SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE "TULLIO ASCARELLI"

SEZ. DIRITTO AMMINISTRATIVO

XXIII CICLO

# Recenti tendenze del principio di legalità nel diritto amministrativo

Candidato: Dott. Paolo Sandro

A.A. 2010/2011

Tutor: Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli

Coordinatore: Prof. Gianfranco D'Alessio

*Indice*

*Introduzione* ..... *4*

**CAPITOLO I**

**DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN GENERALE** ..... **12**

*1.1 Del (necessario) prologo meta-teorico. Brevi note sulla distinzione tra principi e regole* ..... *12*

*1.2. (ancora) Orizzonte di ricerca: tra premesse metodologiche e profili ri-costruttivi dell'analisi* ..... *21*

*1.2.1 Premesse metodologiche* ..... *21*

*1.2.2 Ipotesi di lavoro* ..... *25*

*1.2.3 Profili ricostruttivi* ..... *31*

*1.3 Sulle difficoltà della ricostruzione teorica di un termine polisemico.* ..... *35*

*1.3.1 L'orizzonte di significato. Governo della legge vs. governo degli uomini: portata moderna di una dicotomia antica.* ..... *38*

*1.3.2 Rule of law, tra consonanze e dissonanze* ..... *42*

*1.3.3 (segue) Principle of legality* ..... *45*

*1.4 La nozione classica (o "chiusa"). La legalità dallo stato liberale allo stato (legislativo) di diritto* ..... *48*

*1.4.1 Il contesto storico-teorico* ..... *48*

*1.4.2 Legalità e "stato di diritto".* ..... *52*

*1.4.3 La definizione classica di legalità amministrativa* ..... *55*

*1.4.4 (brevissimo excursus) Legalità e diritto amministrativo: due storie indissolubili?* ..... *57*

*1.5 Il mutamento di paradigma. La legalità nello stato costituzionale di diritto* ..... *61*

*1.5.1 La legalità nella costituzione del 1948* ..... *62*

*1.5.2 Principio di legalità sostanziale, riserva di legge e preferenza della legge* ..... *68*

*1.5.3 Della mancanza di una nozione condivisa* ..... *71*

*1.6 Crisi e trasfigurazione del principio? L'emergere della nuova nozione "aperta" della legalità amministrativa nello stato post-costituzionale* ..... *74*

*1.7 I fattori della crisi, della legge [e] dello stato.* ..... *76*

*1.7.1 L'estensione del diritto amministrativo. Dallo stato liberale allo stato sociale* ..... *77*

*1.7.2 Il disgregramento della centralità legislativa* ..... *78*

*1.7.3 L'ulteriore frammentazione istituzionale e normativa* ..... *81*

*1.7.4 La crisi del positivismo giuridico* ..... *87*
*1.8 Dunque, la crisi del paradigma* ..... *89*
*1.9 La nuova nozione "aperta" di legalità amministrativa* ..... *93*
*1.9.1 La nuova legalità nella legge sul procedimento e nel T.U. dell'espropriazione* ..... *94*
*1.9.2 La nuova legalità nell'elaborazione della dottrina* ..... *102*
*1.9.3 (segue) Ulteriori osservazioni* ..... *107*
*1.10. Prodromi di conclusioni: del senso ultimo del principio di legalità* ..... *112*

**CAPITOLO II**

**CONSIDERAZIONI CRITICHE SUI NUOVI PARADIGMI DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA ..... 116**

*2.1. Negazioni della legalità nel nuovo paradigma amministrativo: considerazioni introduttive tra diritto ed economia* ..... *116*
*2.2 Dalla pubblica amministrazione alla "privata amministrazione": l'istituzionalizzazione del conflitto di interessi nel diritto amministrativo* ..... *125*
*2.3 (segue) La (vera) sussidiarietà orizzontale e l'amministrazione: il valore aggiunto dei "cittadini attivi" alla sfera pubblica* ..... *135*
*2.4. Amministrazione consensuale e principio di legalità* ..... *139*
*2.5. "L'amministrazione di risultato": il valore garantistico-sostanziale della legalità occultato.* ..... *146*

**CAPITOLO III**

**DELLA SCISSIONE TRA FORMA E SOSTANZA NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO ..... 156**

*3.1. Scomposizioni della legalità e universo amministrativo. Alla ricerca di una sintesi?* *156*
*3.2. Conseguenze pratiche: l'art. 21-octies della l. n. 241 del 1990.* ..... *163*
*3.3 (segue) Interpretazioni a confronto* ..... *166*
*3.4 Il dubbio: oltre l'incostituzionalità?* ..... *173*

## Introduzione

Questa ricerca sulla attuale configurazione del principio di legalità nel diritto amministrativo non nasce solo per un interesse scientifico. Essa è, ancora prima, il frutto delle mie preoccupazioni in quanto cittadino – di una Repubblica i cui problemi sembrano non smettere di aumentare e di legarsi tra loro, soprattutto negli ultimi anni – applicate alle conoscenze, e per il tramite delle metodologie, che ho acquisito nel mio percorso di formazione universitaria, pre- e post-laurea. Mi verrebbe da definirla una tesi "impegnata", nel senso di una tesi il cui obiettivo dichiarato[1] è quello di contribuire, nei limiti del possibile e dell'auspicabile, a (ri-)stabilire una determinata idea di diritto amministrativo, o meglio, di legalità amministrativa; dato che in questo determinato passaggio storico del nostro ordinamento essa sta venendo concretamente a mancare. Alla base di questa ricerca, dunque, vi è una mancanza.

Il problema, se così si può grossolanamente definire, è costituito dal sempre maggiore deficit di legalità che pervade il nostro ordinamento e, più in generale, l'idea stessa di Stato di diritto (*Rechtsstaat*) per come affermatasi nell'esperienza europea. Sarei tentato di dire che "deficit di legalità" e stato di diritto sono due espressioni tendenzialmente in antitesi – affermare l'una equivale alla negazione dell'altra. E questa implicazione, infatti, costituisce esattamente il motore immobile della mia ricerca, l'ipotesi [di lavoro] che mi ha spinto a cercare di comprendere più a fondo i fenomeni attualmente in atto.

[1] A differenza delle ricerche che potrebbero definirsi, in antitesi, "disimpegnate", come ricerche che non si pongono l'obiettivo di difendere o proporre una determinata tesi o concezione, ma che di dichiarano piuttosto come tesi puramente "scientifiche", nel senso di avalutative, in quanto tali immuni da critiche normative e/o assiologiche e fondate su una oggettività razionale che ne costituirebbe al tempo stesso "porto" di partenza e di arrivo. Questa presunzione, perchè di questo si tratta, è stata revocata in dubbio ormai da tempo dalla migliore discussione meta-teorica sulla scienza giuridica e più in generale sulle scienze sociali e naturali. Si è ciò dimostrato, con convincenti argomentazioni, che l'idea di una analisi - una *dottrina* - "pura" di una oggetto di conoscenza come quello del diritto sia in realtà un mito, una *fictio*: una cioè assunzione falsa, portata avanti al solo scopo di presentare come oggettiva una operazione che oggettiva non può essere, per metterla al riparo dagli inevitabili dissensi derivanti dalla diversità di opzioni assiologiche. In altre parole, non si può rivendicare l'oggettività di uno studio come quello sul diritto perchè già nella fase meta-teorica e metodologica vi sono scelte ed opzioni di valore che l'osservatore è costretto a prendere; scelte che non potranno non influenzare, nel senso di determinare, il paradigma della ricerca stessa. Questa lunga nota mi permette di spiegare il perchè non ritenga problematico, ma anzi quasi doveroso, l'esplicitare sin dall'inizio il carattere "impegnato" di questo lavoro. D'altronde, ritengo che uno dei maggiori problemi che hanno afflitto la riflessione amministrativistica degli ultimi anni sia stato proprio quello di cercare di mascherare – dietro la presunta oggettività di approcci come l'analisi economica del diritto – precise opzioni di carattere morale o politico del tutte contrarie al paradigma della legalità e al progetto di politica economica per come cristallizzato in Costituzione.

Con “deficit di legalità” intendo il depotenziamento, condotto da più parti e su più livelli, delle regole che formano la struttura stessa del nostro ordine costituzionale. L’espressione “depotenziamento di una regola” non è probabilmente tra le più felici, ma dovrebbe rendere bene l’idea che vuole esprimere, cioè il fatto che non necessariamente bisogna eliminare una regola, una determinata norma, per neutralizzarne la funzione e, dunque, lo stesso motivo d’esistenza. Il fenomeno è anzi talmente rilevante che l’attacco può essere considerato al concetto stesso di ‘regole’, intese come limiti e vincoli ai poteri, pubblici e privati, altrimenti selvaggi[2], nell’interesse di tutti. È questa una prima, ed insufficiente, definizione di ‘regole’ che tradisce le fondazioni gius-filosofiche, contrattualistiche o convenzionaliste come sarebbero definite in ambiente di *common law*, dell’idea di stato di diritto portata avanti in questo lavoro. Mi sembra giusto esplicitarla fin da subito.

Questa concezione di "stato di diritto" è dunque revocata in dubbio nel proseguio della ricerca, non in teoria, ma in pratica. Con ciò intendo dire che, negli ultimi decenni, il sempre presente e virtualmente ineliminabile divario tra il dover essere costituzionale e legislativo e l’essere dei concreti rapporti giuridici o, in altre parole, il divario tra ciò che dovrebbe essere (secondo il diritto) e ciò che in realtà succede (secondo il concreto svolgimento dei rapporti intersociali), si è dilatato a tal punto da far dubitare della stessa efficacia (ed esistenza) delle regole nel nostro ordinamento - soprattutto in quello amministrativo. Si è andata cioè progressivamente annullando la stessa dimensione normativa del diritto, la sua capacità di costituire lo strumento principale, all’interno di una società, di guida, ove servisse anche attraverso l’uso di sanzioni, dei comportamenti umani.

I risultati di questo fenomeno sono ultimamente oggetto di cronaca giudiziaria e di severa condanna nella società civile giorno dopo giorno[3]. In un certo senso, quello che sembrava un dibattito teorico tra dogmatici (fautori di schieramenti opposti, stato/mercato, stato minimo/stato massimo, forma/sostanza, procedimento/risultato), si è rivelato molto più reale di quanto si volesse far credere. Ed in questo senso, gli effetti sono ancora ben lontani dal dispiegarsi completamente. Quel che è certo però è che la fiducia dei cittadini nella capacità delle istituzioni di regolare la vita pubblica e privata è ai minimi termini. L’espressione “ritorno alla legalità” ha assunto ormai una valenza

[2] V. L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, in corso di pubblicazione, Laterza, Roma-Bari, 2011.

[3] Meramente da ultimo, si veda la relazione orale di apertura dell'anno giudiziario 2011 del Presidente della Corte dei Conti Luigi Giampaolino, reperibile in *www.giustamm.it.*

quasi esoterica, e viene invocata da più parti come l'obiettivo principale di una stagione riformatrice, a tutti i livelli, che ancora tarda a venire. Questo "prolasso" di legalità, che già aveva vissuto una prima stagione a cavallo tra la fine della prima e l'inizio della c.d. "seconda repubblica", sembra oggi aver assunto dimensioni impensabili fino a qualche tempo fa. Complici anche fattori esogeni derivanti dalla situazione economica internazionale, scossa da una crisi che come cercherò di mostrare può essere ricondotta ad un fenomeno simile di "assenza di regole", vi è in questo momento una diffusa percezione, tra i diversi settori della società civile, della più totale inaffidabilità, nel senso di non sottoposizione a regole pre-stabilite, del potere, *in primis* di quello pubblico. Ed è in questo senso che il diritto amministrativo, nella sua specifica conformazione continentale, è esso stesso revocato in dubbio. Ne sono revocati in dubbio i presupposti, con l'idea che si debba tornare a quella configurazione di "stato minimo" di chiaro stampo pre-moderno[4]; ne è revocata in dubbio la configurazione, con la negazione dell'idea di specialità che ne ha sempre contraddistinto la versione appunto continentale rispetto a quella dell'esperienza anglosassone ed il ritorno in questo senso ad un magmatico *ius commune*, che tutto inglomera; ne sono revocate in dubbio, infine, le stesse finalità, nella convinzione, più o meno consapevole, che si possa e debba perseguire un diverso modello di società rispetto a quello della democrazia costituzionale per come progettato dei nostri costituenti.

Ecco dunque la centralità del diritto amministrativo nella crisi del principio di legalità o, dall'angolo di visuale opposto, come la crisi del principio di legalità nel diritto amministrativo lo abbia svuotato della sua funzione e relegato a *mero flatus* voci mentre poteri predatori assaltavano (e assaltano, ancora quando scrivo) i settori nevralgici della vita - non solo economica - pubblica. In questo, e per il momento non argomento ulteriormente, ritengo ne risulti confermato il legame tra l'ideale di stato minimo di un certo pensiero politico-economico e la proliferazione di poteri selvaggi: senza che, a differenza di quanto si sostiene, ne derivi alcun beneficio per l'economia di mercato, anzi[5].

---

[4] Se intendiamo modernità, tra le altre cose, con il superamento dello stato di natura e di *bellum omnium* anche all'interno dei confini di una determinata società.

[5] Il mercato, per funzionare, chiama regole spesso puntuali che sempre di più sono oggetto di normazione di organi tecnici, autorità di vario tipo la cui legittimazione però è costantemente revocata in dubbio. Mostrerò ad esempio come il problema del conflitto di interessi, che storicamente attiene alle incompatibilità tra cariche pubbliche ed uffici privati, non perde rilevanza, ma anzi si pone come uno dei maggiori problemi, anche in un'ottica esclusivamente privatistica. In questo esso deve essere elevato a categoria di teoria generale del diritto, come tale, "trasversale" alle singole discipline dogmatiche, e dunque bisognoso di una considerazione, e di una tutela giuridica, il più possibile conforme.

Alla situazione sul piano pratico, come detto, corrisponde sul piano strettamente dogmatico la diversità di accenti, di interpretazioni, se non proprio di concezioni, del principio di legalità nella giuspubblicistica italiana ed europea[6]. Non a caso, in questo senso, un recente ed importante convegno sul tema è stato denominato "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia"[7]. A partire dal confronto, sempre presente, tra "principio di legalità"[8] e "*rule of law*"; passando per la centralità dello stesso principio nel campo penalistico e del suo significato (*ivi*) non controverso[9]; approdando infine alla contiguità col principio della divisione dei poteri[10] e con quello democratico[11], si ha la riprova, ove ve ne fosse bisogno, dell'incertezza teorica intorno a questo paradigma della modernità giuridica.

Ma alla pluralità di concezioni si aggiunge (o deriva?) oggi, soprattutto nei più recenti sviluppi del diritto amministrativo, la negazione del principio; negazione che si concreta in più direttrici tra loro convergenti: da un lato, nella sempre maggiore "privatizzazione" del diritto amministrativo, sia a livello organizzativo, sia a livello funzionale, frutto avvelenato di una certa ideologia di "stato minimo" che rappresenta, al contrario di quello che sostengono i suoi fautori[12], una *regressione* degli ordinamenti giuridici. Dall'altro, con la squalificazione stessa del concetto di "legalità" inteso come rispetto (formale, in questa accezione) di legge, mediante la contrapposizione, a questo, di un "risultato", da raggiungere *ad ogni costo*.

---

[6] A. ALÌ, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Giappichelli, Torino, 2005; A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, I, 2008, 1 ss.; R. DICKMANN, *Il "principio di legalità comunitaria"nel sindacato della Corte di Giustizia delle Comunità Europee degli atti comunitari esecutivi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (nota a CGCE 3 settembre 2008, cause riunite C 402/05 e C 415/05*, in *www.federalismi.it*.

[7] Vedi gli atti del convegno, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2008.

[8] V., per tutti, P. COSTA, D. ZOLO, (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2005.

[9] Ancora di più a seguito della costituzionalizzazione del principio del "giusto processo" e dei suoi corollari nell'art. 111 Cost.

[10] Cfr. F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2007, 10 ss. Sul principio della separazione/divisione dei poteri, v. R. GUASTINI, *Separazione dei poteri o divisione del potere?*, in *Teoria politica*, 1998, III, 25 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, vol. I, *Teoria del diritto*, 862 ss.

[11] V. sul punto, fin da subito, B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, relazione al LIII Convegno di Scienze dell'Amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007, sul tema «Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia», in *Diritto Amministrativo*, I, 2008, 12 ss., ed ora in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, cit., 20 ss.

[12] V., per una critica dell'ideologia dello "stato minimo" anche da un punto di vista economico, J. E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello stato*, Il Mulino, Bologna, 2006, *passim*. Cfr., inoltre, H. KELSEN, *Il primato del parlamento* (a cura di G. Ceraci), Giuffrè, Milano, 1982, 152 ss.

Conviene anticipare, sin da ora, che questi approdi sono frutto di aporie (teoriche) e mistificazioni (pratiche) di varia origine: percorsi diversi ma accumunati da una stessa direzione, quella cioè di un attacco, non sempre consapevole, alla legge positiva (*i.e.* al diritto) e alla sua fondamentale, e fondante, funzione di limitazione dei poteri pubblici e privati. Tale attacco è favorito anche dal fatto che la legalità, da quella moltitudine di approcci e concezioni appena accennata, ne esce indebolita[13], frammentata, ridotta a mero *accidente* nel contesto di un rapporto tra [stato di] diritto e mercato che è rovesciato [ormai] nella teoria e nella pratica.

Se queste sono le coordinate generali del problema, il collegamento che sto per fare, e che costituisce in un certo senso l'ispirazione del lavoro, non dovrebbe sembrare del tutto peregrino. Da quando infatti ho cominciato a ideare questa ricerca sulla scomposizione del principio di legalità nel diritto amministrativo più recente, mi è da subito venuto alla mente il capolavoro della produzione letteraria di Luigi Pirandello, *Uno, nessuno e centomila*. In questo senso, la poetica pirandelliana ha da sempre avuto come principale oggetto d'indagine, prima ancora che il tema della persona e della società e del loro rapporto, il tema della percezione, o meglio, delle percezioni. Che si tratti di approcci sensoriali o intuizioni metafisiche, è nella stessa idea del "percepire" – come attività necessariamente, nel senso logico e crono-logico, precedente a quella del "conoscere" e, eventualmente, del "capire" – che Pirandello a mio modo di vedere pone il centro problematico dell'esperienza umana in quanto tale[14].

Il diritto, in questo senso, non mi sembra potersi sottrare a questa intuizione. Anzi, proprio in quanto diritto "creato" dall'uomo per l'uomo, in contrasto con teorie gius-naturalistiche che recentemente hanno acquisito nuovo vigore[15], esso è partecipe quasi ontologicamente della stessa natura dell'esperienza umana e, dunque, degli stessi problemi epistemologici[16]. La nostra possibilità di conoscere del diritto dipende quindi dalla nostra percezione del diritto medesimo e dei suoi elementi[17]. Ora, nell'ambito della scienza giuridica due percezioni sono rilevanti, quella del diritto come è e quella del

[13] Come sarà chiarito in seguito, il principio di legalità, prima che principio di diritto positivo, è un principio di carattere assiologico, pre-giuridico, come tale appartenente al piano dei valori. La sua frammentazione e/o eliminazione a livello di diritto positivo, perciò, comporta anche il suo indebolimento a livello assiologico: indebolimento che mina alla radice la sua centralità all'interno della struttura delle moderne democrazie costituzionali.

[14] A. SUPIOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Mondadori, Milano, 2006.

[15] Come vedremo nel primo capitolo, a proposito della distinzione tra principi e regole.

[16] A. SUPIOT, *op. cit.*

[17] Di percepire l'altro, direbbe ancora Supiot.

diritto come deve essere; in altre parole, la percezione descrittiva e la percezione prescrittiva del diritto medesimo come oggetto di studio. Si tratta precisamente della divaricazione – deontica, epistemologica, metodologica – che costituisce l'alternativa fondamentale per la scienza giuridica, che in un senso diventa in un senso realistica, nell'altro normativistica.

Questo lavoro si basa sul confronto/scontro di queste due percezioni, e analizza ciò che ne risulta con particolare riferimento al principio di legalità nel diritto amministrativo. Come ho già accennato, sono convinto che vi sia una grande responsabilità degli "operatori del diritto" nell'attuale situazione di deficit del nostro ordinamento. E questa responsabilità si sostanzia nell'avere scomposto, quando non addirittura negato, il principio di legalità amministrativa, compromettendone gravemente la portata prescrittiva e, dunque, l'efficacia. Occorre dunque, secondo me, provare a disvelare queste percezioni. Occorre cioè evidenziare con chiarezza le opzioni teoriche, politico-economiche, che hanno portato a questa scomposizione e conseguente crisi della legalità nel nostro paese. In altre parole, vorrei cercare di spiegare come il principio di legalità (amministrativa) nel nostro ordinamento è arrivato ad essere *Uno, nessuno e centomila*.

*Uno*, perché il principio di legalità, come «*norma di riconoscimento del diritto vigente*» e quale «*criterio di identificazione del diritto valido*»[18], rappresenta il paradigma stesso della modernità giuridica proprio dello stato costituzionale di diritto; contrapposto in quanto tale sia al mondo pre-moderno e sia all'esperienza paleo-giuspositivistica, precedente alla due guerre mondiali. Esso è, o meglio, dovrebbe essere, irriducibile alle separazioni dogmatiche, considerando la sua funzione fondante (e ultima) di limitazione del potere - di ogni manifestazione del potere - pubblico o privato, che sia (o voglia porsi) *all'interno* dell'ordinamento giuridico. Come cercherò di mostrare con l'analisi della costante trasformazione del *rule of law* anglosassone, l'idea di legalità in quanto principio che costituisce l'essenza stessa del modello di stato-istituzione, supera perfino le differenze nazionali e di sistema, ed è esattamente in questo percorso di sintesi, che si può e si deve trovare una risposta alla crisi della stessa legalità a livello "locale".

*Nessuno*, perché, soprattutto nel diritto amministrativo, in quanto luogo e veicolo di comunicazione tra istituzioni, società e mercato, assistiamo da tempo invece alla negazione più virulenta del principio e della sua centralità. Assistiamo cioè al

[18] L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, *passim*.

depotenziamento, se non proprio alla eliminazione, delle garanzie predisposte dalla legge, come limiti e vincoli a tutela dei più deboli, ad esclusivo vantaggio di poteri, pubblici e privati, che cercano di affermarsi come *legibus soluti* in questo momento di rottura prolungata della nostra democrazia costituzionale. Ed è proprio da questo rapporto, sempre controverso, tra giuridicità e mercato, che nascono le concrete negazioni della legalità nel diritto amministrativo, le quali come vedremo hanno aperto la strada a quella che io considero una regressione, del tutto negativa, della nostra esperienza giuridica.

*Centomila*, perché questo scopo, ormai nemmeno più celato, di un tendenziale ritorno allo stato di natura[19], è facilitato anche (e soprattutto) dalla frammentazione in dottrina dello stesso concetto di legalità; al punto che si trova spesso, nella letteratura, il termine declinato al plurale, "le legalità": *formale sostanziale penale amministrativa nazionale comunitaria giurisprudenziale*; quasi come se, attingendo ancora da Pirandello, ognuno vedesse una legalità diversa a seconda del contesto di analisi e [solo] per questo la stessa legalità ne uscisse trasformata, mutata, segmentata. In una parola, annullata. *Così* non *è (se vi pare)*.

L'oggetto del lavoro dunque, per come presentato nelle sue direttrici, esulerebbe e non di poco dai limiti, miei, e delle attuali circostanze. Una tesi di dottorato, in questo senso, può (e forse deve) solo costituire l'inizio di un percorso. Il presente lavoro aspira perciò a fornire alcune coordinate teoriche, a cavallo tra dogmatica amministrativa e teoria generale del diritto, che possano essere d'aiuto nell'affrontare, e nella migliore delle ipotesi, a ricostruire, quei «*sentieri interrotti*» della legalità su cui, tra gli altri, Fabio Merusi ha già, efficacemente, richiamato l'attenzione[20]. Cercherò dunque di mostrare questa odierna crisi della legalità attraverso una selezione, inevitabilmente arbitraria ed in quanto tale da giustificare nel proseguio del lavoro, di manifestazioni del problema. Il rischio, come spesso in questi casi, è quello di una qual certa frammentarietà sul piano dell'analisi e di un conseguente grado di dispersività nel momento in cui si prova a trarre

[19] Manifestato dall'insofferenza dei grandi poteri economici alla legislazione, qualunque essa sia, e teorizzato, nella teoria economica prima e politica poi, dall'abbandono "cieco" e incondizionato al mercato e alla sua capacità di autoregolazione: capacità di autoregolazione che, come stiamo per vedere, è oggi revocata in dubbio anche da una parte della stessa dottrina economica.

[20] L'espressione infatti rende alla perfezione l'idea della legalità come di un cammino, progressivo, di evoluzione (di miglioramento) degli stati legislativi (prima) e costituzionali (poi) che ora invece risulta bruscamente interrotto, perlomeno a livello nazionale. Anzi, è lo stesso Merusi, che a conclusione della prima parte dei suoi "sentieri interrotti", afferma la necessità di «*indagare sulla fenomenologia, nel tempo e in particolare nell'attualità, del principio di legalità, così da distinguere la "legalità" degli antichi da quella dei moderni*»; *ivi*, 36 ss.

[delle] conclusioni. Consapevole di tutto questo, farò del mio meglio per evitare tali incidenti: ove non bastasse, mi affido alla benevolenza del lettore.

❖ ❖ ❖

I ringraziamenti sono, per assurdo, la parte più rischiosa del processo di scrittura: si ha paura di chi si nomina - il rischio è la chiamata in *correità* con riferimento alle pagine che seguono; ma soprattutto di chi ci si dimentica, per gli innumerevoli debiti di riconoscenza - Antongiulio, Barbara, Bianca, Francesco (Ciccio), Giusi, Martina, Silvia, che spesso e volentieri sono stati la mia *longa manus*... - che in un percorso accademico e di vita si contraggono. Alcuni però sono semplicemente troppo grandi per essere taciuti. A Maria Alessandra Sandulli per aver scommesso su di me poco più di tre anni fa; per aver sempre alimentato e mai costretto o limitato la mia curiosità scientifica - ma dicendo chiaramente "*no!*" quando c'era bisogno; e per avermi fatto vedere il tramonto su di un certo tetto... A Luigi Ferrajoli, per avermi insegnato ben più della teoria del diritto. Für Hanna Steyrer, da ich immer sage, dass Zeit keine Rolle spiele. Was wirklich zählt ist all das, ohne das ich nicht die Kraft gehabt hätte meine Arbeit einem Ende zu zuführen.
Questo lavoro è dedicato alla mia famiglia, perchè senza di loro, semplicemente, non sarei, in tutti i sensi.

# CAPITOLO I

# Del principio di legalità in generale

**SOMMARIO**: **1.1** Del (necessario) prologo meta-teorico. Brevi note sulla distinzione tra principi e regole. - **1.2** (ancora) Orizzonte di ricerca: tra premesse metodologiche e profili ri-costruttivi dell'analisi. - **1.2.1** Premesse metodologiche. - **1.2.2** Ipotesi di lavoro. - **1.2.3** Profili ricostruttivi. - **1.3** Sulle difficoltà della ricostruzione teorica di un termine polisemico. - **1.3.1** L'orizzonte di significato. Governo della legge vs. governo degli uomini: portata moderna di una dicotomia antica. - **1.3.2** *Rule of law*, tra consonanze e dissonanze. - **1.3.3** (segue) *Principle of legality* - **1.4** La nozione classica (o "chiusa"). La legalità dallo stato liberale allo stato (legislativo) di diritto. - **1.4.1** Il contesto storico-teorico. - **1.4.2** Legalità e "stato di diritto". - **1.4.3** La definizione classica di legalità amministrativa. - **1.4.4** (brevissimo *excursus*) Legalità e diritto amministrativo: due storie indissolubili? - **1.5** Il mutamento di paradigma. La legalità nello stato costituzionale di diritto. - **1.5.1** La legalità nella costituzione del 1948. - **1.5.2** Principio di legalità sostanziale, riserva di legge e preferenza della legge. - **1.5.3** Della mancanza di una nozione condivisa. - **1.6** Crisi e trasfigurazione del principio? L'emergere della nuova nozione "aperta" della legalità amministrativa nello stato post-costituzionale. - **1.7** I fattori della crisi, della legge [e] dello stato - **1.7.1** L'estensione del diritto amministrativo. Dallo stato liberale allo stato sociale. - **1.7.2** Il disgregamento della centralità legislativa. - **1.7.3** L'ulteriore frammentazione istituzionale e normativa. - **1.7.4** La crisi del positivismo giuridico. - **1.8** Dunque, la crisi del paradigma. - **1.9** La nuova nozione "aperta" di legalità amministrativa. - **1.9.1** La nuova legalità nella legge sul procedimento e nel T.U. dell'espropriazione. - **1.9.2** La nuova legalità nell'elaborazione della dottrina. - **1.9.3** (*segue*) Ulteriori osservazioni. - **1.10** Prodromi di conclusioni: del senso ultimo del principio di legalità.

## 1.1 Del (necessario) prologo meta-teorico. Brevi note sulla distinzione tra principi e regole

La presente tesi dottorale si pone l'obiettivo, di per sé troppo ambizioso, di sintetizzare alcune recenti tendenze del nostro ordinamento e di trarre, alla luce di tali vicende, alcuni orientamenti di carattere teorico-normativo. L'ambito di ricerca è il principio di legalità e la sua odierna, e secondo molti mutata, rilevanza per il diritto amministrativo. In questo senso, una delle più importanti "scuole" amministrativistiche

italiane, il cui "fondatore" può rintracciarsi in Sabino Cassese, parla del passaggio, nel nostro ordinamento, dal (-la vigenza del) *principio* di legalità alla (vigenza di una) *regola* (o *regole*) di legalità[21]. Ma cosa si intende con questa formula?

Il primo capitolo di questa tesi prova a ricostruire le coordinate "spazio-temporali" di questa evoluzione, analizzandone prodromi ed effetti. Il primo obiettivo a cui il lavoro vorrebbe aspirare è tuttavia quello della chiarezza – per quanto possibile – nella ricostruzione di tali dinamiche. E chiarezza, per chi come il sottoscritto aderisce ad una pre-comprensione semantica del fenomeno giuridico[22], significa innanzitutto chiarezza nell'utilizzo dei termini teorici e dogmatici[23] - a livello sia semantico che sintattico. Dunque: per capire cosa si intenda quando si afferma il passaggio dal *principio* di legalità alla *regola* (o alle *regole*) di legalità dell'amministrazione, dobbiamo prima chiarire in che senso i due termini teorici 'principio' e 'regola' sono qui impiegati, e quindi a cosa equivale il passaggio dall'uno all'altro.

Il problema è allora anche di carattere meta-teorico, e negli ultimi anni ha costituito oggetto di serrato dibattito in diverse discipline, partendo dall'elaborazione della teoria generale del diritto, e soprattutto della *jurisprudence* anglosassone, per poi approdare nelle dottrine costituzionalistiche del vecchio continente. E, se è per questo, la discussione non riguarda solo la valenza, ma in alcuni casi il fondamento stesso, della distinzione teorica tra 'principi' e 'regole'[24]. In questo senso il termine 'principio' afferisce da lungo tempo alla discussione giuridica – lo si comincia ad usare consapevolmente nelle grandi codificazioni dell'ottocento, ma si ritiene di poter individuare 'principi' anche nel diritto romano, ad esempio. Più che altro, si può dire che soprattutto nelle diverse discipline dogmatiche (diritto civile, diritto penale, diritto amministrativo, etc.) si è sempre fatto ampio riferimento ai 'principi', senza però mai

---

[21] Cfr. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I ed., Giuffrè, Milano, 2000, 195 ss.; da ultimo, Id. *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in S. CASSESE, *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010; L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Il Mulino, Bologna, 2010, 18 ss.

[22] Sul punto, L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, I vol., 38 ss.; H. L. HART, *The Concept of Law*, 1961, trad. it. di M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965; N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, II, 342 ss.

[23] Sulla distinzione tra termini della teoria del diritto e della dogmatica giuridica, v. ancora L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 8 ss.

[24] V. J. R. MANERO *Rules and Principles*, *IVR encyclopedie*, consultabile all'indirizzo http://ivr-enc.info/index.php?title=Rules_and_Principles; G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di Ermenutica giuridica*, 2009, 131 ss.; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in corso di pubblicazione su *Giustizia costituzionale* e, in Spagna, in *Doxa*, 2011, e riferimenti bibliografici nei tre riportati. Da ultimo, e significativamente ai fini di questa tesi essendo l'autore professore di diritto amministrativo, si veda l'importante articolo di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Is Legal Positivism as Worthless as Many Italian Scholars of Public Las Depict It*?, in *Ratio Juris*, 23 - 4, 2010, 505 ss.

davvero definirli analiticamente rispetto alla generalità degli altri termini teorici e, più in generale, delle norme. A prima considerazione, la questione potrebbe però sembrare marginale. 'Principio' è un termine comune nel linguaggio giuridico il cui significato non sembra creare particolari problemi. Ma quale è questo significato? Un qualsiasi studente di giurisprudenza, posto innanzi a questa domanda, molto probabilmente comincerebbe a balbettare, salvo poi rispondere con una formula del tipo «*Guardi, so che cosa è un principio, le posso fare decine di esempi, ma in realtà non so definirlo!*».

La questione è invero tutt'altro che secondaria. Oltretutto se si conviene sulla considerazione che definire, o connotare, un concetto teorico equivale a stabilirne, per quanto impossibile, l'estensione, o ambito di applicazione, e l'intensione, cioè gli effetti. Ciò tanto più se nei manuali e nei testi di diritto di 'principi' se ne possono trovare a centinaia, in ogni disciplina. In altre parole: se è data per scontata una differenza tra principi e [altre] regole, in che cosa consiste però questa differenza? Che cosa fa di una disposizione normativa un 'principio'? È una differenza (solo) di formulazione, e quindi quantitativa, come potrebbe sembrare *prima facie*? Oppure vi è una differenza qualitativa, strutturale, che implica anche una diversità di usi giuridici tra le due categorie nel senso che non si può mai parlare di *applicazione* di principi, ma solo di *bilanciamento*, *ponderazione*, *argomentazione*, *rilevanza*?

In questo senso, il problema costituisce uno dei *traits d'union* del diritto costituzionale con il diritto amministrativo. E non si tratta di un problema solo teorico, anzi, vi sono in gioco rilevanti implicazioni pratiche. Basti pensare al ricorso, da parte sia dei giudici costituzionali che da parte dei giudici amministrativi, ma più in generale di tutta la giurisprudenza, che si fa ai "principi" nell'atto di redigere le motivazioni di una sentenza, per non considerare quando l'enunciazione di un principio rientra nello stesso dispositivo come motivo principale della decisione. Cosa vuol dire allora affermare, o argomentare da, un principio? Quali conseguenze pratiche comporta?

Ecco dunque che se ci si ferma un momento per porsi la domanda "che cosa è un principio?", la risposta del caso non è assolutamente scontata. Vedremo tra un secondo che al termine 'principio', nella scienza giuridica, si possono dare, e si danno, un numero davvero rilevante di significati. Ed è proprio per questo, paradossalmente, che per lungo tempo non ci si è posti il problema di cosa fosse un principio – non perchè vi fosse una idea condivisa, ma al contrario perchè decine e decide di definizioni tra loro discordanti coesistevano "appassionatamente" nel linguaggio dogmatico. Ciònonostante, per lungo tempo tale consapevolezza della indeterminatezza pragmatica del concetto non è mai

affiorata alla superficie della riflessione – ed i principi, al pari di ogni altra norma, sono stati applicati in modo assolutamente centrale dalla giurisprudenza, specialmente da quella delle giurisdizioni superiori.

Ronald Dworkin, il più importante teorico del diritto anglosassone vivente, individua i termini della questione nel 1967, quando pubblica per la prima volta il famoso "*Is law a system of rules*?" che andrà poi a costituire il secondo capitolo della sua opera più conosciuta "*Taking Rights Seriously*". Dworkin critica la teoria analitica dell'altro campione della riflessione giuridica anglosassone, H.L.A. Hart, per il fatto che, tra l'altro, la ricostruzione del diritto di quest'ultimo non darebbe conto proprio della presenza, nei nostri sistemi giuridici, dei 'principi', in quanto tali diversi dalla restante totalità della categoria delle 'regole', o '*standards*', secondo la sua definizione. Nelle parole di Dworkin:

> *«Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision [...] But this is not the way [...] principles [...] work. Even those which look most like rules do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met [...] Principles have a dimension that rules do not - the dimension of weight or importance. When principles intersect [...] one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each [...] Rules do not have this dimension»*[25].

Ovviamente, mi è impossibile in questa sede dilungarmi ulteriormente sulla teoria di Dworkin, che richiederebbe con buona approssimazione una tesi dottorale tutta per sè. Darò dunque per scontato tutto ciò che da questo breve passo è stato originato, riassumendolo nel senso che, da qui in poi, la riflessione giuridica comincerà finalmente a porsi le domande "che cosa è un principio del (o nel) diritto"?; "In cosa differisce dal resto delle regole giuridiche"? ed a trarne conclusioni, anche e soprattutto di diritto positivo. Le implicazioni in questo senso sono rilevantissime, specialmente in sede di applicazione giurisdizionale. Non stupisce allora che la disciplina dogmatica positiva che più di tutte, a parte la teoria generale del diritto, abbia risentito di questo dibattitto sia stata quella del diritto pubblico o costituzionale. Dove infatti, fra i testi normativi che

[25] R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978, 24 ss.

adoperiamo tutti i giorni, troviamo il maggior numero di formulazioni normative che anche instintivamente sentiamo di poter definire 'principi'? Appunto nei testi costituzionali o para-costituzionali – di livello nazionale e supra-nazionale, oltre che nelle prime parti delle grandi codificazioni dei diversi rami del diritto (codice penale, civile, processuali, etc.)[26].

È dunque utile provare ad effettuare una ricognizione di alcuni dei diversi significati con cui viene usato il termine 'principio' nella riflessione giuridica[27], con la premessa ovviamente che tale ricognizione non vuole e non può essere esaustiva, anche e soprattutto per la indeterminatezza dell'intensione e dell'estensione semantica del termine: a) in un primo senso, 'principio' si usa per denotare una norma generale, o che in altre parole abbia come campo di applicazione dei casi le cui caratteristiche distintive siano a loro volta molto generali o generiche: si pensi ad esempio ai "principi generali del contratto" così come in individuati nei diversi codici nazionali; b) 'principio' viene usato poi per descrivere una norma formulata in termini estremamente vaghi, la quale cioè contenga principalmente concetti giuridici indeterminati, come ad esempio "abuso del diritto", "buona fede", etc.; c) ancora, 'principio' viene spesso usato per indicare i valori fondamentali di un dato sistema od ordinamento giuridico o istituzione: si pensi ad esempio al principio di non discriminazione enunciato all'art. 3, co. 1, della nostra carta costituzionale; d) più di recente, con 'principio' si intendono anche tutte quelle norme che una parte della dottrina ha definito 'programmatiche'[28], le quali non imporrebbero una precisa modalità giuridica ai loro destinatari, nemmeno di carattere vago, ma si limiterebbero a porre obiettivi da perseguire – si pensi a questo proposito al secondo comma del summenzionato art. 3 Cost.; e) in un senso comune invece 'principio' si usa a proposito delle norme destinate al potere giudiziario che ne disciplinino l'esercizio: viene subito in mente l'art. 12 delle preleggi; f) oppure, si pensi a massime come *iura novit curia* o *in dubio pro reo*, che presiedono ed in un certo senso sintetizzano le dinamiche applicative di interi settori del diritto positivo.

Come detto, tale ricostruzione non può essere esaustiva – considerando oltretutto il fatto che molti dei significati appena esposti si sovrappongono tra di loro nell'uso che

[26] Lo stesso può dirsi della giurisprudenza costituzionale ed, in questo senso, amministrativa.

[27] Cfr. J. R. MANERO, op. cit.; v. inoltre R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992.

[28] «*Non è superfluo ricordare che in Italia l'espressione "norme programmatiche" fu utilizzata negli anni Cinquanta del secolo scorso dalla Corte di Cassazione per neutralizzare la portata normativa dei principi costituzionali, cioè per negarne l'idoneità ad abrogare o a invalidare la legislazione precedente, ancora in prevalenza fascista*», così L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, cit. 33 ss.

ne fanno gli operatori giuridici. Di certo però vi sono dei macro-significati, se così si può dire, o delle macro-occorrenze, con cui il termine 'principio' viene usato, che possono essere individuati a mò di classificazione. La prima macro-distinzione riguarda la fonte, ed è quella tra principi espliciti ed impliciti di un sistema – i primi essendo i principi che hanno diretto fondamento in una previsione espressa (scritta) del sistema, non rileva se a carattere costituzionale, o superiore od inferiore[29]; i secondi invece essendo quei principi dell'ordinamento, come il summenzionato *iura novit curia*, che possono definirsi immanenti al sistema ma che non trovano fondamento univoco in una disposizione dell'ordinamento, o il cui fondamento è dibattuto[30].

La seconda macro-classificazione che è stata portata avanti è invece quella che distingue, riferendosi al loro contenuto, i principi in senso stretto o proprio dalle c.d. 'norme programmatiche' o direttive o, nel loro equivalente anglosassone, '*policies*'. Come detto la distinzione qui attiene al contenuto: principi in senso stretto sono quelle norme che esprimono i valori supremi di un sistema, ma che tuttavia restano norme, seppure generiche, e quindi applicabili a casi concreti tramite individualizzazione *ex parte iudicii*; mentre le norme programmatiche sono quelle fissano dei "meri" obiettivi, prevalentemente in termini di welfare collettivo o di macro-obiettivi di politica economica, per il legislatore o per il governo[31] - e dunque non possono mai costituire criteri di decisione di casi concreti. Tale distinzione può essere caratterizzata come esclusiva, partendo però dal presupposto che entrambe queste categorie condividono a) un alto livello di generalità della loro formulazione e b) la presenza di termini 'vaghi', di termini cioè il cui stesso significato principale sia oggetto di dibattito ed interpretazione. Ma anche questa distinzione, se vista operativamente, non sembra avere confini nitidi: nella dottrina costituzionale italiana, ad esempio, 'principi' e 'norme programmatiche' sono espressioni talora equivalenti, differenziandole in questo senso dalle regole vere e proprie, e questo come da iniziale giurisprudenza della Corte di Cassazione nel periodo post-fascista[32].

---

[29] Ma, si potrebbe dire, più precisamente, che i principi espliciti sono quelli la cui formulazione in una norma dell'ordinamento è *prima facie* riconoscibile - in altre parole, la cui formulazione è chiara e come tale immediatamente utilizzabile dal punto di vista operativo.

[30] Conseguenze per quanto riguarda la norma di riconoscimento, perchè i principi impliciti posso essere considerati validi solo se si accetta un criterio di riconoscimento sostanziale e non anche solo formale.

[31] Cfr. J. R. MORENO, op. cit.

[32] In questo senso la Corte provò ad usare questa distinzione, negli anni Cinquanta del secolo scorso, per neutralizzare la portata normativa dei principi costituzionali, cioè per negarne l'idoneità ad abrogare o a invalidare la legislazione precedente, ancora in prevalenza fascista; v. in questo senso Cass. Sez. Unite pen., 7.2.1948, in *Foro italiano*, 1948, II, 57 ss. Questa distinzione tra norme precettive e norme

Tanto detto, in cosa consisterebbe allora questa distinzione tra principi e regole? Quali effetti (pratici) ne deriverebbero? Nella discussione dei teorici del diritto si sono formate tre macro-posizioni prevalenti: l'una, quella della c.d. distinzione forte, ontologica o qualitativa (Dworkin, Alexy, Atienza, Nino, Manero, Zagrebelsky), che sostiene una differenza qualitativa essenziale tra disposizioni normative[33] che enuncino 'principi' e disposizioni normative che enuncino 'regole'[34]. In questo senso[35] i principi: I) sarebbero le norme fondamentali dell'ordinamento, in altre parole i valori immanenti che conferiscono legittimità al potere legislativo stesso; non si pone un problema in questo senso di ubbedienza o applicazione[36] (come con le regole), quanto di 'aderenza' o 'rispetto'; II) la loro struttura, come detto, presenterebbe un grado estremo di genericità, vaghezza, indeterminatezza, tanto che in alcuni casi vengono qualificate come norme senza fattispecie (Zagrebelsky) – norme cioè che nemmeno ipotizzano una classe di comportamenti individuata, ma che possono potenzialmente informare qualsiasi evento rilevante per un ordinamento (o, specularmente, non informarne alcuno); III) incorporebbero direttamente valori, dei quali sono "veicoli", a differenza delle regole che costituiscono modalità deontiche rispetto ad una classe di comportamenti[37]; IV) il giudizio che utilizza i principi è tipicamente il giudizio c.d. "di bilanciamento" e non di applicazione, in cui si valuta il diverso 'peso' di principi diversi, anche e soprattutto nei casi in cui più di un principio risulta applicabile (si pensi, caso di scuola nel diritto amministrativo, allo "scontro" tra diritto di accesso e tutela della privacy) al caso concreto; V) difetterebbero di esigibilità piena: i principi cioè prescrivono il perseguimento di determinati obiettivi-limite, politici o comunque para-giuridici, in sè

programmatiche fu dichiarata infondata fin dalla prima decisione della Corte costituzionale (Corte Cost. n.1 del 1956).

[33] Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.

[34] In realtà l'utilizzo del verbo enunciare risulta non appropriato da un punto di vista analitico. Infatti, è opinione ormai largamente condivisa tra i teorici del diritto, sulla scorta dell'insegnamento di Tarello, che le norme, intese come prescrizioni (in questo caso dunque sia principi che regole) deontiche, sono sempre il frutto dell'interpretazione della disposizione normativa come effettuata dall'operatore del diritto. Si può affermare dunque solo ellitticamente che le disposizioni della costituzione, o di qualsiasi altro testo normativo, 'enunciano' norme (o regole, o principi): chè tale enunciazione è sempre prodotto dell'interpretazione – ciò spiegando, ad esempio, il fenomeno per cui da uno stesso testo legislativo si possano 'ricavare' più norme diverse, in alcuni casi anche contraddittorie tra loro.

[35] Cfr. G. PINO, op. cit., 3 ss. Dall'elenco di Pino ometto la caratteristica della defettibilità e la definizione di principi come norme categoriche, rispetto alle regole come norme ipotetiche, per ragioni epistemologiche che non posso qui ulteriormente sviluppaer.

[36] Anche nellaella giurisprudenza amministrativa, ad esempio, i principi (ad esempio quelli del procedimento) sono applicati al caso concreto.

[37] Sulle modalità deontiche, v. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, passim.

mai pienamente realizzabili – e dunque la loro concreta "utilizzazione" è *subordinata* alle concrete condizioni fattuali (economiche, sociali, etc.)[38].

I teorici invece della distinzione debole, o quantitativa (Prieto Sanchis, Guastini, Comanducci, Gianformaggio, Pintore, Moreso, Barberis, Jori), sostengono, con diversità di accenti, che

> *«a ben vedere, tutte le norme, siano esse regole o principi, sembrano possedere in qualche misura almeno alcune delle caratteristiche sopra indicate. Ciò che differenzia regole e principi, secondo questa posizione, è il grado in cui tali caratteristiche si ritrovano rispettivamente nelle regole e nei principi: così, i principi sarebbero norme più generiche, più aperte ad eccezioni implicite rispetto alle regole, avrebbero una maggiore dimensione di "peso", sarebbero ragioni meno conclusive, e così via»*[39].

Giorgio Pino in particolare, secondo cui i principi sono norme come tutte le altre caratterizzate però da una notevole generecità (*non generalità!*) ed indeterminatezza – fa salva la precisazione non secondaria che è soprattutto delle conseguenze giuridiche, e non tanto della fattispecie[40], che si predicano genericità ed indeterminatezza come criteri di distinzione[41].

La terza posizione è quella che fa capo a Luigi Ferrajoli, il quale da tempo nega capacità esplicativa, e dunque valore, alla distinzione tra principi e regole di matrice neo-costituzionalista; e anzi ne mette in luce gli effetti fortemente negativi per la teoria del costituzionalismo, tanto che in un recente scritto arriva a raggruppare i sostenitori della distinzione forte o ontologica nella categoria del 'costituzionalismo principialista'[42]:

> *«La questione non è di parole. La contrapposizione, a mio parere scarsamente consistente, istituita indistintamente tra regole e principi ha rilevanti implicazioni pratiche. Il suo aspetto più insidioso è il radicale depotenziamento del valore*

---

[38] Questo si ricollega al tema della defettibilità, su cui v., per tutti, P. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 471 ss.

[39] G. Pino, op. cit., 5 ss.

[40] Esistono altresì regole a fattispecie generica, come alcuni dei delitti contro la persona del nostro codice penale. V. in ogni caso G. PINO, op. cit., 7 ss.

[41] «*Dunque, quanto più generica e indeterminata è la conseguenza che una norma associa ad una fattispecie, tanto più quella norma potrà essere considerata un principio – e viceversa: quanto più specifiche e determinate sono le conseguenze che una norma associa a una certa fattispecie, tanto più quella norma potrà essere considerata una regola*», ivi, 7 ss..

[42] V. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 10 ss. Da notare è il legame, fatto di comuni assunzioni teoriche, che l'Autore mette in evidenza tra il costituzionalismo c.d. principialista con gli indirizzi realistici e neo-pandettistici che ormai sembrano prevalere nella riflessione teorica, in Europa come nel mondo anglosassone.

*vincolante di tutti i principi, tanto più se di rango costituzionale»*[43].

Non si possono qui riportare i molteplici argomenti che Ferrajoli riporta a sostegno della sua tesi, alcuni di natura logica: basti dire che, secondo Ferrajoli, una volta esclusa la distinzione in senso qualitativo, «*anche la differenza quantitativa si appanna, essendo facile rilevare che le caratteristiche dell'indeterminatezza, della genericità e come si vedrà più oltre perfino della ponderabilità si riscontrano talora anche nelle regole non meno, e talora ancor più, che nei principi*»[44]. L'Autore insiste sulla minima portata esplicativa della distinzione, nel senso che riconosce l'esistenza di principi, sulla scorta dei "mandati di ottimizzazione" di Alexy, «*che enunciano valori o direttive di carattere politico, delle quali non è esattamente identificabile l'osservanza o l'inosservanza. Ma si tratta di norme relativamente marginali*»[45], a differenza della grande maggioranza dei principi presenti nella nostra costituzione[46]. La differenza sarebbe tutta nella diversa formulazione, «*con riferimento al loro rispetto anziché, come le regole, alla loro violazione e alla loro conseguente applicazione*»[47] - una differenza quindi, più che strutturale, «di stile»[48], che non ha solo una rilevanza retorica ma anche di politica del diritto.

Da quanto finora esposto risulta la grande complessità che si accompagna all'utilizzo del termine 'principio', complessità su cui però la dottrina amministrativa non sembra soffermarsi abbastanza[49]: ed infatti, quando si discute di principio di legalità, ci si concentra sempre sul secondo termine dell'espressione, dando per scontato invece che il primo abbia un significato univoco. Ecco dunque che la crisi, ed il passaggio dal *principio* alla *regola* (o *regole*) di legalità, che sarà oggetto di analisi del primo capitolo, diventano ancora più problematici. Cosa si intende dunque con questa nuova formulazione? Che differenza c'è nel passaggio dal un *principio* ad una *regola*, ferma restando la valenza della legalità? Oppure (anche) la legalità stessa è mutata, rispetto alla tradizionale impostazione della nostra dottrina pubblicistica? Premetto subito quale è la mia

---

[43] Ivi, 31 ss.

[44] Ivi, 24 ss.; Cfr. sul punto G. Pino, op. cit.; vedi anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 530 ss.

[45] L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 26 ss.

[46] Ferrajoli propone di chiamare principi direttivi, o direttive, i primi, e principi regolativi o imperativi, i secondi.

[47] Ivi, 29 ss.

[48] Ivi, 30 ss.

[49] Idiosincrasia per la dottrina amministrativistica verso la teoria del diritto (uso di legalità e legittimità in modi diametralmente opposti; nullità-annullabilità;

convinzione: che tale espressione, “regola di legalità”, sia formulata in modo del tutto improprio, sia nel senso che sostanzialmente è totalmente ignara dell’elaborazione della teoria del diritto sulla differenza tra principi e regole, sia nel senso che costituisce una letterale (?), ma semanticamente e anche pragmaticamente errata, traduzione di *rule of law*. Ciò viene preso cioè con punto di partenza di questo primo capitolo, in cui si cercherà di analizzare questa supposta crisi, e dunque, evoluzione, del principio di legalità onde verificare:

1) come bisogna intendere questo passaggio ad una "*regola* di legalità";
2) se questo avvicinamento alla *rule of law* è tale, o se non fosse vero ad esempio il contrario;
3) se si può allora ancora parlare di un *principio* di legalità amministrativa, nel nostro ordinamento, ed in che termini.

## 1.2. (ancora) Orizzonte di ricerca: tra premesse metodologiche e profili ricostruttivi dell’analisi

### 1.2.1 Premesse metodologiche

Il prologo meta-teorico appena proposto si è reso necessario a causa del precipuo oggetto di analisi del presente lavoro e del suo altrettanto specifico statuto epistemologico. Il primo, il “principio di legalità” (*sic et simpliciter*, per il momento), rappresenta, o ha rappresentato finora, un paradigma normativo del nostro ordinamento, e più in generale della stessa idea di ‘stato di diritto’, come manifestazione storica di un’istituzione democratica, dalla rivoluzione francese in poi. Ciò comporta, con riferimento al secondo, la sovrapposizione continua di due opposte modalità epistemologiche, quella osservativa che riguarda il suo ‘essere’ nella concreta realtà ordinamentale e quella normativa che si occupa del suo ‘dover essere’: modalità che, appunto, seppur già presenti nel discorso intorno alle *regole*, acquistano una ulteriore complessità nel discorso sui *principi*, a causa come abbiamo visto della loro maggiore indeterminatezza semantica e genericità teleologica rispetto alle prime.

Da questa prima premessa metodologica ne deriva una seconda. Discutendo del principio di legalità e della sua odierna valenza nell'ordinamento italiano, infatti, questa ricerca si pone l'obiettivo di evidenziare alcune recenti vicende che riguardano in particolar modo il sistema amministrativo sia dal punto di vista delle norme, sia dal punto di vista dei comportamenti che ottemperano o meno a tali norme, alla luce di una più ampia riflessione teorica su alcuni dei presupposti stessi della disciplina. L'orizzonte di ricerca, in altre parole, contiene i due antitetici approcci al fenomeno giuridico per come classicamente individuati da Hart[50], quello normativistico e quello realistico: i quali verranno entrambi presi in considerazione pel tramite del discorso teorico, che in quanto terzo sembra l'unico che in un certo senso ne può costituire un fecondo campo di incontro – così come nella ormai famosa impostazione meta-teorica ferrajoliana[51].

Questo perchè la tesi di fondo di questo lavoro è quella di una serie di violazioni, normative prima ancora che fattuali, nel nostro diritto amministrativo in particolare, del paradigma di legalità per come verrà individuato alla fine di questo primo capitolo. In altre parole, cercherò di mostrare la contrarietà di una serie di norme positive, di interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali e di alcune ricostruzioni teoriche, al suddetto principio: inteso, in una prima definizione ancora solamente abbozzata, come necessaria limitazione preventiva *ex lege* di ogni potere, pubblico e privato, all'interno di un'istituzione politico-democratica, in funzione della tutela della 'sfera pubblica', cioè della totalità degli interessi e dei diritti di tutti[52]. Questa è evidentemente una definizione prescrittiva del principio, nel senso che non essa non solo non rispecchia il concreto "atteggiarsi" della legalità nel concreto ordinamento storico; ma anzi precisamente denuncia come indebite violazioni del paradigma le nuove dinamiche che ad esso non sembrano conformarsi. Qui mi riferisco, in particolare, alle aporie teoriche e normative portate avanti da dottrina e giurisprudenza più recenti: aporie che si innestano nel più generale fenomeno, ormai in atto da un trentennio, di erosione e dunque crisi della legalità in senso fattuale, collegato a sua volta (nei più svariati accostamenti eziologici) alla crisi in senso istituzionale dello stato e alla crisi del diritto amministrativo per come

[50] V. H. L. HART, *op. cit., passim.*

[51] Per questa impostazione teorica, v. L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, cit., passim.

[52] Già si pone un problema, chi sono i "tutti"? I consociati o "tutti" in senso universale? Una concezione dunque, conviene specificare sin da subito, sostanziale oltre che formale del principio di legalità, e che non presiede solamente all'esercizio dei pubblici poteri, come tralaticiamente si ripete per quanto riguarda l'efficacia di tale paradigma, ma che riguarda, nel senso di porsi normativamente, anche (verso) l'esercizio di quelli privati.

elaborato della dottrina più tradizionale del nostro campo di osservazione (in primis, M. S. Giannini e A. M. Sandulli).

A questo riguardo, e tale sembra la premessa metodologica più importante, alla crisi di un qualsiasi paradigma si può offrire una duplice, ed antitetica, chiave di lettura[53]: in un primo senso, *normativista*, si può descrivere tale fenomeno come un allontamento appunto da un paradigma e, dunque, come una violazione di esso, in quanto tale da segnalare e "riparare"; dall'altro, in una lettura invece *realista*, si può partire dall'analisi fenomenologica e, accertato lo iato creatasi tra norma e fatto, constatare un mutamento del paradigma stesso: che dunque vede cambiato il proprio significato ed implica, allo stesso tempo, un aggiornamento della scienza sia a livello epistemologico che a livello teorico per comprenderne appieno portata ed implicazioni. Si pensi ad una ipotetica società in cui, vigente il divieto assoluto di baratto, si cominci clandestinamente, e progressivamente, a praticarlo, fintanto che le stesse autorità siano costrette a riconoscere il fenomeno come ormai prevalente nella dinamica sociale, rispetto all'uso del denaro da loro emesso. Quale sarebbe il passo successivo? Riconoscere (descrittivamente) il mutato paradigma delle transazioni economiche e prenderne atto, cambiando così anche la legge ufficiale; oppure ribadire il divieto di baratto e punirne le (innumerevoli) trasgressioni, magari aumentando le pene per ristabilirne il rispetto? La scelta tra queste due opzioni-limite (ve ne sono infatti un numero indefinito nel mezzo) si risolve, a mio modo di vedere, fatte salve altre considerazioni che comunque possono pesare, in una scelta di carattere etico-politico: ove si assuma il bene o il valore protetto dal divieto di baratto fondamentale rispetto alla stessa coesistenza civile, si tenderà ad optare per la seconda, mentre invece negli altri casi si sceglierà di "accomodare" le dinamiche sociali, anche ad esempio per la paura di possibili degenerazioni (i.e., rivolte).

Questa premessa metodologica è davvero la più importante: in primo luogo, perchè essa riflette, come ho già accennato, l'alternativa fondamentale della scienza giuridica con riguardo alla sua dimensione osservativa, quella cioè di una scienza che assuma a proprio oggetto principale le norme, *ciò che dovrebbe essere*, o i fatti, *ciò che è*, ponendosi dunque come scienza normativa nel primo caso e come scienza realistica (o sociologica) nell'ultimo; in secondo luogo, perchè l'esplicitare una tale fondante alternativa epistemologica obbliga, in un certo senso, chi scrive a dichiarare sin dall'inizio le postulazioni assiologiche e meta-teoriche che stanno alla base della ricerca, in maniera

[53] T. S. KUHN, *The structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1962.

tale da esplicitare al lettore da dove si parta, con quali strumenti si operi e dove si cerchi di arrivare. Da ultimo, perchè si può anticipare sin da ora che tra i due atteggiamenti appena citati, quello normativista e quello realista, nella dottrina amministrativistica italiana sembra prevalere il secondo nell'approcciare il problema della "crisi della legalità".

Il risultato è che le dinamiche in atto nel nostro ordinamento vengano per lo più descritte in termini favorevoli da quelle dottrine che predicano l'abbandono delle sovrastrutture statali e il riemergere della 'libera società'; o comunque in termini a-valutativi da quegli autori che invece ritengono così di porsi in una prospettiva puramente scientifica. In altre parole, si prende atto di questa "crisi della legalità" (e dello stato di diritto, e del diritto amministrativo) limitandosi a *raccontarla* - quando, a dire il vero, come ho già accennato, non si è contribuito ad alimentarla. Ora, ove non si presenti una analisi puramente sociologica, ma si voglia viceversa argomentare sul piano della dogmatica e della teoria del diritto, un tale atteggiamento - meramente descrittivo - sembra giù di per sè epistemologicamente inadeguato; ma lo è ancora di più, considerando un ordinamento a costituzione rigida come il nostro, in cui cioè vi è, sino a prova contraria, una normatività non modificabile (se non nei modi e nelle forme previste dalla costituzione stessa) che *deve* orientare l'analisi del giurista; a meno di non volersi porre, allora, fuori dall'analisi di carattere giuridico e *sconfinare* nei campi della teoria politica e della filosofia della giustizia.

Nonostante ciò, e soprattutto dopo la recente modifica del Titolo V della Carta Costituzionale nei suoi profili della sussidiarietà verticale ed orizzontale, si sono moltiplicati i tentativi di leggere questa "rottura" della legalità amministrativa per come eravamo abituati a conoscerla sotto una nuova luce: dando dunque nuovo vigore a disposizioni legislative della cui introduzione si è molto discusso, basti pensare a proposito ad alcune delle innovazioni alla legge del procedimento amministrativo introdotte nel 2005. Dalla "crisi della legalità" nasce, così, una nuova legalità, che su questa linea di pensiero sarebbe richiesta anche dalla stessa globalizzazione economica (ancor prima che da quella giuridica); nuova legalità che sancisce definitivamente la crisi della legge - ma non del diritto, secondo questi orientamenti, ormai stabilizzatosi nelle nuove forme del *soft-law*. È una crisi a tutto tondo, che investe la forma di stato del dopo-guerra, le sue strutture organizzative, ormai trasformate nel magmatico pan-mercatismo del post-welfare state, e le sue funzioni, che si riducono nelle velleitarie pretese di controllare quello che controllabile non è, cioè lo spontaneo continuo crearsi e disfarsi

delle dinamiche sociali: che, in quanto tale, sarebbe meglio affidato d'altronde alla cure delle tante autorità di regolazione che basano la propria legittimazione esclusivamente sulle loro competenze tecniche e sulla relativa capacità di imporsi ai concorrenti del mercato.

### 1.2.2 Ipotesi di lavoro

In modo forse paradossale rispetto a quanto appena detto, questo atteggiamento adottato da buona parte della dottrina stride, a mio modo di vedere, con la stessa realtà del nostro ordinamento, specialmente per quanto riguarda l'universo amministrativistico. Mi riferisco in particolare alle recenti vicende, che sempre di più sono al centro del dibattito non solo giuridico ma anche socio-economico, di mala-gestione della cosa pubblica e di conseguente prolungata rottura della legalità: fenomeno invero che sembra purtroppo "innato" a quella che è la storia del nostro paese, ma che negli ultimi tempi sembra aver raggiunto dimensioni, ed implicazioni, davvero rilevanti[54]. Dal problema della gestione degli appalti e delle gare pubbliche, che nonostante un continuo susseguirsi di novità nella normativa di settore, anche e soprattutto di provenienza europea, continua ad avere una cifra illegale più che rilevante ed a costituire veicolo di enormi guadagni per la malavità organizzata e altri gruppi di potere; alla c.d. "gestione dell'emergenza"[55], con la sostituzione alle procedure previste dalle leggi amministrative di settore (sanitario, edilizio, appalti, forniture, etc.) di una legislazione *ad hoc* che però si rileva terreno fertile per fenomeni (ancora) corruttivi e di appropriazione indebita di ingenti risorse pubbliche, e che si inserisce in un più generale fenomeno di allontamento dalle procedure amministrative nella loro valenza garantistica, percepite (o fatte percepire) come inutili lungaggini burocratiche che impediscono la "crescita economica"; al fenomeno dell'abusivismo edilizio, la cui pericolosità viene percepita dai molti solo quando si intreccia con calamità e disastri naturali e con le perdite di vite umane[56]; più in generale,

[54] Si veda, da ultimo e per tutti, le relazioni della Commissione Parlamentare Antimafia, specialmente l'ultima (febbraio 2011) la diretta influenza del fenomeno associazionistico nella formazione delle liste elettorali, reperibile in *www.parlamento.it*.

[55] Si veda A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008.

[56] Si veda l'importante indagine statistica, recentissimamente pubblicata su Nature, di N. AMBRASEYS, R. BILHAM, *Corruption kills*, in *Nature* 469, 2011, 153 ss., in cui i due autori mostrano come, in caso di calamità naturali quali terremoti o inondazioni o uragani, il tasso mortalità è direttamente proporzionale al livello della corruzione nel paese interessato dal fenomeno.

alla sempre minore rilevanza che il rispetto di regole di provenienza pubblicistica assume nella composizione dei concreti assetti ordinamentali[57]. Questo, come vedremo, è tanto più paradossale se si considera che questi fenomeni impediscono e non aiutano di certo lo sviluppo economico di una qualsiasi comunità: e dunque, ove questi allontanamenti dal paradigma di diritto pubblico siano stati, a vario titolo, supportati o comunque giustificati a livello teorico in nome dei nuovi paradigmi dell'economia "della globalizzazione", si potrebbe allora parlare, con un'interpretazione caritatevole, quantomeno di eterogenesi dei fini.

Queste aporie della legalità vanno inserite, a mio modo di vedere, nel più ampio contesto di rinnovata rilevanza dei privati nella gestione della sfera pubblica, sia per quanto riguarda il momento regolativo, sia per quanto riguarda il momento erogativo: con il risultato che in molti casi la "cosa pubblica" tale non è più, perdendo di fatto il regime di specialità, sia di tipo normativo che a livello soggettivo, che la caratterizzava. In questo caso, utilizzo la generica espressione "i privati" come termine inter-soggettivo, equivalente o, per meglio dire, equiestensivo, di quelli istituzionali di "mercato" e di "società" e come tali contrapposti alle "entità" di diritto pubblico - stato e pubblica amministrazione. Questo per rendere chiaro da subito uno dei punti che sottointendono la mia tesi: e cioè che, dietro a quelle teorie che esamineremo e che predicano, per un verso, una pubblica amministrazione (ed un diritto amministrativo?) sempre più organizzato e "ritagliato" sulle esigenze del mercato economico-finanziario e, dall'altro, la preminenza dell'*auto-organizzazione*, ma sarebbe meglio dire di *auto-composizione*, degli interessi da parte della società rispetto all'etero-organizzazione degli stessi effettuata per il tramite del procedimento politico-amministrativo, si cela esattamente ciò che si vorrebbe nascondere, e cioè un nuovo capitolo, in questo senso regressivo[58], dello scontro *ideologico* privato *vs*. pubblico che caratterizza da lungo tempo la nostra esperienza giuridica. In questo senso i fenomeni in atto nel nostro ordinamento, lungi dal costituire corretta applicazione di principi di razionalizzazione, efficienza e sussidiarietà orizzontale, tra "semplificazioni" e "privatizzazioni" finiscono per aumentare in modo considerevole l'area di sottrazione alle garanzie che il diritto pubblico predispone a tutela della sfera pubblica[59]: con una sempre maggiore compromissione degli interessi e dei diritti di tutti, ed in particolare dei soggetti più deboli, per come protetti all'interno e dall'ordinamento, a tutto vantaggio di una serie

[57] Cfr. L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi,* cit., *passim*; F. MERUSI, op. cit., *passim.*
[58] Da più parti infatti, come vedremo si evoca l'immagine di un neo-feudalesimo giuridico.
[59] L. FERRAJOLI, *Principia Iuris,* cit., 804 ss.

poteri privati, economici e non, che agiscono per certi versi, ormai, *legibus soluti* – o nella già citata suggestiva evocazione di Luigi Ferrajoli, come "*poteri selvaggi*".

Questi fenomeni si inseriscono, allontanando il fuoco d'osservazione, nella recente crisi economica globale che, manifestatasi sui mercati finanziari internazionali un paio d'anni, si è estesa alle c.d. economie reali, provocando la reazione dei governi nazionali che hanno adottato, ognuno con peculiari strumenti, misure di breve e di lungo periodo: sul breve periodo, per garantire la liquidità delle istituzioni finanziarie responsabili della crisi e dunque evitare fenomeni di panico sui mercati come accaduto agli inizi del XX secolo con la crisi del 1929; sul lungo periodo, adottando per un verso una "nuova" attitudine regolatoria dei fenomeni mercatori considerati responsabili della crisi; per l'altro, imponendo una serie di misure più o meno drastiche per la riduzione dei debiti pubblici, considerati il maggior ostacolo alla ripresa della crescita economica; tutte misure che però, come era prevedibile, stanno avendo effetti pesanti sulle popolazioni coinvolte, soprattutto tra la fasce più deboli, che in questo senso dipendono maggiormente dai sistemi di *welfare*. Anche sul piano internazionale tali vicende possono essere lette nell'ottica della tensione tra una sfera pubblica globale - ancora, può dirsi, inesistente o comunque del tutto ineffettiva - e la sfera privata "globale" dei mercati, nella quale i rapporti di forza tra istituzioni politiche e attori economici determinano in modo innegabile alcune delle dinamiche in atto anche a livello nazionale.

Come già accennato, la crisi della legalità non costituisce terreno fertile solo per grandi (e piccoli) poteri economici a carattere industriale, finanziaro, etc., che legittimamente (secondo il paradigma corrente) sfruttano la diminuzione di vincoli e limiti di natura eteronoma per espandere le propria attività ed il proprio potere economico; ma anche per tutta quella serie di poteri criminali – *in primis* le differenti organizzazioni mafiose, a livello nazionale e internazionale – che sfruttano l'indebolimento delle garanzie della sfera pubblica per consolidare le loro posizioni di vantaggio, di diritto e di fatto, non solo contro lo stato, ma anche *sul* mercato e *nella* società. Ciò non sembra poter essere negato nemmeno dai più fervidi sostenitori della rinnovata supremazia della *lex mercatoria*: sul piano empirico, considerando le nostre più moderne conoscenze in tema di criminalità organizzata quale potere ormai prima di tutto a carattere economico, industriale e finanziario[60]; su quello teorico, nella convinzione che ormai è rimasta solo una sparuta minoranza di economisti, in ambito internazionale, a

[60] Ancora, si faccia riferimento alle più recenti relazioni della Commissione Parlamentare Antimafia.

sostenere lo spontaneismo regolativo del mercato e la non-necessità della macro-regolazione pubblica, anche alla luce delle recenti vicende finanziarie. In altre parole, dovrebbe sembrare ormai condivisa l'ipotesi che chi dispone di un potere, economico e non, scevro da limitazioni, tendenzialmente cercherà di usarlo a proprio esclusivo vantaggio, (anche) a danno degli interessi, e delle posizioni tutelate, degli altri. La visione antropologica implicata da questa linea di pensiero sarà al centro della discussione quando si tratterà di analizzare le correnti liberaliste moderne, che viceversa sostengono, per così dire, un ottimismo programmatico verso [non tanto gli uomini ma] il potere, nella sua fenomenologia nei rapporti inter-sociali.

A questo punto sembra doveroso un (primo) accenno alla componente ideologica del discorso qui *in fieri*. Sarebbe infatti del tutto inaccettabile, oltre che non scientifica, una tesi che sostenesse la generica, ed indimostrabile, equazione tra "pubblico" e "buono" e tra "privato" e "cattivo", che si applichino le coppie di aggettivi al sostantivo "sfera" piuttosto che a "diritto". Altrettanto per l'alternativa, per come prospettata da alcuni, tra "stato" e "società". Non è questo di certo il messaggio che vorrei restasse al lettore della mia ricerca. Ciò non toglie che questo ambito dell'esperienza giuridica sia stato, per molto tempo, in un certo senso dominato proprio da convincimenti ideologici che filtravano il dato dell'esperienza ed in qualche modo portavano ai due "blocchi" di cui sopra. Solo le difficoltà dei due paradigmi – la crisi della pubblicistica, da una parte, e quella dei mercati, più recente, dall'altra – hanno obbligato i campioni delle rispettive ideologie a rivedere i propri schemi argomentativi, e dunque ad intraprendere un cammino di avvicinamento verso un più condiviso approccio di analisi. Tutto questo non vuol dire però che si possa, o peggio ancora si debba, rinunciare alle differenti impostazioni assiologiche che informano i due approcci e la miriade di altri che si situano al mezzo dei due estremi, intesi i primi dunque come approcci-limite.

Con questo voglio dire che, pur senza sconfinare nell'ideologia, ritengo esservi un diverso orizzonte valoriale tra un approccio che privilegi il diritto pubblico come miglior sistema di garanzia degli interessi di tutti gli appartenenti ad una comunità, ed un approccio che viceversa privilegi le spontanee vicendi del mercato e della società come l'unico veramente rispettoso dell'ideale liberale moderno. Semplificando, si contrappongono due diverse visioni antropologiche: una di carattere pubblico intrinsecamente connessa al principio di uguaglianza giuridica[61]; l'altra di carattere

[61] V. L. FERRAJOLI, *Principia Iuris,* cit., 785 ss.

privatistico che ritiene essenziale l'idea di autonomia in senso individualistico. Credo che ciò sia innegabile, a dispetto di quanto i più recenti indirizzi gius-economistici ripetono ormai incessantemente da anni. Nel mezzo vi sono i tanti recenti indirizzi che si auto-proclamano (più o meno espressamente) "empirici" e che per ciò solo promettono di superare le dicotomie del passato: quando invece, almeno a mio parere, rispecchiano ancora, anche se in modo sicuramente più raffinato e analitico, la contrapposizione qui al centro della discussione. E, vale sottolineare a questo punto, non potrebbe essere altrimenti – questo proprio per le necessarie e spesso antitetiche assunzioni normative che informano, in ultima analisi, opposte interpretazioni.

Si tratta, come già accennato, invero di esplicitare tali assunzioni assiologiche, in funzione di determinati obiettivi, e di fare del discorso giuridico quella pratica argomentativa che invece, troppo spesso, viene sostituita da petizioni di principio, da una parte e dall'altra. Centrale alla ricerca è dunque, come si vedrà, il rapporto tra sfera pubblica e sfera privata – tra sfera degli interessi di tutti, in quanto tali tutelati in modo eteronomo con la normativa di diritto pubblico, e sfera degli interessi dei singoli, frutto dell'auto-determinazione dei privati per il tramite degli strumenti contrattuali e delle dinamiche del mercato. Le due sfere, pur essendo entrambe necessarie nell'ambito di una democrazia costituzionale[62], non verranno poste qui dunque sullo stesso piano valoriale: assumendo in questo senso il diritto pubblico come il *necessario* modo di garantire i valori alla base stessa dell'impianto costituzionale – la prima sfera come pre-condizione della seconda. Due i corollari di questa assunzione su cui argomenterò: da un lato, negando un radicale contrasto tra ideologie liberali (classiche) e supremazia del diritto pubblico, come diritto speciale eteronomo teso alla tutela delle stesse libertà[63]; dall'altro, cercando di mostrare come la specialità del diritto pubblico in funzione garantistica (e dunque democratica) non sia meramente una tesi normativo-ideologica, ma abbia un deciso fondamento empirico nella stessa evoluzione dei sistemi giuridici dall'antichità ad oggi, e sia quindi da considerare un progresso tecnico-giuridico. Il primo corollario dovrebbe risultare chiaro dall'analisi teorica, mentre il secondo in questo senso verrà esplicitato soprattutto nella ricognizione diacronica del principio di legalità, sia per quanto riguarda il diritto contintentale, ma soprattutto per quanto riguarda il *rule of law*.

[62] Ivi, 804 ss.

[63] Come dimostrerà l'interpretazione del principio di sussidiarietà orizzontale a cui si aderirà nel secondo capitoo.

Il percorso, a questi fini, è ovviamente irto di ostacoli, sia di carattere teorico che empirico: per i primi ad esempio si pensi alla per nulla condivisa definizione di sfera pubblica[64], mentre per i secondi, alla considerazione dei fallimenti del sistema amministrativo italiano dal dopoguerra, fallimenti che hanno costituito il substrato empirico in cui è nata la stagione di riforme inaugurata all'inizio degli anni novanta con le prime leggi c.d. Bassanini. I due aspetti sono invero legati: ed infatti, ad una considerazione della sfera pubblica slegata da una precisa funzionalizzazione alla tutela dei diritti, di libertà e sociali, come garantiti in costituzione, si accompagna la (mera) espansione in senso burocratico ed auto-referenziale dell'apparato amministrativo[65], con la moltiplicazione di strutture e funzioni da usare come *serbatoi* elettorali per una classe politica altrettanto fuori controllo, pensando anche ai livelli patologici di legificazione raggiunti dal nostro parlamento negli ultimi anni. Non per niente già questa si può considerare una prima, e assai rilevante, aporia della legalità: forse ancora più grave, perchè essa ha costitutito l'occasione pratica per la sferzante revoca in dubbio delle categorie del nostro diritto amministrativo e pubblico e, per il suo tramite, dei diritti (sociali e non) da esso protetti all'interno della sfera pubblica.

Il diritto amministrativo può essere descritto, allora, come il confine tra le due sfere dal punto di vista giuridico: oppure, ancora forse più efficacemente, come lo spazio, l'arena normativa[66] in cui le due sfere vengono più spesso, e più profondamente, a contatto, confrontandosi e scontrandosi. Comprensibilmente, una osmosi tra le due sfere all'interno del diritto amministrativo, come contaminazione di moduli e sovrapposizione di (alcune) funzioni, è del tutto fisiologica e anche, nel senso che verrà esplicato nel proseguio del lavoro, augurabile. Il fenomeno che però si registra nel nostro ordinamento è quello invece di una continua, e sempre più incisiva, riallocazione di strutture e funzioni dalla sfera pubblica alla sfera privata attraverso la trasformazione del diritto e del sistema amministrativo; un fenomeno non solo quantitativo ma qualitativo, vista la compressione sia dell'interesse pubblico che degli interessi dei terzi interessati, che a mio modo di vedere si può oltretutto collegare alla proliferazione di quelle vicende di diffusa illegalità appena descritte. Conviene ribadire: non che prima, con lo stato "massimo" o "imprenditore", non vi fossero aporie della legalità: ma queste aporie erano per così dire di natura "commissiva", implicavano cioè l'*ineffettività* delle garanzie predisposte a tutela

[64] Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia Iuris,* cit., 805 ss.; v. però M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica, Giappichelli*, Torino, 2001.

[65] Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia Iuris,* cit., 813 ss.

[66] Secondo la fortunata espressione di Sabino Cassese.

della sfera pubblica; mentre ora, invece, nello stato (tendenzialmente) "minimo" o "regolatore", tali aporie mi sembrano di natura prettamente "omissiva": cioè di rottura della legalità non per l'ineffettività delle garanzie ma per la loro stessa *rimozione*.

### 1.2.3 Profili ricostruttivi

Queste sono le premesse da cui parte l'analisi che svolgerò nei capitoli seguenti. Se le intenzioni saranno rispettate, con l'avanzare del lavoro una serie di ipotesi ricostruttive dovrebbero affiorare, ipotesi ricostruttive che costituiscono la parte più propriamente normativa di questa tesi. Tra queste, quella centrale riguarda il rapporto tra principio di legalità e diritto amministrativo. È opinione diffusa che queste due "nozioni" abbiano una storia comune. In particolare, si tende ad agganciare le due nozioni da un punto di vista diacronico, per cui quando, nell'europa continentale, nasce il diritto amministrativo, allo stesso tempo arriva a compimento l'idea di legalità, del primato della legge, che sfocia nel *Rechtsstaat* in Germania e, successivamente, nello Stato di diritto in Italia e *nell'Etat de droit* in Francia. Io proverò ad avanzare l'ipotesi che tale orizzonte temporale vada dilatato: questo non per artificiosa necessità ai fini del presente lavoro, quanto per evidenziare l'assoluta irriducibilità e della legalità, e del diritto amministrativo, alla formazione della società stessa prima ancora che all'istituzione – stato[67]. Il principio di legalità diventa allora "presidio" necessario di una sfera pubblica che possa definirsi tale. Sfera pubblica in questo senso distinta dalla sfera dei rapporti privati, perchè, a differenza di questa, subordinata alla tutela dei diritti di libertà, politici, civili e sociali come individuati storicamente nelle costituzioni e nelle carte dei diritti sovranazionali.

Tutto questo si riflette, nel discorso attuale, per quanto riguarda la crisi oggi in atto nel nostro paese sia del diritto amministrativo, sia del principio di legalità; crisi che riguarda l'edificio statuale in prima battuta, come istituzione politica che ormai risulta non più adeguata alle mutate condizioni socio-economiche come imposte dalla

[67] In questo senso, la fine dello *Staatsrecht* non implica la fine del *Rechtsstaat* – questo è confermato anche a livello supranazionale (dove invece molti trovano la conferma della fine del secondo), a cominciare dall'unione europea, che si basa, già dall'art. 2 del Trattato sull'Unione Europea, proprio sul rule of law, cioè sul primato del diritto. Insomma, che si tratti di uno stato o di una comunità, sua stessa condizione di esistenza è l'essere "di diritto": è l'essere cioè retto da una regola eteronoma, che presenti particolari caratteristiche (generalità, giustiziabilità) e che sia pre-disposta (e dunque non creata dall'autonomia negoziale) a tutela dei diritti fondamentali di tutti (sembra definizione di sfera pubblica)

globalizzazione. Ora, io ritengo che si possa concordare con quest'ultima affermazione – e quindi sì, lo stato nazionale come forma istituzionale di governo di una comunità non sembra più in grado di svolgere il compito per il quale è stato creato – senza per questo considerare come finite le "esperienze" sia del diritto amministrativo, che del principio di legalità. Questo è invero ciò che ritiene, ad oggi, una buona parte della dottrina, di stampo amministrativistico e non; di certo, è ciò che sostengono, seppur da prospettive diverse, correnti di pensiero che vedono nella statualità, e in quanto tale nel diritto pubblico, il freno autoritario al pieno sviluppo di una società libera. Tale è, tra le altre, gran parte del liberalismo moderno che, da Hayek a Leoni, ha offerto una base filosofico-teorica non solo alle correnti di pensiero gius-economiche, di scuola americana ma che hanno negli ultimi anni fatto breccia nelle università di tutta Europa, quanto soprattutto a quella scuola di pensiero – invero più pratica che teorica, e non potrebbe essere altrimenti – che fa del mercatismo, della *lex mercatoria* globale non solo l'attuale paradigma giuridico nationale ed internazionale, ma anche l'unico meritevole di studio e attenzione.

Ora, se anche da un punto di vista descrittivo si può concordare sul fatto che la *lex mercatoria* è al momento il paradigma predominante sulla scena globale e non, nel momento in cui si passa dal piano della sociologia del diritto a quello della teoria del diritto, le prospettive diventano innumerevoli. Come infatti le già citate correnti liberaliste e liberiste inneggiano a questo nuovo ordine globale, prospettando la *Rule of market* come l'unica opzione gius-politica che possa portare prosperità all'intero globo ed a farci uscire dalla recente crisi economico-finanzaria, così, da parte di scuole filosofiche, politiche e giuridiche tra loro del tutto eterogenee, si denuncia questa ennesima svolta mercantilista come in contrasto non solo con le costituzioni nazionali e con le carte di diritti internazionali, quanto soprattutto con la stessa idea, storia e funzione del diritto[68].

Dunque, come valutare queste recenti dinamiche con riferimento al principio di legalità? In altre parole, e riprendendo quella divaricazione fondamentale più sopra ricordata, ci troviamo innanzi ad un fenomeno di sensibile allontamento dal paradigma della legalità, oppure ad un cambiamento del paradigma stesso? Su quale binario, tra i due, questo lavoro si situi, dovrebbe essere già chiaro. In questo senso, la tesi qui proposta è una tesi allo stesso tempo descrittiva e normativa: descrittiva, perchè analizza le dinamiche presenti cercando di esemplificarne le direttrici fondamentali, soprattutto cercando di ricercarne le ascendenze teoriche spesso sottaciute; normativa, perchè legge

[68] Cfr. U. MATTEI, L. NADER, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Blackwell, London, 2008.

tali dati, proprio come farebbe uno scienzato che cerca conferme ad una ipotesi, alla luce di una determinata visione del diritto ed in particolare del principio di legalità. Non si dà infatti una definizione condivisa di tale principio: nè, tantomeno, se ne riconosce la funzione all'interno delle moderne democrazie costituzionali in modo uniforme. In alcuni casi si reputa l'enunciazione di questo principio vagamente ridondante, soprattutto nel contesto attuale. Questo vale, in generale, per le teorie politiche e la teoria del diritto: ma anche e soprattutto nella scienza amministrativa si è andato intensificando il dibattito *attorno* e *sul* principio di legalità: dalla dottrina, al legislatore che ha recepito alcune delle tesi più "radicali" elaborate dalla prima (o il contrario?)[69], sino alla giurisprudenza che ha svolto sostanzialmente un duplice ruolo, di introduzione[70], da un lato, e di elaborazione[71], dall'altro, di queste "nuove concezioni" della legalità.

Principi che sembravano acquisiti, ad esempio con la legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo[72], sono oggi revocati in dubbio[73]. In un tourbillon di interventi normativi spesso disomogenei nella forma e nella sostanza, si è creato un vorticoso sovrapporsi di *partecipazione*, *semplificazione*, *liberalizzazione* e *privatizzazione*, che come unico risultato certo ha avuto quello di indebolire l'idea stessa del rispetto di regole (chiare) come *prezzo* da pagare alla corretta determinazione degli assetti giuridici. E questo vale non solo per la scienza amministrativa: ma, se si allargasse incidentalmente il campo d'indagine, cosa che ovviamente fuoriesce dai limiti del presente lavoro, anche per quella penalistica[74], per quella legislativa[75], per quella civile[76];

---

[69] Così almeno sembra, quasi *incidenter tantum*, suggerire ancora Merusi.

[70] Mi riferisco all'opera creativa della giurisprudenza dei TAR e del Consiglio di Stato, che spesso, dall'istituzione della quarta sezione giurisdizionale, ha direttamente innovato lo strumentario concettuale del diritto pubblico, solo in seconda battuta "licenziato" dal legislatore a livello di normazione generale. Valga come esempio la progressiva dichiarazione di irrilevanza dei vizi "formali" del provvedimento.

[71] Di categorie non direttamente create, ma che sicuramente dopo il "passaggio" giurisprudenziale sono state modificate e meglio adattate alle necessità del caso concreto.

[72] Chiara tappa di quel «cammino dall'amministrazione privilegiata all'amministrazione di garanzia» su cui v. B. SORDI, *op. cit.*, 24 ss.

[73] Tanto che, in alcuni casi, si comincia a mettere in dubbio perfino la necessaria funzionalizzazione dell'attività amministrativa, ad esempio contrapponendola, come vedremo, al risultato.

[74] Basti pensare alla legislazione dell'emergenza, o allo smantellamento della certezza del giudizio e della pena, su cui v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, VIII ed., 2004; v. anche B. SORDI, *op. cit.*, 27 ss.

[75] Mi riferisco in particolare alle c.d. leggi-provvedimento, e sul loro recente abuso; sui cui vedi F. MERUSI, *op. cit.*, *passim*; G. U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; e da ultimo l'importante monografia di S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007.

[76] È superfluo ricordare i mutati rapporti di forza che intercorrono oggi tra poteri privati e legislazione, soprattutto nel diritto privato e commerciale internazionale. Ben si può dire, in sintesi, che spesso sono i poteri privati a "legiferare", o comunque a porre in senso lato "regole", nel mutato rapporto tra mercato globalizzato e stati nazionali: i quali si limitano, nella maggior parte dei casi, ad accogliere la nuova *lex mercatoria* all'interno dei loro ordinamenti. Come ha scritto efficacemente Giampaolo Rossi, «la

vi è in questo senso un arretramento generalizzato del perimetro della legalità "statale", considerata anche l'ormai abbondante produzione normativa europea[77].

Il quadro è, a ben vedere, tutt'altro che intellegibile[78]. In assenza di una pur minima omogeneità teorica[79], è difficile ricostruire le recenti dinamiche con un grado di sicurezza accettabile[80]. In altre parole, è complesso, come spesso succede nella riflessione giuridica, affrontare diversi problemi quando non è *pacifico*, nella doppia accezione di "evidente" e di "condiviso", un paradigma teorico che dia senso a fenomeni tra loro scollegati. In questo senso, bisogna partire con una analisi diacronica del principio e della sua evoluzione. Si tratta cioè di ri-costruire l'ontologia di un concetto complesso, che spesso funziona da paradigma per altre teorie. Si capisce allora in che senso più ricostruzioni siano possibili: da un lato, vi è l'alternativa tra l'osservare l'evoluzione del suddetto principio da un punto di vista dinamico, e dunque proporre una ricostruzione storicistica; oppure, si può considerare il principio di legalità staticamente, e dunque privilegiare la sua portata normativa (e dunque la sua effettività o meno). A questo bisogna aggiungere, nello specifico, la (supposta?) differente portata di tale principio nella sua versione continentale e nel suo "equivalente" anglosassone. Ancora, bisogna considerare la specifica valenza di tale principio per la nascita, prima, e l'evoluzione, poi, del diritto amministrativo, nelle sue peculiari versioni.

Sulla legalità, sul principio di legalità, tantissimo è stato scritto. Eppure mi sembra che vi sia un qualcosa che ancora sfugga con riferimento al senso più profondo del principio. L'intuizione che vorrei qui cominciare a sviluppare lega, in un solo discorso, come mai finora mi pare essere stato fatto, principio di legalità, stato di diritto, sfera pubblica, diritto amministrativo e discrezionalità. Non nascondo, a mè stesso in prima battuta, che su ognuno di questi concetti si potrebbero mettere insieme se non delle intere biblioteche, sicuramente diversi scaffali, se non intere pareti: ed è in questa

---

mondializzazione dell'economia fa venir meno la centralità dello stato e delle pubbliche amministrazioni che esso esprime; la prima fonte della ricchezza diventano i prodotti finanziari che si scambiano secondo regole che non derivano da pubblici poteri», in G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2000, 1 ss.

[77] Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., I vol., 458 ss., e A. ADINOLFI, *op. cit.*, *passim*.

[78] Tanto che, oltre al bisogno che la comunità scientifica ha sentito di discutere della legalità in un consesso importate come quello di Varenna, si può notare l'approccio utilizzato nei recenti lavori che hanno affrontato il tema: un approccio, come dichiarato dagli stessi autori, a-sistematico, fatto di osservazioni l'una separata dall'altra e accumunate solo dalla comune origine dalla "crisi della legalità".

[79] Il «collante» di Merusi, *op. cit.*, *passim*. Sulla necessità di un metodo giuridico unitario, v. A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, I, 2002, 11 ss.

[80] Tanto che Merusi parla, a proposito del massiccio uso del diritto privato nel pubblico, di una come «controrivoluzione» rispetto al principio di legalità (soprattutto comunitario); anche se dubita egli stesso che sia possibile distinguere nettamente tra "rivoluzione" e "controrivoluzione", cfr. F. MERUSI, *op. cit.*, 438 ss.

consapevolezza che cercherò, nei limiti che il presente lavoro offre, di ri-considerare ognuno di quei concetti alla luce della predetta intuizione. In questo senso mi verrebbe da dire che si tratta di un'intuizione "da scalpellino": di un lavoro cioè di continua sottrazione, di "pulitura", rispetto ad un qualcosa che ha finito per assumere ambiti e significati ben al di là del suo nucleo originario.

Come spiega Bernardo Sordi, bisogna

> *«essere consapevoli che quella che abbiamo alle spalle è solo in parte una storia normativa; è invece prevalentemente una storia concettuale, talvolta più specificatamente dogmatica, che accompagna il progressivo radicarsi del principio, connotando una serie di profonde evoluzioni istituzionali»*[81].

### 1.3 Sulle difficoltà della ricostruzione teorica di un termine polisemico.

Nell'ambito delle scienze sociali, ed in particolari di quelle giuridiche e politiche, il problema definitorio si pone sempre come un *prius* logico alla elaborazione di modelli, a prescindere che questi ultimi siano normativi o meno. Quando si tratta poi di "principi", andiamo alla base stessa del fenomeno scientifico, alla sua stessa validità e portata esplicativa, ed alla sua capacità di fornire una adeguata struttura alla riflessione umana. In questo senso, si può dire che, una volta definito, un principio tenda a perdere tempo e luogo – in altre parole, che si astrae dalla osservazione empirica che lo ho generato, e diventa canone di interpretazione di fenomeni molti spesso neppure esistenti al momento della sua definizione.

Non stupiscono allora le incertezze, quando non proprio le contrapposizioni, nella gius-politica sul e attorno al significato e (alla) portata esplicativa del principio di legalità. Uso gius-politica in modo improprio, chè non sembra potersi dubitare della nascita di tale principio nella filosofia e scienza politica e sul suo approdo, solo in un secondo tempo, nel lessico della riflessione giuridica. In questo senso, secoli di riflessione e di elaborazione da parte di alcuni dei più autorevoli pensatori della modernità non hanno portato ad una condivisione pacifica sulla portata della nozione. Basti pensare al fatto che, ancora oggi, i confini tra le nozioni di "principio di legalità", "Stato di diritto" (nelle sue varianti tedesche e francesi di *Rechtsstaat* e *Etat de droit*) e "*Rule of law*" sono ben lungi

[81] Così B. SORDI, *op. cit*, 7 ss.

dall'essere pacifici, questioni di traduzione a parte. E questo senza nemmeno considerare, per il momento, le specificazioni interne allo stesso principio di legalità, che viene scisso, come sappiamo, all'interno dei singoli ordinamenti, nel principio di legalità costituzionale, amministrativa, penale, etc.

La tentazione di considerare sin da subito dunque tale principio come una nozione emintemente storicistica, come tale incapace di una portata rappresentativa ed esplicativa assoluta, e dunque di abbandonare prima ancora di aver iniziato una ricerca storica e teorica sul suo significato ultimo, è forte. Nondimeno, vi sono adeguate ragioni per intraprendere una tale ricerca, anche e soprattutto in prospettiva del tema che il presente lavoro si pone di analizzare: quello delle recenti aporie, nel diritto amministrativo italiano, del principio di legalità. La ragione principale, che si può e si deve esplicitare sin da subito, mi sembra essere questa: e cioè, che attraverso la prospettiva diacronica e teorica si arriverà invero ad individuare il senso ultimo espresso dal principio di legalità, di garanzia giuridica degli individui (*rectius*, dei loro diritti fondamentali) attraverso la limitazione di tutti i poteri, pubblici e privati, mettendo così in risalto il carattere eteronomo di tale principio rispetto alle vicende umane. Questa consapevolezza muove dalle più recenti elaborazioni della teoria del diritto in contrasto con le attuali tendenze pan-economicistiche, e sprigiona però la sua portata pragmatica nelle singole discipline dogmatiche, e nel diritto amministrativo in particolare, nella sua occorrenza come campo privilegiato di incontro tra sfera pubblica e sfera privata.

Non a caso, la ricostruzione della nozione, e per il tramite, del nucleo del principio di legalità ruota intorno a degli assi dicotomici ben individuabili, seppur tra loro non sempre in connessione logica. *Pubblico-privato*, *stato-società*, *uguaglianza-diversità*, *isonomia-anomia*. Tali dicotomie sono, di certo, normative, rispecchiano cioè assunzioni assiologiche con riferimento al valore di ognuno dei loro termini; in altre parole, vi possono essere diverse e anzi opposte declinazioni, in alcuni casi nemmeno in contrapposizione. Il principale di questi assi dicotomici, come risulterà anche dal proseguio dell'analisi, è però quello della dialettica tra "*potere*", anzi "*poteri*", e *libertà*. La declinazione al singolare o al plurale del primo termine del binomio non è di secondo conto: si può dire anzi che le vicende odierne del principio di legalità, con l'alternativa tra la sua scomparsa ed una, eterogenea, mutazione, derivano proprio dalla diversa declinazione data in età moderna del "potere".

Come stiamo per vedere, nella maggioranza dei casi, la definizione di "principio di legalità" si identifica, o comunque si riconduce, a quella di "stato di diritto"

ottocentesco, o *Rechtsstaat* secondo la dottrina tedesca che l'ha coniato. Diverso è il caso se si considera il *Rule of law* anglosassone, ma la "datazione" non arretra se non forse di qualche secolo: resta ferma, cioè, la supposta soluzione di continuità tra la modernità ed il pensiero occidentale antico. Questo perchè si prende a parametro la definizione moderna più comunemente accettata di tale principio, cioè quella di sottoposizione, a pena di invalidità, dei pubblici poteri alla legge. Questa definizione è sì storicistica, nel senso che si riferisce, ontologicamente, ad un data versione del rapporto tra istituzione politica e società – allo stato moderno, prima legislativo e poi costituzionale, e dunque appare inutile se utilizzata al di fuori di quel contesto.

La migliore dottrina però, nel corso del tempo, ha messo in luce che un tale approdo non è necessitato – che, in altre parole, si può andare oltre le definizioni secolarizzate del principio, onde coglierne l'essenza. In questo senso, Pietro Costa individua tre elementi fondanti il principio, tali che ne costituiscono condizioni di esistenza e significato, *latitudine* e *longitudine*: i termini sono quelli del potere (politico), del diritto e degli individui[82]. Quella di Costa è una pre-comprensione funzionale della legalità: cioè non come caratteristica autopoietica di una determinata istituzione politica; ma come mezzo per [il raggiungimento di] un fine; dunque eteronomo, positivo, cioè creato da coloro che risultano essere il fine stesso del principio e dunque beneficiari, gli uomini e la loro libertà. Il valore garantistico del principio è qui già espresso chiaramente.

Significativamente, allora, l'orizzonte spazio-temporale si allarga. Se il problema è quello della relazione tra potere [politico] e [libertà degli] individui, e della garanzia di questi ultimi, non solo *Rule of law* and *Rechtsstaat* sembrano più vicini di quanto non sembri di solito, ma sembra non esserci più soluzione di continuità tra antichità e modernità sul punto. Costa individua tre fasi evolutive che vanno a ritroso rispetto all'oggi: la *storia* del principio, da intendere in senso restrittivo, che coincide appunto con l'emersione della stessa espressione "stato di diritto", nel senso di specifica soluzione data al problema della garanzia degli individui dal potere pubblico-statale; la *preistoria*, che si può individuare in quel lasso di tempo in cui, pur non avendo ancora un "nome" specifico, il senso ultimo del principio, cioè la sua funzione, era già ben presente nella pratica (e nell'elaborazione teorica); da ultimo, una terza fase, precedente, che Costa ribattezza magnificamente di "orizzonte di significato": in altre parole, la fase iniziale in cui viene posto lo stesso problema della garanzia degli individui rispetto al potere, e le cui

[82] V. P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Costa e D. Zolo (a cura di). op. cit., 89 ss.

soluzioni – seppur radicate nel *background* socio-economico del tempo – presentano alcuni dei caratteri fondamentali che costituiscono, appunto, l'orizzonte di significato del principio inteso in senso dinamico; che, dunque, arriva a coprire tutta la storia del pensiero, e dell'esperienza umana, occidentale.

### 1.3.1 L'orizzonte di significato. Governo della legge vs. governo degli uomini: portata moderna di una dicotomia antica.

Nell'antichità ed, in particolare, in quella della Grecia, il problema della dialettica tra potere e libertà si risolve nell'alternativa tra governo degli uomini e governo delle leggi. Ci troviamo innanzi alla nascita della filosofia politica: in questo senso, sia Aristotele che Platone reputano la questione centrale per il perseguimento della migliore forma di governo. Aristotele, nella *Politica*, sembra lineare nel preferire il governo delle leggi al governo degli uomini. Il motivo principale risiede nella razionalità (universale), propria delle leggi ma non degli uomini che, come sottolinea, sono fondamentalmente (anche) animali, e dunque sconvolti dalle passioni[83]. La razionalità della legge viene dunque contrapposta all'irrazionalità degli uomini, in due sensi: nel primo senso, come corollario dell'uguaglianza in natura dei cittadini che deve essere rispecchiata dall'uguaglianza *di diritto* e dunque con una valenza che oggi noi definiremmo *democratica*, di *uguale* partecipazione al governo della polis[84]; nel secondo, garantistico, come uguaglianza *nel diritto*, a tutela di ogni singolo membro della comunità rispetto alle possibili decisioni particolari adottate in assenza della legge. In questo senso dunque i legislatori devono essere «guardiani delle leggi»: il loro potere è limitato *ab origine* e si legittima solo in quanto esercitato con la saggezza pratica che deve essere propria di coloro chiamati al *munus* governativo. Bisogna sottolineare come entrambi i sensi sopra esposti possono essere descritti dal termine *isonomia* che, come vedremo, costituirà uno dei temi ricorrenti del lavoro, anche e soprattutto nell'analisi delle odierne dinamiche: *isonomia* come uguaglianza nel diritto e del diritto, cifra distintiva, almeno secondo alcuni, della distinzione tra sfera pubblica e sfera privata modernamente intese. Resta il fatto, comunque, che Aristotele pone il governo della legge, ed in questo senso la sua

[83] Cfr. N. BOBBIO, *Stato, Governo, Società: Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985.
[84] Cfr. P. COSTA, *op. cit.*, passim.

sovranità[85], come paradigma stesso della *politeia*: ove non c'è la prima, non può affermarsi nemmeno la seconda. E questo è tanto più significativo se si pensa che Aristotele lo afferma proprio a proposito della democrazia, del governo del popolo. È d'uopo riportare un passo del brano[86]:

> *«Another kind of democracy is the same in other respects, but the multitude has authority, not the law. This arises when decrees have authority instead of laws; and this happens because of popular leaders [demagogos]. For in city-states that are under a democracy based on law, popular leaders do not arise. Instead, the best citizens preside. Where the laws are not in authority, however, popular leader arise. For the people become a monarch, one person composed of many, since the many are in authority not as individuals, but all together. [...] a people of this kind, since it is a monarchy, seeks to exercise monarchic rule through not being ruled by the law, and becomes a matter. The result is that flatterers are held in esteem, and that a democracy of this kind is the analog of tyranny among the monarchies. [...] One might hold, however, that it is reasonable to object that this kind of democracy is not a constitution [politeia] at all, on the grounds that there is no constitution where the laws do not rule. For the law should rule universally over everything, while offices and the constitution should decide particular cases».*

Il passo è esemplare non solo per quanto riguarda la sovranità del diritto qui espressa, ma anche per revocare in dubbio le interpretazione che il liberalismo moderno dà dell'idea stessa del governo della legge per gli antichi.

Platone invece è sostanzialmente contradditorio sul punto, non solo in opere diverse, ma nelle stesse *Leggi*. Se infatti, nel libro IV sembra concorde con la posizione aristotelica, per cui il bene della *polis*, della comunità è garantito dalla sottoposizione dei governanti, o «servitori», alle leggi, nel libro IX sembra difende l'idea di un potere intrinsecamente "buono", che occorrebbe quando i giudici «hanno ricevuto una buona educazione e sono stati minuziosamente esaminati»: ed, in quanto tali, reputa che sono da slegare dal giogo della previa legge universale e a cui è giusto, nel senso più trascendentale del termine, affidare «molte questioni». Se si esamina poi il *Politico* il contrasto appare ancora più stridente, dove è chiara la preferibilità per il buon governante rispetto alle buone leggi:

---

[85] Cfr. P. COSTA, *op. cit.*, 76 ss.

[86] ARISTOTLE, *Politics*, translated by C.D.C. Reeve, Hackett, New York, 1998, pag. 110, 1292a 5-30. Nelle note, Reeve chiarisce che l'uso di politeia come giudice di casi particolari non deve stupire, il riferimento è infatti confinato a questo particolare tipo di democrazia in descrizione in cui, appunto, è la classe che governa a costituire la politeia stessa.

> *«Allo stesso modo che un pilota stando sempre attentissimo al bene della nave e dei suoi passeggeri, senza bisogno di leggi scritte ma tenendo per legge la propria arte, salva tutto l'equipaggio, così, ed allo stesso modo, da parte di chi sappia governare, non potrà forse realizzarsi una giusta forma di Stato, grazie alla forza della scienza che è superiore a quella delle leggi?»*[87]

Resta da stabilire quanto l'antropologia platonica abbia influenzato questo oscillare tra i due poli, quello delle buone leggi e quello dei buoni governanti. Il problema forse è nell'olismo di Platone, che vede sempre il tutto prima dell'uno, in modo parzialmente differente da Aristotele, e dunque non considera nemmeno la possibilità di pericolo per i singoli quando il potere è esercitato, *per leges* ma non *sub lege*, dagli uomini, seppur "illuminati". Quello che rileva però è, come mette in evidenza Bobbio[88], il rapporto tra stato e società, idealmente rovesciato rispetto a come siamo abituati ad intenderlo oggi. Sociale e politico coincidono – tutto cioè si risolve nell'istituzione politica, anche quelle formazioni che oggi noi definiremmo intermedie, come famiglia, esercito, etc. sono viste come risultati di accordi al fine di perseguire determinati fini comunque subordinati all'associazione politica, che persegue, unica, il bene con riguardo all'intera vita degli uomini. In questo senso la frattura con la metafisica di Aristotele è netta: e la ricaduta è sull'orizzonte del buon governo, che per Aristotele è un fine in sè, mentre per Platone deve per forza corrispondere al perseguimento di fini esterni a quelli propri dei membri della comunità, di miglioramento della condizione umana.

Se non c'è distinzione tra stato e società, in sintesi, non può esserci distinzione tra (diritto) pubblico e privato, o meglio, non può esserci nel senso moderno della dicotomia[89]. Questo va sempre tenuto a mente quando si considerano, in filosofia politica, l'esperienza greca nei termini dell'alternativa tra olismo (sicuramente prevalente) e individualismo, e si utilizzano questi modelli per leggere, o trovare radici, a costruzioni che invece presuppongono un rapporto stato-società del tutto eterogeneo. Questo riporta al problema metodologico sollevato da Bobbio, che nell'affrontare i suoi studi di scienza politica sottolinea la diversità tra le due fonti di conoscenza, la storia delle istituzioni politiche e quella delle dottrine politiche. Per forza di cose, la nostra conoscenza dell'antichità si basa più sulla seconda che sulla prima: e dunque è una conoscenza (già

---

[87] PLATONE, *Politico*, 296e-297a, in *Dialoghi politici*, F. Adorno (a cura di), Utet, Torino, 1970, 896 ss.

[88] N. BOBBIO, op. ult. cit., 52 ss.

[89] Ivi, 45 ss.

mediata), di cui dobbiamo sempre tenere a mente le caratteristiche epistemologiche. Per l'orizzonte classico dunque la scienza politica (ma anche quella giuridica) consta di tre livelli ricostruttivi: quello storico della descrizione delle concrete istutituzioni politiche; quello dei filosofi e dei teorici della politica classici, che offrono una prima interpretazione di tali istituzioni e delle loro vicende; e, infine, quello dei pensatori moderni, che ri-elaborano questi materiali con le categorie proprie della modernità giuridica e non.

Comunque, risalendo l'albero genealogico del principio di legalità e, significativamente, anche del *rule of law*, si arriva al "governo della legge" contrapposto al "governo degli uomini", alternativa fondamentale che pervade buona parte della filosofia, e soprattutto della teoria politica, classica. Il collegamento sembra invero labile, se si considera l'odierno e "tradizionale" significato dato al principio nel senso di necessaria sottoposizione alle legge di tutti i pubblici poteri, così che ogni loro atto deve essere conforme alla legge, pena l'invalidità dell'atto stesso (e l'illegittimità dell'azione). Principio di legalità dunque rivolto ai poteri pubblici, "contro di essi", al fine di garantire la libertà dall'arbitrio. Ma quale è la relazione tra questa nozione e quella classica di "governo della legge"? Il punto è fondamentale, e si può considerare fin da ora una delle assunzioni principali di questo lavoro. In questo senso, governo della legge contrapposto a governo degli uomini esprime bene il nucleo ontologicamente garantista (ed inclusivo) del principio, nel senso di garanzia della libertà (di tutti) contro il possibile esercizio arbitrario del potere. Si badi bene, qui potere non è il potere pubblico – è il potere degli uomini (liberi), di ognuno di essi, che viene esercitato indistintamente nell'esercizio delle funzioni della cittadinanza ma anche e soprattutto al di fuori di essa. Si tratta dei poteri selvaggi, sregolati, che appunto pre-esistono al diritto, alla legge, e si pongono come continua minaccia alla pacifica e libera convivenza civile. Solo in apparenza paradossalmente, si limitano insomma le libertà, per garantirle. Questo è il nodo gordiano che il liberalismo classico, settecentesco credeva di aver risolto (o quantomeno superato, in un modo o nell'altro)[90], ma che invece si è riproposto in tutta la sua dirompente portata epistemologica negli ultimi due secoli, con il passaggio (non sempre netto) dal liberalismo settecentesco a quello moderno, per volti versi indistinguibile dal liberismo.

[90] V. le successive citazioni di Locke.

### 1.3.2 *Rule of law*, tra consonanze e dissonanze

Alla nozione di isonomia, termine riassuntivo dell'esperienza greca per quanto concerne l'attualità del principio di legalità, bisognerà tornare presto. Il termine infatti si usa per caratterizzare, in alcuni casi, sia l'esperienza del *Rule of law* anglosassone, sia quella del *Rechtsstaat*, prima in Germania e poi diffusasi in tutta Europa (*Etàt de droit*, Stato di diritto, *Estado de derecho*). Si tratta, già, di una prima conferma della irriducibilità di un nucleo fondante il principio, nelle sue diverse manifestazioni, che si sostanzia nell'uguaglianza *nel* diritto; che poi non a caso è uno degli aspetti del principio di legalità oggi più messi in crisi dall'evoluzione dei sistemi giuridici.

Ritengo però che la nozione di isonomia vada sempre "accompagnata" con quella di poliarchia, anche da un punto di vista storico. Nell'antichità cioè si discute dell'isonomia, [sotto] il governo della legge, proprio perchè ci si trova in un contesto poliarchico, in cui dunque manca un ordine gerarchico stabilito, non solo all'esterno ma anche all'interno della stessa *polis*. Tale poliarchia rappresenta, in questo senso, il filo conduttore che lega mondo antico e medioevo: ed in questo senso costituisce anche il contesto - e, allo stesso tempo, non può non influenzarne lo sviluppo - in cui si ritrova la prima formulazione della *rule of law* anglosassone. In questo senso, per il momento, si salta il periodo romano - in cui emerge compiutamente la distinzione tra pubblico e privato - e si arriva al *rex facit legem*, paradigma buio dell'alto medievo giuridico, diritto come disponibilità di vita e di morte nelle mani libere del re.

Questo è il contesto in cui nasce la *rule of law*: una situazione socio-culturale molto diversa dal resto d'europa, in cui, a causa della violentissima guerra intestina tra gruppi (baronati) rivali, ci si accorge da subito delle nefaste conseguenze dello scontro armato come metodo di risoluzione dei conflitti tra gli appartenenti ai diversi livelli della società. La Magna Charta del 1215 codifica l'esistenza di diritti naturali che non possono essere travolti dal conflitto, e a garanzia di ciò si mette la (*common) law of the land*, la giurisdizione a carattere diffuso a cui nessuno può sottrarsi - tantomeno il re. Giovanni Senzaterra, promulgando la Carta, accetta e soprattutto pone "nero su bianco" che financo lui non vi fa eccezione; *id est*, che il suo potere non è arbitrario - ma deve rispettare quei diritti positivizzati con la grande carta:

> *«No Freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or*

*exiled, or any other wise destroyed; nor will We not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the Law of the Land»*[91].

E' il primo passo di una lunga evoluzione: la *rule of law* nasce nel suo senso garantistico, ma ovviamente questa garanzia è rivolta non ancora a tutti, ma solo ai signori feudali - e ai "liberi" più in generale. Solo pochi anni dopo però, sul finire del tredicesimo secolo, il "primato" del diritto viene a connotarsi anche di quella valenza democratica che poi finirà per essere totalizzante sulla componente garantistica con le rivoluzioni settecentesce. Secondo William Stubbs, infatti, la concessione del diritto del parlamento rappresentativo a legiferare, a indagare degli abusi, e a condividere con la Corona la guida del paese, viene praticamente comprata dal denaro garantito a Edoardo I - denaro con cui quest'ultimo conquisterà il Galles e comincerà una lunga guerra con la Scozia[92]. *No taxation without representation* - così si svilupperà appunto la valenza democratica dell'idea del governo della legge[93], grazie anche all'elaborazione della divisione del potere di Locke[94] e della separazione dei poteri di Montesquieu, teorie che influenzeranno pesantamente l'elaborazione settecentesca del *Rechsstaat*.

Se sulla genesi storica della *rule of law* si hanno pochi dubbi; la sua portata teorica è invece molto più dibattuta. Paul Craig, professore di *English Law* ad Oxford e considerato uno dei massimi esperti sul punto, ritiene di poter isolare quattro macro-significati dati a questo concetto costituzionale[95]. Nel primo, esso è un principio puramente formale o procedurale, che cioè non può implicare il supporto ad alcuna teoria di giustizia sostanziale, ma deve limitarsi a richiedere la legittimità dell'esercizio del potere pubblico, sulla base di regole certe, chiare e generali[96]. In un secondo senso, il

---

[91] *Magna Charta*, reperibile in *http://www.legislation.gov.uk/aep/Edw1cc1929/25/9/contents.*

[92] W. STUBBS, *The Constitutional History of England*, Vol. II Oxford: Clarendon Press, 1896, 599 ss.

[93] Cfr. F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, II ed., Giappichelli, Torino, 2007, 10 ss.

[94] Ma in Locke è comunque già definito il concetto di supremazia della legge. «*The end of the law is, not to abolish or restrain, but to preserve and enlarge freedom. For in all the states of created beings capable of laws, where there is no law there is no freedom. For liberty is to be free from restraint and violence from others; which cannot be where there is no law: and is not, as we are told, a liberty for every man to do what he lists. (For who could be free when every other man's humour might domineer over him?) But a liberty to dispose, and order as he lists, his person, actions, possessions, and his whole property, within the allowance of whose laws under which he is, and therein not to be the subject of the arbitrary will of another, but freely follow his own*», citazione riportata da F. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1978, all'apertura del testo.

[95] Cfr. P. CRAIG, *Formal and Substantial Conceptions of the Rule of Law: An analytical framework*, cit., 467 ss.; da ultimo, v. Id., *Administrative Law*, cit., 22 ss.

[96] V. J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue* (1977) 93 L. Q. R. 195.

principio, sulla scorta di Dworkin[97], viene inteso in senso sostanziale, e dunque come necessario scrutinio da parte delle corti sull'azione amministrativa, che in quanto tale deve conformarsi alla tutela dei diritti e degli interessi dei privati per come protetti dalla rilevante legislazione e dal common law. Nel terzo, che si posiziona come una via di mezzo tra i primi due, il principio deve incorporare solo alcuni dei rilevanti diritti sostanziali, e precisamente quei diritti sostanziali che costituiscono le fondamenta delle moderne teorie liberali della democrazia; senza dunque però orientare l'azione dei pubblici poteri verso alcuna particolare teoria di giustizia sostanziale[98]; da ultimo, vi è la concezione della rule of law per come espressa da David Dyzenhaus[99], che non guarda al contenuto sostanziale del principio, ma ne promuove una "process-based conception", nel senso che ne esalta i valori di accountability and partecipation, nell'idea di una teoria razionale della giustificazione pubblica in cui il cittadino è un membro attivo del sistema legale.

Particolarmente interessante, soprattutto ai nostri fini, è l'originale concezione *istituzionalistica* del principio, portata avanti ormai da molti anni da Gianluigi Palombella in diversi contributi[100]. Rifiutandone sia le versioni puramente strumentali, che di fatto autorizzano qualsiasi contenuto normativo, anche totalitario in ipotesi, a costuiturne l'oggetto; sia al contrario le versioni come quella di Hayek che viceversa identificano una ed una sola versione accettabile del principio, come "*rule of the* good *law*", Palombella identifica la valenza precipua del *rule of law* con la non-monopolizzazione delle fonti legali, cifra dei limiti di un qualsiasi potere sovrano. La vera dicotomia è dunque tra *rule by law*, in cui il diritto è la forma, legale, del potere del sovrano, e che nell'esperienza continentale si identifica appunto prima con gli stati rivoluzionari e poi con lo stesso *Rechsstaat* - e con la sua riserva di legge; e *rule of law* o *rule under the law*, in cui lo stato (che sia il re o il parlamento qui non rileva) non ha la totale disponibilità delle fonti giuridiche ma si vede lui stesso sottoposto a norme. In altre parole, «*mentre la realtà dello Stato di diritto è l'auto-soggezione dello Stato al suo stesso diritto, nel caso del Rule of Law lo stato è soggetto ad un diritto che non è il proprio*»[101].

---

[97] R. DWORKIN, *A matter of Principle*, Harvard University Press, Harvard, 1985, 11 ss.

[98] V. T. R. S. ALLAN, *Constitutional Justice*, *A liberal theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

[99] D. DYZENHAUS, *Form and Substance in the Rule of Law: a Democratic Justification for Judicial Review*, in *Judicial Review and the Constitution*, 2000, 141 ss.

[100] Da ultimo, v. G. PALOMBELLA, *Il senso dei limiti (giuridici). Dagli stati alla governance globale*, stesura provvisoria della relazione al Congresso della Società Italiana di Filosofia Giuridica, Bari, Settembre 2010, reperibile in *www.dirittoepolitica.it*; e ivi, bibliografia dello stesso A.

[101] Cfr. G. PALOMBELLA, *op. cit.*, 6 ss., che richiama Sartori.

In questo modo, dunque, sembra chiarificarsi la *vexata quaestio* della presunta equivalenza (teorica) o meno tra "stato di diritto" e *rule of law*. Solo marginalmente infatti rileva il fatto che la *rule of law* si riferisca ad un sistema a matrice giurisprudenziale privo di costituzione scritta - perchè è proprio quel diritto giurisprudenziale che costituisce il limite esterno alla sovranità del re, prima, e del parlamento, poi. In un altro senso, si potrebbero considerare *rule of law* e "stato di diritto" come due approcci "diversi" a seconda del punto di osservazione del fenomeno: e cioè, la prima come l'approccio *dinamico* del principio; il secondo invece come il suo approccio *statico*, cioè istituzionalizzato[102]. Ma è solo dunque con questa istituzionalizzazione, cioè con lo stato *costituzionale* di diritto, che il *rule of law* può essere "identificato". Come conclude Palombella stesso:

> *«Pertanto, la ratio, al di là di usi e abusi di nomi e cose, è che sussista una ragione giuridica perchè l'arbitrarietà non abbia luogo, ossia non possa avvenire legalmente, nè sfruttando le "forme" della legge, nè il fiat del Re. Non si tratta, dunque, e solo, della libertà come assenza di interferenza: ma l'assenza di arbitraria interferenza, che equivarrebbe al principio di non dominazione (in senso tuttavia puramente giuridico), è garantita strutturalmente, non in modo contingente, in virtù dell'esistenza - sviluppatasi nel tempo, come nella storia inglese, o istituita tramite un'attività costituente, come nell'Europa continentale - di un "altro diritto" positivo»*[103].

### 1.3.3 (segue) Principle of legality

I margini di apprezzabilità del concetto restano comunque importanti, anche e soprattutto se se ne accetta, come Craig stesso fa, la versione (e dunque la valenza) sostanziale. Qui il *rule of law* sfuma sempre di più in un *principle of legality* dell'azione

[102] Da sottolineare sul punto le considerazioni, ancora, di Bernardo Sordi, che sembra distinguere nettamente *rule of law* e "stato di diritto" sotto l'aspetto, per così dire, funzionalistico: in questo senso, lo stato di diritto è «marcatamente legislativo» e pure «marcatamente amministrativo», mentre la rule of law resta prevalentemente giudiziale, nel senso che è la giustizia la fonte principale del diritto. Una ragione si può rilevare nel differente assetto politico dei due sistemi: mentre nell'Europa continentale vi erano ancora monarchi assoluti dal grande potere, in Inghilterra il Re ha da sempre dovuto confrontarsi con gran parte dell'aristocrazia (i cui diritti di libertà, giova ricordare, sono alla base del liberalismo classico inglese). In questo senso, non vi erano, in Inghilterra, rivendicazioni per una legge "statale" che tutelasse dal potere regio, perché già lo stesso diritto giudiziale era il frutto della contrapposizione tra monarchia ed aristocratici, a tutela dei diritti di proprietà di questi ultimi; cfr. B. SORDI, op. cit., 13 ss.

[103] Così G. PALOMBELLA, *op. cit.*, 7 ss.

dei pubblici poteri, governo in primis. Dal punto di vista del *judicial review*, le categorie sono due, quella della *illegality* e quella della *irrationality*: il cui confine però è piuttosto sfuggevole, e che vengono in genere accorpate nella manualistica anglosassone[104] come strumenti per il controllo del potere discrezionale onde poterne prevenire l'abuso. La prima è quella che noi definiremmo carenza di potere, mentre il secondo invece è più propriamente eccesso di potere (irragionevolezza, irrazionalità, sproporzionatezza); i due livelli dell'intensità del controllo delle corti vengono stabiliti nel famoso caso Wednesbury[105], mentre col tempo si specificano i tipi di poteri (pubblici ma anche "ibridi" pubblico-privato) che possono essere sottoposti a *review*, tra cui *statutory powers*, *prerogative powers*, *common law discretionary powers*, *non-statutory bodies*. La sintomatogia del controllo di *illegality*, simile a quella del nostro eccesso di potere, viene anch'essa sviluppata dal *common law* (fini impropri; rilevanza; "*bad faith*"), ma riceve definitiva sistemazione solo con l'adozione dello *Human Rights Act* nel 1998. Quest'ultimo è rilevante ai nostri fini sotto due aspetti principali: per il controllo costituzionale espresso, seppur di tipo debole, che esso introduce nei confronti degli atti legislativi[106]: si tratta però di un controllo di mera compatibilità - ancora in ossequio alla teoria della supremazia del parlamento come esposta da Dicey - che dunque non incide sulla validità dell'atto, ma comporta "solo" dei meccanismi di revisione; ancora, con le previsioni di cui alla section (6)1[107], con le quali si positivizza un nuovo capo di *judicial review* per *illegality*: è illegale il comportamento di una qualsiasi autorità pubblica che sia in contrasto con uno dei diritti convenzionali. Ciò sembra rappresentare una evidente rottura rispetto alla tradizione di *common law*, ove non era possibile reclamare l'illegittimità dell'azione amministrativa solo sulla base di una violazione di un diritto. C'è da aggiungere anche che una parte della giurisprudenza[108] individua un senso ancora più ristretto di *principle of legality*: che in questo senso riguarderebbe l'interpretazione che le corti possono dare della legislazione[109], qui intesa come gli atti del governo e delle autorità amministrative, i quali non possono interferire con il godimento di diritti costituzionali protetti dal *common law*, a meno che a ciò non siano autorizzati dal parlamento.

---

[104] P. CRAIG, op. ult. cit., 531 ss.
[105] *Associated Picture House Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 K. B. 223. 228-230.
[106] Section 3 e 4, HRA 1998.
[107] Mentre la Section 6(2) qualifica il capo di illegalità precedente.
[108] Cfr. P. CRAIG, op. ult. cit., 547 ss.
[109] Cfr. *R. v Lord Chancellor Ex p. Witham* [1998] Q.B 575, 585-586; *R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Simms & O' Brien* [2000] 2 A. C. 115.

Guido Corso, basandosi sullo studio della manualistica anglosassone, distingue quattro significati del principio, che ne dimostrerebbero l'affinità con il nostro principio di legalità (e non con lo stato di diritto, vale ribadire). In un primo significato, la *rule of law* richiede che nell'esercizio di poteri restrittivi della sfera giuridica dei privati[110] l'autorità pubblica deve basare il proprio atto su di una norma di legge, che costituirà misura della legittimità dell'azione in sede giurisdizionale. Il secondo significato riguarda più in generale la teoria delle funzioni statali, e prescrive che la funzione governativa non possa disporre di un potere discrezionale puro - dunque, tale potere deve essere esercitato non solo sulla base di norme autorizzatrici, ma deve anche rispettare un quadro di regole e principi quali stabiliti dal *common law* nell'opera trasformatrice delle *courts*. In un terzo senso, sul versante giurisdizionale la *rule of law* richiede che che le controversie tra la macchina governamentale e i cittadini vengano risolte da giudici terzi ed imparziali, indipendenti dall'esecutivo: qui è chiarissima l'influenza di Dicey[111] sull'evoluzione del sistema costituzionale britannico, anche se l'affermazione del principio è già due secoli prima in Locke[112]. Quarto, ed ultimo, significato individuato è quello secondo cui, nel rapporto tra autorità (potere) e cittadino come regolato dal diritto, «*anche se è necessario che la prima disponga di molti poteri speciali essa non deve godere di privilegi ed immunità non necessari che l'esentano dall'osservanza delle regole generali*»[113]; in ciò, e richiamando in astratto i nostri principi di ragionevolezza e proporzionalità, si può affermare che nel diritto anglosassone sono i giudici ad imporre una legalità di tipo sostanziale nei confronti dell'azione dei pubblici poteri - vale notare, secondo Corso[114], che (anche) in questo senso i due sistemi non sembrano differenziarsi troppo, considerando la continua opera di limitazione dell'area discrezionale dell'attività amministrativa condotta dai nostri giudici amministrativi per il tramite della categoria dell'eccesso di potere. Ciò che appare comunque evidente è il legame, teorico prima che storico, di qualsiasi manifestazione del principio di legalità con il potere discrezionale. Non sul piano di teoria delle fonti, non scome teoria del buon governo nell'elaborazione aristotelica e platonica, ma su quello della legittimazione - democratica o meno - dell'esercizio di prerogative che fuoriescono dal novero delle facoltà normalmente

[110] Corso molto significativamente lo definisce come "l'autorità che adotta un atto che posto in essere da un privato sarebbe illecito"; v. G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2010, 16 ss.

[111] Cfr. P. CRAIG, op. ult. cit., 4 ss.

[112] V. G. CORSO, *Il principio di legalità*, op. cit., 11 ss., e relativo riferimento a Dicey.

[113] Così G. CORSO, *Il principio di legalità*, op. cit.,10 ss.

[114] Ivi, 11 ss.

riconosciute ai singoli - che costituiscono eccezioni all'isonomia. In questo senso il potere discrezionale, pubblico o privato, senza corrispondente *legalità*, è arbitrio: l'evoluzione del *rule of law* sembra confermarlo. La considerazione tornerà al momento di abbozzare delle conclusioni alla fine del capitolo.

### 1.4 La nozione classica (o "chiusa"). La legalità dallo stato liberale allo stato (legislativo) di diritto

#### 1.4.1 Il contesto storico-teorico

Come dovrebbe ormai esser chiaro, è impresa ardua "datare" con precisione la nascita del principio di legalità. La polisemia stessa del concetto costituisce l'ostacolo principale. Di fatto, sul continente, il primo settore in cui la legalità e la sua funzione garantista vengono stipulate dalla scienza giuridica come fondanti è nel [campo del] diritto penale: sia perché la potestà punitiva dello stato "è la peggiore delle oppressioni"[115]; sia perché il diritto alla vita è il primo fondamento dello stesso *pactum subiectionis* teorizzato da Hobbes come fondamento del Leviatano; sia perché, ancora all'epoca del primo liberalismo, il potere era concentrato nelle mani del re, e proprio questo [potere del] re andava sottoposto a limiti, onde evitare che i *cives* continuassero a subire ogni tipo di abuso senza poter reagire (*i.e.* richiedere l'intervento di un giudice terzo ed imparziale)[116]. La valenza appunto normativa e garantistica del principio,nel riverbero della giustiziabilità, è già qui evidente, e con formulazione più o meno costante si trasmette sino alle moderne carte dei diritti[117].

In questo senso, però, un confronto tra [evoluzione della] legalità penale e [evoluzione della] legalità amministrativa potrebbe risultare fuorviante[118]: funzione

[115] Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., *passim*.

[116] È questo il senso della famosa frase "ci sarà pure un giudice a Berlino", pronunciata come vuole la tradizione da un mugnaio di Potsdam al tempo dell'impero prussiano.

[117] B. SORDI, *op. cit.*, 2 ss.

[118] «*La prima si erge precocemente contro una giustizia criminale che lo Stato moderno ha costruito come potente apparato repressivo ed immediatamente si riverbera sul piano dei diritti fondamentali, trovando quasi sempre collocazione nelle relative dichiarazioni; la seconda, anche quando conquista un rango costituzionale, trovando collocazione esplicita o implicita nelle diverse carte nazionali, stenta invece ad "individualizzarsi" e resta confinata, ora sul piano alto, ma non di rado diafano, dei principi dello Stato di diritto […]; ora arretra su di un piano di mera razionalità organizzativa, limitandosi ad una "obiettiva funzione ordinativa", secondo l'icastica definizione di Mario Nigro*», così B. SORDI, *op. cit.*, 6 ss.

primordiale del Leviatano settecentesco, appunto, era *in primis* garantire la vita da ingiustificate aggressioni, ed è per questo che sin da subito la legalità ha assunto un ruolo centrale nella (o meglio, contro la) teoria dei poteri dello stato[119]. Come ben messo in evidenza da Bernardo Sordi, l'amministrazione invece per lungo tempo non è stata percepita come uno dei poteri dello stato, ma come il mero apparato esecutivo della volontà del re (prima) e della legge (poi). In questo senso, perciò, non si è sviluppato sin dall'inizio un principio di legalità amministrativa simile a quello penale: se la legalità è una garanzia contro i poteri, ove non si riconoscono questi ultimi, non si sente nemmeno il bisogno di una meta-norma di salvaguardia dei diritti dei cittadini che limiti ed indirizzi questi poteri.

Ed è solo quando, all'inizio dell'ottocento con la divaricazione tra *legis-latio* e *legis-executio*[120], l'amministrazione ha cominciato a individualizzarsi come apparato burocratico dotato di poteri autonomi, che si è cominciato ad avvertire quel bisogno di «giustizia nell'amministrazione», di «legalità come garanzia»[121], come cristallizzato poi nella nostra carta costituzionale[122]. Così, dalla (sola) legalità penale si passa più propriamente allo stato [legislativo] di diritto, in cui «è una fonte legale il presupposto necessario di ogni manifestazione dell'autorità»[123], a garanzia dei diritti di libertà dei cittadini[124]. Di qui, poi, avviene un'altra espansione della struttura dello stato di diritto, che supera quel «costituzionalismo primitivo» del tardo ottocento[125] e che vede al centro

---

[119] Non altrettanto poteva dirsi del diritto amministrativo: ben più recente, come "creazione", dello stesso diritto penale, e soprattutto non posto a salvaguardia del bene fondamentale "vita", come tale non considerato quindi come possibile campo di applicazione di un principio di (stretta) legalità; v. anche G. ROSSI, *op. cit*., 18 ss.

[120] Cfr. B. SORDI, *op. cit*., 8 ss.; v. anche G. ROSSI, *op. cit*., 25 ss.

[121] Cfr. B. SORDI, *op. cit*., 15 ss.; non vi è un dubbio, comunque, che vi sia stata una mistificazione, perchè «la separazione tra giustizia e amministrazione si è tradotta in una generale immunità dal sindacato giurisdizionale», *ivi*, 9 ss.; «il campo dell' "amministrazione pura" si erge per definizione come un grande spazio di potere lontano dalla copertura normativa della legge e resistente al controllo giurisdizionale», questo perché l'amministrazione era l'ultimo baluardo del potere libero regio nei confronti della legge, *ivi*, 10 ss.

[122] A dire il vero la legalità amministrativa prima di essere costituzionalizzata ha una lunga gestazione interna alla sfera burocratica, e non può non sottolinearsi la sua rilevanza sistematica nella costruzione della parte generale del diritto amministrativo; le cui costruzioni vengono poi, appunto, fissate in Costituzione, cfr. *ivi*, 17 ss.

[123] *Ivi*, 9 ss.

[124] Compiendo così «*il cammino dall'amministrazione privilegiata all'amministrazione di garanzia […]*», *ivi, 24 ss. Sempre secondo Sordi, rule of law e "stato di diritto", come modelli, si sarebbero infine riavvicinati, il secondo verso il primo: «la legalità, come ha ben visto l'art. 41 della Carta di Nizza […] non può né deve essere il suo [dell'amministrazione, n.d.s.] metro esclusivo. Non va escluso quindi che le funzioni di garanzia che il modello continentale ha, sin dalla fine del Settecento, attribuito alla legge, non debbano tornare a rifluire, in misura più o meno ampia, verso la giustizia*», *ivi*, 28 ss.

[125] *Ivi*, 19 ss., riprendendo una famosa espressione di Heller.

proprio l'espansione del ruolo della pubblica amministrazione[126]. Dall'assicurazione (solo) dei diritti di libertà, propria delle liberal-democrazie del tardo ottocento, si passa infatti alla previsione, prima nella legge e poi nelle costituzioni, dei diritti sociali: e depositaria, *in primis*, della loro cura, è proprio, almeno sul continente, la pubblica amministrazione. Questa correlazione tra poteri e (tutela dei) diritti non abbandonerà mai l'evoluzione del principio di legalità[127]: anzi, si può dire che ne è la vera e unica *ratio*; quella cioè di minimizzazione dei poteri, pubblici e privati, che altrimenti per loro stessa natura tendono ad accumularsi e a prevalere su quelli più deboli.

Bisogna però fermarsi qui, che in pochissime righe saremmo già arrivati alle social-democrazie della seconda metà del novecento, e tornare alla legalità dello stato settecentesco e ottocentesco. Abbiamo detto che la portata garantistica del principio inizialmente non riguarda la pubblica amministrazione. L'altro senso in cui il principio può essere inteso però, quello che governa le fonti del diritto nello stato post-rivoluzionario, è già presente, almeno in Francia[128]. La legge è suprema, e il re può esigere obbedienza solo in base ad essa, poichè essa incarna appunto la volontà generale, nella rigidità dell'ideale rivoluzionario. Ideale rivoluzionario che si sostanzia a sua volta nel mito di una di una legge che «possa auto-eseguirsi attraverso la società dei cittadini attivi»[129]. Si tratta di un circolo chiuso. Non c'è una legalità amministrativa perchè non c'è ancora un'amministrazione, o meglio perchè l'amministrazione è ancora considerata come mera arrività materiale - essa si forma progressivamente, in un percorso lento ma continuo di, da un parte, "erosione" di funzioni da altre istituzioni; dall'altra, di creazione di nuove funzioni in questo senso originarie. In questa emersione del *momento amministrativo* sta, secondo Sordi[130], la peculiarità della declinazione continentale del principio della separazione dei poteri, peculiarità che assume rilevanza meta-teoretica considerando come Montesquieu, nell'elaborazione del modello tripartito, si riferisca al sistema istituzionale dell'Inghilterra: riferimento che oggi viene revocato in dubbio, dato che almeno secondo la vulgata tradizionale, un diritto amministrativo inglese compiuto non si formerà prima del novecento.

Solo con la nascita dello stato "moderno", nel passaggio cioè dallo stato di polizia allo stato liberale per il tramite delle rivoluzioni, nasce anche l'idea di "legalità" per come

[126] Cfr. G. ROSSI, *op. cit.*, 16 ss.
[127] Cfr., B. SORDI, *ivi*, 9 ss.
[128] Ivi, 3 ss.
[129] Ivi, 3 ss.
[130] Ivi, 3 ss.

verrà poi intesa per quasi duecento anni, nel senso, finalmente garantistico, di supremazia della legge *contro* i poteri liberi e selvaggi[131]. In altre parole:

> *«La primissima teorizzazione del principio di legalità amministrativa in funzione di garanzia dei diritti individuali si deve all'intepretazione liberale del fenomeno rivoluzionario. E' il pensiero liberale, all'inizio dell'Ottocento, a spingere per una ridefinizione degli strumenti di difesa dei soggetti nei confronti del potere. La pericolosa deriva della sovranità, drammaticamente svelata dal Terrore, ha dissolto l'armonia prestabilita tra sovranità e diritti»*[132].

*Auctoritas non veritas facit legem*: è questo il mutamento di quella che gli anglosassoni definirebbero come *rule of recognition*, e che in quel determinato momento storico comporta il passaggio da un sistema di tipo poliziesco, dove cioè non vi erano limiti ai poteri dell'autorità nei confronti dei sudditi, ad un sistema di tipo liberale, dove i pubblici poteri possono andare ad intaccare le libertà dei cittadini solo previa autorizzazione della fonte legislativa. La legalità si lega così, secondo alcuni indissolubilmente, non solo alla separazione dei poteri ma anche alla sovranità. Nasce cioè come paradigma di rispetto delle regole stabilite nel patto di convivenza all'origine dell'ordinamento costituito, in funzione della salvaguardia dei diritti di tutti[133], e come principio di organizzazione della nuova statualità[134], nel superamento di quello stato di natura in cui, invece, l'unica regola vigente è l'*homo homini lupus*.

In tal senso, questa genesi *normativa*, *eteronoma*, *garantista* e *controfattuale* della legalità viene espressa in modo più compiuto dalla formula *rule of law* piuttosto che dalla continentale "stato di diritto"[135]. Analizzeremo approfonditamente l'evoluzione anglosassone in seguito. Qui basti accennare al perchè, ed in questo senso si pensi al fatto che il primo modello citato si sostanzia nella ripresa letterale della aristotelica contrapposizione tra governo delle leggi e governo degli uomini; e implica la sua pervasività nei confronti dei poteri "privati", cioè la capacità di regolare (*ie*. limitare) non tanto le manifestazioni dei pubblici poteri quanto [soprattutto, nell'Inghilterra del primo liberalismo classico[136],] le dinamiche dei rapporti *inter cives*[137].

---

[131] Cfr. B. SORDI, *op. cit.*, 3 ss.

[132] Ivi, 7 ss., richiamando P. COSTA, *op. cit.*, passim.

[133] All'inizio solo del più importante, quello alla vita; successivamente, come stiamo per vedere, anche degli altri diritti fondamentali, quali i diritti politici, civili e sociali.

[134] Cfr. B. SORDI, *op. cit.*, 9 ss.

[135] O *rechtsstaat*, o *ètat de droit*, o *estado de derecho*.

[136] Cfr. M. BARBERIS, *Liberalismo e pluralismo*, in *Critica liberale*, VII, 2008, 137 ss.

Quest'ultima precisazione acquista importanza, considerando che nella declinazione continentale del principio, a seguito dell'elaborazione liberale[138] esso si "salda" progressivamente alle sole potestà pubbliche, cioè ai poteri della nascente istituzione dello "stato-nazione"[139]. Vi è una scissione della [portata della] legalità, che si allontana dal campo dei rapporti privatistici per andare ad "governare" (cioè a porre limiti e vincoli) solamente i rapporti tra *cives* e autorità statale. Nel diritto privato, la legalità sarà sempre più progressivamente vista come limite esterno, di delimitazione della sfera privata, all'interno della quale invece lo stato non può e non deve "intromettersi": mistificando così la natura omnicomprensiva di minimizzazione di tutti i poteri, come vedremo, propria del paradigma legalistico[140].

### 1.4.2 Legalità e "stato di diritto".

La connessione tra stato di diritto e nascita della legalità amministrativa in senso proprio comporta due ulteriori e connessi problemi. Il primo riguarda il doppio senso in cui l'espressione stato di diritto può essere intesa: da una parte cioè si può intenderla in un senso ristretto o storico, con cui si individua lo stato di diritto esclusivamente nelle esperienze parlamentari del XIX secolo; nel secondo, stato di diritto è espressione di portata estesa, non storica ma analitica, che dunque viene usata come "misura" della giuridicità o meno di un dato sistema istituzionale. Tenendo ciò in mente, si capisce perchè il rapporto tra i due termini sia così complesso e, per certi versi, confuso: spesso infatti i due piani argomentativi, quello storico e quello teorico, sono sovrapposti. A ciò si aggiunga che non di rado, pur all'interno di uno stesso discorso, stato di diritto e principio di legalità vengono considerati termini equivalenti. Quando ciò non accade, sono due le opzioni teoriche: nella prima, il principio di legalità viene considerato, insieme alla sovranità popolare ed alla separazione dei poteri, uno dei tre pilastri del modello tipologico dello stato di diritto: ove si consideri quest'ultimo nel primo dei due sensi più sopra individuati, quello storico, la legalità diventa allora la legalità parlamentare ottocentesca - in questo senso già annientata dall'introduzione della normatività riflessa delle costituzioni. La seconda opzione invece rovescia, nella cosmogonia politica

[137] Anche a questo, probabilmente, si deve la rilevanza della figura del giudice, e quindi della "sostanza" giurisprudenziale, nell'evoluzione del diritto inglese. Cfr. B. SORDI, *op. cit.*, 14 ss.

[138] V. B. LEONI, *Freedom and the Law*, III ed., Liberty Fund, Indianapolis, 1991.

[139] Cfr. F. MERUSI, *op. cit.*, 14 ss.; cfr. G. ROSSI, op. cit., 12 ss.

[140] Cfr. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, II vol., *Teoria della democrazia*, 224 ss.

bobbiana, il rapporto tra i due: non è il principio di legalità a costituire uno dei pilastri dello stato di diritto, ma è quest'ultimo, assieme al Rechsstaat e alla rule of law, o all'isonomia dei greci, a costituire una delle manifestazioni storico-istituzionali del principio. Questa potrebbe sembrare a prima vista una mera disquizione teoretica con pochissima rilevanza pratica, una specie di "guerra delle etichette" tra scienza politica e storia del diritto: in realtà invece conduce a rilevanti implicazioni di carattere normativo. Nel primo caso infatti il principio di legalità finisce quando finisce l'esperienza dello stato di diritto parlamentare - già cioè con quello che Ferrajoli chiama 'stato costituzionale di diritto', che sarebbe in un certo senso una contraddizione in termini, e senza dunque dover aspettare la post-modernità e la sua poliarchia istituzionale. Nel secondo caso, invece, si mette in evidenza l'ininterrotta valenza normativa della legalità, almeno nel suo significato garantistico, nel susseguirsi delle diverse forme di governo - e del loro rapportarsi con la società, che il termine intermedio del rapporto tra stato e cittadino, ancora non esplicitato - e che dunque mantiene un'irresistibile carica assiologica anche nella prospettiva moderna.

Tanto premesso, la dottrina prevalente non ha dubbi a ritenere stato di diritto e legalità amministrativa geneticamente collegati - e, si dice, non potrebbe essere altrimenti, visto che solo a partire dalla metà dell'ottocento si può parlare in senso proprio di amministrazioni pubbliche negli stati continentali: in senso proprio soprattutto con riferimento alla specialità, come regime di diritto amministrativo, terzo e ulteriore rispetto al diritto che governa i rapporti tra privati e al diritto che assicura l'applicazione del diritto da parte dei giudici; ed alla discrezionalità, che si va teorizzando in questo periodo proprio dall'incontro del potere puro dell'amministrazione con la sua limitazione ora formale ora sostanziale per il tramite della legge. Il potere arbitrario cioè diventa potere discrezionale ed in questo senso legale, pur restando in capo all'amministrazione un ambito di potere "puro" - il merito - che rimarrà integro e soprattutto intoccabile giurisdizionalmente sino all'elaborazione del concetto di discrezionalità tecnica[141]. Il punto non è secondario: l'amministrazione infatti, seppur la più recente tra le funzioni, viene da subito considerata il "cuore pulsante" della macchina statale, tanto che a ragione

[141] Discrezionalità tecnica che in questo senso ben esemplifica il concetto di raffrontabilità del potere, alla base dello stesso principio di legalità: con la differenza che la raffrontabilità qui non è con una previa norma di legge, ma con un parametro appunto tecnico-economico, del quale il giuridce, per il tramite di un consulente, si fa garante.

si parla di "stato amministrativo", e da parte delle forze politiche ci si premura di non limitarla troppo nei suoi spazi di scelta.

Qui comincia anche quella che viene chiamata la "*funzione ordinativa*" del principio in esame[142]: il fatto cioè che l'espansione del diritto e della organizzazione amministrativa avvengano per il tramite esclusivo della legge, e che dunque le loro successive vicende vi siano legate "a doppio taglio". Intendo dire che le caratteristiche della legge parlamentare si rispecchieranno nella strutturazione, funzionale ma soprattutto organizzativa, della pubblica amministrazione italiana, con gli effetti che analizzaremo fra poco, su cui basti accennare alla caoticità delle fonti (il diritto amministrativo non vedrà mai una codificazione unitaria) o alla ipertrofia strutturale che costituirà uno dei punti di partenza delle politiche di privatizzazione. Questo soprattuto in assenza di una costituzione "rigida", in cui dunque la legge parlamentare sia al vertice delle fonti e possa, potenzialmente, sempre contraddire sè stessa. Non sembra poter essere altrimenti, d'altronde: siamo agli inizi del secolo scorso, l'Italia si è fatta stato unitario, e la legalità è appena diventata espressione del parlamento eletto a suffragio universale, che dunque deve cominciare a farsi carico della nuova inclusività della politica - comincia cioè quella espansione degli interessi rilevanti che troverà il suo apice nel passaggio al welfare state.

D'altronde, è in questo periodo che due dei massimi pensatori in ambito socio-giuridico del secolo scorso sono attivi: Hans Kelsen and Max Weber. Il primo, come tutta la scuola di Vienna, ragiona per geometrie e dunque l'amministrazione, a cavallo tra legis-latio e iuris-dictio, fatica a trovare posto. Il parlamento è (per il momento) al vertice dello *Stufenbau* - ciò ovviamente se non consideriamo la *Grundnorm* - e questo fa diventare la riserva di legge *assoluta*: ogni potere amministrativo deve essere previsto, almeno per quanto riguarda la sua titolarità, dalla legge; deve cioè poter essere ricondotto alla volontà del parlamento. Il principio di legalità, come lo conosciamo, comincia a prendere forma definitiva, anche perchè l'amministrazione nel suo modello burocratico riceve la consacrazione weberiana, come forma più razionale di esercizio del potere. Ma qui sta anche il suo limite, perchè questa razionalità non troverà ancora fondamento in una costituzione che tuteli libertà e diritti anche dal volere della maggioranza, e dunque sarà gioco "facile", per i totalitarismi, quello di appropriarsene. Il controllo del parlamento, per il tramite della legalità, garantisce il controllo dell'intera macchina statale. Sappiamo tutti quanto questo sarà pagato a caro prezzo.

[142] V. B. SORDI, op. cit., 17 ss.

### 1.4.3 La definizione classica di legalità amministrativa

I caratteri del principio di legalità amministrativa sono comunque ormai compiutamente delineati. L'amministrazione pubblica trova nella legge la fonte del suo potere ed i fini della sua azione. Inteso in senso formale, l'amministrazione deve agire entro i limiti della legge che le attribuisce il relativo potere; in senso sostanziale, l'amministrazione deve non solo agire entro dei limiti, ma anche in conformità della disciplina specifica che la legge prevede. Si delinea la distinzione tra attività discrezionale ed attività vincolata, che diventerà sin da subito uno dei temi più dibattuti e controversi nell'elaborazione della dottrina. Inoltre, il principio di legalità costituisce lo strumento di concretizzazione delle fondamenta dello stato di diritto: come prescrizione sulle modalità di esercizio del potere pubblico, esso sostanzia la sovranità popolare, per cui tramite la legittimazione democratica si impone un parziale sacrificio dell'interesse di ciascuno in vista della realizzazione del maggior interesse della collettività; come regola di distribuzione, nella nuova morfologia istituzionale dello stato, garantisce - in modo effimero, come i totalitarismi proveranno - la separazione dei poteri[143].

In altre parole, rappresenta la cifra del rapporto tra autorità e libertà: in un primo momento, andando a governare il rapporto amministrazione-cittadino, per cui la legalità invece rappresenta il limite esterno della propria sfera giuridica[144]; in un secondo, invece, quando il *gubernaculum* si suddivide in due corpi tra loro almeno potenzialmente contrapposti (ma non durerà molto), andrà a governare anche il rapporto parlamento - governo[145]. O meglio, qui si inserisce il problema della sovrapposizione o meno con la riserva di legge. Per una parte rilevante della dottrina infatti il principio di legalità si risolve, almeno nella sua versione tradizionale, nella riserva di legge[146]: che si tratta di riserva assoluta o relativa non rileva per il momento. Ciò può dare vita a due opzioni interpretative: la prima che afferma, in mancanza di tale riserva, l'impossibilità per l'amministrazione di esercitare poteri su base autonoma; la seconda, assolutamente

[143] Queste due funzioni andranno in contrasto?

[144] Questa almeno è la vulgata tradizionale, vedremo poi come questo punto sia da considerarsi ideologico.

[145] S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, op. cit., 195 ss.

[146] Per Aldo Maria Sandulli, il principio di legalità è implicito nelle varie riserve di legge della prima parte della costituzione; v. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed. Jovene, Napoli, 1969, 33 ss.

minoritaria però in questo momento, che al contrario interpreta la mancanza di una riserva di legge come una spazio normativa lasciato volutamente all'amministrazione, che dunque può esercitare "liberamente" poteri di natura autoritativa[147]. Ma come appena detto, la posizione è minoritaria. In questo senso, i poteri dell'attività amministrativa devono sempre trovare titolo in una fonte esterna, non potendo essere, a differenza dei poteri privati, auto-determinati; questo per via della forza dell'atto amministrativo, che unilateralmente può imporsi nelle sfere giuridiche dei terzi. Il principio di legalità permette a questo riguardo la verifica in sede giurisdizionale della congruità dell'esercizio del potere - in questo senso costituisce la misura della sua legittimità (ma non è l'unico), nel senso della raffrontabilità dell'atto con la previa normativa[148]. Vi sono dunque due connessioni che nascono ora e che saranno al centro della crisi del principio: quella tra provvedimento e previa legge, per cui compito del provvedimento è quello di ricondurre il caso concreto alla fattispecie astratta - e se il caso non vi rientra, l'amministrazione non può provvedere; e quella tra legalità e giurisdizionalità[149], sulla scorta della massima «*Ci sarà pure un giudice a Berlino*!». Quest'ultima connessione trova espressione nella "veneranda"[150] legge di abolizione del contenzioso amministrativo (l. n. 2248/1865 all. E), in cui per la prima volta, prevedendo il potere di disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario, si sottopone espressamente l'attività amministrativa al rispetto - nel senso, vale sottolineare, di conformità - della legge[151].

Se invece osserviamo una delle sue enunciazione classiche della dottrina, possiamo notare come il principio nel nostro ordinamento sia davvero molto simile alla valenza sostanziale del *rule of law* individuata nel paragrafo §1.3.2:

> *«Il principio di legalità comporta che, fuori dei diritti e dei poteri comuni agli altri soggetti giuridici, nessuna posizione di potere, di preminenza o di favore spetta alla pubblica amministrazione, se non gliela conferisca una legge. Dunque, tra l'altro, salvo che risulti altrimenti da leggi o da regole tradizionali, gli enti pubblici non dispongono di altri poteri pubblici, se non di quelli che una legge attribuisca ad essi specificatamente. Inoltre dei propri diritti e poteri (anche pubblici) l'amministrazione non può fare uso in modi privilegiati - e cioè con modalità avvantaggiate rispetto a quelle proprie*

[147] Sul problema della definizione dell'attività amministrativa, v. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in Dir.Amm., 2003, 217 ss.

[148] V. V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. Cost*., 1962, 130 ss.

[149] A.M. SANDULLI, op. cit., 33 ss.

[150] Così G. CORSO, *Il principio di legalità*, op. cit., 5 ss.

[151] Cfr. A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità ed ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm*., 1999, 114 ss.

*degli altri soggetti -, salvo che la legge, espressamente o implicitamente, lo consenta»*[152].

Necessari corollari sono allora il principio di nominatività e quello di tipicità[153], che per alcuni coincidono: mentre secondo altri, mentre il primo attiene agli strumenti a cui la p.a. può ricorrere nell'esercizio delle sue funzioni, il secondo attiene ai poteri stessi dell'amministrazione, nel senso che gli effetti autoritativamente modificativi delle sfere giuridiche di terzi per come "interessati" dal provvedimento devono essere prestabiliti in generale dalla legge[154].

### 1.4.4 (brevissimo *excursus*) Legalità e diritto amministrativo: due storie indissolubili?

Abbiamo detto che l'emersione del principio di legalità amministrativa, quantomeno nella sua versione embrionale, avviene nel continente con l'autonomizzazione dell'organizzazione amministrativa dalla struttura burocratica regia, prima, e con la formazione degli stati parlamentari, in seguito. Allo stesso tempo però abbiamo già visto come sin dall'antichità il primato della legge, o isonomia, non solo era già presente di fatto ma costitutiva oggetto centrale di discussione nella teoria politica di Aristotele e Platone. Si può forse trovare allora una linea di continuità tra questi due fenomeni, una linea che arrivi sino ai giorni nostri?

In un recente e interessante saggio[155], Massimo Tucci offre una convincente prospettiva alternativa alla ricostruzione, prevalente in dottrina, della nascita del diritto amministrativo[156]: in quest'ultimo senso quasi univocamente legato alla nascita degli stati

---

[152] A.M. SANDULLI, op. cit., 33 ss.

[153] V. per tutti E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007; A. M. Sandulli, op. cit., 33 ss.

[154] Esempio tipico ne è l'espropriazione, v. E. CASETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubb.*, XII, 1997, 251 ss.

[155] M. TUCCI, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri*, Giuffrè, Milano, 2008.

[156] In generale, e senza pretesa di esaustività, v. sulla storia del diritto amministrativo G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana*, Giuffrè, Milano, 1980, e Id., *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I. Dall'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali. Amministrazione e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1998; G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1996; G. MELIS, La storia del diritto amministrativo, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, II ed., 2003, *Diritto amministrativo generale*, vol. I, 95 ss.; L. MANNORI E B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari-Roma, 2001; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*. 1860-1950, Giuffrè, Milano, 2000.

di polizia del XIX secolo[157], in contrapposizione allo stato assoluto del modello sei-settecentesco, caratterizzato dall'arbitrio del sovrano e della riconduzione a questo di ogni potere discrezionale, e perciò dall'impossibilità di un ordinamento amministrativo con caratteristiche di autonomia. In questo senso, solo con il consolidamento dello stato nell'ottocento, e la contestuale l'affermazione di potere della pubblica amministrazione, si è specializzato il diritto amministrativo rispetto ai traffici dei privati[158]. Questa ricostruzione maggioritaria, secondo Tucci, si basa su tre assiomi «*indimostrati*»[159]: 1) non c'è, o non è apprezzabile, esperienza amministrativa in epoca greco-romana; 2) ammesso e non concesso, essa sparisce nell'alto medioevo, a causa del *privatismo* della Scuola di Bologna; 3) la base degli stati rinascimentali e fino almeno alla rivoluzione francese, è il diritto comune. Inoltre, vi sono altri due fattori che secondo l'Autore ne precludono l'accettabilità: in primis, il fatto che essa non prenda in considerazione la possibile diversità tra ordinamento centrale e strutture perifiche ove esistenti; ma soprattutto, in essa è implicita la tesi secondo cui l'affermazione del potere regio equivale alla impersonificazione dello stato con il sovrano, con conseguente nessuno spazio residuo per l'apparato amministrativo. Invece,

> *«gli studi più recenti, condotti per la verità da storici o da storici del diritto amministrativo, salvo rare eccezioni, non da amministrativisti, hanno da tempo posto in luce, anche per la riscoperta di numerosi documenti dell'epoca, come l'introduzione di una burocrazia statale centralizzata riconducibile al sovrano da un lato non abbia portato alla scomparsa degli ordinamenti e delle autonomie locali e, dall'altro, fosse il risultato di una lotta secolare contro i privilegi e le prevaricazioni della classe nobiliare, sorpattuto ai danni dei meno abbienti ma anche della nascente borghesia e dello stesso monarca. In questo quadro, l'affermazione di una struttura amministrativa di prerogativa regia, costituita da funzionari di carriera che rispondono al Re, era vista dagli stessi contemporanei in chiave garantista, come affermazione di quel principio che, con terminologia moderna, si potrebbe definire di legalità»*[160].

---

[157] M. TUCCI, *op. cit.*, 46 ss., secondo alcuni diritto amministrativo nasce con stato assoluto, per tucci il problema è che per parlare di diritto amministrativo, almeno nel senso moderno, l'amministrazione deve essere riconoscibile come apparato separato dal governo...e non quindi come meramente servente; per questa tesi, v. M.S. GIANNINI, *Profili storici della Scienza del Diritto Amministrativo* (1940), ora in *Scritti Giuridici*, Giuffrè, Milano, 1996, vol. II, 79 ss.

[158] Per questa tesi S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XX secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002.

[159] Così M. TUCCI, *op. cit.*, 47 ss.

[160] M. TUCCI, *op. cit.*, 49 ss.: il *princeps*, in qualsiasi modo abbia preso il potere, deve avere il sostegno delle classi dirigenti (mercanti ed imprenditori), ed il collegamento è appunto nella rete amministrativa.

L'analisi di Tucci, storiografica e comparativistica, mira a delineare una linea evolutiva della costruzione "diritto amministrativo" il cui punto iniziale, appunto, deve essere decisamente retro-datato rispetto alla vulgata tradizionale. Sia chiaro: che una distinzione tra sfera pubblica e sfera privata sia già presente nell'antichità classica non sembra essere in discussione[161] - anche e soprattutto dopo gli studi che sul punto ha condotto Hanna Harendt[162]. Il punto qui è però altro, perchè quello che Tucci vuole dimostrare con il suo scritto è non solo l'esistenza delle due sfere, ma la pertinenza ad ognuna di esse di un diverso regime normativo.

Ecco che, secondo Tucci, di "diritto amministrativo", come regime giuridico speciale (e specializzante) rispetto a quello privato o "comune"[163], in funzione del perseguimento di una *publica utilitas*, si può parlare già a partire dall'antichità classica, sia nell'esperienza greca della *polis*, sia in quella romana repubblicana ed imperiale[164]. Non solo, Tucci cerca di dimostrare come anche nell'esperienza medievale, già a partire dalla scuola di Bologna[165], questo diritto amministrativo "ante litteram" non venga sommerso dallo *ius commune* che si va formando[166]; ma come, piuttosto, si assista ad una (ri-)costruzione di questo *corpus* specialis con le categorie del diritto privato[167], non perdendone però, in ultima analisi, la specificità, quantomeno nella rilevanza pratica[168],

---

[161] N. BOBBIO, Pubblico/privato, in Stato, Governo, Società. Per una teoria generale della politica, cit., 22 ss.

[162] H. ARENDT, *The Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago, 1958.

[163] M. TUCCI, *op. cit.*, 3 ss., e la sua definizione di diritto amministrativo: vi sarebbero due elementi, autonomia più o meno marcata dell'amministrazione dal potere esecutivo e proprio la legalità amministrativa.

[164] Ivi, 21 ss. che isola gli elementi del diritto amministrativo del "mondo classico" per evidenziarne la continuità (ricorsi amministrativi, possibilità di giustiziare, applicazione a tutti, questo il primo nucleo del principio di legalità) con tempi più moderni; e si veda inoltre la citazione sul principio di legalità di Sesto Pomponio, ivi riportata.

[165] IVI., 28 ss. In particolare, v. le considerazioni a proposito della *civitas* come persona ficta e della rilevanza pubblicistica di tale attribuzione. V. inoltre la bibliografia, riguardo l'esperienza francese, *ivi* riportata alla nota 51.

[166] Ivi, 100 ss., «*anche in questi secoli, quantomeno a livello locale e per la maggior parte delle funzioni amministrative che interessavano direttamente la vita quotidiana dei cittadini, infatti, sopravvisse una struttura amministrativa dotata di ampia autonomia e differenziata dal potere esecutivo centrale. Potere esecutivo, per giunta, che solo in certi limitati periodi e Paesi, come nella Francia del Re Sole, si identificò col sovrano, mentre figure storiche di primi ministri, come Richelieu, ispirarono la loro azione a quello che oggi definiremmo il superiore interesse della Nazione, non esitando a contrapporsi al Sovrano quando gli interessi dello Stato, a loro avviso, lo rendessero necessario*».

[167] Ivi, 33 ss.

[168] A mancare, secondo Tucci, era la capacità di esprimere tale specificità con terminologia, ed in ultima analisi con una elaborazione dogmatica che non fosse quella derivata, direttamente o indirettamente, dalle categorie privatistiche; cfr. ivi, 42 ss.

nel rapporto tra suddito e sovrano[169]: in altre parole, «*anche nell'Alto Medioevo, anche nell'età più oscura se vista nell'ottica dello Stato di Diritto, non si è mai persa la sostanziale distinzione della specificità del rapporto che legava l'individuo, quantomeno l'uomo libero, al potere costituito rispetto al rapporto paritetico che intercorreva con gli altri soggetti dell'ordinamento*»[170]. Pubblico e privato dunque, come differenti regimi normativi, sono ben presenti all'elaborazione dottrinale del tempo[171], e la cifra distintiva, quella che qualitativamente sembra costituire il criterio funzionale di attrazione all'uno o all'altro polo normativo, è da rinvenirsi di *publica utilitas* – che in concreto diventa l'*utilitas principalis*, cioè quell'interesse prevalente del singolo caso che nel diritto amministrativo moderno è il risultato della ponderazione di interessi cuore della potestà discrezionale dell'amministrazione[172].

Le conseguenze di questa diversa, e per molti versi, ragionevole ricostruzione della continua pervasività[173] del diritto amministrativo nella storia del nostro continente sono molteplici; quanto ai fini del presente lavoro, come significativamente già nel titolo del libro di Tucci, riguardano l'equilibrio dell'amministrazione e del suo diritto tra [*ius*] pubblico e [*ius*] privato e proprio il principio di legalità amministrativa. Per quanto riguarda il primo aspetto, la ricostruzione diacronica offerta da Tucci fa emergere il percorso evolutivo senza soluzione di continuità del diritto amministrativo: ponendolo sì sulla linea mobile di confine tra diritto pubblico e diritto privato, ma sottolineando l'irriducibilità concreta (e non solo teorica) del al pan-privatismo della *lex mercatoria* che invece secondo la dottrina dominante sarebbe alla base della nascita stessa del diritto amministrativo dello stato assoluto.

Quindi, va riconsiderata anche la nozione di legalità amministrativa in due sensi tra loro connessi, uno "statico", l'altro "dinamico". In senso statico, l'analisi di Tucci

---

[169] «*Poco importa che gli esempi di manifestazione pubblicstica di questo potere siano quantitativamente esigui. Innegabile resta la particolare percezione della sua supremazia unita alla pubblica utilità connessa alla sua espressione. L'uomo medievale era infatti conscio che, nell'ubbidire al Signore, perseguiva anche un interesse collettivo e quindi il proprio, così come ben comprendeva che nel prestarsi alla corvè ad esempio, della costruzione di una strada per volontà del Potente locale otteneva in cambio il beneficio di avere a disposizione una nuova via di comunicazione o una struttura di difesa. Lo schema del contratto hobbesiano, per cui il sudditto cede al Signore la propria libertà in cambio della protezione, si attaglia assai bene al comune sentire dell'epoca, con riferimento alla categoria diritto pubblico*», ivi, 41 ss.

[170] Ivi, 29 ss.

[171] A differenza, ripeto, della dottrina maggioritaria. V. sul punto i riferimenti citati da Tucci alla nota 59, ed in particolare P. CAPPELLINI, *Privato e Pubblico (diritto intermedio)*, voce in *Enc. del Diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 672 ss., e I. BIROCCHI, *La distinzione jus publicum, jus privatum nella dottrina della scuola culta*, in *Jus comune*, 23, 1996; V. anche O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, *Riv. it. Sc. Giur*. 1905, 337 ss.

[172] Cfr. M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 3 ss., e la sua genealogia dell'interesse pubblico.

[173] E non dunque, come solitamente si dice, di (lenta) emersione.

vuole dimostrare che il principio di legalità ha sin dall'inizio costituito la cifra distintiva dell'emersione di un diritto amministrativo in quanto tale distinto dal diritto che si applica ai privati; in un diritto insomma dell'autorità – che al regime di specialità accompagna, come contrappeso, una più stringente garanzia di pre-determinazione e di non-abuso rispetto alla libertà "selvaggia" dei privati. In questo senso, pur situandosi il diritto amministrativo sul confine mobile tra pubblico e privato, il principio di legalità resta "immobile" a garanzia dell'uso di quel potere "speciale", sia quel potere esercitato da autorità pubbliche, nello svolgimento di un ufficio, o da privati che quel potere lo esercitino di fatto (signori, etc.). Ma questo, in senso dinamico, conferma che l'idea, il fondamento ultimo del principio di legalità non debba per forza essere ricondotto alla nascita dello stato assoluto (Hobbes) come teorizzato dalla dottrina pressochè dominante: quanto, piuttosto, all'idea stessa di potere esercitato in funzione di una *publica utilitas* – dunque, come già sviluppatosi nella *polis* greca, nella repubblica romana, o nelle eterogenee esperienze municipali del Medioevo[174]. Il principio di legalità amministrativa è dunque dinamico, perchè informa tutte le manifestazioni di potere, pubbliche e private, che siano, o debbano essere, in funzione del bene comune, della *res publica* – contrappeso universale dunque, seppur ovviamente con una diversità di forme e manifestazioni, alla stessa idea di potere in funzione della salvaguardia di tutti, come solitamente fatto risalire ad Hobbes ed al suo Leviatano[175]. Non si può in questo senso non pensare alle recenti trasformazioni del nostro diritto amministrativo, in cui ad una c.d. privatizzazione delle funzioni si è accompagnata una estensione dei regimi normativi pubblicistici: fenomeno considerato di nuova emersione se letto nel percorso storiografico tradizionale, ma che assume una valenza ciclica se letto alle luce delle considerazioni appena esposte.

### 1.5 Il mutamento di paradigma. La legalità nello stato costituzionale di diritto

Tornando alla nostra analisi, siamo arrivati ai totalitarismi: il fascismo, in Italia, e la devastazione che Mussolini opera dello stesso valore garantistico della legge. Piero Calamandrei, in modo tragicamente sublime, registra della manifesta insufficienza della sola legalità formale, della legalità cioè che si affida totalmente alla legge parlamentare,

[174] Cfr. M. TUCCI, *op. cit.*, 39 ss., soprattutto per quanto riguarda il riferimento al pensiero di Baldo degli Ubaldi nella ricostruzione che ne fa J. Canning, ivi riportato.

[175] Cfr. ivi, 37 ss.

affermando che «*nello stampo della legalità si può colare oro o piombo*»[176]. Più in generale, avviene così con tutti i totalitarismi continentali del XX secolo, i quali *formalmente* agiscono all'interno dello stato (legislativo) di diritto, perlomeno nelle fasi iniziali. Ed infatti il passaggio, il «mutamento di paradigma», tra "stato legislativo di diritto" e "stato costituzionale di diritto" si è concretizzato proprio nell'ulteriore espansione e "fortificazione" del principio di legalità[177]: che da «norma di riconoscimento»[178] del diritto vigente è diventato anche «criterio di identificazione» del diritto valido; a sancire quella divaricazione tra validità e vigore che si aggiunge a quella tra validità e giustizia propria del paleo-giuspositivismo[179]. Dalla legalità [solo] formale, dunque, alla legalità [anche] sostanziale, che vincola il potere legislativo non solo nella forma ma anche al rispetto di determinati contenuti pre-stabiliti nelle norme ad essi sopra-ordinati[180]. Ed è per questo che la rigidità costituzionale del dopoguerra si afferma come "mai più" agli orrori e alle barbarie del «secolo più buio» della storia recente dell'umanità. La sovranità viene così messa al riparo dalle derive maggioritarie.

### 1.5.1 La legalità nella costituzione del 1948

Una prima domanda si pone quando ci si accinge ad elaborare, attraverso l'analisi di normazione, dottrina e giurisprudenza, la nozione di legalità amministrativa nello stato costituzionale: è tale principio espressamente contenuto nella nostra Costituzione repubblicana? Oppure si tratta di una nozione che, per quanto considerata senza dubbio dalla dottrina come "fondante", non ha un vero e proprio riscontro espresso ma è piuttosto ricavabile dai principi generali dell'ordinamento?[181] In altre parole, la legalità trova espressione o fondamento in Costituzione?[182] La risposta non è per nulla scontata, sia nell'elaborazione teorica che nella giurisprudenza, e comporta conseguenze di non poco

[176] P. CALAMANDREI, *Prefazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura dello stesso P. Calamandrei, Le Monnier, Firenze, 1945, 92 ss.; frase riportata da B. SORDI, op. cit., 21 ss., che cita un altro passo, stavolta da un articolo dello stesso Calamandrei pubblicato sul Corriere della Sera del 25 agosto 1943, in cui parlando dei giuristi afferma che «*noi soli insieme alla magistratura abbiamo vissuto questo tormento delle leggi che si sbriciolano come cartapesta tarlata tra le mani di chi voleva servirsene*».

[177] Vale la pena sottolineare come la nostra espressione "costituzione rigida" venga tradotta dagli anglosassoni con "*entrenched constitution*", che in questo senso trasmette ancora di più l'idea della "fortificazione", intesa ovviamente in senso normativo.

[178] Sul concetto di norma di riconoscimento, v., per tutti, H. L. A. HART, *op. cit., passim.*

[179] Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., I vol., 17 ss.

[180] *Ivi*, *passim*.

[181] Cfr. F. SORRENTINO, *op. cit.,* 22 ss.

[182] Cfr. L. CIMELLARO, *Il principio di legalità in trasformazione*, in *Diritto e Società*, I, 2006, 116 ss.

conto: basti pensare al fatto che, se si ritiene il principio di legalità un principio generale dell'ordinamento ma (ancora) senza fondamento costituzionale, tale principio diventa derogabile dalla legislazione statale[183] - e dunque, si potrebbe dire, si ricreano gli stessi spazi dispositivi che hanno portato alla caduta del nostro stato di diritto.

Non stupisce allora che la dottrina pubblicistica (e non) è decisamente divisa per quanto riguarda la copertura costituzionale espressa, o meno, del principio[184]. Dobbiamo ammettere, questo data anche la scarsa conversione sul contenuto stesso![185] Si tratta in un certo senso di un circolo vizioso: a differenze concezioni della legalità amministrativa seguono diverse ricostruzioni della valenza costituzionale o meno del principio – e viceversa. Gli articoli citati sono sempre gli stessi – a partire dall'art. 23, che prescrive la riserva di legge (relativa) nei confronti degli atti impositivi di obblighi o divieti ai singoli (ma anche considerando le riserve stabilite dall'art. 13 in poi); all'art. 76, nella impossibilità delle c.d. deleghe in bianco della funzione legislativa; nella Sezione II del Titolo sul Governo, l'art. 97, contenente sia l'esplicito principio di legalità organizzativa, sia la (implicita) funzionalizzazione della missione dell'amministrazione al perseguimento degli obiettivi stabiliti dalla costituzione e dalla legge; l'art 101, che prevedendo la soggezione del giudice soltanto alla legge varrebbe a stabilire l'invalidità di quegli atti amministrativi dalla legge non autorizzati o previsti; l'art. 113, che imponendo la sempre possibile giustiziabilità dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini di fronte agli atti della pubblica amministrazione, ne stabilirebbe dunque la necessaria (in senso deontico) corrispondenza alla legge[186].

Analizzare singolarmente le norme appena ricordate richiederebbe, per mole e difficoltà, un lavoro a parte: e d'altronde, non sono sicuro degli approdi a cui condurrebbe ai fini del presente progetto. Conviene qui cercare allora di trarre delle indicazioni di massima; di isolare, cioè, i percorsi della legalità[187] nella costituzione italiana secondo la nostra dottrina amministrativistica e di fissare alcune coordinate. Ritengo a questo proposito di poterne isolare quattro. Il primo attiene alla legalità nell'organizzazione, di

[183] V. per il rilievo F. SORRENTINO, ivi, 23 ss., e relativo paragone col principio del giusto procedimento. Da ultimo, per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale, si veda la sentenza n. 104/2007, che sembra finalmente aver ricosciuto fondamento costituzionale al principio del giusto procedimento correlandolo, in questo senso, alla separazione tra politica ed amministrazione.

[184] Per un riassunto dei termini della questione, v. G. CORSO, *Legalità*, cit., 5 ss., e riferimenti bibliografici *ivi* riportati

[185] Cfr. L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur*., vol. VXIII, Roma, 1990, 4 ss.

[186] Cfr. F. SORRENTINO, *op. cit.,* 22 ss.

[187] Quei *sentieri* che sono oggi *interrotti*, secondo Merusi.

cui agli artt. 95 c.1 e 2[188], 97 [189], 118 c. 1 e 2[190] e 114 c.1 e 2 Cost.[191]; il secondo attiene alla legalità nei fini, i cui principi e limiti si ritrovano agli artt. 97 c.1[192], 98 c.1[193], 2[194], 3[195], 4. c.1[196], 5[197], 9[198], 13 c.1[199] e 118 c. 1, 2 e 4 Cost.[200]; il terzo al versante della legalità nella funzione e nella giustiziabilità, di cui agli artt. 24[201], 28[202], 101[203], 103 c. 1 e

---

[188] Il Presidente del Consiglio dei ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promovendo e coordinando l'attività dei ministri.

I ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri.

[189] I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell'amministrazione.

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.

Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

[190] I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa.

I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno risorse autonome. Stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Dispongono di compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio.

[191] La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato.

I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione.

[192] I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell'amministrazione.

[193] I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione.

[194] La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

[195] Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e la uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

[196] La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

[197] La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento.

[198] La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica.

Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.

[199] La libertà personale è inviolabile.

[200] Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.

[201] Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

2[204], 111 c. 1, 2, 6 e 8[205] e 113[206] Cost.; ed infine, la legalità nella gerachia delle fonti, appunto, a cui vanno riferiti gli artt. 13 c. 2-5[207], 23[208], 41 c.3[209], 42 c.3,[210] 117[211], 118 c. 3

---

La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

[202] I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.

[203] La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge.

[204] Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.

La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge.

[205] La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. 35

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

[206] Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa

[207] Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

[208] Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge.

[209] La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

[210] La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.

[211] La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; b) immigrazione; c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose; d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi; e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie; f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo; g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali; h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale; i) cittadinanza, stato civile e anagrafi; l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa; m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; n) norme generali sull'istruzione; o) previdenza sociale; p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane; q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale; r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno; s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia

Cost.[212] e tutte le singole riserve di legge della prima parte della nostra Carta. Valga solo la precisazione, per il momento, che alcuni di questi articoli, ed in particolare quelli di cui al Titolo V, sono riportati nella formulazione a seguito delle modifiche apportate con la legge costituzionale n. 18 ottobre 2001, n. 3.

Sabino Cassese, tra gli altri, significativamente nega copertura costituzionale al principio, escludendo quindi che esso possa agire da 'metaregola' nei confronti del legislatore[213]: la Costituzione contiene solo «*nozioni vicine al principio di legalità*»[214], tra le quali le differenti riserve di legge, ma nè queste, nè l'art. 23 (perchè copre solo l'attività autoritativa dell'amministrazione), nè l'art. 113 (che ne rimetterebbe la definizione al giudice amministrativo) costituiscono base sufficiente del principio[215] - con ciò residuando, in capo all'amministrazione, «*ambiti [amministrativi] liberi, attribuiti alla prerogativa dell'esecutivo*»[216]. Guido Corso invece, pur ammettendo che ciascuna di

---

delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.

La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive.

La legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni.

Nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato.

[212] La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.

[213] S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, op. cit., 198 ss.

[214] Ivi, 198 ss.

[215] Ivi, 199 ss.

[216] Ivi, 199 ss.

queste disposizioni non lo enuncia specificatamente[217], sostiene che esso sia desumibile dal complesso di queste disposizioni[218]. In particolare, il controllo giurisdizionale previsto dall'art. 101 in termini di legittimità/illegittimità pare ipotizzabile solo ove vi sia una legge che preveda un parametro sostanziale su cui valutare l'azione amministrativa; ma ancora, e soprattutto, Corso chiarisce come l'art. 97 necessariamente si riferisca all'attività oltre che all'organizzazione, attività che deve essere informata dai principi di imparzialità e buon andamento - dunque la norma in questione può essere considerata una clausola generale che abbraccia tutta la fenomenologia del potere amministrativo.

Si può affermare, comunque, che la discussione sulla base o meno costituzionale del principio non sembra, in linea di massima, portare chiarezza definitiva, e cioè una definizione condivisa; quanto, piuttosto, sembra complicare le cose ancora di più. In questo senso, si può cominciare dalla distinzione tra legalità formale e legalità sostanziale: se per la prima, infatti, la base costituzionale è pressocchè riconosciuta uniformemente, è sulla seconda che si registra la maggiore spaccatura della nostra tradizione[219]. Con un *caveat*: il fatto che, come abbiamo visto, in entrambi i sensi spesso si sovrappone il principio di legalità a quello della riserva di legge, soprattutto per quanto riguarda la legalità in senso sostanziale, tanto che se ne potrebbe anche supporre la coincidenza. D'altronde la più recente giurisprudenza della Consulta conferma l'impostazione che vuole la legalità sostanziale ormai pienamente "radicata" nel testo costituzionale[220]. Sorrentino ne ricava quattro importanti conseguenze, che sembrano in questo senso confermare la nozione classica di legalità: in primis, la necessità che i provvedimenti amministrativi siano comunque esercizio di un potere specificatamente attribuito dalla legge; poi, la necessaria procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, come d'altronde da introduzione della l. n. 241/1990[221]; il procedimento allora va considerato forma necessitata della discrezionalità amministrativa, le cui motivazioni, e cioè i risultati del procedimento, devono essere espresse; questo, da ultimo, per permettere il controllo in sede giurisdizionale dell'atto, e quindi dell'attività,

[217] Sulla stessa posizione, forse per certi versi oggi quantitativamente maggioritaria in dottrina, v. L. CARLASSARE, *op. cit.*, *passim*; e poi vedi bibliografia riportata da M. D'AMICO, *Legalità (Dir. Cost.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV vol., Giuffrè, Milano, 2006, 3368 ss.

[218] V. G. CORSO, *Il principio di legalità*, op. cit., 5 ss.

[219] Cfr. F. SORRENTINO, *op. cit.*, 24 ss.

[220] V. Corte Cost., n. 307/2003.

[221] Come modificata ed integrata poi dalle leggi n. 15 e 80 del 2005.

amministrativa - controllo che, ancora una volta, non può ancora non avvenire se non raffrontando l'esercizio del potere alla previa disposizione legislativa[222].

### 1.5.2 Principio di legalità sostanziale, riserva di legge e preferenza della legge

Vi è poi la differenza tra legalità in senso strutturale, intesa come rapporto tra atti di livelli diversi, e legalità come principio di teoria delle fonti: che però anche in questo caso va "pericolosamente" ad avvicinarsi all'istituto della riserva di legge, con dunque una possibile elisione di almeno uno dei due. Ancora, si sottolinea da un lato la portata garantistica del principio, che abbiamo visto, costituisce l'origine (liberale) dell'idea stessa di supremazia della legge; dall'altro, se ne evidenzia il carattere democratico[223], come veicolo all'interno della pubblica amministrazione e della sua missione dei valori, ancora prima di essere principi, di uguaglianza e imparzialità. E ancora, la legalità in senso sostanziale viene comunemente suddivisa nel principio di carattere organizzativo ed in quello di carattere teleologico, che mira dunque ad ordinare nelle concrete modalità l'attività della pubblica amministrazione. Ma il problema principale, a ben considerare, resta ancora quello della sovrapposizione, o meno, con la riserva di legge. Bisogna *in primis* considerare il rapporto tra funzione legislativa e funzione amministrativa - tra legge e provvedimento.

A tale proposito, Riccardo Guastini ha, in una voce enciclopedica sul principio di legalità che è presto divenuta riferimento necessario di ogni lavoro successivo[224], individuato tre sensi in cui la 'conformità' - che denota una relazione e non una proprietà - di un atto alla legge può essere intesa. In un senso debolissimo, l'atto è conforme alla legge nel senso di "compatibilità" o mera "non contrarietà"[225]: ciò comporta che, in assenza di legge, l'amministrazione è libera di agire. In questo primo caso si parla anche di "preferenza della legge"[226]. In senso debole, è conforme l'atto autorizzato dalla legge: qui dunque non residuano spazi di libertà per l'amministrazione al di fuori dei casi previsti dalla legge stesse; la legalità qui è considerata di tipo (ancora) formale. In senso forte, o

[222] V. anche M. D'AMICO, *Legalità (Dir. Cost.)*, op. cit., 3369 ss.

[223] L. CARLASSARE, *op. cit.*, 5 ss.

[224] V. R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Utet, Torino, 1994, 84 ss.

[225] V. l'art. 4 delle disposizioni preliminari al codice civile, secondo cui «I regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge».

[226] V. R. GUASTINI, *Legalità*, cit., 91 ss.; G. CORSO, *Il principio di legalità*, op. cit., 5 ss.

sostanziale, da ultimo, il principio di legalità richiede che la legge predetermini forma e/o contenuto dell'atto: che è implicitamente autorizzato dunque ove rispetti quei parametri, ma diventa invalido in caso opposto[227].

Il problema diventa allora, in un ordinamento come il nostro - ma le considerazioni valgono, seppur con esiti differenti, anche per l'ordinamento tedesco[228] o per quello francese[229] -, quello di stabilire quale di queste interpretazioni vada privilegiata: oltretutto considerando che bisogna considerare la distinzione tra riserva di legge assoluta e relativa: con la prima, la materia sottoposta a riserva deve essere integralmente e sufficientemente disciplinata dalla legge; con la seconda, la legge può (deve?) stabilire i principi della materia, ma può delegare una fonte secondaria (regolamentare) ad integrare, nel dettaglio, la disciplina[230]. Si però all'ipotesi dei regolamenti c.d. "indipendenti"[231], come previsti dall'art. 17 della l. n. 400/1998 che consente al Consiglio dei Ministri di disciplinare con regolamento le materie in cui manchi del tutto una disciplina legislativa[232] e in cui non via sia una riserva esplicita - in questo dunque ipotizzando la versione in senso "debolissimo" del principio come individuata da Guastini[233]. *Quid iuris*?

Quest'ultimo sembra giungere alla conclusione che il principio di legalità, inteso in senso sostanziale, vale solo per le materie sottoposte a riserva assoluta di legge dalla costituzione, e ciò vorrebbe dire «*che il principio di legalità, così inteso, si sovrappone interamente all'istituto della riserva di legge (in regime, beninteso, di costituzione rigida)*»[234]; e nemmeno quello di legalità formale costituirebbe principio generale, per cui di certo residuerebbero spazi normativi alla disponibilità della potestà regolamentare del governo. A questo proposito viene in soccorso però la penetrante intuizione di Guido Corso, secondo cui[235]

---

[227] Cfr. anche M. D'AMICO, *Legalità (Dir. Cost.)*, op. cit., 3366 ss. e G. CORSO, *Il principio di legalità*, op. cit., 6 ss.

[228] Ivi, 6 ss.

[229] Cfr. ancora M. D'AMICO, *Legalità (Dir. Cost.)*, op. cit., 3366 ss.

[230] G. CORSO, *Il principio di legalità*, op. cit., 6 ss.

[231] Però vedi, sulla qualifica di regolamenti "indipendenti", le osservazioni ancora di Guastini, che distingue tra regolamenti indipendenti c.d. "*praeter lagem*" (emanati comunque su autorizzazione legislativa) e regolamenti indipendenti "spontanei", che invece verrebbero adottati in assenza di qualsiasi disposizione legislativa, *motu proprio* del governo. Entrambi vengono possono essere considerati contrari al principio di legalità: i secondi, escludendo l'esistenza nell'ordinamento di spazi amministrativi liberi; i primi, invece, considerando come incostituzionale la disposizione che li prevede, l'art. 17 primo comma let. c) della legge 400/1998, per contrasto con l'art. 113 Cost.; sul punto, v. R. GUASTINI, *Legalità*, cit., 94 ss.

[232] Consista essa in leggi o atti aventi forza di legge.

[233] Significativamente, per tutti, v S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, op. cit., 199 ss.

[234] Così R. GUASTINI, *Legalità*, cit., 96 ss.

[235] Così G. CORSO, *Il principio di legalità*, op. cit., 6 ss.

> *«è tuttavia sufficiente considerare che la pubblica Amministrazione è, fra le altre cose, una materia sottoposta a riserva di legge (art. 97 Cost.; ma anche art. 117 comma 2 lett. f) e g): sicché non è ammissibile l'esercizio di una potestà regolamentare senza una base legislativa. Anche se la materia disciplinata dal regolamento non riguardasse l'amministrazione (ma, ad esempio, solo rapporti fra privati), autore del regolamento sarebbe pur sempre un ente o un organo dell'amministrazione: un elemento o una parte di quella "materia" che l'art. 97 sottopone a riserva di legge, perché la legge è la sola fonte abilitata a determinare "le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità dei funzionari" (così il comma 2)».*

In questo senso, dunque, la riserva di legge sulla materia "amministrazione" conferma l'operatività nel nostro ordinamento del principio di legalità sostanziale nei confronti dell'azione amministrativa considerata nel suo complesso; a questa impostazione può ricondursi la tesi interpretativa che considera la riserva di legge un rafforzamento del principio di legalità[236]. Principio di legalità sostanziale che viene ormai constantemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale, soprattutto quando la Consulta riscontra l'assoluta indeterminatezza del potere delegato ad una pubblica amministrazione da parte dell'organo avente funzioni legislative[237]. Da qui muove un'ulteriore considerazione.

Come abbiamo visto, la distinzione tra legalità formale e legalità sostanziale, che opera tra legge e provvedimento, viene duplicata anche al livello superiore, cioè tra legge e costituzione. Quindi non solo la legge deve essere promulgata secondo procedure pre-stabilite, ma adesso deve anche rispettare delle norme di carattere sostanziale, che riguardano cioè i suoi contenuti. Ciò sembra allora poter chiarire il rapporto tra riserva di legge e principio di legalità: la prima riguarda il rapporto tra costituzione, legge e potere *normativo* dell'amministrazione ed in particolare del governo, nel senso che il suo mancato rispetto comporta l'incostituzionalità della legge che non ha disciplinato, o ha disciplinato in maniera del tutto insufficiente, degli ambiti regolativi ad essa riservati[238]; il secondo si applica invece a tutta l'attività amministrativa, non solo a quella normativa, ed

---

[236] Cfr. G. BERTI, *Diritto amministrativo. Memorie ed argomenti*, Cedam, Padova, 2008; vedi anche L. CIMELLARO, *op. cit.*, 119 ss.

[237] V. C. cost., 7 ottobre 2003, n. 307; Id., 7 luglio 2005, n. 2726; da ultimo, Id., 6 febbraio 2009, n. 32, su cui vedi il commento di A. BARAGGIA, *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità. Brevi riflessioni a margine della sentenza 32/2009*, in *le Regioni*, 2009. Sulla giurisprudenza della Corte, v. anche M. D'AMICO, *Legalità (Dir. Cost.)*, op. cit., 3370 ss.

[238] Cfr., in senso che sembra conforme, M. D'AMICO, *Legalità (Dir. Cost.)*, op. cit., 3369 ss.

il suo mancato rispetto comporta a sua volta l'*illegittimità* dell'azione amministrativa, e cioè del provvedimento. Il mutamento sembra chiaro:

> *«Se in ordinamenti a costituzione flessibile la riserva di legge si risolve nell'aspetto negativo del divieto, posto alla fonte regolamentare, d'intervenire autonomamente nelle materie riservate, in quelli a costituzione rigida, non potendo la legge disporre della propria competenza, a quello negativo si aggiunge un aspetto positivo, consistente nella necessità che la legge disciplini compiutamente la materia riservata»*[239].

Ciò nonostante, il labile confine teorico tra riserva assoluta e riserva relativa, e la considerazione che quest'ultima comunque tende in ultima istanza alla limitazione del potere discrezionale dell'autorità, sembra complicare nuovamente le cose: infatti

> *«come l'esistenza di una riserva relativa impone alla legge di dettare le norme fondamentali volte a circoscrivere la potestà regolamentare dell'esecutivo, così il principio di legalità sostanziale richiede al legislatore di formulare norme idonee a delimitare le scelte discrezionali dell'amministrazione. Si può allora dire che la riserva di legge, dove è prevista, assume una posizione complementare rispetto al principio di legalità. Posto che il principio di legalità abbia carattere tendenzialmente universale, la riserva di legge, anche se relativa, richiede qualcosa di più della previsione legislativa del potere, pretendendo che esso sia indirizzato dal legislatore, nel senso che le "scelte caratterizzanti" di una certa disciplina siano da questo effettuate»*[240].

### 1.5.3 Della mancanza di una nozione condivisa

Queste mi sembrano essere le coordinate, che appunto non sembrano risolutive molto verso una soluzione del problema definitorio. Che è anche, se per questo, determinato da altri fattori, ed in particolare da altre polisemie, come quella riguardante ad esempio la nozione di "legge"[241]. A seconda infatti che si intenda "legge" in senso formale, e dunque come atto dell'organo titolare della funzione legislativa ordinaria, o che invece la si intenda in senso "materiale", e cioè come norma o insieme di norme

[239] Così F. SORRENTINO, *op. cit.,* 25 ss.
[240] Così F. SORRENTINO, *op.cit.*, 26 ss.
[241] Cfr. R. GUASTINI, *Legalità*, cit., 85 ss.

giuridiche[242], intese come "classe", il principio di legalità acquista dimensioni diverse: in un caso ponendosi come regola valida nei confronti del potere esecutivo e giudiziario ma non verso il potere legislativo stesso; nell'altro, andando a coprire anche la funzione propriamente legislativa, e dunque costituendo il paradigma dello stato *costituzionale* di diritto. Qui in discussione è il luogo della sovranità, che nel primo caso risiede nel parlamento, nel secondo nella Costituzione - e allora, partendo da questa considerazione, si può interpretare il passaggio dallo stato legislativo di diritto allo stato costituzionale di diritto proprio in questo *spostamento* della sovranità[243].

O ancora, dal punto di vista oggettivo, ci si chiede (ancora) se il principio si applichi a tutti gli atti della pubblica amministrazione, con un criterio riferito al soggetto che li emana, o se piuttosto esso di limiti a quegli atti c.d. autoritativi, nei quali si fa uso precisamente della potestà decisoria unilaterale dell'amministrazione, con esclusione dunque di tutti quegli atti – l'area c.d. di regime paritario – in cui l'amministrazione non spende il potere pubblico ma agisce come i privati, con gli strumenti del diritto privato. E altre distinzioni provengono in questo senso dall'analisi della giurisprudenza: si pensi all'ampiezza stessa del principio, se esso informi solo l'attività esterna (ed in questo caso, ancora, considerando la distinzione tra attività di regolazione e attività di prestazione) o anche quella interna, col rilievo dato, negli ultimi decenni, agli atti endoprocedimentali[244].

Non stupiscono allora teorizzazioni minimaliste, secondo cui «*il principio di legalità ha una valenza limitata ed esprime semplicemente l'esigenza del rispetto della legge, quando questa vi sia. L'esistenza della legge, tuttavia, non discende dal principio di legalità, ma dalla riserva di legge*»[245]. L'introduzione della Costituzione rigida è rilevante solo nel momento in cui essa disciplina le materie che *non* possono essere affidate alla potestà amministrativa senza una previa legge (autorizzativa o di dettaglio); ma non influisce sulla valenza della legalità costituzionale, anche anzi troverà ben presto altre fonti da cui essere determinata. E, soprattutto, la funzione amministrativa viene (già) concepita come una funzione *fluida*, non categorizzabile dallo strumentario concettuale del positivismo - giova forse qui ricordare come lo stesso Kelsen relativizzi la distinzione tra creazione ed applicazione del diritto[246] -, ma come una specie di motore "immobile" della vita pubblica, il cui operato può essere solo controllato, a posteriori, dalle corti. Tale

[242] Ivi, 85 ss.
[243] IVI, 86 ss.
[244] Cfr. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, op. cit., 201; v. V. A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 117 ss.
[245] Così S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, op. cit., 202 ss.
[246] H. KELSEN, *General Theory of Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1991.

è l'impostazione che, di fatto, asserisce il superamento ormai avvenuto del principio, a favore di un europeizzante *rule of law*.

All'altro estremo, invece, si pongono gli interpreti[247], nonchè come ricordato la stessa Corte costituzionale[248], secondo cui [249]:

> *«se si muove dall'idea che il provvedimento amministrativo è esercizio di un potere autoritativo, che gli consente di creare, modificare o estinguere diritti dei singoli - nel che sta appunto la sua imperatività -, ne discende che esso non può non trovare nella legge il proprio fondamento giuridico. Ciò deriva sia dal complesso delle disposizioni costituzionali prima richiamate, sia dalla considerazione che, nascendo i diritti dalla legge, solo la legge può prevedere le vicende relative alla loro creazione, modificazione o estinzione».*

Valga l'icastica definizione del principio che ne dà Massimo Severo Giannini, secondo cui «*l'atto autoritativo di un pubblico potere deve avere come supporto una norma, la quale ne regoli il possibile contenuto e gli effetti giuridici*»[250]. Così si esplicita il *trade-off* tra autoritatività e legalità: alla prima, attributo eccezionale del potere pubblico che lo differenzia dai poteri dei privati, devono fare cioè da contralto la tipicità di contenuto (nominatività) e la tipicità degli effetti giuridici[251], che come tali non possono non essere quelli previsti ed in quanto tali autorizzati dalla legge[252]. L'osservazione, a ben considerare, non si limita alle funzioni c.d. limitative, tra cui classico esempio è quella di espropriazione a fini di pubblica utilità: ma vale anche per le funzioni c.d. ampliative, tra cui ad esempio quelle concessorie ed autorizzatorie più in generale. Ciò non solo perchè tali funzioni possono dirsi ampliative in senso solo derivato - in realtà esse presuppongono alla base una limitazione delle facoltà dei privati inerenti ad un dato diritto soggettivo, come la proprietà o l'iniziativa economica[253]; quanto, perchè esse possono dirsi ampliative in senso spesso solo "relativo", relativo cioè al solo soggetto che ne beneficia; mentre possono allo stesso tempo assumere carattere di provvedimento "negativo" o "limitatorio" (delle predette libertà) per altri soggetti che perseguono lo

---

[247] V. per tutti L. CARLASSARE, *op. cit.*, 4 ss.
[248] V. sul punto M. D'AMICO, *Legalità (Dir. Cost.)*, op. cit., 3370 ss.
[249] Così F. SORRENTINO, *op. cit.,* 23 ss.
[250] M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, 261 ss.
[251] Cfr. G. CORSO, *Il principio di legalità*, op. cit., 5 ss.
[252] Questo vale per le eccezioni, che Corso definisce "tipiche" a loro volta, cfr. ivi, 5 ss.
[253] Ivi, 6 ss.

stesso interesse[254]. L'altra componente di questa versione sostanziale del principio di legalità amministrativa è quella procedimentale, che dunque ne conferma la sottoposizione a limiti non soltanto dei fini ma anche dei mezzi[255]: in questo senso è biunivoco il legame tra forma [del procedimento] e sostanza [del provvedimento][256] , con la legalità del primo, e cioè il rispetto e della legge sul procedimento e delle norme procedimentali speciali, che si riflette sulla legittimità del secondo, nel senso di giustificabilità, come tale sostanza stessa del possibile ricorso alla giurisdizione, dell'attivazione delle speciali pregorative pubblicistiche. Tale "giustificabilità", concetto che sembra potersi definire come uno *specimen* della più estesa categoria della "legittimità", è appunto il contrappeso della potestà pubblica e della sua specialità rispetto ai poteri dei privati, che in quanto frutto di auto-nomia, possono essere di norma esercitati a totale discrezione del soggetto; mentre «*i poteri amministrativi possono essere usati solo in presenza dei presupposti che ne consentono od impogono l'esercizio*»[257]. Ecco dunque la rilevanza, teleologica oltre che strutturale, [delle forme] del procedimento, che dunque non costituisce solo necessaria forma della funzione, ma assolve, come risultante dalla motivazione e per il tramite concreto dell'istruttoria, il compito di esplicitare i presupposti di fatto - oltre che le ragioni giuridiche, v. art. 3 l. n. 241/1990 - che comportano la "spendita" del potere autoritativo[258].

### 1.6 Crisi e trasfigurazione del principio? L'emergere della nuova nozione "aperta" della legalità amministrativa nello stato post-costituzionale

Se questa comunque è, o meglio era, la nozione “chiusa” più diffusa del principio di legalità amministrativa, per come elaborata dai grandi maestri del diritto amministrativo e dalla Corte costituzionale, si capisce bene perchè ormai da decenni si parli di crisi della legalità stessa. Come abbiamo già avuto modo di sottolineare, il fenomeno in realtà coinvolge più ordinamenti anche a livello *inter*- e *supra*-nazionale; ma

[254] Si pensi al caso del rilascio di licenza sottoposto a contingentamento...

[255] G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 3 ss.; la considerazione mezzi-fini tornerà utile nel considerare l'amministrazione di risultato.

[256] Legame che verrà spezzato con l'art. 21-octies della l. n. 241/1990.

[257] Così G. CORSO, *Il principio di legalità*, op. cit., 3 ss.

[258] Cfr. ivi, 3 ss.

è nei singoli settori disciplinari, ed in particolare in quello amministrativo, che ha i suoi effetti più dirompenti. Per quasi ognuno dei sensi di legalità che abbiamo più sopra individuato si può parlare di crisi, e questo a dimostrazione di un fenomeno che non coinvolge solo specifici istituti o singole teorie od interpretazioni; quanto piuttosto che va ad attaccare le stesse fondamenta del sistema. La crisi è appunto crisi della legge dello stato (di diritto)[259], per come elaborata dall' 800 sino ad adesso, e secondo un rilevante orientamento in dottrina come detto nella premessa meta-teorica, comporta il passaggio dal *principio* di legalità alla *regola* di legalità. Vediamo come, partendo dalla crisi della legalità sostanziale e di quella formale, per poi analizzarne i macro-fattori.

È in crisi la legalità formale, intesa sia nel senso di superiorità della legge rispetto agli atti amministrativi, sia nel senso di previsione di forme necessarie di questi ultimi per essere considerati validi, anche per quanto riguarda le c.s. forme "procedimentali". In questo senso il procedimento amministrativo può essere preso a paradigma della parabola della legalità del nostro diritto amministrativo: dall'approvazione della legge (organica) sul procedimento, avvenuta nel 1990 e salutata uniformemente come un traguardo di civiltà raggiunto dalla nostra cultura civile e politica dal dopoguerra ad allora, nella tutela degli interessi pubblici e privati coinvolti dalla funzione amministrativa; all'attuale sentimento sempre più di diffuso di insofferenza verso la procedimentalizzazione dell'attività, considerata, per un verso, un *in-debito* rallentamento delle potestà economiche dei privati, che in questo senso dovrebbero essere liberate dal "soffocante giogo pubblico"; dall'altro, come una *in-utile* previsione di garanzie [formali] che ben possono essere espletate da altre istituti, magari propri (e proprio) del diritto privato. Come vedremo nel terzo capitolo, l'art. 21-*octies*, e l'evoluzione che ha portato dalla previsione della dichiarazione di inizio attività alla recentissima certificazione sostitutiva di inizio attività, grottescamente ribattezzata SCIA, rapprentano i portati normativi di queste impostazioni non solo pratiche ma teoriche[260].

Non è da meno la legalità intesa in senso sostanziale, d'altronde. A questo sarà dedicato in particolare il secondo capitolo, con l'esposizione di alcuni indirizzi che costituiscono vere e proprie negazioni della legalità nel senso che sarà compiutamente esplicitato alla fine di questa prima del lavoro. Il confine è quello tra stato e società, da una parte, e tra stato e mercato, dall'altro: confine che come detto, significativamente, in

[259] L. CIMELLARO, *op. cit.*, 117 ss.

[260] Per tutti, v. N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 748 ss.

entrambi i casi è giuridicamente rappresentato dal diritto amministrativo. Ebbene, in questo senso la "crisi" si manifesta in una continua, e sempre più ampia, riallocazione di funzioni, e (spesso) conseguente trasformazione di regimi giuridici, dal primo termine del rapporto ai secondi – società e mercato – che non vengono a coincidere, almeno secondo una certa interpretazione di entrambi[261].

Gli esempi sono innumerevoli, già in parte citati, e dunque mi limito qui a richiamare quelli che costituiranno oggetto di analisi nel secondo capitolo: in particolare, partendo dall'analisi del fenomeno gius-economicista, prenderò in considerazione, a parte la privatizzazione delle funzioni, l'indirizzo della c.d. amministrazione di risultato, che ha negli ultimi anni contribuito a modificare il paradigma di legittimità dell'azione dei pubblici poteri, con il passaggio dall'amministrazione per i cittadini all'amministrazione per i consumatori; per poi passare, sul crinale tra stato e società, alle riforme ispirate dal principio di sussidiarietà orizzontale, nel rovesciamento del paradigma di supremazia dell'interesse pubblico rispetto all'interesse privato, a scapito dei c.d. contro-interessati, e cioè dei terzi. In questo senso, secondo una interpretazione più risalente nel tempo ma tornata *in auge* negli ultimi anni, lo stesso principio di legalità «*risulterebbe superato – come superfluo – perchè superata sarebbe la contrapposizione fra comunità e Stato-amministrazione*»[262]. Il percorso insomma è abbastanza nitido nei suoi passaggi principali: si tratta della "riduzione della sfera pubblica"[263], per citare il titolo di una delle opere che saranno al centro dell'analisi, a vantaggio della sfera privata; in altre parole, il superamento di una certa idea di stato, e relativa amministrazione, le cui veci vengono ripartite tra [regola del] mercato e [auto-amministrazione della] società, in attuazione di una *vera* democrazia, non eterodiretta dal potere pubblico, ma lasciata allo spontaneo formarsi e modellarsi delle forze che agiscono sul mercato, secondo i dettami del liberalismo moderno che vede i suoi maggiori riferimenti in Hayek, Leoni e Humboldt e che ha trovato più recentemente sostenitori propriamente "giuridici" come Paolo Grossi[264].

### 1.7 I fattori della crisi, della legge [e] dello stato.

[261] Che sia un cambio qualitativo o quantitivo, il risultato è un indebolimento delle garanzie.
[262] Così L. CARLASSARE, *op. cit.*, 5 ss., citando Satta.
[263] Cfr. Cfr. M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, passim.
[264] V, L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, Cedam, Padova, 2006, e riferimenti ivi riportati.

### 1.7.1 L'estensione del diritto amministrativo. Dallo stato liberale allo stato sociale

Il primo fattore di crisi della legalità, sul quale si trovano d'accordo tutti gli osservatori, è nel passaggio stesso dallo stato liberale al *welfare* state novecentesco; dallo stato monoclasse allo stato pluriclasse. In questo senso è un dato di fatto, dimostrato da rilevazioni statistiche, che vi è un parallelismo tra l'affermazione del suffragio universale e lo sviluppo, quantitativo, delle amministrazioni pubbliche[265]. L'utilizzo del termine al plurale non è casuale: infatti è in questo periodo che si delinea il modello amministrativo decentrato, non solo in senso territoriale ma soprattutto in senso funzionale, con la moltiplicazione delle strutture e degli strumenti di intervento. Aumentano i ministeri, inizia il periodo della gestione pubblica dell'economia, attraverso aziende ed i primi enti pubblici economici (INA) - e giova ricordare, a questo proposito, che «*le statizzazioni non vennero effettuate sulla base di una idelogia statalista*»[266]; ma per esigenze di servizio, visto che le modalità gestorie precedenti, ed in particolare le concessioni ai privati, non garantivano i livelli aspettati. Si passa insomma dalla pubblica amministrazione dello stato liberale alle pubbliche amministrazioni che saranno il centro vitale dello stato sociale, ed è proprio questo disgregamento dell'unità amministrativa che costituisce il primo fattore di crisi della legalità. Al disgregamento organizzativo infatti sono strettamente collegati due fenomeni non meno rilevanti: l'ipertrofia normativa e la nuova inclusività degli interessi di cui le pubbliche amministrazioni si fanno carico. Si torna quindi allo stato pluriclasse, al suffragio universale, ed all'aumento in senso quantitativo della sfera pubblica[267], che troverà fine solamente negli ultimi venti anni del secolo scorso; in questo senso Rossi[268] osserva che

> *«In sostanza agli inizi del '900 dal punto di vista normativo, lo strumento organizzativo e dell'agire amministrativo nel welfare state era già chiaramente delineato e le modifiche che ha ricevuto durante il secolo, fino agli ultimi due decenni, per quanto importanti, non sono state tali da modificare la struttura essenziale. L'evoluzione della sfera pubblica è stata, fino agli anni recenti, nel senso di un accrescimento continuo sia della gestione di attività e di servizi e di produzione di beni, sia degli strumenti giuridici posti a disposizione della pubblica*

[265] Cfr. G. ROSSI, op. cit., 32 ss.
[266] Cfr. G. ROSSI, op. cit., 33 ss.
[267] Cfr. M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, passim.
[268] Così G. ROSSI, op. cit., 35 ss.

*amministrazione per indirizzare e controllare le attività economiche dei privati».*

Vedremo fra un momento come tutto questo si ripercuota sulla legge, qui intesa in senso di atto legislativo del parlamento. Resta però da menzionare la discrezionalità: che in questa espansione della sfera pubblica si pone sempre di più come paradigma stesso dell'attività amministrativa. Il perchè sembra chiaro: nonostante l'ipertrofia legislativa, il parlamento non riesce del tutto a "stare al passo" dei compiti che l'amministrazione viene ad assumere, quantomeno non a disciplinare tutte queste nuove fattispecie compiutamente - e perciò, l'area dell'attività discrezionale si espande incessantemente, anche se in certo senso, a "macchia di leopardo". Dal lato delle garanzie, in risposta, si comincia il lungo processo di giurisdizionalizzazione della giustizia amministrativa, la cui tappe principali sono ovviamente prima nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865 e successivamente nella legge del 1889 che istituì la quarta Sezione giuridizionale del Consiglio di Stato.

### 1.7.2 Il disgregramento della centralità legislativa

Espansione della sfera pubblica, stato pluriclasse, *welfare state*. Muta dunque lo stato e non può, allo stesso tempo, non mutare il suo diritto, il suo nomos, che in questo caso si risolve interamente nella lex. Mutano cioè il ruolo, e la forma/funzione, della legge parlamentare: indiscussa protagonista, prima, degli stati rivoluzionari e, poi, dello stato liberale di diritto; quello che Ferrajoli puntualmente identifica come "stato legislativo di diritto", per distinguerlo da quello "costituzionale" (rigido). Il primo punto, il mutamento del ruolo, è proprio quello espresso dalla classificazione ferrajoliana, e cioè che la costituzionalità supera, in tutti i sensi, la legalità. Il parlamento, la cui attività e funzione (politica) erano per definizione libere nei fini, adesso è subordinato alle norme costituzionali, che non sono più norme solo formali, ma sono anche norme sostanziali che impongono obblighi e divieti al legislatore. La sovranità ora appartiene al popolo, non più al parlamento, che la esercita nelle forme e nei limiti della costituzione. Destino, verrebbe da dire, quasi beffardo: lo strumento normativo ideato come ulteriore garanzia della legalità in realtà ne costituisce, almeno per quanto riguarda il senso fino a questo momento predominante, il superamento. Si capisce molto bene pensando all'immagine di

un'azione amministrativa che, seppur cominciando ad esplorare nuovi moduli e funzioni, ancora trova il suo fondamento ultimo, ed unico, nella legge:

> *«Il principio di legalità dell'amministrazione nell'impostazione tradizionale individuava un rapporto nel quale la legge costituiva l'esclusivo parametro di riferimento cui l'amministrazione doveva attenersi nello svolgimento della sua funzione. Tale impostazione era coerente con l'esistenza di un ordinamento monista, all'interno del quale la funzione legislativa era centralizzata in capo ad un solo soggetto e il sistema delle fonti ruotava intorno al criterio della gerarchia, torvando solo residuale applicazione quello della competenza»*[269].

La gerarchia legge-provvedimento viene inizialmente spezzata proprio dalla costituzione rigida, e da questo punto di vista "l'agente amministrativo" si trova davanti una prospettiva del tutto nuova: quella della legge invalida, perchè in contrasto con le norme costituzionali. In tal senso vale il riferimento al concetto di "democrazia mite",

> *«per il quale non basta il conformarsi della pubblica amministrazione alla legge, in quanto occorre sempre tener presente come, affinchè l'agire amministrativo possa considerarsi effettivamente legittimo, si richieda una legittimità ulteriore, la quale si sostanzia nella conformità del precetto legislativo che guida l'amministrazione con la fonte superiore alla stessa legge, ossia la Costituzione: dunque la legittimità dei poteri attribuiti (o degli atti disciplinati) dai precetti legislativi deve raffrontarsi in ultima analisi ai precetti costituzionali, cui del resto la norma di legge deve essere conforme, pena la sua stessa illegittimità»*[270].

Ma tale crisi per quanto riguarda il ruolo è bidirezionale, perchè se la costituzione rigida influisce dall'alto, allo stesso tempo vi è un mutamento sempre di carattere verticale ma stavolta verso il basso, nel modello a gradi dell'ordinamento. Questo perchè il ruolo della legge viene compromesso anche dal fenomeno appunto chiamato di "delegificazione"[271], e cioè della tendenziale e sempre maggiore devoluzione di potestà autoritative al governo, come dimostrato dalla centralità che strumenti di normazione

---

[269] Così P. SALVATORE, *La legalità nell'amministrazione* (Relazione svolta nell'Aula magna del Palazzo di giustizia, S. Angelo dei Lombardi, 28 aprile 2007), in *Giurisdizione amministrativa*, III, 2007, 98 ss.

[270] Così L. CIMELLARO, *op. cit.*, 124 ss.

[271] V. L. CINNANTE, *Pubblica amministrazione e trasformazioni dell'ordinamento*, Jovene, Napoli, 2007, 117 ss.

quali decreti legge, decreti legislativi, regolamenti esecutivi o di delegificazione, hanno assunto nella teoria delle fonti[272].

Dall'altro lato, muta anche la stessa forma/funzione della legge parlamentare che, nel nuovo scenario dello stato sociale e costituzionale, tende a perdere i caratteri di generalità ed astrattezza per come disegnati dal modello kelseniano dello *Stufenbau*. In altre parole,

> *«è diventato evidente un processo di trasformazione della legge da meccanismo di selezione degli interessi meritevoli e di posizione di regole generali ed astratte in strumento di riconoscimento di una serie potenzialmente indefinita di diritti ed interessi - spesso enunciati direttamente dalle carte costituzionali o, al contrario, concretamente configurati dalla giurisprudenza - e di posizione di regole speciali, volte a disciplinare, nel migliore dei casi, microsistemi. Se la legge non seleziona un numero limitato di interessi meritevoli, ma riconosce una pluralità di interessi, potenzialmente fra loro confliggenti - l'occupazione e l'ambiente, lo sviluppo industriale e la salute, la concorrenza e la tutela di produzioni tradizionali, la tutela e la valorizzazione dei beni culturali - la scelta su quale interesse debba prevalere in concreto si sposta in capo all'amministrazione, la quale dà sì attuazione alla legge, ma con un margine di discrezionalità sempre più ampio e sempre più difficile da controllare mediante il mero richiamo alla legge stessa»*[273].

Le leggi-provvedimento sono il portato naturale di tale tendenza[274]. A questo si aggiunga, ancora, un ulteriore fattore, collegato ma non meno rilevante, e cioè il progressivo scadimento qualitativo della legge parlamentare stessa. Questa è una considerazione che può essere sviluppata solo per brevi cenni nel contesto di questo lavoro, e su cui si deve rimandare a ben altri scritti[275]. Si può affermare comunque senza dubbio che l'ampiezza e la frequenza degli interventi legislativi, spesso e volentieri anche sulla stessa materia (si pensi agli interventi del 2005 sulla legge del procedimento, tanto per citare un esempio a noi amministrativisti vicino), non trova giustificazioni a livello giuridico-razionale, ma anzi

> *« sembra soprattutto ispirato dalla tendenza ad usare la legge non tanto come un veicolo di regole, quanto come uno strumento*

[272] Cfr. L. CIMELLARO, *op. cit.*, 125 ss.
[273] Così L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, op. cit., 17 ss.
[274] Si rinvia, ancora, a S. SPUNTARELLI, *op. cit.*, e relativa bibliografia.
[275] Si veda, per tutti, la comprensiva critica di L. VANDELLI, *Psicopatologia delle riforme quotidiane. Le turbe delle istituzioni: sintomi, diagnosi e terapie*, Il Mulino, Bologna, 2006.

*mediatico, la cui utilità si esaurisce con l'annuncio. La capacità decisionale e di governo si arresta all'adozione di testi legislativi, spesso di pessima fattura, mentre cosa accada, poi, nella (eventuale) fase di attuazione non interessa più, rinunciandosi così ad ogni vera azione di razionalizzazione e riforma amministrativa»*[276].

Il riscontro di tale affermazione si rinviene facilmente nel contenzioso innanzi la Consulta[277], ed a questo proposito non sembra doversi aggiungere nulla alle parole dell'attuale Presidente della Corte, che nella conferenza stampa di inizio anno ha dichiarato:

*«La notevole diffusione di interventi legislativi parziali, se non provvisori (si rifletta anche solo su ciò che producono i numerosi decreti legislativi di tipo correttivo) pesa non poco su chi deve giudicare della legittimità costituzionale delle leggi. Se negli anni trascorsi sono state adottate sentenze importanti sui decreti legge, nel 2010 non poche sentenze della Corte si sono dovute riferire all'applicazione più o meno corretta dell'articolo 76 della Costituzione, che disciplina appunto la delega legislativa o hanno dovuto faticosamente ricostruire determinate situazioni normative in quasi continua trasformazione nel tempo»*[278].

Insomma la crisi di un modello, come quello dello stato di diritto e del primato parlamentare nella teoria delle fonti, causato non solo da fattori "esterni" come quelli che stiamo analizzando, ma anche da cause "interne"[279]: tra le quali appunto la "crisi della rappresentanza politica" italiana che ormai da più di trenta anni costituisce oggetto di analisi empiriche e teoriche nelle diverse discipline. Come vedremo, attribuire più rilevanza agli uni o agli altri comporta significative conseguenze quando si tratta di giungere alle conclusioni dell'analisi ed alle riflessioni più propriamente normative.

### 1.7.3 L'ulteriore frammentazione istituzionale e normativa

[276] L. TORCHIA, *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo*, reperibile in *www.astrid-online.it*, 4 ss.

[277] V. la relazione sull'attività della Corte nell'anno 2010, reperibile all'indirizzo *http://www.federalismi.it/ApplMostraDoc.cfm?Artid=17536*.

[278] Il testo è disponibile in *http://www.federalismi.it/ApplMostraDoc.cfm?Artid=17535*.

[279] Si pensi ai lavori di Teubner.

In una ricostruzione storico-teorica le cui direttrici non sono sempre precisamente isolabili, quantomeno per i limiti dello scrivente, alle dinamiche appena esposte, dalla seconda metà del secolo scorso, se ne aggiungono, e sovrappongono in un certo senso, altre, di rilevanza pari se non addirittura maggiore[280]. Innanzitutto, il fenomeno di attrazione verso l'alto, nella concezione a gradi dell'ordinamento, della sovranità come potestà normativa ultima, non si ferma alla costituzione rigida. Vi è però una distinzione preliminare da effettuare a questo proposito: bisogna infatti considerare separatemente le "cessioni" di sovranità, in questo senso dunque attribuibili alla volontà espressa dal popolo sì sovrano, anche ma non solo per il tramite dei suoi rappresentanti[281]; da quelle che definirei viceversa "appropriazioni" di sovranità, cioè cambiamenti nella potestà regolativa in un determinato ambito non sanciti da decisioni politiche e/o popolari, quanto piuttosto *imposti* dalla globalizzazione economica e finanziaria.

Ovviamente mi riferisco, per quanto riguarda le prime, all'integrazione europea, che nasce come integrazione economica nelle comunità europee e lentamente, più lentamente forse di quanto ci si augurasse[282], muta nell'integrazione politica nell'Unione Europea. Ad oggi l'integrazione, seppur lungi dall'essere completa, tende a riguardare tutti le funzioni tipicamente statali - quella legislativa, quella amministrativa e quella giurisdizionale[283]. Essa ha trovato ingresso nella costituzione, nella legislazione e soprattutto nella giurisprudenza delle nostre corti - diventando, a pieno titolo oggi, un nuovo e diverso, nonchè ormai predominante, parametro di riferimento per la vita politica e sociale del nostro paese. Il processo non si ferma qui, ancora, se solo consideriamo poi la sempre maggiore integrazione a livello internazionale, sia nelle forme, per certi versi ibride, come quelle ad esempio della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che sembra aver finalmente[284] trovato sistemazione nelle fonti dell'Unione Europea con l'approvazione del Tratto di Lisbona; sia nelle forme più proprie dei trattati internazionali, che ormai regolano rilevanti aspetti della vita economico-sociale.

Le seconde, invece, sono uno dei portati del processo di globalizzazione economico-finanziaria che non può non essere considerato come un fattore ormai

---

[280] Cfr. L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, op. cit., 17 ss.

[281] Basti pensare il no popolare al Trattato costituzionale.

[282] Sia concesso il rinvio a P. SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico comunitario*, 5/2009, 855 ss.

[283] Cfr. sul punto L. CIMELLARO, *op. cit.*, 122 ss.

[284] Non pochi sono i dubbi infatti sulla effettiva desiderabilità del richiamo alla CEDU contenuto nell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea come risulta dalle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona: per alcune considerazioni preliminari, sia ancora consentito il richiamo a P. SANDRO, op. cit. passim.

predominante in ogni settore della fenomenologia giuridica. Qui globalizzazione viene intesa nella definizione datane da Susan Strange e poi fatta propria, tra gli altri, nel nostro paese da Maria Rosaria Ferrarese, che in diverse occasioni ha trattato il tema con originalità di vedute e profondità di analisi davvero esemplari. Globalizzazione viene così intesa come il passaggio sempre maggiore di consegne, nel senso di poteri che una volta sarebbero stati definiti senza dubbio pubblici, dagli stati ai mercati.

> *«La definizione di Strange viene preferita ad altre (quella di Giddens, ad esempio) perché mette in luce l'aspetto rivoluzionario del processo di globalizzazione. Infatti, se intesa solo come "intensificazione delle relazioni sociali mondiali che collegano tra loro località distanti facendo sì che gli eventi locali vengano modellati dagli eventi che si verificano a migliaia di chilometri di distanza e viceversa" (Giddens,* Le conseguenze della modernità*), la globalizzazione appare come una semplice evoluzione del capitalismo. I tratti rivoluzionari di questo processo emergono solo da un'analisi dei mutamenti che esso induce nella sfera istituzionale, intendendo con questo termine sia la sfera statale che quella della giuridicità»*[285].

Soprattutto appunto in ambito economico-finanziario, ma a cascata in ogni altro settore degli ordinamenti nazionali, decisioni di natura fondamentale vengono ormai prese da organismi ormai non più riconducibili all'espressione della sovranità dei singoli stati - mi riferisco ad istituzioni come il Fondo Monetario Internazionale (IMF), la Banca Mondiale (WB), L'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO), originate dagli accordi di Bretton Woods (New Hampshire, USA) del 1944 e diventate operative un anno più tardi, le cui politiche con il passare del tempo si sono progressivamente allontanate dagli obiettivi per cui erano state istituite e che hanno cominciato a perseguire obiettivi macroeconomici autonomi, sfociati poi nel paradigma del c.d. *Washington Consensus* che ha dominato la visione globale negli ultimi trenta anni diventando, per certi versi, il pensiero unico della globalizzazione. Tali politiche sono state negli ultimi anni oggetto di totale revisione critica non solo dagli oppositori della globalizzazione, sia a livello sociale che giuridico, ma anche a livello economico, e soprattutto da parte di chi di queste istituzioni ha fatto parte e di certo non può essere considerato un "nemico" della globalizzazione. Il riferimento è ovviamente al premio Nobel per l'economia Joseph E.

[285] Così L. RE, *Recensione* a M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, in *Jura Gentium*, I (2005), 1 ss.

Stiglitz, su cui così si esprime Beniamino Lapadula[286] a proposito di *La globalizzazione e i suoi oppositori*, uno dei suoi lavori di maggior successo:

> *«Le piccole nazioni in via di sviluppo sono come barchette e il Fondo monetario, spingendole verso una veloce liberalizzazione dei mercati, le ha messe in un mare in tempesta senza giubbotti di salvataggio. E' questo l'atto d'accusa che Joseph E. Stiglitz lancia verso il FMI, il WTO e il Tesoro Usa. Forte dell'esperienza maturata alla Casa Bianca come chief economist di Clinton e alla Banca mondiale come senior vice president, il nobel dell'economia attacca questi protagonisti della politica economica internazionale che, invece di aiutare i paese più poveri, li hanno danneggiati. Eppure la storia della stragrande maggioranza dei paesi industrializzati avrebbe dovuto suggerire una strategia completamente diversa nella sequenza delle riforme da richiedere ai paesi in via di sviluppo. Basti pensare alle due più grandi economie del mondo - Stati Uniti e Giappone - e a come hanno protetto in modo selettivo alcuni dei loro comparti industriali fino a quando non sono diventati abbastanza forti da poter competere con quelli di altri paesi. Così come non può funzionare il protezionismo generalizzato, anche una liberalizzazione troppo rapida del commercio genera danni. Costringere un paese in via di sviluppo ad aprire le proprie frontiere in modo indiscriminato può avere conseguenze disastrose sia sociali sia economiche. E' così che sono stati distrutti milioni di posti di lavoro e la povertà non solo non è stata sradicata ma, al contrario, è aumentata. Stiglitz non è contro il processo di globalizzazione, anzi secondo lui la globalizzazione può essere una forza positiva. Essa ha cambiato il modo di pensare e ha diffuso l'ideale di democrazia e il benessere. Questo si è verificato nei paesi che si sono resi artefici del proprio destino con governi che hanno svolto un ruolo attivo nello sviluppo, senza affidarsi stupidamente a un mercato che, autoregolandosi, riuscirebbe a risolvere da solo tutti i problemi. Negli altri casi la globalizzazione non ha funzionato. Centinaia di milioni di persone hanno visto peggiorare le loro condizioni di vita perdendo il lavoro ed ogni tipo di sicurezza. Sono dunque le regole della globalizzazione a essere sbagliate e questo accade perchè gli organismi che le dettano si basano su una miscela perversa di ideologia e politica che impone soluzioni a favore degli interessi dei paesi industrializzati più avanzati».*

Questa evoluzione ha portato ad un ulteriore frammentazione istituzionale ed ordinamentale sul piano globale[287], che in tempi più recenti ha visto protagonisti un

[286] B. LAPADULA, *Tutti i danni del pensiero unico*, in *www.rassegna.it, rassegna online di lavoro, di politica e di economia sociale*, 6 agosto 2008.

[287] V. N. WALKER, *Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders*, in *International Journal of Constitutional Law* (2008) 6(3-4): 373-396.

nuovo tipo di attori, stavolta nemmeno originariamente riconducibili ad un accordo tra stati: qui mi riferisco al proliferare, sulla scena globale, di organismi ed organizzazioni difficilmente riconducibili alle vecchie tipologie del diritto internazionale o del diritto commerciale: invero, i teorici del Global Administrative Law (GAL) tendono ad individuare[288] cinque macro-tipologie di attori oggi presenti sulla scena globale che contribuiscono attivamente alla costruzione di questo nuovo paradigma, il quale verrà meglio esaminato nel terzo capitolo:

a) *(classic) international organisations;*
b) *transnational networks;*
c) *domestic regulatory agencies*[289]*;*
d) *hybrid intergovernmental-private bodies;*
c) *private bodies* (*corporations*, etc.).

Distinzione che chiaramente non è esaustiva, anche perchè oltretutto vi sono delle "entità" che per la loro struttura, o funzione, non possono essere ricondotte inequivocabilmente ad una delle cinque tipologie sopra individuate: è il caso di numerose Organizzazioni Non Governative (NGOs), che si situano sul confine tra le categorie sopra esposte, ma anche di numerosi *networks*, come il famoso caso del "*Basil Committee on Banking Supervision*" in materia bancaria, che viene considerato esemplificativo di *hybrid framework* dagli stessi teorici del GAL. Ai nostri fini, e per il momento, il punto è che a livello globale la distinzione non sembra è più tanto fra istituzioni pubbliche ed istituzioni private, quanto tra istituzioni non-profit ed istituzioni che viceversa perseguono scopi di lucro[290]. Ma anche sul punto non c'è assolutamente concordia. Quel che è certo è che a livello globale rilevanti porzioni di potere, soprattutto regolatorio ma non solo, che usando categorie interne non avremmo remore a definire *pubblico*, sono *di fatto* gestite da "entità" *non* pubbliche, nella duplice accezione sia di non legittimate (seppur in modo indiretto) democraticamente, sia che non perseguono la soddisfazione di interessi etero-determinati, quanto piuttosto si pongono obiettivi di altro genere. In altri termini, si tratta della «*prevalenza ormai indiscutibile delle ragioni dell'economia sulla ragione di Stato*

[288] V. B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, disponibile in *http://ssrn.com/abstract=692628*.

[289] Va specificato, ci si riferisce qui a corpi regolatori nazionali che assumono decisioni su questioni di rilenza globale, e dunque con effetti transnazionali di *spill-over* che di fatto li rendono rilevanti sul piano transnazionale.

[290] Il punto è ripreso, tra gli altri, da Ferrarese.

*che colloca una larga quota di potere nelle mani di chi detiene la funzione di* governance»[291].

Ma quest'ultima considerazione non vale solo per l'integrazione "verso l'alto". L'ulteriore frammentazione istituzionale, o "perforazione" dell'area statale che dir si voglia[292], è anche all'interno dell'istituzione-stato[293]. Questa avviene su tre direttrici principali: sulla direttrice (devolutivo-)federalista[294], esemplificata dalla riforma del Titolo V in generale e dall'art 117 Cost. in particolare, e che rovescia totalmente il disegno costituzionale del riparto delle funzioni legislative tra stato e regioni; sulla direttrice della privatizzazione di strutture e funzioni pubbliche[295], che da circa trenta anni è diventato il *trend* principale nell'ambito delle riforme della pubblica amministrazione italiana, e che di recente, ancora con la riforma del Titolo V, sembra aver trovato un riferimento, seppur non da tutti condiviso, nella stessa Costituzione, con l'inclusione del principio di sussidiarietà orizzontale[296] nel testo dell'art. 118; infine, con la nascita di quella che è stata definita la quarta o quinta funzione dello stato, e cioè con lo sviluppo incessante delle autorità indipendenti, che di fatto hanno sottratto al governo ma soprattutto al parlamento la potestà regolativa di rilevantissimi settori della vita sociale ed economica: la Banca d'Italia, la CONSOB, l'ISVAP, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, il Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e la Commissione di garanzia per l'attuazione sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali[297].

> *«A tutti questi soggetti spetta ormai, attraverso l'impiego di nozioni tecniche e specialistiche - segno della prepotente invasione del mondo del diritto da parte della* Thecne *- di svolgere importanti attività di regolazione giuridica dei fatti dell'economia e della società, spesso anche oltre la lettera e persino la ratio delle norme primarie di attribuzione e sull'esistenza del potere»*[298].

---

[291] Così L. CIMELLARO, *op. cit.*, 128 ss.
[292] Cfr. L. CIMELLARO, *op. cit.*, 122 ss., e ivi richiamo a Cassese.
[293] Cfr. G. Rossi 44 ss.
[294] Cfr. L. CIMELLARO, *op. cit.*, 123 ss.
[295] Ivi, 130 ss.
[296] Cfr. L. CIMELLARO, *op. cit.*, 124 ss.
[297] Dubbi sorgono in particolare sulla prima e sull'ultima.
[298] Così L. CIMELLARO, *op. cit.*, 128 ss.

Il sovrapporsi di tante e tali dinamiche viene descritto nei termini di "poliarchia"[299], o come una "polifonia" di poteri[300], o molto più significativamente come una sorta di neo-feudalisimo giuridico[301]; o ancora, con la considerazione che

> *«l'ordinamento attuale è un ordinamento: pluralista all'interno del quale la funzione legislativa è affidata a molteplici soggetti e ruota prevalentemente sul criterio della competenza, apparendo recessivo quello della gerarchia[302]; aperto per l'ampio spazio riconosciuto a norme europee (norme comunitarie o norme della CEDU)».*

### 1.7.4 La crisi del positivismo giuridico

Dal punto di vista meta-teorico, queste tendenze fattuali e, in un certo senso, spontanee, provocano la crisi non solo del concetto di legge per come elaborato dal positivismo della prima metà del novecento, ma, secondo molti[303], del positivismo stesso, in tutti e tre i sensi che ne individua Norberto Bobbio[304]. Il positivismo fallisce cioè nel dare conto di queste nuove tendenze - e dunque se ne predica, ove non sia già avvenuto, il superamento: basti richiamare, in questo senso, l'eloquente articolo dell'ex presidente della Corte Costituzionale Antonio Baldassare, *Miseria del positivismo giuridico*[305].

Nuovi, o anche vecchi, paradigmi, si confrontano nelle diverse interpretazioni dei fenomeni in corso cercando di riempire quello spazio lasciato vuoto, nella scienza giuridica, proprio dal positivismo novecentesco. Il primo è, senza nemmeno dirlo, il diritto naturale, o come viene chiamato di questi tempi, neo-giusnaturalismo[306]. Nelle sue numerose varianti, mantiene comunque un nucleo centrale nella considerazione che il diritto sia costitutito innanzitutto da valori che pre-esistono ai testi legislativi, in altre che parole la cui positivizzazione non fa altro che confermarne l'originarietà. Questo sarebbe

---

[299] Ivi, 151 ss.

[300] A. BURGIO, *De-regolare e reprimere*, in A. Burgio, (a cura di), *La forza del diritto*, Derive Approdi, Roma, 2003, 13 ss., come richiamato da L. CIMELLARO, *op. cit.*, 152 ss.

[301] V. DOMENICHELLI, *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?,* in *Dir. proc. amm*., I, 2004, 12 ss.

[302] Sul punto v. anche L. CIMELLARO, *op. cit.*, 130 ss.

[303] V. I.M. MARINO, *Responsabilità dell'amministrazione e risultati*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit.,, come richiamato da L. CIMELLARO, *op. cit.*, 151 ss.

[304] E cioè quello teorico, quello metodologico, quello ideologico.

[305] A. BALDASSARE, *Miseria del positivismo giuridico*, in G. Ferrara (a cura di), *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2005, 201 ss.

[306] V. L. CIMELLARO, *op. cit.*, 151 ss.

oggi dimostrato dalle prime parti delle costituzioni moderne, in cui appunto vengono enunciati quei diritti fondamentali che appunto derivano il loro contenuto dai principi di giustizia naturale, in questo senso immanenti all'ordinamento. In altre parole, i principi costituirebbero quel gruppo di valori capaci di informare senza soluzioni di continuità i rapporti giuridici, ponendosi dunque come un "pervasivo" punto di riferimento per l'intero edificio ordinamentale[307]. Ed il riferimento ai principi è appunto il primo tratto caratterizzante del neo-giusnaturalismo o "neo-costituzionalismo", tanto che Luigi Ferrajoli, ad esempio, in un recentissimo articolo critica radicalmente questa versione del neo-costituzionalismo definendolo "costituzionalismo principialista"[308].

Si torna cioè al prologo meta-teorico di questa tesi, alla distinzione tra principi e regole, ed in questo senso il "diritto per principi" rappresenta una puntuale descrizione della mutata formulazione delle norme, quantomeno alla luce di quei fenomeni istituzionali di cui sopra. Questo "stato" del diritto è uno stato in cui le norme tendono tendenzialmente a mancare di fattispecie, e cioè di diretta esigibilità[309]: sono norme che non mirano a coercere ma, appunto, a regolare - non rispecchiano la forma del comando del sovrano come nelle teorie di Bentham e Austin, ma si pongono come raccomandazioni, o divieti negativi, la cui concreta valenza si esprime compiutamente solamente nel momento della loro considerazione, e non applicazione, giurisprudenziale. E quest'ultimo è un'altro tratto saliente del superamento del paradigma giuspositivistico, che viceversa, almeno secondo i suoi detrattori, tende a risolvere l'attività giurisdizionale nell'applicazione al caso concreto della fattispecie normativa[310]. Nel nuovo paradigma, invece, il giudice, ed in questo senso avvicinandosi molto alla visione anglo-sassone del sistema giuridico, ha una rilevanza centrale se non primaria nel processo di posizione della norma. E' infatti il giudice che, in un ordinamento ormai scevro da gerarchie esattamente prestabilite[311], ricostruisce la norma da applicare al caso - ponendo in essere dunque una funzione creativa di diritto, come d'altronde sembra poter essere empiricamente dimostrato dal ruolo svolto dalla giurisprudenza nel nostro ordinamento[312]. La norma dunque non pre-esiste all'attività giurisprudenziale, ed in questo chiaramente si sente anche l'influenza del gius-realismo, nelle sue due versioni

[307] Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 511 ss.
[308] L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit. passim.
[309] V. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 530 ss.
[310] V. in tal senso L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, op. cit., 16 ss.
[311] Si pensi al coordinamento tra CEDU, norme costituzionali, norme amministrative.
[312] Cfr. L. CIMELLARO, *op. cit.*, 166 ss.

americana e scandinava, che ha di certo condizionato la riflessione anche di molti giuristi italiani.

Superamento del paradigma positivistico che implica il superamento della concezione di "autorità", e dunque il ricorrere, come abbiamo visto, ad altri paradigmi di "giustificazione" delle scelte autoritative: in un senso sostanziale, nel nuovo sistema della regolazione, nella trasformazione del diritto in un "contenitore" neutro di paradigmi tecnico-scientifici esterni ad esso che ne dettano i contenuti, tra cui in primis, ovviamente, quello economico[313]; in un senso invece, procedural-discorsivo che, ispirandosi (oppure no?) alle teorie discorsive della democrazia, sostiene una diversa forma di legittimazione "democratica" - attraverso i principi, di matrice europea, di giustizia, razionalità, buona amministrazione (partecipazione, accesso, contraddittorio), etc.[314] - anche per quei poteri considerati finora tipicamente espressione della sovranità statale. A tal proposito, e per ulteriori considerazioni sul punto, non si può non rimandare nuovamente ad un recentissimo scritto di Stefano Civitarese Matteucci, che analizza e critica l'atteggiamento ormai apertamente anti-positivistico di una rilevante parte della nostra dottrina pubblicistica ed amministrativistica in particolare, individuandone due correnti principali: una che definisce "assiologica" e una seconda che definisce "interpretativa" e che, significativamente, hanno come principale obiettivo la concezione positivistica della legalità degli atti amministrativi[315].

### 1.8 Dunque, la crisi del paradigma

Come già detto, allora, nella parte metodologica della premessa, considerando il principio di legalità, nella sua versione classica, come il paradigma dello stato di diritto fondato sulla legge, le dinamiche ordinamentali fin qui descritte possono essere approcciate da due punti di vista tra loro opposti. Nell'uno, normativo, come una violazione di tale paradigma; nell'altro, descrittivo, come un mutamento, o superamento, di tale paradigma, e dunque, come un nuovo "orizzonte di significato" elaborare. Molto significative a questo proposito sono le parole di Lorenza Carlassare nell'affrontare *vis a vis* la critica radicale al principio di legalità come argomentata da Sergio Fois.

[313] Cfr. A. SUPIOT, op. cit., passim.

[314] V. L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, op. cit., 18 ss. Più nello specifico su questi principi, vedi L. CIMELLARO, *op. cit.*, 155 ss.

[315] V. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 511 ss.

Quest'ultimo infatti, nel nome del principio di effettività secondo cui il diritto non è ciò che deve essere, *id est*, ciò che è scritto nella costituzione e nelle leggi, ma ciò che di fatto è, dunque come concretamente si sviluppano i rapporti economico-sociali rilevanti per l'ordinamento giuridico, revoca in dubbio ogni valenza prescrittiva al principio di legalità, considerandola ormai una formula di carattere retorico o poco più, di cui ormai avrebbe perfino poco senso qualificare come *violazioni* concreti assetti ordinamentali da esso difformi. Vigorosamente allora la Carlassare afferma:

> *«A tali rilievi, gravi e fondati, si può solo rispondere che innegabilmente il principio di legalità non è riuscito a penetrare completamente nel nostro sistema, ispirato a principi di vecchia legislazione rimata in notevole parte immutata. Ma questa è considerazione che non vale, purtroppo, per la sola legalità: molte sono le parti della Costituzione inattuate o frequentemente violate (basti pensare alla stessa libertà personale e alla riserva di legge in materia). Trattandosi però di una Costituzione rigida garantita, ciò che contrasta con i suoi principi va considerato violazione e come tale denunciato, non invece recepito e subìto come mutazione irreversibile. Fino a quando è possibile, prima di giungere alle sole conclusioni estreme conseguenti – di negare cioè la legittimità di questo Stato una volta venuta meno ogni possibile "credenza nella legalità" e ogni riferimento alla volontà popolare e invocare il diritto di resistenza – vanno intanto riaffermati vigorosamente i principi disattesi o violati, senza lasciarsi tentare dal "realismo" dei razionalizzatori dell'esistente [...] utile certo contro ogni forma di ottimismo mistificante, solo però fino a quando non si spinga a travolgere ogni aggancio col quadro costituzionale di riferimento»*[316].

La parte finale del passo della Carlassare costituisce davvero un richiamo accorato al ruolo del giurista in una democrazia costituzionale, ed alla sua necessaria credenza "istituzionale" per cui il suo lavoro non può limitarsi a commentare i cambiamenti in atto ma, quando questi cambiamenti siano in contrasto con le norme costituzionali, debba denunciarli come violazioni. D'altronde questo costituisce una delle assunzioni di fondo, se non la principale premessa metodologica, da cui questa ricerca parte e si sviluppa, come spiegato nell'introduzione e nella prima parte di questo capitolo. Con un *caveat*, però, che costituisce significativamente la premessa teorica della ricostruzione del principio come avverrà nell'ultima parte del capitolo. Carlassare è infatti chiara nel fondare il rifiuto del più facile realismo e dunque la necessaria impostazione

[316] Così L. CARLASSARE, *op. cit.*, 4 ss.

normativistica del giurista alla rigidità "garantita" della nostra Costituzione: impostazione assolutamente ragionevole, se si prende a riferimento principale, in altre parole ad oggetto della ricerca, la legislazione e i provvedimenti amministrativi e giurisdizionali nazionali. Allo stesso tempo però l'impostazione sembra non essere più sostenibile in due casi: da una parte, se non si da per scontato il fondamento costituzionale del principio di legalità; in altre parole, ove si dimostri che la legalità non ha una vera e propria copertura costituzionale nel nostro ordinamento, allora anche il normativismo critico che il giurista dovrebbe assumere viene a mancare; dall'altra, quando si allarghi lo spettro del discorso e si consideri dunque anche l'integrazione inter- e sopra-nazionale. Basti pensare al diritto europeo, e al potere di disapplicazione del giudice amministrativo di fronte a provvedimenti che, pur rispettando la normativa nazionale, siano invece in contrasto con la normativa comunitaria sul punto. E non è un caso che proprio nel diritto amministrativo, piuttosto che nelle altre discipline come il diritto penale o il diritto civile, avvenga questo processo di "trasfigurazione", secondo molti, della legalità. Il proseguio del percorso di questa analisi, riassumendone anche l'inizio, lo stabilisce Bernardo Sordi[317]:

> *«Troppo semplice, troppo ottocentesco quel principio di legalità per un diritto amministrativo che cambiava e che cambia in modo così vorticoso. Alle corde non c'è solo il modello mayeriano, prodotto del costituzionalismo primitivo dell'impero guglielmino e non traghettabile oltre i confini dello Stato monoclasse. Qualche crepa la rivela lo stesso disegno kelseniano che, fondato su di un solidissimo primato del Parlamento in funzione di contenimento e di composizione delle esplosive tensioni della società del primo dopoguerra, ha poi in gran parte ispirato le costituzioni del secondo dopoguerra. Ad indebolire quel disegno non è tanto l'artificiale purezza delle sue geometrie - comunemente lamentata - quanto il fatto che quelle geometrie erano comunque pensate per un unico modello di amministrazione pubblica, fortemente caratterizzata dal carattere autoritativo della funzione.*
> *E' sin troppo evidente che molte inquietudini nascono sul terreno costituzionale, dall'evanescenza progressiva della volontà generale, evidente sia nella crescente inadeguatezza dei tradizionali meccanismi rappresentativi, sia nella drastica perdita di astrattezza e generalità della legge. Allarma la crescente afasia di un legislatore sommerso dal diluvio legislativo, che esso stesso ha prodotto, e reso inerme dalla oggettiva difficoltà di ripristinare, in una società complessa e corporativamente sezionata come l'attuale, una scienza della legislazione che solo disboschi la giungla normativa esistente o*

[317] Così B. SORDI, op. cit., 24 ss.

*ponga argini effettivi che evitino di calare qualsiasi possibile contenuto nell'atto legislativo. Per non parlare del sostanziale modificarsi della tradizionale piramide normativa delle fonti, da tempo sostituita da un sistema reticolare che esprime non solo le cessioni di sovranità alle entità sopranazionali o la sua sostanziale erosione da parte di mercati interamente globalizzati, ma anche la disaggregazione delle strutture interne, l'esplosione della giurisprudenza e della prassi.*
*L'amministrazione, avamposto nei confronti del sociale, ha però in qualche misura anticipato questa realtà. Il venire meno della funzione ordinante del principio di legalità è divenuto visibile proprio sul terreno amministrativo, dinanzi al rapido dissolversi dell'unità amministrativa ed alla proliferazione dei modelli, degli statuti, delle tipologie di attività. La legalità si è ridotta ad un mero perimetro del lecito, alla registrazione di tassonomie che di fronte alla incomprimibile complessità dovevano limitarsi ad elencare la varietà delle morfologie. Prima si è parlato - pudicamente - di fuga nel diritto privato; di venir meno dei modelli condizionali nella formulazione delle norme, con la progressiva contrattualizzazione dell'azione amministrativa e con il crescere degli obiettivi finalistici tipici della stagione dell'interventismo; più tardi si è pensato di arginare il restringersi dell'area coperta dall'ombrello della legalità con forme di governo democratico dell'economia che, ancor prima di riuscire a radicarsi in modo convincente, sono state sbaragliate dall'imporsi dei modelli competitivi e da nuovi confini tra ordine politico ed ordine economico. Problemi ancora aperti, comunque, se gli odierni modelli regolativi lasciano spazi di legislazione sostanziale di incredibile ampiezza alle c.d. autorità amministrative indipendenti, rinnovando in altre forme la sostanziale acefalia dell'antico interventismo pubblico.*
*Oggi la confluenza di diritto amministrativo e diritto privato nella disciplina dell'attività amministrativa è riconosciuta normativamente come principio generale; si guarda favorevolmente ad un distacco dai residui della specialità, ad un'osmosi ancora più forte con le categorie del diritto comune; talvolta si arriva persino a rescindere del tutto il legame storico dello Stato di diritto continentale con la specialità amministrativa. Il complicarsi del sistema delle fonti e la crescente giurisprudenzializzazione degli ordinamenti invitano a sostituire il modello semplicistico della legalità con un più vasto e complessivo "rispetto del diritto". Che sia venuto il momento di rinunciare al principio di legalità? O meglio, consapevoli che, per garantire i diritti, quel principio, proprio perchè scavato nel solco illuministico-rivoluzionario per il quale "*la libertè... a pour sauvegarde la loi*", 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?».*

Per provare ad abbozzare una risposta a tali interrogativi, restano dunque da affrontare due elementi. Il primo è l'analisi della nuova concezione della legalità, "aperta",

in prospettiva dunque realista. Questo avverrà con l'esame della legislazione, della giurisprudenza e soprattutto della dottrina rilevante. Elaborata tale nozione, poi, si proverà invece a ricostruire il nucleo centrale del principio di legalità sul piano della teoria del diritto; e dunque non dovendo necessariamente partire dalle dinamiche in atto, ma andando alla funzione ultima di tale paradigma, e del suo rapporto con l'idea stessa di stato e di diritto; passaggio che si rivela altresì fondamentale per poi valutare criticamente le manifestazioni empiriche della crisi della legalità, per come esposte nel secondo e terzo capitolo. Questo ribadendo che è *in primis* la dottrina a contenere «affermazioni incompatibili»[318] con il principio di legalità; e che dunque più piani di analisi si vanno ad intersecare – dal piano di "stretto" diritto positivo, a quello dogmatico-interpretativo, a quello assiologico o di filosofia della giustizia[319].

### 1.9 La nuova nozione "aperta" di legalità amministrativa

Come dicevamo, non è un caso che proprio nel diritto amministrativo avvenga, secondo la dottrina ormai dominante, questa trasfigurazione della nozione di legalità, che cioè passa da una nozione "chiusa" o rigida ad una nozione "aperta" od elastica. In quest'ultimo senso non bisogna dunque guardare ai contenuti prescrittivi della costituzione o delle leggi, ma si tratta di individuare e sintetizzare il concreto atteggiarsi dei rapporti giuridici nella società in rapporto alla funzione pubblica che più delle altre è "nella" società, è cioè la funzione amministrativa. In altre parole[320]:

> *«La legalità positiva è cristallizzata perchè corrisponde ad esigenze del tempo. Il principio di legalità, peraltro, è naturalmente connotato da alta dinamicità. Ed invero esiste una legalità che si afferma al di fuori della legalità positivamente intesa e che trova la sua origine nel confronto continuo e perciò dinamico tra la società e la sua riproduzione in chiave politica. Veicolo di questo processo di vitalizzazione della norma, che altrimenti finirebbe per essere obsoleta, (processo di adeguamento ai valori ed alle esigenze che esprime una società, particolarmente quella in cui viviamo, in continua evoluzione e trasformazione) è l'Amministrazione, naturale depositaria della funzione di collegamento con gli interessi sociali, immettendo nel circuito amministrativo nuovi valori ed obiettivi».*

[318] Cfr. L. CARLASSARE, *op. cit.*, 4 ss., e relativo riferimento a Fois.
[319] Per queste distinzioni, v. L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, I vol. cit., passim.
[320] Così P. SALVATORE, *op. cit.,* 97 ss.

In senso negativo, ciò vuol dire che il principio di legalità, nella sua accezione classica, è insufficiente a dare conto delle intricare relazioni tra amministrazione e regole che governano la sua azione, la sua organizzazione, il suo ruolo[321]. Questo anche per la mancanza di «*momenti unificanti nei sistemi e nei settori regolamentati*»[322]. Ancora più significative allora sembrano essere alcune disposizioni legislative, di recente promulgazione o comunque per come emendate negli ultimi tempi, che in almeno un caso si riferiscono espressamente al "principio di legalità dell'azione amministrativa", sfatando quel mito di "innominabilità" della legalità. Esse possono ben constituire il punto di partenza dell'analisi che segue, soprattutto perchè mostrano come la nuova concezione della legalità, per come sviluppatasi nella giurisprudenza (prima) e nella dottrina (poi), sia infine stata recepita anche dal legislatore ordinario – o meglio, dal legislatore per il tramite delle commissioni di "studio" incaricate, a vario titolo e susseguirsi, di redigere progetti e e schemi di leggi al fine di semplificare e riorganizzare il caotico sistema delle fonti dell'attività amministrativa; commissioni che, vale la pena di ricordare, sono in larga parte formate proprio da magistrati amministrativi e professori universitari di diritto amministrativo e costituzionale.

### 1.9.1 La nuova legalità nella legge sul procedimento e nel T.U. dell'espropriazione

Necessario è allora partire dal contenuto normativo più recente, ed in particolare dall'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo 241 del 1990[323], il cui art. 1, rubricato "Principi generali dell'azione amministrativa", che dispone:

> *"1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai princìpi dell'ordinamento comunitario.*
>
> *1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.*

[321] Cfr. L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, op. cit., 16 ss.
[322] Così P. SALVATORE, *op. cit.,* 99 ss.
[323] Per come modificato dalle leggi 15 e 80 del 2005.

*1-ter. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei princìpi di cui al comma 1."*

Si nota innanzitutto che l'articolo in questione comincia col ribadire la necessaria funzionalizzazione dell'attività amministrativa verso i fini individuati dalla legge; o, detto altrimenti, che la funzione amministrativa (che sia esercitata da soggetti pubblici o privati, come stiamo per vedere) è per definizione eteronoma e non autonoma, attribuita e non (auto-)prodotta[324]. Significativamente, però, la legalità-indirizzo sembra esaurirsi nello strumento legislativo: dunque, l'amministrazione non può perseguire fini che non siano stati pre-determinati da una legge - statale o regionale che sia; in questo senso, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, vi è sempre più spazio per una tale alternativa, anche per la considerazione che, a ben vedere, «*la sostituzione della legalità statale con quella regionale non compromette la necessaria presenza di un controllo democratico dell'esercizio dei poteri amministrativi*»[325].

La legalità-garanzia sembra essere invece affidata ai diversi principi che vengono enumerati subito dopo - economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, di trasparenza – e alle altre disposizioni che disciplinano procedimenti particolari, nonchè ai "principi dell'ordinamento comunitario". Richiamo che è davvero significativo: in positivo, perchè inserisce formalmente l'amministrazione del "gioco" della regolazione multi-livello dell'ordinamento comunitario, con la *primautè* di quest'ultimo nei confronti degli ordinamenti nazionali, e dunque affidando ai soggetti portatori di funzione amministrative il compito di verificare la compatibilità non solo della loro azione, ma della stessa disciplina nazionale, con le norme europee[326]; in negativo, invece, perchè non può non notarsi il mancato richiamo della disposizione in questione alle norme costituzionali, che pure a quegli stessi principi di imparzialità e di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., fanno esplicito riferimento nella sezione dedicata all'organizzazione amministrativa. Il buon andamento a ben vedere non viene richiamato per nulla: questo perchè, come vedremo nel secondo capitolo, tale parametro dell'azione amministrativa sembra ormai superato nella direzione dell'amministrazione c.d. "di risultato", con il richiamo all' 'economicità' e all' 'efficacia' che *evidentemente* rappresentato concetti in quanto tali differenti. In ogni caso,

[324] Cfr. G. CORSO, *Il principio di legalità*, op. cit., 3 ss.
[325] Così L. CIMELLARO, *op. cit.*, 126 ss.
[326] Cfr. L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, op. cit., 18 ss.

> *«la legge non soltanto stabilisce i fini, ma disciplina anche i mezzi per raggiungerli, ossia i poteri da esercitare per il raggiungimento del fine legislativo. E' questo che l'art. 1 intende dire quando prevede che l'attività amministrativa è retta da criteri di economicità, efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli provvedimenti»*[327].

L'ultima parte del comma in esame ci obbliga a tornare al concetto di 'legge' che viene qui utilizzato. Non solo infatti il riferimento a «*altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti*» può essere usato come mezzo interpretativo per sostenere la legittimità a regolare l'attività amministrativa di norme contenute in atti normalmente ritenuti privi di forza coercitiva (penso alle delibere delle autorità indipendenti, ad esempio); ma più in generale, ci si chiede se anche nella legge sul procedimento sia stato introdotto quel concetto *ampio* di 'legge', che appunto costituisce uno dei punti più importanti del nuovo paradigma. In questo senso, con 'legge' si intenderebbero:

- la legge parlamentare;
- atti aventi forza di legge (decreti legislativi e decreti legge);
- regolamenti;
- statuti;
- principi generali del diritto;
- le norme costituzionali[328];
- regolamenti e direttive comunitarie;
- sentenze della Corte di Giustizia;
- le norme della CEDU[329].

A prescindere dalla idoneità di ciascuna di queste categorie di atti a regolare l'attività amministrativa, quel che sembra certo è che

> *«Il rapporto tra amministrazione e legge non è più ricostruibile secondo la linearità dello schema tradizionale; è divenuto, di contro, particolarmente complesso, perchè gli obblighi*

[327] Così G. CORSO, *Il principio di legalità*, op. cit., 3 ss.
[328] Ipotesi dell'incostituzionalità (il provvedimento diviene illegittimo ma non automaticamente)
[329] Questo soprattutto dopo le sentenze della Consulta n. 348 e 349 del 2007 che hanno sancito il valore della CEDU come norma interposta direttamente applicabile nel nostro ordinamento.

*incombenti sull'amministrazione si sono moltiplicati, hanno origini diverse e non si esauriscono nell'osservanza e del comando legislativo positivizzato che va integrato con i principi generali e valori che hanno assunto un peso sempre più crescente. Ampliamento di obblighi, emblematicamente testimoniato dall'ingresso nel circuito normativo di valori (notoriamente fattori di integrazione e/o completamento della disposizione normativa di fronte giurisprudenziale, non solo comunitaria, quale quello della ragionevolezza e della proporzionalità, le cui potenzialità sono ancora tutte da scoprire»*[330].

I commi 1-*bis* e 1-*ter*, a lor volta, sanciscono anche a livello legislativo il *trend* di privatizzazione della funzione amministrativa, nel doppio senso: a) di privatizzazione degli strumenti che le pubbliche amministrazioni possono e debbono utilizzare nel perseguire i compiti attribuiti; b) di privatizzazione, o *'societarizzazione'*, come vedremo, nel senso di attribuzione direttamente ai privati dell'esercizio di alcune funzioni amministrative, in nome della sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.

Sul comma 1-*bis* si sono riempiti, tra entusiastiche adesioni e ragionate critiche, interi scaffali di biblioteche[331]: in poche parole, almeno per il momento, vi è ricondotto il definitivo superamento della concezione autoritatività dell'attività amministrazione, o meglio la definitiva scissione tra attività amministrativa e provvedimento, come atto tipico del potere pubblico; mentre il diritto privato diventa lo strumento normale e/o preferibile per l'esercizio della funzione amministrativa. Sembra potersi sostenere che la novità in realtà non è tale: che l'amministrazione possa usare, nella sua azione, il diritto privato, non è questa norma di certo a sancirlo[332]. Gli strumenti di diritto pubblico restano comunque per tutta l'area autoritativa, nonchè per l'area non autoritativa disciplinata però da leggi speciali[333]. Il problema sembra diventare però allora quello della determinazione dell'area non-autoritativa della funzione amministrativa e dunque dei relativi atti: in questo senso sono ipotizzabili sia una bipartizione che una tripartizione, a seconda che si

[330] Così P. SALVATORE, *op. cit.,* 99 ss.

[331] V. tra gli altri e solo a titolo esemplificativo, S. GIACCHETTI, *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art.1, c.1bis della legge 11 febbraio 2005 n. 15,* in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di P. Stanzione e A. Saturno, Cedam, Padova, 2006, 113 ss.; v. anche, per una diversa lettura, G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.5, 2005, 481 ss.

[332] V., in giurisprudenza, a ribadire che è "principio pacifico" quello secondo cui«*l'interesse pubblico di cui l'amministrazione è portatrice può essere perseguito mediante l'uso di moduli di diritto comune qualora siano congrui rispetto agli obiettivi prestabiliti, e cioè è stato ulteriormente confermato dalla recente modifica alla legge sul procedimento*», Tar Lombardia, sent. n. 99/20058.

[333] Questo per il principio per cui *lex specialis derogat generalis;* si pensi ad esempio proprio al TU sull'espropriazione, o a quello sull'edilizia, o al d. lgs. 259/2003.

identifichi in modo esclusivo tale categoria con gli atti di diritto privato o meno[334]. Altrimenti, l'altra strada percorribile è quella di provare a definire l'autoritatività in generale[335]: per poi ricavare la 'non-autoritatività' come nozione negativa definibile in relazione alla prima. In questo senso, con "autoritatività" si può intendere:

1) l'esercizio di potere amministrativo;
2) l'esercizio di potere unilaterale;
3) l'esercizio di potere restrittivo.

Ovviamente, adottando ognuno di quei criteri si giunge a risultati differenti per quanto riguarda l'estensione dell'ambito dell'autoritarietà: si pensi che anche gli accordi *ex* art. 11 l. 241/1990 sono espressione di potere autoritativo (mentre di certo i contratti non lo sono); però gli accordi non sono espressione di potere unilaterale, ma possono costituire esercizio di potere restrittivo. Si deve dunque rimarcare come la formulazione del comma in questione, basata sul progetto di riforma costituzionale della "Bicamerale"[336], abbia decisamente lasciato insoddisfatta buona parte della dottrina.

La questione, come già dovrebbe essere chiaro, è ben più generale, e riguarda la ineffabile concezione di una rilevante parte della dottrina amministrativistica italiana della specialità amministrativa come diritto della subordinazione del cittadino al *moloch* pubblico - in quanto tale, non da controllare e limitare attraverso garanzie di carattere procedimentale e sostanziale, ma più semplicemente da abbandonare, imponendo alla funzione pubblica il diritto privato come "diritto della parità". Si torna in questo senso alla differenza tra regime amministrativistico continentale e regime amministrativistico

---

[334] V. a tal proposito ancora le parole di Luisa Torchia, secondo cui «*la distinzione fra atti autoritativi e atti non autoritativi risale al riconoscimento di un'attività di gestione separata da quella d'imperio, secondo la più tradizionale dottrina ed è alla base della famosa pronuncia del Consiglio di Stato sugli atti paritetici, ma è appunto rilevante soprattutto ai fini del sindacato su quegli atti in un sistema a giurisdizione dualista qual è quello italiano. E, comunque, è da supporre che un atto non autoritativo sia cosa diversa da un negozio - per il quale vale, appunto, la capacità giuridica di diritto privato degli enti pubblici – e debba quindi essere sempre adottato nel rispetto del principio di legalità, che vale per tutti gli atti amministrativi, quale che sia il loro grado di autoritatività*», L. TORCHIA, *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo*, cit. 5 ss.

[335] Si veda, da ultimo, M. SINISI, *Introduzione allo studio del potere autoritativo*, Aracne, Napoli, 2009, e relativo ricco apparato bibliografico.

[336] La Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali venne istituita con la L. Cost. 24 gennaio 1997, n. 1. L'art. 106 del nuovo testo così prevedeva: "*le pubbliche amministrazioni, salvo i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme del diritto privato*"; conviene però anche richiamare il testo originale della proposta c.d. Cerulli Irelli, che più specificatamente disponeva: "*salvi i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi o regolamenti, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo le norme del diritto privato. In ogni caso le amministrazioni pubbliche agiscono per la realizzazione dei pubblici interessi*".

anglosassone[337] - il c.d. *continental divide*[338] - differenza sulla cui reale portata, come abbiamo visto, si dubita. Richiamando l'analisi di Massimo Tucci richiamata nella prima parte del capitolo, valgano allora le parole di Luisa Torchia, secondo cui

> *«si può però osservare che tanto lo stereotipo del diritto privato quale diritto della parità, quanto quello del diritto amministrativo come diritto del privilegio e della supremazia del soggetto pubblico, trovano costanti smentite nell'esperienza giuridica contemporanea. Basti pensare, per fare solo cenno a due esempi rilevanti, al diritto della concorrenza, con le imposizioni sempre più stringenti che da esso derivano alla libertà dei privati e ai vincoli costituzionali, legislativi e procedimentali, di dimensione nazionale, europea e globale che la decisione amministrativa deve rispettare per essere legittima. Prova di questa evoluzione sta, del resto, nella lettura dell'articolo 1, comma 1bis subito avanzata secondo la quale la norma non si riferisce all'attività privata dell'amministrazione, ma all'attività amministrativa svolta con strumenti di diritto privato, con l'evidente conseguenza che essa vada qualificata come attività funzionalizzata e quindi sottoposta ai principi e ai controlli propri dell'azione amministrativa, e che debbano garantirsi, per essa, gli stessi rimedi di tutela dei terzi attivabili per qualsiasi decisione amministrativa»*[339].

Di questo si occupa il comma 1-*ter*: della scissione tra la funzione amministrativa e la soggettività pubblica. I privati, sull'onda dei processi di privatizzazione ed adesso anche, secondo una crescente parte della dottrina, in ottemperanza all'art. 118 Cost. come riformato nel 2001, possono (e debbono, secondo le teorie più radicali) cioè sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio di alcune funzioni pubbliche: vengono in mente l'assistenza sanitaria, l'educazione dell'obbligo e quella universitaria, e più in generale tutte quelle funzioni che hanno costituito il tratto caratterizzante del *welfare state*. La domanda allora da porsi è: ma una funzione pubblica che passa in "mano" privata, diventa essa stessa privata? Non si tratta di un mero quesito retorico; se già le pubbliche amministrazioni possono utilizzare nella loro attività gli strumenti del diritto privato, il passaggio della stessa titolarità della funzione in capo al privato comporta la perdita di qualsiasi residua "specialità" amministrativa? La stessa legge invero mette in chiaro che così non può essere: sì i privati possono (e non *debbono*, almeno stando alla lettera della

---

[337] S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., tomo I, pp. 1 ss.

[338] J. ALISON, *A Continental Distinction in Common Law. An Historical and Comparative Perspective in English Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

[339] L. TORCHIA, *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo*, cit., 7 ss.

legge) assumere funzioni pubbliche, ma nel farlo debbono tassativamente conformarsi proprio a quei principi, procedimentali e non, contenuti nel primo comma dello stesso art. 1. Vi è un regime amministrativo dunque che segue la funzione quando questa viene esercitata dai privati; e questo, se il secondo comma viene "ostentato" come il definitivo superamento della dicotomia pubblico-privato nel nostro ordinamento costituzionale, in realtà sembra rappresentare il contrario, perchè esattamente presuppone, strutturalmente, tale dicotomia, e anzi "sottomette", limitandola, l'autonomia privata dei soggetti chiamati ad esercitare funzioni pubbliche.

Allora, si deve concludere, a rilevare - ed in questo senso contro quella impostazione che vuole il principio di legalità agire allo stesso modo nel diritto pubblico e nel diritto privato, la differenza essendo quantitativa - è la diversa valenza che il processo di formazione della volontà assume rispetto alla decisione finale. L'interesse pubblico funzionalizza il procedimento decisionale - e questo, irrispettivamente se il soggetto assegnatario della funzione sia un soggetto pubblico o privato: anzi, ciò spiega perchè, alla privatizzazione della funzione pubblica, si contrappone in modo (almeno) eguale e contrario una funzionalizzazione pubblicistica dell'autonomia privata. Non è il soggetto a rilevare, secondo questa impostazione, ma l'interesse che viene perseguito, e questo comporta la centralità del procedimento (il pensiero va al contenzioso sulla sorte del contratto a seguito di illegittimità delle procedure di gara) e dei principi ad esso connessi. Di qui anche la differenza tra la discrezionalità di chi è chiamato a perseguire, o comunque a non violare, un interesse eteroimposto e la libertà (che può anche definirsi arbitrarietà) di chi persegue un interesse proprio, cioè autonomamente stabilito. Basti pensare al citato esempio del diritto della concorrenza e delle limitazioni da questo imposte all'autonomia privata; all'obbligo di garantire il c.d. diritto di accesso per tutti quei soggetti privati che svolgono funzioni amministrative; oppure, ancora più significativamente, alle regole di origine europea sull'organismo di diritto pubblico, vero e proprio freno alle "privatizzazioni formali" che si sono diffuse così ampiamente nel nostro paese[340]; oppure, ancora, al *global administrative law* e alla sua ricerca di legittimazione degli autorità globali - anche e soprattutto di quelle "private" - proprio per il tramite di quei principi che nel diritto interno costituiscono la struttura del procedimento dell'azione amministrativa. Insomma, non vi è di certo una "rivoluzione copernicana" tra il classico provvedimento amministrativo, con tutto il suo valore

[340] Ivi, 9 ss.

autoritativo, ed il contratto sì posto in essere dall'amministrazione con il privato, alla cui formazione si sia però pervenuti rispettando l'eterodeterminazione dello scopo e soprattutto le numerose norme procedimentali: che di certo in questo senso fanno di una pubblica amministrazione un "contraente" diverso da tutti gli altri, la cui capacità di contrarre non può mai essere dunque la stessa di una persona fisica o giuridica (di diritto privato) - i cui processi di formazione della volontà, al contrario, nulla rilevano (se non a seguito dell'altrui coercizione ovviamente) per la determinazione finale.

Passiamo infine all'art. 2 del Testo Unico sull'espropriazione per pubblica utilità (d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327), che, ancor più significativamente, è rubricato "*Principio di legalità dell'azione amministrativa*" e stabilisce che:

> *"1. L'espropriazione dei beni immobili o di diritti relativi ad immobili di cui all'articolo 1 può essere disposta nei soli casi previsti dalle leggi e dai regolamenti.*
>
> *2. I procedimenti di cui al presente testo unico si ispirano ai principi di economicità, di efficacia, di efficienza, di pubblicità e di semplificazione dell'azione amministrativa."*

Se dunque l'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, che a prima vista può sembrare effettivamente costituire una "rottura" per quanto riguarda la vecchia nozione di legalità, contiene invece indicazioni quantomeno contrastanti sul punto, altrettanto può dirsi dell'art. 2 del T.U. sull'espropriazione. Si tratta, conviene sottolineare, di materia che da circa 20 anni rappresenta uno dei "campi di battaglia" dove differenti concezioni del principio di legalità si scontrano con l'azione concreta delle pubbliche amministrazioni: e tale "scontro" si rispecchia nelle numerosissime pronunce in materia della nostra Corte Costituzionale e della Corte CEDU, che hanno nel corso del tempo di fatto ristabilito dei parametri di legalità soprattutto per quanto riguarda la c.d. occupazione acquisitiva. La formulazione dell'articolo si segnala per due motivi in particolare: in primis, per il richiamo non solo alla legge, ma anche ai regolamenti, come valida copertura legale del potere espropriativo - senza peraltro specificare la natura nazionale o regionale dei due strumenti. Bisogna riallacciarsi, allora, nuovamente all'art. 1 della legge sul procedimento e alla partecipazione dei privati all'esercizio della funzione pubblica: come nota infatti Marino,

> *«a legge, tuttavia, a partire dalla legge urbanistica (n. 1150 del 1942: artt. 18, 37), collega l'espropriazione ai piani urbanistici, significando come queste ragioni di pubblica utilità, d'interesse generale, possano, anzi debbano essere in concreto individuate dalla normazione "autonomamente" costruita attraverso i piani. [...] Il richiamo ai momenti amministrativi (strumenti urbanistici) a cui la legge (T.U.) rinvia contribuisce al principio di legalità, anzi, incrementa la legittimazione delle norme e, pertanto, la loro legittimità»*[341].

Tornerò sul rapporto tra legittimità e legalità, che sin dal classico saggio di Carl Schmitt costituisce uno dei punti più discussi attorno al principio qui in esame. Per il momento basta sottolineare dunque questa concezione aperta della legalità, che diparte dalla legge parlamentare per abbracciare non solo la normazione sopra- e inter-nazionale ma anche quella interna delegata, che si tratti di regolamenti del governo o, ancora più vicino alla base dello *Stufenbau*, agli piani regolatori ed in generale alle deliberazioni di carattere concordato tra autorità e cittadini. Senza dimenticare i principi: al secondo comma vi è infatti un nuovo elenco di quei principi che ormai costituiscono (come vedremo più approfonditamente) parte integrante della nuova concezione della legalità. Ma questi principi, in un certo senso, non sono mai gli stessi: qui ad esempio, se prendiamo a paragone ancora l'art. 1 della l. n. 241/1990, si nota il mancato riferimento al principio di efficienza ma soprattutto a quello di imparzialità; principio che, come vedremo, forse più di tutti veicola l'idea di legalità insita nella supremazia della legge generale ed astratta che deve governare l'attività amministrativa[342]. Però altrettanto significativamente è espressamente richiamato il principio di semplificazione, richiamo quantomeno "originale" se si pensa che è inserito nella disciplina particolare riguardante uno, se non il più, dei poteri autoritativi più invadenti della sfera giuridica del privato, e cioè quello di espropriazione della proprietà privata.

### 1.9.2 La nuova legalità nell'elaborazione della dottrina

Ricapitolando. Secondo la versione più diffusa, il principio di legalità nasce nello stato moderno, di diritto, come principale strumento di limitazione del potere del sovrano.

---

[341] V. I.M. MARINO, *Principio di legalità e procedimenti ablativi*, in *Foro-Tar*, 2010, 729 ss.

[342] Cfr. S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. Amm.*, I, 2008, 223 ss.

Quando poi sovrano diventa, attraverso il sistema parlamentare a suffragio universale, il popolo stesso, tale principio perde la sua connotazione puramente garantista e diventa requisito di legittimità dell'azione dei pubblici poteri, che non possono essere se non dove la legge sovrana del parlamento li preveda. Questo quadro non dura molto, in termini assoluti: sono le stesse costituzioni rigide, considerate a ragione dai teorici del diritto come la garanzia ulteriore del rispetto dello stato di diritto - che infatti diventa "costituzionale", uno dei fattori che mettono in crisi, sia con riguardo alla sua posizione nella teoria delle fonti, sia riguardo alla sua funzione nella teoria della separazione dei poteri, la legge parlamentare. Gli altri fattori, di natura interna (stato pluriclasse e conseguente espansione "sregolata" della sfera pubblica) ed esterna (integrazione sovranazionale, soprattutto europea; globalizzazione economico-finanziaria), acuiscono la crisi del paradigma, che negli ultimi 20 anni comincia ad essere rielaborato proprio alla luce di questi fenomeni, e questo avviene, quantomeno nell'ordinamento italiano, quasi esclusivamente nel riflessione amministrativistica.

Questo perchè legge e amministrazione sono comunque, indissolubilmente, legate[343]. Tale legame, mi verrebbe da supporre, seppur ovviamente senza alcuna pretesa di dimostrabilità matematica, sembra seguire una logica inversamente proporzionale: alla crisi della prima cioè, in modo quasi uguale e contrario, corrisponde un rafforzamento, in termini di "potere" e di "centralità" all'interno di un ordinamento giuridico, della seconda.

Se la legge - con l'introduzione della costituzione rigida ma soprattutto con i fenomeni di integrazione sovranazionale, europea e non, esternamente, e con la frantumazione interna tra diversi soggetti regolatori, in primis le autorità indipendenti, internamente - ha perso il monopolio della regolazione dei rapporti economici e giuridici, l'amministrazione non può più semplicemente limitarsi a verificare la tendenziale sussumibilità del caso concreto nella fattispecie normativa, ma deve invece stabilire quale sia la regola, tra le tante astrattamente rilevanti, che bisogna applicare al caso concreto. Viene in altre parole ad esercitare una funzione ibrida, allo stesso tempo creativa ed applicativa del diritto, che non trova alcun riscontro nelle teorie tradizionali della separazione e della divisione dei poteri.

Ancora: se la legge, dallo stato pluriclasse in poi, e questo anche a causa della perdurante crisi della politica italiana, non seleziona più gli interessi rilevanti da proteggere attraverso il confronto parlamentare tra i rappresentanti; ma diventa un

[343] Si richiamino anche qui le conclusioni dell'analisi di Tucci, *supra*, § 1.3.3.

potenziale "contenitore" normativo di qualsiasi interesse, anche del più singolo e particolare, questo significa che sarà l'amministrazione a dover effettuare, a valle, quella selezione. L'interesse, o gli interessi, da proteggere e perseguire sono cioè individuati caso per caso, con il risultato di una "nuclearizzazione" della tutela amministrativa - che in quanto tale dunque può cambiare non solo da ente territoriale ad ente territoriale, ma perfino da funzionario a funzionario, e dunque da singolo procedimento a singolo procedimento - che aumenta ancora di più il nuovo ambito di discrezionalità delle autorità pubbliche. Questo ovviamente ammesso e non concesso che la funzione sia ancora esercitata da autorità pubbliche; precisazione non secondaria, considerando i fenomeni di privatizzazione e la loro recente nuova "trasfigurazione" assiologica - e dunque non più giustificati solo sulla base di criteri economici - di nuova *societarizzazione* delle funzioni tipicamente pubbliche.

Nelle pregnanti parole di Luisa Torchia:

> *«Il mutato ruolo della legge, come la sua diversa collocazione nell'ordinamento, hanno l'effetto di ampliare il ruolo dell'amministrazione ben oltre l'esecuzione della regola, in quanto la regola va prima di tutto individuata e ricostruita e poi le va data attuazione tenendo conto del contesto e delle circostanze di specie. Anche per questo motivo si sono accentuate le esigenze di garanzia dei privati, che hanno trovato soluzione con lo sviluppo delle garanzie procedimentali. [...] A fronte di una dequotazione della legalità intesa in senso tradizionale - cioè quella che può desumersi dalla mera esistenza di una norma di legge -, si afferma una legalità di tipo nuovo, che poggia le sue basi nelle garanzie procedimentali e, quindi, nel dialogo diretto fra diritti ed interessi e amministrazione pubblica.*
> *Il riferimento al principio di legalità diviene allora insufficiente, perchè la legalità piena ed effettiva dell'amministrazione richiede il rispetto di tanti e articolati principi e canoni di azione: l'imparzialità, la ragionevolezza, il contraddittorio, la proporzionalità, la trasparenza. Se si vogliono considerare questi principi e canoni nel loro complesso, si può dire che l'amministrazione deve obbedire e dare attuazione a regole di diritto - la formula esiste anche nell'ordinamento francese (règle de droit) e nell'ordinamento inglese (rule of law) seppure con valenza diversa - piuttosto che al solito principio di legalità»*[344].

[344] Così L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit., 18 ss.

Eccoci dunque alle "regole di diritto"[345], nuovo paradigma dell'azione amministrativa. O, con altra espressione, ci troviamo di fronte il passaggio dal *lex* al *nomos*[346]. Un paradigma in questo senso complesso e "a geometrie variabili", che ne permette una generalizzazione ma non una positivizzazione, quantomeno mai completa. Questo significa che per "regole di diritto" formalmente rinvenibili dall'analisi delle fonti, ve ne saranno altre di creazione giurisprudenziale o sapienzale, o ancora "autonomamente" create dal concreto atteggiarsi dei rapporti economici - come norme di diritto privato, codici di condotta, etc.[347] - il cui valore prescrittivo sarà assimilabile a quello delle prime. Di certo, non vi è più gerarchia delle fonti, quantomeno nel suo senso tradizionale: si parla allora di competenza, come cifra del riparto della potestà regolatrice; competenza che però, nell'ottica di un quadro in cui mancano confini compiutamente definiti non solo tra le diverse fonti tra gli stessi ordinamenti, deve essere più efficamente qualificata in termini di *poliarchia*[348].

In un certo senso si tratta di "legalità senza legge", che si sostanzia in tre differenti aspetti tra loro pragmaticamente ma anche teoreticamente legati. In primis, la nuova legalità si ritrova allora nel rispetto di una serie di clausole generali o principi, di varia provenienza e che in linea generale può definirsi 'regolazione'[349], all'interno di cui l'amministrazione dispone di un rilevante potere discrezionale di nuovo tipo, che non riguarda solo il *quomodo*, ma ormai spesso anche il *quid* concreto dell'azione amministrativa. In altre parole, si può ben parlare di

> *«nuova legalità perchè la logica della garanzia che la ispira abbandona lo schema della tipizzazione dell'attività propria alla legalità amministrativa tradizionale, perchè la norma attributiva del potere qui si combina con indicazioni estremamente vaghe e generiche relativamente al suo esercizio. [...]La legalità oggi non più fotografabile mediante un semplice giudizio di conformità al parametro costituito dalla norma, ma esprime, e sintetizza, una situazione di compatibilità dell'agire che ha come termini di comparazione valori, principi, regole enucleabili da un ordinamento giuridico complesso, caratterizzato da una molteplicità di fonti ed altresì, coordinato e rapportato con altri ordinamenti»*[350].

---

[345] Cfr. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, op. cit., 202 ss.; L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, op. cit., 18 ss., L. CIMELLARO, *op. cit.*, 135 ss.
[346] Cfr. L. CIMELLARO, *op. cit.*, 153, e ivi richiamo a Santi Romano.
[347] Cfr. P. SALVATORE, *op. cit.,* 100 ss.
[348] Cfr. L. CIMELLARO, *op. cit.*, 151 ss., che richiama Domenichelli.
[349] Cfr. P. SALVATORE, *op. cit.,* 100 ss.
[350] Così P. SALVATORE, *op. cit.,* 100 ss.

Questa considerazione sembra allora porre due ordini di problemi, un problema di garanzia (dei privati) ed un problema di legittimità (dell'azione amministrativa così determinata). Un'azione amministrativa che non trova previsioni specifiche su sè stessa in una previa legge, ma che si vede attribuito [solo] un quadro di riferimento generale ed in questo senso complesso, con fonti che si intersecano e spesso sono anche in conflitto tra loro (su cui torneremo fra un momento), al cui interno muoversi, è potenzialmente un'azione amministrativa molto pericolosa per le sfere giuridiche altrui. Allo stesso tempo, tale azione amministrativa, quando non espressamente autorizzata da una legge, sembra perdere oltretutto la sua necessaria legittimità (*indirettamente* democratica) ad incidere, in caso anche unilateralmente, nelle sfere giuridiche dei privati. In questo senso si può sostenere ovviamente che altre legittimazioni hanno cominciato ad affermarsi - a partire, ovviamente, da quella economico-finanziaria, per poi proseguire con le legittimazioni "tecniche" delle diverse autorità indipendenti - ma allo stesso tempo bisogna sottolineare come queste diverse legittimazioni suscitino più di un dubbio sulla loro reale condivisione da parte di chi poi è unilateralmente soggetto al potere così esercitato.

Ad entrambi gli ordini di problemi sembrano allora rivolgersi le altre due macro-caratteristiche della nuova legalità, e cioè la procedimentalizzazione e la rinnovata centralità della tutela giurisdizionale per l'attività amministrativa[351]. Esse, congiuntamente, sembrano offrire risposte per entrambi gli ordini di problemi: per quanto riguarda la garanzia dei privati, perchè il "giusto procedimento", finalmente aperto alle garanzie partecipative, alla completezza dell'istruttoria ed alla piena motivazione degli atti finali - in quanto tali controllabili, pur in assenza di una specifica predeterminazione legislativa, da parte del giudice amministrativo - e dunque esteso in tutti i casi di "esternalizzazione" della funzione autoritativa. Si tratta in questo senso di una tutela bi-fasica, che comincia nel procedimento e trova la sua naturale evoluzione in sede giurisdizionale, soprattutto in considerazione del progressivo distaccamento del giudizio amministrativo dal "giudizio sull'atto" e relativo avvicinamento al "giudizio sul rapporto". Per quanto riguarda la legittimità, è proprio la centralità della procedimentalizzazione, specialmente dopo la generalizzazione dell'utilizzo degli strumenti di diritto privato, a far tendere l'azione amministrativa verso soluzioni *condivise*, frutto in questo senso della dialettica con i privati dall'inizio del procedimento sino al momento logicamente

[351] Cfr. L. CIMELLARO, *op. cit.*, 139 ss.

precedente alla sua conclusione, quello cristallizzato di recente nell'art. 10-*bis* della legge sul procedimento sulla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. Dunque il principio democratico, andato perso con la perdita di centralità delle legge, tornerebbe a legittimare l'attività amministrativa, anche e soprattutto quella autoritativa, come *dialettica*, nelle sue forme del contraddittorio, della partecipazione e della pubblicità[352] - in una sorta di democrazia partecipativa, "*nuclearizzata*", del singolo caso.

### 1.9.3 (*segue*) Ulteriori osservazioni

Da qui nascono ulteriori considerazioni. La prima riguarda (ancora) il moltiplicarsi delle fonti, delle "regole di diritto" - la legalità cioè va ora qualificata mediante aggettivi[353] - nell'ambito delle quali i soggetti deputati alla cura dell'interesse pubblico sono chiamati a districarsi. Infatti,

> *«alla legalità ordinaria si aggiungono, così, la legalità costituzionale, la legalità comunitaria e la legalità globale, che possono anche entrare, a volte, in contraddizione o contrasto tra loro e che richiedono un'amministrazione capace di trarre la regola di diritto applicabile al caso concreto da una pluralità di fonti e capace altresì di interagire con amministrazioni e giudici di altri ordinamenti»*[354].

Non stupisce allora che ruolo e funzione dell'amministrazione all'interno della teoria delle fonti sia stato del tutto ripensato. Basti pensare ai problemi in cui si trova l'amministrazione quando si sospetta l'incostituzionalità di una legge parlamentare che si dovrebbe applicare; oppure, più di recente, al potere del giudice amministrativo di disapplicazione della normativa interna in contrasto con quella comunitaria, considerando che ormai le amministrazioni nazionali devono essere considerate "agenti" sul piano interno delle istituzioni europee. In termini pragmatici, questo ampia praticamente in modo indefinito l'aria di *expertise* richiesta al singolo funzionario (ad esempio di un ufficio comunale), il quale non potrà più ormai solamente riferirsi alla legge come ultimo

---

[352] F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, come citato da L. CIMELLARO, *op. cit.*, 139 ss.

[353] L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, op. cit., 16 ss.

[354] Ivi, 17 ss.

parametro di validità della sua azione; ma dovrà valutare la stessa legge - ove questa ci sia - con riferimento alle altre fonti. In questo senso,

> *«la legittimazione del potere amministrativo non riposa più nella previa individuazione dell'interesse pubblico che l'amministrazione dovrebbe limitarsi ad attuare nel caso concreto. La difficoltà di cristallizzare l'interesse da soddisfare in una norma che dovrebbe, quindi, comporre a monte le istanze emergenti di una società complessa, se da un lato, spinge fisiologicamente il sistema normativo ad un ricorso più consistente alle clausole generali, dall'altro lato, realizza una radicale trasformazione del modo stesso di intendere l'interesse pubblico, che è sempre meno un interesse "dato", per diventare sempre più spesso uno scopo da perseguire. [...] Si assiste, quindi, al passaggio della regola rigida della conformità a quello della regola elastica della compatibilità»*[355].

Quest'ultima precisazione sulla "regola elastica della compatibilità" è invero rilevante, perchè oltretutto, nella tendenza a riconoscere sempre maggiore efficacia diretta agli atti della UE, ai funzionari si richiede una sempre maggiore conoscenza delle fonti sovranazionali, considerando in questo senso anche la giurisprudenza della Corte CEDU e della Corte di Giustizia dell'Unione. Dunque, proprio perchè si tratta di un paradigma elastico, alla compatibilità con un parametro potrebbe corrispondere la incompatibilità nei confronti di un altro, ad esso ulteriore: va da sè che in un tale quadro si annida ad ogni occasione il pericolo di una interpretazione delle fonti che sia diversa, anche e soprattutto al livello più basso della struttura gerarchica, e cioè da funzionario a funzionario; con conseguente diminuzione di certezza, prevedibilità dell'azione stessa e dunque di garanzia per i privati.

Questo nuovo ruolo della funzione amministrativa viene significativamente confermato dalla nostra Corte costituzionale, quando con la ormai famosa sentenza n. 303 del 2003 prende atto delle modifiche apportate nel 2001 al Titolo V della Costituzione ed al relativo riparto delle competenze tra Stato ed altri enti territoriali e sancisce il nuovo rapporto fra funzione amministrativa e funzione legislativa. In sintesi, la Consulta identifica un'eccezione al riparto di competenze in caso di potestà legislativa concorrente tra stato e regioni, in cui normalmente la potestà spetta alle seconde salvo la determinazione dei principi fondamentali ancora in capo allo Stato. Ebbene, per la Corte costituzionale, alla luce dei principi di sussidiarietà (verticale) ed adeguatezza, anche in queste materie le funzioni amministrative possono essere conferite allo Stato, quando ciò

[355] Così P. SALVATORE, *op. cit.,* 99 ss.

sia richiesto da esigenze di tutela di carattere unitario che non possono essere frazionate a livello territoriale. Ciò implica che, una volta effettuato tale conferimento, anche la funzione legislativa relativa a quelle funzioni amministrative è attratta del tutto (quindi anche nella regolazione di dettaglio) nello spazio normativo statale; e la legge statale, a sua volta, non può poi più porre in essere ulteriori iniziative di "delegificazione" della materia in oggetto[356]. Insomma,

> *«pur non mancando di invocare il principio di legalità, il Giudice delle leggi delinea un percorso inverso rispetto a quello tracciato dal suddetto principio: non dalla legge alla funzione amministrativa, bensì da quest'ultima alla potestà legislativa. In virtù del principio di legalità, i pubblici poteri sono abilitati ad esercitare le funzioni amministrative previste dalla legge. In forza del canone di sussidiarietà, inteso dinamicamente per la tutela di esigenze unitarie, lo Stato titolare delle relative attribuzioni amministrative attira verso di sè anche le indispensabili competenze legislative. Tant'è vero che, ribadendo la possibilità di una simile attrazione, la Corte parla delle funzioni amministrative e delle correlative funzioni legislative. In definitiva, la distribuzione del potere legislativo segue l'allocazione della funzione amministrativa»*[357].

La terza considerazione è necessariamente legata alle due precedenti, e riguarda il sempre maggiore ruolo che il giudice amministrativo sta assumendo nel quadro cangiante del diritto amministrativo. Come ha significativamente affermato, a proposito, Vittorio Domenichelli,

> *«al giudice - principe degli interpreti - per la tipica forza delle sue decisioni viene consegnato uno straordinario potere che potrebbe esprimersi nella ricomposizione dell'unità del sistema, assumendo la giurisdizione il ruolo di arbitro finale del catalogo delle fonti, col convalidare quelle vere e sanzionare quelle false, rimettendole al loro posto insieme ai loro autori»*[358].

E ciò, soprattutto nella prospettiva dell'amministrazione di risultato, per cui

> *«spetta alla sapiente interpretazione del magistrato-interprete riconoscere la legittimazione dei poteri amministrativi che non trovano nella legge un chiaro fondamento legittimante,*

[356] Tale processo, secondo la Corte, deve essere subordinato anche ad una intesa con la Regione interessata, oltre che ai principi più sopra richiamati.

[357] Così L. CIMELLARO, *op. cit.*, 124 ss.

[358] V. DOMENICHELLI, *op. cit.*, 9 ss., come citato da L. CIMELLARO, *op. cit.*, 162 ss.

> *valutando la congruità del risultato quale predefinito dall'amministrazione nel progetto di decisione e realizzato nell'oggetto del provvedimento, e la conformità del loro esercizio ai principi basilari dell'ordinamento della cui corretta applicazione egli è deputato ad essere,* in virtù dello stesso principio democratico*, l'illuminato censore»*[359] *(corsivo mio).*

Si può così ricostruire il filo conduttore unico che regge questa nuova concezione della "legalità" all'interno della profonda mutazione delle istituzioni giuridiche, sul piano nazionale come su quello esterno. La dequotazione dell'aspetto soggettivo del momento amministrativo - e richiamando l'osservazione per cui a tale fenomeno fa da contralto una eguale e contraria "funzionalizzazione" in senso pubblicistico[360] - non opera solo orizzontalmente nella direzione della sempre più accentuata devoluzione di compiti amministrativi verso la sfera privata; ma si estende, verticalmente, anche tra le classiche funzioni statali, perchè oggi sono sempre di più e il legislatore, e il giudice - per non considerare le autorità indipendenti-, a costituire il *momento* amministrativo stesso.

Nel primo caso basti pensare alle leggi-provvedimento, ed a tutto il contenzioso, anche teorico, che ne consegue; per il secondo, è proprio la considerazione che in contumacia del principio di legalità nella sua forma classica, spetta al giudice amministrativo valutare, e non verificare, la legittimità dell'operato di chi svolge la funzione pubblica. In questo senso, oggi come non mai può dirsi vera l'affermazione, resa celebre da Mario Nigro, che *giudicare l'amministrazione è come amministrare*: paradossalmente, perchè questa affermazione stava a significare precipuamente la specialità del giudice amministrativo e la sua irriducibilità rispetto al giudice civile - e dunque la vera ragione del modello giurisdizionale dualistico dei paesi continentali, in opposizione a quello britannico -, mentre invece oggi essa sancisce la sostanziale unificazione tra procedimento e processo. Se la motivazione che l'amministrazione non ha prodotto durante il procedimento può essere integrata in sede giurisdizionale, perchè finalmente siamo passati dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto, e dunque una mera violazione "formale" non rileva se in concreto il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, allora procedimento e processo davvero diventano indistinguibili[361] - e

---

[359] Così L. CIMELLARO, *op. cit.*, 162 ss.

[360] Ivi., 136 ss.; sui fini, v. anche G. CORSO, *Il principio di legalità*, op. cit., 4 ss.

[361] Cfr. da ultimo N. PAOLANTONIO, *Notazioni minime su procedimento e processo*, in *www.giustamm.it*.

dunque il momento amministrativo comincia con il singolo funzionario e finisce col giudice, senza soluzione di continuità.

Il punto di approdo di questa impostazione è il risultato: un risultato che l'amministrazione stessa si è posta - salvo in alcune materie il rispetto minimo del principio di legalità formale, con il parlamento che pone quantomeno i fini generalissimi a cui deve tendere l'azione amministrativa, e di cui il giudice deve verificare anche la corrispondenza a più generali principi dell'ordinamento interno, comunitario e internazionale. Se il risultato cioè assume sia la forma del progetto, sia quella dell'oggetto della funzione amministrativa, anche il compito del giudice sarà duplice: in primis, dovrà valutare se il risultato che l'amministrazione si è posta risulta compatibile con le indicazioni di scopo provenienti dalla legge, dalla costituzione e dall'ordinamento europeo; e poi dovrà verificare che al perseguimento di quel risultato sia congrua l'attività posta in essere dal soggetto depositario della funzione: e qui entrano in gioco altri principi generali, tra cui, bisogna sembra ombra di dubbio menzionare, quello di ragionevolezza (di origine interna) e quello di proporzionalità (di origine esterna)[362].

Di questa giurisdizionalizzazione della funzione amministrativa si possono dare invero letture del tutto contrastanti: alla considerazione, dunque positiva, che in questo senso la funzione diventa pienamente aderente al caso singolo, nell'idea di una migliore corrispondenza - se non di una vera e propria identificazione - tra finalità pubbliche e concreto assetto degli interessi coinvolti[363], se ne può opporre una negativa, che sottolinea la instabilità e la disomogeneità che tale trasformazione comporta. Instabilità, perchè di fatto la decisione dell'autorità - sia essa una vera e propria autorità amministrativa, una autorità indipendente, una stazione appaltante a carattere misto, etc. - diventa una mera statuizione infra-procedimentale (qui inteso procedimento nel senso esteso di procedimento più processo amministrativo) su cui non si può fare pieno affidamento finchè non sia confermata dal giudice amministrativo - ed infatti, a tal proposito, si pensi all'introduzione nel nostro ordinamento dell'obbligo di *standstill* nella disciplina degli appalati pubblici per come imposto dalla direttiva c.d. "ricorsi"; disomogeneità, perchè il quotidiano confronto con la giurisprudenza amministrativa restituisce un quadro dove vi è estrema varietà di soluzioni su questioni giuridiche affini - si pensi a temi che ormai da anni occupano la dottrina, come la sorte del contratto a seguito dell'illegittimità delle procedure di aggiudicazione, lo stesso ambito di operatività dell'art. 21-*octies* o, più di

[362] Cfr. L. CIMELLARO, *op. cit.*, 155 ss.
[363] Cfr. ivi, 153 ss.

tutte, il problema dell'autonomia tra azione di annullamento e azione risarcitoria (c.d. pregiudizialità amministrativa), ora legislativamente e *autoritativamente* risolto nel codice del processo amministrativo - non solo, come forse fisiologico, tra i giudici di primo grado, ma tra le diverse Sezioni del Consiglio di Stato stesso, che nemmeno le pronunce dell'Adunanza Plenaria sembrano in grado di "uniformare". Ciò, devo ribadire, solo in parte può considerarsi una fisiologica dimensione di qualsiasi sistema di controllo giurisdizionale: il fatto che sia stato superato il riferimento principale a cui confrontare l'attività amministrativa, la legge generale ed astratta (in quanto tale prima garanzia di imparzialità ed uguaglianza giuridica), in favore di parametri sempre mutevoli la cui indeterminatezza comporta la necessarietà della stabilizzazione giurisdizionale - *il diritto all'ultima parola* di cui parla Dogliani[364] - aumenta in modo endemico l'opinabilità di fattispecie tra loro del tutto assimilabili e, dunque, la possibilità di trattamento disomogeneo di una determinata questione.

### 1.10. Prodromi di conclusioni: del senso ultimo del principio di legalità

Questa prima parte di "studi genealogici"[365], per necessità parziale nella scelta dei riferimenti sia a livello qualitativo che quantitativo, vorrebbe aver contribuito sin da subito a chiarire, a guardare in controluce, un concetto opaco come quello del principio di legalità, isolandone il nucleo fondamentale. Che si parli cioè di stato di diritto, di *Rule of law* o di isonomia, si sta trattando della dialettica tra poteri e libertà, e della relativa garanzia di quest'ultima per il tramite della legge, nel senso, ampio, di diritto oggettivo. Bobbio appuntpo capovolge quell'indirizzo che vuole l'espressione "principio di legalità" come una superflua ridondanza dei tre paradigmi appena citati: anzi, questi non sono altro che diverse applicazioni del principio considerato «*uno dei cardini della teoria politica*», essi cioè «*rispecchiano pur nella diversità delle situazioni storiche la permanenza del principio di legalità come idea regolativa del buon governo per eccellenza*»[366].

[364]Cfr. M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 61 ss.

[365] Sottotitolo del bel volume di E. SANTORO, *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of law*, Giappichelli, Torino, 2008.

[366] La citazione di Bobbio è di M. DOGLIANI, *op. cit.*, 61 ss.

Questo è l'orizzonte di significato del "principio di legalità" che precede la stessa formulazione della nozione e che si inserisce in un duplice ordine di coordinate: da un lato, *precedendo* la separazione tra stato e società, con la nascita di un diritto proprio di ciascuna entità e dunque la contrapposizione, propriamente intesa, tra sfera pubblica e sfera privata; contrapposizione che sfocerà significativamente nelle due eterogenee correnti che oggi predicano, da presupposti e finalità diverse, la prevalenza della seconda, cioè marxismo e liberalismo moderno; dall'altro, nella valenza garantistica e/o democratica del principio, cioè polarizzazioni del paradigma che ne accentuano, a seconda del caso, la valenza teleologica esplicitata da Pietro Costa, e che dunque ne fanno un paradigma imprescindibile non solo dell'esperienza statuale, ma di ogni forma di organizzazione socio-politica. In questo senso dunque tale principio, almeno normativamente, sembra irriducibile alle trasformazioni istituzionali in atto.

La domanda a questo punto potrebbe porsi: ma quali conseguenze nel contesto della evoluzione del diritto amministrativo? In che modo una ricostruzione storico-teorica della nozione di principio di legalità è collegata alla recenti vicende del diritto amministrativo italiano, che ritengo di considerare vere e proprie aporie rispetto a tale principio? La risposta, a mio modo di vedere, si trova proprio sul crinale del rapporto tra stato e società, tra istituzione politica e organizzazione relazionale degli individui. Quel crinale è, anche a voler accettare le ricostruzioni maggioritarie, dominato esclusivamente dalle regole amministrativistiche. È l'essenza, ed il fine ultimo stesso del diritto e della scienza amministrativa in quanto disciplina autonoma. Ed in questo senso, come spero emergerà chiaramente dai paragrafi che seguono, tali regole amministrativistiche sono ormai da tempo in una fase di rottura prolungata – fase che non implica un progresso del rapporto tra stato e società in una prospettiva nuova conformata, tra l'altro, dal processo di globalizzazione; ma che, a mio modo di vedere, costituisce piuttosto una regressione dell'ordinamento a paradigmi in realtà pre-moderni, cioè a dinamiche che nei loro tratti essenziali ricalcano, o ripetono, quelle che stiamo per vedere.

Dall'analisi dovrebbe risultare confermato comunque che il principio di legalità ha, fin dalla sua prima formulazione storica, natura [puramente] normativa e controfattuale. Esso è un principio assiologico, prima di essere giuridico: designa, in questo senso, un *dover essere* giuridico rispetto all'essere dei comportamenti che si realizzano nella realtà, *contro* tutti i poteri, pubblici e privati; i quali, se non regolati,

tendono per loro stessa natura a prevalere gli uni sugli altri, i più forti sui più deboli[367]. Tale regolazione non può che avvenire, se vuole essere davvero tale, che attraverso la tipicizzazione di questi poteri, nel senso che viene richiesta la loro conformità a determinate forme e a determinati contenuti, pre-stabiliti nei livelli normativi sopra-ordinati[368]. Ben può sostenersi, allora, che il principio di legalità è lo stesso paradigma della giuridicità. La sua squalificazione è, per ciò stesso, squalificazione (allo stesso tempo) del diritto e del suo fine di limitazione dei poteri, per la tutela dei diritti di tutti stabiliti nella costituzione. E non è un caso che questa squalificazione si sia manifestata nel momento di maggiore crisi, dopo la loro istituzione a seguito dei conflitti mondiali, delle democrazie costituzionali. I fenomeni di decostruzione della legalità rappresentano solo la punta dell'*iceberg* di un più vasto fenomeno di attacco alla (e di conseguente riduzione della) sfera pubblica[369].

Tali fenomeni, bisogna comunque incidentalmente notare, hanno trovato anche "sponda" in quella tralaticia tradizione teorica che ha continuato a riferire il principio di legalità solo nell'ambito del diritto pubblico (amministrativo e penale): cioè come limite[370] esclusivamente alle potestà statali, come se i diritti (fondamentali) dei cittadini potessero essere messi in pericolo solo dallo Stato. Ecco perché la "controrivoluzione", come la definisce Merusi, nei confronti della legalità amministrativa, è avvenuta con la propugnazione e l'affermazione del diritto privato nella [e al posto della] sfera pubblica: atteso che nel nostro *stato di diritto*, a causa di quella dissociazione della legalità di cui *supra*, essa è stata declinata debolmente nella sfera delle relazioni private, solo come limite esterno, oltre il quale non poteva essere compressa l'autonomia (*plena potestas*) dei privati[371]. Anche se la teoria del diritto di Ferrajoli dimostra convincentemente come

---

[367] «Una società profondamente diseguale era totalmente retta dal diritto privato», così G. ROSSI, *op.cit.*, 10 ss., a proposito del c.d. "stato patrimoniale. Cfr. anche F. MERUSI, *op. cit*., 10 ss. La legalità (e la stessa idea di diritto) equivale perciò alla legge del più debole: è tutela del privato cittadino di fronte alle potestà pubbliche; è tutela della vita umana di fronte alle molteplici aggressioni che le possono essere mosse da più parti; è tutela, in questo senso, del contraente "debole" contro il contraente "forte".

[368] «Molte sono le manifestazioni della legalità, anche se è sempre una la sua funzione: rendere tipico l'esercizio del potere», così F. MERUSI, *op. cit*., 36 ss.; v. anche, significativamente, L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 265 ss.

[369] È da notare come G. ROSSI, *op. cit.*, 2 ss., leghi in modo biunivoco dimensione della sfera pubblica e sviluppo del diritto amministrativo. L'A. in questione definisce "sfera pubblica" come «ambito delle finalità, degli interessi che le collettività organizzate ritengono di dover soddisfare». Per la definizione di "sfera pubblica" di Luigi Ferrajoli, in diretta opposizione alla "sfera privata". V. ID, *op. ult. cit*., 802 ss.

[370] Per la doppia valenza del principio di legalità nel diritto amministrativo, come legalità-indirizzo e come legalità-garanzia, v. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, IV ed., 2007, 33 ss.

[371] V. però G. ROSSI, *op. cit.*, 20 ss., che ricorda come, all'epoca delle rivoluzioni liberali, vi fosse un «diritto statale di regolazione dei rapporti interprivati». V. anche sul punto P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, in *Riv. stor. dir. it.*, 1991, 5 ss., secondo cui «l'età del liberismo

questa concezione *normativa*, quella del diritto privato "senza legalità", fosse una mistificazione[372], non si può non evidenziare che, in concreto, la sfera dei rapporti privatistici si sia andata sviluppando nella tendenziale diminuzione dei vincoli e dei limiti ai poteri, in nome di quell'*auto*-nomia, su cui ha "soffiato" l'ideologia del libero mercato, che oggi si vuole sostituire all'*etero*-nomia delle pubbliche funzioni. Così, dopo aver accennato alla portata del principio di legalità nella teoria del diritto, dobbiamo trattare delle sue recenti negazioni nel campo amministrativo, strettamente connesse al recente tra diritto ed economia. Debbo solo ricordare, per il momento, che nella teoria, sfera delle relazioni private e sfera delle relazioni pubbliche sono "governate" in modo ben differente dal principio di legalità. E questo deriva in massima parte dal fatto che il principio, pur avendo la stessa funzione (quella di limitazione dei poteri) assume nelle due sfere direzioni opposte[373].

---

economico coincide per il mondo del diritto con il più bieco delgli assolutismi. Il diritto privato, da diritto dei privati fu ridotto a quella porzione del diritto pubblico avente ad oggetto i rapporti privati. La sfera del giuridico si rattrappiva nella sfera del legale mentre l'extralegale subiva la condanna drastica dell'irrilevanza». Ora, se tanto valeva, si deve dire allora che prima della controrivoluzione nel diritto amministrativo è avvenuta la controrivoluzione del diritto privato nel diritto privato; o, per usare le parole di Grossi, che "l'extralegale" è nuovamente superiore al legale, cioè che il mercato "detta" legge e l'istituzione vi si adegua. Parliamo esattamente di quella contrapposizione tra forma e sostanza, o meglio tra norma e realtà, che come vedremo nell'ultimo capitolo rappresenta la maggiore aporia nella metodologia attuale della scienza amministrativa.

[372] Perché, anzi, la "legalità" è centrale proprio nella teoria del negozio giuridico, in cui la *causa* (intesa come *tipicità formale*) rappresenta per l'appunto l'apposizione di limiti interni (e non esterni) al libero dispiegamento dei poteri privatistici. In questo senso, non si può stipulare un contratto per un fine illecito: come, alla stessa maniera, non si può utilizzare un potere amministrativo distraendolo dalla funzione che gli è stata attribuita. Il concetto di "causa", così come viene formalizzato da Ferrajoli, si rileva "pietra angolare" nella costruzione dell'intera teoria del diritto, e non più solo nell'elaborazione della dogmatica privatistica; cfr., L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 264-273 ss. Nella teoria, oltrettutto, principio di causalità e principio di legalità si manifestano come equivalenti: la causa è intesa come *ragione giuridica* [di produzione] di un qualsiasi effetto; cioè come tipizzazione normativa di comportamenti riconosciuti e autorizzati, in quanto tali, dall'ordinamento alla produzione di una modificazione della sfera giuridica propria od altrui.

[373] Ben può definirsi la legalità, in questo senso, come l'epistemologia dei vincoli *eteronomi* ai poteri, che ne risultano in quanto tali tipicizzati: non già auto-obbligazioni del Leviatano; non graziose concessioni del re; non comportamenti spontanei posti in essere per una qualche empatia all'interno di una società "auto-organizzata"; ma, precisamente, il "dover essere" giuridico imposto ai poteri (pubblici e privati) come condizione di loro accettabilità, stabilita nel patto fondativo, all'interno dello "stato di diritto". Come abbiamo già detto, è un principio *iuris tantum*, cioè un principio esterno al diritto, assiologico, che diventa paradigma di validità con la sua costituzionalizzazione: *il che equivale ad ammettere che è ben possibile*, nella realtà, *la sua violazione*. È ben possibile cioè il diritto invalido frutto di un potere esercitato *al di là* o *senza* vincoli: che esso si concreti in una legge, in un provvedimento amministrativo o in un negozio giuridico (o in un atto illecito). Anzi, verrebbe da dire, paradossalmente, che è esattamente la sua funzione: il principio di legalità è *condizione di identificazione* del diritto invalido, lo rende cioè manifesto all'interno della fenomenologia giuridica, e obbliga, normativamente, alla sua riparazione. Cfr. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, *passim*.

# CAPITOLO II

# Considerazioni critiche sui nuovi paradigmi dell'azione amministrativa

**SOMMARIO**: **2.1** Negazioni della legalità nel nuovo paradigma amministrativo: considerazioni introduttive tra diritto ed economia. - **2.2** Dalla pubblica amministrazione alla "privata amministrazione": l'istituzionalizzazione del conflitto di interessi nel diritto amministrativo. - **2.3** (segue) La (vera) sussidiarietà orizzontale e l'amministrazione: il valore aggiunto dei cittadini attivi alla sfera pubblica. - **2.4** Amministrazione consensuale e principio di legalità. - **2.5** "L'amministrazione di risultato": il valore garantistico-sostanziale della legalità occultato.

## 2.1. Negazioni della legalità nel nuovo paradigma amministrativo: considerazioni introduttive tra diritto ed economia

Se si parla così diffusamente, nella letteratura amministrativa come più in generale nella riflessione attorno al diritto, di "ritorno alla legalità" - significa, come è già emerso, che secondo molti la legalità, oggi, sia venuta e stia ancora venendo a mancare. E non è secondario sottolineare come, data la correlazione quasi ontologica tra [perseguimento delle] funzioni amministrative pubbliche e rispetto del principio di legalità, alla messa in dubbio (o addirittura negazione) di quest'ultimo è corrisposta la "decostruzione" dello stesso diritto amministrativo[374], così come consegnatoci dalla tradizione del secondo dopoguerra ed evoluto negli ultimi decenni del secolo scorso.

[374] Merusi riporta come esempi di tale decostruzione, tra gli altri, il «*preteso contrattualismo generalizzato nelle decisioni amministrative; l'uso del diritto privato con pretese elusive della tipicizzazione dell'atto; la decostruzione delle strutture amministrative per eludere il principio di legalità nella decisione; il preteso esercizio di poteri amministrativi "innati" non sottoposti a preventiva formazione; il ricorso alla atipicità dell'illecito civile per sfuggire alla tipicità delle sanzioni amministrative* […]», così F. MERUSI, *I sentieri interrotti, cit*., 30 ss.

Riprova ne è la vorticosa moltitudine di riforme, di carattere sostanziale e/o processuale, che hanno investito la materia amministrativistica negli ultimi anni: riforme quasi sempre[375] disorganiche, per lo più inserite in "testi di legge" - non in leggi, si badi bene - di fatto afferenti ad altre materie, che in questo quadro di totale disorganicità hanno comunque profondamente modificato l'attività amministrativa, i suoi moduli e modelli ed il suo regime giuridico. Questo nel quadro della sempre più penetrante regolazione di materie storicamente amministrative da parte dell'Unione Europea e di attori sovra- e trans-nazionali, con una diminuzione di capacità *regolativa* dei governi nazionali che, paradossalmente ma nemmeno troppo nel caso italiano, ha finito per costituire in alcuni casi un argine alle aporie della legalità interne. Questa idea verrà meglio sviluppata all'inizio della terza e ultima parte del lavoro.

Ora mi preme sottolineare che l'analisi delle sostanziali aporie della legalità nel nostro diritto amministrativo richiede un approccio multipolare, perchè lo stesso oggetto, il "momento amministrativo", può ovviamente essere analizzato da visuali eterogenee. Scolasticamente, l'amministrazione può essere intesa come organizzazione o come funzione: e quest'ultima può essere, a sua volta, suddivisa a grandi linee tra amministrazione di "regolazione/composizione" e amministrazione di "prestazione". Basti dire che la decostruzione, di cui *supra*, ha interessato tutti i profili: con un filo conduttore che sembra potersi scorgere nel superamento della dicotomia pubblico-privato - nella direzione imposta dalla dottrina neo-liberista di matrice statunitense che ne ha dato una lettura totalizzante in termini, rispettivamente, di inefficienza - efficienza.

In questo senso, si può notare che ad ogni arretramento (quantitativo o qualitativo)[376] della legalità statale è corrisposta un'espansione della sfera privatistica del mercato, che è andata a "governare" quegli spazi lasciati "liberi" dalla prima[377]. Questo perché nel diritto amministrativo, più che in altri luoghi della fenomenologia giuridica, il legame tra Stato (di diritto) e mercato, tra "sfera del pubblico" e "sfera del privato", tra *eteronomia* e *autonomia*, è immediato e, oltretutto, rilevante non solo sul piano pratico, ma anche dal punto di vista teorico. Se si vuole, rovesciando il fuoco dell'analisi, possiamo dire che le dinamiche del rapporto tra Stato e mercato, intese come

[375] Rilevante eccezione è l'adozione del Codice del processo amministrativo con il d. lg. 104/2010.

[376] Cfr. sul punto M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercato e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008, 142 ss.

[377] Diversamente, G. ROSSI, *op.cit.*, 48 ss., secondo cui «nella maggior parte dei casi l'arretrare del "pubblico" non corrisponde ad una effettiva espansione della sfera degli individui e della società a svantaggio di quella dello stato latamente inteso, ma è *semplicemente* il risultato della modificazione dei modelli organizzativi e degli strumenti operativi di quest'ultimo» (corsivo mio).

istituzioni[378], hanno rilevanza immediata - palingenetica - per quanto riguarda la funzione amministrativa. Il diritto amministrativo, come "arena normativa", è il primo e più rilevante terreno di *confronto* tra sfera pubblica e sfera privata[379].

Dal punto di vista organizzativo, a partire dalle privatizzazioni degli anni '90 del secolo scorso, abbiamo assistito ad un radicale cambiamento della fisionomia delle pubbliche amministrazioni[380], sia con riferimento agli enti, sia con riferimento al rapporto di lavoro, ormai quasi totalmente privatizzato e la cui giurisdizione è stata devoluta al giudice ordinario. Dal punto di vista (operativo) dell'attività di regolazione/composizione, si è compiuta l'espansione del paradigma dell'attività consensuale della pubblica amministrazione, cioè dell'utilizzo diritto privato, al posto di quello autoritativo: l'amministrazione, secondo la dottrina oggi prevalente, ha [acquistato] capacità generale di diritto privato, e gli strumenti consensuali vanno preferiti a quelli tipici dell'amministrazione del vecchio tipo, in quanto più "liberali" e dunque più rispettosi delle sfere giuridiche dei privati; prevalenza sfociata poi, secondo alcuni, nell'art. 1-*bis* della legge n. 241 del 1990, che secondo questa visione è il necessario approdo anche per l'influenza del diritto comunitario in materia. Infine, sotto l'aspetto (funzionale) delle attività di prestazione e di erogazione, al rispetto e all'applicazione della legge è stato "sostituito", sotto molti aspetti, "il risultato", come se dalle prime (le leggi) quest'ultimo fosse invece ostacolato: e ciò ha comportato, per alcuni versi, la negazione della stessa concezione funzionale dell'attività amministrativa.

Ovviamente, non posso, né voglio qui ripercorrere l'andamento storico del rapporto tra Stato e mercato[381]. Non è azzardato, però, sostenere che ad oggi tale rapporto risulti rovesciato, perlomeno rispetto alla sua configurazione originaria[382]. Lo stato (assoluto) aveva infatti sottoposto il mercato, come tutte le altre manifestazioni interne

---

[378] In realtà, di mercato come "istituzione" se ne può parlare solamente nel senso, piuttosto ristretto, di "mercato regolamentato", nel senso di mercato istituito per lo scambio di valori mobiliari nazionali ed internazionali, su cui v., per tutti, R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2008. Sull'insostenibilità di una teorizzazione del mercato in senso istituzionale, v. ancora L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 254 ss., secondo cui il "mercato" è dato dalla somma delle volontà dei singoli imprenditori, e non da una volontà, per così dire, "generale".

[379] Sotto altra prospettiva l'amministrazione, come soggetto "istituzionale", ha assunto nel tempo più *sembianze* nei confronti del mercato: *in primis*, come abbiamo detto, quella di signore assoluto; poi, quella [solo] di attore, al pari di tutti gli altri soggetti privati; quella [anche] di arbitro, ad oggi prevalente; ed infine, in alcuni casi, [perfino] quella di terzo estraneo.

[380] Cfr. L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna, 2009.

[381] Per una ricostruzione dei rapporti tra pubblico e privato nell'evoluzione del diritto amministrativo, v. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003; G. ROSSI, *op. cit.*, 48 ss.; M. D'ALBERTI, *op. cit.*, 15 ss.; S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 389 ss.

[382] *Contra*, M. D'ALBERTI, *op. cit.*, 141 ss.

rilevanti giuridicamente, alla potestà "pubblica", senza eccezioni[383]. Oggi invece, a partire e soprattutto a livello internazionale, il "mercato", inteso come insieme eteroeneo di grandi compagnie multinazionali e altri attori economici, si configura come *legibus solutus*[384]; non (più) solo "antagonista" rispetto allo Stato; ma, addirittura, sostanziale *law-maker* nei confronti degli stessi ordinamenti nazionali per quanto riguarda la legislazione in materia economica[385].

Conferma si può avere nel fatto che il rapporto di priorità (anche logica) tra le due istituzioni[386] sembra ormai revocato in dubbio anche nella dottrina giuridica[387]. La magistrale lezione di Irti[388], perlomeno nella maggior parte dei casi, sembra caduta nel nulla. Proprio da Irti mi sembra che bisogna invece (ri-)partire. In che modo valutare le dinamiche tra questi due poli, quello statale e quello del mercato? Si tratta di fenomeni, in qualche senso, "naturali", cioè non determinati da processi decisionali (politici), ma dipendenti da variabili economiche che preesistono al *law-making*? Oppure sono, né più, né meno, opzioni politiche (più mercato / più regolazione) che tendono a scontrarsi e a prevalere l'una sull'altra?[389] In altri termini, sulla linea tracciata dal pendolo tra statalismo e nichilismo mercatorio, con che approccio valutare il punto di (dis-)equilibrio attuale?

---

[383] Cfr. G. ROSSI, *op. cit.*, 14 ss.

[384] In questo senso, può essere ragionevolmente sostenuto che i grandi poteri economici, rappresentati soprattutto dalle compagnie multinazionali, hanno concentrato i loro sforzi alla ricerca di una tendenziale *a[uto]-nomia*, dal piano nazionale, dove la presenza dei governi statali non gli lasciava grandi spazi di manovra, al piano internazionale, in cui invece l'assenza di "istituzioni di governo" centrali gli ha permesso di raggiungere quella centralità da sfruttare poi nella fase (di normazione) della produzione e dello scambio. V. sul punto, G. TREMONTI, *Economia sociale di mercato?*, Prolusione pronunciata in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico all'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, il 19 ottobre 2008, in www.aspeninstitute.it, 9 ss.

[385] «*Certamente i poteri pubblici debbono tenere in grande considerazione le esigenze delle libertà economiche e in particolare delle imprese, esigenze la cui garanzia si rafforza, come si è visto, grazie alla disciplina ultranazionale dei mercati. In tale direzione vanno la necessità di giustificare le regole che i pubblici poteri intendono adottare e la riduzione del potere discrezionale nell'applicarle*», così M. D'ALBERTI, *op. cit.*, 143 ss.

[386] Ancora, debbo precisare, uso il termine "istituzione" con riferimento al mercato, in senso del tutto atecnico (e forse, visto anche quanto detto finora, improprio). Nella teoria economica (e in buona parte di quella giuridica) il mercato non è istituito, ma è un "fatto naturale"; ad essere istituiti sono i mercati "regolamentati", che appunto si contraddistinguono per essere gli spazi di contrattazione, suddivisi in segmenti differenti a seconda della natura dell'oggetto delle contrattazioni.

[387] V. tra gli altri, E. PICOZZA, *Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003, Giappichelli, Torino, 52 ss., che parla di «*diritto economico*» come risultato, nella modernità, di fenomeni come globalizzazione, privatizzazioni, concorrenza, etc.

[388] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2003; secondo cui «bisogna scrollarsi di dosso l'*immagine naturalistica* del mercato, come un che di trovato e di fisso, e dissolverla nella *molteplicità normativa dei mercati*, ciascuno dei quali s'identifica con un gruppo di regole giuridiche» (corsivi dell'A.).

[389] Sul punto, v. a proposito del rapporto tra politica e mercato nella storia recente degli Stati Uniti, P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, Laterza, Roma-Bari, 6 ss., il quale dimostra, secondo me

Il quesito è pregiudiziale alla trattazione che segue. Ad una concezione para-naturalistica dei rapporti tra Stato e mercato, infatti, corrisponde un ben angusto spazio di critica e riforma per il diritto. Si tratterebbe, in questa visuale, di funzioni tra flussi, bilanci e tassi d'interesse: di oggettività economiche, insomma, come tali manipolabili solo dai tecnici, in una sorta di nicchia *a-giuridica* che [però] poi pretende (ed ottiene, nel paradigma globale moderno) di conformare il diritto stesso, presentandosi come l'unico contenuto possibile e doveroso del diritto[390].

Dalle riflessioni di Irti, dovremmo sapere che così non è. Le pretese apoliticità, neutralità e tecnicità del mercato e della sua ideologia sono state revocate in dubbio. Il mercato è, né più, né meno, *locus artificialis*, *ergo politicus*[391]. Il mercato è istituito dal diritto[392], e si basa sul diritto: se non ci fosse il secondo, non potrebbe esserci nemmeno il primo[393]. Lo spazio per la critica politico-giuridica[394] è, quindi, *infinito*: il giurista, sia legislatore o osservatore, è demiurgo, e lo spazio del mercato, creazione[395].

Politicamente (e giuridicamente) può e deve quindi valutarsi ed eventualmente criticare, l'assetto socio-economico attuale. Politico è il modello del *new public management* che si è diffuso negli stati a diritto amministrativo del vecchio continente e ha provocato il modello regressivo del welfare state[396]. Frutto di una scelta politica è la riduzione della sfera pubblica sulla base dei suoi "fallimenti", sia dal punto di vista organizzativo che da quello funzionale, a tutto vantaggio di quella privata del mercato[397].

---

convincentemente, come vi sia un rilevante effetto diretto, non imputabile al "mercato", della politiche pubbliche sulla situazione economica generale. V. F. CAFFÈ, *Lezioni di politica economica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010.

[390] Cfr. N. IRTI, *op. cit.*, 53 ss., «*l'affarismo, dissimulato sotto specie di neutralità tecnica o di purezza economica, minaccia sempre la giuridicità degli scambi: giuridicità, che esso s'affanna a ridurre e comprimere nell'elementare vincolo degli accordi privati*».

[391] *Ivi*, 39 ss., in cui si parla di «*teoria unitaria e monistica*, onde l'istituto economico *è* istituto giuridico, non concepibile fuori dalle norme disciplinanti» (corsivi dell'A.). v. inoltre, *ivi*, 52 ss., in cui l'A. sottolinea l'insufficienza dei soli negozi di diritto privato a creare un ordine, una «regolarità tipica». Il singolo negozio, in questo senso, «*si esaurisce in se stesso*» (corsivo dell'A.).

[392] *Ivi*, 55 ss., per cui «*tanto poco sono* in rerum natura *l'economia di mercato e la libera concorrenza, che esse vanno assiduamente ed energicamente protette [...] Questa protezione è, appunto, politico-giuridica, poiché riposa sul vigore delle scelte politiche e sull'efficacia delle leggi, insieme congiunti nell'ordine del mercato*». Si pensi, ad esempio, al processo di *creazione* del mercato unico europeo ad opera delle istituzioni comunitarie. Se il mercato fosse un ordine preesistente alla statualità, non vi sarebbe stato bisogno né dei Trattati né delle politiche comunitarie congiunte volte appunto a *creare* lo spazio economico comune.

[393] Attraverso il valore, intrinseco al diritto di produzione legislativa, di prevedibilità del futuro e certezza degli scambi, *ivi*, 32 ss.

[394] *Ivi*, 39 ss.

[395] Cfr. J. E. STIGLITZ, *In un mondo imperfetto. Mercato e democrazia nell'era della globalizzazione*, Donzelli, Roma, 35 ss.

[396] J. E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello stato*, Il Mulino, Bologna, 2006, *passim*.

[397] Come se il mercato non fallisse.. Sul punto, criticando la retorica reaganiana, v. P. KRUGMAN, *op. cit.*, 100 ss.

Politica è la scelta di assecondare la globalizzazione economica, con l'accettazione di quel "mercato degli ordinamenti" di cui si parlerà fra poco. Con questo voglio sottolineare che lo spazio della politica, e del diritto quindi, deve riappropriarsi di ciò che gli viene tolto dall'ideologia[398].

Questo approdo non è scontato: anzi, può dirsi che fino ancora a qualche tempo fa questa impostazione era decisamente minoritaria, sia nella letteratura economica che in quella giuridica. La recente crisi dei mercati finanziari internazionali, crisi che ora si è trasmessa, come un virus, all'economia reale, ha modificato i termini della questione. La teoria economia più neo-liberista, quella che predica il mercato come "società naturale" e aspira allo "Stato minimo", sembra oggi regressiva[399]. Convinti liberisti, a seguito della crisi economica, trasfigurano in fervidi sostenitori di un nuovo interventismo statale nell'economia[400]. Dopo la *de-regolazione*[401], al centro del dibattito torna il tema della *regolazione* (giuridica) del mercato[402]. Rimane però aperta, come paradigma irrisolto, la questione della priorità tra le due istituzioni: è il mercato a richiedere regole agli stati o sono gli stati che istituiscono, regolando, il mercato?

Prendiamo spunto dal diritto amministrativo dell'economia[403]. In un recente ed importante contributo, Marco D'Alberti afferma che vi sarebbero «*imperativi* economici» i quali «*attendono risposte adeguate dalla disciplina pubblica dei mercati*»[404], e che quindi vi sarebbe la necessità di scoprire come il diritto amministrativo «*si pone*» rispetto a questi. Dalla lettura di queste pagine sembra emergere che è il diritto amministrativo

---

[398] Conforme, J. E. STIGLITZ, *In un mondo imperfetto*, cit., 19 ss.; *ivi*, 62 ss. Non c'è nulla di più erroneo infatti che contrabbandare i processi politici con forze decisionali in qualche modo "esterne", cioè appartenenti al mondo economico. Questo tipo di mistificazione è il terreno di sviluppo delle ideologie (e l'ideologia liberista vi si è, appunto, sviluppata con vigore) e dell'eliminazione della politica dall'orizzonte di decisione e valutazione delle categorie dell'esistente.

[399] V. R.A. POSNER, *The Crisis of Capitali Democracy*, Harvard University Press, 2010.

[400] «*Come sempre, sono le differenze di valore che dettano il criterio della forza relativa da attribuire al settore pubblico e a quello privato […] queste differenze di valore riflettono in certa misura interessi differenti: coloro che vogliono conservare le strutture di potere e i livelli di disuguaglianza esistenti, di cui beneficiano, sono più disposti ad enfatizzare i limiti dello stato, benchè nella pratica, quando fa loro comodo, non esitino a rivolgersi allo stato per richiedere assistenza* […]», così J. E. STIGLITZ, *op. ult. cit.*, 34 ss. v. sul punto anche G. TREMONTI, *op. cit*., 12 ss.

[401] Sulla deregulation e sui suoi (solo) presunti vantaggi, v. J. E. STIGLITZ, *I ruggenti anni Novanta. Lo scandalo della finanza e il futuro dell'economia*, Einaudi, Torino, 2004, 83 ss.

[402] Cfr. ID., *In un mondo imperfetto*, cit., 59 ss. Concorda sul fatto che l'era della *deregulation* sia da considerarsi finita, L. CIMELLARO, *op. cit.*, 129 ss.

[403] Da ultimo, G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti,* il Mulino, Bologna, 2009.

[404] M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici,* in *Dir. amm*., I, 2008, 52 ss. Parla di un «*imperativo della crescita*», che sarebbe imposto dalla dottrina economica agli stati nazionali, L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm*., 1999, 62 ss.

che "serve", o deve "servire", il mercato[405]: la regolazione cioè, in linea con la teoria economica della scuola di Chicago, viene concepita come uno dei (tanti) fattori "eventuali" - la cui incidenza e compatibilità con le dinamiche del mercato è da valutare non solo in base all'interesse pubblico, ma anzi dando primaria rilevanza a criteri econometrici (Pil, deficit, etc.) per come di fatto imposti dai grandi regolatori globali (FMI, BCE, etc.)[406]. Tanto che, proprio dall'analisi di queste norme internazionali si «*possono trarre le caratteristiche essenziali di quella che viene definita una regolazione pubblica "efficiente", in sintonia con le libertà economiche*», tra cui «*la riduzione delle barriere che ostacolano l'accesso delle imprese ai mercati e limitano gli scambi; la trasparenza delle procedure regolatorie; l'applicazione del principio e delle regole di libera concorrenza*[407]*, la protezione degli investitori*»[408].

Insomma, quel rovesciamento del rapporto tra Stato e mercato, di cui abbiamo detto poche righe più sopra, e reso possibile dal "naturalismo economico"[409], qui sembra

---

[405] M. D'ALBERTI, *op. ult. cit.,* 61 ss.: «*il rilievo crescente che sono venute ad assumere le esigenze dei mercati rende importante che le misure di regolazione pubblica siano basate su di una solida analisi economica*»; richiama a questo proposito il concetto di "*law ad economics*", e l'importanza delle analisi economiche nelle decisioni delle corti americane; v. anche ID, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, *cit*., 86 ss.

[406] Cfr. ID, *Poteri pubblici, mercato e globalizzazione*, cit., 95 ss., secondo cui «si era a lungo ritenuto che bastasse un *public interest* a giustificare l'emanazione di misure incidenti sui mercati. Il *public interest* è necessario, ma non è sufficiente. Economisti e giuristi di diverse scuole hanno gradualmente sottolineato che il *public interest*, in realtà, risulta da sommatorie e da bilanciamenti di *private interests* e che questi ultimi spesso hanno un'influenza determinante sui regolatori».

[407] Ivi, 105 ss.

[408] M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici,* cit., 54 ss. Appunto: a livello sovranazionale, ove i poteri economici sono tendenzialmente anomici e quindi possono realmente agire secondo i propri "imperativi", viene stipulato, attraverso un sistema multilaterale di accordi, ciò che il diritto statale dovrebbe prevedere per garantire il commercio internazionale: e i legislatori nazionali altro compito non avrebbero che quello di recepire tali "imperativi", e produrli, come leggi positive, entro i confini nazionali.

[409] Non stupisce tanto allora che una parte della teoria economica, soprattutto quella di stampo più marcatamente neo-liberista, predichi il mercato come "società naturale": lo assuma cioè come presupposto materiale di un qualsiasi sistema socio-economico e ne tragga la conseguenza che lo Stato debba intervenire nelle sue dinamiche il meno possibile, onde lasciare l'allocazione efficiente dei beni e delle risorse alla libera esplicazione delle volontà contrattuali. Questo "naturalismo economico", d'altronde, è ampiamente criticato, come già si è in parte detto, dalla migliore dottrina economica, V. ancora le opere, a più riprese citate, di Stiglitz, Krugman e Caffè.

Nell'elaborazione giuridica, tale orientamento sembra espresso al massimo grado da Paolo Grossi, il quale interpreta i mutamenti del diritto provocati dalla globalizzazione come un ritorno a «*un diritto privato dei privati*»: «*qui non è la validità che domina, bensì il suo contrario, cioè l'effettività… Effettività significa per l'appunto questo: un fatto è così azzeccato, è così congeniale agli interessi degli operatori economici che essi lo ripetono, lo osservano, e non perché sia uno specchio fedele di qualcosa che sta in alto ma perché ha in sé una forza (e, se vogliamo, una capacità persuasiva) che lo rende meritevole di osservanza e, quindi, di vita durevole. Qui il filtro non c'è e non ci deve essere: sono i fatti economici che contano; e contano così come sono: grezzi, informi, carichi di scorie che le pratiche quotidiane vi depositano e che sono da considerarsi rispettabili perché, nella loro a-formalità e plasticità, possono egregiamente rispondere alle variazioni del mercato secondo i vari tempi e luoghi*», così P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in Id., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, 288 ss. In senso del tutto opposto, v. i già citati Irti, Ferrajoli e Supiot.

diventare l'assunto di partenza anche della teoria amministrativa. In quella che però a me sembra una evidente - ed inconciliabile - contraddizione con quanto appena affermato, lo stesso D'Alberti subito dopo nota come «*la realizzazione degli imperativi economici non può significare sacrificio di interessi collettivi e pubblici, di valori sociali, di diritti fondamentali*»[410] per cui «*bisogna evitare il "fondamentalismo di mercato" che caratterizza buona parte della disciplina internazionale dell'economia*»[411], e che perciò «*il diritto amministrativo è chiamato a realizzare l'equilibrio fra imperativi economici e altri valori: con la legislazione, primaria e subordinata, con l'attività delle amministrazioni pubbliche, con l'opera dei giudici*»[412]. Viene da chiedersi: ma se quegli «*imperativi economici*» che il diritto amministrativo deve recepire sono elaborati là, nei livelli sovra-nazionali, dove vige a detta dello stesso D'Alberti, il "fondamentalismo di mercato", non è forse allora che quegli stessi *imperativi* dovrebbero essere considerati dai *law-makers* nazionali ben più miti "opzioni", da considerare come tante altri *inputs* all'interno dei processi decisionali governativi?

La dottrina che non dimentica, anzi fa propria e sviluppa la lezione irtiana, legge infatti il fenomeno agli antipodi: in questo senso,

> *«conseguenza della globalizzazione, in assenza di una sfera pubblica mondiale[413], è la vanificazione delle possibilità di controllo degli Stati sull'economia, sempre più autonomizzata sul mercato globale[414]. Soprattutto nei paesi poveri, si è capovolto, con il fenomeno della cosiddetta "concorrenza tra ordinamenti" conseguente alla libera circolazione dei capitali e degli investimenti, il rapporto tra sfera pubblica e sfera privata, tra Stato e mercato, tra legge e autonomia negoziale. Non sono più gli Stati che garantiscono la concorrenza tra le imprese, ma sono al contrario le grandi imprese multinazionali che mettono in concorrenza gli Stati, premiando in realtà gli ordinamenti per esse più vantaggiosi e più svantaggiosi per le persone: dislocando i loro investimenti nei paesi in cui sono più bassi i*

---

[410] M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici,* op. cit., 62 ss.

[411] *Ivi*, 64 ss.

[412] *Ivi*, 65 ss. Così infatti, esplicitamente, si assume una sorta di "parità" o di "pari dignità" tra "imperativi economici" ed interessi pubblici: parità che non solo sembra essere in contrasto con la nostra Costituzione (ad esempio secondo l'interpretazione che Irti dà dell'art. 43 Cost.), ma che, da un punto di vista di teoria del diritto, dovrebbe essere dimostrata e non data per scontata, rischiando altrimenti di sfociare in quel "(gius-)naturalismo economico" di cui abbiamo già detto.

[413] Cfr., in perfetta e significativa consonanza sul punto, J. E. STIGLITZ, *In un mondo imperfetto*, cit., 5 ss., in cui l'A. denuncia come «*oggi viviamo un processo di globalizzazione analogo a quello di un secolo e mezzo fa, ma senza le istituzioni globali in grado di affronarne le conseguenze. Possediamo un sistema di governance globale, ma siamo privi di un governo globale*».

[414] Cosa che peraltro sembra notare lo stesso D'Alberti, richiamando a sua volta proprio Stiglitz, v. M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercato e globalizzazione*, cit., 146 ss.

> *salari, minori le garanzie dei diritti dei lavoratori e le imposizioni fiscali, più deboli o addirittura assenti le protezioni della salute e dell'ambiente e maggiori le possibilità di corrompere i governi o comunque di piegare e modellare le leggi sui loro interessi»*[415].

Ma allora, richiamando il quesito da cui siamo partiti, è la regolazione, al pari delle esternalità, un elemento del libero mercato, o è il mercato ad essere [solo] uno degli elementi di cui tenere conto nella regolazione dell'economia?

Tanto il punto mi sembra irrisolto, che sulla scorta della scuola di Chicago, l'analisi economica del diritto, o *law and economics*, non solo ha raggiunto una diffusione scientifica amplissima, ma è addirittura assurta a disciplina di rilievo autonomo[416]: in ogni università di giurisprudenza, ormai, vi è un corso che porta questa denominazione. Vale però notare come non sia avvenuto il contrario. Manca infatti quasi del tutto, non solo dalle facoltà di economia, ma nella stessa riflessione giuridico-economica, un approccio di "analisi giuridica del mercato", che abbia sviluppato ed esteso in questo senso le intuizioni irtiane. Come ci ha insegnato proprio Irti, infatti, anche il mercato, in quanto e come ogni fenomeno *artificiale*, può essere analizzato e concepito da molteplici prospettive: ed in questo senso si può individuare, oltre ad una definizione di mercato in senso economico, una definizione di mercato in senso giuridico[417].

Precisamente, per dirla ancora con Ferrajoli,

> *«[anche] il mercato è una dimensione della democrazia formale o strumentale, oltre che il sistema più d'ogni altro idoneo a incentivare la produzione di ricchezza. Ciò che tuttavia occorre subito aggiungere è che, trattandosi di un sistema di relazioni di potere, esso non può, nello stato di diritto, non essere sottoposto al diritto, cioè a regole, limiti, vincoli e controlli di tipo giuridico. È precisamente in questo sistema di limiti e vincoli, a garanzia dei diritti fondamentali di tutti, che risiedono il garantismo e il costituzionalismo di diritto privato»*[418].

---

[415] Così L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, II vol., *Teoria della democrazia*, 533 ss. V. sul punto anche il già citato volume di Mattei e Nader, Plunder.

[416] Nota E. PICOZZA, *op. cit.*, 52 ss., come l'analisi economica del diritto sia ormai «*riconosciuta ufficialmente come una delle principali teorie del diritto postmoderne*». V. per tutti, il bellissimo volume di P. CHIASSONI, *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, II ed., Giappichelli, Torino, 2011.

[417] A prescindere ovviamente dalle già citate definizioni dei diversi mercati finanziari.

[418] L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 230 ss. E vedi *ivi*, 253 ss., per la dimostrazione formale della subordinazione dei diritti di autonomia del mercato ai diritti fondamentali.

Un'analisi giuridica del mercato tende a ristabilire la priorità (anche) logica tra le istituzioni: non mistificando[419], anzi inserendo appieno il mercato all'interno della democrazia costituzionale; ma assumendolo «come "ordine giuridico" artificiale», e in quanto tale, avente «bisogno di norme ordinatrici» e precisamente di «regole giuridiche" *eteronome*»[420]. Queste ultime sono limiti interni e limiti esterni al mercato stesso[421]; i primi a tutela dello stesso mercato, cioè dell'effettività dei diritti civili di autonomia[422], tra cui ovviamente il principio di concorrenza; i secondi a tutela invece della sfera pubblica e consistenti alla difesa dal (o alla sottrazione al) mercato di diritti e beni fondamentali[423]. I primi sono «garanzie *del* mercato», i secondi «garanzie *dal* mercato»[424]. Queste regole, in buona approssimazione sono nella maggioranza dei casi regole amministrative - soprattutto con la diffusione del modello regolativo delle *authorities*. Dove la regola amministrativa non arriva, è poi l'autonomia negoziale che informa i diversi rapporti. La contrapposizione tra Stato e mercato può quindi essere vista come contrapposizione tra regolazione amministrativa e autonomia privata (*ie*: tra sfera pubblica e sfera privata).

Nella teoria del diritto la contrapposizione dipende in modo principale dall'*etero*- o *auto*-determinazione degli interessi rilevanti: ché il principio di legalità, come paradigma della giuridicità, è proprio, anche se in forma e con funzioni diverse, di entrambi. Sappiamo però che, nella sfera dei rapporti privati, la legalità è stata (quasi del tutto) obliterata, fino a diventare il semplice limite esterno della "sfera di sovranità" dei singoli, in cui lo Stato non può e non dovrebbe intromettersi. Tutto questo aumenta la rilevanza del problema: non solo la legalità ha nella sfera privata "direzione" diversa dalla sfera pubblica; ma essa è stata anche, soprattutto per via dell'ideologia liberale, mistificata. Sembrano queste, seppur per cenni solo riassuntivi, le coordinate teoriche in cui valutare ora le recenti tendenze nel diritto amministrativo.

### 2.2 Dalla pubblica amministrazione alla "privata amministrazione": l'istituzionalizzazione del conflitto di interessi nel diritto amministrativo.

[419] A differenza, ad esempio, delle teorie socio-economiche di stampo comunista.
[420] L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 254 ss.
[421] *Ivi*, 533 ss.
[422] *Ivi*, 254 ss.
[423] *Ivi*, 258 ss.
[424] *Ivi*, 255 ss. Sulla possibile classificazione delle regole del mercato, cfr. N. Irti, *op. cit.*, 44 ss.

Abbandonando l'idea classica secondo cui è la «*necessaria tipicità dell'esercizio del potere il fondamento del diritto amministrativo*»[425], e la tesi derivata che «[nel diritto amministrativo] *ogni istituto deve pertanto essere inteso come una necessaria conseguenza del principio di legalità*»[426], si sono moltiplicati gli ambiti in cui l'attività e l'organizzazione della pubblica amministrazione sono state informate da principi e paradigmi differenti da quello legalistico, *i.e.* della connessione, *latu sensu*, alla 'legge' - in questo senso abbiamo già parlato, provocatoriamente ma sino ad un certo punto, di una "legalità senza legge".

Ciò è avvenuto, soprattutto nel nostro campo, sia con la sempre maggiore importanza attribuita al diritto privato come "diritto della libertà"; sia con la contrapposizione, alla legalità stessa, del "risultato"[427]. E i due aspetti sono tra loro di solito collegati: se l'amministrazione deve tendere "al risultato"; se esso deve essere il criterio principale a cui parametrare l'efficienza degli uffici, e visto che tale risultato è impedito, per lo più, dai (troppi) vincoli che la legge, anzi che le leggi, impongono alle pubbliche amministrazioni impedendogli di essere "efficienti"; allora dobbiamo cercare di avvicinare - se non di trasformare[428] - il sistema pubblico a quello privato, che grazie alle capacità auto-regolative del mercato è l'unico in grado di raggiungere l'efficiente allocazione e distribuzione delle risorse[429]. Assistiamo dunque ad un vero e proprio mutamento di paradigma della scienza del diritto amministrativo, che utilizza sempre di più, anche a livello teorico, un approccio privatistico (o economico) al proprio oggetto,

---

[425] Così F. MERUSI, *op. cit.*, 28 ss., richiamandosi ad Heidegger.

[426] *Ivi*, 29 ss.; si può inoltre pensare a quando è la stessa legge che viola il principio di legalità, ad esempio con una norma come quella dell'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990, che sarà analizzata nell'ultima parte del lavoro.

[427] La concezione dell' "amministrazione di risultato" racchiude, come cercherò di mostrare, una ideologia, cioè una credenza, non suffragata da evidenze empiriche e (quindi) sostanzialmente tautologica, che però acquista forza concettuale con la sua ri-proposizione a più riprese. In questo senso, l'espressione "amministrazione di risultato" ha costituito una "formula magica" per rispondere ai fallimenti della pubblica amministrazione, registrati in Italia negli ultimi anni, nelle sue funzioni di erogazione di beni e servizi. A tali fallimenti, si è appunto risposto, occorre ovviare implementando la mentalità del risultato negli uffici pubblici: la mentalità aziendalistica del risultato, occorrerebbe aggiungere. Come se questa mancasse. Si può mostrare, infatti, che già la Costituzione richiede, attraverso il principio di buon andamento, che la pubblica amministrazione raggiunga i risultati che le vengono assegnati. Anzi, in questo senso, costituirebbe un *non-sense* un'amministrazione, come istituzione, assegnataria di funzioni eteronome ma non responsabile per il loro raggiungimento. Ecco che quindi l'ideologia del risultato è un'altra via per sostituire a regimi di diritto pubblico, gli strumenti, concettuali e sostanziali, del diritto privato.

[428] Si pensi, ancora, all'espressione "Azienda Italia", divenuta motto nel linguaggio politico di una precisa ideologia di trasformazione in senso aziendalistico delle istituzioni politico-amministrative.

[429] Vedremo come queste affermazioni siano frutto di una duplice mistificazione: quella relativa alla funzione garantistica della legalità (che comporta, intrinsecamente, una qualche ineffettività) e quella propria del dogma del diritto privato come strumento possibile per l'efficienza, derivata direttamente dalle teorie economiche neo-liberiste (e smentite nei fatti, ad esempio, dalla recente crisi della finanza mondiale).

annullando del tutto lo iato tra "pubblico" e "privato" e sancendo, secondo molti, la nascita di un nuovo *ius commune*, in cui l'uso del potere pubblico diventa normativamente residuale[430]. Il portato di questo lungo processo di trasformazione è però, a ben vedere, l'aumento endemico dei conflitti di interesse tra pubbliche funzioni e interessi privati, vera e propria metastasi delle istituzioni pubbliche, la cui rilevanza non viene adeguatamente messa in evidenza dalla dottrina[431].

In questo senso, l'antinomia tra sfera pubblica e sfera privata è stata mistificata:

> *«[anzi] con il diritto privato il legislatore ha addirittura pensato di fare a meno della legalità, cioè della predeterminazione di norme per l'esercizio del potere. Confondendo autonomia privata con sovranità si è arrivati ad affermare che, se la pubblica amministrazione usasse il diritto privato anziché il diritto amministrativo, cioè quel particolare diritto che è scaturito dall'applicazione del principio di legalità, il cittadino sarebbe non più subordinato alla pubblica amministrazione, ma addirittura compartecipe dell'esercizio del potere.* Naturalmente si tratta di un sofisma per esercitare il potere senza regole, per consentire l'appropriazione privata di beni collettivi da parte delle amministrazioni elettive e per eludere la legalità comunitaria. *Un modo per svincolarsi dai lacci della legalità che da sempre stanno stretti a qualunque organo di governo, sia centrale che locale.* Per liberarsene o almeno allentare la presa, una parte della dottrina è venuta in aiuto del legislatore, inventandone di tutte *[...]»*[432]. (corsivi miei)

La posizione di Merusi è fin troppo chiara. Vi sono indicati i frammenti logici della mistificazione: uso del diritto privato per fare a meno della legalità; confusione fra autonomia (privata) e sovranità, per cui i cittadini dovrebbero essere *compartecipi* della funzione amministrativa, previa "parificazione" giuridica dell'amministrazione ai privati e relativa privatizzazione; in realtà, sono sofismi per ridurre il perimetro della legalità nella sua accezione garantistica, di limitazione dei pubblici poteri, favorendo così «*l'appropriazione privata di beni collettivi da parte delle amministrazioni elettive*» ed

---

[430] «*Oggi la confluenza di diritto amministrativo e diritto privato nella disciplina dell'attività amministrativa è riconosciuta normativamente come principio generale; si guarda favorevolmente ad un distacco dai residui della specialità, ad un'osmosi ancora più forte con le categorie del diritto comune; talvolta si arriva persino a rescindere del tutto il legame storico dello Stato di diritto continentale con la specialità amministrativa. Il complicarsi degli ordinamenti invitano a sostituire il modello semplicistico della legalità con un più vasto e comprensivo "rispetto del diritto*"», così B. SORDI, *op. cit.*, 26 ss.

[431] È singolare, e meritevole di menzione, notare come però sia (anche) un'economista a mettere in guardia dai pericoli dei conflitti di interesse, sia all'interno della sfera pubblica sia all'interno della sfera privata: v. infatti J. E. STIGLITZ, *I ruggenti anni Novanta*, cit. 162 ss.

[432] Così significativamente F. MERUSI, *op. cit.*, 11 ss.

anche l'elusione della legalità comunitaria. Ed in questo processo, una parte della dottrina amministrativistica ha avuto un ruolo attivo.

In questo senso, la definizione di "privata amministrazione" sembra cogliere, al pari di altre - come "auto-amministrazione"[433], il nesso esistente tra privatizzazione della funzione amministrativa e conseguente *confusione* tra sfera pubblica e sfera privata. Nella generalità della dottrina, il fenomeno viene descritto, non senza incertezze, col passaggio «dall'amministrazione espressione di autorità» all'amministrazione «sostanzialmente paritaria», dal «primato dell'autorità» al «primato del consenso»[434]. Ragionando *a contrario*, vediamo allora quali sono gli assiomi da cui parte lo stesso Merusi per criticare l'odierno paradigma. Di certo, egli assume una differenza radicale tra diritto privato e diritto pubblico; più puntualmente, tra sfera di *auto*-nomia e sfera di *etero*-nomia, nettamente contrapposte; e individua nei conflitti di interesse nelle "pubbliche funzioni privatizzate" la strumentalizzazione dei pubblici uffici da parte delle amministrazioni elettive[435]. Bisogna chiedersi: è quella di Merusi, forse, una posizione ormai anacronistica, o peggio ancora, ideologica?

Non direi. Direi piuttosto che è una posizione dimenticata: nel senso che, ad oggi, la maggioranza della dottrina sembra aver perso di vista la specificità del diritto pubblico, del diritto cioè della *res publica*, rispetto invece alla *lex mercatoria* che regola i rapporti interprivati[436]. O meglio, ancora: per criticarla, si continua a riferire la specialità del diritto pubblico ad una funzione che non le è più propria[437], perché come è stato notato da autorevole dottrina «*la specialità del diritto amministrativo, a sua volta, da sistema di protezione del potere pubblico, per sottrarlo al diritto generale della collettività, diviene* [nel passaggio dallo stato legislativo allo stato costituzionale di diritto, nds] *un metodo per tutelare i cittadini nei confronti del potere pubblico*»[438]. Già in questa prospettiva, allora, la questione della specialità del diritto pubblico rispetto al diritto privato assume tutt'altro contorno e prospettive. Essa cioè può essere allora intesa non come tralaticio

---

[433] Cfr. M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 101 ss.

[434] Queste espressioni sono di P. DE LISE, *Lo statuto del provvedimento amministrativo*, testo dell'introduzione al Convegno sullo statuto del provvedimento amministrativo, Spoleto, 17-18 ottobre 2008, in www.giustamm.it.

[435] Intese, presumo, come il corpo politico, o comunque come quei funzionari dalla politica direttamente dipendenti o nominati.

[436] V. però la ricostruzione della specificità amministrativa come «*razionalità pratica dell'agire comunicativo*», in P. CARPENTIERI, *L'azione amministrativa e la sua in aggirabile specialità*, in www.giustamm.it, 5 ss.

[437] *Ivi*, 5 ss. e 21 ss.

[438] Così S. CASSESE, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto amministrativo applicato*, Giuffrè, Milano, 2005, 1 ss.

privilegio dello stato amministrativo ottocentesco, ma come necessario regime giuridico di funzioni pubbliche, a tutela dei cittadini stessi e di valori costituzionali quali imparzialità, proporzionalità, buon andamento. Se poi si ricollega a questa concezione della specialità la distinzione, e la separazione, tra (sfere di) *auto*-nomia e (sfere di) *etero*-nomia, si delinea un quadro teorico di certo più difficile da de-strutturare di quanto i sostenitori della privatizzazione vorrebbero (far credere).

A ben vedere, vi è una questione terminologica preliminare. Di "privatizzazione dell'amministrazione" se ne è parlato, nella dottrina, in diverse accezioni, a causa anche di quel polimorfismo della stessa amministrazione che non è più revocabile in dubbio. Finora però la privatizzazione aveva riguardato soprattutto l'amministrazione come organizzazione e l'amministrazione di prestazione (intesa come produzione di beni o servizi). "Funzione" e "regolazione", volendo semplificare, erano rimaste saldamente attratte alla sfera pubblica.

Oggi invece assistiamo alla "privatizzazione" delle funzioni amministrative, di quelle di regolazione in particolar modo. Vi sarebbe una circolarità: «*se interessi pubblici possono essere soddisfatti da soggetti privati*[439] *è evidente che essi possono essere egualmente soddisfatti da soggetti pubblici mediante strumenti di diritto privato*», così che sarebbe dimostrata la «*piena fungibilità tra diritto privato e diritto amministrativo ai fini della soddisfazione degli interessi pubblici*»[440].

Ma è questa una giustificazione accettabile, e se tale, è sufficiente?[441] Mi permetto di dubitarne: il fatto empirico che [anche] i privati possano "soddisfare interessi pubblici"[442] non implica *logicamente* che sia giusto assegnare a loro queste funzioni; anche la funzione amministrativa "giustizia" potrebbe essere "svolta" dai privati, in questo senso; eppure c'è qualcuno che pensa che la "giustizia", o le funzioni di polizia, dovrebbero essere rese dai privati e non da funzionari pubblici e imparziali? Ed ancora: accingendomi da qui a poco a discorrere della «piena fungibilità» tra diritto privato e

[439] Notare però l'art.1, comma 1-*ter* della l. n. 241 del 1990, come riformato nel 2005, secondo cui «i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1». A parte la dubbia portata della norma, vi si può leggere, come segnalato da S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte costituzionale e nodi di Gordio*, in *Cons. Stato*, 2004, II, 1652 ss., la funzionalizzazione al rispetto delle norme procedimentali di attività che altrimenti sarebbero interamente svolte secondo il diritto privato.

[440] Così G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Giappichelli, Torino, 2010, 342 ss.

[441] Cfr. sul punto P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Cedam, Padova, 2004, 286 ss., che distingue tra una autoamministrazione personale ed una autoamministrazione sociale.

[442] In realtà ad essere soddisfatti sono i bisogni, non gli interessi. Gli interessi, in quanto tali, si perseguono. Ed è tutto da dimostrare che i privati possano perseguire interessi pubblici: v. ad esempio le considerazioni di J. E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello stato*, cit., *passim*, sul sistema pensionistico pubblico e sull'impossibilità per i privati di provvedervi autonomamente.

diritto amministrativo, come moduli operativi, ai fini della soddisfazione degli interessi pubblici, possiamo intanto affermare che il consenso - procedimentale o meno - del privato interessato dagli effetti del singolo provvedimento può tenere luogo del meccanismo di selezione degli interessi rilevanti attraverso il principio democratico? Anche qui mi permetto di segnalare che lo stato dell'arte della dottrina amministrativa, forse, è corso ben più oltre di quanto potesse (e dovesse)[443].

La prima domanda tocca, evidentemente, la questione della sussidiarietà orizzontale, e della linea di confine tra sfera pubblica e sfera privata; la seconda, quella del passaggio dall'amministrazione autoritativa all'amministrazione di consenso, attraverso la sostituzione dei moduli pubblicistici con moduli privatistici (contratto e accordo), considerati dalla dottrina amministrativa meno invasivi, e quindi più garantistici, per il cittadino. *Ma per quale cittadino?*[444]

Nel provare a considerare il trasferimento di funzioni dall'amministrazione ai privati, possiamo seguire il consiglio metodologico dato da Giampaolo Rossi qualche anno addietro, e provare a considerare il momento amministrativo dal punto di vista degli interessi da soddisfare. Precisamente, guardiamo alla distinzione tra [sfera di] auto-nomia e [sfera di] etero-nomia, nell'ottica visuale degli interessi. Non vi dovrebbero essere dubbi, allora, che auto-nomia implica che la scelta degli interessi da perseguire sia dello stesso soggetto che li persegue; mentre etero-nomia sta, all'opposto, a significare che la scelta degli interessi rilevanti non viene rimessa al soggetto deputato a perseguirli, ma a qualcun'altro. E' in altre parole la separazione tra *legis-latio* e *legis-executio*, all'interno

---

[443] Nota infatti P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 20 ss., che «*si è giustamente registrata, nell'ultimo scorcio del secolo scorso, una forte tendenza nella dottrina (e anche nella giurisprudenza) a rilevare (e provocare) il "declino del momento autoritativo", la "crisi dell'autoritarismo", il "superamento dei privilegi dell'amministrazione", nonché "l'eclissi dell'atto amministrativo", fino al "rifiuto del postulato, di chiara consistenza ideologica, della generale supremazia della pubblica amministrazione". In realtà questa impostazione dottrinaria, essa, sì, molto ideologica (meno Stato, più mercato; più libertà, meno autorità, etc.) ha confuso la democratizzazione del processo decisionale amministrativo, che si fa con la razionalità del procedimento partecipato (ferma l'autorità spesa nel provvedimento finale, salvo l'esito sostitutivo dell'accordo), con la riduzione degli strumenti giuridici usati dalla funzione pubblica al negozio giuridico di diritto privato, che è logicamente incompatibile con il principio di legalità-imparzialità, con la tutela dei terzi e con la natura intrinsecamente esecutiva (e non normativa, nel senso dell'autonomia privata) dell'atto amministrativo*».

[444] Cfr. *ivi*, 21 ss., per cui «*il favor per l'agire di diritto privato della p.a., palesatosi negli ultimi anni, si spiega anche con la peculiare matrice defensionale-contenziosa del diritto amministrativo (inteso come scienza giuridica), costruito, come è noto, nelle aule di giustizia, dalla giurisprudenza, ciò che ha portato a leggere l'atto amministrativo soprattutto dal punto di vista del diretto destinatario che lo subisce, piuttosto che dal punto di vista della sua dimensione di atto di governo dell'interesse pubblico. Questo particolare approccio all'atto amministrativo conduce all'idea secondo cui solo l'atto accettato dal suo destinatario diretto sia un atto legittimo, espressione di efficienza ed efficacia della funzione pubblica. Questo assioma – non condivisibile - nega, in definitiva, l'autorità, perché non considera che la cura dell'interesse generale spesso deve passare per il sacrificio delle posizioni individuali e proprio per questo necessita del ricorso all'autorità*».

della struttura a gradi dell'ordinamento: che costituisce il cuore della elaborazioni della scuola di Vienna, da Kelsen in poi, e uno degli elementi strutturali delle moderne democrazie costituzionali. Vale allora notare come, nello stato di diritto, precisamente, quell' "etero-" racchiude la portata democratica-rappresentativa della legalità[445]: il fatto cioè che l'interesse pubblico debba essere selezionato attraverso la legge come espressione della volontà degli eletti politici e per come specificato nel provvedimento[446]. È cioè

> *«evidente la totale diversità delle fonti di legittimazione dei poteri appartenenti alle due sfere: la fonte di legittimazione di poteri privati è l'autonomia negoziale, in forza del quale ciascuno è il migliore interprete dei propri interessi, in virtuale conflitto con quelli degli altri; la fonte di legittimazione dei poteri pubblici istituiti a tutela degli interessi di tutti è la rappresentanza politica nelle funzioni di governo e la soggezione soltanto alla legge in quelle di garanzia. Ed è altresì evidente la ragione della separazione tra i due tipi di potere e di interessi, la cui confusione ne comporterebbe inevitabilmente il contrasto, destinato a risolversi, come si è visto, con l'assoggettamento degli interessi pubblici a quelli privati nelle forme del conflitto istituzionale di interessi»*[447].

Tale separazione viene invece progressivamente meno. I vincoli, perché il principio di legalità, formale o sostanziale, questi impone, vincoli *sintattici* o *semantici* ai poteri pubblici, sono elusi[448] attraverso la privatizzazione delle funzioni[449]. E l'elusione[450]

---

[445] Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, Il *principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008, 1-2, 9 ss.

[446] V. P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 6 ss.

[447] Così L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 201 ss. Significativamente conforme, P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 8 ss., per cui «*l'autonomia privata si esprime attraverso il negozio giuridico, che rappresenta l'atto di esercizio della funzione normativa nel diritto privato (il contratto, si rammenta, ha forza di legge tra le parti, giusta il disposto dell'art. 1372 c.c.); l'autonomia pubblica si esprime invece non già attraverso l'atto amministrativo, bensì attraverso la legislazione (e, al più, attraverso la regolamentazione, che però deve obbedire alla legge e da essa deriva). In diritto pubblico non vi è, pertanto, una vera e propria "autonomia" dell'amministrazione nell'esercizio della sua funzione, atteso che nello svolgimento della sua funzione istituzionale l'amministrazione gode al più di discrezionalità, ma si muove comunque in un ambito di eteronomia, secondo il principio di legalità: l'azione amministrativa di cura degli interessi pubblici (funzione) è dunque attività esecutiva e non attività normativa.* La pretesa di "leggere" o reinterpretare l'azione funzionale della p.a. in chiave di autonomia privata è dunque logicamente errata» (corsivo mio).

[448] È da notare, *incidenter tantum*, come il fenomeno dell'elusione del diritto, in generale, sia ormai cresciuto talmente di rilevanza, da diventare tema privilegiato della teoria generale del diritto e delle diverse dogmatiche. Tale crescita quantitativa (e qualitativa) deriva, senza ombra di dubbio, dalla frammentazione della rete normativa, ormai spezzata in tanti micro- o macro-cosmi normativi spesso tra loro non comunicanti, e dalla assoluta mancanza di chiarezza semantica di molte disposizioni di legge, che aprono *selvaggi* spazi all'interpretazione *praeter* e *contra legem*. Si pensi al diritto tributario, dove il "momento patologico" è in buona parte costituito dal fenomeno dell'elusione fiscale: e non è un caso, infatti, che i maggiori studi sull'elusione si trovino proprio nella dottrina tributaristica.

dei vincoli di legge comporta la possibilità, per i funzionari o responsabili (in quel determinato momento) assegnatari del pubblico ufficio, di discostarsi dalla funzione eteronoma che dovrebbero perseguire, per soddisfare i *loro* (intesi come *privati*) interessi[451]. Questa impostazione si concreta, appunto, nel moltiplicarsi dei conflitti di interesse, e nella loro "istituzionalizzazione", con la sfera pubblica che si vede sempre più "subordinata" alla sfera privata, concettualmente e operativamente. È da notare allora che tale "istituzionalizzazione" non sia rimasta solo sul piano fattuale o dogmatico, ma sia anche stata fatta propria da un parte della dottrina[452].

Nella versione più radicale, nasce così la teorizzazione dell' "auto-amministrazione dei privati", che troverebbe la sua giustificazione costituzionale appunto nell'art. 118 Cost., quarto comma, come recentemente modificato[453]. La sussidiarietà orizzontale, o meglio, come stiamo per vedere, una sua ben precisa interpretazione, diviene pietra angolare di questa impostazione. Data per acquisita la privatizzazione dell'amministrazione di prestazione, questa teorica cerca di ricostruire un percorso per cui possa dirsi (e in prospettiva, debba dirsi) privatizzata anche l'amministrazione di regolazione. In questo senso, e in diretta applicazione della sussidiarietà orizzontale, tale processo dovrebbe risolversi, oltre che in liberalizzazioni e privatizzazioni, anche e soprattutto nella «*societarizzazione delle funzioni amministrative*», tali da determinare «*l'autoamministrazione delle società civile*»[454]. L'idea sarebbe quella - solo su questo

---

[449] Il potere è, per sua stessa natura, tendenzialmente a-nomico. *Odia*, e cerca quindi di liberarsi da, vincoli e limitazioni. Il diritto positivo nasce precisamente in funzione limitativa del potere, e questo vale tanto per i poteri privati, così per i poteri pubblici. Nel diritto privato, come abbiamo visto, tali vincoli sono stati mistificati: i poteri vengono riconosciuti come sovrani (quella confusione tra sovranità ed autonomia di cui sopra) e dispongono di grande libertà d'agire. Nel diritto pubblico l'ingegneria costituzionale ha invece elaborato un sistema di limiti e vincoli tendenzialmente funzionante. È proprio tale modello che ora è messo in dubbio.

[450] Debbo precisare l'uso del termine "elusione". Sarebbe facile notare, infatti, che questi fenomeni di decostruzione della legalità sono, in alcuni casi, "autorizzati" o previsti dalla stessa legge. Tanto basta per renderli *legittimi*? Fosse così, saremmo tornati al paleo-giuspotivismo, allo stato legislativo di diritto settecentesco, la cui norma di riconoscimento si risolveva nel *quod principi placuit habet vigorem*. Che non si tratti di questioni inutili lo testimonia lo stesso dibattito sorto dopo l'introduzione dell'art. 21-*octies*, come vedremo nella parte conclusiva del lavoro: alcuni, infatti, ritengono che questa novella non comporti problemi proprio perché prevista a livello legislativo.

[451] In questo senso, v. l'analisi dei modelli di comportamento dei burocrati di Niskanen e di Miguè e Bèlanger, citati (ed in parte criticati) da B. BISES, *Dispense di Scienza delle Finanze*, *Parte I*, Giappichelli, Torino, 2004, 174 ss. Cfr. anche P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 8 ss. Empiricamente, si pensi al sempre maggior ricorco all'istituto del commissariamento - anche al di fuori delle ipotesi tipicamente previste.

[452] Quella «dottrina che si inventa di tutto», così come la definisce Merusi.

[453] «*Norma, peraltro, che nei termini generici in cui è formulata rischia di risolversi in una legittimazione e in un incentivo alla mera privatizzazione di pubblici servizi*», così, criticando l'indeterminatezza semantica della modifica costituzionale, L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 198 ss.

[454] P. DURET, *op. cit.*, 73 ss. Si può notare sin da subito, ponendosi nella scia della dottrina qui riportata, cosa vieterebbe allora il regresso di questa "autoamministrazione" della società civile sino alla stessa funzione legislativa? Questa impostazione sembra cioè consentire, quantomeno se non se ne vogliano

punto, mi sembra, conforme con la lettura della sussidarietà orizzontale come valore aggiunto - «*di un'amministrazione che non si esaurisce nelle istituzioni*»[455]; ben oltre, addirittura, l'altra teoria dell'amministrazione paritaria, che trova, anch'essa, nel principio di sussidiarietà orizzontale le sue ascendenze assiologiche. Quest'ultima predica parità tra cittadino ed amministrazione: mentre la prima sancisce invece la preferenza per una funzione amministrativa esercitata *in primis* dai privati[456], salvo poi l'intervento burocratico in sede di controllo e verifica.

Vi sarebbe differenza, in questo senso, tra un atto *dell*'amministrazione e un atto *di* amministrazione[457], consistente nel fatto che il secondo può essere, anzi deve, posto in essere da un soggetto privato, in applicazione della sussidiarietà orizzontale. E tutto il processo di semplificazione amministrativa, organizzativa e strumentale, degli ultimi anni, dovrebbe essere riletto alla luce di questa impostazione: la semplificazione in realtà sarebbe un mero portato di un più profondo processo di "societarizzazione" delle funzioni amministrative, che in queste senso sarebbero state riallocate ai privati[458]. Riprova ne sarebbero, ad esempio, istituti come la dichiarazione d'inizio attività, ora diventata segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), o il c.d. silenzio-assenso[459]: in, cui, di fatto, funzioni amministrative verrebbero esercitate direttamente dai privati, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale[460].

---

sconfessare le premesse teoriche, la tendenzionale soppressione del principio rappresentativo, a favore di una "democrazia diretta" tanto irrealizzabile quanto pericolosa. E non vale, come fa Duret, sottolineare che alla capacità deve sempre fare da contrappeso la responsabilità: come dovrebbe essere chiaro ormai, ogni potere, in quanto tale, è tendenzialmente anomico, e di responsabilità si può parlare solo se questa sia accertata da un soggetto "terzo" rispetto al potere stesso. Di questo sembra essere consapevole lo stesso Autore, quando finisce per concludere che tale responsabilità si risolverebbe, in ultima analisi, in una «autoresponsabilità», cfr., *ivi*, 75 ss.

[455] *Ivi*, 76 ss.

[456] V. a questo proposito il c.d. "Errore di Coase", *background* di teoria economica della dottrina qui in esame, come riportato da J. E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello stato*, cit., 54 ss.

[457] P. DURET, *op. cit*., 268 ss.

[458] *Ivi*, 264 ss.

[459] *Ivi*, 262 ss.

[460] Ora, non è questa la sede per affrontare anche solo incidentalmente le problematiche sollevate, in generale, da istituti come la dichiarazione di inizio attività o il c.d. "silenzio-assenso". Bisogna però sottolineare che è inaccettabile la lettura qui proposta, che ne tradisce la natura di rimedi (per quanto oggi istituzionalizzati) ai problemi di efficienza della burocrazia italiana, e ne trasporta la rilevanza su di un piano di teoria generale che sembra, a dirla tutta, non appartenergli. Anche a voler prescindere dalla SCIA, sulla cui natura in effetti il dibattito è serrato e con varietà di voci, la qualificazione del "silenzio-assenso" come istituto di societarizzazione della funzione amministrativa è del tutto fuorviante. In definitiva, tali istituti si risolvono in un differimento del controllo pubblico sull'attività privata, che da *ex ante* diventa *ex post*, con tutta l'aleatorietà che il meccanismo del controllo *ex post*, soprattutto quando limitato ad un breve lasso di tempo, comporta.

Come già sottolineato, questa impostazione e le altre che si richiamano, più o meno direttamente, al principio di sussidiarietà orizzontale, confondono, pericolosamente, sovranità con autonomia[461].

> *«Che il diritto privato non possa essere una manifestazione di democrazia perché, per definizione, non può essere una componente del Gemeinwohl, dal momento che il privato rappresenta solo sé stesso, mentre la pubblica amministrazione un interesse anche degli altri cittadini, è un'obiezione costantemente ripetuta sulla quale non è il caso di dilungarsi. La democrazia del cittadino nell'ambito del potere esecutivo non si esercita col contratto, ma col contraddittorio, essenza prima della democrazia in ogni potere sovrano»*[462].

Si può già accennare alla cartina di tornasole dell'intero ragionamento: *per quale cittadino* il diritto privato sarebbe più garantista? Queste teoriche obliterano proprio il necessario passaggio, nella valorizzazione delle sfere di autonomia (politica e civile) dei cittadini, del circuito politico-rappresentativo e quindi del tramite della legge[463]. Con la

---

[461] Confusione che ha la sua base nel primo liberalismo inglese, e la cui aporia è stata messa in evidenza da molti autori; v. ad esempio N. IRTI, *op. cit.*, 49 ss., per cui l'autonomia privata, «non è da considerare come forza originaria, dotazione naturale dei singoli, ma come fattore interno all'ordine giuridico: capacità d'iniziativa e di decisione, chiamata a scegliere i mezzi e adibirli per scopi individuali».

[462] F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, relazione conclusiva del già citato convegno di Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007, in *Dir. pubb*., 2007, II, 439 ss. *Contra*, B. SORDI, *op. cit.*, 27 ss., secondo cui «*sul fronte privatistico già si guarda favorevolmente alla crisi dell'attuale sistema delle fonti come fucina di una salutare ventata antipositivistica ed antistatalistica, in grado di riscoprire un pluralismo ed una attualità troppo a lungo sommersi dal vincolo alla norma legislativa ed in grado di restituire all'interprete lo spazio ermeneutico indispensabile a mantenere il contatto con la rapidità delle trasformazioni sociali in corso […] una tradizione non piccola, ispirata ad una più pronunciata negozialità dell'agire amministrativo, ci ricorda che può aprirsi anche qualche alternativa ulteriore. Amministrazione è in primo luogo autonomia, gestione degli interessi collettivi e prestazione di servizi per una comunità piccola o grande che sia. La legalità, come ben ha visto l'art. 41 della Carta di Nizza […] non può né deve essere il suo metro esclusivo. Non va escluso quindi che le funzioni di garanzia che il modello continentale ha, sin dalla fine del Settecento, attribuito alla legge, non debbano tornare a rifluire, in misura più o meno ampia, verso la giustizia*».

[463] Quella rilevanza dei gruppi sociali che Duret vede alla base e come giustificazione della sussidiarietà orizzontale e dell'autoamministrazione, va invece individuata nella c.d. decodificazione del diritto civile, su cui v. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 384 ss. Con l'emersione della c.d. società pluri-classe, alla generalità dei consociati si sostituiscono gruppi sociali più ristretti, che riescono col tempo a far penetrare le proprie rivendicazioni nella legislazione. In questo senso il codice civile diventa residuale, come *ius commune* valido ove solo non vi sia la legislazione speciale a governare specifici campi della sfera civile. Ma se a questa rilevanza normativa degli interessi privati aggiungessimo anche il potere (amministrativo) di mettere in atto quelle norme così prodotte, vi sarebbe una evidente separazione del principio di separazione dei poteri, carattere pregiudiziale ad ogni forma di stato di diritto democratico. V. sul punto ancora B. SORDI, *op. cit.*, 20 ss., che, a proposito della riserva totale di legge, parla di un conflitto teorico su «*democrazia versus amministrazione, esploso sull'onda degli entusiasmi consiliari suscitati dalla Rivoluzione d'ottobre. Esaltare le funzioni garantistiche del principio di legalità, rafforzato ora anche sul piano procedimentale e proiettato verso la giuridicizzazione e la pubblicità della stessa decisione amministrativa, significa anche sottrarre l'efficienza della macchina burocratica ai possibili inquinamenti partecipativi della democrazia popolare*» o per meglio dire, della democrazia "diretta" (o non rappresentativa).

privatizzazione delle funzioni infatti non si restituisce democraticità alla funzione amministrativa, come esse sostengono[464]: si ritorna invece ad una idea di società "auto-organizzata", in cui il potere legislativo e quello esecutivo si confondono, e le cui ascendenze assiologiche e filosofiche, nonchè le storiche degenerazioni (i totalitarismi), sono purtroppo ben noti. Non si tratta forse una evidente una regressione storica prima ancora che giuridica?

In questo senso, giova ribadire, la separazione tra funzioni di governo e funzioni di garanzia[465], cioè tra *legis-latio* e *legis-executio*, è una

> *«metanorma di competenza sulla ripartizione delle competenze correlata non solo alle loro diverse fonti di legittimazione ma anche, e ancor prima, alla struttura a gradi dell'ordinamento: non possono essere imputate né esercitate dai medesimi soggetti funzioni di grado diverso quali sono la produzione e l'applicazione delle medesime norme. Il principio di legalità impone infatti che la legge sia preordinata alla sua esecuzione, onde sia impedito che venga cambiata a vantaggio di chi è tenuto a rispettarla e ad applicarla» (corsivi dell'A.)*[466].

### 2.3 (segue) La (vera) sussidiarietà orizzontale e l'amministrazione: il valore aggiunto dei "cittadini attivi" alla sfera pubblica[467]

Ma, allora, come relazionarsi col principio di sussidiarietà orizzontale come costituzionalizzato nell'art. 118, quarto comma, secondo cui «Stato, Regioni, Città

---

[464] Cfr. M. MAZZAMUTO, op. cit., passim, secondo cui il processo di riduzione della sfera pubblica sarebbe non più reversibile, In questo senso «*la risposta del nostro ordinamento al complicarsi dei rapporti intersoggettivi non muove dunque nella direzione dell'arretramento complessivo del pubblico, bensì in quella del progressivo recupero del consenso e del coinvolgimento dei destinatari della regolazione nei procedimenti di determinazione delle regole. Ciò non si traduce nella perdita del carattere impositivo ed unilaterale della funzione, ma in un suo temperamento, giustificato (forse anche alimentato) dall'intenzione di recuperare altrove quella legittimazione democratica non più soddisfatta dall'organo costituzionale rappresentativo, in buona parte privato del ruolo sostanziale di creazione delle regole*», *ivi*, 179 ss.

[465] Le prime, sì, da avvicinare il più possibile, secondo il principio di sussidiarietà verticale, ai gruppi sociali sui cui cadono gli effetti delle loro decisioni; mentre, ma qui si può solo accennare, è precisamente per il (loro) carattere anti-democratico che si legittimano le funzioni e le istituzioni di garanzia, a tutela dei diritti fondamentali di tutti, v. sul punto L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, II vol. *198 ss.*

[466] L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 202 ss.

[467] Il titolo del paragrafo diventa significativamente l'unione dei titoli dei due volumi di uno dei massimi sostenitori nel nostro paese della sussidiarietà orizzontale, Gregorio Arena: Cittadini attivi, pubblicato nel 2006, e Il valore aggiungo, uscito nel 2010, edito a quattro mani con Giuseppe Cotturri, sul quale ci si baserà per le considerazioni che seguono.

metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»? Davvero questo principio *impone* il ritorno ad una "auto-amministrazione" dei privati, o comunque ad una tendenziale privatizzazione della sfera pubblica?[468]

La risposta è negativa. Della sussidiarietà orizzontale si può e si deve dare una diversa lettura, che in questo senso, invece di sostenere *sic et simpliciter* la riduzione della sfera pubblica, ne sostenga al contrario l'allargamento e l'irrobustimento proprio attraverso l'apporto, sotto forme nuove, degli stessi cittadini. Il punto di partenza (e non, significativamente, quello di arrivo) è proprio la crisi della sfera pubblica: crisi della politica, crisi delle istituzioni, crisi anche e soprattutto del senso civico - e del principio solidaristico, base stessa del patto costituente, che legò tra loro tra gruppi sociali del tutto eterogenei - nell'idea di un declino dunque irrimediabile. L'approccio è invece, proprio partendo dalla riforma dell'art. 118 Cost., quello di *attivarsi* per invertire questa tendenza, partendo da un duplice presupposto: da un lato, il muoversi dei cittadini stessi alla cura dei beni comuni, cittadini che si allontanano dunque da un ruolo passivo di "consumatori" - proprio della teorica dell'amministrazione di risultato, vale la pena di sottolineare - per attivarsi autonomamente alla cura degli interessi pubblici che ritengono più rilevanti; dall'altro, nel ricoscimento attivo di questo contributo da parte delle istituzioni stesse.

Una concezione nuova, arricchita e non diminuita, di sfera pubblica, che si pone proprio come soluzione - un vero e proprio mutamento di paradigma[469] - a quella crisi sociale ed istituzionale che sembra irrisolvibile nel nostro paese: in questo senso,

---

[468] Cfr. sul principio di sussidiarietà orizzontale, e sulla relativa distinzione tra servizi economici di pubblica utilità o di interesse economico generale, D. SORACE, *op. ult. cit.*, 126

[469] Così G. ARENA, G. COTTURRI, *Introduzione. Il "valore aggiunto" della cittadinanza attiva*, in G. Arena, G. Cotturri (a cura di), *Il valore aggiunto*, Carocci, Roma, 2010, 26 ss. Sul punto le conformi parole di Ferrajoli sull'operatività dei due principi di sussidiarietà nelle democrazie costituzionali, da cui «*ne risulta una doppia rete di rapporti di divisione – la rete delle fonti e la rete dei poteri - l'una e l'altra opposte a quelle generate dal modello centralistico e burocratico che presiedette, in Europa, alla nascita dello Stato moderno. La rete delle fonti informata alla sussidiarietà è infatti contrassegnata non più dalla superiorità delle fonti centrali su quelle locali, ma al contrario dal primato di queste su quelle, giustificato da due principi: dal principio di specialità, cioè dal carattere dispositivo e derogabile delle norme generali (o centrali) ad opera delle norme speciali (o locali), e dal principio di autonomia, cioè dal carattere tanto più rappresentativo e perciò politicamente legittimo dell'esercizio delle pubbliche funzioni quanto più esso è affidato alle istituzioni elettive locali, più prossime agli elettori. La rete dei poteri, a sua volta, è contrassegnata non già dalla dipendenza gerarchica delle istituzioni locali da quelle centrali, bensì dal ruolo di supplenza, o si integrazione o di supporto di queste rispetto a quelle, motivato volta a volta, sul piano sostanziale, da ragioni di convenienza e solidarietà , sul piano formale, da oggettive necessità normativamente prestabilite, oppure dalla richiesta di intervento da parte dei titolari delle funzioni locali o direttamente dei cittadini ad esse interessati*», così Id., op. ult. cit, II vol. 198 ss.

> *«quel che i cittadini da soli nella loro autonomia non possono assicurare, e quello che neppure le pubbliche amministrazioni da sole riescono a garantire, può essere raggíunto con sforzi congiunti e di reciproco sostegno. [...]La sussidiarietà, così intesa, è un moto di convergenza delle responsabilità a tutti i livelli. La sua finalità è contribuire alla effettiva vigenza di uno spirito di solidarietà nella vita delle comunità. Per questo riteniamo che il principio iscritto nella Costituzione italiana nel 2001 rechi con sé una visione del pubblico, e collochi su questo scenario anche le possibili azioni dei cittadini, se si organizzano,ma perfino di "singoli" dice la Carta»*[470].

Esattamente al contrario di ciò che sostengono le teorie neoliberiste predicando il ritorno allo "stato minimo", con la riforma del 2001 del Titolo V della Costituzione i compiti dei pubblici poteri si sono ulteriormente allargati, nel senso che è funzione pubblica, ora, quella di *favorire* le attività autonome dei cittadini che perseguono *finalità di interesse generale*[471] - *favor* che, allora, non può non esplicarsi non solo, in senso negativo o *minimo*, nel non ostacolare le attività di privati a tutela di beni comuni meritevoli di riconoscimento e sostegno; ma anche e soprattutto, in senso positivo o *massimo*, nel creare quelle *pre-condizioni* culturali, sociali, economiche ed istituzionali che permettano l'*empowerment*[472] dei singoli e dunque lo sviluppo [in questo senso pienamente] autonomo di *capitale sociale*[473]. Si noti la perfetta convergenza tra questa impostazione e le parole di Luigi Ferrajoli sul punto:

> *«si manifesta nell'intervento delle istituzioni pubbliche a sostegno delle funzioni pubbliche o para-pubbliche, in ogni caso legate a interessi generali, svolte da soggetti privati nelle molteplici forme dell'autonomia collettiva: come i movimenti, le organizzazioni del volontariato, le associazioni impegnate su specifici problemi sociali, le comunità locali e tutte le diverse forme nelle quali, in aggiunta ai partiti e ai sindacati, si organizzano spontaneamente la partecipazione politica e l'impegno sociale. Nella misura in cui queste associazioni svolgono funzioni pubbliche non a fini di lucro – dall'organizzazione della partecipazione politica alla prestazione volontaria e solidale di servizi e bene vitali – si giustificano, sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale, interventi pubblici volti a favorirne e magari a finanziarne la sopravvivenza e il funzionamento: a condizione, tuttavia, che questo valga ad integrare le prestazioni della sfera pubblica e*

[470] Così G. ARENA, G. COTTURRI, *op. cit.*, 12 ss.
[471] Cfr. ivi, 13 ss.
[472] Ivi 31 ss.
[473] Ivi, 14 ss.

*non già ad assecondarne, in qualsiasi forma, la riduzione»*[474] *(corsivo mio).*

Appare allora del tutto evidente l'alternativa dicotomica nella lettura della sussidiarietà orizzontale, in un primo senso *pubblico-progressiv*o (certamente quello della riforma costituzionale) ed in un secondo, ed opposto, senso *privastico-limitativo* - a cui si possono ricondurre la grande maggioranza degli interventi in materia finanziaria degli ultimi anni[475]; entrambi i sensi, vale la pena di aggiungere, presuppongono una precisa scelta assiologica[476] quanto al modello di stato e di società che si vuole perseguire. La [diversa] declinazione regionale del principio offre significative conferme empiriche a questa lettura, e sul punto rimando ancora al prezioso volume di Arena e Cotturri ed ai contributi specifici sul punto.

Nella sua lettura pubblico-progressiva, che è quella che si fa propria in questo lavoro, il modello ammistrativo che si delinea è quello di un'amministrazione *paritaria* - paritaria, si badi bene, non nel senso di considerare l'amministrazione (e le funzioni di cui è portatrice) al pari di tutti gli altri soggetti privati, con tutte le conseguenze che ne derivano; quanto piuttosto, nel senso - qualitativamente opposto - di dare rilevanza pubblica all'autonoma iniziativa dei cittadini nel perseguimento del bene comune: di porre dunque l'iniziativa di gruppi organizzati sullo stesso piano della propria attività istituzionale, in senso aggiuntivo e mai sostitutivo, sia sul piano organizzativo che sul piano teleologico. E' una «*idea umanistica della riforma della pubblica amministrazione*»[477], in cui si affianca alla legittimazione democratica, proveniente dalla rappresentanza, delle amministrazioni a stabilire l'interesse generale - nella diversità degli enti locali, ad esempio - la «*legittimazione dell'agire sociale direttamente attuativo di interessi generali*», la quale proviene dal «*fatto che gli interessi generali in qualche modo siano costituzionalmente riconoscibili e che l'azione pratica attuativa sia suscettibile di valutazione di conformità al disegno costituzionale*»[478].

Tale indirizzo, oltretutto, mi sembra avere il non secondario effetto positivo di revocare in dubbio la mistificazione della sovranità nella teoria della "privata

[474] Così L. FERRAJOLI, op. ult. cit, II vol. 197 ss.
[475] Cfr. G. ARENA, G. COTTURRI, op. ult. cit., 15 ss.
[476] Ivi,16 ss.
[477] Ivi, 27 ss. Sull'idea di un nuovo umanesimo giuridico, sia permesso il rimando a P. SANDRO, *The axiomatic theory of law in* Principia Iuris, in *Res Publica*, in corso di pubblicazione.
[478] Così G. ARENA, G. COTTURRI, op. ult. cit., 28 ss.

amministrazione", secondo cui la ri-socieritarizzazione, attraverso la loro privatizzazione, delle funzioni amministrative costituirebbe una riappropriazione del principio di sovranità democratica nella mani dei cittadini. Nella sussidiarietà pubblico-progressista, al contrario, si attiva un meccanismo diverso, nuovo: «*non rappresentatività nè rappresentanza, ma sussidiarietà e autonoma iniziativa di minoranze attive. Non poteri di amministrazione separati e autoreferenti, ma amministrazione condivisa. Non sovranità come retorica di una soggettività popolare astratta e generica, ma sovranità concreta come realizzazioni parziali ma legittime di intervento civico nella sfera pubblica*»[479]. Quella attivata con la sussidiarietà orizzontale è dunque una diversa forma di sovranità - da ricondurre in questo senso al secondo comma dell'art. 1 della nostra Costituzione -; una sovranità *particolare*, sia delle funzioni di *governo* che di quelle di *garanzia*[480], che in tanto vale e si legittima in quanto dimostri concretamente non solo di essere adeguata alla cura *ulteriore* dell'interesse generale; ma anche e soprattutto provando di non essere esclusiva ma inclusiva: di costituire, insomma, un vero "valore aggiunto" da cui partire per recuperare la sfera pubblica. In questo senso,

> *«Cambia radicalmente l'impostazione del rapporto fra i soggetti pubblici e quelli privati, perchè si passa da un rapporto fondato sulla separazione e la diffidenza ad uno in cui i cittadini mettono le proprie risorse spontaneamente a disposizione della comunità per affrontare insieme con l'amministrazione problemi di interessi generale. In questa prospettiva non si tratta di sostituire i cittadini all'amministrazione, nè di "sfruttare" le loro capacità per supplire a carenze delle amministrazioni, bensì di creare un'alleanza fra soggetti che rimangono distinti e diversi, così come diverse sono le rispettive responsabilità, e che pur tuttavia in determinate circostanze decidono di collaborare perchè entrambi, cittadini ed amministrazioni, riconoscono che i problemi della nostra società sono così complessi e intrecciati fra loro da non poter essere affrontati da un solo soggetto»*[481].

## 2.4. Amministrazione consensuale e principio di legalità

[479] Ivi, 28 ss., e bibliografia riportata; vedi anche 34 ss., e ivi il richiamo all'art. 3, 2° c., Cost.
[480] Sulla distinzione, L. FERRAJOLI, op. ult. cit, passim.
[481] Così G. ARENA, G. COTTURRI, op. ult. cit., 29 ss.

Detto ciò, e provato a dimostrare che ogni tentativo di privatizzazione *sic et simpliciter* di funzioni amministrative rischia di risolversi in una *indebita* e pericolosa appropriazione di spazi di sovranità - propri della politica[482] e del *pubblico* - da parte di privati, con tutti i problemi che ne derivano, si revoca in dubbio la piena fungibilità tra diritto privato e diritto pubblico. Se specialità non è privilegio autoritario, ma garanzia di imparzialità[483] nello svolgimento di funzioni eterodeterminate; se la sfera pubblica è strutturalmente e funzionalmente diversa, e da tenere quindi separata, da quelle private; se insomma il principio di legalità non consente una confusione tra pubblico e privato, ma al massimo una loro parziale convergenza nel principio sussidiario appena esposto, quale spazio residua per «*l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*»?[484]

Che si possa sostituire l'adozione del provvedimento con un atto privatistico (accordo o contratto) è oggi la legge a dircelo[485]. Ma è sempre un segno positivo che il procedimento si concluda con il modulo consensuale? Ad un primo esame potrebbe essere ragionevole altresì sostenere tale posizione, perché un accordo tra privato interessato ed autorità potrebbe voler dire che le istanze del privato sono state ben introdotte nel procedimento ed sono state fatte oggetto di quella ponderazione di interessi in cui si risolve la discrezionalità amministrativa[486]. In questo senso, vi sarebbe una corretta partecipazione del privato nel procedimento, che sfocia in un accordo piuttosto che in un atto autoritativo - come tale dunque da preferire[487]. Ma *quid iuris* per i contro-interessati?[488] O, per essere ancora più precisi, non si pone forse in questo schema un più

---

[482] Cfr. ivi, 37 ss.

[483] «*E' proprio la tutela dei terzi, la rilevanza giuridica della loro posizione soggettiva a fronte di una determinata azione amministrativa, che costituisce il vero discrimine tra diritto amministrativo e diritto privato*», come riporta P. CARPENTIERI, *op. cit.*, alla nota nota 46; V. anche S. SPUNTARELLI, op. ult. cit., passim.

[484] Per riprendere il titolo del contributo di F. Trimarchi Banfi già citato.

[485] Cfr. per la distinzione «macroscopica» tra accordo e contratto, soprattutto in tema di recesso unilaterale, P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 17 ss.

[486] Cfr. M.A. SANDULLI, *La riforma della legge sul procedimento amministrativo tra novità vere ed apparenti*, in *www.giustamm.it*, 10 ss.

[487] «*Del resto le garanzie del procedimento non sono necessarie ex se, ma lo sono soltanto perché in esso la PA agisce in veste autoritativa, per evitare appunto che, quando esercita un potere, non lo faccia in modo arbitrario ed ingiusto. Quando mancano tali condizioni, quando manca l'esercizio di una potestà e l'A. agisce in posizione paritaria, non si pone neppure un problema di garanzia del privato, che ne diventa coautore*», *ivi*, 9 ss.

[488] Cfr. *ivi*, 10 ss.: significativamente infatti l'A. estende il dubbio alle «attività (amministrative? *n.d.s.*) poste in essere dai privati in base ai principi di sussidiarietà orizzontale». Cfr. il puntuale saggio di R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, *op. cit.*, 242 ss.

accentuato problema di accordo "collusivo" tra amministrazione e privato interessato dal procedimento?[489]

Per rispondere basta guardare alla stessa riforma della legge sul provvedimento amministrativo: contemporaneamente infatti alla "liberalizzazione" degli accordi sostitutivi del provvedimento, si stabilisce però che ogni accordo deve essere comunque preceduto da una determinazione espressa dell'ufficio che sarebbe stato competente ad emanare il provvedimento[490]: in un certo senso «*sembra che l'atto di enunciazione della funzione pubblica – necessario ai sensi dell'articolo 97 Cost. – cacciato dalla porta sia destinato a rientrare dalla finestra, sotto le mentite spoglie di un nuovo "atto amministrativo" a monte in cui potersi palesare*»[491]; e comunque il regime dell'atto, pur se frutto di consenso tra le parti e non di esercizio di autorità, resta sempre quello dell'atto amministrativo, in funzione della tutela dei terzi e dell'interesse pubblico[492]. Ma possiamo allora parlare così pacificamente di piena fungibilità tra moduli autoritativi e moduli consensuali nell'esercizio di funzione amministrativa? Non è questo forse un esempio di diritto privato speciale - o funzionalizzato?

Nel recente contributo già citato, Francesca Trimarchi Banfi aiuta a chiarire i termini della questione: individuate le due norme generali che, ad oggi, prescrivono l'utilizzo del diritto privato come modulo di azione per le ammistrazioni[493], l'A. sottolinea però che tali previsioni agiscono sul principio di legalità solo se vi si fa corrispondere l'uscita dell'atto dal regime pubblicistico[494]. Bisogna cioè distinguere tra la forza e il regime dell'atto amministrativo: intese "forza" come "autoritatività" e "regime" come «*insieme dei principi che si applicano agli atti ed il tipo di tutela giurisdizionale che ne segue*»[495].

---

[489] «*In questa ottica la ricerca del consenso assurge a bene in sé e si sovrappone, come scopo dell'azione, al perseguimento dell'interesse pubblico (la cui attuazione spesso implica il dissenso dei soggetti portatori degli interessi incisi). La tecnica del consenso, da mezzo si autopromuove a fine dell'agire amministrativo. Si perviene dunque ad una prassi amministrativa che ricerca soprattutto il consenso dei destinatari (diretti) degli atti più che il bene comune*», così incisivamente ancora P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 4 ss.

[490] *Ivi*, 15 ss.

[491] *Ivi*, 16 ss. Ed infatti la dottrina che sostiene la generalizzazione dello strumento degli accordi si è lamentata sin da subito per questa diminuzione della portata innovativa della riforma.

[492] Che sono diversi, giova ricordare. L'interesse del controinteressato può essere ulteriore ed opposto, oltre che all'interesse del privato interessato dal procedimento, anche all'interesse pubblico come individuato dall'ufficio competente. Cfr. M. A. SANDULLI, *op. cit.*, 10 ss.

[493] Tralasciando, ai fini del presente discorso, i problemi di coordinamento nel nuovo art. 1-*bis* della legge sul procedimento amministrativo, individuati dalla stessa A. nella mancanza di coerenza tra il criterio assunto per identificare l'oggetto della previsione e la conseguenza che ne deriverebbe.

[494] «*E se però si vuole rimediare all'uso ingiustificato dell'autoritatività disponendo l'uscita dal diritto amministrativo, qualcosa non va*»; così ancora F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, 10 ss.

[495] *Ivi*, 7 ss.

A parte la considerazione dubitativa che «*quando si ragiona di autoritatività che sarebbe superflua in ragione dei risultati che vengono perseguiti (com'è il caso quando il provvedimento ha effetti ampliativi della sfera giuridica dell'interessato), si include anche l'inoppugnabilità?*»[496], l'A. sottolinea che la perdurante funzionalizzazione, anche in caso di adozione di atti non autoritativi, dell'attività amministrativa, impedisce il venir meno del regime pubblicistico, cioè il "trattamento" di questi atti come gli atti di diritto privato. In altre parole,

> *«il carattere pubblicistico del potere potrebbe non richiedere che questo potere produca necessariamente atti dotati di autoritatività*[497]*. Il carattere pubblicistico del potere implica, però, che gli atti che ne sono espressione siano sottoposti al regime amministrativo, perché questo regime realizza la funzionalizzazione del potere (con la connessa giustiziabilità), senza il quale il principio di legalità perderebbe di significato»*[498].

Sembra confermata, ulteriormente, la valenza democratica oltre che garantistica (e non surrogabile per via consensuale) del principio di legalità amministrativa[499]. Non si

---

[496] *Ivi*, 7 ss. V., a proposito della autoritatività che connota anche il provvedimento ampliativo della sfera giuridica dei privati, P. CARPENTIERI, *op. cit*., 16 ss.: «*la tesi dell'atto favorevole come atto non autoritativo (ora, per legge, neppure più "pubblico", ma di diritto privato) si presenta però intrinsecamente contraddittoria, poiché presenta l'atto di esercizio della medesima funzione, esito del medesimo procedimento, in due forme giuridiche diverse* secundum eventum*, per così dire: ora come atto autoritativo, in caso di rigetto, ora come atto negoziale, in caso di accoglimento della domanda […] Questa incomprimibile esigenza di legalità, imparzialità, efficienza/efficacia (e controllabilità/giustiziabilità) dell'azione amministrativa, conferisce a questo agire funzionalizzato, anche oltre il mero vincolo di scopo, una connotazione di specialità irriducibile al diritto privato, anche quando questo agire amministrativo dà dei benefici (anziché togliere diritti), anche quando la p.a., ad es., sceglie a chi dare i contributi e a chi no, a chi dare in uso speciale l'uso della spiaggia e a chi no, con chi fare il contratto di appalto e con chi no, etc.*».

[497] Questa relazione, nell'art. 1-*bis*, tra assenza di potere autoritativo e impiego del diritto privato, confermerebbe la tesi che vede il diritto amministrativo come diritto speciale risultante da deroghe del diritto privato. In questo senso cioè basterebbe "togliere" ciò che c'è di speciale per "ri-trovare" il diritto comune, «ma questo modo di vedere si addice a quella specialità che riguarda la forza dell'atto, non si addice invece alla specialità che riguarda i principi sostanziali che reggono l'azione amministrativa»: forza e regime vanno tenuti distinti, «la rinuncia alla forza non ha implicazioni per il principio di legalità»; F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit*., 14 ss.

[498] *Ivi*, 10 ss. L'A. ancora, nota che il regime dell'atto amministrativo non è richiesto dalla forza degli atti (dalla loro autoritatività), bensì, più in generale, dal carattere del potere in quanto potere finalizzato, e questo carattere del potere «è espressione del principio di legalità», *ivi*, 10 ss. Cfr. sul punto anche F. Merusi, op. ult. cit., 441 ss., secondo cui l'attività privata della pubblica amministrazione dovrebbe essere considerata come *ultra vires*, perchè essa non avrebbe una capacità generale di diritto privato; e comunque, in ogni caso, poinchè anche l'atto di diritto privato posto in essere dall'amministrazione trasfigura perché viene funzionalizzato, «il vero modo per tornare all'arbitrio del potere *legibus solutus* è appunto abolire il principio di legalità, non usare il diritto privato al posto del diritto amministrativo».

[499] F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit*., 13 ss., secondo cui il vero problema sarebbe nella corrispondenza tra «*uso dei poteri e finalità dei poteri. I principi generali del diritto amministrativo sono*

può mai parlare, dunque, di un diritto privato "puro" che nasce dalla funzione amministrativa[500]: prima dell'accordo o del contratto c'è la legge (e la determinazione dell'organo competente); resta sempre il potere di autotutela in capo all'amministrazione; più in generale, quell'atto non seguirà mai appieno il regime privatistico: basti pensare al problema della sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione. Ne risulta confermata "l'autonomia limitata" [501] dell'amministrazione: ma se è limitata, che autonomia (intesa come libertà di scopo e di scelta dei fini da perseguire) è?

Questo filo logico porta a conclusioni quasi obbligate. L'immagine di un' "amministrazione paritaria", e del "nuovo" diritto amministrativo come *ius commune* tra sfera pubblica e sfera privata, in cui moduli autoritativi e moduli basati sul consenso si fondono tra di loro e si rendono interscambiabili, con anzi la preferenza per gli ultimi, considerati meno invasivi per i cittadini e più efficienti[502], sono fuorvianti[503]. L'amministrazione non è pari, e non può esserlo per definizione, ai cittadini, perché non è dotata di un sfera di auto-nomia come questi ultimi[504], essendo sempre funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico come previsto dalla legge e per come "specificato" nel procedimento[505]. In questo senso,

> *«l'idea "panprivatista" di voler azzerare la specialità del diritto pubblico per una totale unificazione con gli strumenti del diritto privato va dunque addirittura oltre quello che lo stesso diritto*

---

*rilevanti per l'assicurazione di questa corrispondenza, ed è per questa ragione che, quando si riflette sull'impiego del diritto privato da parte dell'amministrazione, ci si preoccupa di ciò che verrebbe a mancare se venisse meno il regime amministrativo e si immaginano i percorsi che potrebbero far salva quella corrispondenza*».

[500] Per il superamento della tradizionale distinzione tra attività privata e attività di diritto privato della pubblica amministrazione, v. ancora P. CARPENTIERI, *op. cit*., 9 ss.

[501] Così G. CORSO, *op. cit*., 344 ss.

[502] Cfr. ancora P. CARPENTIERI, *op. cit*., 7 ss. sulla *supposta* maggiore efficienza del modulo consensualistico rispetto al modulo autoritativo.

[503] In altre parole, in importanti campi del diritto si assiste piuttosto ad una "amministrativizzazione" del diritto privato (così nell'area del diritto della concorrenza), piuttosto che ad una privatizzazione del diritto pubblico: nel senso che tende sempre più a prevalere l'esigenza di regolazione dei mercati e, quindi, si assiste ad una sorta di regressione dell'atto di diritto privato da atto negoziale (normativo, espressione di autonomia) ad atto esecutivo. Per queste osservazioni cfr. F. MERUSI, op. ult. cit., 654 ss.

[504] Ed per questo, dunque, sembrerebbe avere ragione Merusi a criticare la tesi che la pubblica amministrazione avrebbe capacità generale di diritto privato.

[505] «*Il procedimento racchiude in sé il criterio di razionalità delle decisioni amministrative (e delle proposizioni in cui essa si esprime). Esso, inoltre, è in sé garanzia di imparzialità e luogo in cui l'imparzialità si attua e si garantisce. In definitiva, può ritenersi che il principio del procedimento tenda a inglobare gli stessi principi di imparzialità e di buon andamento*», così P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 6 ss., e guarda anche ricostruzioni aderenti (Cerulli Irelli) *ivi* richiamate.

*privato al proprio interno ammette allorché entrino in gioco attività funzionalizzate»*[506].

Emerge quindi con nettezza il

> *«ruolo opposto che nel paradigma dello stato di diritto è svolto dal principio di legalità nel diritto civile e nel diritto pubblico. Nel diritto pubblico, e in particolare in quello penale, la legge è un limite giuridico alle potestà pubbliche, giudiziarie e poliziesche, a garanzia delle libertà individuali dei privati. Nel diritto privato essa è invece un limite giuridico alle potestà di autodeterminazione dei privati, a garanzia di interessi pubblici»*[507].

Che il contratto possa sostituire il provvedimento, quanto alla forza, non è in dubbio. Ma il contratto posto in essere dalla pubblica amministrazione non viene seguito dal regime privatistico: perché la funzione lo attrae a sé e lo rende manifestazione di quel potere, "pubblicizzandolo". Nella funzione amministrativa dunque

> *«ciò che conta è [invece] l'adesione democratica alle scelte amministrative, non l'uso di strumenti giuridici consensuali per l'esercizio della funzione pubblica. Il consenso della maggioranza dei cittadini (tutti "destinatari", diretti e indiretti, dell'azione amministrativa) non va confuso con il consenso del destinatario diretto dell'atto come componente del modulo giuridico formale non autoritativo per la produzione dell'effetto»*[508].

Dove sarebbe allora il vantaggio?[509] Se una specialità è insopprimibile, sia che si utilizzino moduli "privatistici" o che si usino moduli "pubblicistici", quale passo in avanti

---

[506] «*Il punto che si vuole sottolineare è che anche nel diritto privato, e nei rapporti tra privati su diritti patrimoniali disponibili, lì dove emerge e si svolge una funzione, il sistema delle regole è inevitabilmente diverso, perché è funzionalizzato*», *ivi*, 10 ss. Sul "picco del panprivatismo", si noti il commento di Carpentieri al primo progetto di riforma della commissione bicamerale, progetto che «*prevedeva che le "pubbliche amministrazioni, salvo i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme di diritto privato". La proposta avrebbe avuto un significato di rivolgimento del nostro sistema amministrativo. Essa recava in sé l'errore di sistema di postulare che l'amministrazione possa agire anche non per ragioni di interesse pubblico (può l'amministrazione agire per ragioni di interesse privato?)*», *ivi*, 11 ss. Cfr. anche M. A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, *op. cit*., 232 ss.

[507] Così L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 231 ss.: «*anche per i poteri privati vale infatti la tesi di Montesquieu che il potere, in mancanza di limiti legali, tende ad accumularsi in forme assolute. Esiste perciò un nesso biunivoco tra poteri, giuridici e non, limitazioni delle libertà e disuguaglianze, formali e sostanziali*».

[508] P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 4 ss.

[509] Anzi, si può notare come l'uso indiscriminato di categorie civilistiche comporti problemi rilevanti, ad esempio, in tema di responsabilità della p.a. per atti illegittimi, cfr. *ivi*, 10 ss.; oppure nella traslazione da una responsabilità di tipo commissivo ad una tipo omissivo (sulle attività amministrative

costituisce il sostituire il contratto al provvedimento, riferendo così la specialità al primo piuttosto che al secondo?[510] «*Sembra*» in questo senso «*che il rapporto tra diritto pubblico e diritto privato debba essere regolato dal legislatore non già attraverso la commistione degli strumenti giuridici nell'ambito di aree oggettive comuni, ma ben delimitando l'area dello Stato, del pubblico, rispetto a quella lasciata al mercato, al diritto privato*»[511].

---

"devolute" ai privati). Cfr. però A. CONTIERI, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, *op. cit*., 281 ss., che individua «*maggiore adattabilità della struttura contrattuale rispetto al provvedimento a conformare la disciplina dell'assetto degli interessi in gioco in maniera più aderente alla situazione di fatto, alla concretezza degli interessi*».

[510] Così P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 18 ss., per cui «*il tertium genus tra diritto pubblico e diritto privato – rappresentato dal diritto privato di interesse pubblico (dai "soggetti privati preposti ad attività amministrative"), che ora è funzionalizzato (art. 1, comma 1-ter cit.) – benché ineliminabile in società complesse come la nostra, non costituisce tanto un approdo definitivo degli assetti del diritto amministrativo, quanto un momento transitorio nella riallocazione della gestione di beni e interessi dall'area dell'intervento statale verso l'area del libero mercato e del diritto privato […] Si è osservato che il ricorso al diritto privato avrebbe un senso se potesse dimostrarsi che esso – nella sua forma propria e pura - sia più adatto di quello speciale-pubblico al soddisfacimento degli interessi pubblici, mentre sarebbe del tutto inutile e foriero solo di confusione se finalizzato a creare un tertium genus ibrido tra diritto pubblico e diritto privato: in tal caso sarebbe meglio conservare il diritto pubblico tout court. Questa osservazione, pur apprezzabile e sicuramente vera in the long run, non appare però del tutto esatta e condivisibile sul piano della ricognizione dell'esistente e nel breve periodo: la ricerca di forme intermedie tra diritto pubblico e diritto privato caratterizza anche, dal lato inverso, il diritto anglosassone (si pensi alle Autorità indipendenti, alle Agenzie etc.) e risponde ad esigenze oggettive, più o meno condivisibili e apprezzabili, ma vere. In realtà la creazione di un'area intermedia tra il diritto pubblico e il diritto privato è inevitabile. Basta chiarire che la logica essenziale prevalente in ambito pubblico è quella pubblica e che il ricorso al diritto privato deve essere limitato a taluni strumenti, mentre il senso di queste operazioni e la loro finalità ultima sono e restano di funzione o di servizio pubblici e si assoggettano alle regole generali della funzionalizzazione. Guardano però al lungo periodo, sembra che la creazione di un'area intermedia tra il diritto pubblico e il diritto privato risponda soprattutto, sul piano diacronico, alla gradualità e progressività dell'opera di distinzione tra l'area dei beni e degli interessi che sono del mercato e l'area dei beni e degli interessi che sono della funzione pubblica. Si tratta, inoltre, di una zona grigia costantemente variabile, a seconda degli indirizzi politici, e quindi inevitabile, soprattutto ove si consideri il continuum logico che lega insieme la funzione pubblica, il pubblico servizio e la regolazione del mercato, nel quadro del mercato unico europeo. Da questo punto di vista richiederebbe un'approfondita riflessione – che non è possibile svolgere in questa sede – la questione se il proliferare di forme "ibride" pubblico-privato di gestione di interessi (fino a ieri sicuramente) pubblicistici e il connesso ampliamento dell'area intermedia tra le due partizioni del diritto possa costituire un valido approdo (cioè un punto di arrivo condivisibilmente e validamente perseguibile), oppure rappresenti (debba rappresentare solo) un momento transitorio di vischiosità nel complesso passaggio da uno Stato interventista verso uno Stato "minimo" (id est: del passaggio da un'epoca di ipertrofia della funzione e del servizio pubblici, verso un'epoca di più equilibrato rapporto quantitativo tra Stato e mercato, tra diritto pubblico e diritto privato)*».

[511] *Ivi*, 19 ss.: «*Dove il Parlamento rileva un market failure, lì dovrà allora esserci diritto pubblico (nelle sue varie gradazioni: regime concessorio, autorizzatorio, di mera regolazione); dove, invece, il mercato ce la fa da solo (sussidiarietà orizzontale), ivi allora deve operare il diritto privato puro. Con la conclusione risolutiva per cui, lì dove il mercato è insufficiente, ed è necessario l'intervento del pubblico, questo intervento, per avere un senso, non dovrà usare degli strumenti del diritto privato (che, se fossero bastati, avrebbero reso inutile l'intervento pubblico), ma dovrà "essere se stesso" e agire con gli strumenti dell'autorità e della funzione pubblica, democratica, partecipata, orientata all'intesa, ma retta dal diritto pubblico, per ovvie ragioni di imparzialità, trasparenza, controllabilità, giudicabilità etc.*», o ancora, *ivi*, 20 ss.: «*Occorre "liberalizzare" campi di attività, restituendoli al diritto privato e al mercato, anziché pretendere di "privatizzare" l'agire amministrativo, nel senso di imporgli la forma giuridica di diritto privato. Ciò che si può fare bene con il diritto privato, non deve più riguardare l'intervento diretto dello*

Considerazione, questa, obliterata da quelle ideologie "anti-stataliste" e "anti-legalistiche", di cui stiamo trattando, e che trovano un'altra manifestazione nella c.d. "amministrazione di risultato", strettamente legata, anche essa, ad una indebita sovrapposizione tra sfera pubblica e sfera privata.

### 2.5. "L'amministrazione di risultato": il valore garantistico-sostanziale della legalità occultato.

Appunto, l'altra, diffusa, negazione della legalità di cui voglio occuparmi è significativamente connessa alla prima. Si tratta sempre, in questo senso, di un "derivato" del processo di ridefinizione dei rapporti tra Stato e mercato; *id est* di "economizzazione" del diritto, per cui, in questa diversa considerazione teleologica, assume sempre maggiore rilevanza, nella scelta degli "obiettivi" e nella valutazione dell'azione dei pubblici poteri, "il risultato"[512].

L'espressione "amministrazione di risultato" prende velocemente e largamente piede nel lessico pubblicistico, nel contesto di quel *new public management* che sprigiona forza persuasiva dalle elaborazioni anglosassoni: la *nuova*[513] idea di amministrazione, contrapposta a quella *vecchia* (quella cioè di una burocrazia "formalistica" e per questo inefficiente[514]), viene declinata come fattore (ed insieme derivato) necessario della globalizzazione economica[515]. L'azione dei pubblici poteri viene così misurata con gli

---

*Stato; ciò che ancora richiede l'intervento dello Stato non si può fare, evidentemente, con il diritto privato e deve essere fatto con atti amministrativi*». *Contra*, J. E. STIGLITZ, In un mondo imperfetto, *op. cit*., 20 ss

[512] Cfr. L. IANNOTTA, *op. cit.*, 63 ss., secondo cui «il risultato amministrativo si qualifica quindi come risultato innanzitutto (ancorchè non esclusivamente) economico nelle pur molteplici e differenziate forme di intervento dell'Amministrazione, a seconda che essa ne sia artefice diretto – esclusivo o concorrente – o indiretto (quale autorità autorizzante , concedente, di controllo, di verifica, di garanzia, ecc.), dando ragione alle letture in chaive aziendalistica dell'organizzazione dei Paesi in collegamento con il fenomeno della globalizzazione». V. anche L. CIMELLARO, *op. cit.*, 141 ss.

[513] Che, come vedremo, proprio "nuova" non è.

[514] Nel senso di inefficienza propria delle logiche di mercato, conviene specificare sin da subito.

[515] Cfr. A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 87 ss., mette in evidenza che non tutti i beni e servizi prodotti dall'amministrazione sono valutabili secondo la logica di mercato, per cui ci si dovrà comunque discostare in alcuni casi dal criterio dell'efficienza economica.

strumenti dell'economia di mercato[516], ed in tale prospettiva la "funzione amministrativa pubblica" diventa uno dei tanti (f-)attori del rapporto di scambio[517].

La dottrina del "risultato", anticipiamo, si può ricondurre nel filone teorico, ancora una volta di impronta neo-giusnaturalista, che contrappone più o meno direttamente il "fatto" al "diritto", sancendo la "prevalenza" del primo sul secondo[518]. Conviene allora, con un approccio epistemologico concreto, analizzare subito l'*humus* in cui questa dottrina cerca legittimazione: mi riferisco alle inefficienze dei pubblici apparati nell'espletamento delle funzioni loro assegnate.

All'amministrazione "legalistica", in questo senso, viene associata indissolubilmente l'idea di "inefficienza". Si sostiene che per "funzionare" meglio la pubblica amministrazione deve abbandonare gran parte della propria fisionomia pubblicistica[519] e conformarsi alle logiche aziendali[520]. Alla perdita della *supremazia* e della *specialità* deve accompagnarsi cioè una "normalizzazione" della burocrazia nelle categorie della teoria economica e privatistica. E, ad esempio, è questo il senso delle riforme, già attuate, del pubblico impiego e della dirigenza pubblica; e dietro il mutamento dell'intervento dello stato nell'economia, con l'abbandono quasi totale delle forme di impresa pubblica, se non nella forma mista del modello di partenariato pubblico-privato, a livello locale. Sulla privatizzazione della funzione, abbiamo già detto. Ma vi è qui un problema ulteriore: qual'è invero questo "risultato", a cui la funzione pubblica deve tendere, anche *praeter legem*?[521]

---

[516] Nega però rilevanza giuridica diretta al "risultato amministrativo" S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, *op. cit*., 47 ss.

[517] Cfr. A. ZITO, *op. cit*., 95 ss.

[518] Si tratta di quella che Ferrajoli chiama "fallacia naturalistica", su cui v. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit*., *passim*. V. comunque, per questa impostazione e per i suoi riflessi sulla concezione della stessa azione amministrativa, L. IANNOTTA, *Scienza e realtà: l'oggetto della Scienza del Diritto Amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm*., 1996, 579 ss.; E. PICOZZA, *Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano*, *op. cit*., 51 ss.

[519] «E' quindi nella contrapposizione tra le due sequenze: potere autoritativo-atto-legalità da un lato e compiti di benessere-prestazioni-risultato dall'altro, che forse può essere colta l'essenza del passaggio che stiamo vivendo», così A. CONTIERI, *op. cit.*, 280 ss.

[520] In questo senso, tale impostazione tende a trasformare gli interessi rilevanti per l'ordinamento, positivizzati nei diritti fondamentali, in beni, concreti, da erogare nell'ottica dell'economia di mercato, cfr. L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, cit., 64 ss.; nel senso che i diritti fondamentali, lungi da essere meri limiti negativi, funzionalizzano l'economia di mercato, *ivi*, 68 ss.

[521] Sulle difficoltà sorte intorno alla nozione di "risultato amministrativo", si notino le difficoltà anche solo per stabilire come valutare tale risultato, cfr. S. PERONGINI, *op. cit*., 46 ss., il quale riprende il pensiero di G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA* 2002, Giuffrè, Milano, 2003, 131 ss., secondo cui «la valutazione dei risultati e il controllo dei risultati non sono operazioni uniformi (come la legislazione italiana sembra presupporre) ma variano con i tipi di organizzazione». V. anche M. A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, *op. cit*., 230 ss., secondo cui sono da ricomprendere nella nozione di "risultati" dell'azione amministrativa «l'economicità e l'efficienza della

Ritorna quell'analisi economica del diritto[522], come nuovo paradigma giuridico, di cui abbiamo già detto. Con riferimento alla funzione amministrativa, però, si percepisce l'enorme difficoltà teorica di definire il "risultato"[523] «*in termini che siano, al tempo stesso, realmente "nuovi" e giuridicamente appropriati*»[524], se si vuole assumere il risultato «*come criterio qualificativo dell'azione amministrativa, cui agganciare, almeno in parte, un giudizio in chiave di validità, invalidità, irregolarità*»[525]. Romano Tassone ne dà una definizione in parte negativa, ricavando che l'unico significato veramente innovativo attribuibile, è se si intende [per risultato] «*altro*» dai meri "effetti giuridici dell'azione"; ed, in positivo, individuando il risultato nell'orizzonte temporale coevo all'azione amministrativa stessa[526]. Precisamente, il "risultato", come «*nuova prospettiva di inquadramento e valutazione dell'azione cui si riferisce*», dovrebbe essere individuato proprio nell'analisi economica del diritto[527]. La sorpresa è relativa. Vi è, di nuovo, quel rovesciamento del rapporto tra diritto, cioè normatività, e fatto, cioè effettività[528]: questo perché, secondo Romano Tassone, la chiara «*insufficienza dell'approccio normativo sta a*

---

sua attività, ma altrettanto certamente lo sono l'imparzialità e il buon andamento nel senso della migliore tutela degli interessi perseguiti, ciò equivale a dire che il miglior risultato con la minore spesa (in senso proprio e figurato) non significa e non può portare ad identificare il primo con la seconda».

[522] A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato*", in Dir. Amm. 1/2007 p. 63 ss

[523] «La nozione di "risultato amministrativo", dal canto suo, ha natura relazione: è un concetto che muta con il modificarsi del termine di riferimento, dell'iter dal quale scatirisce, di cui lo stesso costituisce, appunto, risultato», così S. PERONGINI, *op. cit.*, 40 ss. *Contra*, v. A. ZITO, *op. cit.*, 87 ss., secondo cui non vi sarebbero invece grandi contrasti in dottrina sul significato da ascrivere, in generale, all'espressione "risultato amministrativo", come «concetto riassuntivo» di efficienza, efficacia, e economicità.

[524] A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit*., 66 ss.

[525] *Ivi*, 66 ss.

[526] Questo "altro" dai meri effetti giuridici dell'azione ha, secondo Romano Tassone, una precisa dimensione temporale: tale approccio infatti deve essere *contemporaneo* all'atto giuridico che si intende valutare, e non deve riguardare un orizzonte temporale troppo dilatato nel futuro, per non identificarsi con una ricognizione sociologica sugli effetti a lungo termine delle politiche pubblichelo. Per meglio dire, anzi, tale valutazione deve essere *precedente* alla stessa emanazione dell'atto amministrativo in questione, deve cioè rientrare nella ponderazione politico-legislativa, come ulteriore criterio, alla cui stregua valutare la legittimità e/o l'opportunità dell'intervento pubblico, *ivi*, 67 ss.

[527] *Ivi*, 68 ss. L'A. specifica che vuole depurare l'espressione dalla sua carica etica: la avvicina alla nozione di "efficienza allocativa delle risorse", nel senso che «"l'amministrazione di risultato" è tenuta a produrre, attraverso la propria azione, una utilità sociale maggiore del costo sociale complessivo che questa stessa azione comporta», *ivi*, 72 ss. Secondo Romano Tassone vi sarebbe così, attraverso l'analisi economica del diritto, una oggettivazione e concretizzazione della clausola della ragionevolezza, altrimenti troppo indeterminata; e questo, ad esempio, lo porta a sostenere l'opportunità di una norma come quell'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990, per cui se l'amministrazione adempie l'onere probatorio in termini di risultato (*ie.* di allocazione efficiente), allora è giusto non annullare l'atto per un vizio meramente formale, cfr., *ivi*, 77 ss.

[528] Apertamente, A. ZITO, *op. cit*., 92 ss., rovescia il rapporto tra norma, fatto ed interpretazione, per cui «la norma deve essere considerata una trama aperta all'interno della quale si ricerca il suo significato a partire dal fatto concreto cui si deve applicare». Si vedano anche i già ricordati contributi di Iannotta e Picozza.

*tradurre l'immagine giuridica di un'amministrazione da cui la collettività si aspetta qualcosa di più del semplice rispetto della legalità*»[529].

Ma davvero vi è qualcosa di più oltre la legalità? A me sembra che le osservazioni di Guido Corso sul punto siano difficilmente superabili: sia dal punto di vista dell'oggetto di questi "risultati", sia dal punto di vista delle esigenze di "giustizia sostanziale" che una parte della dottrina, sulla scia di John Rawls, attribuisce alla concezione dell'amministrazione di risultato. Sull'oggetto, Corso ribadisce che "risultato" degli atti amministrativi, alla stregua cui valutarli, sono e possono essere solo gli effetti giuridici dell'atto stesso, perchè il risultato come "trasformazione della realtà materiale"[530] non appartiene alla fenomenologia giuridica. Non vi sono cioè effetti materiali direttamente imputabili all'amministrazione, e questo vale sia per l'attività autoritativa ma anche per quella di erogazione di servizi, dove spesso il risultato non può essere distinto dalla singola prestazione[531].

Correlativamente, anche la tesi dell' "amministrazione di risultato" come veicolo di giustizia sostanziale, in opposizione alla rigidità legalistica, nella funzione amministrativa può essere revocata in dubbio: a meglio considerare, infatti, quasi mai l'ingiustizia, per come può essere percepita dal cittadino, si distingue dall'illegittimità intesa come violazione di legge[532] [533]. È già la legge, cioè, che si fa portatrice di fini alla

---

[529] A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 68 ss., convergenza tra analisi economica del diritto e amministrazione di risultato nella lettura del fenomeno giuridico, utilizzando criteri e categorie che non appartengono alla fenomenologia giuridica ma «vanno ricercati anche (e forse soprattutto) all'interno del contesto sociale su cui la norma interviene ed in cui è destinata ad operare».

[530] Tale è l'approccio sia di L. IANNOTTA, *op. cit.*, sia di A. ZITO, *op. cit.*, 90 ss., secondo cui «la realtà materiale – lungi dal rappresentare il momento di quiete dopo la tempesta prodotta dalla dinamica giuridica – è parte integrante della qualificazione dell'agire amministrativo. Se così è, non si può più parlare di apprezzamento e controllo dell'attività e degli atti dell'amministrazione (anche e soprattutto a livello giurisdizionale) alla stregua dei soli parametri di legittimità, ma anche alla stregua di parametri sostanziali (la realizzazione del buon diritto di cui parla Lucio Iannotta)». V. anche A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 69 ss., secondo cui con questa impostazione vi sarebbe una nuova dialettica tra norma e "conflitto sociale", per cui il secondo è «immanente nella stessa struttura della prima, e non ne costituisce più il semplice *prius* legittimante».

[531] Cfr. G. CORSO, *Il risultato nell'azione amministrativa*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, *op. cit.*, 99 ss. Sul punto è significativo notare come l'impostazione di Corso viene confermata anche nell'elaborazione teorica di Ferrajoli, come ormai dovrebbe risultare chiaro dal testo.

[532] «E nei casi – non molti - in cui è configurabile un eccesso di potere per manifesta ingiustizia non si tratta pur sempre di un giudizio di illegittimità al quale è estranea ogni considerazione del risultato?», così *ivi*, 100 ss.,

[533] E, anche, è la stessa discrezionalità che agisce sulla rigidità della legge: infatti «se la discrezionalità – sul versante dell'attività amministrativa – è il correttivo della sovrainclusione o della sottoinclusione della norma, che cosa aggiunge il concetto di risultato al concetto di discrezionalità? […] certamente la considerazione del risultato costituisce un criterio per l'esercizio della discrezionalità. In presenza di più alternative il risultato che sin intende conseguire è un criterio orientativo della scelta. Ma è diverso, questo criterio, dall'intenzione della parte di cui parla l'art. 1362 cc. Come canone di interpretazione del contratto? E all'intenzione delle parti nel contratto non corrisponde la *voluntas* del legislatore nella legge?», ancora *ivi*, 97 ss.

cui stregua valutare la corrispondenza dell'azione amministrativa[534]: ed il fatto che tale valutazione, in concreto, spesso non avvenga, non costituisce valido motivo per occultare i valori di giustizia già presenti nello statuto normativo della pubblica amministrazione.

Valgano, ancora, le magistrali parole di Guido Corso:

> *«ciò che si intende spiegare col criterio del risultato può essere spiegato agevolmente in categorie giuridiche preesistenti e ben collaudate (discrezionalità, effetto giuridico, legittimità-illegittimità). Sicchè può essere richiamato, a questo riguardo, l'ammonimento medievale.* Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem: frusta fit per plura quod fieri potest per pauciora*»*[535].

Eppure, ad oggi dobbiamo confrontarci con gli effetti concreti che questa concezione ha avuto sulla teoria e sulla pratica amministrativa. Per quanto riguarda la seconda, come abbiamo già accennato, l'efficienza dell'amministrazione di risultato è stata declinata al di fuori degli schemi pubblicistici, con la privatizzazione delle funzioni, soprattutto di quelle di erogazione. In questo senso, in una sorta di circolo giustificativo auto-referenziale, si sono privatizzate tali funzioni perché l'amministrazione non deve più badare solo alle legittimità ma deve guardare al risultato; ma, allo stesso tempo e al contrario, si è teorizzata l' "amministrazione di risultato" come approccio esegetico "innovativo", perché le vecchie categorie di analisi non riuscirebbero più ad indagare le mutate funzioni amministrative.

Considerando quanto già detto a proposito della privatizzazione amministrativa da un punto di vista strettamente giuridico, e sempre nei limiti del presente lavoro, vorrei però per un momento approfondire la questione proprio dal punto di vista dell'analisi economica del diritto (e cioè dell' "amministrazione di risultato", almeno secondo l'impostazione di Romano Tassone). Si può ragionevolmente affermare, a discapito della vulgata che ha predominato sulla scia dell'ideologia dello "stato minimo", che non è l'adozione in sé del sistema pubblicistico di produzione e di erogazione che causa inefficienza: anzi, a prescindere dalla distinzione tra "servizi economici di interesse generale" e "servizi sociali di interesse generale"[536], vi sono sia casi in cui non è

[534] Quindi si può dire che già la legge incorpora il "risultato", cfr. *ivi* 100 ss.

[535] *Ivi*, 100 ss.

[536] D. SORACE, op. ult. cit., 133 ss., distingue tra servizi economici di interesse generale e servizi sociali di interesse generale: mentre i primi possono e in qualche misura, in attuazione della *sussidiarietà orizzontale*, devono essere prestati dai privati, i secondi sono prestati tendenzialmente dallo stato perché non sostenibili economicamente dai privati.

economicamente possibile trasferire funzioni in capo ai privati[537], sia casi di eccellenza nello stesso sistema "pubblico"; a conferma di ciò che la migliore dottrina economica e la migliore dottrina giuridica, pur se da prospettive differenti, postulano, cioè che la ripartizione tra pubblico e privato delle funzioni di erogazione di beni e servizi va valutata, per quanto possibile, caso per caso.

E non è vera in assoluto, in questo senso, la tesi speculare a questa, cioè che "privatizzare" equivalga sempre ad aumentare l'efficienza: nota su questo Ferrajoli che

> *«gran parte di queste privatizzazioni non sono facilmente giustificabili neppure sul piano economico, né tanto meno con la finalità di collocare sul mercato le attività gestite da apparati pubblici. Su questo terreno, al contrario, molte di esse si sono risolte in enormi trasferimenti di potere e di ricchezza dalla sfera pubblica alla sfera privata. […] La vendita del patrimonio immobiliare rischia sempre di risolversi in una svendita. […] Nella maggior parte dei casi la privatizzazione di un pubblico servizio dà luogo a conflitti inevitabili di interessi: tra la ragione sociale del servizio pubblico, che è l'interesse generale e quello degli utenti, e la ragione sociale dell'impresa privata, che è la finalità di lucro»* (ed è per questo, ad esempio, che nascono gli obblighi di servizio universale, ndA)[538].

Su questo disponiamo, oggi, di primi dati empirici a cui vale la pena di accennare, appunto, appunto nella prospettiva stessa di analisi economica del diritto. Anche a partire da casi eclatanti giunti all'attenzione dei media nazionali[539], si è recentemente proceduto alla rilevazione, in termini di soddisfazione per il servizio ricevuto, delle opinioni dei cittadini destinatari di servizi pubblici (trasporti, sanità, etc.) gestiti ed offerti, oggi, con regime privatistico o "semi-privatistico". Ebbene, questo approccio, di carattere sociologico esattamente come il *background* della teoria del "risultato", mostra che nella maggioranza dei casi non solo la qualità del servizio non è cresciuta; ma che, anzi, in molti casi è addirittura peggiorata[540].

---

[537] V. sul punto J. E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello stato*, cit., 56 ss., ed il suo (più volte riportato) teorema fondamentale della non-decentralizzabilità (ed il tipico esempio del sistema pensionistico).

[538] L. FERRAJOLI, op. ult. cit., II vol., 261 ss.

[539] Si pensi alle tante inchieste della trasmissione televisiva Report, che in molti casi hanno dato il via, o contribuito, a rilevanti inchieste della magistratura.

[540] Cfr. L. FERRAJOLI, op. ult. cit., 262 ss., che ritiene che l'intervento indiretto sia spesso inefficace: «sta di fatto che in quasi tutti i settori nei quali sono state operate, le privatizzazioni hanno prodotto un forte aumento di prezzi, o peggio il fallimento o la liquidazione e la chiusura di interi settori produttivi». Pubblico è meglio.

Ebbene, tali dati rispecchiano ciò che anche la migliore dottrina economica afferma ormai da qualche anno: che il "mercato", come istituzione, fallisce quanto e come "il pubblico", cioè lo Stato[541]; in questo senso, «*è solo in circostanze eccezionali che il mercato è efficiente*»[542]. Se ne ricava non è sempre vero che privatizzare l'amministrazione, che ridurre "lo stato" a vantaggio dell'espansione del mercato, comporta benefici per i cittadini; o perlomeno, non è più vero della tesi esattamente opposta, secondo la quale tutto dovrebbe essere "pubblico". L'ideologia dello "Stato minimo" deve essere considerata per quello che è, cioè una impostazione politica del tutto criticabile e da dimostrare[543], anche e soprattutto economicamente, ove la si voglia inserire in un programma di politiche pubbliche[544]: sempre, ovviamente, nella considerazione che nel nostro regime costituzionale non tutte le funzioni amministrative di erogazione o prestazione possono essere privatizzate[545].

Ma, tornando al punto da cui siamo partiti, la contrapposizione tra il risultato e il rispetto della legge[546] ha effetti ancora più perversi, e pericolosi per la stessa legittimazione dello stato di diritto[547]. Così facendo, infatti, opponendo il raggiungimento dell'utilità materiale alla tipicità, al procedimento, alla forma, alla legalità formale

---

[541] Cfr. J. E. STIGLITZ, *op. ult. cit.*, 54 ss.

[542] *Ivi*, 58 ss.

[543] «Coloro che sostengono uno spostamento verso il privato sostengono in effetti uno spostamento verso l'ignoto», così J. E. STIGLITZ, *In un mondo imperfetto*, *op. cit.*, 45 ss

[544] *Ivi*, 46 ss.

[545] «Il paradigma costituzionale impone peraltro un limite invalicabile, di fatto largamente disatteso, alle privatizzazioni dei servizi pubblici. Ove tali servizi incidano su diritti fondamentali o comportino l'esercizio di funzioni coercitive o costrittive - come la scuola, la sanità, l'ordine pubblico, le funzioni di polizia e di difesa, le carceri, l'amministrazione tributaria e tutte le diverse prestazioni dello stato sociale – la loro privatizzazione è incompatibile con la loro appartenenza alla sfera pubblica e con l'universalità, l'inderogabilità e l'indisponibilità dei diritti coinvolti. Solo il loro affidamento a istituzioni pubbliche di garanzia, neutrali e indipendenti in forza del principio della loro separazione, può infatti assicurarne il corretto svolgimento senza i possibili sviamenti dettati dal prevalere delle ragioni del profitto o di altri interessi di parte e senza impropri condizionamenti politici della loro indipendenza e imparzialità», così L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 262 ss.

[546] Nega la contrapposizione S. PERONGINI, *op. cit.*, 42 ss., secondo cui «in definitiva, il conflitto tra principio di legalità e "risultato amministrativo" è meramente occasionale e contingente, legato a una erronea formulazione della norma e non a un rapporto di contraddizione ontologico fra i due concetti». L'A. però è preoccupato anche dalla tesi opposta, quella che vedrebbe inglobato anche il risultato nel perimetro della legalità amministrativa, con conseguente possibilità per il giudice amministrativo di sindacare ambito di merito dell'azione amministrativa ulteriori a quelli tassativamente previsti dalla legge.

[547] Mette in guardia sugli effetti della contrapposizione tra amministrazione di risultato e legalità, nel senso di una squalificazione di quest' ultima, R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in *Diritto e società*, 2000, 101 ss. V. anche M. A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, cit., 233 ss., secondo cui «parlare di Amministrazione di risultati in un quadro costituzionale democratico e attento alle esigenze e ai diritto fondamentali dei cittadini è coerente se intesa come volontà di raggiungere un quadro di regole quanto più possibile chiare anche nei *fini*, sì da consentirne all'operatore una lettura logica e non rigidamente formalistica. Non è invece ammissibile concepirla come libertà dell'Amministrazione dalle regole, che rischia di aprire la strada a facili *strapoteri*» (corsivo mio).

insomma, si compie una duplice mistificazione: si oblitera cioè il valore garantista della legalità formale[548]; e si annulla, allo stesso tempo, la portata della legalità in senso sostanziale.

La prima mistificazione attiene alla natura garantista della legalità: natura, che, anche per quelle ragioni storiche già analizzate nella prima parte del lavoro, risulta ben più evidente e pacifica nel diritto penale di quanto lo sia nel diritto amministrativo. Un esempio pratico, in questo senso, può essere paradigmatico. Pensiamo alla funzione di polizia come funzione amministrativa di erogazione (di prestazione). Ipotizziamo in questo senso che l'attività della polizia sia concretamente misurabile in termini di efficienza, nella misura del rapporto tra denunce presentate e loro "risoluzione". Vi sarebbe quindi un "risultato", misurabile, a cui tale funzione pubblica *dovrebbe* tendere, in un'ottica di "amministrazione di risultato".

Ora, se in quest'ottica noi volessimo rendere l'attività di polizia investigativa "efficiente" al massimo grado, saremmo pensati di dotarla di poteri praticamente infiniti: comprensivi, tra l'altro, della possibilità di arrestare le persone senza un valido motivo, di intercettare le conversazioni di chiunque senza né autorizzazione né un motivo ragionevole, in base al mero sospetto; sino al limite della stessa tortura come *extrema ratio* per ottenere confessioni od informazioni considerate vitali. Ebbene, pur constatando che in una parte della società civile proliferano atteggiamenti autoritaristici di questo genere sfociati purtroppo in episodi tristemente famosi[549], è stata mai seriamente prospettata una riforma in tal senso dei poteri delle forze di polizia[550]?

La risposta è, ovviamente, negativa. Il nostro ordinamento si fonda sul principio del rispetto e della dignità (della vita) della persona umana e delle sue libertà fondamentali. A garanzia di ciò, limitiamo *strutturalmente* e *funzionalmente* i poteri della polizia, ad esempio, come avvenuto nella Costituzione, attraverso la riserva di giurisdizione. In questo modo, "però", sappiamo anche che stiamo limitando la capacità

---

[548] M. A. SANDULLI, *op. ult. cit*., 231 ss., nota che «*se infatti l'effettività di un sistema ne presuppone la certezza, questo implica in primis la "legalità" dell'azione amministrativa, che non si esaurisce nel rispetto di regole sostanziali, ma impone in molti casi ancorchè non sempre, il rispetto della "forma" come modo di garantire la sostanza*». Collega all'ideologia dell'amministrazione di risultato le riforme della l. n. 241 del 1990 sull'irrilevanza dei vizi formali, R. FERRARA, *op. cit*., 278 ss., mettendone in evidenza i pericoli e le contraddizioni.

[549] Si pensi al caso di Guantanamo Bay.

[550] Tralasciando, ai fini del presente discorso, la c.d. legislazione d'emergenza, che in Italia ha costituito la risposta dello stato a fenomeni come il terrorismo o la criminalità associativa, e sulla cui compatibilità con la Costituzione una parte della dottrina processual-penalistica continua ad interrogarsi.

della polizia di lottare contro il crimine e l'illegalità[551]. Sembrano banalità. In realtà giova ricordarle per farne elemento di paragone rispetto alle attuali tendenze del diritto amministrativo. Può essere il valore del garantismo, assicurato dalla tipicità alla legge, diverso tra diritto amministrativo e penale?

Si può provare a rispondere dalla nostra Costituzione, e proprio partendo dall'istituto della riserva di giurisdizione in materia di limitazione delle libertà fondamentali. Con questo strumento infatti i costituenti volevano preservare tali dall'arbitrio, e dai relativi possibili abusi, che ancora costitutiva il regime dell'attività dell'amministrazione pubblica. È tale arbitrio ancora oggi predicabile della pubblica amministrazione e della sua azione? Oppure dobbiamo notare come, in larga parte grazie all'introduzione della legge generale sul procedimento amministrativo, la pubblica amministrazione procedimentalizzata e funzionalizzata si sia sempre più avvicinata, come struttura, alla funzione giurisdizionale?

In questo, anzi, il valore garantista del principio di legalità formale del procedimento amministrativo rappresentava il vero momento di rottura rispetto alla vecchia idea di burocrazia verticistica e sostanzialmente autoritaria. Disconoscerlo equivale ad un salto indietro nel tempo. Non solo. Il fenomeno può essere anche analizzato dal punto di vista dell'oggetto della tutela. Sempre partendo infatti dall'istituto della riserva di giurisdizione, si potrebbe pensare che il principio di legalità debba presiedere solamente rispetto ad diritti più importanti che l'ordinamento assicura, cioè quelli concernenti la vita umana. Per il tipo di interessi affidati alla cura della pubblica amministrazione non si giustificherebbe, invece, tale grado di tutela.

A parte la considerazione che anche questa prospettiva muove, ancora una volta, dall'idea di "stato minimo" che più volte abbiamo già potuto individuare nel corso dell'analisi, possiamo affermarne la sostanziale insostenibilità. Come è stato efficacemente notato, infatti, la sopravvivenza è diventata sempre più una questione giuridica che di fatto[552]: per questo, il ruolo svolto dalle pubbliche amministrazioni all'interno dei Welfare States è diventato di cruciale importanza nel governo della società e nella soddisfazione dei diritti sanciti nelle costituzioni. Non è azzardato sostenere che, oggi, molti diritti e beni fondamentali sono "custoditi" *nel* e *dal* diritto amministrativo:

[551] In questo senso, si può ragionevolmente sostenere che non esistono garanzie formali che non implichino, a livello potenziale, una cifra di inefficienza ad esse direttamente ricollegabile. In altre parole, il garantismo non è mai a "costo zero"

[552] L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, parla di sopravvivenza come fatto doppiamente artificiale nelle società odierne, 392 ss.

salute, istruzione, assitenza previdenziale, etc. Non è quindi più vero che la tutela del diritto alla vita e dei suoi corollari si situa nel campo del diritto penale: essa anzi è, per larga parte, demandata alla funzione amministrativa, segno del passaggio dallo stato liberale allo stato sociale che anche per Kelsen rappresentava «*l'unica via di progresso degli ordinamenti*»[553].

Per questo il principio di legalità non può avere ruolo differente tra diritto penale e diritto amministrativo. Contrapporre, in quest'ultimo, risultato e legalità formale, in funzione dell'ideologia dell'efficientismo[554], tradisce il progresso giuridico raggiunto nell'elaborazione istituzionale degli ultimi due secoli[555]. Lo tradisce, come accennavo sopra, anche in un secondo senso. Così si oblitera infatti un altro dei mutamenti di paradigma della modernità giuridica, quello consistente nell'affermazione, insieme ad una legalità formale, di una la legalità sostanziale, dandola per inesistente. In realtà, a ben pensarci, non potrebbe essere altrimenti: teorizzare infatti una legalità sostanziale, cioè in vincolo non solo formale ma anche sostanziale che il diritto richiede a sé stesso per la sua valida produzione, preclude qualsiasi possibilità di contrapporre "un risultato" come elemento ulteriore ed estraneo alla stessa legalità: perché in realtà è già quest'ultima che dispone il raggiungimento non solo di un atto formalmente *legittimo*, ma anche sostanzialmente *valido* (cioè che rispetti il contenuto delle norme ad esso sopraordinate). Cioè il "risultato" è già, nella fonte, condizione di validità della norma anche formalmente legittima. Ed è alla contrapposizione tra forma e sostanza nel diritto amministrativo che, nel concludere il contributo, vorrei rivolgere l'attenzione.

[553] H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, op. cit., passim.
[554] A cui qui, significativamente, si contrappone quella del garantismo giuridico.
[555] E. PICOZZA, *op. cit*., 54 ss., addirittura ritiene «neppure ipotizzabile un ritorno alla preminenza della legalità rispetto ai risultati: non lo consentono il quadro internazionale di globalizzazione e soprattutto la finanza pubblica interna».

# CAPITOLO III

# Della scissione tra forma e sostanza nel diritto amministrativo

**SOMMARIO**: **3.1** Scomposizioni della legalità e universo amministrativo. Alla ricerca di una sintesi?. - **3.2** Conseguenze pratiche: l'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990. - **3.3** (segue) Interpretazioni a confronto. - **3.4** Il dubbio: oltre l'incostituzionalità?

## 3.1. Scomposizioni della legalità e universo amministrativo. Alla ricerca di una sintesi?

*Tante* legalità[556], *nessuna* legalità? È così che si potrebbe riassumere, parafrasando la poetica di Luigi Pirandello, il percorso teorico che poi è approdato all'odierna discussione attorno al principio. Giova ribadire, ancora una volta, che il principio di legalità è un principio assiologico, prima che giuridico. Per questo, il rapporto tra la sua teorizzazione e la sua effettività è biunivoco[557]: tanto lo si afferma come esistente e come fondamento dell'ordinamento (anche e soprattutto successivamente alla sua positivizzazione), tanto esso sprigiona "forza normativa" e genera "senso comune" intorno a sé (e perciò viene percepito come vincolante). Inversamente, tanto lo si revoca in dubbio a livello teorico, tanto la sua effettiva capacità di informare i rapporti giuridici e di creare quelle stabilità, certezza e tipicità del diritto che ne sono funzione ontologica, risultano indebolita.

Resta a questo punto da considerare il tema, vero e proprio *topos* della teoria del diritto, del rapporto tra *forma* e *sostanza*[558]. A dire il vero ne ho già trattato, più o meno

[556] Cfr. A. TRAVI, op. cit., *passim*.

[557] Sul rapporto tra scienza giuridica ed il suo oggetto, v. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, vol. I, 34 ss. e *passim*.

[558] Su cui v., per tutti, il magistrale saggio di A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, *Introduzione generale* al Congresso *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981, in *Atti del Convegno*, Giuffrè, Milano, 1982, 15 ss., e in ID, *Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1985, 41 ss.

incidentalmente, in altre parti del contributo: e ciò avrebbe permesso, in conclusione, di tirare le fila del discorso abbastanza agevolmente. Nel rielaborare però le letture preparatorie di questo lavoro con i pensieri sviluppati nel corso della riflessione, mi sono resto conto[559] che il binomio legalità formale – legalità sostanziale viene usato, nel dibattito corrente, per indicare tre fenomeni diversi che invece andrebbero tenuti ben distinti l'uno dall'altro. Credo sia utile, ai fini della discussione con cui si concluderà questa tesi, esporre i termini della questione.

A me sembra cioè che, con il binomio (o contrapposizione) tra legalità formale e legalità sostanziale, vengano indicati tre oggetti e livelli di discorso assai diversi: precisamente, un livello "metateorico", un livello "sistematico" ed un livello "strutturale".

In senso "meta-teorico", si identifica con il rapporto tra legalità formale e legalità sostanziale la contrapposizione tra la norma e la realtà, cioè tra "dover essere" ed "essere", o per usare la terminologia kelseniana, tre *sollen* e *sein*.

In senso "sistematico", ci si riferisce al rapporto tra legalità "legislativa" e legalità "giurisprudenziale", riferendosi cioè al processo di interpretazione del diritto positivo che genera, in alcuni casi, una contrapposizione tra la previsione di legge e la norma concretamente "applicata" dai giudici: cioè quell'impostazione teorica nota come gius-realismo, particolarmente diffusa nelle elaborazioni dei paesi a *common law*[560].

In senso invece "strutturale", o interno, ci si riferisce, più propriamente, alla differenza tra "forma", intesa come carattere dell'atto giuridico, e "contenuto", inteso come concreta prescrizione (norma) regolativa (*rectius*: differenza tra forma e significato). In questa accezione rientra allora l'operatività dell'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990. Tanto sono diverse le tre utilizzazioni del binomio, in questa visuale, tanto vanno valutate separatamente, e con esiti non scontati.

---

[559] Come succede, a volte, quando si vede lo striscione dell'arrivo.

[560] Ma non solo: secondo G. FALCON, *Recensione* a N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Laterza, Bari, 2007, in *Dir. pubb.*, 2007, II, 640 ss., «*al diritto delle norme come "volontà" sempre si affianca, circondandolo, il diritto dei giuristi e delle corti come "razionalizzazione" di quella volontà alla stregua di criteri e principi, con risultati che l'originario creatore delle norme non avrebbe mai immaginato, e talvolta direttamente disconoscerebbe. [...] I legislatori immettono le parole, ma giuristi e giudici le interpretano* […]». Questo processo di "specificazione" della norma del legislatore, in qualche misura, è di certo fisiologico: ma spesso degenera, nella creazione di un vero e proprio "linguaggio giurisprudenziale" diverso da quello legislativo, con un sostanziale annullamento del principio di legalità. E dipende, altrettanto certamente, dal grado di precisione sintattica e semantica della stessa legislazione. Vi è cioè un rapporto inversamente proporzionale tra "precisione" del linguaggio legislativo e ambiti di interpretazione "dispositiva" dei giudici: tanto il primo rispetta i principi di legalità formale e di (stretta) legalità sostanziale, tanto la seconda sarà ridotta alla normale attività interpretativa che deve essere operata dai giudici nell'applicare la norma al caso concreto. Ma tanto la legislazione non rispetta un grado minimo di precisione sintattica e semantica, tanto i giudici si ritroveranno amplissimi margini di interpretazione dispositiva con la quale creare diritto praticamente *ex novo*.

Nel primo senso, "meta-teorico", la contrapposizione è tra la realtà e il "dover essere" prescritto dalla norma. L'esempio più lampante è quello della c.d. "costituzione materiale" contrapposta alla costituzione "formale" [561]. E con la contrapposizione si afferma la prevalenza della legalità sostanziale, come "concreto atteggiarsi del fenomeno normativo", sulle prescrizioni contenute nelle legge, che così facendo vengono private di carattere normativo-performativo. In questo modo infatti si elimina la divaricazione deontica dei sistemi normativi, tra "essere" e "dover essere", cadendo in una c.s. "fallacia naturalistica".

Per quanto riguarda il secondo, la legalità giurisprudenziale "si integra" a quella legislativa, *mutandola*: in questo senso, può risultare sia come un indebita disponibilità per i giudici di modificare la lingua giuridica; sia come un "anticorpo" del sistema, invece, alle fallacie ed alle lacune dei livelli superiori (legislativo ed amministrativo) ed alle elusioni delle norme poste in essere dagli attori giuridici. Questa interpretazione della contrapposizione non può essere oggetto aproristico di un giudizio di valore; ma, contestualizzata, nel momento di crisi degli stati nazionali, risulta un passaggio quasi

[561] F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 429 ss., lucidamente nota che «*la problematica weimariana della legittimità costituzionale formale che rischia di impedire il funzionamento dell'effettiva legalità di un determinato assetto costituzionale, con la conseguente necessità di opporre una legalità sostanziale ad una legittimità formale che può portare ad una dissoluzione dell'assetto costituzionale o la derivata teoria della costituzione materiale utilizzata nell'ordinamento italiano per spiegare, prima la convivenza del Partito Nazionale Fascista, del Gran Consiglio del Fascismo e della Milizia volontaria per la Sicurezza della Nazione con lo Statuto Albertino e, nel secondo dopoguerra, le deformazioni apportate dai partiti istituzionalizzati all'ordinamento costituzionale formale e, con varianti (la Costituzione vivente, la costituzione integrata, la Costituzione economica) a fenomeni di dissociazione fra la teoria e la realtà, come la programmazione economica e la politica dell'equilibrio monetario, per cui risultavano più rilevanti le relazioni annuali della Banca centrale che non le leggi di programmazione formalmente vigenti, sarebbe scesa, mutatis mutandis, più in basso nel diritto amministrativo, dove si evidenzierebbero diffusi fenomeni di integrazione fra una legalità sostanziale e una legittimità formale finendo così per dare un più ampio e diverso significato al principio di legalità, tradizionalmente riferito soltanto al rapporto fra legge e potere amministrativo*».

In realtà con questa contrapposizione non si dissocia la teoria dalla realtà, posto che anzi questo è il fondamento deontico del diritto stesso e sua condizione di esistenza (cioè di senso): si fa piuttosto esattamente l'opposto, cioè si appiattisce il diritto sulla realtà, svalutando il "dover essere" giuridico come un etereo *flatus vocis* da non tenere in alcuna considerazione e legittimando come paradigma di validità dell'ordinamento la stessa realtà. In questo senso, è perfetta l'espressione usata da Merusi e già citata, di "controrivoluzione" nei confronti della legalità: controrivoluzione che, appunto, abbiamo già visto operare nei confronti delle carte costituzionali, e consistente proprio nella squalificazione della loro normatività rispetto all'oggetto delle loro prescrizioni. La vera novità del costituzionalismo moderno, cioè il diritto sul diritto, e quindi la possibilità (deontica) del "diritto invalido", non è indifferente al legislatore: anzi, si può dire che è proprio "contro" il legislatore, che non è più sovrano al vertice dell'ordinamento, ma che deve (anche lui) rispettare delle norme sopraordinate, a pena di invalidità della stessa legge. Ricordando ancora Calamandrei, è l'obbligo per il sovrano di colare (esclusivamente) *oro* nello *stampo* della legalità, per evitare (memori dei totalitarismi e delle guerre) ulteriore *piombo*. Ma, come spesso accade quando si parla di limiti, questi sono risultati perniciosi anche per il legislatore: che infatti ha cominciato, aiutato dalla dottrina giuridica, a ritagliarsi ed a occupare quanto più possibile spazi di "libertà" sotto l'ombrello costituzionale. E l'operazione è stata condotta, in questo senso, contrapponendo alle prescrizioni contenute in costituzione la realtà, e sancendo la prevalenza della seconda sulle prime, alimentando la fallacia realistica che oggi infatti è eletta a paradigma del neo-costituzionalismo.

obbligato (o almeno così la storia ci insegna) in ordinamenti in cui manca una vera legalità "statuale" (o l'autorità statuale?), come ad esempio in quello europeo[562].

Per il terzo significato dell'espressione, quello "strutturale", vi è la invece la netta contrapposizione tra la forma e il contenuto del singolo atto giuridico - in funzione, sempre più nel nostro ordinamento, di quel "risultato" che abbiamo da poco considerato. In questo senso, e in tendenza opposta al primo, la contrapposizione della "sostanza" alla "forma" degli atti presuppone, e in qualche modo cerca di "superare", un sistema normativo compiutamente positivizzato, se non "ultra-positivizzato" [563].

A me sembra che questa tripartizione, per quanto abbastanza chiara, non sia ancora sufficientemente condivisa. Perfino Fabio Merusi, nelle dense pagine con cui ha concluso il convegno di Varenna sul principio di legalità, sembra sovrapporre livelli e ambiti di discorso che andrebbero, a mio avviso, tenuti separati. Egli infatti, alla ricerca di un "collante" che aiuti a ricomporre i vari frammenti della legalità così come individuati nelle relazioni del convegno, ritiene di aver trovato tale "collante" proprio nel «cimento» tra legalità formale e legalità sostanziale, fenomeno relativamente sconosciuto nel campo amministrativo e che trova origine nella giurisprudenza per principi della Corte di Giustizia[564] (e qui sembra riferirsi all'ambito "sistematico"). Sottolineo "relativamente sconosciuto" perché Merusi è ben consapevole di ciò che ha significato, nel campo costituzionalistico, il fenomeno della contrapposizione, alla costituzione "formale", della c.d. "costituzione materiale"; tanto da poter affermare che «*il contrastato rapporto fra una legalità sostanziale e una legalità formale è trasmigrato dal diritto costituzionale al*

[562] Che nell'Unione Europea si possa propriamente parlare, ancora oggi, di principio di legalità solo in materia penale, è osservazione difficilmente criticabile. Nelle altre materie vige ciò che la dottrina ha ribattezzato "Comunità di diritto" - concetto che evidentemente richiama lo stato di diritto, ma che esprime la peculiarità istituzionale dell'Unione e la sua irriducibilità, sotto questo aspetto, agli schemi nazionali. Di fatto, in ambito europeo, volendo usare come distinzione esaustiva quella tra rule of law e stato di diritto, vige il primo: con una Corte che, secondo A. ADINOLFI, op. cit., 4 ss., «*ha valorizzato il ruolo del trattato istitutivo quale parametro di legittimità degli atti derivati, configurandolo come la "carta costituzionale di una comunità di diritto", in quanto enuncia le regole fondamentali del sistema alle quali l'attività delle istituzioni deve conformarsi*». Richiamando ancora Palombella, sembra chiaro che il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia configura un sistema dualistico, in cui alla figura di un legislatore ancora carente di legittimità democratica si contrappone l'operato di giudici che sì svolgono una funzione equilibratice del sistema, ma che allo stesso tempo si pongono graniticamente nella direzione dell'attuazione degli scopi dei trattati - in caso, a questo sacrificando anche consolidate tradizione giuridiche interne, in alcuni casi perfino degli stessi principi di legalità nazionali - per questa considerazione v. ancora ivi, 8 ss.

[563] Anticipo subito che la contrapposizione, così come posta nel dibattito attuale, è per la maggior parte ideologica: prescinde, cioè, dal reale funzionamento della struttura a gradi dell'ordinamento costituzionale e dalla stessa funzione della legalità (che è sempre quella di limitare il potere), rappresentando invece un (altro) modo di eludere, o di ridurre, o di annullare, il sistema di limiti e vincoli contro i pubblici poteri predisposti dalla legge. Alla *ultra-positivizzazione* segue la *de-positivizzazione*?

[564] Cfr. F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 430 ss.

*diritto amministrativo*»[565] (e qui allora però il discorso sembra spostarsi sul piano che ho individuato come "meta-teorico").

Merusi valuta positivamente tale «cimento», rinvenendo in questa nuova concezione della legalità amministrativa il tentativo, da parte della Corte di Giustizia, di «costruire dal basso quell'Europa che gli stati non vogliono costruire dall'alto»[566]. E non solo: questa "nuova legalità" amministrativa, infatti, costituirebbe anche la risposta degli ordinamenti (comunitario e nazionale) a quel tentativo di contro-rivoluzione[567] mediante l'utilizzo del diritto privato e diretto a sfuggire ai vincoli di legge[568], di cui abbiamo già parlato. Questa "nuova legalità" promanerebbe direttamente dai principi generali dell'ordinamento giuridico, o meglio, sarebbe "consunstanziale" ad esso: ed il giudice non farebbe altro che portarla in primo piano, plasmandola dalla "memoria remota" del sistema, per renderla visibile e vincolante nei confronti di tutti gli attori giuridici (nuovamente, sembra, il riferimento all'ambito "sistematico", o gius-realistico). Ancora, nota l'A.,

> *«se apparenti negozi di diritto privato possono diventare atti amministrativi, sempre in base al principio di legalità sostanziale atti amministrativi apparentemente viziati possono diventare atti validi. Il criterio per risolvere in questo caso il conflitto fra sostanza e forma è il principio di equipollenza. Un atto viziato può essere considerato equipollente di un atto valido se il vizio è meramente formale o se è dimostrabile che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso»*[569].

Sembra, allora, di essere giunti al terzo senso del rapporto forma/sostanza più sopra individuato, quello "strutturale": in cui alla forma dell'atto viene contrapposta la "sostanza". In realtà, non sembra giustificato, né epistemologicamente possibile, far derivare l'uno dall'altro, e quindi sostanzialmente congiungere, tre livelli di discorso così diversi tra loro. Anche perché sono diverse le considerazioni da muovere ad ognuno di questi "significati" come individuati: se il giudizio sulla contrapposizione in senso

---

[565] *Ivi*, 429

[566] *Ivi*, 432 ss.

[567] «*Sol che, come molte controrivoluzioni, è stata spacciata per rivoluzione*», *ivi*, 439 ss.

[568] Nel senso di «*sfuggire alla normativa comunitaria; eliminare gli ostacoli all'appropriazione partitica di beni collettivi da parte delle amministrazioni elettive o alla ridistribuzione di beni privati secondo criteri di parte o, più semplicemente, per agire in libertà senza la predeterminazione tipicizzante del principio di legalità secondo l'arbitrio del caso per caso o della conformità al fine da raggiungere. Un ritorno allo Stato patrimoniale dove aziendalismo e tirannide convivevano esprimendosi in negozi di diritto romano comune e di cui la cameralistica fu forse la più alta espressione ideale e teorica*», *ivi*, 440 ss.

[569] *Ivi*, 434 ss.

"sistematico" è aperto al dibattito[570], per quanto riguarda invece i livelli "meta-teorico" e "strutturale" si può esprimere un giudizio, da un punto di vista analitico, fortemente negativo: l'uno, revocando la divaricazione deontica tra "essere" e "dover essere" del diritto, e sancendo la prevalenza del primo sul secondo, annulla la stessa normatività del fenomeno giuridico; l'altro, "strutturale", compie un'indebita divaricazione tra forma e contenuto (ma sarà meglio utilizzare "significato") degli atti della comunicazione giuridica. L'una è un'aporia "esterna" al diritto. L'altra è aporia "interna".

Quest'ultima ha trovato ingresso, nel 2005, nella legge sul procedimento amministrativo, con l'aggiunta dell'art. 21-*octies*, secondo comma, su cui già oceani d'inchiostro sono stati versati[571]. La disposizione prevede alcune ipotesi in cui il

---

[570] Sembra a ben considerare che il "problema" della legalità comunitaria sia lungi dal trovare una soluzione condivisa nell'elaborazione dottrinale. A mio modo di vedere però si può, anche come ipotesi di lavoro, sostenere quanto segue. Se la Corte di Giustizia crea, come indubbiamente fa, una legalità "sostanziale" per provare *ad erigere dal basso quello che la volontà politica non riesce a calare dall'alto*, non mi lascerei andare a facili entusiasmi, almeno non in una prospettiva sistematica. Anzi, ne risulta evidenziata proprio la mancanza di una legalità "formale", o "legislativa" europea, come sintomo della mancata integrazione in senso (veramente) federale dell'Unione. Può dunque esprimersi un giudizio, per così dire, di "transitorietà", su quella che al momento costituisce il vero e proprio *rule of law* europeo. La tipizzazione del potere, anzi dei poteri, in ambito comunitario, è cioè in un senso, *peculiare*, ed in un altro, *necessitata* (su questa considerazione, cfr. ancora A. ADINOLFI, op. cit., *passim*). *Peculiare*, perché non è predeterminata dalla legge, ma è ricavata dal rispetto dei trattati e dei principi generali; *necessitata*, proprio perché altrimenti si aprirebbero spazi di libertà tendenzialmente infiniti per i poteri pubblici e privati nello spazio giuridico comunitario. In questo senso, a ben considerare, si trovano rilevanti analogie col percorso di sviluppo della legalità amministrativa interna, per come si è andata pretoriamente affermando nel nostro sistema. Tale *rule of law* europeo non dovrebbe dunque considerarsi un punto d'approdo, ma un momento fisiologico di un più ampio processo di emersione di un principio di legalità sovranazionale; processo che, chiaramente, troverà la sua conclusione (solo) con l'approvazione di una Costituzione europea.

[571] Sull'art. 21-*octies* v., senza pretesa di esaustività, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Giappichelli, Torino, 2006; ID, *Formalismo giuridico ed invalidità formali*, in L. R. PERFETTI, *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Cedam, Padova, 2008, 283 ss.; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubb*., 2007, II, 385 ss.; G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm*., 2007, II, 231 ss.; L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm*., 2008, I, 103 ss.; C. CONTESSA, *La previsione di ipotesi di 'illegittimità non invalidante' fra pregiudiziale amministrativa e logica della spettanza*, in www.giustamm.it; M. ALESIO, La *comunicazione di avvio del procedimento negli atti vincolati*, in www.giustamm.it; G. BARONE, *L'incidenza della nuova disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione*, in www.giustamm.it; R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it; D. CORLETTO, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, 43 ss.; L. D'ANGELO, *L'art. 21 octies, comma 2, l. n. 241/1990: onere probatorio della p.a. ed eccesso di potere controfattuale*, in www.giustamm.it; L. FERRARA, *Novità legislative e peso della tradizione (replicando a Fabio Saitta a proposito dell'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990)*, in www.giustamm.it; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in www.giustamm.it; D. U. GALETTA, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedimentali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, pubblicato in AA.VV. (a cura di M.A. Sandulli), *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, *Quaderni de Il Foro amministrativo - TAR*, quaderno n. 2 (reperibile anche come supplemento al fascicolo 5-6/2005), Giuffré, Milano, 2006, 89 ss., in www.giustamm.it; D. NAZZARO, *"Illegittimità non invalidante" dell'atto amministrativo e "motivazione postuma": la "positiva"*

provvedimento amministrativo, pur non rispettando il principio di legalità, non può essere annullato dal giudice amministrativo. Nel primo alinea, questa possibilità è prevista per tutti i provvedimenti a carattere vincolato, quando la violazione di norme formali o procedimentali non ha alcuna incidenza sul contenuto dispositivo del provvedimento, tale che palesemente[572] quest'ultimo non sarebbe potuto essere diverso anche se le predette norme formali o procedimentali fossero state rispettate. Nel secondo alinea, tale regime viene specificato per la mancata comunicazione di avvio del procedimento, con due peculiarità: in primis, che in questa ipotesi l'ambito di operatività sembra estendersi anche agli atti discrezionali - e dunque coprire l'intera area della funzione amministrativa; di riflesso, però, si specifica un più stretto obbligo di allegazione processuale in capo all'amministrazione, che deve dimostrare in giudizio come l'eventuale partecipazione del privato al procedimento non avrebbe potuto apportare alcuna modifica al contenuto dispositivo finale del provvedimento.

Nel dibattito dogmatico sulla natura della norma, sostanziale o processuale; tra ascendenze affermate e negate[573] col processo civile; tra "legittimità *ex lege* e *ex post*" e "illegittimità praticabili"[574], e andandosi da incastonare nella lentissima emersione [della consapevolezza] della differenza strutturale tra attività discrezionale e attività vincolata, questa norma costituisce la "cartina di tornasole" di tutto quel percorso che ho cercato, per quanto possibile, di ricostruire in queste pagine. La sua rilevanza, senza dubbio, prescinde le concrete modalità applicative, e ci riporta ad un livello [di discorso] di teoria generale del diritto, con il quale si concluderà questo lavoro.

---

*metamorfosi del G.A.*, in www.giustizia-amministrativa.it; N. PAOLANTONIO, *L'integrazione postuma della motivazione ed il problema dei cc.dd. vizi formali*, in www.giustamm.it; R. ROLLI, *Irregolarità e principio 'mobile' di ragionevolezza*, in www.giustamm.it; A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in www.giustamm.it; F. SAITTA, *Annullamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio?*, in www.giustamm.it; ID, *Art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990: ecco perché si finisce per"rimpiangere il passato"*, in www.giustamm.it; G. SORRENTINO, *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21*-octies *della legge n. 241/90*, in www.giustamm.it; P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, in www.giustamm.it; F. VOLPE, *Forma e buon senso nel diritto amministrativo (discutendo con il Prof. Stella Richter sull'art. 21 - octies della legge sul procedimento)*, in www.giustamm.it; da ultimo, v. R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedimentali*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, cit., 949 ss.

[572] Sulla portata dell'aggettivo "palese", vedi, per tutti G. SORRENTINO, *op. cit., passim* G. BERGONZINI, *op. cit.*, 237 ss..

[573] A sostegno della norma, infatti, da più parti si è cercato di dimostrarne la derivazione dall'art. 156, terzo comma del codice di procedura civile, che sancisce il c.d. principio di strumentalità delle forme. Tale argomento, tuttavia, è stato prontamente ribaltato dalla migliore dottrina: sono infatti del tutto diversi gli scopi, e quindi gli effetti, delle due norme. L'art. 156, terzo comma, c.p.c. evita l'annullamento dell'atto per vizio formale quando *si è comunque raggiunto lo scopo* (proprio) *della norme formale violata*; del tutto diverso è invece, come è noto, il meccanismo dell'art. 21-*octies*, per cui a rilevare, nel giudizio di non annullabilità dell'atto per violazioni formali, non è lo scopo delle norme formali violate, quanto lo "scopo", cioè la determinazione dell'assetto materiale di interessi, della norma stessa.

[574] S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, *op. cit.*, *passim*.

### 3.2. Conseguenze pratiche: l'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990.

Riprendendo la definizione di validità di Guido Corso[575], Domenico Sorace, a proposito dell'art. 21-*octies*[576], afferma che

> *«in generale è possibile distinguere i requisiti richiesti per un prodotto da quelli riguardanti l'attività di produzione, così che il primo può possedere i requisiti desiderati anche in assenza di quelli richiesti per la seconda (e viceversa) [...] più specificatamente, la legalità/illegalità predicabile in relazione all'atto (o agli atti) con cui si prende e si manifesta una decisione si può distinguere dalla legalità/illegalità predicabile in relazione alla decisione in sé, cioè a quanto deciso mediante l'atto» (i.e. la norma)*[577].

Basterebbe questa premessa per esulare, ancora una volta, dai confini del presente lavoro, dato che così ci si addentra in uno dei più risalenti e dibattuti problemi della

---

[575] G. CORSO, *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, 84 ss.; concorde, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. ult. cit.*, *passim*.

[576] Si vedano, a proposito, le aspre critiche alla disposizione ora in esame portate da Luisa Torchia, nel già citato contributo in sede di primo commento alle novità apportate nel 2005 alla legge sul procedimento. Proprio perchè adottata con intento deflattivo del contenzioso, stupisce alquanto «*che il legislatore non abbia preso in esame alcuno studio o rilevazione sulla incidenza dei c.d. vizi di forma sul contenzioso*», rendendo quindi impossibile stabilire «*se la misura intervenga su un fenomeno consistente o solo marginale*», così Id., *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo*, cit., 10 ss. Questo anche nella considerazione che, secondo l'A., i casi in cui il provvedimento possa dirsi interamente vincolato appaiono piuttosto marginali - anche e soprattutto, mi verrebbe da aggiungere, nella prospettiva dell'attivazione della costosa tutela giurisdizionale. In ogni caso, a prescindere dagli ulteriori ed in qualche modo conseguenti dubbi sul reale ambito di applicazione della novella, «*resta il fatto che l'approccio "sostanzialista" (se la decisione non può che essere quella, che bisogno c'è del rispetto delle forme?) privilegia sicuramente l'amministrazione, mentre non si trova traccia di norme volte a garantire, su di un piano altrettanto sostanziale, la posizione del privato. Se esistono provvedimenti interamente vincolati ne esisteranno, infatti, anche di favorevoli al privato, che potrebbe ben essere sollevato da adempimenti formali (per fare solo esempi di contrappasso: compilazione di uno specifico modulo piuttosto che di una semplice domanda, richiesta all'ufficio competente piuttosto che genericamente all'ente di cui quell'ufficio fa parte) che in fondo non incidono sulla fondatezza del suo buon diritto. Ma il sostanzialismo, nel nostro ordinamento, va quasi sempre a favore dell'amministrazione, e anche per questo il rispetto della forma non andrebbe abbandonato a cuor leggero. La libertà cresce negli interstizi della procedura, secondo la famosa affermazione di Maitland e quegli interstizi non dovrebbero essere, quindi, troppo serrati*», così *ivi*, 12 ss.

[577] D. SORACE, *op. ult. cit.*, 391 ss. Vi è, racchiusa in queste poche parole, l'indebita inferenza che rappresenta il vero centro del problema con riferimento all'art. 21-*octies*. Affermare infatti che «è possibile distinguere tra requisiti del prodotto e requisiti dell'attività di produzione» è del tutto diverso, e soprattutto non implica logicamente, l'affermare che «così [che] il primo può possedere i requisiti desiderati anche in assenza di quelli richiesti per la seconda (e viceversa)». Mentre la prima affermazione è indubbiamente corretta, la seconda è tutta da dimostrare lascia più di un dubbio, soprattutto se intesa in senso prescrittivo e non assertivo. Per il momento possiamo dare per certo questo, che la validità formale riguarda propriamente l'atto, mentre la validità sostanziale riguarda quanto deciso con l'atto, cioè la norma. V. sul punto L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, vol. I, 503 ss., e R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, cit., 215 ss.

scienza giuridica, e non solo: quello del rapporto tra forma e sostanza delle "cose". Basta guardare, a tal proposito, il primo capitolo della recente monografia sull'argomento di Stefano Civitarese Matteucci, per rendersi conto della complessità epistemologica della questione, e dell'attenzione che essa ha attirato sin dagli albori della stessa filosofia classica. Eppure, l'art. 21-*octies*, con le sue "illegittimità praticabili o utili", come le definisce lo stesso Civitarese Matteucci richiamando Luhmann[578], va ad incidere precisamente su questo annoso problema dell'epistemologia (giuridica e non). Giova ricordare, ancora una volta ed a costo di essere prolisso, il quadro di riferimento, per individuare la problematicità della norma in esame.

Abbiamo già detto che il mutamento di paradigma, costitutivo del passaggio dallo stato *legislativo* di diritto allo stato *costituzionale* di diritto, è nella trasformazione della norma di riconoscimento dell'ordinamento, dal principio di mera legalità formale, a quello di legalità formale *e* sostanziale. La legalità cessa di essere uno *stampo* in cui il sovrano (o il parlamento) può "versare" a piacimento qualsiasi contenuto (*quod principis placuit legit habem vigorem*): nello *stampo* della legalità, del diritto positivo, può essere "versato" solo ciò, e [*deve* essere "versato"] tutto ciò, che è stabilito in Costituzione. In altre parole, il progresso degli ordinamenti giuridici si realizza proprio nella vincolatività, oltre che delle forme, anche dei contenuti, delle leggi e degli altri atti giuridici[579]. Al diritto come prodotto (abbandonato cioè ogni residuo giusnaturalista) si richiede, *oltre che* il rispetto di determinate forme, il rispetto di determinati contenuti, in positivo e in negativo[580], *a pena di invalidità*. In questo senso, [norme sulle] forme e [norme sui] contenuti devono essere "rispettati" contemporaneamente[581] perché il diritto sia *valido*.

---

[578] Il cui approccio "sociologico-funzionale" al diritto, una volta adottato come paradigma meta-teorico, comporta, a mio modo di vedere, una visione parziale del problema. Cfr. anche F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio dell'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro Amm*., 1997, 3303 ss.

[579] Cfr., in senso che sembra diverso, F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *op. cit.*, *passim*.

[580] In questo, ancora una volta, la doppia valenza del principio di legalità, inteso come garanzia (cioè come limiti) e come indirizzo (cioè come obblighi positivi).

[581] «*La condizione ottimale di ogni società giuridicamente organizzata sta nell'equilibrata presenza e nel corretto contemperamento della componente sostanziale e della compononente formale del diritto. Gli interessi umani, che costituiscono la sostanza del diritto, non sarebbero neppure conoscibili e realizzabili senza una forma capace di dar loro evidenza 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. [...] Non meno necessaria della compresenza delle due componenti è la loro equilibrata correalzione. Ogni squilibrio, a favore della forma o a favore della sostanza, si paga col sacrificio del più generale valore sociale che sta a base della componente misconosciuta o non sufficientemente riconosciuta. Il più generale valore che presiede alla forma sta nella esigenza pratica della razionalizzazione della vita sociale e conseguentemente nella conoscibilità del sistema dei valori socialmente e giuridicamente rilevanti e quindi nella certezza delle regole dell'agire e giuridico nonché dei ruoli e delle competenze delle istituzioni pubbliche e dei soggetti privati. Il più generale valore che presiede alla sostanza consiste nella realtà del sistema dei valori socialmente e giuridicamente rilevanti e quindi nel costante adeguamento del sistema formale del diritto*

Sembra allora pleonastica l'osservazione che, a ben vedere, è proprio tale *contemporaneità* che viene revocata in dubbio dall'art. 21-*octies*. Il giudice amministrativo[582] infatti *non può* pronunciare l'invalidità di un provvedimento amministrativo per violazioni di norme sulla forma o sul procedimento quando, per la natura vincolata dello stesso, il contenuto *non avrebbe potuto essere diverso* da quello concretamente adottato[583]. Sono due le domande, allora, da porci: è possibile, *in primis*, ed è giustificato, poi, eliminare tale contemporaneità tra rispetto delle norme sulle forme e rispetto delle norme sui contenuti, nello stato costituzionale di diritto?[584] Possiamo cioè ragionare, come sempre nel discorso giuridico, da un punto di vista *interno* al diritto e da un punto di vista ad esso *esterno*; e conviene tenere i due livelli di discorso separati, almeno per il momento.

Dal punto di vista interno, dobbiamo chiederci se è *possibile*[585] - in teoria, essendo già stato compiuto nella realtà ordinamentale, considerando proprio la struttura nomostatica e nomodinamica di un ordinamento a costituzione rigida come il nostro[586], divaricare il rispetto della validità formale da quella sostanziale, sancendo la prevalenza

---

*alla sua sostanza reale*», così A. FALZEA, *op. cit*., 178 ss. Cfr. anche S. PERONGINI, *op. cit*., 42 ss.; R. FERRARA, *op. cit*., 276 ss.; M. A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, cit., 231 ss.

[582] Ma v. G. BERGONZINI, *op. cit*., 250 ss., che considera astrattamente possibile riferire il divieto di cui al primo alinea del secondo comma del 21-*octies* anche all'amministrazione in sede di autotutela, salvo poi escluderlo, e confermare quindi nella figura del giudice il destinatario della norma in esame.

[583] Il secondo alinea del secondo comma, nell'estremizzare questa impostazione, specifica che quando il vizio è costituito dalla mancata comunicazione di avvio del procedimento, il divieto per il giudice di pronunciare l'annullamento dell'atto si estende anche agli atti di natura discrezionale. Per più precise considerazioni anche su questa parte della norma, e sul regime (sostanziale o processuale) della novella, v. D. SORACE, *op. ult. cit*., 396 ss. Sulla approssimazione con cui è stata redatta questa norma, già molto è stato detto, per cui si può fare solo un breve accenno al punto. Nella formulazione definitiva, infatti, la vincolatività viene riferita al provvedimento e non all'attività: al prodotto, e non alla [attività di] produzione. La norma è rivolta direttamente al giudice, ma viene inserita nella legge sul procedimento amministrativo, e per di più nell'articolo riguardante il regime di validità, o meglio di annullabilità, del provvedimento amministrativo. Si distingue tra "norme sul procedimento" e "norme sulla forma degli atti": distinzione che a sua volta rischia di creare equivoci, e sulla cui consistenza teorica vi è più di un ragionevole dubbio. Insomma, ancora una volta, non si può non evidenziare la scarsa attenzione del legislatore nel produrre norme dalla formulazione tutt'altro che soddisfacente, non curandosi degli effetti pratici derivanti dalla loro applicazione la cui incidenza è, almeno dal punto di vista operativo, interamente sulla funzione giurisdizionale.

[584] L'ordine delle due domande potrebbe essere invertito senza modificare il senso dell'argomentazione.

[585] Debbo precisare che qui la possibilità è possibilità *teorica*, non *pratica*. Che tale divaricazione sia avvenuta infatti è il punto di partenza della discussione.

[586] Distinzione che sembra essere ben presente, ad esempio, nel libro di Civitarese Matteucci già citato. Ciò che non convince è l'adozione della prospettiva sociologica come paradigma meta-teorico: se è indubbio, infatti, che l'osservazione dell'effettività delle norme costituisce un elemento necessario di una più globale considerazione del fenomeno giuridico, farne il punto privilegiato, se non esclusivo, di osservazione, ne tradisce presupposti e possibili approdi; secondo Civitarese Matteucci «*la questione è, pertanto, quella dell'adattamento dell'organizzazione formale ad aspettative stimolate dall'ambiente sociale, ma non legittime sulla base di parametri normativi*», *ivi*, 135 ss.

della seconda sulla prima. È possibile cioè che un atto amministrativo sostanzialmente valido, ma adottato in violazione di norme formali sulla sua produzione, non sia annullabile dal giudice? Anticipo subito che non mi riferisco tanto ad una eventuale incostituzionalità della norma in questione: incostituzionalità, tra l'altro, già ampiamente discussa, con alterne posizioni, dalla dottrina[587]. Come forse è già emerso, il 21-*octies* pone un problema che mi sembra ancora più "profondo" (se possibile) di compatibilità con la stessa conformazione a gradi dell'ordinamento: un problema che sembra lecito definire *strutturale*[588].

### 3.3 (segue) Interpretazioni a confronto

Nel dibattito sorto a seguito dell'introduzione della norma[589], ma a dire il vero già *in fieri* prima di tale introduzione, visti i risalenti consolidati orientamenti giurisprudenziali tendenti alla c.d. dequotazione del vizio procedimentale, si possono facilmente individuare due macro-spiegazioni dell'innovazione legislativa, che si tratteranno qui solo per brevi cenni[590].

La prima si richiama al c.d. principio "del raggiungimento dello scopo", o altrimenti detto "principio della strumentalità delle forme", per cui la violazione della norma formale o procedimentale comporta l'illegittimità e dunque la [sanzione dell'] invalidità solo ove lo scopo della norma violata non sia stato *comunque* raggiunto. Ciò implica una subordinazione logica delle forme procedimentali alle norme sostanziali che stabiliscono il fine dell'azione amministrativa[591]. Si tratta di un indirizzo già presente in altri ordinamenti europei[592], e fatto proprio dall' ordinamento europeo, che all'art. 263, secondo comma, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, tra i motivi di

[587] Cfr. G. BERGONZINI, *op. cit*., 257 ss., che propende, con Galetta, per l'incostituzionalità della norma in esame, mentre Leonardo Ferrara, oltre naturalmente a Civitarese Matteucci, la esclude, v. L. FERRARA, *op. ult. cit*., 114 ss. V., distinguendo tra violazione di leggi sul procedimento e violazioni di leggi sulla forma, anche D. SORACE, *op. ult. cit.*, 418 ss., secondo cui la norma rispetterebbe comunque il principio di legalità, riservando invece al giudizio di bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti la valutazione dell'incostituzionalità o meno. V. invece, a proposito della (in)compatibilità dell'art.21-*octies* con l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali, *ivi*, 420, e D. U. GALETTA, *op. ult. cit*., *passim*.

[588] Cfr., per una definizione di "antinomia" strutturale, L. FERRAJOLI, *op. ult. cit*., 908 ss.

[589] Questa affermazione, a dire il vero, non è precisa: il dibattito, infatti, sulla c.d. illegittimità non invalidante, è sorto ben prima della novella del 2005, basta confrontare, per un riferimento preciso, il progetto di legge c.d. "Cerulli Irelli", 6844-A della XII legislatura. Cfr. pure R. GIOVAGNOLI, *op. ult.cit*., 956 ss.

[590] Rimando allora, da ultimo e per tutti, a R. GIOVAGNOLI, *op. ult.cit*.

[591] V. Cons. St., V, 25 gennaio 2003, n. 344; Id., IV, 30 settembre 2002 n. 5003.

[592] Cfr. G. SORRENTINO, *op. cit*., v. nota n. 3.

ricorso innanzi la Corte di Giustizia per i vizi di legittimità degli atti comunitari, incluse la violazione di *forme sostanziali*[593]. Tale ultima categoria suscita più di un dubbio teorico[594], anche considerando che vi è sul punto una vistosa discrasia tre le due versioni nelle lingue ufficiali dell'Unione: se infatti nel testo francese si parla appunto di «*violation des formes substantielles*», da cui la traduzione nel testo italiano, nella versione inglese del TUEF la formula usata è «*infringement of an essential procedural requirement*». Dall'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia però sembrerebbe che le due formule possano considerarsi equivalenti, se non altro per l'eterogeneità dei vizi ricondotti in questa fattispecie[595].

Tale criterio, in ogni caso. non è nuovo nemmeno al nostro giudice amministrativo, che ne fa da risalente tempo uso per quanto riguarda la comunicazione dell'avvio del procedimento al privato - sancendo quindi l'irrilevanza della mancata comunicazione espressa dell'avvio del procedimento quanto il privato ne sia venuto a conoscenza *aliunde*[596]. Può dirsi subito però che non sembra possibile ricondurre la previsione in esame a questo ultimo indirizzo, perchè a ben vedere lo scopo a cui l'art. 21-*octies* subordina la conservazione del provvedimento viziato non è quello della norma (formale o procedimentale) violata, bensì quello della norma attributiva della funzione amministrativa nel suo complesso - dunque con un meccanismo sanante che opera su di un piano del tutto differente.

A questa impostazione, che almeno in un primo momento - anche per il suo potenziale "ascendente" nel diritto europeo - sembrava prevalere in dottrina, certamente quantomeno per le ipotesi di irrilevanza della mancata comunicazione di avvio del procedimento, se ne è affiancata un'altra[597], che si è definitivamente affermata nella giurisprudenza successiva alla novella del 2005. Il criterio è quello della mancanza di interesse a ricorrere, da parte del privato, nel caso in cui, pur in presenza di violazioni sulla forma o sul procedimento, il provvedimento non avrebbe potuto altro contenuto da

---

[593] In questo senso si distinguerebbero forme sostanziali e forme formali, «*ossia prescrizioni che non incidono sul raggiungimento dello scopo e sulla correttezza sostanziale del potere amministrativo*», così R. GIOVAGNOLI, *op. ult.cit*., 951 ss.

[594] Ad esempio, tale distinzione sembra in netto contrasto con l'affermazione che le norme formali sulla produzione richiedano sempre osservanza obbligatoria, su cui v. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit*., 519 ss.

[595] Tra gli altri, «*the duty to provide adequate reasons when making a decision*» (ora art. 296, secondo comma, TUEF), Case 24/62, Germany v. Commission; and «*the failure to consult the European Parliament when so required by the [EC] Treaty*», Case 138/79, Roquette Freres v. Council; v. da ultimo Case C-235/04 Commission v Spain [2007] ECR I-5415.

[596] V. Cons. St., V, 22 maggio 2001, n. 2823. Sul punto si permetta il rinvio a R. LUPI, P. SANDRO, *Impugnazione di atti non formalmente notificati: tradizione tributaria e diritto amministrativo*, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 2/2008.

[597] V. Cons. St., V, 29 gennaio 2000, n. 72; Id., VI, 1 febbraio 1999, n. 101.

quello in concreto adottato. In altri termini, sarebbe del tutto illogico, nonchè contrario ai principi di buon andamento ed efficacia, l'annullamento giuridizionale di un atto amministrativo per mere violazioni formali, quando in concreto esso non potrebbe avere un contenuto diverso[598] - e dunque, in seguito all'annullamento, tale atto potrebbe essere subito ri-adottato dall'amministrazione competente, con lo stesso identico contenuto dispositivo ma sanato delle violazioni formali.

La differenza con il criterio del raggiungimento dello scopo sembra evidente: pur essendo entrambi orientati in senso deflattivo del processo amministrativo, quando al privato non spetterebbe alcuna utilità sostanziale ma al contrario vi sarebbero conseguentenze negative, in termini di efficacia e buon andamento, per l'azione amministrativa (che si vedrebbe costretta a riattivare una fase procedimentale rispetto ad un provvedimento che in concreto tutela l'interesse pubblico), mentre quest'ultimo comporta una valutazione *ex ante*, fondata sulla interpretazione teleologica della norma formale che si ritiene violata, il criterio della mancanza di interesse a ricorrere opera solo in base ad un valutazione *ex post*, di tipo prognostico, in cui il giudice deve valutare quale sarebbe il concreto effetto dell'annullamento del provvedimento[599].

Nonostante le critiche di una parte della dottrina, sembra quest'ultima l'interpretazione fatta propria dal legislatore con la novella del 2005. In sostanza, il provvedimento adottato in spregio a norme formali o procedimentali non è annullabile - e non "*può non essere annullato..*": si tratta cioè di una vera e propria preclusione in capo al giudice amministrativo - quando all'effetto caducatorio del giudicato amministrativo non si accompagnerebbe alcun effetto conformativo «*ai fini del riesercizio del potere amministrativo*»[600]. In questo senso, la novella in un certo senso implica, e per un altro significativamente conferma, tre tendenze che hanno rivoluzionato il nostro sistema amministrativistico negli ultimi quindici anni: a) dal punto di vista sostanziale, nell'oggettivizzazione dell'interesse legittimo, che non può più essere considerato come un mero interesse formale alla astratta conformità dell'atto alla legge, ma deve essere inteso, a seguito della sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 1999, come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo; b) dal punto di vista procedimentale, la sempre maggiore

[598] Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, op. ult. cit., 298 ss., secondo cui l'annullamento non è pronunciabile «*quando risulti certa l'assenza di collegamento tra il motivo dell'illegittimità e la possibilità di realizzazione dell'interesse sostanziale*».

[599] Cfr. R. GIOVAGNOLI, *op. ult.cit*., 952 ss.

[600] Ivi, 958 ss.

divaricazione, quanto a regimi normativi e conseguente "trattamento" giurisdizionale, tra attività amministrativa discrezionale ed attività amministrativa vincolata; c) dal punto di vista processuale, nel passaggio da un giudizio meramente impugnatorio, al c.d. "giudizio del rapporto", in cui il giudice amministrativo non deve fermarsi a conoscere della legittimità dell'atto, ma può spingersi sino ad esaminare, progressivamente sempre più, la fondatezza della pretesa del privato - i.e. il rapporto giuridico sottostante[601]. Tuttò ciò sembra allora confermare la sempre maggiore giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo - l'impostazione che vuole cioè il processo amministrativo come una fase eventuale ed ulteriore del procedimento amministrativo, attivabile su istanza del privato, in cui si "riapre" il dialogo procedimentale stavolta però previa "supervisione" del giudice amministrativo[602]. In altre parole:

> *«il comma 2 del- l'art. 21-octies l. 241/1990, consente da un lato, di funzionalizzare il processo amministrativo alla effettiva giuridica meritevolezza della posizione dedotta in giudizio, dall'altro, di recuperare in sede processuale segmenti di funzione (quelli fondati sul confronto dialettico tra privato e amministrazione) non rinunciabili, offrendo al giudice la possibilità di adattare la "rozzezza" del rimedio cassatorio mediante pronunce (di annullamento o meno) sempre più calibrate sulla peculiarità delle vicende amministrative portate alla sua cognizione e maggiormente rispettose delle esigenze di effettività di giustizia ad esse inequivocamente sottese, dal momento che pure il processo amministrativo (come ogni processo) è strumento di tutela (sub specie di conservazione o di acquisizione) di beni della vita e non può pertanto legittimamente pretendersi che esso possa dare più di quanto a ciascuno spetti sul piano della realtà»*[603].

Questa impostazione, oltretutto, troverebbe da ultimo significativo riscontro nel nuovo codice sul processo amministrativo (d. lg. 104/2010), che all'art. 34, comma 3, prevede una particolare forma di sentenza di accertamento con cui il giudice amministrativo può pronunciare l'illegittimità dell'atto senza annullarlo, quando il privato ad esempio nelle more del giudizio abbia perso interesse all'effetto caducatorio ma invece possa ancora trarre dei benefici per quanto riguarda l'effetto conformativo[604]. E' la conferma dunque della scissione tra regime di illegittimità e regime di invalidità dell'atto,

[601] Cfr. ancora ivi, 958 ss., e bibliografia ivi indicata.
[602] Cfr. sul punto D. CORLETTO, *op.cit.*, come richiamato da R. GIOVAGNOLI, *op. ult.cit.*, 975 ss.
[603] Così Ivi., 961 ss.
[604] Ancora, v. ivi, 961 ss., e giurisprudenza riportata.

scissione che trova il suo momento necessario innanzi al giudice amministrativo, chiamato dall'ordinamento ad applicare una sanatoria processuale quando l'annullamento dell'atto resterebbe "fine a sè stesso"[605]. Diventa per ciò solo una attività amministrativa giurisdizionalizzata, che addirittura può vedersi dei vizi sanati a seguito di una fase di cognizione sostanzialmente procedimentale ben oltre i tempi massimi fissati per la chiusura del procedimento stesso.

A prima vista, sembrerebbe non esservi alcuna valutazione strutturale, o sistematica, a sorreggere questo orientamento: si trattarebbe invece di una mera opzione di politica legislativa, per cui il legislatore valuta eccessivamente severo, ed in ultima analisi *in-utile*, l'annullamento di quei provvedimenti che in concreto hanno comunque tutelato l'interesse pubblico (*rectius*, che non potrebbero avere contenuto diverso da quello adottato) - con un evidentente richiamo, ancora, alla teorica dell'amministrazione di risultato - e con il rischio di sacrificare a quest'ultima non solo la legalità dell'attività vincolata, ma anche quella dell'attività discrezionale[606].

A ricostruire il substrato teorico è invece la lettura dell'art. 21-*octies* proposta da Civitarese Matteucci[607]. Egli, sostanzialmente, contrappone due diverse "strategie decisionali" che sono nella disponibilità del legislatore al momento di costruire l'ambiente giuridico[608]: una strategia decisionale fondata sulla funzione, ed una strategia decisionale fondata sulle regole. Non è difficile, come sottolinea lo stesso A.[609], accostare a questa distinzione quella classica, per l'elaborazione amministrativa, tra attività discrezionale e attività vincolata. Dalla diversità tra attività discrezionale ed attività vincolata, Civitarese Matteucci fa discendere una diversa rilevanza delle norme formali e procedurali. Nel caso di attività discrezionale, in cui cioè la funzione è la strategia

---

[605] V. Cons. St., VI, 17 ottobre 2006, n. 6194, come richiamata da R. GIOVAGNOLI, *op. ult.cit.*, 964 ss.

[606] Per una lettura "costituzionalmente orientata" della disposizione qui in esame, come applicabile solamente alla attività amministrativa vincolata in diritto, v. G. SORRENTINO, op. cit..

[607] V. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. ult. cit.*, 291 ss.; v. sul punto anche R. GIOVAGNOLI, *op. ult. cit.*, 966 ss.; L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, op. cit., *passim*.

[608] *Ivi*, 283 ss. (forma presa sul serio)143-144. Sembra però potersi osservare che le due strategie decisionali che l'A. distingue in realtà sono dello stesso tipo: sono cioè entrambe decisioni, in questo senso non predeterminazione legale degli effetti giuridici (cioè del contenuto) dell'atto; ma loro remissione a colui che è chiamato a decidere, cioè al "portatore" della funzione e dunque autore dell'atto. A cambiare è il livello di vincolatezza, perchè in un caso si chiede, per la validità. la coerenza di almeno un significato espresso dall'atto alle norme sostanziali sulla produzione; nell'altro, si richiede la completa l'applicazione (o sussunzione). In ognuna delle due strategie decisionali sembra allora esserci una aporia teorica, in quella "per regole" si elimina il fatto che sia richiesta comunque una certa forma e una certa procedura; in quella per funzione si elimina il fatto che ci debba essere comunque il rispetto delle norme sostanziali sopraordinate.

[609] *Ivi*, 290 ss.

adottata nel conferire un potere ad un soggetto, forma e procedimento rivestirebbero un rilievo costituzionale, in quanto sarebbero "struttura necessaria" attraverso cui quella funzione si concretizza. In altre parole, non sarebbero differenziabili dalla funzione stessa. In questo caso, l'invalidità formale, come invalidità dell'esercizio della funzione, può e deve essere sanzionata attraverso l'annullamento dell'atto viziato (vizio derivato dal cattivo esercizio della funzione). Viceversa, nel caso di attività vincolata, o come la chiama l'A. di "strategia delle regole",

> *«può pensarsi che il procedimento non assuma quel tratto di necessarietà che normalmente si rinviene dinanzi all'esercizio di un potere di scelta funzionalizzato, ma che rivesta un ruolo strumentale o ancora meglio accessorio o ausiliario nei confronti di una preesistente regola di condotta»*[610].

L'azione amministrativa risponderebbe cioè a logiche diverse a seconda del tipo di attività attraverso cui si esplica[611]: tenendo però sempre ben presente che

> *«ipotizzare, peraltro, che in assenza della "funzione" il procedimento non sia forma necessaria, non autorizza ad inferire che il procedimento sia inutile […] L'ipotesi è, piuttosto, quella di concepire tali norme come se riguardassero l'azione amministrativa non funzionale in uno strato più superficiale, usando un'immagine come se ne costituissero l'epidermide ma non il sistema cardiovascolare»*[612].

Le norme formali avrebbero in questo caso valenza solo "interna", rilevando cioè come obblighi di condotta per l'agente, entro i confini dell'ordinamento "particolare" dell'amministrazione, e non costituirebbero situazioni giuridiche in capo a soggetti terzi[613]; ma potrebbero, in base ad altre qualificazioni, comunque dare vita ad ipotesi di

---

[610] ID, *Formalismo giuridico ed invalidità formali*, cit., 283 ss.

[611] Cfr. Cassazione, sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, in Foro amm. C.d.S., 2003, 32 ss., con commento di P. SIRACUSANO, ivi, 479 ss.

[612] Così S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 285 ss.

[613] S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. ult. cit.*, 306 ss., per cui «*solo nel caso degli atti di "accertamento autonomo" si può dire che le regole procedimentali sotto un certo profilo rilevano come norme di comportamento interne all'ordinamento particolare dell'amministrazione, ed in tal senso sono pienamente vincolanti per i funzionari, mentre ben poco possono rilevare all'esterno quando in base ad altre qualificazioni diano luogo anche a fattispecie di illecito nell'ordinamento generale sul piano della responsabilità amministrativa dell'agente o su quello della responsabilità civile dell'amministrazione […] adottando il criterio della pluriqualificazione da parte dell'ordinamento degli stati di anormalità del provvedimento, l'annullabilità è una delle conseguenze possibili della disformità di un atto dal modello legale, ma non la sola*». Così però si rischia l'iper-individualizzazione del rapporto cittadino-amministrazione, che cancella l'interesse pubblico dal paradigma della funzione amministrativa. Non si può

responsabilità amministrativa dell'agente o di responsabilità civile dell'amministrazione, secondo il c.d. criterio di pluriqualificazione degli stati di invalidità del provvedimento[614].

Da questo, discende che il meccanismo dell'art. 21-*octies* inciderebbe sul regime di validità dell'atto in via, al massimo, indiretta[615]: in realtà, come afferma l'A., l'indagine del giudice deve ruotare solo sul contenuto dispositivo del provvedimento, mentre l'invalidità formale non rileva *ab initio*[616]. L'atto è *irregolare ma non* invalido, quindi *legittimo*. Tale affermazione, a dire il vero, sembra in contrasto già solo con il contenuto dell'art. 21-*nonies*[617]. Comunque, a prescindere da ciò, anche Civitarese Matteucci sostiene che, in una circolarità esplicativa, dalla previsione dell'art. 21-*octies*, si ricava l'ennesima conferma della sussistenza del c.d. giudizio sul rapporto[618], perlomeno quando è un'attività vincolata ad essere sottoposta al vaglio giurisdizionale;

---

cioè incentrare il rapporto di diritto amministrativo solo sulla conformazione della situazione particolare del singolo privato e dell'amministrazione competente. Sembra esserci una indebita confusione tra fisiologia e patologia del "momento" amministrativo: si trasferisce in questa maniera la singolarità che correttamente deve informare il rapporto giurisdizionale tra le due parti (uguali nel processo e per il processo) al momento invece di composizione degli interessi realizzato con l'attività procedimentale. Come ho insomma già sottolineato, nel rapporto procedimentale (perché un rapporto tra il singolo cittadino e l'amministrazione esiste, ovviamente) entrano in discussione interessi che nella maggioranza dei casi non appartengono al destinatario dell'atto: e tali sono propriamenti gli interessi "pubblici", in questo senso, cioè interessi uguali e diversi da quello vantato dal privato coinvolto. In questo senso, quindi, è difficile accettare l'idea di norme amministrative che di fatto avrebbero valenza solo interna all'ordinamento amministrativo ma non sarebbero rilevanti all'esterno, cioè nel rapporto con i cittadini. E si badi bene che anche distinguendo (come credo sia giusto fare) l'attività vincolata da quella discrezionale l'argomentazione non perde valore: esistono sempre infatti una rilevanza "pubblica", nel senso qui di rilevanza esterna al singolo rapporto procedimentale, anche nel caso di attività vincolata. Cfr. sul punto anche A. ROMANO TASSONE, op. ult. cit., *passim*, nel senso che la procedura garantisce la legittimazione politica e la riconoscibilità sociale del provvedimento.

[614] *Ivi*, 306 ss.

[615] Per altre opinioni sul regime di qualificazione della norma, v., *ivi*, 304 ss.

[616] *Ivi*, 295 ss. L'espressione "irregolarità non invalidante" per indicare l'atto che rientra nel regime del 21-*octies* aiuta più di ogni altra a capire la decisività della questione.

[617] Cfr. G. BERGONZINI, *op. cit.*, 246 ss., argomentando dalla perdurante possibilità di annullamento d'ufficio *ex* art. 21-*nonies*, dimostra che l'atto continua ad essere invalido (o illegittimo, che dir si voglia), dimostrazione che è centrale per la successiva tesi di incostituzionalità della norma; così anche F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, 322 ss. Attenendosi dunque allo stretto diritto positivo, sbaglia chi, nella valutazione del regime dell'atto "sub" 21-*octies*, lo qualifica come irregolare; ma altrettanto si può dire per quella corrente dottrinaria, tra cui i già citati Romano Tassone e Fracchia e Occhiena, che qualifica l'operatività dell'art. 21-*octies* in termini di "sanatoria" *ex lege* o *ex post* che sia. Se in capo all'amministrazione perdura il potere-dovere dell'annullamento d'ufficio, e se l'art. 21-*nonies* qualifica espressamente quell'atto, adottato «ai sensi dell'art. 21-*octies*», come illegittimo, quell'atto non può in alcun modo ricevere una qualificazione di "liceità" o di legittimità rispetto all'ordinamento, pena una incogruenza da rilevare, appunto, sul piano della stessa compatibilità costituzionale.

[618] S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. ult. cit.*, 302 ss. O meglio, l'irrilevanza dei vizi formali deriverebbe dalla cognizione del giudice sul rapporto, tale «*che la stessa esistenza di formalità procedurali e di altro tipo finisce con l'essere ab initio irrilevante sul piano della situazione soggettiva di cui è titolare il privato (interesse legittimo o diritto soggettivo che sia), esprimendo il carattere interno di tali regole procedurali*».

proprio perché, si da il caso che il giudice possa annullare un provvedimento vincolato *se e solo se* ne verifica l'invalidità sostanziale del contenuto precettivo[619].

### 3.4 Il dubbio: oltre l'incostituzionalità?

Sembra esservi però, nelle prospettate ricostruzioni a sostegno dell'introduzione dell'art. 21-*octies*, una aporia logico-strutturale che si rivela di difficile soluzione e ne evidenzia la problematicità: mi riferisco, in particolare, alla necessità di individuare condizioni, prima ancora che di validità, di esistenza, dell'atto amministrativo. Lo stesso Civitarese Matteucci riconosce infatti che l'esistenza di un atto giuridico(-formale) dipende esclusivamente dal rispetto di "qualche" norma sulla sua forma, mentre le norme (sostanziali) che regolano il contenuto precettivo dell'atto subentrano sempre in un secondo momento[620]. Usando l'immagine dello stesso A., si può dire, allora, che non tutte le norme formali, anche in caso di attività vincolata, possono essere considerate afferenti all'*epidermide*: alcune di esse costituiscono necessariamente il *sistema cardiovascolare* della funzione.

Secondo l'impostazione teorica qui più volte proposta, la *validità sostanziale* presuppone sempre il *vigore*, cioè l'esistenza dell'atto, che si concreta nel rispetto di almeno qualcuna delle norme formali sulla sua produzione[621]. La questione perciò dell'esistenza di un atto, cioè della sua riconoscibilità come giuridico, dipende dal rispetto o meno di norme formali. Ma di quali? Perfino l'autore che più di tutti, nella dottrina amministrativistica, si scaglia contro le rigidità concettuali delle teorie positivo-

---

[619] Cfr., *ivi*, 295 ss., per cui «*sotto questo profilo deve dirsi che la violazione delle "norme sul procedimento o sulla forma degli atti" non ha ab origine alcuna rilevanza sul piano dell'annullamento: detto ancora altrimenti, se la "regola regolativa" è stata rettamente applicata dall'amministrazione ciò significa che la mancata osservanza delle forme procedimentali non ha prodotto conseguenze in contrasto con la dinamica ordinamentale; se tale regola di condotta non è stata correttamente applicata dall'amministrazione, è egualmente questo fatto a porsi in contrasto con la dinamica ordina mentale e a dover, quindi, essere oggetto delle misure giudiziali, e nemmeno in questo caso ad assumere rilievo è la violazione procedimentale*», *ivi*, 296 ss.. In questa prospettiva, è consequenziale che alle due diverse strategie decisionali corrispondono differenti tecniche di tutela, sicchè «*affrontare il problema dell'oggetto del giudizio amministrativo come se l'oggetto sia uguale nelle due strategie è [...] il più grosso limite di tutte le correnti ricostruzioni*», *ivi*, 297 ss. In questo passaggio precisamente si supera la teorica del raggiungimento dello scopo, nel senso che secondo questa impostazione l'atto (vincolato) è valido anche se affetto da violazioni di norme formali, perchè «*nel caso degli atti amministrativi vincolati l'invalidità può riguardare, dunque, esclusivamente il contenuto precettivo dell'atto, essere quindi una invalidità materiale*», ivi, *305* ss.

[620] Cfr. sul punto S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. ult. cit*., 223 ss. Più in generale, sul concetto di regole costitutive, v. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit*., 503 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 61 ss.

[621] Così L. FERRAJOLI, *op. ult. cit*., 527 ss.

gradualiste[622], è portato a pensare che non vi sia alcun nesso "logico" tra attività vincolata e regime dell'irregolarità (intesa, in senso generale, come violazione di legge non invalidante) dell'atto amministrativo[623]. Anche l'atto amministrativo vincolato, cioè, dovrà essere annullato, pur se sostanzialmente valido, quando difetti degli elementi necessari per poterlo qualificare come espressione del pubblico potere.

Sono due le conclusioni che si possono ricavare da questa osservazione: la prima, che il supposto legame di derivazione tra "regimi decisionali" e differente valenza delle norme formali ha ben poco di strutturale, e molto invece di (mera) opzione politico-legislativa (esattamente come la teoria del raggiungimento dello scopo, o della strumentalità delle forme, per come inizialmente ipotizzata; la seconda, che qualsiasi discorso sulla "irregolarità non invalidante", come *tertium genus* degli stati di invalidità degli atti amministrativi, deve preliminarmente affrontare e risolvere il problema della differenza tra condizioni di esistenza (*vigore*) e condizioni di validità dell'atto stesso[624].

Una isolata pronuncia del 2005 del Consiglio di Stato sembra potersi ricondurre a questa prospettiva, dato che vi si esclude tassativamente l'operatività dell'art. 21-*octies* (inteso come principio di strumentalità delle forme) in caso di provvedimento nullo per carenza degli elementi essenziali[625]. Va da sé che gli elementi essenziali del provvedimento sono elementi formali: sono cioè requisiti formali o procedimentali richiesti da norme (sulla produzione) sopraordinate al provvedimento stesso. E questi elementi formali sono talmente rilevanti che alla loro mancanza (o violazione), la legge ricollega addirittura la sanzione della nullità (*ie.* inesistenza dell'atto). Tutta l'irrazionalità dell'art. 21-*octies* sprigiona da questa considerazione: giacchè vi sarebbero, nel "nuovo" paradigma del diritto amministrativo, (almeno) due diverse tipologie di vizi formali, di

---

[622] Che non sarebbero in grado di spiegare l'efficacia degli atti invalidi; cfr. sul punto S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. ult. cit*., 123 ss.

[623] A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 1993, 83 ss.., secondo cui «*tale conclusione non può accertarsi sic et simpliciter. […] E dunque: anche le decisioni intrinsecamente legittime e corrette, ma non riconoscibili come tali, sono destinate a cadere*». V. Sul punto anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. ult. cit*., 124 ss. Sull'irregolarità quale *tertium genus* degli stati dell'atto amministrativo, v. anche G. BERGONZINI, *op. cit.*, 239 ss.; nella teoria generale, v. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit*., 539 ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 335 ss., secondo cui esistono due tipi di irregolarità, una procedimentale ed una provvedimentale.

In giurisprudenza, v. anche Cons. Stato, sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763, secondo cui «*l'irregolarità opera […] ex ante e in astratto; il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è un atto ab origine meramente irregolare, come già ritenuto dalla giurisprudenza in caso di mancata indicazione nell'atto impugnato del termine e dell'Autorità cui è possibile ricorrere (art. 3 della L. n. 241/90); inosservanza che costituisce irregolarità che non rende l'atto illegittimo, ma che consente al limite il ricorso del privato oltre i termini di decadenza avvalendosi dell'errore scusabile, determinato dall'omissione compiuta dall'amministrazione*».

[624] Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. ult. cit*., 307 ss.

[625] Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2005, n. 3804.

cui una, per espressa previsione di legge, dà luogo a nullità (*ie.* inesistenza) del provvedimento; l'altra invece, residuale, comporta la non annullabilità del provvedimento in caso di attività vincolata; con il non secondario problema che nessuna delle due norme di legge indica dei criteri per distinguere "*vizi formali da nullità*" e "*vizi formali da irregolarità non invalidante*"![626]

Ora, se nessuno contesta l'idea[627] che vi siano alcuni requisiti formali minimi perché il provvedimento sia riconosciuto come tale e sia quindi produttivo di effetti, non si vede come si possa allora accettare l'opzione teorica in rassegna secondo cui, in caso di provvedimento vincolato, le violazioni formali, di qualsiasi tipologia esse siano, *ex* art. 21-*octies*, impediscono la pronuncia di annullabilità del provvedimento. Altrimenti, perché l'argomento sostanzialistico, quello del raggiungimento del risultato e quello correlato della mancanza di utilità per il privato ricorrente, non dovrebbe applicarsi anche in caso di mancanza di elementi essenziali del provvedimento, cioè comunque in caso di violazione di norme formali sulla produzione dell'atto?[628] Vi è una biunivocità che non può essere elusa: o nessuna violazione formale rileva, quando il provvedimento è sostanzialmente "giusto", o rilevano tutte, nessuna esclusa, se non per l'applicazione del principio del raggiungimento dello scopo (proprio della norma formale violata, giova ricordare)[629]. *Quid iuris*?

Da qui quella che a me sembra l'incompatibilità, logica prima ancora che giuridica, tra art. 21-*octies* e art. 21-*septies* (e art. 21-*nonies*, *ad abundantiam*). Ma vi è di più. Il risultato a cui siamo arrivati tramite una analisi di stretto diritto positivo (dogmatica) viene legittimato (o legittima, a seconda del punto di visuale) anche dalla ricostruzione teorica. Uso, ancora una volta, la riflessione di Ferrajoli, e la sua concezione

---

[626] E che non sembra potersi "aggiustare" se non con distinzioni ex post, meramente classificatorie, prive di consistenza teorica - cfr. D. SORACE, op. ult. cit., 391 ss. Quadro che si complica ancora di più con la considerazione, ad esempio, che il difetto di competenza, tra gli altri, possa essere considerato come ambivalente, nel senso di avere valore formale per il provvedimento ma sostanziale per la ripartizione delle funzioni della pubblica amministrazione; sul punto, cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. ult. cit*., 315 ss., e giurisprudenza ivi richiamata.

[627] Nemmeno lo stesso Civitarese Matteucci, cfr. ID, *op. ult. cit*, 215 ss.

[628] Cfr. ID, *Formalismo giuridico ed invalidità formali*, cit., 307 ss. Sembra concorde nel proporre questa "prova di resistenza" sull'art. 21-*octies* anche G. BERGONZINI, *op. cit*., 258 ss. alla nota 48 e, *ivi*, 261 ss.

[629] Basti pensare al c.d. principio di equipollenza tra notificazione e/o comunicazione del provvedimento e piena conoscenza comunque acquisita del provvedimento. Non viene messo in dubbio cioè che una violazione di una formale possa essere ritenuta dal giudice non invalidante per il provvedimento stesso: ma questo può avvenire solo a condizione che l'amministrazione provi in giudizio (non che l'atto non poteva essere diverso ma) che, in qualsiasivoglia modo, lo scopo della norma formale violata, cioè la ratio procedurale stessa, sia stato comunque raggiunto. Ed è esattamente questo il principio di economia processuale che vige nel processo civile: principio di economia processuale la cui ratio non è mai stata posta in discussione.

linguistica del diritto[630]. In questa prospettiva la *sintattica*, cioè la legalità formale, come condizione di riconoscibilità nell'universo giuridico, è da riferire agli atti ("fonti", nel senso adottato dall'A.); mentre la *semantica*, cioè la legalità sostanziale, va riferita agli effetti (cioè alle norme) prodotti[631] da (con) tali atti. La legalità sostanziale, come spiega l'A., *pre-suppone* la legalità formale: nel senso che non vi può essere, nella teoria del diritto, un atto formalmente illegittimo ma sostanzialmente valido[632]. Tale sarebbe una contraddizione in termini. Un atto, per essere "esistente" (il vigore di Ferrajoli), deve rispettare almeno qualcuna delle norme formali sulla sua produzione: per essere, però, valido, deve rispettarle tutte. La centralità della forma negli atti giuridici dipende dal fatto che questi sono atti linguistici[633]:

> *«il* formalismo giuridico *rappresenta [...] un carattere intrinseco del diritto in quanto tale: "diritto" infatti – anche negli ordinamenti premoderni, e perfino in quelli primitivi – è sempre stato solo quello in determinate forme, cioè con determinate procedure e ad opera di soggetti formalmente legittimati alla sua produzione: si pensi al carattere*

[630] Il diritto cioè, come universo di segni e significati, da questi prodotti, è al tempo stesso una lingua ed un linguaggio: per la produzione, cioè, di quegli effetti che chiamiamo norme, è necessario rispettare delle regole di formazione e delle regole d'uso, esattamente come in un qualsiasi universo discorsivo. In questo senso, è possibile allora individuare una sintattica e una semantica del diritto: la sintattica, che attiene alle regole di formazione degli atti, e che corrisponde al principio di legalità formale; la semantica, a sua volta, che regola invece il contenuto prescrittivo, o gli effetti, di tali atti, subordinandoli al rispetto delle norme dei livelli superiori, e dando così luogo al principio di legalità sostanziale. Cfr. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit*., *passim*. Concezione semantica del diritto che sembra, peraltro, essere condivisa anche da Civitarese Matteucci, che parla di «linguistic turn»: S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., *passim*.

[631] L. FERRAJOLI, *op. ult. cit*., 418 ss.

[632] Cfr. ancora *ivi*, 497 ss., per il nesso tra forme (segni) e norme (significati). *Contra*, v. R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme, cit*., 217 ss., secondo cui «*tali criteri [quello della validità formale e quello della validità sostanziale] sono del tutto indipendenti. La validità formale è una condizione né sufficiente né necessaria di validità materiale*». Ma se è condivisibile (perché ovvia) l'affermazione secondo cui «*la validità formale non è condizione sufficiente della validità materiale di una norma*», risulta invece del tutto inaccettabile (anche come *background* dell'art. 21-*octies*) la tesi secondo cui «*la validità formale non è neppure condizione necessaria della validità materiale di una norma*», tesi la cui dimostrazione dovrebbe trovarsi nel fatto che «*i giuristi, infatti, considerano valide (materialmente valide) molte norme che non sono state formulate dal legislatore, ma che, a loro avviso, possono essere ricavate da una qualche norma esplicita o combinazione di norme esplicite*», per cui «*si può dire, sotto questo profilo, che la validità formale è una validità "debole", mentre la validità materiale è una validità "forte*"», *ivi*, 218 ss. Questa tesi, tra le molte critiche che suscita, elimina del tutto il necessario collegamento tra vigore e validità, su cui rimandiamo ancora una volta a L. FERRAJOLI, *op. ult. cit*., *passim*.

[633] *Ivi*, 496 ss.: «*gli atti formali sono non solo, come gli altri atti, previsti da norme deontiche e in base a queste intellegibili e riconoscibili ma comportano sempre, pur se la loro commissione è facoltativa, l'osservanza obbligatoria di almeno qualcuna di esse, senza la quale non si danno né forme né atti formali; che è come dire che essi richiedono sempre una qualche forma, in assenza della quale i significati da essi espressi non vengono in rilievo come loro effetti. Gli atti formali ne risultano configurati come i segni i cui significati hanno rilevanza di effetti giuridici – ovvero che sono rilevanti come cause dei loro significati – grazie alle formalità con le quali sono espressi, e quindi all'osservanza delle norme deontiche che ne regolano la formazione[...]*». V. anche N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 64 ss., e la sua definizione di forma come «*capacità di attribuire significato ad una serie indefinita di eventi*».

> *magicamente performativo che nel diritto romano veniva associato alla formula solenne della* mancipatio. *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 associabili significati giuridici. Una decisione priva di qualunque forma, per esempio perché emanata da un soggetto palesemente incompetente, è anche priva di significato giuridico, non essendo neppure una decisione giuridicamente esistente»*[634].

Forme e significati degli atti giuridici si implicano, nella teoria, a vicenda[635]. Il 21-*octies* agisce precisamente su tale implicazione, revocandola. Ordina al giudice[636] di non sanzionare l'invalidità formale[637] se l'atto è "sostanzialmente valido", cioè rispettoso delle norme sostanziali sulla sua produzione. Così facendo, però, come dovrebbe risultare pacifico da quanto detto fino ad ora, si contrappongono due requisiti della validità giuridica che operano su piani diversi[638], come sono diverse le rispettive finalità: la *sintattica giuridica* che presiede alla *riconoscibilità* di un atto come appartenente all'ordine giuridico, e in quante tale gli ricollega la produttività di effetti; la *semantica giuridica* invece che riguarda solo gli effetti di tale atto, cioè le norme prodotte,

---

[634] L. FERRAJOLI, *op. ult. cit*., 492 ss.

[635] «*In forza degli obblighi di osservare le prime imposte dalle norme che le prevedono come condizioni necessarie e sufficienti della produzione come effetti dei secondi. Le forme intrattengono quindi con i significati una complessa relazione biunivoca mediata dalle norme ipotetico-deontiche da cui sono stabilite: da un lato, perché gli atti di cui sono forme siano cause dei significati da essi espressi, esse devono osservare almeno alcune delle norme ipotetico-deontiche che le prevedono come loro requisiti; dall'altro, inversamente, ove osservino gli obblighi imposti da almeno alcune di tali norme, esse conferiscono a tali atti il carattere di cause dei loro significati*», *ivi*, 491 ss.

[636] In questo, dunque, aderisco a quell'orientamento interpretativo che considera la norma sull'annullamento non pronunciabile come norma processuale diretta al giudice (su cui v. anche G. SORRENTINO, op. cit., *passim*), e non quindi come norma a valenza sostanziale. Questo perché, tra l'altro, la formulazione della norma sembra presupporre la teoria ferrajoliana dell'ambivalenza delle norme sulla produzione nel momento giurisdizionale, su cui v. *ivi*, 427 ss. In questa prospettiva lo stesso Ferrajoli qualifica l'annullabilità come «*situazione di diritto processuale che ha come attuazione l'annullamento dell'atto invalido, del quale essa è lo specifico effetto, [cioè] situazione passiva (aspettativa di atto costitutivo) garantita dall'obbligo, in capo ad un altro soggetto, di soddisfarla mediante una pronuncia di annullamento*»; conseguenza questa del «*carattere nomodinamico del diritto positivo. La difformità delle forme e l'incoerenza dei significati di un atto invalido rispetto alle norme sulla sua produzione non pregiudica, da sole, né l'esistenza dell'atto né quella dei suoi effetti, cioè dei significati da esso illegittimamente prodotti. Perché vengano meno tali effetti e con essi la rilevanza quali atti delle loro cause, è necessaria la commissione di un altro atto giuridico positivo, che è appunto quello costitutivo della loro nullità. Giacchè, se è vero che un atto invalido è vigente, è solo una sua formale invalidazione, attraverso l'accertamento dei suoi vizi formali e sostanziali, che può produrre l'annullamento della sua efficacia*» così, *ivi*, 554 ss.

[637] Cfr *ivi*, 490 ss., «poiché per definizione sono "forme" tutte le condizioni estrinseche imposte agli atti perché producano come effetti i loro significati, rientrano nella nozione di "forma" non solo i requisiti relativi al "come" ma anche quelli relativi al "chi" degli atti medesimi: come la capacità o la competenza dei loro autori […]».

[638] Contra, v. A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit*., passim.

vincolandole al rispetto di determinati contenuti come stabiliti nei livelli normativi superiori.

In altre parole ancora, è proprio questa l'antinomia strutturale che rende inaccettabile l'art. 21-*octies* all'interno del nostro ordinamento: che, in un universo discorsivo come quello del diritto, l'elemento sostanziale possa tenere luogo dell'elemento formale[639], sancendone la non rilevanza nel giudizio di invalidità di un atto della pubblica amministrazione[640]. Valgono le significative parole di Guido Corso:

> *«non basta che il provvedimento soddisfi l'interesse pubblico perché venga tolto ogni rilievo alla eventuale invalidità. Il principio di legalità esige che l'interesse pubblico sia soddisfatto nel rispetto delle competenze, delle forme e dei limiti indicati dalla legge: sicché, quando questi non risultino osservati, il provvedimento rimane invalido (ed è esposto all'annullamento) anche se ha in concreto tutelato l'interesse pubblico»*[641].

Non si possono, perciò, separare forma e sostanza nella teoria dell'invalidità degli atti giuridici: o meglio, farlo, equivale a negare la loro natura di atti linguistici, in cui la produzione di determinati effetti è subordinata al rispetto di determinate forme. È la loro contemporanea osservanza, e quindi la loro combinazione, che rappresenta la più

---

[639] Ma in senso contrario, conviene richiamare ancora Merusi secondo cui «*se apparenti negozi di diritto privato possono diventare atti amministrativi, sempre in base al principio di legalità sostanziale atti amministrativi apparentemente viziati possono diventare atti validi. Il criterio per risolvere in questo caso il conflitto fra sostanza e forma è il principio di equipollenza*», così F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 434 ss. In questo senso, «*se i diritti fondamentali vengono prima del potere amministrativo, nel potere amministrativo non possono esistere spazi di libertà inconoscibili da parte del cittadino e conseguentemente anche dal giudice. Non può esserci il merito dietro le figure dell'eccesso di potere. Anche il potere deve soggiacere all'interpretazione. La legalità può constare anche di concetti giuridici indeterminati [...]*», *ivi*, 435 ss.

[640] Cfr. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit*., 571 ss. secondo cui «le stesse norme formali […] allorchè sono violate vengono in rilievo, per il giudice che deve accertarne la violazione, come norme sostanziali sulla produzione delle sue decisioni giurisdizionali».

[641] Così G. CORSO, *Validità (dir. amm.)*, cit. 95 ss. e *ivi*, 88 ss., per cui «*la validità non è un valore finale dell'ordinamento, ma un valore strumentale alla tutela delle situazioni soggettive (dei privati, ma anche dei pubblici poteri)*». In questo senso, validità ed efficacia non possono essere digiunte, altrimenti il giudizio di validità diventa del tutto superfluo. Sembra questa l'aporia fondamentale che anche preziose ricostruzioni come quelle di Civitarese Matteucci non evitano. Non distinguono cioè tra aspetto causale e aspetto effettuale della validità: validità non come valore finale dell'ordinamento, ma come valore strumentale alla tutela delle situazioni giuridiche dei privati - ed è per questo che l'ordinamento riconosce vi un ruolo così rilevante per i privati nei meccanismi di invalidazione (ivi, 87 ss.). Ciò significa che i rapporti tra validità ed efficacia, o più precisamente tra invalidità ed efficacia, sono solitamente mediati da interessi (ivi, 88 e 103 ss.). Allora, «*il paradigma normativo del provvedimento – alla stregua del quale quest'ultimo viene giudicato valido od invalido – coincide col paradigma normativo del potere di cui il provvedimento costituisce espressione. [...] Proprio perché il riferimento è al potere e non all'atto (o esclusivamente all'atto), si spiega il rilievo che nel giudizio di validità-invalidità posseggono elementi, circostanze e situazioni esterne all'atto o ad esso precedenti: che sono tuttavia pertinenti al potere perché condizionano la legittimità del suo esercizio*», così ivi, 96 ss.

completa garanzia di tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini o, se si vuole vederla dal lato del potere, ne rappresenta la più complessa forma di limitazione. Opponendo forma e sostanza, come si fa con l'art. 21-*octies*, si nega *in nuce* il principio di legalità come norma di riconoscimento dell'ordinamento[642], e legittimando una nuova arbitrarietà del potere amministrativo nell'ottica del risultato - risultato che allora cessa di essere effetto - giuridico, non materiale - della funzione per diventarne causa legittimante.

E questo, si badi bene, non è in contrasto con la possibilità che un atto (formalmente o sostanzialmente) invalido si possa consolidare (*rectius*, veda consolidarsi i propri effetti), se non ne viene richiesto l'annullamento nel termine decadenziale di 60 giorni[643]. L'atto amministrativo, intanto, per potersi consolidare, deve essere esistente, cioè deve essere adottato nel rispetto di almeno alcune norme formali sulla produzione (altrimenti non è atto formale, ma atto informale, e dà luogo a responsabilità, non ad annullabilità)[644]. La possibile produzione di effetti[645] di un atto adottato in violazione di norme formali è poi un *prezzo* da pagare alla certezza del diritto[646], cioè all'affidabilità del sistema dei rapporti giuridici nel loro complesso. Ma questa è una considerazione che anzi rafforza le ragioni di chi vede nell'art. 21-*octies* una violazione del principio di legalità, che trascende aspetti strutturali e risulta opinabile anche da un punto di vista assiologico, cioè esterno al diritto, di politica legislativa.

Gli atti amministrativi già godono di un "privilegio", con riferimento al regime di invadilità: che è quello, appunto, di "consolidarsi" in un termine decadenziale assai breve[647]. Sancire anche la generale non annullabilità, a prescindere dalle fondate questioni

---

[642] L. FERRAJOLI, *op. ult. cit*., 497 ss., secondo cui «*questo nesso tra forme, norme e significati dipende dal fatto che gli atti formali […] sono per l'appunto atti linguistici, i cui effetti giuridici sono i significati medesimi da essi espressi conformemente, ove si tratti di decisioni, alle intenzioni e alle volontà dei loro autori […] in altre parole, in tanto un soggetto può esprimersi in linguaggio giuridico e produrre come effetti i significati dei segni da lui espressi in quanto nella formazione di tali segni egli osservi le regole d'uso della lingua giuridica*». Per G. BERGONZINI, *op. cit.*, 259 ss., l'art. 21-*octies* inciderebbe sul principio di legalità andando a modificare la nozione costituzionale di interesse legittimo.

[643] Cfr. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit*., 555 ss.

[644] Per la distinzione tra atti formali ed informali, e per la conseguente dicotomia annullabilità/responsabilità v. ancora

[645] Si aggiunge anche un altro problema allora: quello della distinzione tra nullità ed inesistenza dell'atto amministrativo, su cui v. P. CARPENTIERI, *op. ult. cit*., *passim*, secondo cui le forme di patologia degli atti amministrativi sarebbero solo due, l'inesistenza e l'invalidità (cioè l'annullabilità).

[646] Per la qualificazione del principio di provvisoria conservazione degli effetti di un atto illegittimo come «*garanzia di certezza del diritto positivo*», il cui «*prezzo […] è la rinuncia al suo carattere immediatamente nomostatico, cioè all'eliminazione delle sue incoerenze e irregolarità ad opera direttamente dei soggetti della comunicazione giuridica anziché sulla base di formali atti d'invalidazione*» v. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 555 ss.

[647] Per M. S. GIANNINI, op. ult. cit., vol. II, 304 ss., «*il fatto che un atto invalido non sia rimosso e conservi efficacia non è né assurdo né incomune; specificatamente per il provvedimento amministrativo esso però costituisce una deroga, anche vistosa, al principio di legalità*».

di incostituzionalità formulate sulla norma in questione, per vizi formali e procedimentali, equivale a far tornare indietro lo stato di diritto di alcune decine di anni, garantendo all'amministrazione un potere autoritativo sempre più slegato da vincoli e garanzie. In questo senso, è stato affermato che l'art. 21-*octies* ha sancito la "*de-funzionalizzazione*" del procedimento al provvedimento[648]. I due possono (debbono?) essere contrapposti[649]. Per rappresentare figurativamente il concetto, mentre prima l'attività amministrativa poteva essere immaginata con due rette (quella del procedimento legittimo e quella del provvedimento valido) tra loro convergenti (nella tutela dell'interesse pubblico), ora invece, con l'introduzione dell'art. 21-*octies*, procedimento e provvedimento dovrebbero essere rappresentate da due rette parallele. Il punto può sembrare estremizzato: in realtà, non è nemmeno definitivo[650].

La dissociazione tra procedimento e provvedimento sancisce la *tendenziale* irrilevanza del primo. Per quanto la dottrina più avveduta si affretti a ribadire l'importanza, e la non derogabilità, del procedimento anche nel regime *post* 21-*octies*[651], è innegabile l'arretramento del suo "peso specifico" nel contemperamento delle esigenze alla base della decisione di una pubblica amministrazione[652]. Torniamo a quella concezione sostanzialistica, a quell'ideologia del risultato che abbiamo già affrontato: l'amministrazione di risultato può anche progressivamente affrancarsi dal procedimento, se il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto

---

[648] A proposito della previsione di cui all'art. 1, c. 1-*bis* della l. 241 del 1990 come aggiunto nel 2005, v. P. CARPENTIERI, *op. ult. cit.*, 16 ss., «*Indubbiamente interessante appare poi la tesi secondo cui occorrerebbe immaginare "una dissociazione tra regime dell'attività, funzionalizzata a principi e governata da un insieme di regole e di controlli, e regime dell'atto, retto dal diritto comune e dunque «defunzionalizzato»". Sennonché questa tesi prova troppo, poiché dimostra che, secondo una politica del diritto ispirata al modello dello "Stato leggero" o "minimo" (più mercato, meno Stato), sarebbe bene spostare dall'area della funzione all'area dei servizi pubblici e, quindi, ancora a valle, a quella dei mercati regolati, talune attività di cui lo Stato, con il suo apparato burocratico, si continua a voler occupare (si pensi, ad esempio, tra i tanti fenomeni del genere, alle SOA private che hanno sostituito l'Albo nazionale costruttori, che era organo del Ministero dei lavori pubblici, con tutti, peraltro, i noti problemi che sono scaturiti da questa riforma)*».

[649] V. L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, cit., per la contrapposizione tra illegittimità del provvedimento e illegalità del provvedimento.

[650] Vi è stata una dissociazione. O meglio, vi sono state due dissociazioni. Non solo tra procedimento e provvedimento, ma nel provvedimento stesso, tra forma e contenuto. Ma vi è di più. Come abbiamo già detto, la dissociazione tra due elementi non implica necessariamente la loro contrapposizione. Invece, la contrapposizione è il vero *saltum* logico contenuto nell'art. 21-*octies*. È quindi una coppia di contrapposizioni che nasce dalla novella del 2005: quella tra procedimento e provvedimento, e quella tra forma e contenuto (risultato) del provvedimento stesso.

[651] Per tutti, v. L. FERRARA, *op. ult. cit.*, *passim*.

[652] Soprattutto nell'ottica di lungo periodo. Come infatti nota anche F. SAITTA, *op. cit.*, analizzando le più recenti pronunce dei giudici amministrativi si nota come il 21-*octies* sta avendo l'effetto nella giurisprudenza di far considerare la comunicazione di avvio del procedimento non necessaria.

adottato, dato che al privato[653] non potrebbe derivare alcuna utilità dall'annullamento per vizi formali di un provvedimento *sostanzialmente* giusto[654].

A parte la non condivisibilità di quest'ultima affermazione, come può una riforma in tal senso contribuire a tutelare *meglio* l'interesse pubblico? Forse è allora utile un paragone con il diritto penale. Nell'ottica di garanzia dei cittadini, e di tutelare al meglio gli interessi pubblici, il procedimento amministrativo si era sempre più avvicinato, nella struttura e nelle dinamiche, proprio all'istituto processual-penalistico[655]. Era, questo, un percorso parallelo con la sempre maggiore rilevanza dei beni sotto la "curatela" amministrativa[656]. Tale percorso ora è stato bruscamente interrotto[657]: e l'art. 21-*octies* nega, ribadisco, lo stesso valore garantista della procedura, intesa come tecnica di (con-)divisione funzionale del potere, al fine di limitarlo.

Il punto è centrale: ogni procedura, frazionando poteri e responsabilità tra più soggetti (legittimati) in merito ad una (stessa) decisione, comporta, *ex se*, un'ineliminabile margine di ineffettività con riferimento al raggiungimento dello scopo prefissato[658]. Ma

---

[653] Ma si ripete, provocatoriamente, ancora una volta: di quale privato stiamo parlando? Possiamo affermare con assoluta certezza che vi è sempre un solo privato coinvolto nel singolo procedimento?

[654] Un utilità, a dire bene, può essere sempre ritrovata. Nel caso di lesione di interessi oppositivi, nella stessa (mera) posticipazione [degli effetti] dell'atto che andrà ad incidere negativamente sulla sfera giuridica del soggetto, e comunque nella possibilità di un mutamento della situazione di fatto o di diritto intercorso nel lasso temporale tra l'emanazione del provvedimento invalido, il suo annullamento e la sua possibile riemanazione. E quest'ultima è anche l'evenienza in caso di interessi pretensivi, in cui l'annullamento dell'atto per meri vizi formali potrebbe comunque costituire l'occasione per un mutamento della situazione di fatto alla base della decisione amministrativa. Ad esempio, M.A. SANDULLI, *La riforma della legge sul procedimento amministrativo tra novità vere ed apparenti*, cit., 7 ss., nota, tra le "discrasie" della riforma del 2005, quella consistente nell' «*intima contraddizione che lo stretto collegamento posto tra partecipazione discrezionalità presenta rispetto ai nuovi contenuti della comunicazione, che, nel nuovo testo, è diretta a rendere edotti gli interessati di una serie di circostanze (tempi, rimedi, ecc) che prescindono dal contenuto vincolato e discrezionale del provvedimento e la cui omissione non può restare tamquam non esset*».

[655] Cfr., nella prospettiva storica B. SORDI, *op. cit*., 16 e 20 ss. Cfr. anche M.A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 6 ss., che in sede di primo commento alle novità introdotte nel 2005 puntualmente nota come «*mentre il legislatore del 1990 ha cercato, in coerenza con i principi di democraticità e di buona amministrazione e con l'esigenza di risolvere gli eventuali conflitti all'interno del procedimento, riducendo in tal modo l'inutile ricorso agli organi di giustizia, di offrire massima garanzia di contradditorio all'interno del procedimento, gli operatori e taluni riformisti hanno immediatamente cercato di ridurne la portata: i primi, adoperandosi ad invidiarne tutte le possitivli eccezioni e i secondi propugnando la teoria della irrilevanza dei c.d. vizi formali ed equiparandovi poi con un'operazione alquanto criticabile quelli c.d. procedimentali*».

[656] Cfr. D. SORACE, *op.ult. cit*., 424 ss.

[657] Si può tornare ad utilizzare l'immagine di due semi-rette parallele, questa volta raffiguranti la (crescente) procedimentalizzazione dell'attività amministrativa e la (crescente) importanza e centralità dei beni curati dall'amministrazione. Stavolta però, non vi è una divergenza tra le rette ma una inversione di tendenza di una delle due: mentre quella dell'importanza della sfera di interessi tutelati dall'amministrazione è continuata a crescere, la retta della procedimentalizzazione è stata invece invertita di senso, e risulta quindi, oggi, regressiva.

[658] La procedura comporta, come si è detto già più volte, un margine di ineffettività, di "confusione", di lentenzza, di meccanicismo, di "impermeabilità" alle esigenze di reali. Ma comporta anche la certezza, la prevedibilità, il garantismo nel caso. Soprattutto, in cui l'amministrazione stia per togliere al

allo stesso tempo garantisce dagli abusi a causa di un utilizzo arbitrario del potere: vi è cioè, per usare un concetto economico, un *trade-off* tra efficienza e garanzia che non può essere revocato in dubbio[659]. Non nego cioè che si possa e si debba cercare un punto di *first*, o *second best*, eliminando eventualmente quelle norme formali o procedurali che non riflettono reali (od attuali) funzioni di garanzia[660]: dubito fortemente però, considerando quanto già detto, che questo punto di *best* possa essere reperito nella generica privazione di rilevanza dei vizi formali in caso di attività vincolata, per di più col meccanismo di un giudizio *ex-post* da parte del giudice[661].

È per tutte queste ragioni che, a mio parere, la questione intorno all'art. 21-*octies* trascende perfino gli ambiti di (in-)compatibilità costituzionale, e può essere considerata il "degno" approdo di quel processo di *de-costruzione* della legalità da cui siamo partiti nell'indagine. Pensare di risolvere la crisi dello stato di diritto, crisi che di certo è innegabile[662] e va quindi affrontata, mistificando il valore della legalità e contrabbandandola con l'ideologia del risultato che non sarebbe dominio dello stato di diritto, è purtroppo sintomo di una democrazia costituzionale (e dei suoi *guardiani*, giuristi *in primis*) in pessima salute. Valgano, ancora una volta, le lucide parole di Luigi Ferrajoli:

> *«il diritto è il prodotto non già di un contratto stipulato in un immaginario passato. Esso è il risultato e insieme l'attuazione della convenzione fondamentale – implicita e quotidianamente ribadita dalla sua stessa effettività – sul significato prescrittivo delle norme giuridiche e sulla loro accettazione sociale come lingua giuridica. È chiaro che un simile apparato simbolico entra in crisi quando intervengono due circostanze: quando la credibilità della convenzione fondamentale è incrinata dalle violazioni sistematiche delle norme sulla produzione di norme da parte degli stessi poteri normativi; e quando la lingua giuridica diventa incomprensibile per l'inflazione normativa, per l'oscurità delle leggi, per la loro contraddittorietà,*

---

privato. Significativamente, sull'istituto partecipativo, M.A. SANDULLI, *op. ult. cit.* 7 ss., afferma che «*il ruolo che la partecipazione svolge nel procedimento, apportando un indubbio contributo di utilità e di arricchimento all'azione amministrativa, giustifica per altro verso ampiamente anche alla stregua di un criterio di proporzionalità un eventuale (ma in realtà solo teorico) allungamento dei termini procedimentali, ampiamente compensato da una cura dell'interesse pubblico più consapevole e più coerente con le diverse istanze coinvolte*».

[659] V. D. Sorace, op. cit., 406 ss.

[660] «*Se la norma prevede formalità eccessive, o comunque un iter procedimentale che per sua la sua farraginosità male si presta al conseguimento di un buon risultato, è la legge che deve essere modificata. L'esistenza di una legge mal formulata non costituisce valido motivo per metter in discussione il valore e il primato del principio di legalità*», così S. PERONGINI, *op. cit.*, 42 ss.

[661] Manifesta le stesse perplessità sulla operazione di dequotazione *sic et simpliciter* dei vizi formali e procedimentali anche M.A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 7 ss.

[662] Cfr. B. SORDI, *op. cit.*, 25 ss.

*ambiguità, vaghezza o indeterminatezza semantica.* È allora, con questa disfunzione del linguaggio giuridico e con l'incertezza – semantica e pragmatica – che inevitabilmente l'accompagna, che il diritto cessa di essere socialmente condiviso e la comunicazione giuridica si inceppa e si interrompe*»*[663] *(corsivo mio).*

[663] Così L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 448 ss.

## Bibliografia


A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, I, 2008, 1 ss.

M. ALESIO, La *comunicazione di avvio del procedimento negli atti vincolati*, in www.giustamm.it

A. ALÌ, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Giappichelli, Torino, 2005

J. ALISON, *A Continental Distinction in Common Law. An Historical and Comparative Perspective in English Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000

T. R. S. ALLAN, *Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism*, in *Cambridge Law Journal,* 1985, 111 ss.

T. R. S. ALLAN, *Constitutional Justice*, *A liberal theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001

N. AMBRASEYS, R. BILHAM, *Corruption kills*, in *Nature* 469, 2011, 153 ss.

G. ARENA, G. COTTURRI, *Introduzione. Il "valore aggiunto" della cittadinanza attiva*, in G. Arena, G. Cotturri (a cura di), *Il valore aggiunto*, Carocci, Roma, 2010

H. ARENDT, *The Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago, 1958

ARISTOTLE, *Politics*, translated by C.D.C. Reeve, Hackett, New York, 1998

A. BALDASSARE, *Miseria del positivismo giuridico*, in G. Ferrara (a cura di), *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2005, 201 ss.

A. BARAGGIA, *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità. Brevi riflessioni a margine della sentenza 32/2009*, in *le Regioni*, 2009

M. BARBERIS, *Liberalismo e pluralismo*, in *Critica liberale*, VII, 2008, 137 ss.

G. BARONE, *L'incidenza della nuova disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione*, in www.giustamm.it

G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, II, 231 ss.

G. BERTI, *Diritto amministrativo. Memorie ed argomenti*, Cedam, Padova, 2008

I. BIROCCHI, *La distinzione jus publicum, jus privatum nella dottrina della scuola culta*, in *Jus comune*, 1996, 23 ss.

B. BISES, *Dispense di Scienza delle Finanze*, *Parte I*, Giappichelli, Torino, 2004

N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, II, 342 ss.

N. BOBBIO, *Stato, Governo, Società: Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985.

A. BURGIO, *De-regolare e reprimere*, in A. Burgio, (a cura di), *La forza del diritto*, Derive Approdi, Roma, 2003, 13 ss.

F. CAFFÈ, *Lezioni di politica economica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010.

P. CALAMANDREI, *Prefazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura dello stesso P. Calamandrei, Le Monnier, Firenze, 1945

P. CAPPELLINI, *Privato e Pubblico (diritto intermedio)*, voce in *Enc. del Diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 672 ss.

L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, vol. VXIII, Roma, 1990, 4 ss.

P. CARPENTIERI, *L'azione amministrativa e la sua in aggirabile specialità*, in www.giustamm.it

E. CASETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubb.*, XII, 1997, 251 ss.

E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007

S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 389 ss.

S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I ed., Giuffrè, Milano, 2000, 195 ss.

S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., tomo I, pp. 1 ss.

S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XX secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002

S. CASSESE, *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010

V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in Dir.Amm., 2003, 217 ss.

P. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 471 ss.

P. CHIASSONI, *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, II ed., Giappichelli, Torino, 2011

R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it

G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana*, Giuffrè, Milano, 1980

G. CIANFEROTTI., *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I. Dall'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali. Amministrazione e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1998

L. CIMELLARO, *Il principio di legalità in trasformazione*, in *Diritto e Società*, I, 2006, 107 ss.

L. CINNANTE, *Pubblica amministrazione e trasformazioni dell'ordinamento*, Jovene, Napoli, 2007, 117 ss.

F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*,

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Giappichelli, Torino, 2006

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Is Legal Positivism as Worthless as Many Italian Scholars of Public Las Depict It*?, in *Ratio Juris*, 23 - 4, 2010, 505 ss.

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Formalismo giuridico ed invalidità formali*, in L. R. PERFETTI, *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Cedam, Padova, 2008, 283 ss.

C. CONTESSA, *La previsione di ipotesi di 'illegittimità non invalidante' fra pregiudiziale amministrativa e logica della spettanza*, in www.giustamm.it

A. CONTIERI, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003, Giappichelli, Torino, 281 ss.

D. CORLETTO, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, 43 ss.

G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA* 2002, Giuffrè, Milano, 2003, 131 ss.

G. CORSO, *Il risultato nell'azione amministrativa*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003, Giappichelli, Torino, 99 ss.

G. CORSO, *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. dir*., vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, 84 ss.

G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2010, 3 ss.

G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Giappichelli, Torino, 2010

P. COSTA, D. ZOLO, (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2005

P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Costa e D. Zolo (a cura di). op. cit., 89 ss.

R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2008

P. P. CRAIG, *Administrative law*, Sweet & Maxwell, London, *4th* ed., 1999

P. P. CRAIG, *Formal and substantive conceptions of the rule of law: An Analytical Framework*, in *Public Law*, 1997, 467 ss.

V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e <<giusto procedimento>>*, in *Giur. Cost.*, 1962, 130 ss.

M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici,* in *Dir. amm.*, I, 2008, 52 ss.

M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercato e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008

M. D'AMICO, *Legalità (Dir. Cost.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV vol., Giuffrè, Milano, 2006, 3365 ss.

L. D'ANGELO, *L'art. 21 octies, comma 2, l. n. 241/1990: onere probatorio della p.a. ed eccesso di potere controfattuale*, in *www.giustamm.it*

P. DE LISE, *Lo statuto del provvedimento amministrativo*, testo dell'introduzione al Convegno sullo statuto del provvedimento amministrativo, Spoleto, 17-18 ottobre 2008, in www.giustamm.it

R. DICKMANN, *Il "principio di legalità comunitaria"nel sindacato della Corte di Giustizia delle Comunità Europee degli atti comunitari esecutivi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (nota a CGCE 3 settembre 2008, cause riunite C 402/05 e C 415/05)*, in *www.federalismi.it*

M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 61 ss.

V. DOMENICHELLI, *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?,* in *Dir. proc. amm.*, I, 2004, 1 ss.

P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Cedam, Padova, 2004

R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978

R. DWORKIN, *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985

D. DYZENHAUS, *Form and Substance in the Rule of Law: a Democratic Justification for Judicial Review*, in *Judicial Review and the Constitution*, 2000, 141 ss.

G. FALCON, *Recensione* a N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Laterza, Bari, 2007, in *Dir. pubb.*, 2007, II, 640 ss.

A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, *Introduzione generale* al Congresso *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981, in *Atti del Convegno*, Giuffrè, Milano, 1982, 15 ss., e in ID, *Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1985, 41 ss.

L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, VIII ed., 2008

L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol I e II, Laterza, Roma-Bari, 2007

L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, in corso di pubblicazione, Laterza, Roma-Bari, 2011

L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in corso di pubblicazione su *Giustizia costituzionale, 2011*

L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, I, 103 ss.

L. FERRARA, *Novità legislative e peso della tradizione (replicando a Fabio Saitta a proposito dell'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990)*, in www.giustamm.it

R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003, Giappichelli, Torino, 242 ss.

R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in *Diritto e società*, 2000, 101 ss.

A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008.

F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in www.giustamm.it

L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, Cedam, Padova, 2006

D. U. GALETTA, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedimentali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, pubblicato in AA.VV. (a cura di M.A. Sandulli), *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, *Quaderni de Il Foro amministrativo - TAR*, quaderno n. 2 (reperibile anche come supplemento al fascicolo 5-6/2005), Giuffré, Milano, 2006, 89 ss., in www.giustamm.it

S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte costituzionale e nodi di Gordio*, in *Cons. Stato*, 2004, II, 1652 ss.

S. GIACCHETTI, *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art.1, c.1bis della legge 11 febbraio 2005 n. 15,* in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di P. Stanzione e A. Saturno, Cedam, Padova, 2006, 113 ss.

M.S. GIANNINI, *Profili storici della Scienza del Diritto Amministrativo* (1940), ora in *Scritti Giuridici*, Giuffrè, Milano, 1996, vol. II, 79 ss.

M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000

L. GIAMPAOLINO, *Relazione inaugurale* dell'anno giudiziario 2011 della Corte dei Conti, reperibile in *www.giustamm.it.*

R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedimentali*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, cit., 949 ss.

P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, in *Riv. stor. dir. it.*, 1991, 5 ss.

P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*. 1860-1950, Giuffrè, Milano, 2000

P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006

R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992

R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Utet, Torino, 1994, 84 ss.

R. GUASTINI, *Separazione dei poteri o divisione del potere?*, in *Teoria politica*, 1998, III, 25 ss.

H. L. HART, *The Concept of Law*, 1961, trad. it. di M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965

F. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1978

L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm*., 1999, 62 ss.

L. IANNOTTA, *Scienza e realtà: l'oggetto della Scienza del Diritto Amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm*., 1996, 579 ss.

N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2003

H. KELSEN, *Il primato del parlamento* (a cura di G. Ceraci), Giuffrè, Milano, 1982

H. KELSEN, *General Theory of Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1991

B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, disponibile in *http://ssrn.com/abstract=692628*.

P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, Laterza, Roma-Bari, 2008

T. S. KUHN, *The structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1962

B. LAPADULA, *Tutti i danni del pensiero unico*, in *www.rassegna.it, rassegna online di lavoro, di politica e di economia sociale*, 6 agosto 2008

F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio dell'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro Amm*., 1997, 3303 ss.

B. LEONI, *Freedom and the Law*, III ed., Liberty Fund, Indianapolis, 1991

R. LUPI, P. SANDRO, *Impugnazione di atti non formalmente notificati: tradizione tributaria e diritto amministrativo*, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 2/2008

J. R. MANERO *Rules and Principles*, *IVR encyclopedie*, consultabile all'indirizzo http://ivr-enc.info/index.php?title=Rules_and_Principles

L. MANNORI E B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari-Roma, 2001

I.M. MARINO, *Responsabilità dell'amministrazione e risultati*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit.

I.M. MARINO, *Principio di legalità e procedimenti ablativi*, in *Foro-Tar*, 2010, 725 ss.

U. MATTEI, L. NADER, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Blackwell, London, 2008.

M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica, Giappichelli*, Torino, 2001

G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1996

G. MELIS, La storia del diritto amministrativo, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, II ed., 2003, *Diritto amministrativo generale*, vol. I, 95 ss.

F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2007

F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, relazione conclusiva del già citato convegno di Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007, in *Dir. pubb*., 2007, II, 439 ss.

G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003

G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.5, 2005, 481 ss.

G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti,* il Mulino, Bologna, 2009.

D. NAZZARO, *"Illegittimità non invalidante" dell'atto amministrativo e "motivazione postuma": la "positiva" metamorfosi del G.A.*, in www.giustizia-amministrativa.it

A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, Giuffrè, Milano, 2005

N. PAOLANTONIO, *L'integrazione postuma della motivazione ed il problema dei cc.dd. vizi formali*, in www.giustamm.it

N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 748 ss.

N. PAOLANTONIO, *Notazioni minime su procedimento e processo*, in *www.giustamm.it*

G. PALOMBELLA, *Il senso dei limiti (giuridici). Dagli stati alla governance globale*, stesura provvisoria della relazione al Congresso della Società Italiana di Filosofia Giuridica, Bari, Settembre 2010, reperibile in *www.dirittoepolitica.it*

S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003, Giappichelli, Torino, 47 ss.

E. PICOZZA, *Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003, Giappichelli, Torino, 52 ss

G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di Ermenutica giuridica*, 2009, 131 ss.

PLATONE, *Politico*, 296e-297a, in *Dialoghi politici*, F. Adorno (a cura di), Utet, Torino, 1970

R.A. POSNER, *The Crisis of Capitali Democracy*, Harvard University Press, 2010

O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, *Riv. it. Sc. Giur*. 1905, 337 ss.

J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue* (1977) 93 L. Q. R. 195 ss.

L. RE, *Recensione* a M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, in *Jura Gentium*, I, 2005

G. U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

R. ROLLI, *Irregolarità e principio 'mobile' di ragionevolezza*, in *www.giustamm.it*

A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 1993

A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità ed ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm*., 1999, 114 ss.

A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm*., I, 2002, 11 ss.

A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in *www.giustamm.it*

A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato*", in Dir. Amm. 1/2007 p. 63 ss

G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2000

F. SAITTA, *Annullamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio?*, in www.giustamm.it

F. SAITTA, *Art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990: ecco perché si finisce per"rimpiangere il passato"*, in www.giustamm.it

P. SALVATORE, *La legalità nell'amministrazione* (Relazione svolta nell'Aula magna del Palazzo di giustizia, S. Angelo dei Lombardi, 28 aprile 2007), in *Giurisdizione amministrativa*, III, 2007, 97 ss.

P. SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico comunitario*, 5/2009, 855 ss.

P. SANDRO, *The axiomatic theory of law in* Principia Iuris, in corso di pubblicazione su *Res Publica*, 2011

A. SANDULLI (a cura di), *Diritto amministrativo applicato*, Giuffrè, Milano, 2005

A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed. Jovene, Napoli, 1969

M.A. SANDULLI, *La riforma della legge sul procedimento amministrativo tra novità vere ed apparenti*, in www.giustamm.it

M. A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003, Giappichelli, Torino, 232 ss.

E. SANTORO, *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of law*, Giappichelli, Torino, 2008.

F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008

M. SINISI, *Introduzione allo studio del potere autoritativo*, Aracne, Napoli, 2009

D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, IV ed., 2007

D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubb*., 2007, II, 385 ss.

B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, relazione al al LIII Convegno di Scienze dell'Amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007, sul tema «Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia», in *Diritto Amministrativo*, I, 2008, 12 ss.

F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, II ed., Giappichelli, Torino, 2007

G. SORRENTINO, *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21*-octies *della legge n. 241/90*, in *www.giustamm.it*

S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007

S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. Amm*., I, 2008, 223 ss.

P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, in *www.giustamm.it*

J. E. STIGLITZ, *I ruggenti anni Novanta. Lo scandalo della finanza e il futuro dell'economia*, Einaudi, Torino, 2004

J. E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello stato*, Il Mulino, Bologna, 2006

J. E. STIGLITZ, *In un mondo imperfetto. Mercato e democrazia nell'era della globalizzazione*, Donzelli, Roma, 35 ss.

W. STUBBS, *The Constitutional History of England*, Vol. II Oxford: Clarendon Press, 1896

A. SUPIOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Mondadori, Milano, 2006.

G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980

L. TORCHIA, *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo*, reperibile in *www.astrid-online.it*,

L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna, 2009

L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Il Mulino, Bologna, 2010, 18 ss.

A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 117 ss.

G. TREMONTI, *Economia sociale di mercato?*, Prolusione pronunciato all'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, il 19 ottobre 2008, in www.aspeninstitute.it

F. TRIMARCHI BANFI, Il *principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008, 1-2, 9 ss.

M. TUCCI, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri*, Giuffrè, Milano, 2008

L. VANDELLI, *Psicopatologia delle riforme quotidiane. Le turbe delle istituzioni: sintomi, diagnosi e terapie*, Il Mulino, Bologna, 2006

F. VOLPE, *Forma e buon senso nel diritto amministrativo (discutendo con il Prof. Stella Richter sull'art. 21 - octies della legge sul procedimento)*, in www.giustamm.it

N. WALKER, *Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders*, in *International Journal of Constitutional Law* (2008) 6(3-4): 373-396

A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003, Giappichelli, Torino