato”.

Torneremo più avanti sui decisivi spunti ricostruttivi offerti da questa dottrina, specie con riguardo al collegamento da essa operato tra l’autoritatività e la tematica della legittimazione politica delle decisioni di apparato. Ora può osservarsi che, concependo l’autorità come causa dell’efficacia del provvedimento invalido e al contempo riconnettendola alla sua rilevanza, inevitabilmente si riconosce un profilo effettuale a quest’ultima, finendo così per identificare il provvedimento efficace con quello rilevante. Il che non solo contraddice la premessa da cui muove il ragionamento, secondo

²⁹ A. ROMANO TASSONE, *Sull’autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 77.

³⁰ A. ROMANO TASSONE, *Sull’autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 80.

³¹ Del resto, l’analisi della forza di legge, dell’imperatività e della regiodicata aveva già condotto l’A. al rilievo che i più recenti studi tendono ad affrancare la questione della forza tipica degli atti dei pubblici poteri da quella della loro efficacia. A. ROMANO TASSONE, *Sull’autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 61-70.

³² A. ROMANO TASSONE, *Sull’autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 89.

cui la rilevanza sarebbe qualificazione autonoma dall'efficacia³³, ma anche – e soprattutto – fa venir meno quella separazione logica tra momento della rilevanza e momento dell'efficacia su cui era basata la sottrazione dell'imperatività al riscontro di validità³⁴. Le sorti della teoria che riconduce l'imperatività alla rilevanza, in definitiva, sembrano essere le stesse della teoria³⁵ dell'effetto negoziale (che consisterebbe nell'impegnatività del regolamento contrattuale) quale conseguenza della rilevanza dell'atto di autonomia privata³⁶, cui la prima del resto espressamente si richiama. Anche la seconda, infatti, riconnettendo un profilo effettuale alla rilevanza, piuttosto che confermare l'autonomia della rilevanza dall'efficacia, finisce per riproporre l'idea tradizionale secondo cui la fattispecie è fonte di effetti giuridici³⁷.

Come già osservato, accanto alle impostazioni che giustificano l'efficacia del provvedimento invalido in base al carattere autoritativo del medesimo, vi sono quelle che considerano tale fenomeno come la conseguenza di una scelta di diritto positivo. Mentre però la tesi di Giannini, e non solo³⁸, è nel senso che tale scelta è stata compiuta in modo sostanzialmente arbitrario dalla giurisprudenza amministrativa, la dottrina più recente propende per l'idea che l'efficacia del provvedimento invalido

³³ La concezione della rilevanza come qualificazione autonoma dall'efficacia sacrifica sull'altare della logica astratta la comprensione della dimensione reale e assiologica della dinamica giuridica. Secondo la concezione qui accolta, rilevante è il fatto storico che esprime un problema di interessi che riguarda l'ordinamento giuridico in quanto richiede l'attuazione dei suoi valori: segue che la rilevanza è preordinata all'efficacia perché indica un'esigenza di attuazione che la seconda realizza e rende effettiva.

³⁴ La difficoltà segnalata nel testo, del resto, emerge dalle parole di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 381, che contraddittoriamente afferma: "la verità è infatti che l'imperatività, appunto perché è invece un effetto, si distingue in modo ben netto dalla rilevanza del provvedimento, ma nonostante questo, cioè sebbene sia un effetto, non si riporta tuttavia al momento dell'efficacia". Sul punto osserva giustamente R. VILLATA, *op. cit.*, 167: "se si esclude qualunque profilo effettuale della rilevanza e si riconosce che l'imperatività è un effetto, non si vede perché esso debba scaturire dalla rilevanza; o meglio, è chiaro che l'imperatività, se è un effetto, si ricollega ad una fattispecie, il cui processo di qualificazione giuridica è costituito dalla rilevanza; è chiaro cioè che tutti gli effetti si riconducono ad una fattispecie rilevante; ma dalla notazione ontologica della rilevanza qualunque profilo effettuale deve essere escluso (sempreché, naturalmente, si accetti di ragionare in questa prospettiva)".

³⁵ Coglie il parallelismo tra imperatività ed effetto negoziale, entrambi che si assumono derivare dalla rilevanza dell'atto precettivo, R. VILLATA, *op. cit.*, 167 s., il quale osserva che "come, secondo il menzionato insegnamento, esiste un effetto negoziale tipico che si identifica nella sua stessa esistenza come atto di autonomia, ossia, per meglio precisarne i caratteri, nel vincolo, distinto dagli effetti finali del negozio stesso, così l'effetto «provvedimentale» tipico dovrebbe individuarsi nella forza imperativa dell'atto di autorità; il vincolo qui consisterebbe in un effetto «il quale produce la soggezione dei suoi destinatari al regolamento di interessi disposto con il provvedimento dell'autorità»".

³⁶ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., 271 ss.

³⁷ A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, cit., 465; R. VILLATA, *op. cit.*, 168: "Il ricondurre la rilevanza ad un effetto tipico, sia pure come trasposizione della prima sul piano dinamico, appare conseguenza di una definizione non distaccata in ultima analisi dal momento effettuale della fattispecie". Per questa osservazione, v. *amplius* prima parte, cap 1; sulla equivoca posizione della fattispecie produttiva di effetti v. prima parte, cap 2.

³⁸ F. LEDDA, *La concezione*, cit., 251.

dipenda dalla conformazione data dal legislatore ai poteri del giudice ordinario e del giudice amministrativo.

Quanto al giudice ordinario, traendo argomento dall'art. 5, comma 2, della legge abolitiva del contenzioso, secondo cui l'atto amministrativo non può essere revocato o modificato "se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso", si è osservato che l'atto amministrativo (che l'attore assume lesivo del suo diritto, art. 4, comma 1) mantiene la sua efficacia originaria sino alla rimozione da parte dell'autorità amministrativa, per concludere che "un regime del genere è incompatibile con la nullità dell'atto la quale presuppone l'inefficacia dell'atto e non, come nel nostro caso, una efficacia che perdura finché l'atto non sia tolto di mezzo dall'autorità amministrativa"³⁹.

Lo schema, che presuppone l'efficacia del provvedimento invalido, è confermato dalla legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato. "Il ricorso contro l'atto amministrativo del quale viene denunciata la illegittimità non ha «effetto sospensivo» (art. 39, R.D., n. 1054/1924): occorrono «gravi ragioni» perché la sezione adita, su istanza dell'interessato, sospenda l'esecuzione dell'atto impugnato. Se l'atto continua ad essere eseguito, è evidente che esso è efficace per tutto il corso del giudizio. E continua a produrre effetti sino al momento in cui il Consiglio di Stato, accogliendo il ricorso, «annulla l'atto» (art. 54 R.D. cit.). Basterebbe, del resto, questa sola disposizione per capire che l'invalidità dell'atto amministrativo coincide con l'annullabilità. Se di nullità si trattasse, il giudice non annullerebbe l'atto, ma lo dichiarerebbe nullo: ossia si limiterebbe ad accertare uno stato patologico che un qualunque interessato può far valere in ogni tempo (artt. 1421 e 1422 c.c., a proposito del contratto nullo). La formula «annulla l'atto» implica che prima dell'annullamento l'atto ha prodotto i suoi effetti. Essa è ripresa, infine, dalla legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali (art. 26, legge n. 1034/1971): a conferma del fatto che nulla è cambiato nel corso di oltre un secolo perché il legislatore ha sempre optato per il regime dell'annullabilità. L'atto annullabile è l'atto che, pur essendo invalido, produce i suoi effetti sin quando non venga annullato (dall'autorità amministrativa nel quadro della legge abolitiva del contenzioso, dal giudice amministrativo a partire dal 1889). L'atto invalido o illegittimo spiega i suoi effetti come se fosse valido o legittimo sino a quando viene tolto di mezzo"⁴⁰.

La tesi secondo cui l'efficacia del provvedimento amministrativo invalido dipende dall'opzione del legislatore per il regime della annullabilità è stata ripresa e sostan-

³⁹ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, 2010, 302.

⁴⁰ G. CORSO, *op. ult. cit.*, 302 s.

L'idea che le disposizioni contenute nelle leggi del 1865 e del 1889 indichino la scelta inequivocabile del legislatore a favore del regime dell'annullabilità era già stata esposta da G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 113: "il c.d. criterio della equiparazione tra fattispecie valida e fattispecie invalida, in ordine alla produzione degli effetti, è il solo applicabile, una volta adottato lo schema della annullabilità". In questo senso già la posizione di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 318. Cfr. pure F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 13; A. POLICE, *Annullabilità e annullamento*, cit., 50; M.C. CAVALLARO, *op. cit.*, 176 s.

zialmente condivisa in sede di critica alla nozione di imperatività⁴¹, cioè all'interno di un disegno argomentativo più generale volto a dimostrare che i caratteri del provvedimento che normalmente si fanno discendere dalla sua efficacia tipica in realtà costituiscono la conseguenza di precise scelte legislative o, comunque, non sono prerogative dell'atto amministrativo in rapporto agli atti di diritto privato⁴².

In questo contesto argomentativo, si sostiene che il ricorso, operato dalla dottrina tradizionale, a formule vaghe ed imprecise (quali la presunzione di legittimità o l'imperatività) per spiegare l'efficacia del provvedimento invalido sia da imputare alla mancanza degli strumenti concettuali necessari per l'inquadramento del fenomeno in termini più rigorosi⁴³: il codice civile del 1865 non conteneva infatti una chiara definizione dei rapporti tra nullità e annullabilità⁴⁴ e, prima che Chiovenda la elaborasse, la dottrina italiana non conosceva la distinzione tra sentenze costitutive e di accertamento⁴⁵.

⁴¹ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, 245, 398 ss., 444 ss., 460 ss.; ID., *Il provvedimento*, cit., 797 ss., 819 ss.; ID., *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 699 ss., 736 ss.; ID., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2012, 1 ss.

⁴² B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, loc. ult. cit. L'A., ravvisato il nucleo essenziale dell'imperatività nella capacità del provvedimento di incidere unilateralmente e sfavorevolmente sulle situazioni soggettive degli amministrati, rileva che anche il diritto privato conosce un gran numero di poteri unilaterali, aventi struttura analoga al potere amministrativo. "Si tratta di poteri giudiziali (come quello di chiedere la risoluzione del contratto) e stragiudiziali (come quello di recedere da un contratto), che si fanno valere in via di azione o di eccezione (come quelli relativi all'inadempimento contrattuale), che si concretano in comportamenti positivi (come quello di vendere il pegno o la cosa oggetto del diritto di ritenzione) o negativi (come l'eccezione di inadempimento e lo sciopero), e così via".

La critica nondimeno osserva che in diritto privato i poteri unilaterali hanno una base consensuale: è il caso, ad esempio, dei poteri del datore di lavoro, oppure del potere di avvalersi di una clausola risolutiva espressa prevista nel contratto, etc.: R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 17. Nella dottrina precedente al lavoro monografico di Mattarella erano presenti importanti spunti nella direzione della riduzione del carattere autoritativo del provvedimento. Se ne può vedere una sintesi in D. SORACE, *Promemoria*, cit., 749 ss., dove è sostenuta la tesi che né l'esecutorietà, né la revocabilità né l'inoppugnabilità dipendono dall'imperatività. Questa si sostanzierebbe nella capacità del provvedimento di incidere in modo sfavorevole sulle situazioni soggettive degli amministrati e dunque non potrebbe in alcun modo essere riferita agli atti ampliativi. Al riguardo è stato obiettato che anche il provvedimento ampliativo è imperativo perché incide unilateralmente e in modo sfavorevole sulla posizione dei terzi, cioè di coloro che vengono privati della possibilità di ottenere il bene giuridico assegnato al diretto destinatario dell'atto (cfr. G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà*, cit., 39 s.); D. SORACE è tornato recentemente sul tema sostenendo che autoritativi sono gli atti il cui effetto, favorevole o sfavorevole che sia, "è ottenuto senza che abbia alcun rilievo non soltanto il dissenso, ma neppure il consenso attuale o pregresso, espresso o implicito del soggetto titolare del diritto sul quale ricadono gli effetti dell'atto" (*Atto amministrativo*, cit., 54).

⁴³ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 128 s.

⁴⁴ Sul punto v. R. SACCO, *Nullità e annullabilità (Diritto Civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1976, 455 s.; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 4-7; R. CARANTA, *op. cit.*, 120 ss.

⁴⁵ Il discorso è rovesciato M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 172, 179, secondo cui la mancanza di una chiara distinzione tra nullità e annullabilità al tempo in cui venne compiuta la scelta in favore del c.d. "modo dell'equiparazione" non consente di ritenere che il legislatore abbia inteso prevedere il regime dell'annullabilità. Ridurre il problema della efficacia del provvedimento amministrativo invalido alla affermazione della sua annullabilità sarebbe dunque operazione fuorviante, perché il fondamento del fenomeno starebbe piuttosto nella dimensione di atto di impero propria al provvedimento amministrativo.

Venute in seguito a tracciarsi in modo chiaro e definitivo simili nozioni, la perdurante tendenza a spiegare il fenomeno in questione attraverso l'elemento della provenienza dell'atto dall'autorità equivale al perpetuarsi di una concezione che "non è più compatibile con l'ordinamento costituzionale, nel quale l'amministrazione è titolare dei poteri a essa attribuiti dalla legge non diversamente da altro soggetto dell'ordinamento"⁴⁶.

Ora, la considerazione secondo cui il sistema giurisdizionale di tutela nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, come tradizionalmente strutturato, presuppone l'efficacia del provvedimento invalido (e, quindi, ammette l'annullabilità come unica forma di invalidità) è da condividere⁴⁷. Per dimostrarne l'esattezza è probabilmente sufficiente il richiamo alla struttura cassatoria del processo amministrativo, considerato che, in forza del criterio di riparto storicamente affermatosi, pressoché tutte le controversie intorno la validità del provvedimento ricadono nella giurisdizione del giudice speciale⁴⁸. Ma la tesi non uscirebbe falsificata anch'ove, argo-

⁴⁶ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 246.

⁴⁷ Cfr. A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 314; R. CARANTA, *op. cit.*, 132 ss.

⁴⁸ Ciò dipende, come noto (ma cfr., soprattutto, F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 98 ss.), dalla recezione giurisdizionale dapprima della teoria del diritto affievolito, secondo cui il diritto soggettivo a fronte del potere amministrativo e dell'interesse generale si presenta e comporta come interesse legittimo (O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato* (1892), in *Scritti giuridici. II La giustizia amministrativa*, cit., 75-79; ID., *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa*, cit., 474 s. Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranalletti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1959, 267 ss.; G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 93-95) e, di poi, della teoria dell'affievolimento o degradazione del diritto, secondo cui l'esercizio del potere estingue il diritto soggettivo trasformandolo in interesse legittimo (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 1947, cit., 145 s.; C. VITTA, *Giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1957, 1053; M.S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., 420). Sul passaggio dalla nozione di diritto affievolito a quella di affievolimento del diritto cfr. le ampie considerazioni di G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 97-100.

Parte autorevole della dottrina, invero, giustifica i limiti della giurisdizione ordinaria senza ricorrere alla figura dell'affievolimento: secondo la tesi di A. AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 213 s., non è il diritto affievolito, ma il collaterale interesse alla legittimità del provvedimento, a radicare la giurisdizione amministrativa; la tesi è ripresa e perfezionata da U. POTOTSCHNIG, *Atti amministrativi e «affievolimento» di diritti soggettivi*, in *Jus*, 1953, 220 ss., e poi da G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 119, secondo il quale l'atto introduttivo del procedimento crea una relazione giuridica tra amministrazione e amministrato, parallela a quella in cui è iscritto il diritto soggettivo del cittadino: "la tutela del cittadino si realizza facendo valere non il rapporto (eventuale) cui inerisce il diritto soggettivo, bensì l'altro rapporto (i cui termini sono il dovere di legalità e l'interesse legittimo)".

Tornando all'affievolimento, la dottrina maggioritaria lo fa risalire all'efficacia del provvedimento: con la conseguenza che la sostituzione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo si realizza solo quando (e se) l'amministrazione adotta l'atto (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 1947, cit., 146; G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 100; per la tesi che l'incompatibilità tra potere e diritto soggettivo si realizza in concreto, ossia quando il primo viene esercitato, anche F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 86 s., *passim*). Di contro è stato osservato (A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 209 ss.) che, se l'affievolimento fosse determinato dagli effetti del provvedimento, allora le controversie circa la validità del medesimo dovrebbero essere conosciute dal giudice ordinario e non dal giudice amministrativo perché in esse si farebbe questione non già di interessi legittimi, bensì dell'illegittima estinzione del diritto soggettivo (cfr. altresì R. VILLATA, *op. cit.*, 142 ss.).

mentando nel senso della compatibilità tra provvedimento e diritto soggettivo del privato⁴⁹, si considerasse arbitrario l'esautoramento della giurisdizione ordinaria da simili controversie: anche il potere di disapplicazione, infatti, presuppone gli effetti del provvedimento invalido: dai quali è data all'autorità giudiziaria la facoltà di prescindere nella decisione del caso. In altri termini, l'inapplicabilità, ovvero la conseguenza dell'invalidità che parte della dottrina affianca all'annullabilità, derivandola dai poteri del giudice ordinario così come l'annullabilità è foggata su quelli del giudice ammi-

Utilizzando il principio della "relatività delle situazioni giuridiche" (G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 62) si è inteso dunque anticipare il momento dell'affievolimento del diritto soggettivo del privato nei confronti dell'amministrazione, riconducendolo alla norma attributiva del potere così da giustificare la esclusione della giurisdizione ordinaria dalle controversie circa la validità del provvedimento (A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 223; l'affievolimento era stato ricondotto all'esistenza del potere già da A.M. SANDULLI, *Questioni in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro. It.*, 1952, I, 1073 ss.; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, I, cit., 89). Il rilievo secondo cui l'affievolimento, inteso come vicenda del diritto innescata dagli effetti del provvedimento, non spiega lo spostamento di giurisdizione a favore del giudice amministrativo è condiviso da un'altra dottrina, che tuttavia si mostra critica anche nei confronti della tesi che lo riconduce alla norma attributiva del potere (F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 120). Questo indirizzo rinviene altrove il fondamento del criterio di riparto, osservando che le controversie sulla validità del provvedimento sono sottratte alla giurisdizione ordinaria perché in esse "non si fa (direttamente) questione di diritti soggettivi", oggetto dell'accertamento giurisdizionale essendo esclusivamente la relazione tra il provvedimento in concreto adottato e il relativo modello normativo (136; ma già G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 118, dove si sostiene che con il ricorso il cittadino "non fa valere l'intangibilità della sua sfera giuridica, ma l'invalidità dell'atto (...) determinata dal mancato rispetto delle norme"). In questo quadro, l'attrazione di tali controversie alla giurisdizione amministrativa appare una conseguenza razionale dell'istituzione del giudice amministrativo: di un giudice, cioè, creato *ad hoc* per sindacare la legittimità del provvedimento (anche con riguardo ai profili discrezionali) e dotato del potere di annullamento (F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 136-140).

A prescindere dalle valutazioni che si possono fare (e che però non è il caso di svolgere in questa sede) in ordine all'intrinseca coerenza di queste prospettazioni teoriche (e delle molte altre avanzate dalla dottrina) cfr. la chiara e realistica lettura che del criterio di riparto ha dato M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 53 ss., rilevando che la giurisprudenza, attraverso il criterio della esistenza-carenza di potere, ha nei fatti escluso la giurisdizione del giudice ordinario in presenza di un provvedimento amministrativo: per cui il vero criterio di riparto è rappresentato dal provvedimento, e non dalla natura della situazione giuridica soggettiva azionata. Ad avviso dell'A., inoltre, mentre il sistema si consolidava nel senso della "competenza esclusiva del giudice amministrativo sul provvedimento", nacque "il più grande equivoco della storia del riparto: la persistenza del riferimento alle posizioni soggettive" (66 s.). Un equivoco che, secondo l'A., ha prodotto conseguenze nefaste "nella trattazione delle questioni di diritto sostanziale", particolarmente visibili nell'impostazione della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi sulla base del criterio della garanzia del conseguimento del bene della vita.

⁴⁹ In questo senso depono l'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso, in base al quale sono devolute "alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o della autorità amministrativa" (corsivo mio). Per la tesi della compatibilità tra provvedimento e diritto soggettivo, e quindi per la critica all'affievolimento e/o degradazione, v. E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, cit., 14 s.; R. VILLATA, *op. cit.*, 144; A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche Amministrazioni*, Padova, 1961, 136 ss.; B. SORDI, *Interesse legittimo*, cit., 715 s.; G. CORSO, *Manuale*, 2010, cit., 476-478; V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, cit., 133.

nistrativo, presuppone, al pari dell'annullabilità medesima, l'efficacia del provvedimento invalido⁵⁰.

Tali considerazioni adesive, tuttavia, non mettono al riparo la tesi in questione da una considerazione critica. Il sospetto è che, considerando l'efficacia del provvedimento invalido come una mera conseguenza della scelta a favore del regime della annullabilità, si paghi un tributo eccessivo al pur essenziale valore della purezza delle costruzioni giuridiche, rifiutando in modo sin troppo aprioristico di tenere in considerazione il ruolo giocato in questa vicenda dal fattore autoritativo. In primo luogo, addebitando il regime del provvedimento invalido ad una scelta contingente del legislatore, o – peggio – ad un “capriccio” della giurisprudenza, non si rende giustizia ad un fenomeno che trascende ampiamente i confini della giustizia amministrativa, essendo la produzione di effetti malgrado l'invalidità una costante nel sistema degli atti tipici dei pubblici poteri (legge, sentenza, provvedimento). I nodi vengono al pettine quando ci si interroga sulla *ratio* della scelta del legislatore (o della giurisprudenza) per tale regime, rinvenuta solitamente nella funzionalizzazione del provvedimento alla cura degli interessi pubblici e nella prevalenza di questi sugli interessi privati con essi incompatibili⁵¹. Tale prevalenza, che in termini generali si desume dal conferimento di poteri unilaterali all'amministrazione⁵², è sprovvista infatti di ogni ragion d'essere sul piano patologico, dal momento che il provvedimento ammi-

⁵⁰ E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 40: “l'atto amministrativo invalido non diviene inefficace a cagione dell'inapplicabilità: quest'ultima non si risolve nella improduttività degli effetti che all'atto si connettono, ma nella possibile irrilevanza dei medesimi, ancorché prodotti”. In tema R. CARANTA, *op. cit.*, 135-138.

⁵¹ F.G. COCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 9, secondo cui l'equiparazione, quanto agli effetti, del provvedimento invalido a quello valido si giustifica alla luce “del rilievo funzionale del provvedimento, congiunto con il principio della giuridica prevalenza dell'interesse pubblico sugli interessi che gli si contrappongono”. Cfr. F. LEDDA, *La concezione*, cit., 251 s.; G. CORSO, *op. ult. cit.*, 303; A. BARTOLINI, *op. cit.*, 20.

Giusta questa tesi, come osserva A. ORSI BATTAGLINI, *Recensione a «B.G. Mattarella, L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico, Padova, Cedam, 2000»*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 783 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., 1582 ss., l'interesse pubblico assurge ad elemento qualificante dell'intero regime positivo del provvedimento: un regime caratterizzato, tra l'altro, dal consentire all'amministrazione il perseguimento dei propri fini anche attraverso provvedimenti invalidi (salvo che questi non siano fatti oggetto di espressa contestazione da chi se ne ritiene danneggiato).

⁵² Cfr. A. ROMANO, *Riflessioni sul Convegno*, cit., 363 ss. Convincenti considerazioni in questo senso in G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà*, cit., 378 ss., dove si osserva che è la prevalenza dell'interesse pubblico a fondare il carattere autoritativo del potere amministrativo (che, per l'A., si traduce nell'unilateralità e nella esecutorietà del provvedimento), e in A. LOLLI, *op. cit.*, 211, dove l'imperatività dell'atto amministrativo, intesa come capacità dello stesso di modificare la sfera giuridica dei terzi senza il loro consenso, è collegata al carattere rappresentativo dell'amministrazione, sulla base dell'osservazione che “rappresentare significa incidere sulla sfera dei rappresentati”. *Contra* B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 401 ss., secondo cui la prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato “opera a livello genetico, cioè nella fase di attribuzione del potere da parte della norma, e non a livello di regime del provvedimento”. Con questa tesi non si può convenire, perché se è vero che la valutazione di prevalenza è effettuata dal legislatore, è altrettanto vero che essa si traduce nella conformazione del potere amministrativo e più in particolare nella capacità del provvedimento di incidere unilateralmente sulle situazioni giuridiche dei suoi destinatari.

nistrativo invalido, al di fuori delle rare ipotesi di invalidità meramente formale, è anche una entità intimamente dis-funzionale⁵³. In altri termini, l'invalidità determina l'inidoneità del provvedimento ad attuare correttamente il valore che era chiamato ad attuare e che convenzionalmente si definisce come "interesse pubblico": per questo motivo, la realizzazione di tale interesse non può essere addotta come giustificazione a sostegno della decisione dell'ordinamento (legislatore, o giurisprudenza) di garantire gli effetti del provvedimento invalido⁵⁴. Se, dunque, l'"interesse pubblico" che giustifica il regime dell'annullabilità non può essere lo stesso interesse che il provvedimento è istituzionalmente chiamato a realizzare, non sembra arbitrario ritenere che esso abbia ad essere identificato nell'interesse soggettivo dell'amministrazione ad imporsi come autorità. Tanto varrebbe a significare che, dietro il richiamo alla dimensione funzionale del provvedimento, si cela in realtà la natura autoritativa della decisione. Ne verrebbe così drasticamente ridotta la distanza tra la tesi che considera l'efficacia del provvedimento invalido come conseguenza di una scelta di diritto positivo e quella che spiega lo stesso fenomeno alla luce della natura autoritativa dell'atto. Anche la prima, infatti, dovrebbe concedere che sono le ragioni dell'autorità a determinare lo sfasamento tra invalidità ed inefficacia: poco cambia, infatti, se l'autorità costituisce la *giustificazione* di una scelta di diritto positivo (come a questo punto sarebbe preferibile ritenere) ovvero la *causa* o la *ragione* immediata del regime giuridico in questione.

1.2. *L'inefficacia da invalidità*

L'invalidità non determina l'inefficacia del provvedimento amministrativo. Come si è visto, le spiegazioni del fenomeno sono controverse, ma la regola è sufficientemente

⁵³ In senso diverso, sembra, E. CASSETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, cit., 248, il quale, concepito il provvedimento come "strumento di realizzazione del pubblico interesse cui il potere è finalizzato", trova "ben logico che, fino a quando la invalidità del primo (del provvedimento invalido) non sia accertata con pronunzia di annullamento, esso continui ad esplicare i suoi effetti al pari del provvedimento valido".

⁵⁴ Di recente è stato sostenuto che il modo dell'equiparazione trova giustificazione teorica e fondamento normativo sul terreno dei principi costituzionali e dei compiti attribuiti alla amministrazione dalla Costituzione: segnatamente, nella "ineludibile esigenza che l'amministrazione dia una risposta concreta ai bisogni sociali attraverso la (doverosità della) propria azione consegnata entro i limiti segnati dai principi fondanti il sistema costituzionale; e nella strumentalità dell'efficacia giuridica alla produzione di conseguenze concrete sul piano della realtà materiale nella misura in cui siffatti limiti non vengano oltrepassati": M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 205.

Ora, ammesso che dalla predeterminazione costituzionale di alcuni fini e obiettivi dell'amministrazione possa essere immediatamente desunto il principio di doverosità dell'azione, non si vede come questa doverosità possa essere poi invocata a fondamento della efficacia dei provvedimenti invalidi. Semmai, dalla impostazione costituzionale potrebbe esser tratta l'indicazione contraria: si potrebbe dire che la predeterminazione dei compiti esclude che l'amministrazione possa adottare atti efficaci che perseguono fini diversi; e da qua concludere che i provvedimenti invalidi devono essere inefficaci (quantomeno nelle ipotesi in cui l'invalidità comporta la disfunzionalità), pena il riconoscimento alla amministrazione della possibilità di realizzare fini diversi da quelli predeterminati dalla Costituzione e dalla legge.

condivisa da potersi considerare vigente: e si può quindi affermare senza timore di smentite che, *nella maggior parte dei casi*, il provvedimento invalido è efficace al pari di quello valido⁵⁵.

A questo punto, però, l'attenzione deve essere spostata oltre i limiti di codesta regola, domandandosi se il sistema ammetta una forma di invalidità del provvedimento che ne determina l'inefficacia ovvero se il provvedimento inefficace sia esclusivamente quello giuridicamente inesistente. L'interrogativo così posto riguarda l'ammissibilità del provvedimento nullo⁵⁶, intendendo per tale, provvisoriamente e in via stipulativa, il provvedimento giuridicamente esistente e ciò malgrado affetto da una invalidità che ne determina l'inefficacia.

Invano si cercherebbe la risposta a questa domanda nei primi studi dedicati alla nullità del provvedimento⁵⁷. Essi risalgono ad un'epoca in cui la distinzione tra nullità ed inesistenza, per un verso, e, per altro verso, tra nullità e annullabilità non era affatto chiara. La dottrina amministrativistica del tempo⁵⁸, non diversamente dai compilatori del codice civile allora vigente, si richiamava all'esperienza francese: la nullità, retta dal principio di tipicità delle cause, era così articolata in assoluta e relativa, radicale e giudiziale: da essa non si distingueva l'annullabilità, che al contrario si identificava nella nullità relativa⁵⁹; l'inesistenza era lo strumento adoperato dagli interpreti per estendere il regime dell'inefficacia alle ipotesi di imperfezione per le quali la legge non comminava la nullità⁶⁰.

Maggiori indicazioni si possono trarre dal dibattito immediatamente successivo, quando la dottrina italiana, pur richiamandola continuamente, fece mostra di non accogliere integralmente la distinzione tra nullità e annullabilità elaborata dalla pandettistica tedesca⁶¹ (che concepiva la nullità, equiparandola all'inesistenza, come man-

⁵⁵ Sul carattere generale dell'annullabilità v. A. POLICE, *Annulabilità e annullamento*, cit., 49. Sulla tendenziale disgiunzione tra efficacia e validità del provvedimento amministrativo nell'ordinamento tedesco v. D. DE PRETIS, *L'atto amministrativo autoritativo nell'esperienza tedesca*, in AA.VV., *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, cit., 308 s.

⁵⁶ Il tema è stato approfondito dalla dottrina recente. Ci si limita pertanto a ripercorrere le vicende essenziali del dibattito sulla nullità, rinviando senz'altro per ulteriori approfondimenti alle opere di R. CARANTA, *op. cit.*, 89 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 122 ss., 240 ss., 453 ss.; A. BARTOLINI, *op. cit.*, 3 ss.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 88 ss.; F. ASTONE, *Nullità e annullabilità*, cit., 33 ss.; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento nullo*, cit., 81 ss.; M.C. CAVALLARO, *op. cit.*, 165 ss.

⁵⁷ R. PORRINI, *Contributo alla teoria delle nullità degli atti amministrativi*, in *Arch. Giur.*, 1900, 519 ss.

⁵⁸ R. PORRINI, *op. cit.*, 531 ss.

⁵⁹ Sulla derivazione dell'annullabilità dalla nullità relativa e sul "ritorno" di quest'ultima v. R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. Disc. Priv.*, cit., 303 s.

⁶⁰ Per indicazioni e riferimenti dottrinali v. R. SACCO, *Nullità e annullabilità (Diritto Civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, cit., 455 s.; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 14 ss.; ID., *Nullità (dir. civ.)*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, 1; R. CARANTA, *op. cit.*, 56; A. BARTOLINI, *op. cit.*, 3-5; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 88 ss.; A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2009, 796 s.; A. LA SPINA, *op. cit.*, 11-13; M.C. CAVALLARO, *op. cit.*, 178.

⁶¹ Per questo rilievo v. A. BARTOLINI, *op. cit.*, 9-12; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 90.

cata qualificazione giuridica dell'atto⁶² che dà luogo a radicale inefficacia⁶³). I principali Autori, infatti, si limitarono ad applicare gli schemi della pandettistica sul versante causale (la struttura del provvedimento veniva scomposta secondo lo schema degli elementi del negozio e la nullità fatta discendere dal grave difetto o dalla assenza di uno di questi⁶⁴), assumendo invece un atteggiamento oltremodo scettico nei riguardi della nullità come sinonimo di inefficacia⁶⁵. Presso di essi fu notazione diffusa che in relazione al provvedimento amministrativo la nullità si comporta come annullabilità: assistito dalla presunzione di legittimità, il provvedimento nullo produce effetti sino a quando l'autorità competente non lo rimuove⁶⁶. L'inefficacia è condizione riservata al provvedimento giuridicamente inesistente, per tale intendendo quello che neppure proviene dall'autorità amministrativa⁶⁷.

La posizione ibrida assunta dalla dottrina con riferimento alla nullità si giustifica, come è stato osservato⁶⁸, alla luce dell'esigenza di contemperare il rigore degli schemi dogmatici di matrice tedesca, la cui validità deriva dalla convinta adesione al metodo giuridico, con l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa italiana, che, vuoi perché considerava il regime della nullità-inefficacia incompatibile con

⁶² Sull'equiparazione di nullità ed inesistenza che scaturisce dalla concezione del negozio nullo come fattispecie priva di qualificazione giuridica v. F. CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Dir. Proc.*, 1955, 208 ss.; B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, 27; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 284. Cfr. A. LA SPINA, *op. cit.*, 22-26, con ampie argomentazioni critiche in ordine alla logica "riduzionista" di questa concezione; M.C. CAVALLARO, *op. cit.*, 178.

⁶³ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., 264-266.

⁶⁴ Per questo approccio v. S. TRENTIN, *L'atto amministrativo. Contributo allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, 1915, 305-309; O. RANELLETTI, *Le guarentigie amministrative e giurisdizionali della giustizia nell'amministrazione*, Milano, 1930, 102 ss.; E. PRESUTTI, *Diritto amministrativo italiano*, I, cit., 157; R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica*, cit., 74 ss.; G. CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit., 81, dove si afferma che la nullità "è determinata dalla mancanza, [l'annullabilità] dal vizio di un requisito essenziale ovvero dalla mancanza di un requisito non essenziale"; R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941, rist. Milano, 1963, 357 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 1947, cit., 239; P. GASPARRI, *op. cit.*, 106, *passim*; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, rist. a cura di G. MIELE, Padova, 1960, 571 s.

⁶⁵ A. BARTOLINI, *op. cit.*, 9 s.; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 87 ss.

⁶⁶ S. TRENTIN, *op. cit.*, 305-309; A. DE VALLES, *op. cit.*, 344 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 596 ss., che espressamente collega il problema della nullità a quello dei poteri del giudice amministrativo come giudice dell'annullamento.

⁶⁷ Molto chiaro A. DE VALLES, *op. cit.*, 344 ss., 351: "non si sfugge al dilemma: o l'atto non può concepirsi come amministrativo, ed allora non può parlarsi di pretese dell'amministrazione pubblica (...). Oppure l'atto si concepisce come amministrativo, e allora per la presunzione di legittimità che l'accompagna, è necessaria per distruggerlo una reazione degli interessati"; sul punto ampiamente R. CARANTA, *op. cit.*, 140 - 146, il quale osserva che dal "requisito minimo ed ancora indeterminato della provenienza dell'atto da un'autorità amministrativa si è poi dipanata la storia dell'istituto dell'inesistenza dell'atto amministrativo": il cui ambito, come meglio si vedrà nel testo, era destinato "a spingersi oltre questi limitati confini, per venir ad interessare atti invece sicuramente attribuibili ad una pubblica amministrazione".

⁶⁸ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 92.

le esigenze di certezza giuridica richieste nei rapporti amministrativi⁶⁹, vuoi perché offuscata dal pregiudizio autoritario secondo cui il provvedimento ha in sé la forza di produrre effetti⁷⁰, riconduceva tutti gli stati viziati del provvedimento al regime della annullabilità⁷¹. Pur autorevolmente sostenuto⁷², infatti, l'approccio dogmaticamente più rigoroso, che applicava fedelmente al provvedimento gli schemi concettuali elaborati dalla pandettistica in tema di nullità ed annullabilità, facendo derivare dalla prima la radicale inefficacia dell'atto, non ebbe alcun riscontro oltre le mura delle aule universitarie⁷³.

Stretta tra l'annullabilità, da una parte, e l'inesistenza, dall'altra, la nullità venne progressivamente abbandonata dalla dottrina amministrativistica, che si affidò sempre più risolutamente allo schema binario inesistenza – invalidità/annullabilità. Si affermò cioè l'idea che, se vi è il provvedimento, vi sono anche gli effetti; e che, se non vi sono gli effetti, ciò è perché non vi è neppure il provvedimento⁷⁴. Entro questa prospettiva, una parte della dottrina⁷⁵ non abbandonò il tema degli elementi essenziali, ma lo rilesse in chiave di condizioni di esistenza del potere e, correlativamente, dell'atto che ne è espressione⁷⁶. Altra parte della dottrina, invece, rivelatasi in seguito maggioritaria, maturò una vera e propria avversione nei confronti dell'approccio strutturale al provvedimento, ritenuto non idoneo a intercettarne la dimensione funzionale e l'essenza di decisione sottoposta al principio di legalità e volta a stabilire un punto di equilibrio nel conflitto tra autorità e libertà⁷⁷. La messa al bando della nullità, che – definita come mancanza degli elementi essenziali – di quell'approccio costituiva il naturale *pendant*, fu in questo caso ancora più evidente: l'invalidità venne identificata senza riserve con l'annullabilità, cui venne affiancata la figura del com-

⁶⁹ A. BARTOLINI, *op. cit.*, 20.

⁷⁰ Per questa lettura B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 241 ss.

⁷¹ Cfr. R. CARANTA, *op. cit.*, 135 ss., 169 ss.; A. BARTOLINI, *op. cit.*, 20.

⁷² Soprattutto da O. RANELLETTI, *Le garanzie amministrative* cit., 102 ss. La dottrina è concorde nel considerare Ranelletti come colui che per primo applicò fedelmente gli schemi della pandettistica al provvedimento amministrativo: cfr. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 44; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 140 s.; A. BARTOLINI, *op. cit.*, 12 s.

⁷³ Per questo giudizio A. BARTOLINI, *op. cit.*, 14 s.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 93.

⁷⁴ Sia pur con diversi accenti: V. ROMANELLI, *op. cit.*, 137 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 313 ss.; M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 561 s.; R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, 1971, 382; G. GUARINO, *op. cit.*, 231 ss.; F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 150. *Contra*, E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 26-30, secondo il quale la nullità assorbe l'inesistenza, concetto giudicato non sufficientemente rigoroso: ma, come vedremo, la critica si risolve nella semplice perorazione di una esigenza logica. Per ulteriori indicazioni bibliografiche cfr. A. BARTOLINI, *op. cit.*, 29.

⁷⁵ Il riferimento qui è a A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., II, 454 ss., ma lo stesso approccio è presente anche nelle opere dello stesso A., alcune precedenti, citate alle note successive (si veda, ad esempio, lo studio sulla delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi).

⁷⁶ Lo osserva criticamente A. BARTOLINI, *op. cit.*, 27.

⁷⁷ Si rinvia, per tutti, a M.S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., 290. Sul punto ampie indicazioni in M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 93 ss.

portamento senza potere⁷⁸ o del provvedimento inesistente e, pertanto, inefficace⁷⁹.

Ciò posto, sarebbe errato vedere nella “crisi” della nullità un momento di rottura nell’evoluzione dei rapporti tra invalidità ed inefficacia del provvedimento. Considerato che la nullità presso gli scrittori più antichi non equivaleva ad inefficacia, sembra infatti doversi affermare che l’alternativa tra annullabilità ed inesistenza traduce regole consolidate: che il provvedimento invalido è efficace; che l’inefficacia deriva dalla mancata qualificazione dello stesso da parte dell’ordinamento, cioè dalla sua inesistenza giuridica.

La capacità euristica dello schema binario annullabilità – inesistenza individuato dalla dottrina, peraltro, si è rivelata notevole, al punto tale da interiorizzare, e quindi depotenziare sul piano concettuale, anche quegli indirizzi giurisprudenziali successivi che pur avrebbero potuto decretarne l’obsolescenza. Il richiamo alla nullità da essi spesso operato, infatti, non è significativo di un nuovo atteggiarsi dei rapporti tra invalidità ed inefficacia, giacché, come si tenterà di dimostrare, il provvedimento che talvolta si definisce nullo è in realtà quello privo di qualificazione, ovvero giuridicamente inesistente⁸⁰.

Si allude in primo luogo alla figura, introdotta dalla Cassazione per riconquistare alcune delle porzioni di giurisdizione cedute con il concordato Romano-D’Amelio⁸¹, del provvedimento inefficace che non degrada o affievolisce il diritto soggettivo in quanto emanato in carenza di potere⁸². In termini di qualificazione dell’atto, l’opi-

⁷⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 553 s.

⁷⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1970, cit., 241.

⁸⁰ L’equiparazione tra nullità ed inesistenza si basa fondamentalmente su due mosse concettuali: la prima è di considerare l’atto nullo come non qualificato dall’ordinamento giuridico; la seconda è di distinguere tra inesistenza dell’atto giuridico, concetto affatto atecnico e inutilizzabile, e atto giuridico inesistente, nel senso, ancora una volta, di atto non qualificato (e perciò nullo). In questo senso cfr. soprattutto E. CANNADA BARTOLI, *L’inapplicabilità*, cit., 26-30. Sul punto, in termini generali, ampie indicazioni e critiche in A. LA SPINA, *op. cit.*, 22 ss.

Come chiave di lettura dell’evoluzione dell’invalidità del provvedimento amministrativo la distinzione tra nullità ed inesistenza deve quindi essere utilizzata con molta cautela. R. CARANTA, *op. cit.*, 5, *passim* e B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 909 s., ne affermano addirittura l’inutilità. Sull’uso sinonimico dei termini nullità ed inesistenza v. N. PAOLANTONIO, *Nullità dell’atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Ann., I, Milano, 2007, 856 s. e M.C. CAVALLARO, *op. cit.*, 179, che giustamente rileva la sovrapposizione tra inesistenza giuridica e nullità.

⁸¹ Cass., SS.UU., 15 luglio 1930; C.d. S., Ad. Plen., 14 giugno 1930, n.1. M. D’AMELIO - Santi ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1929, 181 ss. In tema cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D’Amelio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 14 ss.

⁸² Cass., SS.UU., 4 luglio 1949, n. 1657, in *Foro. It.*, 1949, I, 926 ss. Ad ispirare tale indirizzo della giurisprudenza ordinaria fu probabilmente il saggio di G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove*, cit., 61. Lo osserva R. CARANTA, *op. cit.*, 172 s.

A seguito del “concordato”, si riteneva sufficiente per spostare la giurisdizione in capo al giudice amministrativo che l’amministrazione, con l’atto impugnato, avesse inteso esercitare un potere: ciò anche nel caso in cui questo potere fosse effettivamente insussistente. Con l’introduzione del criterio carenza - cattivo uso del potere, la giurisdizione ordinaria è esclusa solo ove l’atto in concreto adottato costituisca espressione di un potere effettivamente attribuito dalla legge all’amministrazione. Su questo aspetto cfr. F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, cit., 107.

Gode di ampi consensi in dottrina la tesi secondo cui, introducendo la figura della carenza di potere, la giu-

nione maggioritaria, dalla quale non vi è ragione di discostarsi, è che la carenza di potere non dia luogo a nullità ma ad inesistenza. Concepito il provvedimento come atto di esercizio del potere, infatti, è piuttosto evidente che esso esiste come atto giuridico rilevante solo nella misura in cui possa essere ricondotto al potere; e che, correlativamente, nell'ipotesi in cui ciò non sia possibile, il provvedimento sia giuridicamente inesistente, e non esistente e nullo⁸³. In definitiva, introducendo la figura della carenza di potere, la giurisdizione ordinaria ha esteso l'area della inesistenza, ma non ha introdotto una forma di invalidità che dà luogo ad inefficacia. Se ne trova conferma sul piano della causa, dal momento che la carenza di potere allude ad un ordine concettuale radicalmente diverso da quello tipico della nullità: mentre quest'ultima tradizionalmente implica un'attenzione al provvedimento come atto giuridico (di cui si conosce la struttura e le partizioni), la prima sposta l'attenzione sul momento del potere e dei suoi presupposti: l'atto viene in rilievo solo indirettamente, come espressione di un potere esistente o meno⁸⁴.

Conclusioni analoghe valgono, a parere di chi scrive, per la carenza di potere in concreto, controversa figura introdotta dalla giurisprudenza ordinaria per designare la condizione del provvedimento adottato in assenza dei presupposti richiesti dalla legge (caso tipico è l'adozione del decreto di esproprio non preceduto dalla dichiarazione di pubblica utilità valida ed efficace)⁸⁵. Secondo una considerevole parte della dottrina,

risprudenza intese perfezionare il criterio di riparto disinteressandosi del problema della qualificazione giuridica dell'atto viziato. Cfr. N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 859; R. CARANTA, *op. cit.*, 177-179, 185 s., 221; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 21; V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, in N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 26; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 100. Ciò posto, osserva F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 108 s., che l'introduzione della carenza di potere dava corpo (o avrebbe potuto darlo) alle ipotesi di nullità o di inesistenza del provvedimento; in questo senso anche M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 102.

⁸³ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., II, 467; M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *op. cit.*, 288; A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 602. Ulteriori riferimenti al pensiero di Giannini con riguardo all'atto adottato in carenza di potere (precedentemente ascritto al genere dei comportamenti senza potere, denunciando la inesattezza della nozione di inesistenza: *Atto amministrativo*, cit., 562) sono in A. BARTOLINI, *op. cit.*, 25 s.; R. CARANTA, *op. cit.*, 171 s., osserva che l'inesistenza del potere si traduce in inesistenza dell'atto: fa comparsa così la seconda nozione di atto amministrativo inesistente, il cui punto di collegamento con la prima (inesistenza come mancanza degli elementi essenziali) è rappresentato dalla incompetenza assoluta (176, 240). Per la tesi dell'inesistenza dell'atto adottato in carenza di potere anche F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 138 s.: partendo dal presupposto che funzione della norma attributiva del potere è di qualificare come atto giuridico un eventuale comportamento materiale, l'A. osserva che "l'inesistenza dell'atto è data, innanzitutto, dal mancato esercizio del potere, tanto nel caso in cui ciò sia dovuto al fatto che il potere esista, ma non sia stato concretamente esercitato, quanto nel caso in cui ciò sia ascrivibile al fatto che il potere neppure esista e quindi neppure possa venire ad essere esercitato". Cfr. altresì F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 103.

⁸⁴ Per simili considerazioni v. F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 103.

⁸⁵ Cass., SS.UU., 24 ottobre 1958, n.3457, in *Giust. Civ.* 1958, 2029, con nota di A.M. SANDULLI, *Lesione di diritti soggettivi per l'esercizio di "potestas publica nondum data"*. Sul problema dell'ammissibilità della carenza di potere in concreto, come entità distinta dal cattivo uso del potere cfr. le ampie considerazioni di

la carenza di potere in concreto descrive uno stato patologico del provvedimento intermedio tra inesistenza ed annullabilità, da identificare nella nullità: la sussistenza degli elementi essenziali e la provenienza da un organo dotato del potere di adottarlo ne escludono l'inesistenza; l'ineidoneità a degradare i diritti soggettivi ne esclude l'efficacia e, perciò, l'annullabilità⁸⁶. Questa tesi, cui pure va riconosciuto il merito di concepire la nullità in termini rigorosi – come condizione in cui versa l'atto esistente e tuttavia inefficace –, non tiene in adeguata considerazione che, introducendo la figura della carenza di potere in concreto, la giurisprudenza ordinaria mostra di tener ferma la convinzione che l'inefficacia del provvedimento (e dunque il mancato affievolimento del diritto) può essere conseguita solo mercé la rescissione del legame tra lo stesso e il potere di cui vorrebbe essere espressione; conseguentemente, non apre ad una forma di invalidità che dà luogo ad inefficacia, ma sposta ancora una volta la linea di confine tra l'inesistenza e l'invalidità – annullabilità in favore della prima, ridisegnando all'interno della dialettica astratto-concreto il quadro dei presupposti necessari per l'esistenza del potere amministrativo (e dunque del provvedimento che ne è espressione). Sembra

R. CARANTA, *op. cit.*, 197-210, e ivi riferimenti di dottrina e giurisprudenza. Sul tema di recente A. ZITO, *Il tradizionale criterio di riparto*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 79 ss., dove anche ampi richiami alla giurisprudenza. La giurisprudenza amministrativa non condivide l'indirizzo della Cassazione, sulla base dell'argomento che la carenza di potere in concreto, riguardando provvedimenti che costituiscono esercizio di poteri attribuiti all'amministrazione, si risolve nel "cattivo uso del potere". Cfr. C.d.S., Ad. Plen., 4 dicembre 1964, n. 24, nonché le pronunce citate da A. ZITO, *Il tradizionale criterio di riparto*, cit., 80, e da N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 859 s.

⁸⁶ Per questa tesi F. SATTÀ, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1965, 596; G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 127 ss., dove si afferma che non è lecito "definire inesistenti come atti amministrativi quelle fattispecie che non solo si presentino compiute sotto il profilo formale, ma siano poste in essere in attuazione di un potere in astratto attribuito all'autorità, anche se in concreto difettino i presupposti per il suo esercizio"; ID., *Astratto e concreto nel potere: in margine al criterio discriminatore fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Foro. Amm.*, 1966, II, 56 ss.; sul punto A. BARTOLINI, *op. cit.*, 29, 32 s.

Diversa la posizione di A.M. SANDULLI, *Precisazioni in tema di mancanza di potere e di inesistenza dell'atto amministrativo*, in *Foro Amm.*, 1964, 200; ID., *Manuale*, cit., 468, secondo cui l'osservanza della norma attributiva e la presenza degli elementi essenziali non consentono di ritenere inesistente il provvedimento adottato in carenza di potere in concreto. Si tratta, per l'A., di un atto illegittimo (e perciò efficace) che, violando norme di relazione (quelle che ne individuano i presupposti), lede i diritti soggettivi del privato e perciò ricade nella giurisdizione del giudice ordinario, che lo può disapplicare. Questa soluzione costituisce un'applicazione della distinzione, elaborata dallo stesso A., *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi* (1948), in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, 57 ss.; ID., *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo* (1949), ivi, 112, tra: a) difetto di consistenza e titolarità del potere, cui segue l'inesistenza; b) difetto di effettività del potere (ad es., carenza dei presupposti), che dà luogo al provvedimento esistente lesivo di diritti soggettivi; c) esercizio difettoso del potere, che determina l'annullabilità del provvedimento affetto da vizi di legittimità.

Più in generale, osservano che il dibattito giurisprudenziale sulla carenza di potere in concreto è idoneo ad influire sul tema della invalidità del provvedimento amministrativo, ampliando l'area della nullità, A. ZITO, *Il tradizionale criterio di riparto*, cit., 83 e M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 109, che, pur manifestando un certo scetticismo nei confronti della tesi che considera nullo il provvedimento affetto da carenza di potere in concreto, riconosce che "la nozione di carenza in concreto di potere ha avviato l'indagine giuridica verso la ricerca di nuove distinzioni nell'ambito delle fattispecie non conformi".

porsi dunque una semplice alternativa: la carenza di potere in concreto può esser fatta rientrare nel raggio operativo dei vizi di legittimità, così sostanzialmente respingendola⁸⁷; oppure, se la si accoglie, va concepita come causa di inesistenza del provvedimento, al pari e per le stesse ragioni per le quali lo è la carenza di potere in astratto. Con la carenza di potere in concreto si conferma cioè l'idea che "l'assoluta incapacità dell'atto di produrre effetti imperativi sia ravvisabile soltanto laddove sia qualificabile l'inesistenza del potere amministrativo (escludendo l'idea della nullità dell'atto): il fatto poi che questa inesistenza sia astratta o concreta, incide solo sulla riconfigurazione degli elementi di esistenza e di inesistenza del potere amministrativo (e come tale riguarda direttamente solo il tema del rapporto tra giurisdizioni)"⁸⁸.

In definitiva, sembra ragionevole ritenere che, tramite la figura della carenza di potere (in astratto e in concreto), la giurisprudenza ordinaria non abbia introdotto una forma di invalidità del provvedimento che comporta l'inefficacia. Al contrario, essa, per individuare ipotesi di inefficacia da sottrarre alla cognizione del giudice amministrativo, si è mossa all'interno delle logiche binarie imposte dall'alternativa tra invalidità-annullabilità ed inesistenza, riformulando la teoria delle condizioni di esistenza del provvedimento. Che non consistono più nella generica riferibilità dello stesso all'amministrazione o nella presenza degli elementi essenziali ma si riassumono nella formula della sussistenza del potere (di cui la carenza è il contrario)⁸⁹.

I tratti fondamentali del sistema non sembrano essere stati sconvolti neppure dalla nullità del provvedimento adottato in violazione del giudicato⁹⁰. L'indirizzo giurisprudenziale che l'ha promossa, infatti, si limita ad affrontare "un problema di presupposti del giudizio di ottemperanza"⁹¹, estendendone l'esperibilità all'ipotesi in cui

⁸⁷ A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 603; E. CASSETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, cit., 249.

⁸⁸ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 106 s. Nella stessa direzione anche le condivisibili osservazioni di R. CARANTA, *op. cit.*, 223-231, secondo cui il vizio di carenza di potere ha carattere unitario, per cui, come è inesistente l'atto adottato in carenza in astratto, così lo è quello adottato in carenza in concreto: affermatasi la teoria dell'affievolimento, il giudice ordinario, per rivendicare la propria giurisdizione, deve negare l'esistenza dell'atto.

⁸⁹ Cfr. R. CARANTA, *op. cit.*, 167 ss., *passim*.

⁹⁰ C.d.S., Ad. Plen., 19 marzo 1984, n. 6. Critici nei confronti della configurazione del provvedimento adottato in violazione o elusione del giudicato in termini di carenza di potere e di nullità sono R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 385, il quale rileva che tale provvedimento resta efficace fino all'intervento del giudice, e L. MAZZAROLLI, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 224; favorevole G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, cit., 435 s., che dalla nullità introdotta dalla giurisprudenza trae argomento per sostenere che il provvedimento elusivo non rileva come atto ma come mero inadempimento all'obbligo che discende dal giudicato. L'A. si spinge anche oltre, adombrando l'idea che anche il provvedimento che puntualmente adempie il giudicato è un atto che del provvedimento ha gli effetti ma non la funzione (la cura dell'interesse pubblico). In termini generali, stante il carattere vincolante del giudicato, gli atti successivi della pubblica amministrazione sfuggirebbero alla considerazione in termini di legittimità/illegittimità e andrebbero concepiti come fatti di adempimento o inadempimento all'obbligo che discende dal giudicato.

⁹¹ F.G. SCOCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *op. cit.*, 172.

siano stati adottati provvedimenti in violazione od elusione del giudicato così da evitare al ricorrente, risultato vittorioso nel giudizio di cognizione, di dover promuovere una impugnazione autonoma nei confronti di tali atti⁹². Atti che non sono nulli ed inefficaci ma semplicemente annullabili, come dimostra il fatto che la giurisprudenza medesima, fuori dalle ipotesi in cui il ricorrente agisce per l'esecuzione del giudicato, ne richiede l'impugnazione entro gli ordinari termini decadenziali⁹³.

Il quadro si completa con un cenno all'importante giurisprudenza degli anni novanta del secolo scorso con la quale il Consiglio di Stato, superando un suo radicato indirizzo che le riconduceva all'area dell'annullabilità⁹⁴, ha cominciato ad applicare alle ipotesi di nullità testuale del provvedimento il regime della nullità codicistica⁹⁵. Questo *revirement* fornisce argomenti alla tesi secondo cui la presenza della sola annullabilità nel sistema dell'invalidità del provvedimento è conseguenza di un pregiudizio autoritario, venuto meno il quale il provvedimento invalido può essere sottoposto al regime effettuale previsto per il negozio⁹⁶. Ma la cautela è d'obbligo, come oggi si riconosce unanimemente: l'ambito delle nullità testuali cui si riferisce la giurisprudenza è limitato e non estensibile analogicamente, essendo queste previste da norme contenute in discipline settoriali "fortemente connotate dalla promiscuità tra situazioni di diritto e di interesse legittimo" quali il pubblico impiego⁹⁷, dove il giudice amministrativo opera in sede di giurisdizione esclusiva.

L'impressione che è dato trarre dal quadro tracciato, in definitiva, è che la giurisprudenza, introducendo istituti quali la carenza di potere (in astratto e in concreto) o la nullità per violazione od elusione del giudicato, non ha contraddetto l'alternativa tra annullabilità ed inesistenza e dunque smentito la regola secondo cui l'invalidità del provvedimento in nessun caso determina inefficacia; al contrario, ne ha confermato la vitalità e la capacità euristica.

Rimane a questo punto da valutare l'impatto avuto su tale sistema dalla legge n. 15 del 2005, con la quale è stata espressamente prevista la nullità del provvedimento (art.

⁹² F.G. SCOCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi*, cit., 172.

⁹³ L'osservazione è di N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 866 s.

⁹⁴ Sulla "ostilità" manifestata dalla giurisprudenza amministrativa nei confronti delle norme che prevedevano la nullità del provvedimento amministrativo (contenute, per esempio, nella legge comunale e provinciale del 1915 e del 1934 e nel t.u. degli impiegati civili dello Stato del 1957) cfr. A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 603; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 126; R. CARANTA, *op. cit.*, 117 ss.; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 111 s.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 113 s.

⁹⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 29 febbraio 1992, n. 1, in *Giur. It.*, 1992, III, 1, 545, con nota di E. CANNADA BARTOLI. Cfr. S. CASSESE, *Un nuovo orientamento del giudice amministrativo sul pubblico impiego*, in *Foro It.*, 1993, III, 32 ss.; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 112 s.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 115 s.; M.C. CAVALLARO, *op. cit.*, 195.

⁹⁶ In questo senso soprattutto S. CASSESE, *Un nuovo orientamento del giudice amministrativo sul pubblico impiego*, cit., 32 s.

⁹⁷ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 116. Per un panorama delle nullità testuali cfr. M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 112 s.; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 36-39 ss.; P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., 419 ss.

21 *septies*, l. 241/1990) come forma di invalidità che si aggiunge alla annullabilità (art. 21 *octies*, l. 241/1990) e che si realizza in presenza di difetto assoluto di attribuzione, mancanza di un elemento essenziale, violazione o elusione del giudicato, e negli altri casi previsti dalla legge.

Di certo, la novella pone termine alle discussioni intorno all'ammissibilità della nullità del provvedimento amministrativo⁹⁸; la carenza di potere in astratto è sottratta all'area dell'inesistenza e ricondotta a quella della nullità tramite la clausola del difetto assoluto di attribuzione⁹⁹; trova conferma l'orientamento che estende la nullità al provvedimento adottato in violazione o elusione del giudicato; torna sulla scena il difetto degli elementi essenziali, causa principale di nullità secondo la dottrina più antica.

La norma non si pronuncia invece in ordine alle conseguenze della nullità, ossia al regime effettuale del provvedimento nullo.

Ciononostante, parte della dottrina, assumendo il valore categoriale della nullità di diritto privato, ritiene implicito nella previsione legislativa il rinvio al codice civile e al regime ivi previsto, in base al quale la nullità sarebbe causa di inefficacia del negozio¹⁰⁰, e pertanto dirige i propri sforzi verso la definizione dell'ambito di appli-

⁹⁸ Cfr. A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento*, cit., 796 s., per il quale l'introduzione della nullità "ha definitivamente espunto la categoria dell'inesistenza come forma di invalidità atipica (...) l'inesistenza troverà pertanto cittadinanza nel diritto amministrativo solo in quanto si configuri come tale in senso tecnico", ossia nell'ipotesi "in cui l'atto non sia affatto configurabile giuridicamente, cioè non sia rilevante per il diritto". In termini simili M.C. CAVALLARO, *op. cit.*, 186 ss., secondo cui tutte le ipotesi indicate dalla norma sono riconducibili alla nullità per carenza di potere, non essendo concepibile la nullità del provvedimento per violazione di norme imperative, dal momento che l'inosservanza di queste ultime si traduce nel vizio di violazione di legge e dunque nell'annullabilità. La nullità, secondo l'A., come sanzione prevista dall'ordinamento per il provvedimento adottato in carenza di potere, è funzionale, per un verso, alla affermazione del principio di legalità e, per altro verso, alla realizzazione del connesso principio democratico. Il provvedimento nullo, infatti, in quanto adottato in carenza di potere, "spezza quel legame tra esercizio del potere e sovranità elettorale, che nella legge trova la sua massima espressione".

⁹⁹ L'art. 21 *septies* fa questione di "difetto assoluto di attribuzione": espressione che, secondo la dottrina prevalente, allude alla carenza di potere in astratto. Questo, secondo M.C. CAVALLARO, *op. cit.*, 204 ss., non determina la scomparsa della carenza di potere in concreto, dal momento che a quest'ultima andrebbe ricondotta la nullità per carenza degli elementi essenziali: "la nullità del provvedimento per mancanza di un elemento essenziale coincide con quella che un tempo era qualificata come carenza di potere in concreto, poiché il potere in astratto esiste, ma manca uno dei suoi presupposti per il concreto esercizio" (209). Negli stessi termini M.C. CAVALLARO - M. IMMORDINO, *La nullità del provvedimento amministrativo tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21 septies L. 241/1990*. La tesi secondo cui nel difetto assoluto di attribuzione non rientra la carenza di potere in concreto è criticata da D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 83 s., alla luce della considerazione che il principio di tipicità degli atti autoritativi, in cui si traduce "l'irrinunciabile loro fondamento legislativo in funzione di garanzia di interessi di particolare rilievo costituzionale", non è soddisfatto da una "generica autorizzazione del legislatore ad emanarlo", occorrendo "una disciplina comprensiva anche di presupposti e condizioni per il suo esercizio cui pare conseguente la sanzione della giuridica inesistenza per gli atti che si discostino anche solo in parte dal modello legale fondato su simili peculiari esigenze".

¹⁰⁰ In questo senso A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento*, cit., 813 ss., 829, secondo cui, laddove il legislatore "sancisca la nullità senza aggiungere alcunché, allora la disciplina da prendersi in considerazione sarà quella codicistica, non per una pretesa impostazione di centralità del codice civile in tutte le branche del

cazione della sanzione (e dunque all'esegesi dell'art. 21 *septies*).

Questo indirizzo poggia su due tesi poco convincenti.

La prima è quella secondo cui, sebbene la legge nulla preveda al riguardo, al provvedimento nullo deve applicarsi il regime del contratto nullo: vuoi perché il legislatore del 2005 avrebbe implicitamente fatto rinvio al codice civile, vuoi per la centralità di quest'ultimo nella disciplina dei rapporti giuridici. Questa posizione è evidentemente fondata su una congettura, e non ha pertanto valore scientifico superiore ad altre posizioni, che si potrebbero esprimere sulla base di diverse congetture. Si può forse escludere, sia sul piano logico sia su quello della plausibilità, che il rinvio debba essere inteso in favore del regime della nullità degli atti processuali civili (che, notoriamente, non ne comporta l'inefficacia), in quanto anch'essi, al pari del provvedimento, atti dei pubblici poteri?¹⁰¹ Ovvero che la nullità di cui parla l'art. 21 *septies* abbia gli stessi connotati della nullità cui si riferivano gli autori antichi (una nullità, cioè, che, coesistendo con la presunzione di legittimità, non era incompatibile con l'efficacia del provvedimento)?

La seconda tesi, parimenti criticabile, è quella della radicale inefficacia del negozio nullo. Come ampiamente rilevato dalla dottrina civilistica, questo principio, affermato dalla tradizione pandettistica, stenta a trovare fondamento nel diritto positivo: al contrario, l'efficacia del negozio nullo, già presupposta da alcune importanti disposizioni contenute nel codice civile¹⁰² – che pure genericamente può essere considerato

diritto, *ma perché quella disciplina è espressione del concetto stesso di nullità*" (corsivo mio). Questa posizione, a mio parere, è affetta da un vizio di ordine metodologico. Si ragiona antepoendo i concetti dogmatici al diritto positivo (e, a questa stregua, per esempio, si rifiuta di riconoscere la perdita di unità categoriale della nullità anche a seguito del proliferare dei relativi statuti normativi), quasi che compito istituzionale del legislatore fosse quello di tradurre in soluzioni operative determinate istanze concettuali (razionali quanto si vuole). È vero l'esatto contrario: i concetti giuridici – ammonisce S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., 152 ss. – sono "pseudoconcetti": costruzioni artificiali, operate dalla dogmatica per razionalizzare il dato che, proprio per questa origine, restano sempre esposte alle mutazioni del diritto positivo e, più in generale, al fluire della storia.

Sostanzialmente non diversa, anche se diversamente argomentata, è la posizione di M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali*, cit., 165 ss., che desume la regola dell'inefficacia dell'atto nullo (si badi: di qualsiasi atto che la legge definisce in questi termini) dalla "ragion d'essere" della nullità medesima: dal suo costituire, cioè, sanzione degli atti giuridici invalidi, posta a tutela di interessi generali (individuati, per il provvedimento amministrativo, nel valore della legalità e della democraticità dell'azione del potere esecutivo). Giusta questa impostazione di fondo, tendente a connotare "in senso forte" la nullità e ad attribuire valore categoriale alla distinzione con l'annullabilità, l'A. assume come dato non problematico l'inefficacia del provvedimento nullo e si concentra sull'ambito di applicazione della sanzione.

¹⁰¹ In questo senso, interessanti spunti in P. CARPENTIERI, *Nullità e teorie dell'atto amministrativo*, in *www.giustamm.it*.

¹⁰² È osservazione diffusa che il codice del 1942 ha provato a mettere ordine nel sistema dell'invalidità del contratto, discostandosi dal modello francese e recependo quello tedesco. La dottrina rileva tuttavia che questo tentativo è riuscito solo parzialmente, essendo presenti graduazioni ed eccezioni sia nel regime della nullità che in quello dell'annullabilità. Si pensi, per esempio: alle ipotesi di nullità relativa (art. 123 c.c.) e a quelle viceversa di annullabilità assoluta, alla decadenza dall'azione di nullità prevista dall'art. 117 c.c. comma terzo, al controverso istituto della sanatoria del negozio nullo (art. 590: conferma del testamento nullo), ai limiti all'estensione

ispirato all'opposto principio dell'inefficacia – è fenomeno dilagante nella legislazione speciale, costituendo la regola in importanti settori disciplinari, come quello dei contratti del consumatore¹⁰³.

La ricostruzione in via esegetica del profilo effettuale del provvedimento nullo è resa ulteriormente problematica dalla norma sull'azione di nullità davanti al giudice amministrativo, contenuta nel codice del processo amministrativo (art. 31). Questa, infatti, fornisce indicazioni contraddittorie: per un verso, ascrivendo tramite la propria rubrica l'azione di nullità del provvedimento al novero delle azioni di accertamento, sembra presupporre la tranquillizzante immagine dell'assoluta inefficacia del provvedimento nullo; per altro verso, sottoponendo l'esercizio dell'azione ad un termine decadenziale breve (180 gg.), sembra ammettere il consolidamento degli effetti del provvedimento nullo, deponendo dunque nel senso della sua efficacia originaria¹⁰⁴.

In conclusione, se è vero che dal 2005 la nullità ha certamente fatto ingresso nella teoria del provvedimento amministrativo, è anche vero che le conseguenze di questa novità sul terreno dei rapporti tra invalidità ed (in)efficacia sono tutt'altro che chiare. Le difficoltà che si pongono all'attenzione dell'osservatore, in particolare, non possono essere superate tramite l'esegesi delle disposizioni, data la laconicità del dettato normativo e l'arbitrarietà di qualsiasi operazione che volesse leggere l'intero sistema alla luce di un inesistente, e comunque malfermo, parametro civilistico.

della nullità della clausola all'intero contratto *ex art. 1419 c.c.* Cfr. R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. Disc. Priv.*, cit., 293 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1979, 665 s.; A. LA SPINA, *op. cit.*, 13 ss.

¹⁰³ Sul punto si rinvia senz'altro a V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto in trasformazione*, cit., 180-187; ID., *Contratto e regolamento nel piano d'azione della nullità di protezione*, cit., 197 ss.

Nella dottrina amministrativistica v. A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007, che condivisibilmente osserva come "l'evoluzione normativa della nullità di diritto privato sembra aver definitivamente messo in crisi lo stesso valore categoriale della figura, cui non corrisponderebbe più (...) un nucleo disciplinare costante (...) perché si danno in diritto positivo, non uno solo, ma diversi statuti della nullità, in cui i tradizionali caratteri dell'assolutezza, imprescrittibilità e rilevanza d'ufficio (per tacere dell'insanabilità) non sono tutti egualmente presenti, o sono diversamente modulati".

¹⁰⁴ Sull'azione di nullità *post codicem* v. B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 269 ss.; ID., *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, 1356 ss.; E. FOLLIERI, *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2012, il quale però desume l'inefficacia del provvedimento nullo dalla denominazione dell'azione come azione dichiarativa, dalla rilevanza d'ufficio, e da altri indici sistematici; V. LOPILATO, *Sub art. 31*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 321; F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Commento all'art. 31*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, I, Roma, 2010, 530.

Ante codicem A. BARTOLINI, *op. cit.*, 345 ss.; N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 870 ss.; A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, cit.; G. TROPEA, *Considerazioni sul trattamento processuale del provvedimento amministrativo nullo*, in *www.giustamm.it*, 2007; F. LUCIANI, *Inefficacia e rilevanza giuridica dell'atto amministrativo nullo. Considerazioni sull'azione di nullità di fronte al Giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007; P. CHIRULLI, *Azione di nullità e riparto di giurisdizione*, in *www.giustamm.it*, 2007; S. VINTI - D. CAPOTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, *passim*; F. ASTONE, *Nullità e annullabilità*, cit., 149 ss.; A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento*, cit., 2009, 795 ss.

L'unica via metodologicamente corretta per verificare l'ipotesi di un provvedimento invalido e, pertanto, inefficace è dunque quella intrapresa dalla dottrina che negli ultimi anni ha affrontato il tema della nullità sin dai suoi fondamenti nella teoria della fattispecie.

Divise sul ruolo della nullità nel sistema del diritto amministrativo e sulle ragioni della sua opportunità¹⁰⁵, queste teorie si propongono di tracciare una netta distinzione

¹⁰⁵ Il primo contributo recente sul tema vede nella valorizzazione della nullità, resa possibile dalle aperture giurisprudenziali sopra segnalate, il completamento del processo di trasformazione che il diritto amministrativo ha conosciuto negli ultimi anni, contrassegnato per un verso dall'implementazione dell'incidenza dei principi costituzionali e, per altro verso, dalla "civiltà" di alcuni rapporti tradizionalmente caratterizzati dall'impronta autoritativa (A. BARTOLINI, *op. cit.*, 47 ss. Sulla necessità di rileggere l'invalidità alla luce dei valori costituzionali cfr. soprattutto R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento*, cit., 617; sulla "privatizzazione del diritto amministrativo", cui si accompagna peraltro l'"estensione delle discipline pubbliche" v. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 75 ss., 155 ss., 238 ss.). Esemplicativamente, la qualificazione del provvedimento in termini di nullità, costituendo il presupposto per l'applicazione in diritto amministrativo del regime civilistico della nullità, accresce gli spazi della tutela giurisdizionale avverso gli atti della p.a., ed è quindi funzionale a dare attuazione ad un principio costituzionale di rilevanza anche sovranazionale qual è quello dell'effettività della tutela (in questo senso già B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti*, cit., 304, ripreso da A. BARTOLINI, *op. cit.*, 49); ancora: qualificando in termini di nullità gli atti adottati dagli organi scaduti, si rinsalda il divieto di *prorogatio* degli organi, che è a sua volta espressione del principio costituzionale di buon andamento e imparzialità nonché del principio di legalità (A. BARTOLINI, *op. cit.*, 49, che richiama Corte Cost., 30 dicembre 1994, n. 464); più in generale: l'applicazione dello schema della nullità e delle regole civilistiche di cui è composto è un tassello importante nella costruzione di un diritto amministrativo paritario (A. BARTOLINI, *op. cit.*, 64 s.).

La valorizzazione della nullità in diritto amministrativo non è riguardata con favore solo da chi giudica positivamente la contaminazione tra diritto pubblico e diritto privato e la diffusione dei modelli consensuali. In una prospettiva scettica nei riguardi della "mistica del consenso" (M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 120, *passim*, sulla scia di F.G. COCA, *Autorità e consenso*, in AA.Vv., *Autorità e consenso. Atti del convegno di Varenna*, settembre 2001, Milano, 2002, 21 ss., 45, cui si deve il conio dell'espressione "mistica del consenso" insieme ad un'acuta analisi dei limiti dell'impostazione pan-consensualista; adesivamente, da ultimo, G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà*, cit., 376) si osserva che, per indicare lo spazio che la nullità può convenientemente occupare in seno alla teoria del provvedimento amministrativo, è necessario individuare con precisione i valori che sono a fondamento dell'equiparazione dell'efficacia del provvedimento invalido a quella del provvedimento valido. Solo entro i limiti in cui tali valori si fanno recessivi rispetto ad altri concorrenti ed incompatibili, è lecito denunciare l'irrazionalità di un sistema assestato sull'opzione inesistenza-annullabilità. Tanto premesso, dopo un'accurata analisi storico-dogmatica si formula la tesi secondo cui il "modo dell'equiparazione" trova giustificazione teorica e fondamento normativo sul terreno dei principi costituzionali e dei compiti attribuiti dalla Costituzione alla amministrazione. Sarebbe l'"ineludibile esigenza che l'amministrazione dia un risposta concreta ai bisogni sociali attraverso la (doverosità della) propria azione consegnata entro i limiti segnati dai principi fondanti del sistema costituzionale" (M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 205) ad aver imposto il regime della annullabilità. Lo schema della nullità, con la conseguente inefficacia del provvedimento, andrebbe applicato in presenza di vizi gravi attinenti alla causa dell'atto: nullo, in particolare, sarebbe il provvedimento il cui contrasto con l'interesse pubblico concreto è talmente intenso da arrecare "una irrimediabile ferita (un inammissibile superamento dei limiti) alla legittimazione che il dato costituzionale consegna all'amministrazione in vista del perseguimento in concreto dell'interesse pubblico" (M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 271). In termini conclusivi, come la dimensione funzionale del provvedimento fonda il modo dell'equiparazione, così la "ribellione" all'interesse pubblico compiuta dal provvedimento invalido depone per il "modo della separazione": la nullità è presentata come lo strumento ideale per la costruzione di un sistema razionale, dove l'equiparazione dell'efficacia del provvedimento invalido a quella del provvedimento valido opera nei limiti in cui è sostenuta da una ragion d'essere.

tra la nullità e l'inesistenza, nella consapevolezza del fatto che la promiscuità tra le due figure ha giocato a sfavore della prima. A questo scopo vengono messe in atto strategie concettuali diverse, ma convergenti nel far uso della categoria della rilevanza giuridica. Più in particolare, l'assioma condiviso è che il provvedimento (e, in generale, l'atto giuridico) nullo si distingue da quello inesistente perché, a differenza di quest'ultimo, è giuridicamente rilevante. La nullità presuppone la rilevanza; l'inesistenza è sinonimo di irrilevanza¹⁰⁶.

Ma cosa determina la rilevanza del provvedimento nullo? E quali le sue conseguenze sul piano concreto? Intorno a queste due domande ruotano il dibattito e le diverse soluzioni proposte.

Una prima tesi individua nel provvedimento nullo una fattispecie rilevante, cioè giuridicamente qualificata in quanto conforme ad uno schema normativo, e tuttavia inefficace¹⁰⁷. Ciò in adesione alla concezione del giudizio di rilevanza come momento autonomo e indipendente dal ricollegamento degli effetti; e in critica alla tesi tradizionale, secondo cui la rilevanza designa attitudine del fatto alla produzione di effetti (tesi che, ignorando colpevolmente l'autonomia del momento della qualificazione della fattispecie, finirebbe per equiparare l'atto nullo a quello inesistente in quanto entrambi inefficaci e, per questo, irrilevanti)¹⁰⁸.

Questa impostazione non è condivisa da altra dottrina, secondo cui la rilevanza non può essere ridotta all'astratta conformità del fatto alla descrizione normativa perché il diritto "non è un fenomeno descrittivo (statico)" ma consiste in una serie di regole

¹⁰⁶ M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., *passim*; A. BARTOLINI, *op. cit.*, 73 ss.; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 28 ss.; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali*, cit., 183 ss.

Nella dottrina precedente B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 298 ss., per il quale la nullità è la reazione dell'ordinamento a fronte di atti pretesi inesistenti; ma soprattutto A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 602, che identifica la rilevanza con l'esistenza e concepisce la nullità come forma di reazione predisposta dall'ordinamento a fronte di atti rilevanti. Critico sul punto N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 858 s., secondo il quale non può esservi "distinzione di sostanza tra atto amministrativo nullo ed atto inesistente". In un ordinamento dove vige il principio di legalità sono inefficaci gli atti che non costituiscono esercizio di poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione. Questi atti sono pertanto nulli, ma li si può convenientemente denominare anche inesistenti, nel senso che non esistono come atti amministrativi. A fronte di queste conclusioni, l'A. avverte comunque la necessità di mantenere la distinzione tra atto rilevante (nullo) ed irrilevante (inesistente) "poiché il primo riceve un esplicito riconoscimento normativo dall'art. 21-septies l. n. 241, cit.: un provvedimento amministrativo nullo, quindi, esiste perché è la legge a definirlo".

L'utilizzo della categoria della rilevanza come criterio discriminatore tra il negozio nullo e quello inesistente è diffuso anche presso i civilisti. V., con diverse sfumature, V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia*, cit., 130; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità*, cit., 91 ss.; nonché da ultimo, con ampiezza di argomenti, A. LA SPINA, *op. cit.*, 52 ss.

¹⁰⁷ M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 32 ss.

¹⁰⁸ M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 14 ss., 25.

Si è già avuto modo di osservare criticamente al riguardo che, se, per un verso, è vero che la dottrina tradizionale, definendo il fatto rilevante come quello idoneo alla produzione degli effetti, finisce per equiparare la nullità all'inesistenza, è altrettanto vero che simile conclusione non è imposta dalla premessa. Lo dimostra la posizione di chi, pur aderendo alla concezione tradizionale della rilevanza, considera l'atto nullo rilevante, a differenza di quello inesistente. Cfr. R. TOMMASINI, *Nullità*, cit., 874.

dirette “a dare una regolamentazione concreta (un ordine) ai fatti materiali”¹⁰⁹. Sulla base di queste premesse, si formula la direttrice metodologica, di stampo realistico, per la quale l’atto nullo può essere considerato rilevante in tanto in quanto produca “conseguenze pratiche”¹¹⁰ percepite dai soggetti interessati. Tanto premesso, si rileva che dall’atto nullo non scaturiscono effetti giuridici ma “effetti pratici”, che assumono rilievo giuridico (assurgendo a “risultati”) nel momento in cui gli interessati li sottopongono al giudizio dell’ordinamento¹¹¹. “La giuridicità della fattispecie nulla deriva proprio dal fatto che gli effetti pratici prodotti nella realtà sociale, ad un certo punto, vengono sottoposti dagli interessati al giudizio dell’ordinamento: la fattispecie nulla ha prodotto una lesione, un pregiudizio pratico (la mancata percezione dello stipendio, l’ablazione del fondo), per cui il soggetto leso chiede «giustizia» all’ordinamento, sottoponendo al giudizio di quest’ultimo i risultati della fattispecie lesiva”¹¹². Dall’atto nullo, definito come “fattispecie produttiva di effetti pratici che sono oggetto di un giudizio di disvalore (negativo) da parte dell’ordinamento” si distingue poi la nullità, intesa come “misura volta ad impedire al risultato di trasformarsi in effetto giuridico”¹¹³.

Si può a questo punto osservare che, individuando il *proprium* della rilevanza dell’atto nullo nella produzione di “effetti pratici” che a loro volta determinano l’interesse dei destinatari a sottoporlo al vaglio dell’ordinamento giuridico, questa dottrina finisce per ricostruire il profilo del provvedimento nullo come quello di un atto giuridico non radicalmente inefficace. Tutta la ricostruzione, anzi, è fondata proprio sull’opposta affermazione che il provvedimento nullo produce effetti: effetti che, però, concettualmente andrebbero distinti da quelli “giuridici”, essendo meramente “pratici”.

Il tema è stato ripreso e approfondito dopo l’entrata in vigore dell’art. 21 *septies*, muovendo ancora una volta dal presupposto della rilevanza giuridica dell’atto nullo. Alla luce della rilevanza non solo si distingue il provvedimento nullo da quello inesistente¹¹⁴, ma anche si giustifica la produzione di alcuni effetti giuridici da parte del primo¹¹⁵: causa l’imperfezione, l’atto nullo è improduttivo di effetti primari; siccome rilevante, tuttavia, esso può essere oggetto di “controregole di efficacia”, cioè di norme che ne paralizzano l’inefficacia (ad es. strumenti di sanatoria, norme che escludono le restituzioni). Ma anche al di fuori delle “controregole di efficacia” è possibile che l’atto nullo sia portato ad esecuzione, cioè che produca quegli effetti pratici che si giustificano ancora una volta alla luce della rilevanza: soccorrono in questo caso degli effetti ulteriori di carattere negativo volti a eliminare la rilevanza dell’atto nullo¹¹⁶.

¹⁰⁹ A. BARTOLINI, *op. cit.*, 90 s.

¹¹⁰ A. BARTOLINI, *op. cit.*, 100.

¹¹¹ A. BARTOLINI, *op. cit.*, 116 s.

¹¹² A. BARTOLINI, *op. cit.*, 117.

¹¹³ A. BARTOLINI, *op. cit.*, 130-132.

¹¹⁴ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 124, *passim*.

¹¹⁵ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 124 ss.

¹¹⁶ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 45 ss.

Questo schema vale anche per il provvedimento amministrativo nullo, la cui rilevanza però coincide con l'autorità¹¹⁷. Più esattamente, riprendendo una tesi già esaminata, si afferma che la rilevanza del provvedimento amministrativo indica la provenienza dell'atto dall'autorità e dunque la sua appartenenza alla sfera pubblica¹¹⁸, cioè ad "un'area percorsa da un'energia inesauribile, da un'attività incessante, che teme e respinge i vuoti (più della illegalità), come potenziali fonti di (più grave) disparità di soggetti". Per questa sua natura, la sfera pubblica "non può arrestarsi o arretrare neppure di fronte all'ipotesi del provvedimento amministrativo nullo, al quale è «costretta» a riconoscere immediata rilevanza, salvo (beninteso) accertarne a posteriori l'assoluta inefficacia"¹¹⁹. La speciale rilevanza del provvedimento nullo "si traduce, in particolare, nel fenomeno dell'*apparenza* di efficacia, che gli consente di essere eseguito"¹²⁰: esso "può legittimare esecuzioni spontanee o coatte, può legittimare il trasferimento di beni o diritti; effetti "atipici" che i soggetti coinvolti hanno interesse ad eliminare, insieme all'atto che quegli effetti ha contribuito indirettamente a produrre"¹²¹. Il fattore autoritativo, cioè, accresce notevolmente la possibilità – fino a farla diventare la regola – che l'esecuzione del provvedimento nullo avvenga prima, e a prescindere, dall'accertamento della sua inefficacia primaria. In estrema sintesi: il provvedimento nullo è imperfetto e dunque privo di effetti primari; tuttavia è rilevante: essere rilevante per il provvedimento significa essere riferibile alla sfera pubblica; questa condizione di riferibilità-rilevanza attribuisce autorità al provvedimento: e questa autorità, concretamente, si dispiega nella capacità di produrre apparenza di effetti primari; da qui la realistica possibilità che il provvedimento nullo venga eseguito.

In questa ricostruzione è particolarmente evidente ciò che traspariva già da quella esaminata in precedenza, vale a dire la tensione irrisolta tra un dogma e la realtà dei fatti. Il dogma è quello dell'inefficacia dell'atto giuridico (e quindi del provvedimento amministrativo) nullo; la realtà che si constata è che il provvedimento nullo, essendo giuridicamente rilevante, produce effetti ed è suscettibile di esecuzione al pari di quello valido. La tecnica argomentativa adottata per comporre questo paradosso, pur nella diversità delle impostazioni, è sostanzialmente la stessa: e consiste nel rifiutare l'attributo della giuridicità agli effetti che si riconoscono prodotti dall'atto nullo, denominandoli in vario modo: "pratici", "apparenti", "indiretti", etc. L'artificio è antico e presenta analogie con quello utilizzato per risolvere il paradosso dell'atto annullabile, cioè efficace sebbene invalido: anche in quel caso si preferisce spesso

¹¹⁷ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 124.

¹¹⁸ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 128: "Questa «autorità» non riguarda il modo dell'atto di produrre i propri effetti tipici o il carattere imperativo di questi atti (l'atto nullo è inespressivo da questo punto di vista), ma riguarda piuttosto la semplice *provenienza* (anche solo apparente) dell'atto da un'«autorità», la quale (...) resta comunque espressione della c.d. sfera pubblica".

¹¹⁹ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 126 s.

¹²⁰ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 140, 143-146.

¹²¹ F. LUCIANI, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, cit., 7-10.

squalificare gli effetti prodotti (che vengono definiti precari, instabili, etc.) per mantenere intatto il dogma secondo cui l'invalidità genera inefficacia.

Si tratta di una soluzione non persuasiva, fondata com'è sulla distinzione tra effetti giuridici ed effetti non giuridici. Una distinzione impossibile, se è vero che ogni tipo di comportamento umano produce conseguenze, e che quello giuridicamente rilevante produce anche e necessariamente conseguenze giuridiche, cioè effetti. Gli effetti prodotti dal provvedimento invalido in quanto fatto giuridicamente rilevante, in altri termini, non possono che essere effetti giuridici¹²².

Bisogna chiedersi, del resto, cosa avrebbe in meno un effetto "non giuridico" prodotto da un atto giuridicamente rilevante rispetto ad un vero e proprio effetto giuridico. Se si guarda all'atto nullo e a quanto sostenuto dalla dottrina a proposito dei suoi pretesi effetti "non giuridici", sembra emergere piuttosto chiaramente che la caratteristica di questi ultimi è di poter essere rimossi con effetto retroattivo, posti nel nulla come se mai si fossero prodotti. Ma ciò, com'è evidente, vale pure per gli effetti giuridici.

A questo punto possiamo provare a porci alcune domande. Per quale motivo, in fin dei conti, dovrebbero essere considerati "non giuridici" gli effetti prodotti dal provvedimento nullo, se non perché così impone il dogma secondo cui l'atto nullo è radicalmente inefficace? In altre parole, se non fosse un pregiudizio dogmatico a imporre l'equivalenza tra nullità ed inefficacia¹²³, diremmo forse inefficace un atto di cui riconosciamo l'idoneità a comportarsi come un atto efficace? Pare proprio di no. E allora, se questa è una risposta ragionevole, la domanda che sorge è un'altra: non è forse questo uno di quei casi in cui è la regola, falsificata dall'esperienza, a dover essere riformulata?

La riformulazione cui si allude è già stata compiuta nella prima parte di questo lavoro, laddove si è proposta la tesi secondo cui né l'invalidità né quelle che vengono comunemente percepite come sue forme (nullità, annullabilità), ma che in realtà sono rimedi ad essa, sono causa di inefficacia dei comportamenti programmatici. L'efficacia dipende dalla riferibilità, la quale a sua volta dipende dal riconoscimento sociale, ed è pertanto propria a tutti i comportamenti programmatici riconosciuti come appartenenti all'ordinamento, validi o invalidi che siano¹²⁴.

I paragrafi che seguono sono dedicati alla applicazione di queste tesi, e dei loro più

¹²² Per cui ad essere giuridicamente irrilevante è la distinzione che si pretende di fare tra effetti "giuridici" e "non giuridici".

¹²³ V., ad esempio, A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento*, cit., 828 s.

¹²⁴ Cfr. D. CORLETTI, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, II, Padova, 2007, 51 ss.: "Il regime della nullità, per essere compatibile, o anche solo pensabile con riferimento agli atti del potere pubblico, non può configurarsi quindi altrimenti che ammettendo che l'atto sia comunque per l'istante efficace, se può e riesce ad esserlo, fino a che la nullità non venga dichiarata o accertata. Sotto questo aspetto (efficacia fino a contraria dichiarazione) il regime della nullità non può ragionevolmente differire da quello dell'annullabilità".

immediati svolgimenti, al provvedimento amministrativo. Vorrebbero contribuire al chiarimento del quadro piuttosto confuso che emerge dalle pagine che precedono.

2. Una proposta ricostruttiva

2.1. *La riferibilità come presupposto della efficacia. Rottura del nesso eziologico tra invalidità e inefficacia*

Il dibattito sui rapporti tra invalidità ed (in)efficacia del provvedimento amministrativo, quale emerge dalle pagine che precedono, può essere rappresentato in questi termini. Da una parte, v'è un fenomeno comunemente accettato ma di cui è controversa la giustificazione, ossia la normale efficacia del provvedimento invalido; dall'altra parte, un fenomeno di cui non solo è controversa la giustificazione ma di cui è dubbia pure l'ammissibilità, ossia l'inefficacia del provvedimento invalido.

L'analisi, dunque, ripropone all'attenzione dell'osservatore le due domande da cui si era partiti e che non sembrano aver trovato sin qui una risposta adeguata. La prima riguarda il fondamento dell'efficacia del provvedimento amministrativo invalido. La seconda concerne la stessa possibilità di concepire un provvedimento amministrativo inefficace in quanto invalido.

Non è un caso, a parere di chi scrive, che questi due interrogativi stentino a trovare risposte pienamente soddisfacenti. Tali difficoltà vanno imputate alla circostanza che la dottrina si muove entro la cornice di una non persuasiva concezione teorico-generale dei rapporti tra invalidità ed inefficacia degli atti giuridici. Si allude alla concezione, ampiamente esaminata nella prima parte di questo lavoro, che iscrive la tematica della validità-invalidità degli atti giuridici in quella della perfezione della fattispecie. L'atto giuridico, secondo questa diffusa prospettazione, è valido quando è perfetto ed invalido quando imperfetto; a propria volta, la perfezione della fattispecie normativa, che si realizza quando l'atto è esente da vizi, è condizione dell'efficacia. L'inscrivere della tematica della validità-invalidità in quella della perfezione-imperfezione della fattispecie instaura irrimediabilmente un legame eziologico tra validità ed efficacia giuridica degli atti: se validi, in quanto perfetti, essi ripetono la forza giuridica della norma e sono dunque idonei a produrre effetti; se invalidi, in quanto imperfetti, restano privi di quella forza e sono dunque condannati all'inefficacia.

Ferma questa concezione di fondo, è da credere che i problemi inerenti ai rapporti tra invalidità e (in)efficacia del provvedimento amministrativo non possano trovare soluzioni soddisfacenti. Se l'invalidità equivale all'imperfezione e l'imperfezione causa l'inefficacia, vi sarà sempre l'esigenza concettuale di affermare l'inefficacia del provvedimento amministrativo nullo, anche se ciò risulta contraddetto dal diffuso rilievo che pure un tale provvedimento produce conseguenze giuridiche. Parimenti, se l'invalidità equivale all'imperfezione e l'imperfezione causa l'inefficacia, difficilmente potrà essere superato l'imbarazzo davanti al provvedimento invalido e tuttavia ineffi-

ce, imbarazzo che sin qui si è inteso dissimulare ricorrendo a formule generiche, quali la presunzione di legittimità o l'imperatività, o appellandosi a considerazioni di diritto positivo che non sembrano però cogliere il fondamento del fenomeno.

Il ripensamento che si propone attiene al fondamento del potere amministrativo e deriva dall'applicazione al diritto amministrativo della tesi, formulata sul piano teorico generale nella prima parte dello studio, secondo cui l'esistenza dei comportamenti programmatici nell'ordinamento si articola nelle dimensioni della validità e della riferibilità.

Secondo questa prospettiva, il provvedimento amministrativo può esistere nell'ordinamento o come provvedimento valido o come provvedimento semplicemente riferibile.

È assiologicamente valido quando costituisce misura di attuazione dei valori ordinamentali in gioco ed è formalmente valido quanto rispetta le condizioni costitutive poste dalle norme che ne regolano la produzione. Nei casi contrari, è assiologicamente e/o formalmente invalido.

La riferibilità, invece, dipende da un giudizio dei destinatari (intendendo per tali i soggetti, pubblici e privati, a vario titolo interessati dal precetto) e ricorre quando il provvedimento è da essi ritenuto espressione dell'ordinamento giuridico. Il riconoscimento conferisce efficacia al provvedimento, tanto che sia valido quanto che non lo sia¹²⁵.

La sequenza invalidità-imperfezione-inefficacia viene così spezzata. L'invalidità, in tanto, non si risolve nell'imperfezione, che ne costituisce solo una espressione (l'invalidità formale); inoltre, non è causa di inefficacia perché quest'ultima non dipende dall'imperfezione ma dal mancato riferimento del provvedimento all'ordinamento da parte dei suoi destinatari.

Con ciò si può tentare di rispondere ai quesiti, emersi dal dibattito ripercorso nei paragrafi precedenti, circa il fondamento dell'efficacia del provvedimento invalido e circa l'ammissibilità del provvedimento inefficace in quanto invalido. Con riferimento alla prima questione, si può rilevare l'inutilità di una ricerca tutta interna al diritto amministrativo, che individua la causa del fenomeno in istituti come la presunzione di legittimità o l'imperatività o in fattori di diritto positivo: l'efficacia malgrado l'invalidità non è infatti una peculiarità del provvedimento, derivante dalla sua natura o dal suo regime, ma una costante di tutti i comportamenti programmatici, che si spiega tramite la riconduzione dell'efficacia alla riferibilità, a sua volta determinata dal riconoscimento sociale dell'atto. Con riguardo alla seconda questione, invece, è da escludere,

¹²⁵ Ciò, peraltro, non assicura affatto il consenso dei destinatari o l'effettività della prescrizione: come esiste l'ipotesi del "privato che non consente ad un atto autoritativo, ma adempie il comando che vi è contenuto" (cui fa riferimento S. CASSESE, *L'atto autoritativo ovvero della caccia allo Snarco*, in AA.VV., *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, cit., 321), così esiste l'ipotesi del privato che, riconosciuta l'efficacia dell'atto, deliberatamente lo viola.

sempre a motivo della divaricazione tra il piano della validità e quello dell'efficacia (e, quel che più conta, delle relative cause), la stessa possibilità di configurare una forma di invalidità che determina inefficacia. Per questo motivo, è dato nutrire più di un dubbio circa la proficuità di sforzi ricostruttivi che, muovendo dal malfermo dogma dell'inefficacia dell'atto nullo, attribuiscono carattere non giuridico agli effetti che riscontrano da esso prodotti.

2.2. Il fondamento extra-normativo del potere amministrativo. Potere e potere legale

L'articolazione dell'esistenza del provvedimento in validità e riferibilità, in uno con la riconduzione dell'efficacia alla seconda, intercetta il problema del rapporto tra *fondamento* e *limiti* del potere amministrativo. Per affrontare questa tematica è utile operare una breve digressione intorno alla nozione di potere giuridico, che sin d'ora preannunciamo limitata agli aspetti rilevanti per il prosieguo del discorso.

Il potere giuridico ha progressivamente conquistato una faticosa autonomia dal diritto soggettivo, con il quale era in origine identificato¹²⁶. Ciò, fondamentalmente, attraverso tre percorsi concettuali paralleli¹²⁷.

Il primo, probabilmente il più antico, è consistito nell'isolamento, all'interno della categoria del diritto soggettivo, di "ipotesi in cui il contenuto del diritto consiste nel potere del suo titolare di modificare o estinguere situazioni giuridiche preesistenti o crearne di nuove mediante un'attività unilaterale". È stata così elaborata la figura del diritto potestativo, in seguito spesso identificato, per mera convenzione terminologica, col potere giuridico¹²⁸.

Il secondo percorso concettuale che ha condotto il potere giuridico oltre l'orbita del diritto soggettivo è incentrato sulla definizione del primo come espressione immediata della capacità giuridica. Il potere, in questo modo, è estratto dal tessuto concreto dei rapporti giuridici, nei quali invece vive il diritto soggettivo, e concepito come la fonte dei medesimi¹²⁹.

¹²⁶ Basta ricordare la nota definizione del diritto soggettivo come "podestà o signoria della volontà impartita dall'ordine giuridico": B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., 170.

¹²⁷ Su questi percorsi da ultimo E. ZAMPETTI, *op. cit.*, 184 ss.

¹²⁸ Sul punto si rinvia al panorama delle dottrine offerto da M. CLARICH, *Giudicato e potere*, cit., 160 ss. L'A. concepisce il potere amministrativo in termini di diritto potestativo, associandovi il diritto (anch'esso potestativo, ma a necessario accertamento giurisdizionale) del destinatario del provvedimento illegittimo ad ottenerne l'annullamento. Nella dottrina amministrativistica italiana sulla figura del diritto potestativo v. N. SAITTA, *Natura ed esercizio del diritto di retrocessione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, 616 ss., dove anche ampie considerazioni sull'efficacia degli atti esercizio di diritti potestativi.

¹²⁹ Santi ROMANO, *Poteri, potestà*, cit., 172 ss., distingue il potere dalla capacità e dal diritto soggettivo: il diritto si iscrive all'interno del rapporto giuridico singolo; il potere lo trascende nel senso che è la fonte da cui scaturiscono i rapporti; la capacità designa l'idoneità del soggetto ad essere titolare tanto di diritti quanto di poteri. In termini simili A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA, *op. cit.*, 296: il potere si pone

All'interno di questa prospettiva, si è individuata come caratteristica fondamentale del potere, che vale a distinguerlo definitivamente dal diritto potestativo, il fatto di essere attribuito ad un soggetto dell'ordinamento per la cura di interessi altrui¹³⁰ e, dunque, di essere connotato dai caratteri dell'indisponibilità dell'interesse curato e della doverosità dell'esercizio¹³¹.

Per quanto diverse siano, queste teorie hanno in comune di individuare il *proprium*

all'esterno delle situazioni giuridiche soggettive, su di un piano più generale; non si identifica con la capacità, ma è una sua espressione immediata; consiste nella capacità di modificare estinguere costituire le situazioni giuridiche altrui e non si identifica con queste. Adesivamente A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990, 2.

Per la critica al potere come espressione diretta della capacità v. A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1960, 17, che insiste sul carattere irrelato di quest'ultima; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 91, secondo cui il potere non può rappresentare uno svolgimento della capacità perché si tratta di posizioni entrambe concrete; la differenza, secondo l'A., è che la capacità è una posizione passiva e recettiva, mentre il potere è energia; N. PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, 55 s.

Sui rapporti tra i concetti di potere, capacità e legittimazione v. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 415-420, il quale osserva criticamente che, ove tratto caratteristico del potere fosse quello di non svolgersi all'interno di rapporti concreti, allora, a rigor di logica, ne sarebbe inconfigurabile l'esercizio tramite atti giuridici puntuali.

¹³⁰ V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, cit., 121-124, concepisce il potere come una capacità speciale i cui caratteri fondamentali sono l'autorità, cioè l'idoneità a modificare unilateralmente la sfera giuridica dei terzi (senza il loro consenso), e la funzionalità, cioè la "finalizzazione alla cura di interessi altrui, o collettivi, dei quali il soggetto agente non ha la disponibilità (ciò che si traduce in un'esigenza di controllo esterno circa i modi di esercizio del potere)". Così definito, il potere in senso tecnico si distingue dalle facoltà connesse al diritto soggettivo (ad esempio, la facoltà del proprietario di alienare la cosa, del creditore di chiedere il pagamento del prezzo, etc.), e dal diritto soggettivo medesimo: mentre questo "si iscrive in un rapporto singolare, instaurato per iniziativa di alcuni soggetti, in virtù della propria capacità generale", il potere consiste nella capacità conferita ad alcuni soggetti "di porre in essere una pluralità indefinita di rapporti".

Cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 192: "Il diritto in quanto ordinamento sociale-istituzionale per l'applicazione della forza presuppone un insieme di pubbliche autorità. Questo fatto fornisce gli elementi per una definizione razionale del concetto di diritto pubblico. Autorità significa competenza in quanto funzione sociale: la competenza è attribuita alla persona competente per la protezione non dei suoi propri interessi ma degli interessi di una comunità. Lo scopo sociale comporta limitazioni sia rispetto all'esercizio della competenza sia rispetto al suo contenuto. Rispetto all'esercizio: mentre la competenza privata può essere esercitata liberamente come meglio piace all'individuo, l'esercizio della competenza pubblica è un dovere, un ufficio nel senso più ampio, proprio come esistono doveri più o meno definiti circa il modo in cui la competenza viene esercitata. Questi doveri sono accompagnati da sanzioni o misure di controllo per correggere l'esercizio erroneo della competenza. Doveri e controllo vanno tenuti distinti dal problema della violazione dei limiti della competenza e della conseguente annullabilità. Rispetto al contenuto: mentre la competenza individuale è autonoma, cioè limitata al potere di vincolare l'individuo o altri con il loro consenso, l'autorità è eteronoma, cioè è potere di vincolare altri, anche senza il loro consenso. Questa differenza tra competenza privata (discrezionale e autonoma) e competenza sociale (vincolata ed eteronoma) può essere espressa brevemente dicendo che la prima è attribuita al soggetto come individuo, e la seconda è attribuita al soggetto come organo della comunità".

¹³¹ V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, cit., 120 s., che derubrica i diritti potestativi a ipotesi, previste dalla legge "peraltro nell'ambito di contesti del tutto marginali nell'ambito dell'ordinamento", di eccezione rispetto al principio secondo cui "nessun soggetto nell'ambito della sua capacità generale ha l'attitudine a produrre effetti giuridici nella sfera giuridica altrui senza il consenso del destinatario".

del potere nella capacità di chi ne è investito di incidere unilateralmente nella sfera giuridica dei terzi¹³².

Da esse si differenzia piuttosto nettamente la tesi – e siamo al terzo percorso concettuale di affrancamento del potere dal diritto – secondo cui il potere e il dovere “rappresentano le due categorie modali assiologiche, le due modalità fondamentali di ogni valutazione”. Quando la valutazione giuridica di una situazione di fatto porta a un giudizio di necessità, sorge il dovere; quando porta a un giudizio di possibilità, sorge il potere, ossia la “non necessità assiologica della situazione contraria”¹³³.

Entro questa cornice, è posta da altri la differenza tra diritto soggettivo e potere in senso stretto. Di quest’ultimo si rileva la natura strumentale, ossia l’essere “mezzo destinato alla realizzazione di un dato fine”; così concepito, il potere si innesta su una funzione, la quale a sua volta presuppone come propria base la costituzione di un ufficio¹³⁴.

Come si può notare da questa breve rassegna, il potere giuridico, concepito vuoi come modalità assiologica fondamentale vuoi come diretta espressione della capacità giuridica del soggetto, o con essa addirittura identificato, pur distinguendosi dal diritto, rimane saldamente ancorato alla sfera della soggettività¹³⁵. Il che, secondo parte della dottrina giuspubblicistica, continua a impedirne la limpida distinzione dal diritto soggettivo¹³⁶ e ne offusca la valenza dinamica, ossia il ruolo fondamentale all’interno dei processi produttivi del diritto¹³⁷.

Su queste basi critiche, è stata proposta una concezione c.d. oggettiva del potere, definito come la forza (o l’energia giuridica) che l’ordinamento attribuisce ad un soggetto per produrre una modificazione giuridica¹³⁸. Si comprende, nondimeno, che in questo modo il distacco dalla sfera soggettiva è più proclamato che realizzato: dal

¹³² A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1939, 338; A.M. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza*, cit., 61; V. FROSINI, *Potere (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 142; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive*, cit., 289; V. CERULLI IRELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹³³ A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 121 s.

¹³⁴ S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 763 s., 815 ss.; V.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 54; E. SILVESTRI, *op. cit.*, 104. *Contra* E. CANNADA BARTOLI, *L’inapplicabilità*, cit., 84 ss.

¹³⁵ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere*, cit., 415; E. ZAMPETTI, *op. cit.*, 188. Si può probabilmente affermare che la definizione del potere come fonte prima dei rapporti giuridici contribuisce addirittura a rinsaldare l’immagine del soggetto come “motore” dell’ordinamento.

¹³⁶ G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo* (1949), rist. Napoli, 1990, 9 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 167 s.

¹³⁷ Per G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., 9-11, il concetto di potere come situazione soggettiva va bandito dal lessico giuridico per due ragioni. La prima è l’origine “fittizia” della nozione, scaturita dall’erronea convinzione maturata dalla dottrina che nella definizione del diritto soggettivo come “potere di volere” l’espressione “potere” avesse un qualche significato tecnico (essa - osserva l’A. - era “adoperata nel significato più comune e banale e senza alcuna intenzione tecnica”). La seconda ragione, di ordine metodologico, è che “non si può ottenere una nozione chiara del diritto fino a che non si libera il campo delle situazioni soggettive da questo corpo estraneo”. Cfr. altresì F. BASSI, *Contributo*, cit., 101.

¹³⁸ G. MIELE, *Potere giuridico, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1944, I, 116 ss. Di recente sul potere come forza giuridica F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 89 ss.

momento che “l’energia o forza giuridica di cui il potere consiste può essere esercitata solo da un soggetto” individuato dall’ordinamento, la nozione allude necessariamente ad una situazione giuridica soggettiva¹³⁹. Una situazione che – aggiungiamo – viene colta nella sua proiezione dinamica, nel momento dell’esercizio piuttosto che in quello della titolarità o dell’attribuzione.

Malgrado la scarsa precisione e l’indole “metaforica” delle origini (il potere come “flusso di energia”)¹⁴⁰, l’idea della natura oggettiva del potere giuridico non è stata abbandonata dalla dottrina pubblicistica: che, anzi, percorrendo talvolta i sentieri del normativismo e talvolta quelli dell’istituzionismo, ne ha offerto rappresentazioni assai complesse e raffinate.

Sul primo versante, è stato affermato che “potere è una nozione che attiene all’atto e diritto è una nozione che attiene al soggetto”¹⁴¹. Distinte le fattispecie normative dinamiche (il cui contenuto concerne il comportamento del soggetto che pone in essere l’atto) dalle situazioni giuridiche soggettive (il cui contenuto concerne il rapporto tra il soggetto e la norma), il potere è stato ricondotto alle prime e definito “la fattispecie normativa di un comportamento libero, che si pone come espressione della volontà di un precetto”; come tale, esso si differenzia dalle altre fattispecie dinamiche, individuate nella facoltà (ossia la fattispecie normativa di un comportamento libero, che determina unicamente una trasformazione del mondo materiale) e nel comportamento prescritto (ossia la fattispecie normativa di un comportamento interamente vincolato)¹⁴².

¹³⁹ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 422, il quale giustamente osserva che non a caso E. CANNADA BARTOLI, *L’inapplicabilità*, cit., 97 ss., pur accedendo alla definizione del potere come forza giuridica, lo considera alla stregua di una situazione soggettiva (che si esercita attraverso un atto di volontà, rappresentato dal comportamento-mezzo). Stesso rilievo vale per la concezione di F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 25. Cfr. anche A.M. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza*, cit., 64: “se il potere rappresenta una forza giuridica, esso presuppone due termini: uno attivo – l’ente che possa esercitarla, e cioè l’ente al quale tale forza si appartenga –, e uno passivo – l’oggetto in ordine al quale essa possa venir esercitata”.

¹⁴⁰ Un giudizio severo in questa direzione è da ultimo espresso da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo*, cit., 744 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 421, manifesta l’impressione di “inconsistenza tecnico-giuridica della nozione obiettiva di potere giuridico”.

¹⁴¹ G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., 12.

¹⁴² In considerazione dell’interesse e della raffinatezza delle argomentazioni utilizzate, si stima utile, consentendo l’estremo rigore concettuale dell’A., tentare una rappresentazione in termini analitici della teoria formulata da G. GUARINO in *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit.

1) L’A. distingue tra: A) fattispecie normative dinamiche: relative all’atto, il cui contenuto concerne il comportamento del soggetto che pone in essere l’atto (schemi astratti dei comportamenti umani, da tenersi ben distinti dai comportamenti effettivi); B) situazioni giuridiche soggettive: relative alla posizione del soggetto, il cui contenuto è il rapporto tra il soggetto e la norma (25 s). 2) All’interno delle fattispecie normative dinamiche distingue ulteriormente tra: Aa) fattispecie normativa del comportamento prescritto (“quella che descrive interamente e compiutamente il comportamento della specie”); Ab) fattispecie normativa del comportamento libero (“quella che lascia, in tutto o in parte, nella descrizione del comportamento uno spazio bianco”) (18). 3) La fattispecie normativa del comportamento libero si distingue a sua volta in facoltà e potere. Ab1) “Facoltà è la fattispecie normativa di un comportamento libero e che consiste in una modificazione del mondo materiale” (19): il comportamento, cioè, “quando anche dal punto di vista naturale consista in un comportamento volontario, ovvero in una dichia-

Secondo questa concezione, “il potere, in quanto fattispecie normativa, è solo descrizione di un comportamento volitivo, e non va perciò confuso con la volizione effettiva, che eventualmente costituisce la fattispecie reale ad esso corrispondente”¹⁴³. All’espunzione del soggetto dalla nozione di potere non corrisponde quindi una descrizione in termini rigorosamente oggettivi della dinamica giuridica: al contrario, la necessità dell’intermediazione soggettiva per la produzione dell’effetto giuridico sembra confermata. Se così è, come pare, la definizione del potere come fattispecie normativa costituisce, più che una rappresentazione in termini innovativi della produzione del diritto, un raffinato espediente argomentativo che risponde principalmente ad “un’istanza concettuale, promanante in via esclusiva dalla necessità – interna alla dottrina – di definire in termini obiettivi il potere giuridico”¹⁴⁴. Tale osservazione critica può essere estesa alle concezioni che, mosse sempre dall’obiettivo di definire il potere in termini oggettivi, affiancano alla fattispecie normativa del potere la “fattispecie normativa dell’atto”¹⁴⁵, riproponendo in questo modo la scissione tra il momento astratto del potere e quello concreto del suo esercizio attraverso l’atto¹⁴⁶. Anche in esse, infatti, il soggetto, espunto dalla fattispecie normativa del potere, che contempla un mero comportamento libero, riemerge, mediante l’atto, nel momento dell’esercizio del potere medesimo, ossia nel momento della determinazione dell’effetto giuridico¹⁴⁷.

razione precettiva di volontà, non viene in considerazione nella facoltà che come modificazione del mondo materiale” (20). Ab2) Potere è “la fattispecie normativa di un comportamento libero, che si pone come espressione della volontà di un precetto. A differenza della facoltà e del comportamento prescritto il potere contiene un necessario riferimento al momento interno del comportamento, ossia alla volontà” (21). 4) Le situazioni giuridiche soggettive sono solo due: diritto soggettivo e dovere (27 s.): Ba) si ha diritto soggettivo quando il rapporto tra soggetto e norma è di liceità, ossia “se la norma si limita a stabilire che tanto la situazione attuale, quanto il comportamento futuro sono leciti”; Bb) si ha dovere, quando il rapporto tra soggetto e norma è di necessità, ossia “se la norma dispone che solo il comportamento in essa previsto è lecito e che quindi il soggetto, ove non lo assuma, si trova di fronte alla norma, in posizione non tutelata, illecita”.

F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 132 s., distingue all’interno della classe delle figure soggettive di comportamento i diritti soggettivi e i poteri liberi, i doveri materiali e quelli giuridici. Le prime due figure concernono posizioni di libertà, ma il diritto ha per contenuto le facoltà (che danno luogo a comportamenti materiali, improduttivi di effetti giuridici), mentre il potere libero ha per contenuto il potere giuridico in senso stretto (che dà luogo, con il suo esercizio, a comportamenti produttivi di effetti, cioè ad atti). “Le seconde due figure giuridiche soggettive attengono, invece, a posizioni di doverosità e si distinguono perché i doveri materiali, ancora una volta, si riferiscono esclusivamente a facoltà, mentre i doveri giuridici riguardano, a loro volta, poteri”. Ciò che caratterizza le prime due posizioni è una libertà di scelta tra almeno due comportamenti (esercizio o non esercizio della facoltà, compimento dell’atto o non compimento), insussistente invece nelle seconde due posizioni.

¹⁴³ G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., 21.

¹⁴⁴ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 428.

¹⁴⁵ F. BASSI, *Contributo*, cit., 102.

¹⁴⁶ Nella quale A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 425, vede l’impasse teorica insuperabile cui va incontro la concezione oggettiva del potere, che, allo scopo di espungere il riferimento al soggetto dalla nozione di potere, finisce per contraddire le sue premesse, riaffermando l’estraneità del potere al “momento dinamico della produzione dell’atto”.

¹⁴⁷ Si che la ipostatizzazione di una fattispecie normativa che contempi un mero comportamento libero si rivela “come un’istanza concettuale, promanante in via esclusiva dalla necessità – interna alla dottrina – di definire in termini obiettivi il potere giuridico”: A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 428.

Più coerente nel sostenere il distacco del potere dalla sfera soggettiva sembra invece l'originale tesi, di matrice istituzionalistica, che si basa sulla distinzione tra la fase della produzione del diritto e quella dell'imputazione¹⁴⁸. La prima si sviluppa tutta all'interno delle trame dell'ordinamento, attraverso le figure chiave del potere e del procedimento: il potere, ossia l'energia – colta nella sua attualità – che determina la trasformazione dell'ordinamento, è generato dallo scontro, che si consuma all'interno del procedimento, tra il valore normativo, proveniente dall'ordinamento generale, e quello organizzativo, proveniente invece dall'amministrazione intesa come ordinamento particolare¹⁴⁹. Il soggetto, espunto dalla dinamica della produzione, ricompare solo nella fase statica, e logicamente successiva, dell'imputazione, come l'entità sulla quale si scaricano gli effetti dell'atto (che, insieme all'organo, rappresenta il termine di collegamento tra le due fasi)¹⁵⁰. Corollario della de-soggettivizzazione del potere e della concezione dello stesso come forza giuridica che deriva dall'ordinamento è l'attribuzione al medesimo di una dimensione esistenziale e non normativa: sicché “come il potere è un risultato che viene accertato e definito per la sua esistenza, anche la produzione si definisce per dei risultati che valgono in quanto si sono prodotti e non perché rispondano ad un dato schema; vale a dire come esistenti e non come validi in quanto conformi ad una norma o ad un complesso di norme”¹⁵¹.

Non interessa in questa sede esprimere un giudizio critico su questa e sulle precedenti teorizzazioni, quanto osservare che, nell'avvicinarsi delle concezioni soggettive ed oggettive del potere, va scorto il progetto, tipico della modernità, di negare al soggetto il valore di entità costitutiva del sistema, riducendolo ad entità da esso costituita¹⁵².

La crisi del soggetto cui si allude, malgrado quanto possa a prima vista apparire, è implicita già nelle concezioni del potere come situazione giuridica¹⁵³, poiché esse individuano “in un costituente normativo la fonte da cui il soggetto deriva la propria potestà dinamica, la quale quindi, in luogo di una qualità connaturata alla soggettività, diviene una mera proiezione soggettiva di una entità normativa preminente”¹⁵⁴; concepito il potere come situazione soggettiva, in altre parole, ne è esclusa la dimensione esistenziale: esso esiste in tanto in quanto sia attribuito da una norma, e non è ravvi-

¹⁴⁸ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 209 ss., *passim*.

¹⁴⁹ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 266 ss.

¹⁵⁰ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 330 ss.

¹⁵¹ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 275.

¹⁵² Su questi aspetti, da ultimo, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 140 ss., che – condivisibilmente – afferma la perdurante necessità dello schema del soggetto astratto, in quanto espressione del valore dell'uguaglianza formale degli individui, e, al tempo stesso, ne rileva l'insufficienza per la piena realizzazione della persona. Cfr. V. FROSINI, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1969, 230 ss.; P. BARCELONA, *I soggetti e le norme*, cit., 73 ss., *passim*, dove si osserva che la crisi del diritto soggettivo e quindi del soggetto giuridico comporta “una fase di progressivo «occultamento» del soggetto umano”; A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 419 ss., *passim*.

¹⁵³ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 446.

¹⁵⁴ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 447.

sabile al di fuori dell'attribuzione. Ad ulteriore scadimento del valore della soggettività, vi è che la potestà dinamica del soggetto non viene in rilievo in modo unitario e diretto ma scomposta "in una pluralità di situazioni giuridiche che costituiscono altrettante proiezioni delle rispettive norme fondatrici"¹⁵⁵. La concezione oggettiva del potere giuridico si iscrive dunque in un processo di sterilizzazione del soggetto già in corso e di cui rappresenta il punto più avanzato. Con essa, descritta l'intera dinamica giuridica in chiave antivolontaristica e inter-ordinamentale¹⁵⁶, la polemica contro il soggetto si fa scoperta e dichiarata¹⁵⁷.

Ai profili di continuità tra concezioni soggettive ed oggettive del potere giuridico riscontrati sul piano teorico corrisponde una forte discontinuità sul piano delle ideologie del potere pubblico che si esprime fundamentalmente nella diversità dei fattori di legittimazione delle decisioni d'apparato ciascuna volta evocati¹⁵⁸.

Le concezioni del potere come situazione giuridica soggettiva rappresentano una traduzione in termini teorici dell'affermarsi della legge quale unico fattore legittimante del potere amministrativo. Esprimono, cioè, quel tipo di legittimazione democratica dell'amministrazione compendiato dalla nota formula secondo cui la legge non è solo il limite ma anche il fondamento del potere amministrativo¹⁵⁹. La concezione oggettiva del potere, inteso come energia giuridica proveniente dal contatto della componente normativa dell'ordinamento con quella istituzionale, tende invece alla svalutazione del fondamento legale e a prospettare come modulo legittimante privilegiato delle decisioni d'apparato il procedimento sostanziale "inteso quale circuito neutrale atto a rilevare, in maniera obiettiva, l'interesse pubblico con-

¹⁵⁵ La nozione di potere giuridico, rileva A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 419, 447, propone "un'immagine atomizzata" della soggettività giuridica, "sub specie di mera risultante della somma delle fattispecie normative dinamiche che vi facciano riferimento". Ciò in antitesi con i concetti di capacità e legittimazione che, invece, consentono "la contemplazione del soggetto giuridico in termini di entità sostanziale e unitaria".

La frammentazione del soggetto, insita nella sua formalizzazione, è denunciata da A. FALZEA, *Il soggetto*, cit., 54 ss., *passim*, "l'obbiezione fondamentale che si deve opporre" alla teoria formalistica è che essa "col bandire dal mondo del diritto l'uomo, ed accogliendo soltanto le sue singole azioni ed omissioni, in rapporto alle norme giuridiche che lo concernono" non consente di "rinvenire alcun elemento che possa unificare queste manifestazioni della personalità psicologica umana, le quali, staccate dalla loro fonte unitaria, restano irrimediabilmente disperse: nel teorema normativo della personalità giuridica manca un punto, intorno al quale costruire la complessa rete di relazioni cui dà luogo il processo di formazione dei fenomeni giuridici". Nella teoria di Angelo Falzea l'esigenza segnalata di recuperare il profilo meta-giuridico convive con quella formale-normativista e sfocia nella concezione del soggetto come "fattispecie risultante dalla composizione di un elemento di fatto esistente nella realtà extragiuridica, e dalla fattispecie normativa".

¹⁵⁶ Soprattutto G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., *passim*.

¹⁵⁷ Ciononostante, secondo N. PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia*, cit., 65, la concezione del potere come forza giuridica che si sprigiona nel corso della funzione in realtà "consolida l'idea di potere come situazione soggettiva attiva e di vantaggio".

¹⁵⁸ Per il collegamento tra teoria e ideologia del potere pubblico v. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., *passim*.

¹⁵⁹ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 453.

creto che sottende ogni singola decisione dell'autorità"¹⁶⁰.

Tanto osservato, si tratta di esplicitare il nesso che intercorre tra la tematica del potere giuridico (del potere amministrativo in particolare) e quanto sostenuto in queste pagine in ordine ai rapporti tra validità ed efficacia dei comportamenti programmatici (con specifico riferimento al provvedimento amministrativo).

La tesi sin qui formulata, secondo cui l'efficacia del provvedimento dipende dal giudizio di riconoscimento operato dai suoi destinatari, impone di ritenere che anche il potere amministrativo, di cui si può accettare la definizione in termini di capacità del soggetto di incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui, sussiste in tanto in quanto riconosciuto da chi lo subisce¹⁶¹ (ossia che i destinatari dell'atto, riconoscendolo giuridicamente efficace, fondano il potere); essa è viceversa incompatibile con la tesi del fondamento legale o normativo del potere¹⁶², la quale inevitabilmente finisce per tradursi nella concezione secondo cui i comportamenti programmatici, e quindi anche il provvedimento amministrativo, ritraggono la propria efficacia da una norma preesistente nel sistema che ne delinea la fattispecie sul piano astratto.

La formula secondo cui "l'amministrazione può fare soltanto ciò che la legge le consente di fare"¹⁶³ merita dunque una correzione: l'amministrazione può fare *validamente* (*rectius*: in modo formalmente valido) solo ciò che la legge le consente di fare. Il principio di legalità, quale che sia il suo esatto contenuto, opera sempre e solo come limite del potere amministrativo e non come suo fondamento perché le norme sulla normazione sono sempre norme di validità, cioè prescrizioni che regolano la produzione del diritto, e mai norme attributive di forza giuridica¹⁶⁴.

Da qui la centralità della distinzione tra potere amministrativo legale e potere amministrativo *tout court*. Il primo, esercitato nel rispetto delle norme (prima fra tutte, quella attributiva), si estrinseca attraverso provvedimenti validi. Il secondo, fondato semplicemente sul riconoscimento sociale, si estrinseca attraverso tutti i provvedimenti efficaci, validi o invalidi che siano¹⁶⁵. Lo sguardo giuridico di solito tende a

¹⁶⁰ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 455.

¹⁶¹ In proposito R.M. HARE, *The Lawful Government*, in P. LASLETT - W.G. RUNCIMAN (a cura di), *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, 1969, 157 ss., parla di *funzione ascrittiva* del giudizio di legittimità.

Come giustamente rileva M. FORNACIARI, *op. cit.*, 137: "se l'effetto si è prodotto, non può dirsi che la parte non avesse il relativo potere. Il potere, come capacità di produrre un effetto, è infatti necessariamente sussistente, quando l'effetto si produce". Nel senso che il potere giuridico può essere esercitato anche se non attribuito da una norma v. E. CASSETTA, *L'illecito*, cit., 127, 132, per il quale, coerentemente, "si può parlare di atto amministrativo anche nel caso in cui si è al di fuori dell'esercizio di un potere attribuito all'ente pubblico".

¹⁶² Afferma Santi ROMANO, *Poteri, potestà*, cit.: "i poteri non esistono se non per disposizione del diritto oggettivo". Cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere*, cit., 170, che individua una "precisa corrispondenza" tra il principio del *numerus clausus* delle situazioni potestative e i principi di tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi.

¹⁶³ G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., 206 s.

¹⁶⁴ Secondo una brillante formula, sono fonti sulla produzione e non fonti di produzione.

¹⁶⁵ La distinzione tra potere e potere legale riproduce la differenza tra *Können* - "avere la capacità", essere in grado - e *Dürfen* - "essere lecito", "essere consentito". Come rileva M. FORNACIARI, *op. cit.*, 138: "solo inten-

ignorare questa dualità: muovendo dalla tesi secondo cui le situazioni potestative esistono solo in quanto attribuite da norme, derubrica il potere che non si esprime entro i binari della legalità al rango di fattore rilevante solo sul piano sociale¹⁶⁶. Così facendo, opera una mistificazione, perché rifiuta il carattere della giuridicità ad un potere che, sia pur tramite atti invalidi, produce effetti giuridici.

Nella concezione che assegna carattere originario al potere amministrativo – oggi comunemente ritenuta in contrasto con la sottoposizione dell'amministrazione alla legge – vi sono dunque semi di verità. Se per un verso, infatti, è vero che lo stato di diritto impone l'attribuzione normativa dei poteri all'amministrazione, deve altresì riconoscersi che questa esigenza di legalità (che, peraltro, sarebbe riduttivo limitare ai profili dell'attribuzione) si pone sul terreno della validità degli atti amministrativi e non della loro esistenza ed efficacia. La circostanza che il modello dello stato di diritto impone la disciplina normativa del potere amministrativo, in altre parole, non comporta che il potere medesimo non esista al di fuori dei limiti segnati dalla legge. Il fenomeno dell'efficacia del provvedimento invalido, ove lo si guardi con il disincanto necessario, sta a dimostrare ciò.

Quando si contesta la tesi del fondamento legale del potere amministrativo non si vuol dunque negare la vigenza nel nostro sistema costituzionale del principio di legalità dell'amministrazione, né mettere in dubbio che il potere amministrativo debba essere attribuito dalla legge (come prevede l'art. 97 Cost.)¹⁶⁷. Quel che si intende negare è piuttosto che il potere ritragga la propria efficacia dalla norma attributiva. Il suo fondamento è da rinvenire infatti nel riconoscimento sociale degli atti attraverso i quali si esprime, non diversamente da quanto avviene per ogni altro potere giuridico; e le norme che lo disciplinano, tra le quali rientra quella attributiva, attengono alla sua legalità e alla validità degli atti medesimi.

Pur negando il fondamento normativo del primo, la prospettata distinzione tra potere amministrativo e potere amministrativo legale non consente di dar credito alla teoria che ricostruisce il concetto di potere sul versante della oggettività giuridica. Espungendo il soggetto dalla dinamica giuridica, e con ciò la carica di irrazionalità insita nella matrice soggettiva dei processi di produzione, essa considera il potere come diretta emanazione dei valori dell'ordinamento. Così facendo, lo ammantava di una intrinseca razionalità che è viceversa contraddetta dalla produzione di effetti giuridici sconvenienti, inadeguati, irrazionali, inidonei a tradurre in concreto i valori dell'ordinamento rilevanti nel singolo episodio di vita del sistema. Pur seguendo un

dando il potere come un *Können* può infatti darsi una spiegazione al fenomeno per il quale l'effetto, sia pure da rimuovere, intanto si produce (...) Ciò non significa, beninteso, che il profilo del *Dürfen* non venga in questione; solo che esso è ulteriore rispetto a quello del *Können*. Proprio perché esiste il secondo si pone il primo: dato il *Können*, si tratta di valutare se ad esso faccia riscontro anche il *Dürfen*".

¹⁶⁶ Cfr., ad esempio, L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 34 s.

¹⁶⁷ Sul potere amministrativo come potere necessariamente attribuito v. G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., 144-146.

percorso concettuale opposto a quello della tesi che pretende di individuare nella norma il fondamento del potere normativo, la concezione oggettiva cade quindi nel medesimo errore in cui incorre la prima, ovverossia quello di confondere il diritto con il diritto valido¹⁶⁸. Più esattamente, la rappresentazione del potere come espressione dell'ordinamento mostra di non tenere in adeguata considerazione che il criterio scriminante per la produzione di effetti giuridici che costituiscono realmente espressione dell'ordinamento e dei suoi valori è la validità dei comportamenti programmatici che a quegli effetti danno luogo. Essa sacrifica sull'altare dell'unitarietà del potere, concepito appunto come espressione dell'ordinamento, la necessaria distinzione tra la parte ed il tutto: tra il potere validamente esercitato e il potere *tout court*, tra i provvedimenti validi e i provvedimenti *tout court*.

Non sembra dunque che il potere amministrativo ammetta ricostruzioni di tipo oggettivistico. Se esso si identifica nella capacità dell'organo dell'amministrazione di adottare un provvedimento efficace, allora è evidente che il riferimento alla sfera soggettiva è irrinunciabile. La dinamica giuridica, del resto, è determinata dal succedersi di giudizi di valore, attraverso i quali il sistema culturale del diritto si evolve nel tempo. Questi giudizi sono, e non potrebbero che esserlo, operati da soggetti. L'esigenza di formalizzazione insita nella creazione dei concetti giuridici, cui pure va pagato un prezzo, non deve occultare una siffatta realtà: il soggetto è l'origine e l'entità costitutiva del sistema, non un suo prodotto.

2.3. Riferibilità e legittimazione. Linee di una rilettura dell'imperatività

Proviamo a riassumere.

Il fondamento sociale della riferibilità, che deriva dal riconoscimento del provvedimento da parte dei suoi destinatari come prescrizione giuridica, spiega la possibile dissociazione tra validità ed efficacia, quest'ultima essendo conseguenza proprio della riferibilità. Se il fondamento dell'efficacia del provvedimento riposa nel riconoscimento sociale, allora si deve ritenere che anche il potere amministrativo, di cui il provvedimento è espressione, abbia fondamento sociale e non normativo; e, dunque, che il principio di legalità opera esclusivamente come limite del potere, ossia sul piano della validità.

L'ipotesi ricostruttiva così sintetizzata richiede ulteriori chiarimenti e precisazioni, anche allo scopo di misurare la distanza che intercorre tra essa e la prospettazione più diffusa, secondo cui il provvedimento ritrae la propria forza produttiva dalla conformità alla norma che fonda il potere.

¹⁶⁸ Pertanto, diversamente da quanto ritenuto dalla concezione oggettivistica, non è consustanziale all'idea di potere la attuazione dei valori ordinamentali; il potere, se così si vuol chiamare la capacità attribuita dall'ordinamento ad alcuni soggetti di porre in essere comportamenti programmatici giuridicamente rilevanti, può esser esercitato in modo assiologicamente valido o invalido: e solo nel primo caso esso si farà pienamente carico dei valori ordinamentali.

A questo scopo è necessario accennare al tema della legittimazione degli atti dei pubblici poteri, una problematica generalmente trascurata dai giuristi¹⁶⁹ ma oggetto di ampia analisi da parte dei filosofi del diritto e della politica, storici, politologi, sociologi¹⁷⁰ che indagano “(sul piano descrittivo, delle scienze sociali) i motivi per i quali di fatto un regime si instaura e nel tempo si consolida (ovvero si indebolisce e tramonta)”¹⁷¹.

La “legittimazione” è di solito considerata nozione congenere alla “legittimità”, con la quale non di rado si trova sovrapposta. Ad accomunare i due concetti è il fatto di inerire entrambi alla tematica della giustificazione del potere¹⁷². La “legittimità”, in particolare, designa la capacità del potere di produrre consenso attorno a sé medesimo¹⁷³. Così intesa, essa si differenzia in modo netto dalla legalità, ovvero dalla conformità delle decisioni al modello normativo. La seconda assolve ad un ruolo strumentale rispetto alla prima, rappresentando un mezzo, il più importante nello Stato moderno, attraverso il quale il potere suscita e consegue consenso tra i cittadini, cioè crea legittimità¹⁷⁴.

Secondo alcuni Autori, la legittimità è un attributo del potere (il potere legittimo,

¹⁶⁹ F. LANCHESTER, *Legittimità e legittimazione: la prospettiva del costituzionalista*, in *Il politico*, 1998, 550.

¹⁷⁰ L. D'ANDREA, *op. cit.*, 319 s., e ivi riferimenti bibliografici.

¹⁷¹ L. D'ANDREA, *op. cit.*, 320.

¹⁷² G. PALOMBELLA, *Legittimità, legge e costituzione*, in *Soc. Dir.*, 1993, 123; F. LANCHESTER, *op. cit.*, 552; L. D'ANDREA, *op. cit.*, 317.

¹⁷³ S. CASTIGNONE, *Legalità, legittimità, legittimazione*, cit., 30: “riconoscere un potere come legittimo significa ritenere giusti e condividere i fini che si propone di realizzare e l'assetto istituzionale e sociale che intende darsi”; ID., *Legittimazione e potere. Elementi per una riflessione analitica*, in R. TREVES (a cura di), *Diritto e legittimazione*, Milano, 1985, 17; R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., 181 ss.; R. MENEGHELLI, *op. cit.*, 25 ss., con particolare attenzione ai rapporti tra legittimità ed effettività: secondo l'A. se “un sistema di potere coercitivo dovesse, attraverso la qualifica della legittimità, trasformarsi in un sistema realmente legittimo, cesserebbe di esistere come sistema di potere coercitivo e si trasformerebbe in un'autorità morale che avrebbe il compito di aiutare la società ad essere giusta senza far uso di alcuno strumento di coercizione”. Non accadendo ciò, deve concludersi che “la legittimità non rende legittimo un ordinamento effettivo, ma lo aiuta a diventare più effettivo di quanto già non lo sarebbe senza di essa”, facendo sì che esso si presenti davanti ai consociati non per quello che è, ossia un sistema di potere capace di realizzare il fine cui naturalmente tende, e cioè la conservazione e l'accrescimento della propria effettività, ma come un sistema “che ha anche il diritto di fare quel che si dimostra capace di fare”; M. ROSENFELD, *Lo Stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2004, 119 ss.

¹⁷⁴ Cfr. S. CASTIGNONE, *Legalità, legittimità, legittimazione*, cit., 19-34, che con raffinate argomentazioni contesta la tesi secondo cui la legittimità sarebbe un corollario della legalità. L'A. svolge il suo pensiero tenendo in considerazione due significati di legalità. Nel primo senso legalità significa conformità a legge; nella seconda accezione significa stato di diritto, descrive cioè un certo tipo di organizzazione statale in cui governano le leggi, generali astratte stabili, e non invece gli uomini. La legittimità non può essere considerata dipendente dalla legalità, intesa secondo la prima accezione, perché non si può predicare la legalità di un regime politico (del quale, invece, deve potersi predicare la legittimità). Neppure la legittimità può essere considerata un corollario della legalità, intesa nella seconda accezione, perché è piuttosto la legalità ad essere “un vero e proprio principio di legittimità, storicamente esistito e in una certa misura ancora esistente”.

Diversa la prospettiva di N. BOBBIO, *Legalità*, cit., 554, secondo cui “si suole invocare la legalità a proposito dell'esercizio del potere, la legittimità a proposito della sua titolarità”.

che suscita consenso) e va dunque apprezzata in prospettiva statica; mentre la legittimazione contrassegnerebbe un *modus agendi* degli agenti pubblici, precisamente il processo (il processo legittimante, o di legittimazione) che questi devono seguire per legittimare le proprie decisioni (ad esempio, ascoltare gli interessati prima di adottarle, motivarle, etc.). Altri, invece, ritengono che la nozione di legittimazione abbia carattere descrittivo (si dice “questo potere è legittimato” per dire che è un potere giustificato), mentre il concetto di legittimità avrebbe natura valutativa o normativa (si dice “questo potere è legittimo” per giustificarlo)¹⁷⁵.

È utile ai fini del discorso che si conduce distinguere in modo più netto la legittimazione dalla legittimità, rilevando che, se il potere legittimo è quello che suscita consenso presso i cittadini, il potere legittimato è quello da essi riconosciuto come tale. Legittimità e legittimazione contrassegnano quindi diversi modi di essere degli atti espressione del potere (per quanto qui interessa, del potere pubblico): la prima è attributo riservato a quelli che si giustificano agli occhi dei propri destinatari, la seconda identifica quelli che costoro riconoscono come efficaci. In questa prospettiva, dunque, legittimato è l'atto che suscita una credenza di validità, intesa kelsenianamente come forza vincolante. Tale condizione non implica alcun tipo di adesione morale dei destinatari al suo contenuto precettivo e vieppiù richiede il loro consenso. Essa, più semplicemente, identifica gli atti dotati dei requisiti sufficienti per apparire appartenenti al sistema (si può parlare al riguardo di “fattori di legittimazione” della decisione)¹⁷⁶. Con ciò, non si crede di dire nulla di nuovo: quando Weber definisce la legittimazione del potere moderno come la capacità di suscitare negli individui quella credenza di legalità che è la ragione della disposizione ad obbedire¹⁷⁷ non fa riferimento alla attitudine del potere a creare consenso, cioè a convincere i soggetti della sua intrinseca bontà, quanto alla capacità dello stesso di imporsi ai suoi destinatari.

Poste queste premesse, sono evidenti le relazioni intercorrenti tra il tema della legittimazione politica degli atti dei pubblici poteri e la loro efficacia: la legittimazione consente il riconoscimento, il riconoscimento è presupposto della riferibilità, la riferibilità è causa dell'efficacia.

¹⁷⁵ F. LANCHESTER, *op. cit.*, 552.

¹⁷⁶ La distinzione che si propone tra legittimità (attinente all'atto che suscita consenso) e legittimazione (attinente all'atto riconosciuto) è tributaria delle riflessioni di S. CASTIGNONE, *Legalità, legittimità, legittimazione*, cit., 30-38, secondo cui la legittimità è il risultato di un giudizio di valore operato dal punto di vista interno all'ordinamento (giudicandolo legittimo, l'individuo fa proprie le istanze del potere, esercita un atto di sottomissione nei suoi riguardi; in questa prospettiva, dunque, non è legittimo qualsiasi potere che suscita consenso), mentre la legittimazione è il risultato di un giudizio di fatto, operato dal punto di vista esterno, con il quale si constata la capacità del potere di suscitare consenso.

In termini generali si può convenire con questa impostazione, precisando però che alla “legittimazione” si risale dall'osservazione circa la capacità del potere di imporsi come tale ai consociati, non necessariamente di suscitare il loro consenso.

¹⁷⁷ M. WEBER, *op. cit.*, 35; A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, cit., 99 ss.

L'individuazione dei principali fattori di legittimazione delle decisioni d'apparato, dunque, sembra essere la via maestra per individuarne i presupposti di efficacia. Essa richiede una analisi del modo in cui i soggetti privati e gli attori pubblici si relazionano con le determinazioni dell'autorità, al fine di indagare la loro disponibilità non a prestarvi obbedienza (il che equivarrebbe alla verifica delle condizioni di effettività del provvedimento) quanto ad agirvi in funzione, cioè a percepirne la vincolatività e ad orientare i propri comportamenti in modo conseguenziale a questa percezione, eventualmente anche violandole o aggirandone la portata precettiva. È chiaro che si tratta di un compito del sociologo e non del giurista; non si intende, pertanto, addentrarsi nella tematica se non nella misura sufficiente a precisare i contorni della tesi che si propone circa il fondamento dell'efficacia del provvedimento amministrativo.

Max Weber, come noto, individuava tre moduli fondamentali di legittimazione dei pubblici poteri¹⁷⁸. La legittimazione carismatica “che poggia sulla dedizione straordinaria al carattere sacro o alla forza eroica o al valore esemplare di una persona, e degli ordinamenti rilevati o creati da essa”; la legittimazione tradizionale, che “poggia sulla credenza quotidiana nel carattere sacro delle tradizioni valide da sempre, e nella legittimità di coloro che sono chiamati a rivestire una autorità”; la legittimazione razionale-legale, che “poggia sulla credenza nella legalità degli ordinamenti statuiti, e del diritto di comando di coloro che sono chiamati ad esercitare il potere (potere legale) in base ad essi”¹⁷⁹. Quest'ultima è la legittimazione tipica dello Stato moderno, in quanto Stato legislativo¹⁸⁰, cioè sistema in cui la razionalità del potere è tratta dalla riconducibilità dello stesso alla volontà della legge che, essendo espressione della società attraverso i meccanismi elettorali, è a sua volta “intrinsecamente razionale ed universale”¹⁸¹: *ratio* e non *voluntas*¹⁸².

Il fondamento della legittimazione del potere nello Stato moderno è dunque di tipo essenzialmente soggettivo. La “competenza del decidente” democraticamente eletto determina nei cittadini la disposizione all'obbedienza e assiste ogni decisione vincolante da lui adottata, assorbendo e neutralizzando le ulteriori possibili contestazioni¹⁸³. Il sistema è fondato sulla rappresentatività delle assemblee elettive ed entra in crisi nel momento in cui questa viene fatta oggetto di ricorrente contestazione¹⁸⁴.

¹⁷⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 155, parla in proposito di tre “ideal-tipi di potere legittimo”.

¹⁷⁹ M. WEBER, *op. cit.*, 35, 210 ss.

¹⁸⁰ G. REBUFFA, *Max Weber e la scienza del diritto*, Torino, 1981, 56.

¹⁸¹ Sul punto si rinvia a A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 453 s. Cfr., però, le osservazioni di S. CASTIGNONE, *Legalità, legittimità, legittimazione*, cit., 19, circa il fatto che la riduzione del problema della legittimità a quello della legalità “trasforma un problema di valutazione di fini e strutture sociali (quindi un problema sostanziale) in un problema puramente formale, di corrispondenza del potere all'ordinamento giuridico esistente: il che comporta implicitamente la accettazione dei fini e delle strutture adottati dal potere”.

¹⁸² C. SCHMITT, *op. cit.*, 212 ss. Di “ragione senza passione” parlava a proposito della legge già Aristotele, v. G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 11.

¹⁸³ Questa la sintesi di A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 455.

¹⁸⁴ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 454 s.

Sorge quindi l'esigenza dell'integrazione del tradizionale modulo di legittimazione soggettiva attraverso moduli a base oggettiva¹⁸⁵, idonei a rinnovare di volta in volta la legittimazione del potere in rapporto alle singole decisioni da esso assunte. Mentre cioè la legittimazione soggettiva inerisce al decidente e offre una copertura tendenzialmente estesa a tutte le espressioni del suo potere, la legittimazione soggettiva assiste direttamente ciascuna di queste manifestazioni e solo indirettamente risale a colui che le adotta¹⁸⁶.

La proliferazione dei moduli legittimanti a base oggettiva è più evidente nelle funzioni di *legis executio*, ma è fenomeno ben presente anche al livello della legislazione. Nello Stato costituzionale di diritto la legittimazione della legge, infatti, non è basata esclusivamente sulla competenza del decisore politico di turno. Essa dipende in buona misura dalla capacità dell'atto parlamentare di presentarsi ai consociati come momento di sviluppo e estrinsecazione dei valori posti al vertice del sistema, presso i quali nello Stato costituzionale risiede la "sovranità"¹⁸⁷.

Quanto al provvedimento amministrativo, la sua legittimazione passa dalla presenza di una pluralità di fattori.

Uno di questi, e forse ancor oggi il principale, consiste nella conformità dello stesso alla legge, da intendere come rispetto delle prescrizioni afferenti non solo alla competenza dell'organo emanante ma anche ai requisiti formali e sostanziali dell'atto. La legalità opera come fattore di legittimazione del provvedimento non solo e non tanto in quanto garanzia dell'amministrazione democratica, quanto soprattutto per l'impressione di intrinseca razionalità suscitata dalla conformità ad un parametro che, essendo tendenzialmente astratto e generale, è garanzia di neutralità, ove non imparzialità, rispetto alla soluzione del singolo problema di interessi su cui incide la decisione dell'amministrazione¹⁸⁸.

Oltre che attraverso la conformità alla legge, il provvedimento amministrativo si legittima per il tramite del procedimento che precede la sua adozione. Secondo quanto

¹⁸⁵ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 455 s.

¹⁸⁶ A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, cit., 99 ss.

¹⁸⁷ Sulla sovranità dei valori nello stato "senza principe" v. G. SILVESTRI, *Lo stato senza principe*, cit., *passim*. Sulla conseguente de-soggettivizzazione dello stato v. F. BENVENUTI, *Dalla sovranità dello Stato persona alla sovranità dell'ordinamento*, in *Jus*, 1995, 193 ss.

¹⁸⁸ Cfr. G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 12, dove si osserva che "nella tradizione del pensiero politico il primato della legge non è legato tanto all'identità di chi la delibera, quanto alla struttura della legge stessa, al fatto che essa contiene una regola, espressione di una ragione senza passione, invece che decreto estemporaneo o, peggio, capriccio. (...) Negli ordinamenti democratici la supremazia della legge dipende invece, essenzialmente dall'autore della legge: il popolo ginevrino riunito in assemblea come in J.J. ROSSEAU, il parlamento composto dai rappresentanti eletti dal popolo nelle democrazie rappresentative. Tuttavia questa nuova forma di legittimazione non ha scalzato la vecchia. Oggi le due forme convivono: l'esigenza che la legge sia generale e astratta è sempre più spesso frustrata, ma persiste come aspirazione diffusa". Sul punto cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il significato formale*, cit., 38-43.

acutamente osservato da Luhmann, la partecipazione dei destinatari è funzionale a suscitare il loro consenso intorno alla decisione e, laddove ciò si mostri impossibile, a fare apparire la pronuncia dell'autorità come un che di ineluttabile.

Ancora, la legittimazione dei provvedimenti dipende dalla motivazione, cioè dal discorso giustificativo del potere, che non solo svolge funzioni persuasive ma anche tende a dimostrare l'intrinseca razionalità della decisione tramite la indicazione degli elementi di diritto e di fatto che ne sono a fondamento: la esplicitazione dei primi serve evidentemente a dimostrare l'appartenenza della decisione al sistema giuridico; quella dei secondi a corroborarne l'adeguatezza alla realtà.

Infine, l'amministrazione, soprattutto quando agisce in funzione arbitrale, legittima la propria decisione in ragione della capacità di mediare tra gli interessi in gioco e di individuare una soluzione che massimizzi le singole utilità e che al contempo danneggi nella misura minore possibile i diversi interessi coinvolti.

Ognuno di questi aspetti meriterebbe ben altra attenzione. Ai fini del discorso che si conduce, però, ci si può fermare qui, osservando che i principali fattori di legittimazione del provvedimento sono anche condizioni della sua validità. Se è vero infatti che la legalità formale e sostanziale costituisce il più importante di quei fattori, è anche vero che proprio intorno ad essa ruota il sistema della validità formale del provvedimento. Lo stesso si può dire con riferimento al procedimento e alla motivazione, l'uno e l'altra essendo oggetto di una specifica disciplina normativa la cui violazione determina l'invalidità del provvedimento. Quanto poi alla capacità della statuizione di operare una sintesi corretta degli interessi in gioco, è evidente che tale attitudine è propria solo ai provvedimenti assiologicamente validi ed esclusa per quelli assiologicamente invalidi.

La riscontrata coincidenza delle condizioni di legittimazione e delle condizioni di validità del provvedimento amministrativo indubbiamente riduce la distanza tra la tesi che si propone, secondo cui a fondamento dell'efficacia vi è il riconoscimento sociale, e la concezione tradizionale, secondo cui l'efficacia dipende dalla perfezione della fattispecie. Se è vero che il provvedimento si legittima osservando regole di validità, si potrebbe essere indotti addirittura a negare che sussista alcuna differenza tra la tesi proposta e quella criticata: la prima finirebbe per confluire nella seconda dovendosi arrendere davanti all'evidenza che il provvedimento legittimato è quello valido/perfetto.

Si crede tuttavia che sarebbe un errore arrivare a tanto. Se è vero, infatti, che i fattori di legittimazione costituiscono a loro volta condizioni di validità, è altrettanto vero che la statuizione autoritativa può essere legittimata, e pertanto riferibile all'ordinamento e dunque efficace, pur se invalida. Questo, in primo luogo, perché la validità presuppone l'osservanza dell'intero paradigma normativo, mentre la legittimazione sufficiente al riconoscimento può ben essere conseguita anche mediante una conformità parziale. Ma anche perché la carica legittimante di istituti quali la partecipazione o la motivazione trascende ampiamente le forme e i modi previsti dal legislatore, spiegandosi anche quando questi non vengono pienamente osservati.

In definitiva, la distinzione tra potere e potere legale non va posta nei termini di una antitesi perché il potere amministrativo, anche quando non si esprime attraverso provvedimenti validi e non sia dunque “legale”, *si serve della legalità* (della legalità parziale), da cui trae una fondamentale fonte di legittimazione senza la quale stenterebbe ad imporsi. Il potere illegale, in altri termini, presenta sempre profili di legalità. Ma ciò non significa che il suo fondamento è nella norma, quanto che la legalità è ancor oggi un modulo di legittimazione privilegiato. Il giorno in cui non dovesse più esserlo, allora l'intera costruzione dello stato di diritto verrà a cadere.

Una considerazione finale.

La capacità di legittimarsi malgrado l'invalidità è una caratteristica che si trova rinforzata negli atti dei pubblici poteri, tra cui il provvedimento amministrativo. Mentre la base legittimante dell'impegno contrattuale è costituita in modo preponderante se non esclusivo dal consenso delle parti, gli atti pubblici si servono di una pluralità di tecniche che operano anche alternativamente (la legalità, la partecipazione procedimentale, la motivazione) e per questa ragione hanno maggiori *chances* di imporsi agli occhi dei destinatari. Gli atti dei pubblici poteri, del resto, sono i “mattoni” dei quali l'ordinamento è costruito: il *surplus* di legittimazione che li riguarda non è dunque casuale e risponde ad esigenze profonde legate alla sopravvivenza del sistema giuridico.

Nella particolare capacità di legittimarsi anche se invalido va individuata l'essenza dell'autoritatività del provvedimento e degli atti dei pubblici poteri in generale.

L'autorità non “si misura in gradi e centigradi” e la sua traducibilità in istituti giuridici è dubbia; il giurista, che forse non ha i mezzi per analizzarla, non può tuttavia ragionare come se non esistesse oppure ridurla a un feticcio perché è proprio essa, l'autorità, che, comportando un *surplus* di legittimazione delle decisioni d'apparato, accresce a dismisura la portata e le dimensioni di un fenomeno, ossia quello della dissociazione tra (in)validità ed (in)efficacia, che affonda le proprie radici nel carattere sociale del diritto.

3. *Problemi e rimedi*

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, sembra potersi concludere che la sorte del provvedimento amministrativo invalido è racchiusa in questa alternativa: l'efficacia, se è riconosciuto dai suoi destinatari come atto proveniente dall'ordinamento; l'inefficacia, se questo riconoscimento manca.

Entrambe le situazioni presentano profili patologici, a fronte dei quali l'ordinamento reagisce predisponendo rimedi appositi e di diversa natura.

Non essendo questa la sede per maggiori approfondimenti, ci si limita ad individuare in termini generali i nessi che intercorrono tra i “problemi” cui dà luogo il provvedimento invalido e le “soluzioni”, consistenti appunto nei rimedi, individuate dal legislatore per farvi fronte.

A) Il provvedimento invalido ma riconosciuto, e quindi efficace, produce normalmente effetti inadeguati, che rappresentano la traduzione in termini pratici di una scorretta attuazione dei valori giuridici chiamati in causa dal fatto rilevante.

Per governare questa situazione, l'ordinamento predispone rimedi idonei ad eliminare dalla realtà giuridica il provvedimento invalido ed efficace.

Senza dubbio assolvono a questa funzione l'annullabilità-annullamento, che può essere pronunciata sia in sede giurisdizionale che amministrativa, e la disapplicazione, che invece è una prerogativa giurisdizionale.

L'annullabilità concorre con la possibilità dell'amministrazione di sanare il provvedimento invalido quando il vizio è di tipo formale e quindi si presta ad essere emendato nelle forme della convalida e della ratifica; l'annullamento comunque non può essere pronunciato quando l'amministrazione non avrebbe potuto adottare un provvedimento di contenuto diverso da quello in concreto adottato (art. 21 *octies*, secondo comma, l. 241/1990). Se ne può desumere che non è il fatto in sé della violazione di una norma sulla produzione a giustificare la rimozione degli effetti prodotti dal provvedimento, quanto l'invalidità assiologica di questi ultimi.

L'annullamento è inoltre positivamente conformato come un rimedio "di protezione", il cui fine è la tutela di interessi diversi da quello "oggettivo" alla validità del provvedimento. La validità, in altri termini, non è valore finale dell'ordinamento, ma strumentale al conseguimento di interessi diversi¹⁸⁹: l'interesse del singolo, quando l'annullabilità opera come rimedio giurisdizionale¹⁹⁰; l'interesse che ha in cura l'ente pubblico, quando l'annullabilità opera come rimedio amministrativo¹⁹¹. In quest'ottica

¹⁸⁹ G.CORSO, *Validità*, cit., 87 s., 103 s.

¹⁹⁰ È estremamente significativo in questo senso il fatto che il giudice non può rilevare d'ufficio l'annullabilità del provvedimento. Ciò significa che l'ordinamento, in nome del principio di conservazione, tollera la produzione di effetti sconvenienti, sebbene questa comporti una deviazione nel processo di attuazione dei valori giuridici. Al contempo, però, predispone un rimedio di protezione, l'annullabilità appunto, a tutela dei soggetti danneggiati da quegli effetti.

Che l'annullabilità assolva esclusivamente ad una funzione di tutela degli interessi dei singoli è confermato, in modo apparentemente paradossale, dai limiti posti alla operatività del rimedio e, in particolare, dalla necessaria sussistenza dell'interesse al ricorso (art. 100 c.p.c.; art. 35, comma 1, lett. b, c.p.a.) e dalla sottoposizione dell'azione a un termine decadenziale breve di sessanta giorni (art. 29 c.p.a.). La necessità che l'impugnazione sia sorretta dall'interesse al ricorso, condizionando l'operatività del rimedio alla possibilità per il ricorrente di trarre un vantaggio concreto e attuale dalla rimozione del provvedimento invalido, per un verso costituisce un fattore di limitazione della tutela; al contempo, però, chiarisce che la realizzazione dell'interesse del singolo è, insieme, obiettivo e limite del rimedio.

Un discorso simile può farsi con riferimento alla sottoposizione dell'azione al termine decadenziale breve di 60 giorni dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza del provvedimento lesivo. Non diversamente dalla norma che richiede la sussistenza dell'interesse al ricorso per attivare il rimedio della annullabilità, anche questa previsione rappresenta un limite alla tutela del singolo; ma anche in essa si trova conferma dell'idea che l'annullabilità costituisce un rimedio di protezione. Ed infatti, se gli interessi tutelati avessero carattere generale, o comunque travalicassero la sfera del soggetto nei cui confronti il rimedio svolge propriamente la sua funzione di protezione, il termine per agire non sarebbe sottoposto a decadenza di sorta.

¹⁹¹ L'art. 21 *nonies* sottopone la facoltà dell'amministrazione di annullare d'ufficio i propri atti viziati alla sussistenza di "ragioni di interesse pubblico".

merita di essere riconsiderato criticamente il dogma della retroattività dell'annullamento giurisdizionale¹⁹². Se, infatti, l'annullabilità è un rimedio che presuppone la piena efficacia del provvedimento viziato (efficacia che, a sua volta, non dipende dalla validità) e che opera nell'esclusivo interesse di chi lo attiva, sembra ragionevole che l'annullamento possa operare *ex nunc* tante volte quante il ricorrente, principale o incidentale, giudichi questa soluzione come la più soddisfacente alla tutela del proprio interesse¹⁹³. La tesi contraria, del resto, appare fondata sulla concezione secondo cui la demolizione costituisce la sanzione predisposta dall'ordinamento rispetto ad atti che, in quanto viziati, sono inidonei a produrre sin dall'inizio effetti stabili¹⁹⁴.

Entro limiti ben definiti, anche la revoca agisce come rimedio all'invalidità del provvedimento efficace¹⁹⁵.

Se si accoglie la tesi tradizionale, secondo cui essa incide su atti viziati nel merito, allora la possibilità di concepirla come rimedio all'invalidità è subordinata al riconoscimento della portata invalidante di tali vizi; ma se, come qui si è ritenuto di dover fare, si rifiuta la distinzione ontologica tra vizi di legittimità e vizi di merito, il discorso

¹⁹² In tema ferve un intenso dibattito, occasionato da una pronuncia con cui il giudice amministrativo, accertata l'illegittimità dell'atto impugnato, ha escluso la retroazione dell'annullamento sulla base dell'argomento che questa avrebbe nuociuto tanto all'interesse del ricorrente quanto all'interesse pubblico (Cons. Stato, 10 maggio 2011, n. 2755). Di fatto, il Consiglio di Stato ha convertito, probabilmente in violazione del principio della domanda, l'azione di annullamento proposta dal ricorrente in un'azione di condanna, ordinando alla p.a. di pronunciarsi nuovamente sulla questione e indicando il modo in cui farlo. Cfr. E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. It.*, 2012, 438; C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 280 ss.; A. GIUSTI, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 203 ss.; L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminativo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1128 ss.; M. FORNACIARI, *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento... che non annulla!*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1662 ss.; R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1358 ss. Critico sull'istituto della conversione, in ragione del principio della domanda, F. FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 244 ss.

¹⁹³ Secondo la tesi di L. DONATO, *Sulla disponibilità degli effetti dell'annullamento giurisdizionale: il caso del ricorso incidentale c.d. «autolesivo»*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 531 ss. Il dogma della necessaria retroattività dell'annullamento era stato già contestato dalla dottrina con riferimento ai poteri di riesame (annullamento d'ufficio), con argomentazioni sostanzialmente assimilabili: anche in quel caso, infatti, è l'accentuazione dei profili funzionali dell'istituto su quelli sanzionatori, ossia il suo essere volto alla cura dell'interesse pubblico e non alla restaurazione della legalità oggettiva violata, a giustificare il potere dell'amministrazione di modulare gli effetti retroattivi dell'annullamento: A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento. Annullamento e revoca tra posizioni «favorevoli» e interessi sopravvenuti*, cit., 118 ss.

¹⁹⁴ Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 1947, cit., 238: "l'annullamento ha carattere costitutivo, perché fa cessare i rapporti in atto e in via di svolgimento; quanto alla sua efficacia, tuttavia, avendo causa in vizi contemporanei alla formazione dell'atto, esso retroagisce al momento di tale formazione: l'atto viene posto nel nulla fin dalla sua origine e gli effetti da esso prodotti devono essere eliminati o riparati"; Santi ROMANO, *Annullamento degli atti amministrativi*, cit., 645; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 596; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, cit., 485 ss., che definisce l'annullamento come sanzione dell'invalidità; in termini simili D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 81 s.; G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 404.

¹⁹⁵ Cfr. M. IMMORDINO, *op. cit.*, 158 ss.

deve essere impostato su diverse basi, ossia analizzando la natura delle circostanze, indicate all'art. 21 *quinquies* l. 241/1990, nelle quali l'amministrazione può revocare i propri precedenti atti.

In quest'ottica, sembra ragionevole affermare che la revoca non presuppone l'invalidità del precedente provvedimento quando viene esercitata per "sopravvenuti motivi di pubblico interesse" e in caso di "mutamento della situazione di fatto"; invalidità che, invece, può sussistere – e non necessariamente sussiste – allorché l'amministrazione decide di tornare sui propri passi a seguito "di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario": ciò infatti può avvenire sia nell'ipotesi di mera incompatibilità tra la nuova e la vecchia valutazione dell'interesse pubblico, comunque legittima, sia quando la verifica successiva dimostri una sostanziale erroneità della prima, sfociata nell'adozione di un provvedimento assiologicamente invalido.

Infine anche la nullità, così come positivamente conformata dal legislatore e – soprattutto – in ragione dell'interpretazione datane dalla giurisprudenza, si atteggia in taluni casi a rimedio di protezione contro l'efficacia del provvedimento invalido.

Ciò accade nell'ipotesi della violazione o elusione del giudicato e della mancanza di elementi *giudicati essenziali*¹⁹⁶ perché il provvedimento possa assolvere alla propria

¹⁹⁶ Lascia perplessi la convinzione, diffusa nella dottrina amministrativistica (ad esempio, D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 82; A. CONTIERI, *Le nuove patologie della funzione amministrativa tra inesistenza, nullità e annullabilità degli atti*, in *www.giustamm.it.*; M.C. CAVALLARO, *Della nullità per mancanza di uno degli elementi essenziali*, in *www.giustamm.it.*; R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità*, in *www.giustamm.it.*), che, al fine di tracciare il perimetro della nullità del provvedimento per mancanza degli elementi essenziali, sia sufficiente una rigorosa individuazione di tali elementi. Assimilando il regime della nullità strutturale del provvedimento a quello della nullità del contratto, non si tiene conto delle differenze intercorrenti tra lo schema fatto proprio dall'art. 21 *septies* e quello presente nel codice civile. Al riguardo, il primo aspetto da osservare è che quest'ultimo, pur contestato dalla dottrina che ne denuncia l'imprecisione (cfr. L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile*, 1**, Torino, 1992, 537), risponde ad una logica estremamente lineare: una norma (l'art. 1325) indica i "requisiti" del contratto (l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto, la forma quando prescritta ad *substantiam*); un'altra norma (l'art. 1418, secondo comma) stabilisce che producono nullità la mancanza di uno dei suddetti requisiti oppure l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi (ma solo quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe: art. 1345) e la mancanza nell'oggetto di uno dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 (liceità, determinatezza o determinabilità). L'art. 21 *septies* l. 241/1990, invece, stabilisce che il provvedimento è nullo quando manca degli elementi *essenziali* (F. CARDARELLI - V. ZENO ZENCOVICH, *op. cit.*, concordano sul fatto che la differenza tra i "requisiti" di cui all'art. 1325 c.c. e gli "elementi essenziali" di cui all'art. 21 *septies* l.p.a. non è solo letterale). L'ambito di operatività della nullità, pertanto, non può essere correttamente definito se non dopo aver identificato l'entità cui va commisurata l'"essenzialità" dell'elemento mancante (il che non rappresenta affatto una novità, se si pensa alle distinzioni tra elementi essenziali, naturali e accidentali che affaticavano la dottrina del negozio giuridico prima dell'entrata in vigore del codice del 1942, riprese in diritto amministrativo da R. LUCIFREDI, *op. cit.*, 37 ss. Alcuni Autori distinguevano ulteriormente tra elementi essenziali ai fini della validità del negozio ed elementi essenziali ai fini della sua esistenza; mentre per altri la validità era condizionata alla sussistenza di alcuni presupposti esterni al fatto giuridico – ad esempio la capacità – o di taluni caratteri degli elementi essenziali medesimi – ad esempio, la liceità della causa o la determinatezza dell'oggetto. Cfr. S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 638 s.; ID., *I fatti giuridici*, 48 s.). Diversamente, infatti, è logicamente impossibile individuare l'elemento la cui mancanza consente di attivare la nullità, per il semplice fatto che manca il criterio della ricerca. Ma lo schema adot-

funzione specifica (ad esempio, i termini per il decreto di esproprio nella dichiarazione di pubblica utilità).

In entrambi i casi, infatti, non può esservi alcun dubbio circa la riferibilità del provvedimento all'ordinamento, e quindi in ordine alla produzione di effetti da parte del primo. L'azione deve pertanto essere proposta davanti al giudice amministrativo, secondo la disciplina del codice di rito. Quando si fa valere la nullità per mancanza di un elemento essenziale opera l'art. 31 c.p.a., il quale prevede un termine decadenziale di 180 giorni che bilancia l'interesse dell'ordinamento alla conservazione dei valori giuridici con l'interesse del singolo alla tutela della propria sfera giuridica. Quest'ultimo è invece considerato assolutamente preminente a fronte di un atto adottato in violazione o elusione del giudicato, allorché opera il termine prescrizione decennale tipico dell'azione per l'ottemperanza (art. 114 c.p.a.).

In sintesi, la comunanza dei principali profili funzionali e strutturali comporta la sostanziale assimilazione della disciplina della nullità-demolizione a quella dell'annullabilità. Ciò che distingue i rimedi è solo la maggiore lunghezza del termine decadenziale per la proposizione dell'azione di nullità e la sostituzione del termine decadenziale con quello prescrizione nell'ipotesi in cui si agisca contro un atto adottato in violazione o elusione del giudicato. Si può quindi desumere che nelle ipotesi di provvedimenti violativi o elusivi del giudicato o mancanti degli elementi essenziali al raggiungimento dello scopo l'ordinamento riconosce al singolo una esigenza di protezione rinforzata in ragione della quale sacrifica parzialmente l'interesse alla conservazione e alla certezza dei valori giuridici. La nullità, come rimedio all'invalidità del provvedimento efficace, rappresenta dunque una forma di protezione degli interessi del singolo che si aggiunge all'annullabilità, incrementandone la tutela.

B) Il provvedimento invalido ma non riconosciuto determina invece un *vulnus* al valore fondamentale della certezza del diritto. Nel mancato riconoscimento del provvedimento come atto riferibile all'ordinamento da parte di un soggetto è infatti implicita la possibilità del conflitto con altri soggetti che invece quel riconoscimento operano, e quindi agiscono e pretendono si agisca in funzione degli effetti del provvedimento.

Per governare questa situazione, l'ordinamento predispose un rimedio di natura preclusiva, si affida cioè a un meccanismo giuridico che, traducendosi in una pronuncia autoritativa circa la riferibilità o la non riferibilità del provvedimento all'ordinamento, crea una certezza artificiale, escludendo ogni ulteriore contrasto a questo riguardo tra i destinatari.

tato dalla legge sul procedimento amministrativo si discosta da quello del codice civile anche sotto un altro aspetto. L'art. 21 *septies* richiede la "mancanza" degli elementi essenziali; mentre invece l'art. 1418 c.c. estende la nullità ai casi in cui la causa, pur presente, sia illecita e l'oggetto sia illecito, indeterminato o indeterminabile. Una interpretazione rigorosa dell'art. 21 *septies* l. 241/1990 imporrebbe di escludere dall'ambito della nullità ipotesi diverse dalla radicale mancanza degli elementi, e quindi porterebbe a concludere, per esempio, che l'illiceità della causa, ove questa dovesse essere inclusa tra gli elementi essenziali del provvedimento, non determina la nullità.

Viene in gioco ancora una volta la nullità, che in questo caso non opera come rimedio protettivo ma come rimedio finalizzato a rimuovere l'incertezza in ordine alla riferibilità dell'atto all'ordinamento (e, quindi, in ordine alla idoneità dello stesso a produrre effetti giuridici) in presenza di difetto assoluto di attribuzione e/o della mancanza degli elementi essenziali giudicati necessari per il riconoscimento del provvedimento come atto giuridico promanante dall'autorità¹⁹⁷.

Facendosi valere il diritto all'accertamento preclusivo in ordine all'efficacia del provvedimento, l'azione di nullità in queste ipotesi deve essere incardinata davanti al giudice ordinario e andranno pertanto applicate le norme relative all'azione di nullità contenute nel codice civile.

I caratteri dell'imprescrittibilità e della rilevabilità d'ufficio sono coerenti con la rilevanza generale dell'interesse alla certezza in ordine all'efficacia o all'inefficacia del provvedimento, rilevanza che deriva dal fatto che il conflitto tra soggetti, potenziale o attuale, mina alla radice la capacità del diritto di orientare i comportamenti umani.

Il fatto che il rimedio della nullità-preclusione non opera in via principale all'interno del giudizio amministrativo, peraltro, non comporta che questo non ne venga interessato. Al contrario, è da ritenere che l'art. 31 c.p.a., laddove prevede che "la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice", faccia riferimento proprio a questo tipo di nullità. L'ordinamento, cioè, pur escludendo la proponibilità dell'azione in questione davanti al giudice amministrativo, non ammette che il processo che davanti a lui si celebra arrivi a conclusione senza la verifica, d'ufficio o su sollecitazione delle parti, dell'efficacia dei provvedimenti oggetto della sua cognizione: non solo, dunque, del provvedimento impugnato, ma anche di eventuali provvedimenti connessi o di provvedimenti che costituiscono il titolo su cui si fonda la pretesa del ricorrente.

Alcune precisazioni, infine, devono essere dedicate alla identificazione del "resistente", cui la legge riconosce la facoltà di eccepire la nullità lungo tutto il corso del giudizio.

Tali si devono intendere anzitutto l'amministrazione convenuta, la quale, per esempio, può avere interesse a veder dichiarata l'inefficacia del provvedimento che costituisce il titolo su cui si fonda la pretesa del ricorrente alla condanna ad una somma di denaro (si pensi all'ipotesi di un provvedimento di assegnazione di un finanziamento pubblico che l'amministrazione debitrice ha interesse a veder dichiarato inefficace), e i controinteressati.

Ma, secondo una tesi particolarmente interessante, il "resistente" di cui all'art. 31

¹⁹⁷ Individua due categorie di nullità anche D. CORLETTI, *op. cit.*, 63-66, che, a conclusione di una indagine di diritto comparato, distingue tra nullità-evidenza (ricorrente alla presenza di vizi macroscopici, generalmente riconoscibili) e nullità-sanzione ("giudizio di particolare disvalore di specifici difetti o modi di essere di una certa fattispecie" che si traduce in un regime di invalidità più grave di quello normale dell'annullabilità").

c.p.a. sarebbe il “resistente sostanziale”, ossia il ricorrente che “resiste” alla aggressione della propria sfera giuridica minacciata dal provvedimento invalido¹⁹⁸. Costui può far valere in via di azione la nullità solo entro il termine decadenziale, ma può ecceperla lungo tutto il corso del giudizio nel caso in cui l’amministrazione si difendesse eccependo l’esistenza di un atto non impugnato, la cui efficacia preclude l’accoglimento della domanda principale¹⁹⁹. Il caso emblematico è quello in cui la difesa eccepisce l’inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione nei termini decadenziali di un atto presupposto: atto di cui il ricorrente-resistente può a sua volta eccepire la nullità, anche oltre il termine decadenziale.

C) In conclusione, si può osservare come la Costituzione italiana, prevedendo all’art. 24 che “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi” e all’art. 113 che “contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa” (tutela che “non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”), abbia consacrato una sorta di prevalenza dei rimedi giurisdizionali, quali strumenti privilegiati di tutela delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino a fronte degli atti statali. Tra i rimedi previsti dal legislatore, in altri termini, solo quelli giurisdizionali, protesi alla tutela degli interessi dei singoli, sono oggetto di una precisa copertura costituzionale; solo questi, dunque, sono posti al riparo dall’intervento di riforma del legislatore, nella cui piena disponibilità restano dunque i rimedi amministrativi.

L’indicazione costituzionale costituisce anche una importante chiave di lettura dell’evoluzione subita dal sistema dei rimedi all’invalidità del provvedimento previsti dalla legge.

A seguito dell’entrata in vigore della Carta, infatti, si è realizzato un progressivo potenziamento dei rimedi giurisdizionali, deputati alla tutela delle situazioni soggettive dei singoli, che trova oggi la punta più avanzata nel sistema delle azioni predisposto dal Codice del processo amministrativo, accompagnato dalla “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario, ossia un fenomeno di cui si può discutere l’opportunità, e finanche la legittimità costituzionale, ma che inequivocabilmente va nella direzione di una sempre maggiore rilevanza del momento della tutela anche all’interno della funzione giustiziale²⁰⁰.

Tutto ciò a fronte della drastica riduzione dei controlli di legittimità, scomparsi dalla Costituzione per effetto dell’abrogazione del vecchio testo dell’art. 118 e sempre

¹⁹⁸ B. SASSANI, *Riflessioni sull’azione di nullità*, cit., 269 ss.

¹⁹⁹ B. SASSANI, *Le azioni*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 376.

²⁰⁰ V. il quadro delle posizioni recentemente offerto da M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 108 ss.

meno ricorrenti nella legislazione; e della limitazione dei poteri di autotutela: implicita nel fatto stesso della loro previsione normativa, che, comportandone il completo assoggettamento al principio di legalità, ne esclude la configurazione in termini di poteri impliciti; e dichiarata nella introduzione del principio di affidamento – e più, in generale, dell’obbligo di considerazione degli interessi privati – nel paradigma di validità della revoca e dell’annullamento d’ufficio.

INDICE DEGLI AUTORI*

- AA.Vv.: 1, I, 20
 AA.Vv.: 1, I, 106
 AA.Vv.: 2, I, 30
 AA.Vv.: 2, II, 71
 AA.Vv.: 2, III, 97
 AA.Vv.: 2, III, 128
 AA.Vv.: 2, III, 130
 AA.Vv.: 2, III, 153
 AA.Vv.: 2, IV, 91
 AA.Vv.: 2, V, 105
 ABBAGNANO: 2, III, 56
 ALESSI: 2, II, 76; 2, IV, 9; 2, V, 74
 ALEXV: 1, I, 8; 2, III, 151
 ALLARA: 1, II, 24
 ALLEGRETTI-ORSI BATTAGLINI-SORACE: 2, III, 13
 ALLEGRETTI: 2, I, 30
 AMATO: 1, I, 5
 AMIRANTE: 1, I, 155
 AMORTH: 2, III, 25; 2, V, 48
 ANSELEK: 1, II, 104
 ANCORA: 1, I, 187
 ANDREANI: 2, I, 30; 2, IV, 40
 ANSALDI: 2, IV, 43
 ASTONE A.: 2, III, 59
 ASTONE F.: 2, I, 47; 2, III, 168
 ATIENZA-MANERO: 1, I, 187; 2, IV, 82
 AULETTA: 2, I, 31
 AUSTIN: 1, I, 262
 AVANZINI: 2, III, 77
 AZZARITI: 2, III, 10; 2, V, 11
 AZZONI: 1, I, 219; 2, IV, 109
- BALDASSARRE: 1, I, 105; 2, III, 157
 BARBERIS: 1, I, 66; 1, I, 105
 BARCELLONA: 1, II, 62; 2, IV, 53
 BARTOLINI-PIOGGIA: 2, IV, 44
 BARTOLINI: 2, V, 44
- BASSI F.: 1, I, 276; 1, I, 282; 2, III, 17
 BASSI N.: 2, II, 6
 BENVENUTI F.: 1, II, 118; 2, I, 30; 2, I, 30; 2, I, 30; 2, I, 30; 2, I, 30; 2, II, 6; 2, IV, 15; 2, IV, 31; 2, V, 12; 2, V, 187
 BENVENUTI L.: 1, I, 59; 2, I, 7; 2, II, 35; 2, II, 36; 2, IV, 31; 2, V, 11
 BERLINGÒ: 1, I, 248
 BERMEJO VERA: 1, III, 93
 BERTEA: 2, III, 151
 BERTI: 1, I, 37; 1, I, 45; 1, I, 206; 2, I, 30; 2, III, 13; 2, IV, 31; 2, IV, 36; 2, IV, 37; 2, IV, 37
 BERTONAZZI: 2, V, 192
 BETTI: 1, I, 215; 1, II, 62; 2, II, 29
 BIFULCO: 1, I, 106
 BIGLIAZZI GERI: 2, IV, 146; 2, IV, 196
 BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI: 2, V, 196
 BIN: 1, I, 106; 2, IV, 26
 BINDER: 1, I, 35
 BOBBIO-MATTEUCCI-PASQUINO: 2, IV, 51
 BOBBIO: 1, I, 16; 1, I, 60; 1, I, 148; 1, I, 153; 1, I, 237; 1, I, 254; 1, II, 74; 1, II, 118; 2, IV, 51
 BOMBARDELLI: 2, I, 32
 BONGIOVANNI: 1, I, 105
 BONOMO: 2, IV, 31
 BORSI: 2, V, 3
 BRECCIA: 2, IV, 102
 BRUNETTI: 1, I, 212
 BRUTTI: 1, II, 1
 BULYGIN: 1, I, 22; 1, I, 23; 1, I, 47
 BUSNELLI: 2, IV, 146
- CACCIAVILLANI: 2, IV, 91; 2, IV, 92
 CALABRÒ: 2, V, 200
 CALAMANDREI: 2, II, 26
 CALOGERO: 2, II, 38
 CAMMARATA: 1, I, 157

* Si indica il luogo di prima citazione di ciascuna opera. La prima cifra corrisponde alla parte del lavoro, la seconda al capitolo, la terza alla nota.

- CAMMEO: 2, II, 30; 2, III, 104; 2, V, 64
 CAMPAGNA: 1, I, 251
 CANNADA BARTOLI: 1, I, 218; 1, II, 137; 2, II, 81; 2, IV, 17; 2, V, 48; 2, V, 95
 CAPACCIOLLE: 1, II, 24; 2, I, 4; 2, I, 10; 2, III, 25; 2, III, 49
 CAPOGRASSI: 1, I, 57
 CARANTA: 1, II, 18
 CARBONE: 2, IV, 91; 2, V, 60
 CARCATERRA: 1, I, 219; 1, I, 220; 1, I, 261
 CARDARELLI-ZENO ZENCOVICH: 1, II, 138
 CARDI: 2, II, 49; 2, II, 68
 CARIOTA FERRARA: 1, II, 9
 CARNELUTTI: 1, I, 156; 1, I, 157; 2, III, 56; 2, V, 62
 CARNEVALE: 2, III, 106
 CARPENTIERI: 2, V, 101
 CASADEI: 1, I, 101
 CASETTA: 1, II, 118; 2, I, 17; 2, I, 22; 2, I, 31; 2, III, 36; 2, III, 44
 CASSARINO: 1, I, 157
 CASSESE: 2, I, 7; 2, I, 30; 2, I, 5; 2, I, 6; 2, III, 35; 2, IV, 31; 2, V, 11; 2, V, 13; 2, V, 95; 2, V, 125
 CASSESE-FRANCHINI: 2, II, 5
 CASTIGNONE: 1, I, 62; 2, IV, 51; 2, V, 173
 CATAUDELLA: 1, I, 159; 1, I, 167
 CAVALLARO-IMMORDINO: 2, V, 99
 CAVALLARO: 2, IV, 10; 2, V, 196
 CAVALLO PERIN: 1, I, 55; 2, III, 42; 2, V, 81
 CAVALLO: 2, III, 1; 2, III, 143
 CELANO: 1, I, 21; 1, I, 106; 1, II, 105
 CENDON: 2, III, 66
 CERRI: 2, II, 33; 2, V, 129
 CERULLI IRELLI-DI LUCIA: 1, II, 29
 CERULLI IRELLI: 2, III, 87; 2, III, 93; 2, III, 145; 2, V, 48; 2, V, 82
 CESARINI SFORZA: 1, I, 68; 1, II, 104
 CHIEPPA: 2, V, 196
 CHIRULLI: 2, V, 104
 CHITI-PALMA: 1, II, 24
 CIANFEROTTI: 2, V, 11
 CILIBERTO: 1, I, 92
 CIOFFI: 2, III, 17; 2, III, 44
 CIVITARESE MATTEUCCI: 1, I, 15; 1, I, 105; 1, I, 221; 2, IV, 13
 CLARICH: 2, IV, 91; 2, IV, 92
 CLEMENTE DI SAN LUCA: 2, II, 11
 COCCONI: 2, V, 11
 CODACCI PISANELLI A.: 2, IV, 2
 CODACCI PISANELLI G.: 1, II, 8; 1, II, 8
 CODINI: 2, II, 36
 COGNETTI: 2, II, 37; 2, II, 49; 2, III, 160
 COMANDUCCI-GUASTINI: 1, I, 237
 COMANDUCCI: 1, I, 7
 COMPORTI: 2, III, 80
 CONSO: 1, I, 270; 1, II, 2
 CONTE: 1, I, 5; 1, I, 6; 1, I, 7; 1, I, 9; 1, I, 9; 1, I, 15; 1, I, 219; 1, I, 223; 1, I, 227; 1, I, 249; 1, I, 261; 1, II, 110
 CONTIERI: 2, III, 7; 2, V, 196
 CORAGGIO: 2, III, 7
 CORLETTO: 2, V, 124
 CORPACI: 2, III, 8
 CORSO-TERESI: 2, III, 151
 CORSO: 1, I, 178; 1, I, 222; 1, I, 277; 2, II, 8; 2, II, 11; 2, III, 28; 2, III, 101; 2, III, 149; 2, IV, 31; 2, IV, 32; 2, IV, 77; 2, IV, 92; 2, IV, 98; 2, IV, 99; 2, V, 86
 COTTA: 2, III, 128
 CRISAFULLI: 1, I, 46; 1, I, 46; 1, I, 267; 2, III, 120
 CROCE: 1, I, 173
 CUDIA: 2, IV, 5
 D'ALBERTI: 2, II, 5
 D'AMELIO-ROMANO SANTI: 2, V, 81
 D'AMICO: 2, III, 164
 D'ANDREA: 1, I, 147
 D'ANTONIO M.: 1, I, 261
 D'ANTONIO S.: 2, III, 87
 D'ORSOGNA D.: 2, I, 31
 D'ORSOGNA M.: 1, I, 177; 2, IV, 50
 DE FINA: 1, I, 37
 DE GIORGI CEZZI-PORTALURI-TONDIO DELLA MURAVETRÒ: 1, I, 54
 DE GIORGI CEZZI-PORTALURI-TUCCARI-VETRÒ: 2, IV, 31
 DE GIOVANNI: 1, I, 190; 2, V, 62
 DE PRETIS: 1, II, 21; 2, IV, 41; 2, IV, 91; 2, V, 55
 DE STEFANO: 1, I, 98; 1, I, 98; 1, I, 112
 DE VALLES: 2, IV, 2
 DELLA CANANEA-FRANCHINI: 2, IV, 43
 DELLA CANANEA: 2, III, 94
 DENOZZA: 2, IV, 47
 DEWEY: 2, II, 61
 DI LUCIA: 1, I, 20; 1, I, 219; 1, II, 103
 DI MAJO: 1, II, 129; 1, II, 129
 DI PACE: 2, V, 192
 DOGLIANI-MARCONÒ: 1, I, 102
 DOGLIANI: 1, I, 114
 DONATO: 2, V, 193
 DURET: 2, IV, 25
 DWORKIN: 1, I, 44; 1, I, 86; 2, III, 131
 ESPOSITO: 1, I, 215; 1, I, 215; 1, II, 118
 ESSER: 2, II, 37

- FABIANI: 2, II, 77; 2, III, 163
 FALCON: 2, III, 44; 2, III, 77; 2, IV, 134
 FALZEA: 1, I, 57; 1, I, 65; 1, I, 67; 1, I, 98; 1, I, 106; 1, I, 120; 1, I, 121; 1, I, 122; 1, I, 133; 1, I, 145; 1, I, 159; 1, I, 183; 1, I, 239; 1, I, 240; 1, I, 243; 1, I, 247; 2, III, 163; 2, IV, 119; 2, V, 129
 FANTI: 2, IV, 43
 FEDELE: 1, II, 24
 FEDERICO: 2, III, 62; 2, III, 66
 FEHLING: 2, III, 93
 FERRAJOLI: 1, I, 18; 1, I, 18
 FERRARA F. (SR): 2, III, 60
 FERRARA L.: 1, II, 24; 2, I, 4; 2, III, 77; 2, IV, 55; 2, IV, 67; 2, IV, 91; 2, IV, 152
 FERRARA R.: 2, IV, 22; 2, IV, 40
 FERRARI-RAMAJOLI-SICA: 2, II, 5
 FERRI G.B.: 1, II, 70; 1, II, 78
 FERRI L.: 1, II, 78
 FERRO LUZZI: 2, I, 31
 FIGORILLI: 2, IV, 125
 FILANTI: 2, V, 60; 2, V, 60
 FIORAVANTI: 2, V, 11
 FOIS: 2, IV, 31
 FOLLIERI E.: 2, II, 41; 2, IV, 2; 2, IV, 91; 2, IV, 91; 2, V, 104; 2, V, 192
 FOLLIERI F.: 2, V, 192
 FORNACIARI: 2, IV, 158; 2, V, 192
 FRACCHIA-OCCHIENA: 2, III, 94; 2, V, 104
 FRACCHIA: 2, II, 48; 2, III, 77
 FREGO LUPPI: 2, II, 5
 FROSINI: 1, I, 37; 2, V, 132; 2, V, 152
 GABRIELLI: 2, III, 67
 GADAMER: 2, II, 37
 GAFFURI: 2, IV, 120
 GALEOTTI: 2, III, 106
 GALETTA: 2, I, 7; 2, III, 94; 2, III, 94; 2, IV, 43; 2, IV, 43
 GALGANO: 2, II, 14; 2, II, 14; 2, II, 17; 2, III, 62
 GALLO C.E.: 2, V, 192
 GALLO F.: 1, I, 106
 GARBAGNATI: 2, IV, 133
 GARCIA DE ENTERRIA: 2, IV, 58
 GARCIA MAYNEZ: 1, I, 27
 GAROFOLI-FERRARI: 2, V, 104
 GASPARRI P.: 2, IV, 9; 2, IV, 9
 GASPARRI W.: 2, III, 80
 GAZZOLO: 1, I, 106
 GENTILI: 1, II, 106; 2, III, 67
 GHETTI: 2, II, 6; 2, III, 7
 GIANI: 2, I, 31
 GIANNINI-PIRAS: 2, III, 20
 GIANNINI: 1, I, 273; 1, 2, 3; 1, II, 17; 2, I, 6; 2, I, 6; 2, I, 7; 2, I, 28; 2, I, 31; 2, I, 31; 2, I, 31; 2, I, 32; 2, I, 32; 2, II, 6; 2, II, 92; 2, IV, 117
 GIOVANNINI: 2, II, 33
 GIROLAMI: 1, II, 140
 GITTI: 1, I, 45
 GIUSTI: 2, V, 192
 GRECO: 2, IV, 91
 GROSSI: 1, I, 140
 GRÜNER: 2, I, 22; 2, II, 6
 GUARINO: 2, I, 15; 2, V, 136
 GUASTINI: 1, I, 15; 1, I, 74; 1, I, 105; 2, II, 28; 2, III, 106; 2, III, 130; 2, III, 130; 2, IV, 109
 GUICCIARDI: 2, I, 6; 2, IV, 133
 GULLO: 2, V, 139
 HABERMAS: 1, I, 99; 1, I, 133; 2, II, 59
 HARE: 2, V, 161
 HART: 1, I, 7; 1, I, 60; 1, II, 48; 2, IV, 111
 HOHFELD: 2, IV, 109
 IANNOTTA: 2, IV, 50; 2, IV, 50; 2, IV, 50; 2, IV, 50; 2, IV, 134; 2, IV, 140
 IMMORDINO-POLICE: 2, IV, 50
 IMMORDINO: 2, III, 2
 IRTI-SEVERINO: 1, I, 104
 IRTI: 1, I, 32; 1, I, 45; 1, I, 68; 1, I, 104; 1, I, 114; 1, I, 159; 1, II, 62; 1, II, 118
 JELLINEK-ORLANDO: 2, IV, 21
 JORI: 1, II, 114
 KANTOROWICZ: 1, I, 190
 KELSEN: 1, I, 31; 1, I, 35
 KLITSCHKE DE LA GRANGE: 2, V, 49
 LA SPINA: 1, II, 20
 LA TORRE-SPADARO: 2, III, 151
 LA TORRE: 1, I, 105; 2, III, 151
 LABAND: 1, I, 276
 LANCHESTER: 2, V, 169
 LAZZARA: 2, I, 8; 2, I, 14; 2, II, 24; 2, III, 93
 LEDDA: 1, I, 218; 2, I, 2; 2, I, 13; 2, I, 13; 2, II, 8; 2, II, 48; 2, III, 20; 2, III, 30; 2, III, 30; 2, IV, 153
 LEONI: 1, II, 112
 LEVI A.: 1, I, 157; 1, I, 193
 LEVI F.: 2, I, 47; 2, IV, 15
 LIBERTINI: 1, I, 218
 LIGUGNANA: 2, III, 2
 LIMONE: 1, I, 155
 LIPARI: 1, I, 47

- LOBUONO: 1, I, 57
 LOLLI: 2, I, 14
 LOPILATO: 2, V, 104
 LORINI-PASSERINI GLAZEL: 1, I, 27
 LORINI: 1, I, 21; 1, I, 56; 1, I, 219; 1, I, 254
 LUCIANI: 1, I, 177; 1, II, 29; 2, III, 1; 2, III, 13; 2, V, 104
 LUCIFREDI: 2, V, 64
 LUHMANN: 1, I, 52; 1, II, 124
- MACCHIA: 2, III, 96
 MACCORMICK: 1, I, 7; 1, I, 97
 MAIORCA: 1, I, 167
 MANGANARO: 2, II, 52; 2, IV, 35
 MANNORI: 2, II, 23; 2, IV, 2
 MARENGHI: 2, II, 23
 MARONGIU: 2, I, 30
 MARRAMA: 2, IV, 134
 MARZUOLI: 2, I, 11; 2, II, 30; 2, IV, 3; 2, IV, 31
 MASSERA: 2, V, 11; 2, V, 923
 MATTARELLA: 2, III, 35; 2, V, 41; 2, V, 41; 2, V, 41
 MATTEI: 2, IV, 31
 MAZZAMUTO: 2, II, 5; 2, IV, 44; 2, IV, 90; 2, IV, 90
 MAZZARESE: 1, I, 1; 1, I, 105
 MAZZAROLLI-PERICU-ROMANO-ROVERSI MONACO-SCOCA: 1, II, 78
 MAZZAROLLI: 2, V, 190
 MAZZÙ: 2, IV, 146
 MENEGHELLI: 1, I, 29
 MENGONI: 1, I, 99; 1, I, 106; 2, III, 163
 MERKL: 1, I, 60; 1, II, 14; 2, II, 23; 2, II, 23; 2, III, 113
 MERLONI: 2, I, 30
 MERUSI-TOSCANO: 2, I, 43
 MERUSI: 2, I, 8; 2, I, 46; 2, II, 5; 2, II, 5; 2, III, 22; 2, IV, 31; 2, IV, 146
 MESSINEO: 1, II, 9; 1, II, 11
 MIELE: 1, II, 9; 2, V, 48; 2, V, 138
 MODUGNO-LONGO: 2, III, 151
 MODUGNO: 1, I, 8; 1, I, 37; 1, I, 46; 1, I, 273; 1, II, 11; 1, II, 11; 1, II, 65; 2, I, 6; 2, I, 30; 2, I, 51; 2, II, 33; 2, III, 106; 2, III, 144
 MONTEDURO: 2, I, 22; 2, II, 23
 MORAND DEVILLER: 2, III, 93
 MORBIDELLI: 2, II, 6; 2, III, 86; 2, IV, 23; 2, V, 85
 MORTATI: 2, III, 9
 MORTARA: 2, III, 18
- NAPOLITANO: 2, I, 30; 2, II, 5; 2, V, 105
 NARVAEZ-POZZOLO: 1, I, 93
 NIGRO: 2, I, 32; 2, IV, 20
 NINO: 1, I, 22; 1, I, 23
- NIVARRA: 1, I, 156; 2, III, 163
 NOWAK-WRONKOWSKA-JAS'KIENICZ-ZILIN'ISKI-ZIENBIN'SKI: 1, I, 272
- OCCHIENA: 2, I, 22
 OLIVECRONA: 1, I, 56
 OPOCHER: 1, I, 98
 OPPO: 2, I, 31; 2, I, 31
 ORECCHIA: 1, I, 50
 ORLANDO: 2, III, 19; 2, V, 11
 ORSI BATTAGLINI: 2, I, 7; 2, I, 12; 2, IV, 54; 2, IV, 70; 2, V, 51
 OTTAVIANO: 2, I, 6; 2, II, 83; 2, III, 7
- PAJNO: 1, I, 92
 PALADIN: 2, III, 160
 PALAZZOLO: 2, IV, 110
 PALOMBELLA: 2, V, 172
 PAOLANTONIO-POLICE-ZITO: 2, V, 82
 PAOLANTONIO: 2, II, 30; 2, V, 80; 2, V, 129
 PAPPALARDO: 2, III, 3
 PARESCHE: 1, I, 139; 1, II, 68
 PARISIO: 2, III, 94
 PASQUINI-SANDULLI A.: 2, IV, 2
 PASSERINI GLAZEL: 1, I, 20
 PASTORI: 2, II, 44; 2, II, 59
 PATRONO: 2, III, 110
 PEPE: 2, III, 93
 PERASSI: 1, I, 215
 PERFETTI: 2, III, 94; 2, IV, 125; 2, IV, 128
 PERLINGIERI: 2, II, 15
 PINELLI: 2, III, 106; 2, IV, 50
 PINO: 1, I, 105; 2, III, 136
 PIRAS: 1, II, 9; 2, I, 30; 2, II, 34
 PIZZORUSSO: 1, II, 65
 POLICE: 2, I, 32; 2, III, 22; 2, III, 94; 2, IV, 10
 PONTICELLI: 2, III, 22
 POPPER: 2, II, 33
 PORRINI: 2, V, 57
 POTOTSCHNIG: 2, V, 48
 POZZOLO: 1, I, 105; 1, I, 105
 PRESUTTI: 2, II, 30; 2, IV, 9
 PROTO PISANI: 2, V, 102
 PROTTO: 2, III, 97; 2, IV, 121
 PUBUSA: 2, III, 166
 PUGLIATTI: 1, I, 57; 1, I, 57; 1, I, 57; 1, I, 145; 1, I, 145; 1, I, 145; 1, I, 178; 1, I, 239; 1, I, 240; 1, I, 259; 1, II, 1; 1, II, 1; 2, I, 52; 2, III, 4
 PUGLIESE: 2, III, 13
 PULIATTI: 1, I, 98

- QUADRI: 1, II, 11
 QUARANTA-LOPILATO: 2, V, 104
 QUINE: 1, I, 21

 RACCA: 2, III, 77
 RAMAJOLI: 2, II, 5; 2, II, 486
 RANELLETTE: 1, I, 136; 2, IV, 21; 2, V, 48; 2, V, 64
 RANGONE: 2, II, 5
 RAVÀ: 1, II, 9
 RAZ: 1, I, 38; 2, I, 11
 REBUFFA: 2, V, 11; 2, V, 180
 REINACH: 1, I, 254
 RENNA-SAITTA F.: 2, I, 20
 RENNA: 2, III, 80
 RESCIGNO G.U.: 1, II, 65
 RESCIGNO P.: 2, III, 130
 RESTA: 2, III, 12; 2, IV, 17
 ROMANELLE: 1, II, 6
 ROMANO A.-VILLATA: 2, I, 44
 ROMANO A.: 1, I, 277; 1, II, 78; 1, II, 91; 2, I, 6; 2, I, 44; 2, I, 44; 2, II, 26; 2, III, 20; 2, III, 40; 2, IV, 90; 2, V, 129
 ROMANO Salv.: 1, II, 87; 1, II, 91; 2, I, 46
 ROMANO Santi: 1, I, 58; 1, I, 259; 1, I, 276; 1, I, 277; 2, III, 7; 2, III, 121; 2, IV, 111
 ROMANO TASSONE: 1, I, 47; 1, I, 54; 1, I, 274; 1, II, 5; 2, I, 30; 2, I, 32; 2, II, 33; 2, III, 6; 2, III, 44; 2, III, 77; 2, III, 80; 2, III, 94; 2, IV, 47; 2, IV, 50; 2, IV, 51; 2, IV, 53; 2, IV, 96; 2, IV, 125; 2, IV, 147; 2, V, 103
 ROMBOLI: 2, III, 153
 ROMEO: 2, I, 30; 2, I, 39; 2, III, 77
 ROSENFELD: 2, V, 173
 ROSS: 1, I, 8; 1, I, 194; 1, I, 263
 ROSSI: 2, III, 141; 2, IV, 43; 2, IV, 148
 ROVELLI: 2, IV, 3
 ROVERSI: 1, I, 219
 RUBINO: 1, II, 2
 RUGGERI-SPADARO: 2, III, 160
 RUGGERI: 1, I, 46; 1, I, 106; 1, I, 276; 1, I, 277; 1, I, 283; 2, III, 106; 2, III, 106; 2, III, 106

 SACCO: 1, II, 20; 2, V, 44
 SAITTA F.: 2, III, 13; 2, IV, 88
 SAITTA N.: 2, V, 128
 SALA: 2, III, 26; 2, III, 94; 2, IV, 78
 SALVATORE: 2, III, 7
 SANDULLI A.: 2, III, 170; 2, IV, 43; 2, V, 11
 SANDULLI A.M.: 1, I, 240; 1, I, 276; 1, II, 2; 2, I, 19; 2, II, 6; 2, III, 166; 2, IV, 1; 2, IV, 14; 2, V, 48; 2, V, 85; 2, V, 86; 2, V, 86; 2, V, 86

 SANDULLI M.A.: 1, I, 277
 SANTORO PASSARELLI: 1, I, 240; 1, I, 240
 SASSANI-VILLATA: 2, V, 199
 SASSANI: 2, IV, 92; 2, V, 104; 2, V, 104; 2, V, 199
 SATTA F.: 2, I, 31; 2, I, 31; 2, II, 30; 2, IV, 31; 2, V, 86
 SATTA S.: 2, III, 13
 SAVIGNY: 2, IV, 110
 SCALISI: 1, I, 57; 1, I, 98; 1, I, 254; 1, II, 3; 1, II, 11; 1, II, 31; 1, II, 40; 1, II, 87; 2, II, 17; 2, II, 17; 2, II, 18; 2, II, 18; 2, II, 18; 2, II, 18; 2, V, 103
 SCARPELLI: 1, I, 15; 1, I, 98
 SCHAUER: 1, II, 110
 SCHIAVELLO: 1, I, 83; 1, I, 92; 1, I, 100; 1, I, 105
 SCHLOSSMANN: 1, I, 157; 2, II, 8
 SCHMIDT ABMAN: 2, III, 96
 SCHMITT-GLAESER: 2, I, 32
 SCHMITT: 2, IV, 51
 SCOCA: 1, I, 159; 1, II, 24; 2, I, 7; 2, I, 30; 2, II, 95; 2, III, 29; 2, III, 47; 2, III, 77; 2, III, 94; 2, IV, 90; 2, IV, 124; 2, IV, 136; 2, V, 91; 2, V, 105
 SCOGNAMIGLIO: 1, I, 157; 1, II, 9; 2, III, 57; 2, III, 61
 SEARLE: 1, I, 56; 1, I, 56; 1, I, 219
 SEVERI: 2, IV, 103
 SIGISMONDI: 2, II, 8
 SILVESTRI E.: 2, I, 6
 SILVESTRI G.: 1, I, 106; 1, II, 116
 SORACE: 2, I, 7; 2, I, 8; 2, I, 32; 2, III, 93; 2, IV, 58
 SORDI: 2, III, 44; 2, IV, 20
 SORRENTINO F.: 2, IV, 31
 SPADARO: 1, I, 106; 1, II, 133
 SPASIANO: 2, IV, 50; 2, IV, 50
 SPUNTARELLI: 2, IV, 31
 STEIN-SHAND: 1, I, 140
 STELLA RICHTER: 2, IV, 91
 STICCHI DAMIANI: 2, IV, 135

 TARELLO: 1, I, 50; 2, II, 28
 TARULLO: 2, IV, 120
 TIBERI: 2, III, 72
 TIGANO A.: 2, II, 52
 TIGANO F.: 2, IV, 28
 TOMEIO: 1, I, 52
 TOMMASINI: 1, I, 259; 1, II, 16; 1, II, 44
 TORCHIA-CHITI-PEREZ-SANDULLI: 2, V, 11
 TORCHIA: 2, II, 5; 2, II, 5
 TRABUCCHI: 1, I, 160
 TRAVI: 2, II, 6; 2, III, 32; 2, III, 94; 2, IV, 3
 TRENTO: 2, V, 64
 TREVES G.: 2, V, 2
 TREVES R.: 2, V, 173
 TRIMARCHI BANFI: 2, III, 77; 2, III, 93; 2, III, 93

- TRIMARCHI F.: 2, I, 32
TRIMARCHI M.: 2, III, 80; 2, III, 80; 2, III, 159; 2, IV, 41
TRIMARCHI V.M.: 1, I, 145
TROISE MANGONI: 2, II, 5
TROPEA: 2, III, 22; 2, V, 104
- VAIANO: 2, IV, 91
VELLUZZI: 2, III, 163
VERCILLO: 2, IV, 104
VETTORI: 2, II, 15; 2, II, 17
VILLA: 1, I, 93
VILLAMENA: 2, IV, 43
VILLATA: 2, IV, 134; 2, V, 90
VILLATA-RAMAJOLI: 2, I, 7; 2, IV, 134
VINTI-CAPOTORTO: 2, V, 104
VIOLA-ZACCARIA: 2, II, 67
VIOLA: 1, I, 99; 2, II, 67; 2, III, 148
VIPIANA: 2, II, 81; 2, III, 31; 2, III, 168
VIRGA: 2, III, 77; 2, III, 101
- VITTA: 2, V, 48
VOLPE FA.: 2, II, 17
VOLPE FR.: 1, I, 185; 1, I, 185; 2, I, 20
VON WRIGHT: 1, I, 261
- WEBER: 1, I, 140
WEINBERGER: 1, I, 111
WELZEL: 1, I, 103
WRÓBLEWSKI: 1, I, 12
- ZAGREBELSKY: 1, I, 106; 2, III, 157; 2, III, 169
ZAMPETTI: 2, I, 30
ZANETTI: 1, I, 190
ZANOBINI: 1, I, 218; 2, II, 8; 2, IV, 9; 2, IV, 146
ZELANIEC: 1, I, 219
ZITELMANN: 1, I, 157
ZITO: 2, I, 32; 2, V, 85
ZNAMIEROWSKI: 1, I, 219
ZOLO: 1, I, 52

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di ottobre 2013

JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

discipline civilistiche
discipline penalistiche - Criminalia
discipline pubblicistiche
filosofia del diritto

discipline civilistiche

- Stefano Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, 2009
- Fulvio Cortese, Filippo Sartori (a cura di), *Finanza derivata, mercati e investitori*, 2011
- Giuseppe Cricenti, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, 2013

discipline penalistiche - Criminalia

- Costanza Bernasconi, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, 2008
- Stefano Canestrari, Fausto Giunta, Roberto Guerrini, Tullio Padovani, *Medicina e diritto penale*, 2009
- Caterina Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, 2009
- Gabrio Forti, Maurizio Catino, Francesco D'Alessandro, Claudia Mazzucato, Gianluca Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, 2010

- Cristina de Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, 2010
- Giulio Paoli, *Fare l'avvocato (con l'arringa nel processo Majorana e scritti vari)* a cura di Mario Pisani, 2011
- Giulio De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, 2012
- Kolis Summerer, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, 2013

discipline pubblicistiche

- Giuliano Fonderico, *Autonomie locali e iniziativa economica privata. Studio sui monopoli e le privative comunali*, 2008
- Luigi Benvenuti, Marcello Clarich (a cura di), *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, 2010
- Emiliano Frediani, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, 2010
- Francesco Monceri, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, 2011
- Fabio Giglioni, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, 2012
- Giuliano Fonderico, *Il comune regolatore. Le privative e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, 2012
- Marco Croce, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, 2012
- Michele Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, 2013

filosofia del diritto

- Mario Ricciardi, *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, 2008
- Silvia Zorzetto (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, 2008
- Gianmarco Gometz, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, 2008
- Anna Pintore, *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, 2010

- Aldo Schiavello, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, 2010
- Mario Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, 2010
- Silvia Zorzetto, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, 2010
- Francesco Ferraro, *Il giudice utilitarista. Flessibilità e tutela delle aspettative nel pensiero giuridico di Jeremy Bentham*, 2011
- Vito Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, 2012
- Vito Velluzzi, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, 2012
- Lorenzo Milazzo, *La teoria dei diritti di Francisco de Vitoria*, 2012
- Francesco Ferraro, *L'utilità dei diritti. Diritti morali e giuridici in una prospettiva etica utilitarista*, 2013

TESTI

- Luca Pelliccioli, Vito Velluzzi (a cura di), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, 2011
- Vito Velluzzi, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, 2013
- Francesca Poggi, *Concetti teorici fondamentali. Lezioni di teoria generale del diritto*, 2013