



Scuola Dottorale “Tullio Ascarelli”
Sezione Diritto amministrativo - ciclo XXV

**CONTRIBUTO ALLA TEORIA DELLA
VALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO
AMMINISTRATIVO**

Tutor:
Chiar.mo Prof. Guido Corso

Dottorando:
Michele Trimarchi

INDICE

CAPITOLO I: LA VALIDITÀ. PROFILI INTRODUTTIVI

1. Norme primarie e norme secondarie
2. Norme sulla produzione e validità formale delle norme
 - 2.1. Validità formale *stricto sensu* e validità formale-sostanziale
3. Validità e fatti giuridici
 3. 1. Eventi e comportamenti.
 3. 2. La validità come predicato dei soli comportamenti programmatici

CAPITOLO II: LA VALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1. Provvedimento amministrativo e validità.
2. Validità del provvedimento come conformità a un paradigma normativo
3. La composizione del paradigma normativo: i vincoli di validità indiretti. Relatività della distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali
4. (segue) La composizione del paradigma: norme di legittimità e norme di opportunità.
Critica
5. (segue) La composizione del paradigma: principi e regole. Il ruolo della ragionevolezza
6. Autovincolo e validità del provvedimento
7. La vincolatezza come problema di validità

CAPITOLO III: LA VALIDITÀ TRA FUNZIONE E RAPPORTO

1. La validità nella logica della legittimità: l'interesse pubblico come limite del potere
2. La validità nella "logica del rapporto": le situazioni giuridiche soggettive come limite del potere
3. Profili ricostruttivi.
 - 3.1. Un *caveat* metodologico

3.2. Validità e interesse pubblico

3. 3. Validità e situazioni giuridiche soggettive

CAPITOLO IV: L' EFFICACIA MALGRADO L'INVALIDITÀ

1. L'efficacia malgrado l'invalidità come conseguenza del carattere autoritativo del provvedimento

2. (segue) come conseguenza di una scelta di diritto positivo

3. L'annullabilità come rimedio

3.1. I c.d. vizi di legittimità. Violazione di legge ed eccesso di potere come tecniche di sindacato

3.2. La non annullabilità del provvedimento viziato

CAPITOLO V: L'INVALIDITÀ COME CAUSA DI INEFFICACIA

1. Il problema della nullità del provvedimento tra annullabilità ed inesistenza

2. L'art 21 *septies* l. 241/1990 e il dibattito recente sulla nullità. Profili critici

3. La nullità come rimedio

3.1. Dal provvedimento nullo alla nullità come rimedio

3.2. Ambito di operatività. Nullità-protezione e nullità-preclusione

3.3. Profili di disciplina tra protezione e preclusione

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO I

LA VALIDITÀ. PROFILI INTRODUTTIVI

1. Norme primarie e norme secondarie

Una società il cui diritto fosse provvisto esclusivamente di norme che regolano la condotta dei consociati – le c.d. norme primarie – sarebbe una società senza un potere legislativo, senza tribunali o funzioni di qualsiasi tipo¹: un sistema proprio di una società primitiva².

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

In un sistema giuridico evoluto a questi difetti è posto rimedio tramite le norme secondarie o meta-norme³: norme che non sono dirette a regolare la convivenza dei consociati ma a disciplinare la formazione, il regime di altre norme e ad assicurarne l'attuazione⁴.

¹ H. L. HART, *The concept of law*, London, trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 108 ss.

² H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 109

³ Si considerano meta-norme, precisa R. GUASTINI *Norma giuridica (tipi e classificazioni)* in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, XII, Torino, 1995, 158, non solo quelle che vertono propriamente su norme, ma anche su atti normativi e su atti di applicazione del diritto; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., 36 ss., distingue tra norme di condotta e norme di struttura.

⁴ *Ex multis*, N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 35; A. MERKL, *Prolegomeni einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, trad. it. *Prolegomeni ad una*

Più analiticamente, i problemi che presenta un sistema giuridico composto da sole norme primarie sono risolti, rispettivamente: a) dalla norma di riconoscimento, che consente di individuare le norme che appartengono al sistema⁵; b) dalle norme di mutamento, che stabiliscono le condizioni alle quali l'ordinamento può essere modificato; c) dalle norme di giudizio⁶.

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

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

teoria della costruzione a gradi del diritto, in Id., *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987, 46 ss., *passim*; H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, 88 ss: "Vi sono importanti classi di norme giuridiche...che stabiliscono i modi di formazione dei contratti, testamenti, matrimoni, validi" e, all'interno di queste, si deve distinguere tra "le norme relative alla capacità o al minimo di attributi personali (l'essere adulto e sano di mente) che devono essere posseduti da chi esercita quel potere" e le norme che "regolano i particolari modi e le forme in cui il potere deve essere esercitato" e, infine, "le norme che delimitano la varietà, o stabiliscono il limite massimo o minimo di durata, della struttura di diritti e doveri che gli individui possono creare con questi atti giuridici". Accanto a tutte queste norme che conferiscono poteri privati e ne regolano la disciplina, vi sono norme che conferiscono poteri pubblici: "esempi di questo tipo si trovano in tutti e tre i dipartimenti, giudiziario, legislativo e amministrativo, in cui lo stato è normalmente, benché vagamente, diviso"

⁵ In un ordinamento semplice è sufficiente una norma di riconoscimento che indichi le fonti ammesse; in un sistema progredito, le norme di riconoscimento sono plurime e "invece di individuare le norme esclusivamente mediante il riferimento a un testo o a un elenco, esse le individuano mediante il riferimento a qualche caratteristica generale posseduta dalle norme primarie"

⁶ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 111 ss.

prima) come generatore di questi⁷.

2. Norme sulla produzione e validità.

Una specie di meta-norme è costituita dalle norme sulla produzione del diritto. Esse individuano i soggetti che possono formulare giudizi normativi, stabiliscono le condizioni di fatto in presenza delle quali possono farlo (i presupposti), il modo in cui lo devono fare (le forme e i procedimenti che deve rispettare), e, talvolta, vincolano anche il contenuto di altre norme⁸.

L'esistenza di prescrizioni che, a vario titolo e con diverso contenuto, regolano la formazione delle norme (primarie) è la premessa fondamentale per la considerazione di queste ultime in termini di validità. Ove la produzione giuridica non fosse regolata da alcuna meta-norma, e l'ordinamento fosse composto esclusivamente da norme che regolano il comportamento dei consociati, non si potrebbero infatti immaginare vincoli di validità tra le norme.

Anche una volta riconosciuta l'esistenza di norme sulla produzione, peraltro, rimane in ombra la ragione per cui una norma dovrebbe ritrarre la propria validità dall'osservanza di un'altra norma⁹.

Il fenomeno ammette diverse spiegazioni.

Se si ritiene, con Kelsen, che la validità equivale alla forza vincolante della norma

⁷ La particolare fisionomia dei valori in gioco si riflette sulla componente di fatto dell'effetto, giacché ad essere assunto tra i valori giuridici non è un comportamento qualsiasi ma il comportamento attraverso il quale viene posta la norma.

⁸ T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Napoli, 1922; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 19 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 6; C. ESPOSITO, *Consuetudine*, (dir. cost.), in *Enc. Dir.*, IX, 1961, 457; Id., *La validità delle leggi*, Padova, 1934, 197 ss; R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2001, 83 ss.; Id., *Norma giuridica, (tipi e classificazioni)* in *Dig. Disc. Priv.*, XII, Torino, 1995, 158 ss.

⁹ Il problema è molto chiaramente posto da F. MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 26: "Ma in qual modo l'ordinamento (o la norma fondamentale che lo individua) rende possibile l'attribuzione della (sua) validità alle singole norme? In qual modo è concepibile la «trasmissione» della validità?"

e che l'efficacia dipende da un rapporto di conformità con la norma superiore¹⁰, la trasmissione normativa della validità si spiega in ragione del fatto che la forza vincolante delle norme (cioè, ancora: la validità) è condizionata alla loro efficacia, la quale è a sua volta propria esclusivamente alle norme conformi al parametro.

Un diverso approccio si basa sulla differenziazione del modo di operare delle norme primarie e secondarie. Le prime consistono in ordini accompagnati dalla minaccia della sanzione; le seconde hanno carattere strumentale, o secondo altra terminologia, finale: delineano modelli di comportamento che il soggetto deve osservare per conseguire il fine che si propone (compiere un atto o porre in essere validamente un'altra norma)¹¹. Dalla loro violazione non scaturisce una sanzione in

¹⁰ Cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen, Una introduzione critica*, Bologna, 1999, 329.

¹¹ L'idea che si possa e si debba distinguere tra le norme è tradizionalmente rifiutata dalla teoria giuridica, dove – come rileva H. L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 40 ss., “il desiderio di uniformità è forte”. In particolare, il tentativo di ricondurre le norme sulla normazione, al modello tradizionale della norma come ordine sostenuto da minacce, è scorto da HART in due prospettive teoriche. La prima è la concezione della nullità come sanzione. La norma attributiva del potere sarebbe un imperativo assimilabile alla norma penale: come quest'ultima minaccia una pena (sanzione) nel caso in cui il soggetto commetta un reato, così la norma attributiva del potere comminerebbe la sanzione della nullità nel caso in cui esso non sia esercitato così come è prescritto. La seconda è la concezione delle norme che conferiscono poteri come frammenti di norme. Secondo questa idea le norme sono sempre rivolte ai giudici: ordinano a questi di infliggere sanzioni se certe condizioni vengono adempiute. Anche le norme che attribuiscono e regolano poteri pubblici sono in realtà frammenti di una norma che obbliga il giudice ad irrogare la sanzione: la norma per cui “il parlamento ha il potere di legiferare” è considerata un frammento (“se il legislatore ha previsto che....”) , una condizione di applicazione della norma rivolta al giudice. La critica di HART è complessa; basti questo passo (51): “la riduzione delle norme, che conferiscono e delimitano i poteri legislativo e giudiziario, a esposizione delle condizioni in base alle quali sorgono degli obblighi ha, nella sfera pubblica, l'analogo difetto (che nella sfera privata, ndr) di rendere oscura la materia. Coloro che esercitano questi poteri di prendere provvedimenti e decisioni dotate di autorità usano tali norme in un tipo di attività rivolta ad un fine del tutto differente dall'adempimento di un obbligo o dalla sottomissione a un controllo coattivo. Rappresentare queste norme come merri aspetti o frammenti delle norme che stabiliscono obblighi significa, ancora di più che nella sfera privata, rendere oscure le caratteristiche differenziali del diritto e delle attività possibili nel suo ambito. Infatti, l'introduzione nella società di norme che permettono ai legislatori di fare mutamenti e aggiunte alle norme che impongono obblighi, e ai giudici di determinare quando queste norme sono state violate, è un passo avanti importante per la società come l'invenzione della ruota”.

campo all'agente, ma solo l'impossibilità di porre in essere una norma valida nel senso di efficace.

Un'ulteriore spiegazione della trasmissione normativa della validità è basata sulla ascrizione delle norme sulla produzione al genere delle norme costitutive, così come concepite dall'approccio analitico alla costruzione della realtà sociale. Sono costitutive le norme che creano e rendono possibili fatti altrimenti inconcepibili e inattuabili (i c.d. "fatti istituzionali"): si pensi al gioco degli scacchi, al matrimonio, alla giurisdizione, etc.¹². Sono invece regolative le norme che, a vario titolo (ammettendoli, vietandoli,

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

¹² Per la correlazione tra fatti bruti e norme regolative e tra fatti istituzionali e norme costitutive v. J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969, trad. it., *Atti linguistici. Una saggio di filosofia del linguaggio*, Torino, 1976, 80 ss.; *Id.*, *The Construction of Social Reality*, Harmondsworth, Penguin, 1995, trad. it., *La costruzione della realtà sociale*, Milano, 1996, 36 ss.

Sul concetto di norma costitutiva (coniato, pare, da C. ZNAMIEROWSKI, *Norma costruttiva ed atto thetico* (1923), in *Riv. Int. Dil. Dir.*, 2006, 283-285), oltre alle opere di Searle citate, cfr., *ex multis*, G.M. AZZONI, *Condizioni costitutive*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1986, 160 ss.; R. GUASTINI, *Norma giuridica (tipi e classificazioni)*, cit., 159; G. LORINI, *Forme della costitutività di norme*, in G. LORINI – L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *Filosofie della norma*, Torino, 2012, 79-86; W. ZELANIEC, *Regola costitutiva*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto* (a cura di L. PASSERINI GLAZEL), Torino, 2007, 36 ss.; A.G. CONTE, *Regola costitutiva in John R. Searle*, *ivi*, 69 ss.; P. DI LUCIA, *Le due costitutività in John R. Searle*, prefazione a J.R. SEARLE, *Creare il mondo sociale. La struttura della civiltà umana*, Milano, 2010, IX-XVI, dove si rileva che Searle distingue la costitutività delle regole dalla costitutività degli atti. A far sì che un pezzo di carta abbia valore di banconota sono regole costitutive: in primo luogo, regole costitutive sull'aver valore di banconote; in secondo luogo, regole costitutive sulla validità delle banconote. A fare esistere entità sociali istituzionali ("funzioni di stato" nel linguaggio di S.), come i presidenti della repubblica, le università, le partite di football, è il linguaggio nella forma delle dichiarazioni (*declaration*). *Declaration* che, a sua volta, esiste e opera, cioè costituisce la realtà sociale, in quanto conforme alle regole costitutive su di essa.

Attribuisce un diverso significato alla costitutività delle norme, G. CARCATERA, *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979, secondo sono costitutive le norme che: non hanno

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

Il diritto nel suo complesso è un fatto istituzionale, a cui fondamento stanno le norme costitutive: quelle che pongono le condizioni affinché all'interno di un ordinamento una proposizione qualsiasi valga come norma giuridica¹³. Una volta ascritte le norme sulla produzione al genere delle norme costitutive, si può ritenere che soltanto la norma che le osserva è valida nel senso che solo essa è costituita come norma giuridica all'interno del sistema¹⁴.

Queste tre giustificazioni della trasmissione normativa della validità formale hanno in comune di stabilire una equivalenza tra validità ed esistenza/efficacia della norma. Ed infatti, se postulato del ragionamento è che l'efficacia della norma dipende dalla conformità ad altra norma, la norma invalida, cioè non conforme, è giocoforza anche inesistente. Lo stesso dicasi per la tesi che spiega la trasmissione di validità ricorrendo al carattere strumentale delle norme sulla produzione: anche qui, quando si afferma che conseguenza dell'infrazione è l'impossibilità di porre in essere una norma

destinatari precisi, non possono essere violate, realizzano il loro effetto senza prescrivere a chicchessia di fare qualcosa (ad es: le norme abrogative); osserva che in questo senso costitutività equivale alla performatività degli atti linguistici C. ROVERSI, *Regolare e costituire. Sul carattere tecnico delle regole costitutive*, in *Analisi e diritto 2011*, cit., 271 s.

¹³ Rimane programmaticamente fuori dall'ambito di questo studio il problema della norma fondamentale e della sua validità. Basti qui osservare che, se si ritiene che la validità (formale) sia trasmessa dalla forza costitutiva delle norme sulla produzione, bisognerà quantomeno ammettere l'esistenza di una norma che esercita quella stessa forza su di esse. In breve, anche la norma fondamentale andrà concepita come norma costitutiva. V. G. CARCATERA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974, 107 ss.

Come si vedrà nel capitolo successivo, mentre si può ritenere che la norma fondamentale, e – a seguire – tutte le norme sulla produzione, hanno valore costitutivo in relazione alla validità degli atti, non si può ammettere che la norma fondamentale, e – a seguire – tutte le norme sulla produzione, abbiano valore costitutivo dell'efficacia delle norme cui si riferiscono. Sul punto v. C. ESPOSITO, *Consuetudine*, cit., 462 s.

¹⁴ C. ZNAMIEROWSKI, *Norma costruttiva ed atto thetico*, cit., 283-285. Sulla logica binaria imposta dalle norme costitutive v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino, 2006, 226, *passim*; Id., *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir Pubbl*, 2009, 758.

valida, si fa riferimento all'impossibilità di produrre un effetto giuridico¹⁵. Ad una conclusione non diversa giunge la tesi che ricorre alla forza costitutiva delle norme sulla produzione, per la quale il mancato rispetto delle condizioni costitutive esclude la stessa inclusione della prescrizione all'interno di quelle giuridicamente rilevanti e dunque, *a fortiori*, la sua efficacia.

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

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

Si possono distinguere, in particolare, le regole eidetico-costitutive, *che sono condizione necessaria di ciò su cui vertono*, dalle regole anankastico-costitutive, che invece *pongono condizioni necessarie di ciò su cui esse vertono*¹⁶. Del primo tipo sono

¹⁵ L'esempio di H. L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit. 42 s. è chiaro: "Noi possiamo «conformarci» o no, nel fare testamento, alla norma contenuta nella sezione 9 del *Wills Act* del 1837, relativa al numero dei testimoni. Se non ci conformiamo ad essa il documento che abbiamo creato non sarà un testamento «valido» che fa sorgere diritti e doveri: sarà un atto «nullo», privo di «forza» o «effetto» giuridico. Ma benché dia luogo a nullità, la nostra mancata osservanza della disposizione giuridica non è una «infrazione» o «violazione» di un obbligo o di un dovere, né è un reato"; cfr. G. CORSO, *Validità*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 87.

¹⁶ La distinzione è di A. G. CONTE, *Regola eidetico-costitutiva vs. regola anankastico-costitutiva*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto*, cit., 48 ss., e in altri precedenti scritti dello stesso A.; importanti sviluppi in G. AZZONI, *Condizioni costitutive*, cit., 160 ss.

All'interno delle norme che pongono condizioni di ciò su cui vertono G. AZZONI, *Condizioni costitutive*, cit., ha ulteriormente distinto: a) norme anankastico costitutive, che pongono condizioni *necessarie* di ciò su cui vertono (ad es., l'art. 602 c.c., per il quale "il

le regole sul gioco degli scacchi e sui movimenti dei pezzi; del secondo tipo è la regola secondo la quale “il testamento olografo deve essere sottoscritto a mano dal testatore”.

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

La validità formale, intesa questa volta come modo di esistere di una norma in un ordinamento, è generata dalla conformità alle norme *anankastico-costitutive*¹⁷. La norma che si pone in contrasto con esse è una norma che esiste all'interno dell'ordinamento (in quanto rispettosa delle condizioni *eidetico-costitutive*) ma che non esiste come norma valida.

2.1. Validità formale e validità sostanziale

Gli ordinamenti si distinguono in dinamici e statici¹⁸ a seconda che la validità

testamento olografo deve essere sottoscritto a mano al testatore”); b) norme metathetico-costitutive, che pongono condizioni sufficienti di ciò su cui vertono (ad es. l'art. 59 Cost, primo comma, in base al quale “è senatore di diritto a vita, salvo rinuncia, chi è stato Presidente della Repubblica” – qualità che si può acquistare anche altrimenti, per nomina del Presidente della Repubblica); c) norme nomico-costitutive (dette anche disgiuntive), che pongono una condizione necessaria e sufficiente di ciò su cui vertono (ad es., l'art. 254 c.c., in base al quale “il riconoscimento del figlio naturale è fatto nell'atto di nascita, oppure con un'apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile o davanti al giudice tutelare o in un atto pubblico o in un testamento, qualunque sia la forma di questo”.

¹⁷ Per il collegamento tra la dimensione della validità e le norme *anankastico-costitutive* v. G.M. AZZONI, *Condizioni costitutive*, cit., *passim*.

¹⁸ V. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 1. Teoria del diritto*, Roma – Bari, 2007, 566 ss.

delle norme dipenda dall'osservanza di regole sulla competenza e sulla procedura ovvero dalla deducibilità del loro contenuto da quello delle norme sovraordinate¹⁹.

Nomostatica e nomodinamica corrispondono a due modelli di ordinamento che Kelsen presenta come astratti e antitetici²⁰. L'ordinamento giuridico, secondo il maestro praghese, è nomodinamico in quanto la validità delle norme dipende dall'osservanza di prescrizioni di natura formale²¹ e non riguarda profili contenutistici²².

L'approccio cambia radicalmente una volta ricondotto il problema della validità delle norme primarie a quello della loro conformità alle regole sulla produzione: in questo quadro, nomostatica e nomodinamica non designano modelli astratti né antitetici, in quanto la natura – sostanziale o formale- del vincolo di validità delle norme dipende infatti puramente e semplicemente da un fattore di diritto positivo, cioè dal contenuto delle norme sulla produzione.

Ne deriva che l'ordinamento giuridico non può essere astrattamente ascritto alla categoria degli ordinamenti nomodinamici: ove sia dotato di norme sulla produzione di tipo sostanziale, infatti, esso è anche un sistema statico²³. Il vincolo sostanziale di validità (o nomostatico), peraltro, non si esprime necessariamente nella "deducibilità" della norma subordinata, postulata e non riscontrata da Kelsen nella realtà dell'ordinamento giuridico: nella gran parte dei casi si tratta più semplicemente di "derivazione"²⁴: è sufficiente cioè che il significato della norma sia compatibile o non contraddittorio con quello della norma sulla produzione²⁵.

¹⁹ B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, cit., 300, 312. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Ed. Comunità, 1963, 113: in un ordinamento statico "le norme sono «valide»...in virtù del loro contenuto. Il contenuto ha una qualità d'immediata evidenza che ne garantisce la validità, o, in altri termini, le norme sono valide a causa di un richiamo loro inerente. Le norme hanno questa qualità perché sono deducibili da una norma fondamentale specifica, come il particolare è definibile dal generale."

²⁰ A. G. CONTE, *Nomostatica e nomodinamica*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 323.

²¹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., 124 ss..

²² H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., 113 s.

²³ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 568

²⁴ Sarebbe questo il caso, secondo L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 569 s., delle "decisioni consistenti nell'accertamento di una verità giuridica"

²⁵ R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., 97 s.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 569 ss.

La presenza di norme sulla produzione di carattere sostanziale costituisce un elemento indefettibile degli ordinamenti giuridici avanzati, quasi implicito nelle logiche profonde del loro funzionamento. Come è stato osservato, infatti, le stesse norme formali, quando vengono violate, diventano per il giudice che ne deve accertare la violazione “norme sostanziali sulla produzione delle sue decisioni giurisdizionali”²⁶, nel senso che il contenuto della sua pronuncia sarà determinato dal precetto posto dalla norma formale violata. Nello stessa direzione milita, peraltro, una considerazione di tipo empirico: non esiste ordinamento in cui abbia vigore solamente “la norma formale <<quod principi placuit legis habet vigorem>>, senza per di più che al principe possa venire in mente di emanare norme sostanziali sulla produzione di altre decisioni”.

Nomostatica e nomodinamica costituiscono le “due dimensioni parimenti essenziali” dello stato di diritto “in senso forte”, dove vige il principio di legalità sostanziale²⁷ Ciò che lo caratterizza specificatamente non è “l’esistenza di norme sostanziali e quindi la presenza di una dimensione statica del diritto” – che abbiamo visto essere consustanziale all’idea di ordinamento – “ma il fatto che *tutti* i poteri e *tutte* le decisioni – e non solo quelli giudiziari - sono soggetti, a cominciare dalle leggi, non solo a norme formali, ma anche a norme sostanziali (...); e che perciò la dimensione statica investe l’intera produzione di significati giuridici, a cominciare dalla produzione legislativa”²⁸.

Si può in conclusione affermare che i vincoli di validità posti dalle norme sulla produzione possono riguardare la forma o il contenuto della nuova norma²⁹. Solitamente si parla nel primo caso di validità formale e nel secondo di validità sostanziale³⁰. Questi due tipi di validità formale sono tra loro indipendenti³¹: tra di essi

²⁶ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 571, 560 ss.

²⁷ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 571.

²⁸ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 571.

²⁹ Cfr, l’ampia discussione del tema in L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 514 ss.; R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., 83 ss., il quale distingue tra norme sulla produzione in senso stretto, che hanno carattere formale e non riguardano il contenuto delle normazione futura, e norme sulla produzione in senso lato, che hanno carattere “materiale” o “sostanziale” e attengono al contenuto della normazione futura.

³⁰ N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi* (1955), ora in P. COMANDUCCI – R. GUASTINI (a cura di), *L’analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989; L. FERRAJOLI,

può esservi dissociazione, perché è ben possibile che una norma rispetti tutte le norme sulla normazione aventi contenuto formale ma non tutte le norme sulla produzione aventi contenuto sostanziale; così come è possibile il contrario.

3. Validità e fatti giuridici

3. 1. Eventi e comportamenti.

La validità è stata sin qui fatta oggetto di considerazione come attributo della norma giuridica, genericamente intesa come regola di condotta.

Questa impostazione, tipica dell'approccio filosofico al tema della validità, è insufficiente nella prospettiva della dogmatica giuridica, che considera la validità come predicato dei fatti giuridici, ossia degli oggetti cui il cultore del diritto positivo vocazionalmente rivolge la propria attenzione.

I fatti giuridici solitamente si distinguono, sotto il profilo strutturale³², in “fatti in senso stretto” e “atti in senso lato”; questi ultimi ricomprendono gli “atti in senso stretto” e i “negozi”.

Il criterio discretivo è costituito dall'elemento volontaristico: *fatti in senso stretto* sono i fenomeni non volontari (ad es., la trasformazione della materia, la nascita, la morte, etc.), mentre *atti in senso lato* sono i fenomeni volontari; l'ulteriore distinzione tra *atti in senso stretto* (o *non negoziali*) e *negozi* si basa sulla “direzione” della volontà, che nei primi riguarda il compimento dell'atto (c.d. “volontà dell'atto”) e nei secondi si estende agli effetti (c.d. “volontarietà degli effetti”)³³.

Principia iuris, cit., 530 ss.; R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., 91 ss., il quale distingue tra norme sulla produzione in senso stretto, che hanno carattere formale e non riguardano il contenuto delle normazione futura, e norme sulla produzione in senso lato, che hanno carattere “materiale” o “sostanziale” e attengono al contenuto della normazione futura.

³¹ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 535.

³² In proposito S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Messina, 1945, 3, parla di “diversa struttura dell'elemento materiale”. L'altro criterio di classificazione dei fatti giuridici è il cd. “criterio dell'efficacia”, che distingue i fenomeni a seconda della funzione svolta nella dinamica produttiva del diritto: v. A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in Id., *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 331 ss.

³³ V. S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., 3 ss; S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1935, ora in Id., *Scritti giuridici, III*, Milano, 2008, 617 ss.; F. SANTORO-

Questa tipologia ruota intorno al negozio, ossia all'atto in cui la volontà si esprime nel modo più compiuto (come volontà del suo compimento e come volontà dell'effetto); le altre figure sono individuate "per negazioni successive e lasciando cadere via via i diversi caratteri essenziali del negozio"³⁴; e se l'atto in senso stretto è il negozio meno la volontà degli effetti (al riguardo, è estremamente significativa la sua denominazione in termini di "atto non negoziale"), la categoria del fatto in senso stretto abbraccia fenomeni eterogenei e accomunati solo dalla non-volontarietà³⁵.

Avvertito "il vacuo di concetti meramente negativi"³⁶ e considerato che alla radice del diritto sta non la volontà ma la vita umana con tutti i suoi valori pratici, i quali "possono evidenziarsi nel campo dell'esperienza giuridica non solo attraverso la volontà, ma anche in virtù di atteggiamenti non volontari e persino inconsci dell'uomo", si è proposto di rifondare la classificazione dei fatti giuridici intorno alla dicotomia tra *eventi* e *comportamenti*³⁷.

La distinzione, idonea a fornire una descrizione *in positivo* di tutti i fenomeni temporali, si specifica poi in un'ampia fenomenologia, articolata in funzione dei valori e cioè degli interessi che ciascun fatto è in grado di esprimere³⁸.

La categoria degli *eventi* contiene i *fatti naturali* (ad es., lo sconfinamento di un

PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, 106; A. FALZEA, *Comportamento*, in Id., *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, cit., 654 ss.; V.M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, 10 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico* (dir. priv.), in *Enc.Dir.*, IV, cit., 203 s.; V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, 933; A.M. SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici* (1941), in Id., *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, 3 ss.

Cfr. G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 15, il quale mette in rilievo che mente i fatti sono esclusivamente presupposti degli effetti, gli atti sono allo stesso tempo presupposti e oggetto di qualificazioni giuridiche (possono essere, ad esempio, leciti o illeciti, validi o invalidi)

³⁴ A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., 346.

³⁵ A. FALZEA, *Fatto naturale*, in Id., *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica, II. Dogmatica giuridica*, cit., 362.

³⁶ A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., 347.

³⁷ A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., 350 ss.

³⁸ A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., 348.

fiume), i *fatti vitali* (ad es. la nascita, la morte, la malattia)³⁹ e i *fatti psichici* (distinti, a loro volta, in fatti di sentimento e fatti di conoscenza): tutti caratterizzati dalla peculiarità di ubbidire ad un principio di necessità, che non ne consente la riferibilità all'uomo⁴⁰ pur ove lo riguardino, ma distinti in ragione della pregnanza, crescente, degli interessi evidenziati.

Sono comportamenti, invece, tutti i fenomeni riferibili all'uomo⁴¹: ossia "ogni possibile atteggiamento esterno del corpo umano, ogni atteggiamento corporeo che sia cosciente o incosciente, volontario o involontario, ma sia in ogni caso una <<iniziativa>> dell'uomo (un libero, non fisicamente determinato, spiegamento di energie umane)"⁴².

I comportamenti possono essere *attuosi* o *inattuosi*⁴³.

Il comportamento mosso dall'interesse *attuo* di regola presenta il carattere della *materialità*⁴⁴. L'azione, avendo valore in sé e per quanto realizza (il soggetto agisce per agire, perché agendo realizza il suo interesse⁴⁵), non lascia trasparire la sua provenienza da un giudizio soggettivo; al contrario, da questo si distacca come una conseguenza fa da una causa e, distaccatasi, si proietta nella storia.

Il comportamento mosso dall'interesse *inattuo* si definisce *programmatico*. L'azione in questo caso non realizza immediatamente l'interesse ma assolve ad una funzione manifestativa, serve cioè a trasferire in un campo di pubblica evidenza (a

³⁹ A. FALZEA, *Fatto naturale*, cit., 366 s. Sul fatto vitale v. Id, *Fatto vitale* in Id., *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica, II. Dogmatica giuridica*, cit., 394 ss.

⁴⁰ A. FALZEA, *Comportamento*, cit., 662 s.

⁴¹ A. FALZEA, *Comportamento*, cit., 663; A. G. CONTE, *Atti ed eventi*, cit., 131, nota 7

⁴² A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., 352.

⁴³ L. CAMPAGNA, *I "negozi di attuazione" e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, 54 ss.

⁴⁴ Esistono anche comportamenti attuosi immateriali, cioè comportamenti che utilizzano i simboli del linguaggio (in questo senso immateriali) ma che cionondimeno realizzano o ledono contestualmente interessi (ad esempio, l'ingiuria): cfr. A. FALZEA, *Atto reale*, cit., 750.

⁴⁵ V.M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, cit. 115; L. CAMPAGNA, *I negozi di attuazione*, cit., 48.

questo proposito si parla anche di *atti sociali*⁴⁶) il giudizio di valore e la preferenza che il soggetto mediante esso ha formulato⁴⁷, ed è strutturata di conseguenza: consiste cioè in una dichiarazione.

Alle differenze strutturali e funzionali⁴⁸ che si colgono sul piano fenomenologico tra comportamento materiale e comportamento programmatico corrisponde un diverso modo di relazionarsi con l'ordinamento giuridico⁴⁹.

Il comportamento materiale attuo acquista giuridica rilevanza quando

⁴⁶ A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile* (1913), Milano, 1990, *passim*; N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Torino, "Memorie dell'Istituto Giuridico", Serie II, Memoria 28, 1934, 144.

Secondo Reinach, un atto sociale è caratterizzato: a) dall'essere "*diretto ad un altro*"; b) dall'essere oggetto di una manifestazione; c) dalla "*necessità di essere percepito*". Come spiega G. LORINI, *Quattro declinazioni dell'atto giuridico*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto*, cit., 184, l'essere "*diretto ad un altro*" non significa semplicemente "*implicare una relazione necessaria con un altro soggetto*": ciò è proprio anche di atti che sociali non sono, come il perdono. Si deve trattare di un atto "*rivolto ad un altro*", cioè, in sostanza, ad un atto che richiede di essere manifestato.

Sul carattere oggettivo della manifestazione, e per la critica alle concezioni soggettive, v. V. SCALISI, *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975, ora in Id., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 79 ss. La manifestazione può avvenire attraverso la manifestazione in senso stretto (cioè il comportamento concludente) ovvero attraverso la dichiarazione in senso proprio. L'A. individua il criterio discretivo tra le diverse forme di manifestazione con riferimento al secondo momento in cui la stessa si articola, ovvero nel "rapporto di significazione" (89).

⁴⁷ La volontà del soggetto, quindi, non è diretta solo al compimento dell'atto quanto alla realizzazione di un ulteriore interesse: quello che tramite l'atto manifesta e per il quale richiede l'assistenza dell'ordinamento. Cfr., in termini simili, anche se con terminologia in parte diversa, V.M. TRIMARCHI, *Atto e negozio giuridico*, cit., 49; L. CAMPAGNA, *I "negozi di attuazione"*, cit., 49.

⁴⁸ I due profili, come si è visto, non possono essere tenuti separati. La struttura dichiarativa del comportamento programmatico dipende dalla sua funzione manifestativa. Quella del comportamento materiale è diretta alla realizzazione immediata dell'interesse. Sulla corrispondenza delle "peculiarità di struttura" dei fatto giuridici a "particolari atteggiamenti funzionali" v. L. CAMPAGNA, *I "negozi di attuazione"*, cit., 43 ss.

⁴⁹ Cfr. ancora la distinzione di L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 488 s. tra atti informali e formali. Per questo A., i primi sono "tutti quegli atti la cui rilevanza o efficacia giuridica è associata dalle norme che li prevedono alla loro naturalità o materialità, riconosciuta e disciplinata dal diritto in forza dei loro effetti parimenti naturali". I secondi sono "tutti quegli atti linguistici la cui rilevanza o efficacia giuridica è un artificio, ossia una convenzione giuridica, stabilita dalle norme che li prevedono".

l'interesse che l'autore si prefiggeva di realizzare è soddisfatto. L'intervento dell'ordinamento si concreta nella qualificazione dell'azione (giudizio di rilevanza) e nel collegamento di effetti giuridici (giudizio di efficacia) tendenti, ove l'interesse realizzato sia positivamente valutato⁵⁰, alla stabilizzazione dei rapporti e delle situazioni da essa scaturenti e, nel caso opposto, a porvi rimedio⁵¹.

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

⁵⁰ In proposito V.M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, cit., 84, discorre di attuazione, da parte dell'ordinamento giuridico, della "protezione di uno scopo già realizzato, ma ancora bisognoso di tutela ad opera del diritto".

⁵¹ L. CAMPAGNA, *I "negozi di attuazione"*, cit., 54, 56.; A. FALZEA, *Atto reale e negozio giuridico*, cit., 749 s.; R. TOMMASINI, *Invalidità, (dir. priv)*, in *Enc. Dir.*, XXII, 1972, 578.

La dottrina tradizionale denomina *atti volontari* (la scoperta del tesoro, l'accessione) questi comportamenti. Essi – si osserva – vengono presi in considerazione dal diritto non per la volontà che il soggetto esprime per il loro tramite ma per la attività che nasce dall'impulso volitivo, sicchè, in fin dei conti, sono ma per il diritto potrebbero non essere volontari. Cfr. S. PUGLIATTI, *Istituzioni*, loc. cit.; Id. *Atto giuridico e determinazioni accessorie di volontà* (1937), in Id., *Diritto civile. Metodo- teoria-pratica*, cit., 1951, e ora in Id., *Scritti giuridici, III*, Milano, 2010, 237. L'A. distingue "atti (semplicemente) volontari e atti di volontà": nei primi la volontà è solo un momento interno all'atto, nel senso che "ciò che viene in considerazione è piuttosto l'attività che ne consegue"; nei secondi, invece, la determinazione volitiva "viene presa in considerazione dal diritto come l'immediato antecedente materiale in base al quale la norma rende l'atto produttivo di conseguenza giuridiche". Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 106 s., che infatti li considera fatti in senso stretto; per la medesima ragione anche Santi ROMANO, *Atti e negozi giuridici*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, 5, esclude le "azioni giuridiche materiali" dal novero degli atti giuridici; *contra* A.M. SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, cit., 13, secondo cui nei meri atti non rileva il fine specifico che l'autore intende conseguire (a differenza di quanto avviene nei negozi) ma rileva il "tendere dell'agente alla realizzazione del fine generico proprio della categoria degli atti che nell'ipotesi singola viene in considerazione".

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

dell'interesse⁵².

Il comportamento programmatico è un atto linguistico. La sua performatività⁵³, cioè l'attitudine a "realizzare le cose con le parole"⁵⁴, ha modo di spiegarsi solo all'interno di un ordinamento⁵⁵: presuppone un complesso di previsioni di forme che l'atto deve rispettare⁵⁶ e si realizza alla sola condizione che le preferenze e le disposizioni preferenziali manifestate siano assunte tra i valori giuridici o quantomeno

⁵² L. CAMPAGNA, *I "negozi di attuazione"*, cit., 56.

⁵³ Cfr. G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, 1916, trad. it., *Norma e azione. Un'analisi logica*, Bologna, 1989, 142-144; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 509; A. G. CONTE, *Filosofia del performativo*, in AAVV, *Ricerche di filosofia del diritto*, cit., 198: "vi sono casi, nei quali v'è coincidenza tra il fare ed il dire di fare, ossia nei quali il fare coincide con il dire di fare. (Il dire di compiere un atto è compiere, è eseguire [to perform] l'atto stesso. E l'atto consiste nel dire che si compie l'atto). Il dire che si revoca il mandato è revoca del mandato; il dire "Io ti ringrazio" è ringraziamento; il dire che si rinuncia a un proprio diritto è rinuncia". L'A. (*op. cit.*, 202-208) distingue all'interno degli atti performativi alla luce di due dicotomie: quella tra performativi *thetic* e *non-thetic* e quella tra performativi *anaitetic* e *non-anaitetic*. I performativi *thetic* sono i più importanti per la filosofia del diritto: la performatività di questo tipo è quella di colui che, con le sue parole, altera il mondo; viceversa, performatività *a-thetic* è quella di colui che, con le parole che dice, semplicemente attua (effettua) atti. (Sono verbi performativi *thetic*: accusare, invalidare, consacrare, disdire, abrogare, etc; mentre sono verbi performativi *atletici*; affermare, asserire, postulare, salutare, ringraziare, etc.). La dicotomia tra performativi *anaitetic* e *non-anaitetic* è interna ai performativi *thetic*: i performativi *anaitetic* sono atti negativi, cioè aventi "senso di dissoluzione d'un preesistente stato di cose" (abrogazione, invalidazione, rimozione, etc.); i performativi *non-anaitetic* sono invece atti *thetic* positivi, volti a costituire un nuovo stato di cose (accusare, consacrare, nominare, etc.).

Osserva giustamente C. ROVERSI, *Regolare e costituire*, cit., 272 ss. che il concetto di performatività corrisponde a quello di costitutività, così come inteso da G. CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, cit., *passim*; *Id.*, *Metodologia giuridica*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Padova, 1990, 121 s.

⁵⁴ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, London, Oxford University Press, 1962 (trad. It., *Come fare cose con le parole*, Genova, 1987), *passim*.

⁵⁵ Si conferma, così, la tesi di A. ROSS, *Ascesa e caduta della dottrina dei performativi* (1972), in *Id.*, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, 1982, 254, il quale, a proposito dei performativi, rileva che la possibilità "di fare cose con le parole" è sottoposta alla condizione dell'esistenza di un ordinamento giuridico, al quale il comportamento deve essere riferibile

⁵⁶ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 492 s.: "sempre, la forza costitutiva delle parole – l'an della loro rilevanza per il diritto – è associata a una qualche loro forma giuridica. Solo grazie alla sua forma, ossia alla sua espressione in lingua giuridica, un comportamento linguistico è infatti riconoscibile come atto e sono ad esso ascrivibili significati giuridici".

trovino riscontro in alcuni di essi⁵⁷.

La categoria dei comportamenti programmatici abbraccia fenomeni eterogenei, spaziando dai negozi privati agli atti dei pubblici poteri (legge, sentenza, provvedimento)⁵⁸.

3. 2. La validità come predicato dei soli comportamenti programmatici

La dimensione della validità è estranea agli eventi⁵⁹.

Laddove non ricorre l'azione, infatti, gioco forza non ricorrono neppure le metanorme che indicano le condizioni che il soggetto deve rispettare per porre in essere un precetto valido⁶⁰.

Per ragioni simili la validità non riguarda neppure i comportamenti materiali⁶¹, dove pure è assente l'azione manifestativa, ossia l'oggetto della disciplina contenuta

⁵⁷ Per una impostazione simile, anche se non coincidente, v. R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit. 579

⁵⁸ A.FALZEA, *Atto reale*, cit., 790 s.

⁵⁹ A. G. CONTE, *Atti ed eventi*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 2009,130 s. e note: “gli eventi non sono né validi, né invalidi, come i numeri primi non sono né rossi, né non-rossi”.

⁶⁰ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, 6, il quale rileva che “solo per un comportamento umano è possibile predisporre un modello e pretenderne nel medesimo tempo l'osservanza. Soltanto nei confronti degli individui, si può richiedere che, intrapresa una data attività, questa si svolga in un certo modo anziché in un altro, cos' da giustificare un apprezzamento favorevole o meno de modo in cui è stata realizzata”. Di fronte a un fatto della natura, prosegue l'A., “è possibile solo la constatazione della sua rispondenza al modello previsto dall'ordinamento, senza alcun apprezzamento favorevole o meno dell'avvenimento a seconda che si sia o no realizzato in conformità a qual modello, appunto perché la necessità delle leggi fisiche non permette che un fatto che si sta svolgendo in un certo modo, si configuri per la natura l'obbligo e nemmeno la possibilità di un altro svolgimento”; alle stesse conclusioni perviene R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit., 578, il quale tuttavia, muovendo dalla concezione della invalidità come giudizio di valore di segno negativo, esclude gli eventi dall'ambito del fenomeno “potendo l'ordinamento incidere con le sue valutazioni su accadimenti in qualche modo indirizzabili, non già su eventi che si realizzano indipendentemente dalla volontà umana, rispetto ai quali si pone soltanto un problema di accertamento in termini di esistenza (in senso giuridico) o inesistenza”; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 38.

⁶¹ R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit., 578; *contra* A.M. SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, 13.

nelle norme sulla produzione.

La validità, quindi, è una qualificazione tipica ed esclusiva dei comportamenti programmatici,⁶² entità complesse costituite dalla sintesi di giudizio di valore e azione manifestativa.

Passando dalla individuazione del referente oggettivo della validità nella *norma* al *comportamento programmatico* si sposta il discorso dal livello teorico a quello dogmatico e, contemporaneamente, si realizza il presupposto per una definizione più analitica dell'oggetto della validità medesima. In considerazione della struttura del fatto giuridico, infatti, si può ritenere che la validità sostanziale, imponendo sulla prescrizione vincoli di tipo contenutistico, riguarda il giudizio di valore (oggetto della manifestazione); mentre la validità formale l'azione manifestativa⁶³.

La delimitazione dell'ambito della validità ai comportamenti programmatici fa emergere inoltre la correlazione tra validità e soggettività⁶⁴. La prima, restando esclusi non solo gli eventi ma anche i comportamenti materiali, riguarda solo le entità in cui la seconda si esprime nei riguardi dell'ordinamento al livello più elevato, chiamando in causa la libertà dell'individuo e la sua dimensione spirituale ed intellettuale.

La validità, in conclusione, vera e propria dimensione di sistema, rappresenta il

⁶² A conclusioni non diverse pervengono i filosofi (L. NOWAK, S. WRONKOWSKA-JAS'KIEWICZ, M. ZIELIN'SKI, Z. ZIEMBIN'SKI, *Czynnos'ci konwencjonalne w prawie* [Gli atti convenzionali nel diritto], 1972, citati da G. LORINI, *Quattro declinazioni dell'atto giuridico*, cit., 190) per i quali la (in)validità è predicabile solamente con riguardo agli atti convenzionali e non agli atti psicofisici; tra i giuristi, limita l'ambito della (in)validità ai "comportamenti dichiarativi" R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit., 578.

⁶³ T. MAZZARESE, *Validità*, cit., 597 distingue, a seconda del contenuto delle metanorme, tra validità di atti e validità di norme; in questi termini anche G. CORSO, *Validità*, cit., 85 ss.; M.S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme* (1955), in Id. *Scritti*, III, 893 ss.. distingue tra vizi formali attinenti all'atto-fonte e vizi sostanziali attinenti alla norma; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 213 ss.; F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1003, che distingue vizi dell'atto e vizi della disposizione; A. G. CONTE, *Minima deontica*, cit., distingue tra validità che si predica degli atti, di norme (status), di formulazione linguistiche di norme (enunciati deontici) (v. pragmatica, sintattica, semantica); Id., *Studio per una teoria della validità*, 60 ss. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 530 ss.

⁶⁴ A.M. SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, 3 ss.; cfr., adesivamente, A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1127 ss.

riflesso sul piano del diritto obiettivo della dimensione esistenziale del soggetto di diritto e della sua forza attiva nella dinamica giuridica.

CAPITOLO II

LA VALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1. Provvedimento amministrativo e validità.

La dottrina amministrativistica si accosta con un certo disagio alla categoria della validità⁶⁵, assumendo posizioni di prudenza, ove non di scetticismo, in ordine al ruolo che ad essa spetta in seno alla teoria del provvedimento⁶⁶.

In una certa misura, la crisi della validità in diritto amministrativo è il riflesso della crisi che attraversa ciclicamente la nozione sul piano della teoria generale, le cui cause vanno individuate nell'eterno problema dei rapporti con la perfezione della fattispecie e l'efficacia giuridica⁶⁷; essa, però, dipende anche da fattori specifici, connessi all'essenza del provvedimento amministrativo, sui quali è adesso venuto il momento di soffermarsi.

Uno dei *topoi* degli studi sull'azione autoritativa dell'amministrazione degli ultimi cinquant'anni in Italia è la svalutazione della figura del provvedimento e il conseguente spostamento dell'attenzione sulla funzione⁶⁸, cioè sul processo di

⁶⁵ A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., 1117.

⁶⁶ Cfr., ad esempio, A. PIRAS, *Invalidità*, (*dir. amm.*), in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972599, il quale, dopo aver rilevato l'inesistenza di una "ricostruzione compiuta del tema della validità (e invalidità) degli atti amministrativi" ed escluso "che un qualche ausilio possa venire da una estensione dell'analisi ai dati che risultano da una lettura critica della giurisprudenza", conclude nel senso che "gli unici apporti che gli insegnamenti della giurisprudenza possono fornire al dibattito hanno, semmai, carattere negativo: hanno cioè tale contenuto da far sorgere il dubbio sull'esistenza del problema dell'invalidità degli atti amministrativi".

⁶⁷ Si allude soprattutto alla nota posizione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 299, secondo cui "in materia di invalidità le teorizzazioni generali costituiscono una via metodologicamente sbagliata".

⁶⁸ Per questo giudizio v. E. CASSETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XII, Torino, 1997, 245; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 158: "se vi è un tratto che caratterizza l'atteggiamento della dottrina giuspubblicistica e in particolare quella amministrativistica a partire dal secondo dopoguerra, esso è (...) la diversa attenzione rispetto al passato prestata ai profili dell'attività e del procedimento (...) avendo presente l'aspetto funzionalistico e gli scopi di interesse pubblico

trasformazione del potere in atto che si realizza nelle forme del procedimento (concepito come forma della funzione)⁶⁹. In quest'ottica assurge a fattispecie giuridica

predefiniti dalle norme”; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012,7.

⁶⁹ Le opere che hanno aperto questa prospettiva sono notoriamente F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione amministrativa*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1950, 1 ss. e *Id.*, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 118 ss., ora rispettivamente in *Id.*, *Scritti giuridici, II*, Milano, 2006, 991 ss., 1117 ss., da cui si cita: la funzione viene concepita come il concretarsi del potere in atto, il “farsi dell’atto” (*Funzione amministrativa*, cit.,1120), e il procedimento come “manifestazione sensibile della funzione” (*Funzione amministrativa*, cit., 1124). Cfr., nella stessa direzione *Id.*, *Disegno dell’Amministrazione Italiana*, Padova, 1996, 176.

La tesi viene estremizzata da G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 280-293, spec. nota 69, secondo cui il procedimento non è forma, ma sviluppo materiale della forza giuridica, e la funzione rientra in una “corso fenomenologico diverso da quello dell’atto” e parzialmente autonomo. Dello stesso A., cfr. *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 779 ss., 791 dove, tra l’altro, si lamenta che la dottrina successiva a Benvenuti non ha inteso il potenziale della teoria della funzione, fagocitandola all’interno degli schemi tradizionali del procedimento come fattispecie dell’atto e dell’atto come prodotto di un soggetto qualificato dall’appartenenza all’amministrazione. Simili considerazioni in A. ROMEO, *L’impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008, 215, 240 ss. e in E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012, 209 ss. Concepisce la funzione come “processo formativo di una decisione” e segnala l’esigenza di superare la prospettiva tradizionale F. LEDDA, *La concezione dell’atto amministrativo e dei suoi caratteri* (1987), in *Id.*, *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 242 (*amplius v. infra*). Cfr. gli sviluppi operati in questa direzione da A. ROMEO, *L’impugnabilità degli atti amministrativi*, cit., 87 ss., 298, secondo cui per funzione non deve intendersi “il processo modificativo in un atto giuridico di un potere compiutamente definito dal precetto normativo (...) ma (...) la modalità procedurale continua attraverso cui l’amministrazione attende all’identificazione e composizione degli interessi ad essa affidati”.

Sul concetto di funzione amministrativa v., *ex plurimis*, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, II, 353 ss. *passim*; U. ALLEGRETTI, *L’imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 226 ss; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, 123 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Ec. e Comm. Università di Messina*, 1982, 406; G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, 329, *passim*; F. LEDDA, *La concezione dell’atto amministrativo e dei suoi caratteri*, cit., 242 (*amplius v. infra*).; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, e in *Id.*, *La democrazia com problema. I. Diritto, amministrazione ed economia*, tomo 2, 301 ss.; A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella l. 241/1990 (quarant’anni dopo la prolusione di F. Benvenuti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 665; G. NAPOLITANO, *Funzioni amministrative*, in S.

l'attività amministrativa come complesso di atti deputato alla cura di interessi pubblici⁷⁰ e il provvedimento viene concepito come momento di “riepilogo” del

CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 2631; A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008, 94 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 200, secondo cui, quando si dice che il procedimento è la forma necessaria della funzione, si intende dire che il procedimento non è nella disponibilità del legislatore; E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., 201 s.

Bisogna comunque avvertire della polisemia del termine “funzione”: sul punto cfr. F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, 301 ss.; F. BENVENUTI, *Semantica di funzione*, in *Jus*, 1985, 3 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, V, Milano, 2006, 3875 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1989, 1, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, V, cit., 4081 ss. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 121 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 200 s., che distingue funzionalizzazione e funzionalità; F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 76 s., che individua due principali accezioni di “funzione”: il termine indica, per un verso, una qualità intrinseca dell'attività amministrativa, cioè il fatto di essere diretta alla cura di interessi pubblici; per un altro verso, rimanda alla rilevanza giuridica globale e unitaria dell'attività medesima. F. MERLONI, *Interesse pubblico, funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, propone la funzione come “nozione tipica dell'organizzazione”, basata sulla “stretta connessione tra finalità, compiti e uffici”.

⁷⁰ La nozione di attività è stata sviluppata soprattutto dai cultori del diritto commerciale.

G. AULETTA, *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1968, 982, definisce l'attività come serie di atti orientati al perseguimento di un fine unitario e complessivamente considerati dal diritto. La nozione non è costruita sul piano empirico o fenomenologico – non allude cioè ad un comportamento strutturalmente diverso da quello che si realizza tramite singoli atti – ma sotto il profilo della rilevanza giuridica: di attività si può parlare solo quando la fattispecie normativa sia strutturata in modo tale da prendere in considerazione unitariamente la serie di atti, collegandovi uno o più effetti giuridici. Sottolinea questo aspetto, in polemica con le teorie che costruiscono l'antitesi atto-attività sul piano fenomenologico, P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 2001, 188 ss.; sul punto v. anche D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, 192; sull'impresa come attività v. G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, I Padova, 1992, 239 ss; *Id.*, *Impresa come imprenditore*, ivi, 263 ss.

M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 988, osserva che secondo la dottrina tradizionale l'attività amministrativa non potesse “formare oggetto di una qualificazione se non attraverso la mediazione degli atti nei quali si manifesta” (sul punto v. E. CASSETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig., disc., pubbl.*, I, Torino, 1987, 522). Lo stesso A. ritiene tuttavia di dover superare questa idea, riconoscendo la possibilità che, sia in diritto privato che in diritto pubblico “un'attività nel suo complesso possa avere rilevanza giuridica”: il riferimento è alle “attività cui si addice il nome di *funzioni*, le quali possono ricevere

processo decisionale svoltosi nel corso del procedimento⁷¹, vero e proprio “luogo dell’autorità”⁷².

qualificazioni giuridiche in ordine al modo con cui sono svolte, nella loro globalità” (*Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 443 ss.). Giannini, peraltro, si era servito sin dalle origini della nozione di attività amministrativa, definita *sostanzialmente* come la cura di interessi pubblici e *modalmente* come attuazione di legge (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 14, 22).

Rileva F. LEDDA, *L’attività amministrativa*, in Id., *Scritti giuridici*, cit., 258, l’attività amministrativa può essere intesa in due accezioni complementari: o “come attività svolta a <<fare l’atto>> (Benvenuti, Casetta ed altri), o come insieme di atti individuato dal riferimento ad un obiettivo, ad un settore di intervento, ad un certo complesso organizzativo e così via dicendo”. Si colgono in questa concezione le affinità dei concetti di attività e funzione amministrativa che per molti aspetti sembrano addirittura sovrapponibili.

Per l’estensione della metodologia applicata nello studio dell’impresa come attività alla azione amministrativa v. F. SATTA, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Roma, 1988, 9; Id, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1376. In questa direzione si è mosso soprattutto F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 83 s., secondo il quale l’attività amministrativa, quale complesso di atti puntuali assunti per la cura di interessi pubblici, “si erge a fattispecie, allorché viene globalmente o unitariamente presa in considerazione dal diritto”. L’attività così concepita, in cui rientrano anche le “omissioni di atti, i silenzi, i ritardi”, può essere “presa in considerazione nella sua globalità, ossia come attività amministrativa *tout court* (con riferimento all’attività di tutte le amministrazioni); ovvero può elevare a fattispecie la sola attività che culmina nell’adozione di un provvedimento (...); ovvero ancora può conferire rilievo all’ (intera) attività posta in essere da un ente, da un organo, da un funzionario in una data unità temporale; e così via”. Nella attività amministrativa concepita come “attività di cura di interessi pubblici globalmente rilevante” convergono le due principali accezioni della “funzione” (la funzione come complesso di atti; la funzione come *deputatio ad finem* di quegli atti) (77). Di compresenza nel concetto di attività amministrativa delle due accezioni del concetto di funzione discorre anche A. ROMEO, *L’impugnabilità degli atti amministrativi*, cit., 239 s. Aderisce alla concezione di Scoca D. D’ORSOGNA, *Contributo allo studio dell’operazione amministrativa*, 197 ss., 207, che vi innesta la nozione di operazione amministrativa, da intendere come ‘assunzione di più atti e comportamenti amministrativi nella stessa fattispecie giuridica “non per la comune provenienza di essi da una unica figura giuridica soggettiva, ovvero in ragione della tensione si essi verso un determinato provvedimento amministrativo, ma per la proiezione di ciascuno di essi, anche se provenienti da figure soggettive diverse e se dislocati in procedimenti amministrativi distinti, verso un risultato unitario”.

⁷¹ W. SCHMITT-GLAESER, *Pretese speranze e realizzazioni; il procedimento amministrativo e la sua legge – una osservazione introduttiva*, in *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania. Problemi di amministrazione pubblica*, Napoli, 1979, 427 s; F. LEDDA, *La concezione dell’atto amministrativo*, cit., 244 s. Nella concezione dell’A. – osserva A. ROMANO TASSONE, *Il*

Le ragioni della “crisi” della validità in diritto amministrativo sono strettamente connesse all’affermarsi di un simile ordine concettuale.

Si osserva infatti che la validità è un predicato dell’atto, riguardato da un punto di vista strutturale, e non dell’attività. Come tale, essa è considerata espressione di un approccio recessivo al fenomeno giuridico amministrativo⁷³ che assegna scarsa rilevanza all’attività preparatoria all’adozione dell’atto⁷⁴.

In particolare, la teoria della validità, essendo stata elaborata in seno alla teoria del negozio giuridico – atto privo di rilevanza funzionale rispetto al quale l’ordinamento si limita a pretendere l’osservanza di requisiti minimi di struttura –,

contributo di Franco Ledda alla teoria del provvedimento amministrativo, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2007, 493 – il rapporto di funzionalità servente tra gli atti del procedimento e il provvedimento (prefigurato da M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, 1950, 290 s.; *Id.*, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 164 ss.; su questa impostazione, per tutti, F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir Amm.* 1995, 3 s.) viene ribaltato: “non sono infatti gli atti del procedimento a porsi in relazione di servizio rispetto ad un provvedimento in cui si esprime la sostanza del potere autoritativo della p.a, ma, al contrario, è il provvedimento a porsi in posizione di servizio rispetto alla decisione autoritativa che si concreta nel procedimento”. Cfr. altresì D. SORACE *Promemoria per una nuova voce “Atto amministrativo”*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 765; M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell’amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell’amministrazione*, Milano, 1990, 14 s.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 61 ss; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell’interesse pubblico*, Torino, 1996, 350, *passim*; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 77 ss.; A. ROMEO, *L’impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008, 92 ss.

⁷² Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Il contributo di Franco Ledda alla teoria del provvedimento amministrativo*, cit., 493 s.

⁷³ F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano, 1990, 136 nota, 150 nota; M. D’ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, 98 osserva che la crisi della (in)validità in diritto amministrativo è dovuta allo spostamento dell’accento sugli aspetti funzionali dell’attività amministrativa, con la contestuale svalutazione del dell’approccio strutturale.

⁷⁴ Un modello a sua volta esemplato su quello del negozio di diritto privato, dove, vigendo il principio di irrilevanza dei motivi, l’attività precedente alla esternazione è considerata estranea alla dimensione giuridica. Su questi profili v. M. D’ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, 93 ss., 149 ss.

sarebbe inidonea ad esprimere l'essenza della limitazione del potere amministrativo e a rappresentare le modalità concrete attraverso le quali essa trova realizzazione.

Sotto il primo aspetto, infatti, si rileva che l'ordinamento è interessato a preservare la funzionalità del provvedimento (intesa come idoneità alla cura degli interessi pubblici)⁷⁵ e non la sua integrità strutturale; sotto il secondo si osserva che, essendo il procedimento – e non il provvedimento – il “luogo” in cui l'amministrazione opera le scelte, la limitazione del potere si realizza nel corso dell'intera funzione⁷⁶.

Ora, che per intendere la reale sostanza del fenomeno amministrativo, anche da un punto di vista rigorosamente giuridico, sia necessario tenere in considerazione il momento dinamico della funzione, cioè l'attività in cui si estrinseca il potere e che si conclude con l'adozione del provvedimento, non pare possa esservi dubbio alcuno. Ciò

⁷⁵ La posizione di F.G. SCOCA trova una efficace sintesi nelle stesse parole dell'A.: “(...)sembra inutile, forse anche inesatto, parlare di invalidità con riferimento al provvedimento amministrativo. (...) ci si può limitare ad osservare che, da un lato, la nozione di illegittimità è di per sé sufficiente ad indicare lo stato viziato del provvedimento amministrativo (e pertanto il riferimento alla nozione di invalidità non aggiunge nulla), e dall'altro che la nozione di invalidità è legata alle prospettive delle imperfezioni del negozio giuridico, che peraltro rispondono ad un diverso regime giuridico e, soprattutto, ad una diversa impostazione logico-sistemica” (*Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 150 nota). Con riguardo al negozio, l'ordinamento si limiterebbe a richiedere la presenza e la non difettosità di elementi strutturali della fattispecie; mentre con riguardo al provvedimento le reazioni invalidanti sarebbero connesse al riscontro della sua disfunzionalità, cioè della incapacità di realizzare l'interesse pubblico indicato dalla legge. In breve, mentre il negozio verrebbe in rilievo come fattispecie e dunque per i suoi aspetti strutturali, il provvedimento verrebbe in considerazione come misura per la realizzazione dell'interesse pubblico e dunque sotto il profilo funzionale. Ora, poiché i concetti di validità e invalidità sarebbero intimamente connessi (come in effetti nella tradizione civilistica sono) all'idea della normalità-anomalia della fattispecie, ovrèossia agli aspetti morfologici degli atti giuridici, sarebbe improprio esportarli nel campo del diritto amministrativo dove i valori di cui l'ordinamento esige il rispetto non sono connessi alla struttura ma alla funzione degli atti: da qui la convinzione che, più che di invalidità del provvedimento amministrativo, dovrebbe parlarsi di illegittimità dello stesso. Sul punto cfr. *Id.*, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 7 ss.

⁷⁶ Osserva A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 78 che “appena ci si è accorti della difficoltà di tipizzare in via preventiva i contenuti delle decisioni amministrative discrezionali e di controllare le determinazioni raggiunte in relazione al parametro dell'interesse come causa dell'atto, si è sviluppata in modo prepotente l'attenzione alla disciplina e al controllo del farsi della decisione”.

non tanto per l'ovvia considerazione che l'attività autoritativa dell'amministrazione si svolge secondo le forme procedurali – elemento che, come noto, non è incompatibile con una prospettiva atto-centrica⁷⁷ –, quanto piuttosto perché le decisioni parziali che precedono il provvedimento sono giuridicamente rilevanti in via autonoma⁷⁸, e perché in taluni casi è l'attività amministrativa nel suo complesso ad essere punto di collegamento di effetti giuridici da parte delle norme (si pensi, ad esempio, al controllo di gestione)⁷⁹.

Nondimeno, prendere atto di questa realtà non impone affatto di ritenere impossibile o inutile una teoria della validità del provvedimento.

Innanzitutto, la circostanza che la validità sia qualificazione degli atti e non delle attività⁸⁰, e che pertanto attenga al provvedimento e non alla funzione, appare, più che un difetto, un pregio della nozione. Non si può infatti prescindere da qualificazioni specifiche (*rectius*: tipiche) del provvedimento, a meno che non si intenda diluirne integralmente la figura in quella della funzione⁸¹: compiendo così una operazione

⁷⁷ Cfr. W. SCHMITT-GLAESER, *Pretese speranze e realizzazioni*, cit., 377 ss., 425 ss. il quale osserva che nella legge tedesca sul procedimento l'atto giuridico mantiene la propria centralità, perché le norme sul procedimento sono concepite semplicemente come norme sulla sua formazione.

⁷⁸ Il che si riflette sul piano processuale nella immediata impugnabilità degli atti endoprocedimentali, o almeno di quelli che vincolano il prosieguo del processo decisionale: sul punto cfr. soprattutto A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, cit., 612 ss.; *Id.*, *Effettività della tutela giurisdizionale e atto amministrativo: le occasioni mancate e le occasioni possibili*, in *Giustamm.it.*, 2012, *passim*.

⁷⁹ Cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, *loc. ult. cit.*; D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, cit., 197 s. e nota, il quale rileva come “il dato normativo di cui tener conto (...) è oggi ben diverso rispetto a quello presupposto dall'approccio tradizionale” di una amministrazione per atti. Si allude, in particolare, a istituti quali il controllo di gestione ed efficienza, il controllo strategico, la responsabilità dirigenziale, la responsabilità dell'amministrazione verso terzi: “tutte vicende giuridiche che trovano nell'attività in quanto tale la loro fattispecie”.

⁸⁰ Su questo si può senz'altro concordare con quanto affermato da F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 91, nota, quando afferma che la nozione di validità “sembra attagliarsi a singoli fenomeni giuridici puntuali (un atto, una norma), piuttosto che ad un *continuum* di atti, non-atti, comportamenti, etc., in che consiste l'attività (amministrativa)”. Cfr. sul punto anche G. AULETTA, *Attività*, cit., 987.

⁸¹ O dell'attività. Sul punto v. le considerazioni di G. OPPO, *Impresa come imprenditore*, cit., 290, che, pur nel contesto di una concezione dell'impresa come attività, mette in guardia

discutibile dal punto di vista della teoria delle decisioni, dal momento che la conclusione del processo è sempre un atto di sintesi, cioè di drastica riduzione della complessità attraverso scelte selettive⁸²; ma soprattutto errata nella prospettiva del diritto, perché la soluzione del problema amministrativo acquista rilevanza per l'ordinamento nel momento in cui è trasfusa in un effetto giuridico, cioè in una trasformazione del sistema che è indiscutibilmente prodotta dal provvedimento⁸³. Ora,

dalla obliterazione della prospettiva degli atti, dal momento che “l'attività è fatta di atti, non viceversa”. Osserva condivisibilmente A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 90 s., che la dequotazione del provvedimento come luogo o momento in cui si forma la decisione non deve essere confusa “con una generale dequotazione di quella fase che è riservata alle scelte ed alle decisioni in senso stretto”. Nella prospettiva dell'A., si tratta piuttosto di riconoscere la “gradualità del processo di formazione della decisione”, la sua “articolazione in una pluralità di momenti diversi, cronologicamente ordinati”.

⁸² Sul potere come mezzo di comunicazione selettivo volto a ridurre la complessità sociale v. N. LUHMANN, *Match*, 1975, trad. it., *Potere e complessità sociale*, Milano, 1979, 1-18, *passim* e *ivi* le considerazioni di D. ZOLO, *Complessità, potere, democrazia*, Saggio introduttivo, XV; sulla decisione come atto di scelta v. F. MERUSI e G. TOSCANO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988, 1.

⁸³ A. ROMANO, *Commento all'art. 26 r.d. 26 giugno 1924, n. 105*, in A. ROMANO – R. VILLATA, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, 1155 s.: l'emanazione del provvedimento “costituisce il mezzo che l'ordinamento attribuisce all'amministrazione per il perseguimento dei suoi fini istituzionali, innovando unilateralmente negli assetti giuridici inesistenti, costituendo, modificando o estinguendo altrettanto unilateralmente situazioni giuridiche soggettive”; Id., *Riflessioni sul Convegno: autoritarità, consenso e ordinamento generale*, in *ANNUARIO AIPDA 2011*, Napoli, 2012, 372 s.; cfr. anche F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo*, cit., 248 s., il quale segnala che “mentre la decisione è essenzialmente scelta tra più modi di soluzione del problema, l'atto o provvedimento è necessario per la *realizzazione giuridica* corrispondente all'alternativa in concreto preferita”. Per la rivalutazione della figura del provvedimento v. da ultimo M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, cit., 7 ss., dove, tra l'altro, si rileva che “per quanto possano affinarsi a favore dei cittadini le tecniche di partecipazione o <<coalizione decisionale>> nel procedimento, estendersi i casi di utilizzo degli accorsi, incrementarsi le prestazioni rese dalla P.A. (che caratterizzano i servizi pubblici) a discapito delle prestazioni imposte dalla medesima, dilatarsi le aree di <<autoamministrazione>>, trascendersi la prospettiva del provvedimento individuale ipotizzando l'emersione della categoria dell' <<atto amministrativo fonte del diritto obiettivo>>, ricomporsi gli schemi dello stesso agire per atti (e per procedimenti) nella prospettiva sistemico/relazionale della <<operazione amministrativa>>, affiancarsi al paradigma del provvedimento quelli della “decisione come fatto giuridico comportamentale”, della <<azione amministrativa materiale>> e del <<rapporto amministrativo>>, sembra destinato a restare ancora, e per tempo non breve,

se si conviene sul fatto che il provvedimento mantiene un ruolo fondamentale all'interno della funzione amministrativa, allora le sue qualificazioni tipiche, tra cui la validità, non vanno rinnegate né espunte dal lessico giuridico, ma piuttosto rilette nella consapevolezza che attengono ad un fenomeno che si iscrive in una vicenda giuridica complessa e che pertanto in essa va contestualizzato.

Del resto, non sembra fondata l'osservazione secondo cui la qualificazione degli atti in termini di validità non tiene conto dell'attività precedente alla adozione dell'atto. È vero, piuttosto, che quest'ultima rileva solo in quanto un atto ne costituisca il risultato⁸⁴: se il consenso della controparte è estorto con violenza o minaccia, è chiaro che ad essere invalido è il contratto, ma è altresì indiscutibile che, stabilendo che il consenso deve essere manifestato in modo libero, l'ordinamento si preoccupa della attività preordinata alla stipulazione⁸⁵; lo stesso se ricorre un travisamento dei fatti posti a base della decisione dell'amministrazione: si dirà che il provvedimento è invalido, ma non per questo si negherà che la causa di quella invalidità si annida, almeno da un punto di vista fenomenologico, nella funzione.

La circostanza che la validità sia una qualificazione dell'atto, cioè, non è in contraddizione con il fatto che essa dipenda dall'osservanza di vincoli che operano anche nella fase dell'attività precedente: il che è esattamente quanto avviene per il provvedimento amministrativo⁸⁶. Non pare dunque che l'ordine concettuale in cui

un nocciolo duro di relazioni tra pubbliche amministrazioni e individui regolate da provvedimenti, intesi come atti in grado, con riferimento a vicende concrete, di conformare unilateralmente la sfera giuridica a prescindere dal raggiungimento di un accordo”.

⁸⁴ E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, 131.

⁸⁵ Sulla rilevanza anche in diritto privato del processo di formazione dell'atto v. Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento nel diritto privato*, Milano, 1961, *passim*. Cfr. F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004, 656-659.

⁸⁶ Infatti, non si potrebbe non convenire con F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., quando afferma che molte delle norme da cui dipende la legittimità del provvedimento riguardano in realtà l'attività. Già F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 211, osservava che esiste “una serie di norme o di criteri aventi una qualche influenza sull'atto amministrativo ma che, a ben vedere, non disciplinano propriamente alcun elemento dell'atto stesso”; cfr. altresì A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 262 ss., 284 ss.; *Id.*, *Invalidità*, cit., 607; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., 1019.

tradizionalmente si muove la teoria della validità sia incompatibile con la sostanza del fenomeno amministrativo e con l'idea che oggetto diretto della disciplina non sia solo il provvedimento ma l'attività nel suo complesso.

In sintesi, si può dire che la teoria della validità non rinnega la prospettiva della attività-funzione; semplicemente, piuttosto che guardare al provvedimento attraverso di essa, guarda alla funzione attraverso il provvedimento. Ed è proprio in questa ottica che rivela tutta la propria capacità euristica la definizione del provvedimento come comportamento programmatico. Essa, per un verso, preserva l'identità del provvedimento, come fatto giuridico che non si dissolve nella funzione, e, al contempo, ne mette in rilievo la funzione manifestativa⁸⁷, cioè l'essenza di vettore sul piano dell'ordinamento di un giudizio di valore che, proprio in quanto oggetto di manifestazione, acquista rilevanza giuridica.

Va infine osservato che la considerazione degli atti giuridici in termini di validità non necessariamente corrisponde ad un atteggiamento di indifferenza dell'ordinamento rispetto agli interessi che i soggetti perseguono attraverso gli stessi⁸⁸. Quando si afferma il contrario si vuole istituire un legame tra (in)validità e approccio formale-strutturale agli atti giuridici che non trova riscontro nella realtà dell'ordinamento.

Su di un piano di teoria generale C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 35, 290 ss., sostiene che la nullità derivi da vizi dell'atto, l'annullabilità da vizi dell'attività. Con questa tesi non si può concordare, per la semplice ragione che nullità e annullabilità sono rimedi conformati dal diritto positivo, sicché il legislatore ha la piena disponibilità del loro ambito di operatività. Criticano la tesi di Esposito A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 320; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 34.

⁸⁷ Sul punto v. F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, cit., 248, che definisce il provvedimento come "un fatto (generalmente, una dichiarazione) che rende manifesto un altro fatto logicamente anteriore, cioè la decisione relativa ad un problema definito, in guisa da rendere possibile (...) la comprensione di quanto si è deciso e quindi dell'assetto d'interessi che si è voluto stabilire". Sviluppi di questa impostazione in E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., 219-221

⁸⁸ Ragioniamo per il momento prendendo per buona la tesi secondo cui il provvedimento sarebbe dotato d una propria funzionalità, di cui sarebbe invece sprovvisto il negozio. Per la critica a questa impostazione, v. infra.

È pacifico, ad esempio, che la validità della legge dipende dalla sua compatibilità con la Costituzione; ed è altrettanto evidente che non ogni contenuto che la legge può astrattamente assumere si armonizzi con la Carta⁸⁹. Quanto all'autonomia privata, se è vero che secondo la definizione tradizionale implica la libertà dei singoli di agire giuridicamente per la realizzazione dei propri fini⁹⁰, è anche vero che il codice civile italiano, che pure di quella autonomia costituisce il principale baluardo, prevede ad esempio la nullità come conseguenza dell'illiceità contrattuale, fornendo così la dimostrazione del fatto che, anche nell'ottica codicistica, l'assetto degli interessi programmato dalle parti è rilevante ai fini della validità del negozio⁹¹. Se, poi, ci si spinge ad esaminare la disciplina contenuta nelle leggi speciali, soprattutto quelle di matrice europea, questo atteggiamento di non indifferenza dell'ordinamento rispetto al prodotto della autonomia privata emerge con ancora maggiore nettezza: basta pensare al sistema delle c.d. nullità di protezione poste a tutela del contraente debole (consumatore o impresa) e caratterizzate dal fatto di costituire rimedi ad una invalidità che non dipende dalla difettosità della fattispecie ma dalla diretta riprovazione da parte dell'ordinamento del regolamento contrattuale stabilito dalle parti⁹².

La connotazione funzionale del provvedimento, in definitiva, può spiegare la prevalenza del regime dell'annullabilità (cioè l'esigenza della conservazione, ove

⁸⁹ Cfr. per tutti F. MODUGNO, *Validità*, cit., 1993, 54 -58; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 890 ss.

⁹⁰ Sull'autonomia privata cfr. Santi ROMANO, *Autonomia*, in Id. *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 24 s.; S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 366 ss.

⁹¹ Sulla concezione del contratto illecito come contratto invalido v. *infra*. Si anticipa che, secondo nella prospettiva qui adottata, non esiste comportamento programmatico in relazione al quale sia dato riscontrare indifferenza assiologica da parte dell'ordinamento. Ne consegue, ad esempio, che discrezionalità amministrativa e autonomia si distinguono solo sul piano quantitativo, essendo la prima caratterizzata da un condizionamento assiologico più intenso di quello relativo alla seconda, rispetto alla quale – si ripete – l'ordinamento non è in posizione di indifferenza.

⁹² Quest'aspetto è messo in rilievo, soprattutto in relazione alla conformazione del rimedio della nullità, da M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, cit., 95, 252 ss. Per alcuni richiami bibliografici alla dottrina civilistica v. *infra*.

possibile, degli effetti giuridici del provvedimento invalido)⁹³, ma di certo non vieta di predicarne la validità e l'invalidità. Più in generale, del resto, è proprio la dimensione assiologico-funzionale a segnare la differenza tra la nozione di validità e quella di perfezione, come dimostra il fatto che, mentre quest'ultima può essere utilizzata in rapporto a tutti i tipi di fatti giuridici, la prima è esclusiva dei comportamenti programmatici, cioè dei fatti giuridici che manifestano giudizi di valore.

In conclusione, si deve riconoscere che lo scetticismo della dottrina amministrativistica nei confronti della validità affonda le radici nella logica profonda del sistema. Esso, tuttavia, non può essere condiviso perché si basa, per un verso, sulla eccessiva svalutazione del provvedimento, e, per altro verso, sulla ingiustificata affermazione secondo cui la teoria della validità rimanderebbe ad un approccio strutturale ai fatti giuridici, inadeguato per il provvedimento che viene invece in rilievo soprattutto per i suoi aspetti funzionali.

Superata in tal modo la questione pregiudiziale, relativa alla possibilità e all'opportunità di una teoria della validità in diritto amministrativo, la ricerca può proseguire. Non sfugge a chi scrive la connessione dei temi che saranno trattati con altri di non minore impegno, dalla discrezionalità amministrativa alla portata del principio di legalità o dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento; connessione cui, all'interno di una visione generale e comprensiva del diritto amministrativo autoritativo, non sembra potersi rinunciare. Nondimeno si dichiara sin d'ora che, per evidenti ragioni di coerenza interna della trattazione e di delimitazione tematica della stessa, il discorso che segue sarà condotto esclusivamente sul terreno della validità. I riferimenti a differenti dimensioni teoriche del fenomeno amministrativo saranno limitati all'essenziale, specie quando nessuna incompatibilità sia dato riscontrare tra le tesi che si proporranno e le acquisizioni consolidate della dogmatica.

2. Validità del provvedimento come conformità a un paradigma normativo

⁹³F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 9; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 185 ss.

Valido dal punto di vista formale si dice il provvedimento conforme al suo paradigma normativo, ossia al *corpus* costituito dalle norme che ne regolano la produzione; invalido, invece, quello difforme⁹⁴.

In questa alternativa non vi sarebbe spazio per l'irregolarità⁹⁵ se con tale nozione si intendesse far riferimento a presunte violazioni del paradigma normativo da parte del provvedimento che non ne determinano l'invalidità⁹⁶. L'irregolarità può essere ammessa solo dopo aver escluso che tra l'invalidità e l'inefficacia esista un nesso eziologico necessario e, quindi, solo a condizione di concepire quest'ultima come il risultato di una forza contraria alla normale efficacia del provvedimento, che non viene meno a cagione dell'invalidità⁹⁷: essa, infatti, indica lo stato del provvedimento affetto da un vizio che è "minore" non perché non dà luogo a invalidità⁹⁸, ma perché non dà luogo ad inefficacia: irregolare, in definitiva, non è il provvedimento difforme ma valido, bensì quello difforme (ossia invalido) ma non inefficace.

⁹⁴ G. CORSO, *Validità*, cit., 94.

⁹⁵ Sulla categoria A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, 9 s., dove si distingue una teoria oggettiva e una teoria soggettiva. Secondo la prima è irregolare l'atto che, sebbene difforme dal paradigma normativo, non subisce l'invalidazione; la seconda, invece, più ristretta, riscontra l'irregolarità laddove la difformità dell'atto non determina l'invalidità ma l'applicazione di una sanzione a carico del suo autore. L'A. ritiene preferibile la teoria oggettiva che, sebbene piuttosto generica e dotata di valore meramente descrittivo, sembra più aderente alla realtà del diritto amministrativo, dove non è possibile distinguere la disciplina del comportamento del soggetto e la disciplina di validità dell'atto. Sul punto v. *supra*.

Sulla distinzione tra teoria soggettiva e oggettiva dell'irregolarità v. anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 236 ss.

⁹⁶ In questo senso, invece, F.G. COCCA, *Attività amministrativa*, cit., 99, secondo cui l'irregolarità consiste in una illegittimità non viziante. L'A., evidentemente, giunge a questa conclusione perché separa legittimità e invalidità, identificando quest'ultima nel complesso dei rimedi avverso l'illegittimità, secondo l'impostazione di A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 600.

Contra, G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Id.* (a cura di), *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 237, 243, che esclude l'irregolarità in ragione del principio della eguale rilevanza dei vizi.

⁹⁷ Si deve ad A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 23-32, l'aver messo in luce che la possibilità di introdurre fondatamente la nozione di irregolarità del provvedimento amministrativo dipende dal modo di concepire i rapporti tra invalidità e inefficacia.

⁹⁸ G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *ANNUARIO AIPDA 2002*, Milano, 2003, 79 ss.

All'interno della validità, latamente intesa come relazione di conformità tra provvedimento e norma, si può distinguere tra validità formale e validità sostanziale.

La distinzione rispecchia il tipo di vincolo imposto dalle norme sulla produzione.

Sono norme sulla produzione di carattere formale quelle che contengono prescrizioni sul procedimento, cioè sulla "forma della funzione", e sugli aspetti esteriori del provvedimento, cioè sul provvedimento come documento. In prima approssimazione, e salvo quanto si dirà nel paragrafo successivo, si può affermare che la loro violazione dà luogo a vizi formali⁹⁹.

Sono sostanziali le norme sulla produzione che, a vario titolo, vincolano il contenuto del provvedimento, stabilendo cosa l'amministrazione non può decidere e cosa invece deve decidere (secondo le formule di Ferrajoli, l'"indecidibile che" – ovvero ciò che non si può decidere- e "l'indecidibile che non" – ovvero ciò che non si può non decidere). Tali metanorme possono imprimere un vincolo positivo, nel senso di imporre un certo contenuto al provvedimento; oppure negativo, nel senso di vietare un certo contenuto del provvedimento; oppure in termini di compatibilità, cioè imporre che il contenuto del provvedimento non sia incompatibile con il loro. La loro violazione dà luogo a vizi sostanziali.

È stato sostenuto che le norme sulla produzione di tipo formale non operano in rapporto ai provvedimenti amministrativi vincolati, rispetto ai quali dunque sarebbe opportuno far questione esclusivamente di (in)validità sostanziale¹⁰⁰. Ciò perché il provvedimento vincolato costituisce l'estrinsecazione di un potere accertativo inserito nel contesto di una "strategia decisionale secondo regole" predisposta direttamente dal legislatore: in essa le previsioni di ordine procedimentale e formale rilevarebbero come mere "norme interne all'organizzazione amministrativa", dalla cui violazione può derivare solo un illecito disciplinare, e non come norme sulla validità degli atti, dal

⁹⁹ F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003, 187 ss., 211. L'A. identifica il vizio formale nella violazione di norme contenenti la disciplina delle forme di esternazione del provvedimento e le procedure per la sua adozione; ritiene, però, che l'imperfezione dell'atto può dirsi formale solo quando ad essa non è collegata "la qualificazione di illegittimità dell'atto e quindi l'applicazione del regime tipico degli atti invalidi".

¹⁰⁰ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 272 ss.

momento che la “dinamica ordinamentale” non risulterebbe pregiudicata da “difetti di funzionamento” dei poteri accertativi ¹⁰¹.

Le conclusioni di questa dottrina sembrano dover essere rovesciate: l'incompatibilità sussiste non tra provvedimento vincolato e norme di validità formali ma tra provvedimento vincolato e norme di validità sostanziali. Se è vero, infatti, che i provvedimenti vincolati non sono “decisioni” ma “atti costitutivi in senso stretto”, nel senso che il loro significato precettivo non è rimesso alla “volontà” dell'autore ma rigidamente prestabilito dalle norme ipotetico-costitutive che lo predispongono, ne deriva l'inesistenza di uno spazio logico per l'operatività di norme che stabiliscono vincoli di validità di tipo sostanziale¹⁰² e giammai per l'operatività di norme che stabiliscono vincoli di tipo formale. Rispetto ad un atto vincolato, cioè, non può operare il principio di buon andamento o la regola della parità di trattamento tra situazioni uguali, mentre può ben operare l'obbligo di motivazione o di comunicare l'avvio del procedimento.

Sul piano teorico, in definitiva, sembra doversi dire che del provvedimento vincolato è concepibile il vizio formale ma non quello materiale. Altro discorso è se il legislatore, sulla base dell'osservazione che il vizio formale del provvedimento vincolato non determina alcuna alterazione del contenuto dispositivo, limita o esclude la possibilità di privare l'atto della sua efficacia¹⁰³.

3. La composizione del paradigma normativo. I vincoli di validità indiretti. Relatività della distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali

Alcune norme contenute nel paradigma del provvedimento amministrativo pongono condizioni di validità solo in modo indiretto.

Rientrano in questa categoria, in primo luogo, le norme sulla produzione prive di autonomo contenuto precettivo: le norme di rinvio, cioè quelle che elevano a condizione di validità un'altra norma oppure un atto, e le norme che assumono

¹⁰¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 272-279.

¹⁰² L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 507 ss.,

¹⁰³ Cfr. il paragrafo seguente.

contenuto precettivo solo nella fattispecie concreta. Sono tali, ad esempio, le prescrizioni che impongono di tenere in considerazione ai fini della decisione l'apporto procedimentale dei privati, oppure la norma che vincola la decisione alle conclusioni della istruttoria. I vincoli di validità introdotti da simili disposizioni sono diversi da caso a caso, perché il loro contenuto precettivo si modella all'interno della singola vicenda amministrativa; e si può anche verificare il caso che in concreto esse non possano trovare applicazione: ad esempio, l'obbligo di tenere in considerazione l'apporto partecipativo dei privati non sussiste se nessuno ha preso parte al procedimento. In definitiva, la singola vicenda amministrativa decide sia della applicabilità di queste norme sia del loro contenuto.

Le ipotesi di vincolo indiretto di gran lunga più rilevanti sul piano sistematico sono però rappresentate dalle norme che contengono prescrizioni di tipo formale e tuttavia idonee a riflettersi sulla determinazione del contenuto del provvedimento.

Si pensi, ad esempio, alla norma che prevede la comunicazione di avvio del procedimento: direttamente non stabilisce alcunché in ordine al contenuto del provvedimento, ma favorisce la partecipazione dei privati al procedimento, la quale a sua volta può incidere sulla definizione dell'affare. Lo stesso discorso vale, per fare un altro esempio, in relazione alla norma che prescrive la motivazione: è vero che si tratta di una regola sulla produzione di carattere formale, ma è altresì vero che l'obbligo di esplicitare le ragioni del provvedere costituisce per l'autorità una importante remora ad evitare decisioni manifestamente irrazionali e dunque incide sul contenuto del provvedimento¹⁰⁴.

L'attitudine di alcune prescrizioni formali ad incidere, sia pur indirettamente, sulla definizione del contenuto del provvedimento esclude che si possa rigorosamente distinguere tra vizi formali e sostanziali a seconda del carattere formale o sostanziale della norma violata. Se, infatti, la violazione di una norma di tipo sostanziale, alterando il contenuto del provvedimento, dà immancabilmente luogo ad un vizio sostanziale, la

¹⁰⁴ Questa notazione può essere considerata alla stregua di un corollario della concezione della motivazione come "discorso giustificativo" propugnata da A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 56 ss.: lo svolgimento del "discorso giustificativo", infatti, implica e presuppone la "giustificabilità" della decisione e dunque, per definizione, ne esclude la manifesta arbitrarietà.

violazione di una norma formale può esser causa, oltre che di un vizio formale, anche di un vizio sostanziale.

Solo attraverso un controllo *a posteriori* – che l'ordinamento italiano con l' art. 21 *octies* l. 241/1990, secondo comma affida al giudice – è possibile dunque stabilire se la violazione formale ha dato luogo all' invalidità sostanziale del provvedimento e calibrare di conseguenza la reazione in termini di inefficacia. L'approccio che tende ad escludere gli “annullamenti inutili” operando sul piano della ontologia dei vizi, ossia identificando in astratto le violazioni formali non incidenti sul contenuto, può funzionare esclusivamente in relazione ad anomalie assolutamente “minimali”, quali sono del resto quelle individuate dalla consolidata giurisprudenza in materia di irregolarità¹⁰⁵.

4. (segue) La composizione del paradigma normativo. Norme di legittimità e norme di opportunità. Critica.

Secondo una diffusa rappresentazione, non priva di simmetria e chiarezza, il paradigma normativo del provvedimento non si compone solo di norme giuridiche, ma anche di norme extragiuridiche (dette “di opportunità”). Quando è adottato in contrasto con le prime, il provvedimento si dice illegittimo, siccome affetto da vizi di legittimità; mentre si dice inopportuno, siccome affetto da vizi di merito, quando viola le seconde¹⁰⁶.

¹⁰⁵ A. ROMANO TASSONE, *Contributo*, cit., ??

¹⁰⁶ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 552, dichiara che “le due categorie della validità dell'atto amministrativo, e cioè la legittimità e l'opportunità, non presentano particolari problemi di intellesione, consistendo, rispettivamente, nella conformità della fattispecie concreta all'ipotesi normativa astratta, e nella conformità ai canoni astratti dell'opportunità amministrativa”. La distinzione, secondo l'A., è talmente chiara e il contenuto dei due concetti “talmente elementare, che spesso se ne smarrisce la coscienza”: il riferimento critico è agli Autori che negano l'esistenza della legittimità o minimizzano l'opportunità; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, 14-17, 25; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, 303; B. CAVALLLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo (diretto da Giuseppe Santaniello)*, Padova, 1993, 327; più di recente F. LUCIANI, *Il vizio formale*, cit., 204 s.

È da sempre discusso se l'inopportunità dia luogo a invalidità¹⁰⁷. Le posizioni dottrinali possono essere ricondotte a tre filoni principali. Per l'impostazione tradizionale, l'inopportunità non può dar luogo ad invalidità, non potendosi parlare di vizio in rapporto ad un atto difforme da norme non giuridiche¹⁰⁸. La dottrina prevalente, invece, riconduce l' (in)opportunità e l'(il)legittimità all' un unico genere dell'(in)validità¹⁰⁹, facendo seguire da ciò che il provvedimento illegittimo può essere annullato dal giudice amministrativo in sede di legittimità e d'ufficio dall'amministrazione, mentre quello inopportuno può essere annullato dal giudice amministrativo nell'esercizio della giurisdizione di merito e l'amministrazione può rimuoverlo tramite la revoca¹¹⁰. Da questo orientamento se ne distingue un terzo, proteso ad assoggettare l'invalidità per vizi di merito alla disciplina dell'annullamento d'ufficio¹¹¹. Esso distingue a seconda che l'inopportunità si rifletta o meno in un vizio dell'atto. Nel primo caso, l'inopportunità determina l'invalidità per vizi di merito e prelude all'annullamento (d'ufficio) del provvedimento, il cui ambito è così esteso oltre

¹⁰⁷ Sul dibattito in generale cfr. G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, 138 ss.; A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 600, 610 s.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 161 s.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, 54 ss.

¹⁰⁸ N. PAPPALARDO, *In tema d'invalidità dell'atto amministrativo per vizi di merito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, par. 3. Nega che l'inopportunità siano uno stato viziato del provvedimento anche A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 610.

¹⁰⁹ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 25; M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 552; S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2011, 53.

¹¹⁰ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 26. L'Autore prosegue precisando che, quando l'inopportunità non inficia l'intero atto ma solo una parte dello stesso, si parla non più di revoca ma di riforma dell'atto inopportuni; e che quando l'inopportunità non è originaria ma sopravvenuta, la sanzione non si attuerà con la revoca ma tramite l'abrogazione con effetto *ex nunc*. Cfr. la critica di R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1942, 29, secondo cui non si può parlare di inopportunità sopravvenuta di un atto: "ciò che potrà divenire inopportuno, se mai, è l'effetto dell'atto, vale a dire, il rapporto, nella condizione in cui si è venuto a trovare a seguito delle modificazioni giuridiche prodotte dall'atto in questione".

¹¹¹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di <<merito>>*, cit., 538, 552. che rileva che la dottrina cominciò a considerare invalido l'atto amministrativo affetto da vizi di merito per assoggettarlo all'annullamento d'ufficio

i confini dell'illegittimità; nel secondo caso, invece, l'inopportunità non determina invalidità e l'amministrazione può solo revocare l'atto¹¹².

Le ultime due concezioni, ammettendo l'invalidità per vizi di merito (l'una perché equipara l'ambito del vizio di merito a quello dell' inopportunità e ascrive quest'ultima all'invalidità; l'altra perché riconduce il vizio di merito all'inopportunità invalidante), si trovano davanti al medesimo problema, cioè quello di giustificare l'invalidità per violazione di una norma non giuridica, quali sono appunto le norme la cui violazione dà luogo a vizi di merito¹¹³.

¹¹² La distinzione tra invalidità per vizi di merito, cui segue l'annullamento, e inopportunità non invalidante, che può dar luogo alla revoca, è di Santi ROMANO, *Annullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo* (1937), in *Id., Scritti minori*, II, Milano, 1990, 387 ss., per cui l'abrogazione costituisce il venir meno dell'atto valido per mutamento della situazione di fatto; in termini simili P. SALVATORE, *Revoca degli atti. III) Revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 4.

A favore della configurabilità dell'annullamento per vizi di merito v. anche G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 179 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento*, cit., 491; V. OTTAVIANO, *Merito (diritto amministrativo)* (1963), in *Id., Scritti giuridici*, cit., 262; G. CORAGGIO, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, 2,5; contrari A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni <<favorevoli>> e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991, 98. e, sembra, G. GHETTI, *Annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo*, *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, 269.

¹¹³ V. però R. ALESSI, *La revoca*, cit., 50 ss., che costruisce il vizio di merito come vizio di legalità del provvedimento, che dà luogo ad invalidità, concependo la legalità come "conformità piena e perfetta alla norma giuridica". Il vizio di merito, cioè, non deriverebbe dal contrasto con norme extragiuridiche (di opportunità) bensì con "norme giuridiche vere e proprie, quali quelle che, costituendo il fondamento della potestà d'azione giuridica dell'amministrazione, limitano la potestà stessa mediante più o meno precise determinazioni del pubblico interesse (...), mentre il principio di opportunità (...) funziona semplicemente da mezzo di specificazione concreta per rendere possibile il passaggio dall'astratto-teorico della norma al concreto-pratico della attuazione". L'A. tuttavia esclude che l'annullamento d'ufficio possa essere pronunciato per vizi di merito: a fronte di un atto affetto da vizio di merito è da escludere che l'amministrazione "senta la necessità di reagire" contro l'atto medesimo "togliendolo di mezzo"; essa, piuttosto, reagisce contro "l'inopportunità della situazione attuale, sorta dal provvedimento viziato in merito". L'amministrazione agisce dunque tramite la revoca, intesa come "l'istituto che consente la ulteriore modifica di un rapporto" e non tramite l'annullamento, inteso come strumento di reazione ad atti invalidi.

Sulla dissociazione della revoca dai vizi dell'atto, operata prima da Resta e poi, più nettamente, da Alessi, v. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni <<favorevoli>> e interessi sopravvenuti*, cit.,; A.

Il fenomeno è stato spiegato postulando che le norme non giuridiche sono oggetto di un rinvio da parte delle norme giuridiche che regolano il provvedimento: rinvio in forza del quale la loro violazione vizierebbe l'atto nel merito.¹¹⁴ La tesi, però, è stata considerata una assurda finzione della dogmatica, che, recuperando all'ordinamento – attraverso lo schema del rinvio – le “norme non giuridiche”, si ostina a non accettare l'esistenza del merito amministrativo, cioè di un'area più o meno ampia entro la quale l'amministrazione si può muovere liberamente, con il solo limite dell'interesse pubblico prefigurato dalla norma¹¹⁵.

Non accogliendo la tesi del rinvio, tuttavia, la portata invalidante dei vizi di merito è destinata a rimanere priva di una spiegazione convincente¹¹⁶.

CORPACI, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. pubb.*, XIII, Torino, 1997, 326 s.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, cit., 54 ss.

¹¹⁴ La concezione del potere discrezionale come potestà riconosciuta all'amministrazione di compiere una attività rilevante per il diritto non completamente disciplinata dall'ordinamento e tuttavia non arbitraria in quanto governata da principi e regole non giuridiche, derivanti dalla opportunità, dalla equità dalla politica e dalla tecnica risale notoriamente a C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale* (1936), ora in *Id.*, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, III, Milano, 1972, 997 ss.; v. altresì G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 114 ss, secondo il quale il rinvio alle norme extragiuridiche non avrebbe carattere recettizio, cioè non trasformerebbe le norme di opportunità in norme giuridiche (vicenda che si verifica nella diversa ipotesi della ricezione).

¹¹⁵ Si fa riferimento alla nota di critica di Giannini alla teoria della discrezionalità di Mortati, espressa dall'A., in *Il potere discrezionale*, cit., paragrafi 7, 12, 16, e ripresa e sviluppata in *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1941, 439 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, Milano, 2002, 349 ss. Giannini si dichiara convinto del fatto che nel merito e nella discrezionalità intervengano norme non giuridiche, ma osserva che è altrettanto certo che esistano “certi margini e casi in cui il soggetto compie il suo giudizio di opportunità senza farsi guidare da alcun criterio generale: compie cioè un <<nudo giudizio individuale>> di attitudine di un mezzo ad un fine (opportunità)”. L'accusa rivolta a Mortati è di vedere il problema solo nei suoi termini astratti e non anche in quelli concreti.

Per un'ampia ricostruzione della polemica tra Mortati e Giannini v. G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Pol. Dir.*, 1989, 347 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1049 s.

¹¹⁶ V., però, M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 552, che recisamente afferma: “la categoria dell'opportunità-inopportunità essendo di teoria generale del diritto, ossia sussistendo anche in diritto privato (per esempio, in tutte le vicende di interposizione), nulla di peregrino vi

Per giustificare il fenomeno, si potrebbe argomentare nel senso che la sanzione dell'annullamento è sicuro indice dell'invalidità del provvedimento, non essendo concepibile l'annullamento di un atto valido¹¹⁷. Ma è chiaro che ragionando in questo modo si commetterebbe l'errore di spiegare una causa attraverso la conseguenza, ricorrendo in una evidente tautologia, salvo non postulare la primazia del diritto processuale (o, più in generale, dei rimedi) sul diritto sostanziale¹¹⁸.

è nel fatto che l'inopportunità possa portare ad (invalidità e quindi ad) annullamento dell'atto inopportuno”.

¹¹⁷ R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, 36 s.; G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 167.

¹¹⁸ Il tema dei rapporti tra diritto sostanziale e processo è tra i più discussi della teoria generale e del diritto processuale e non può certamente essere ripercorso in questa sede. Limitando lo sguardo al dibattito intercorso tra i giuristi positivi, possono essere richiamate le tesi, antitetiche, di due autorevoli Autori. S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale* (1935), ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 2008, 741: “se il processo si considera come un'unità, per quanto assai complessa, soprattutto in relazione alle sue finalità ultime e con riferimento al rapporto giuridico sostanziale a cui si riconnette il diritto di azione dal quale il meccanismo processuale è mosso, non si può fare a meno di notarne la funzione strumentale, sì che, prescindendo dai fini pubblicistici che mira immediatamente a conseguire, esso appare come il mezzo di attuazione del diritto sostanziale”. S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1959/65, 55, *passim*, “l'ordinamento non esiste come realtà oggettiva, esterna al concreto, esiste solo nel concreto, nell'adeguarsi dell'azione alla propria legge, legge e azione che sono pertanto assolutamente inscindibili. Se l'azione non si adegua, se la legge è contrastata, se l'ordine, il concreto non si forma, non esiste altro che la postulazione del concreto, della legge, dell'ordine attraverso il giudizio”. Sulla posizione di Satta e sui suoi rapporti con le teorie di Binder, Pekelis e Bulow, “che presuppongono il risolversi del diritto sostanziale nel processuale” e, quindi, fanno coincidere diritto soggettivo e azione e riconoscono alla sentenza “una particolare funzione creatrice della realtà giuridica accertata” cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, 1969, 828. Una ampia discussione critica sul tema, specificamente in relazione alla intrinseca possibilità di qualificare la sentenza del giudice amministrativa come dotata di carattere esclusivamente costitutivo è in A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit., 230-245. Nella dottrina amministrativistica la tesi della precedenza del diritto sostanziale, concretantesi nell'affermazione secondo cui una certa configurazione dell'interesse legittimo, individuata sul piano sostanziale, “chiami a sè” un certo processo è propria anche a E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, cit., 144 s. ed è da ultimo finemente argomentata da F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 981 ss., 994, dove si insiste sui rapporti tra garanzia primaria (di diritto sostanziale) e secondaria (processuale). Da queste si differenzia la posizione di G. BERTI, *Divisione delle situazioni di tutela e degli ordini dei giudici*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI

Oppure si potrebbe ritenere che l'invalidità indichi semplicemente l'azionabilità di un rimedio, in questo caso l'annullamento¹¹⁹. Il che sarebbe parimenti inaccettabile perché il sistema dei rimedi sta su di un piano diverso da quello della validità/invalidità: tant'è vero che esistono ipotesi di invalidità non sanzionate (basti pensare all'art 21 octies, secondo comma, l. 241/1990) e ipotesi in cui rimedi privativi dell'efficacia operano anche in assenza di invalidità (formale, o *tout court*: ad es. la revoca)¹²⁰. Inoltre, se l'invalidità fosse una sanzione, non si spiegherebbe la riconduzione ad essa della inopportunità e dell'illegittimità, che certamente sanzioni non sono.

Da simili vischiosità si può venir fuori solo mettendo in discussione la distinzione che ne è all'origine, ovvero quella tra norme di legittimità e norme di opportunità. Un buon modo per farlo è rivolgere brevemente l'attenzione alle vicende dei concetti di "merito" e di "legittimità".

Entrambi, in origine, erano concetti di natura processuale¹²¹: indicavano, e tuttora indicano¹²², due diverse forme di giurisdizione del giudice amministrativo, previste entrambe dalla legge Crispi del 1889, la quale attribuiva alla IV sezione del Consiglio di

BATTAGLINI, D. SORACE, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, 186, 193 ss., il quale, interrogandosi sulla vitalità della distinzione, di diritto sostanziale, tra interesse legittimo e diritto soggettivo, propende per l'idea che essa non sia altro se non il riflesso dell'esistenza nell'ordinamento di due diverse giurisdizioni generali. In questo contesto, l'A. afferma anche che se i costituenti hanno avvertito la necessità fare riferimento a entrambe le posizioni soggettive, ciò è per giustificare il recepimento della dualità delle giurisdizioni. Per non forzare il pensiero del chiaro A., però, è opportuno precisare che queste conclusioni, più che l'esito della precedenza del diritto processuale su quello sostanziale, come a prima vista potrebbe apparire, scaturiscono da una precisa concezione secondo la quale assumono importanza primaria, anche sulla definizione delle situazioni soggettive, i profili dell'organizzazione dello Stato: se l'A. sostiene che le situazioni soggettive sono due perché sono due le giurisdizioni non è tanto perché considera il processo quale momento principale della giuridicità, ma perché avverte i diversi ordini giudiziari come differenziati settori dell'ordinamento, e la dualità delle posizioni soggettive come riflesso di questa pluralità. Sul tema dei rapporti tra diritto sostanziale e processo cfr. altresì F. SAITTA, *L'appello nel processo contabile. Profili sistematici*, Napoli, 1999, 14 ss..

¹¹⁹ A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 600.

¹²⁰ Sulla scissione tra piano dei rimedi e piano della validità e dell'efficacia v. infra

¹²¹ A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di <<merito>>*, in *Dir. Amm.*, 2008, 520-524.

¹²² Codice del processo amministrativo

Stato il potere generale di giudicare della “legittimità”¹²³ dei provvedimenti amministrativi, aggiungendo (art. 25) che in alcuni casi espressamente previsti essa poteva pronunciarsi <<anche in merito>>.

Le prime letture confermavano questa caratterizzazione processuale delle nozioni in questione. Secondo alcuni, il legislatore, prevedendo la <<competenza di merito>> aveva inteso enucleare delle materie in cui la cognizione del Consiglio di Stato era estesa a controversie inerenti ai diritti soggettivi¹²⁴; mentre secondo altri la <<competenza di merito>> indicava il potere del giudice amministrativo di accedere direttamente al <<fatto>>, potere mancante in sede di giurisdizione di legittimità¹²⁵. La previsione nel 1923 della giurisdizione esclusiva, cioè di una forma di giurisdizione speciale ricadente su diritti soggettivi ed interessi legittimi¹²⁶, destituì di fondamento la prima ricostruzione¹²⁷, tanto che gli studi successivi poterono concludere nel senso che l'intenzione originaria del legislatore era stata quella di delineare la competenza di legittimità del Consiglio di Stato sulla falsariga del giudizio di cassazione, e la competenza di merito ad immagine del giudizio di appello¹²⁸.

¹²³ Per la precisione, si deve dire che la nozione di “illegittimità” compariva nella legislazione italiana sin dall’art. 9, n. 4. l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. D., concernente il parere che il Consiglio di Stato era tenuto a esprimere sui ricorsi straordinari al Re contro la legittimità degli atti amministrativi (disposizione peraltro ripresa da una norma contenuta nella legislazione del Regno sardo, sempre in tema di ricorso straordinario al Re: art. 15, n. 4, l. 30 ottobre 1859, n. 3707). Sul punto cfr. F. BASSI, <<Conformità>> alle leggi e <<legittimità>> dell’atto amministrativo, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, 1988; A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell’ordinamento amministrativo*, Padova, 2012, 3 s.

¹²⁴ V. MORTARA, in *Giur. It.*, 1897, I, 1033.

¹²⁵ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1923, 209 ss.

¹²⁶ Sulle origini della giurisdizione esclusiva v. M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 229 ss., spec. 268 s.; F. LEDDA, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., 131 ss.; A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir e proc. Amm.*, 2004, 417 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, 47 ss.

¹²⁷ Lo osserva A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di <<merito>>*, cit., 522.

¹²⁸ P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958, 83 ss., 98; F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino* (1970), in *Id.*,

Merito e legittimità, dunque, non qualificavano il tipo di vizio, ma il tipo di giurisdizione in cui il vizio, dato dalla mancanza o difettosità degli elementi essenziali, era accertato. Quest'ultimo, pertanto, era considerato "di merito" o "di legittimità" solo indirettamente, cioè a seconda che il suo accertamento fosse possibile nella giurisdizione di legittimità ovvero richiedesse i poteri del giudice tipici della giurisdizione di merito.

Le cose, però, cambiarono nel momento in cui la dottrina, abbandonata la concezione negoziale del provvedimento, sostituì alla logica della imperfezione degli elementi quella della violazione delle norme regolatrici del potere¹²⁹. Questa

Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, Milano, 2001, 214; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, 96 ss..

Quale che sia l'interpretazione storicamente più corretta, non pare esservi dubbio che quest'ultima rispecchi la reale sostanza del fenomeno, così come si è venuto sviluppando nel corso dei tempi. Nell'esercizio della giurisdizione di legittimità il processo si svolge secondo moduli assimilabili a quelli tipici del giudizio che si celebra davanti alla Corte di Cassazione: l'autorità giudiziaria si limita a verificare che la decisione sottoposta alla sua attenzione sia stata adottata nel rispetto delle norme e per questo motivo è sostanzialmente sprovvisto di poteri istruttori; la sentenza con la quale si conclude il giudizio è tipica ed è volta alla rimozione (alla cassazione) del provvedimento impugnato. Quando invece il giudice esercita giurisdizione di merito, allora il processo si svolge secondo i moduli tipici del giudizio di appello: egli non si limita a verificare il rispetto delle norme ma si spinge alla valutazione dei fatti, e per questo motivo è dotato di più ampi poteri cognitori e decisorii. Sono, in origine, le evidenti istanze del principio di separazione dei poteri ad imporre che la giurisdizione generale sia quella "di legittimità" che quella "di merito" sia ammessa solo nei rari casi espressamente previsti dalla legge.

¹²⁹ Tra i primi V. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, *passim*.

Se in Romanelli questa impostazione è appena tratteggiata, essa trova più argomentata esposizione in A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 299 ss., che ritiene preferibile "almeno sotto l'aspetto dell'opportunità e dell'aderenza al sistema normativo" definire l'illegittimità come la violazione di (o difformità da) una norma che vincola l'esercizio del potere attribuito all'amministrazione piuttosto che come difformità dell'atto amministrativo "valutato analiticamente secondo il modello degli elementi dell'atto come manifestazione di volontà, di scienza, etc." (316). L'A. (312) propone un sostanziale mutamento dell'oggetto delle ricerche sull'invalidità del provvedimento: esse si erano incentrate sulla difettosità degli elementi essenziali perché partivano dal presupposto che l'oggetto del giudizio fosse un atto giuridico da considerare nella sua staticità. Il riferimento al potere, inteso come "situazione che si esplica per la produzione di effetti giuridici, conseguenti agli atti che costituiscono il suo esercizio", consente, di converso, di porre l'attenzione sulle norme che ne

prospettiva, infatti, condusse alla costruzione di una ontologia dei vizi intorno alla natura della norme violate: ora il vizio è “di legittimità” o “di merito” a seconda che la violazione riguardi una norma giuridica o di opportunità¹³⁰, e la diversa sede dell'accertamento è ritenuta una conseguenza necessaria della diversa “qualità” del vizio. Parallelamente, “merito” e “legittimità” diventano concetti di diritto sostanziale, e vanno ad indicare, rispettivamente, la porzione di attività amministrativa sottratta al vincolo del diritto, e tutt'al più governata da criteri di opportunità¹³¹, e la porzione di attività amministrativa sottoposta a regole giuridiche.

determinano l'esistenza e ne vincolano lo svolgimento. Per gli ulteriori svolgimenti di questa impostazione cfr. Id., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 133 ss.

A ben vedere, l'idea che “le leggi amministrative si occupano degli atti amministrativi, non tanto per stabilirne gli elementi e i requisiti, quanto per determinare volta per volta quando è il caso che sia emanato uno o un altro atto amministrativo” era stata già espressa nel contesto culturale in cui l'atto amministrativo veniva concettualizzato secondo gli schemi del negozio e l'invalidità, conseguentemente, calibrata sulla difettosità degli elementi essenziali: v. G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge* (1924), in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 207.

¹³⁰ Cfr. R. ALESSI, *La revoca*, cit., 35 s.; sulla differenza tra il concetto di merito di diritto processuale e il merito amministrativo v. pure G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 143.

¹³¹ <<Merito>> divenne sinonimo di opportunità del provvedimento (A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano 1939, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, 385), oppure formula con la quale si indicava “un'attività giuridicamente rilevante (in quanto presa in considerazione negli ordinamenti ai fini della produzione di certe situazioni giuridiche), che tuttavia non è *sub lege*, cioè non è disciplinata nel suo svolgersi da norme giuridiche (M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, cit., 354), ovvero una porzione del processo decisionale sottratta alle regole del diritto. Così concepito il merito ha una dimensione esistenziale (“se non esistessero le leggi amministrative, l'amministrazione (...) agirebbe lo stesso, e agirebbe nella sua intima sostanza così come agisce ora, cioè mediante apprezzamenti di opportunità relativi agli interessi essenziali che essa cura”) e la discrezionalità rappresenta un modo di disciplina giuridica del merito (“ad un certo momento della storia, per disciplinare l'arbitrio delle amministrazioni (...), gli ordinamenti cominciarono a regolare l'attività amministrativa”) (per una concezione “normativa” della discrezionalità, come modo di disciplina del potere, anche G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., 210-212). La posizione di Giannini non è condivisa da V. OTTAVIANO, *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. It.*, 1963, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, 255 ss., che invece risolve il concetto di merito in quello di discrezionalità. In termini analoghi E. CAPACCIOLI, *Prospettive recenti sul merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 1363 ss., che definisce il merito come “l'area riservata dalla legge alle decisioni discrezionali della pubblica amministrazione” Su questo

Nel tempo, la distinzione delle norme – e quindi dei vizi che derivano dalla loro violazione – secondo natura si è rivelata artificiosa. L’esperienza, infatti, dimostra che, con l’avanzare del sindacato di legittimità del giudice amministrativo, le norme di opportunità progressivamente si trasformano in norme giuridiche¹³². Per cui non è paradossale affermare che sono “di legittimità” le norme di cui si accerta la violazione (e perciò i vizi riscontrati) in sede di giurisdizione di legittimità, mentre sono “di merito” le norme di cui si accerta la violazione (e perciò i vizi riscontrati) in sede di giurisdizione di merito. La legittimità, in altre parole, avanza a discapito del merito¹³³ quanto più la normativa si fa specifica, erodendo spazi di discrezionalità¹³⁴, e, soprattutto, quanto più il sindacato del giudice sull’azione amministrativa si fa penetrante¹³⁵; e, al contrario, il merito riemerge, ogni qual volta il giudice applica il *self restraint*.

Se si tiene presente questo contesto, trovano giustificazione le recenti prospettazioni dottrinali che, partendo dall’assunto che almeno in tesi l’intera attività è suscettibile di verifica giurisdizionale¹³⁶, affermano la scomparsa del “merito amministrativo” e dei “vizi di merito”¹³⁷.

dibattito di recente A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di <<merito>>*, cit., 524 ss.

¹³² Cfr. G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell’ordinamento*, Milano, 1993, 205, dove si sostiene che la distinzione tra norme giuridiche ed extra giuridiche non ha più ragion d’essere “una volta acquisito che con l’eccesso di potere il giudice amministrativo estende il sindacato alla verifica della accettabilità della decisione alla stregua di criteri generali di valutazione, non di norme)

¹³³ Come osservato da A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di <<merito>>*, cit., 528 ss., merito-legittimità costituisce una coppia binaria a terzo escluso del tipo A/ non A (come per esempio: dentro-fuori; chiuso-aperto), in cui non è concepibile stato intermedio; da queste si distinguono le coppie d’opposti traducibili secondo lo schema A/B, dove la contrapposizione invece ammette stati intermedi (“ciò che non è bianco non è necessariamente nero)

¹³⁴ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 199.

¹³⁵ Cfr. F. G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 1376.

¹³⁶ F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., 371 ss.; *Id.*, *Variazioni sul tema dell’eccesso di potere*, *ivi*, cit., 577: se si parte dall’idea della “confutazione” e si riconosce finalmente che *tutto* in principio è confutabile, si giunge ad una conclusione molto chiara: che cioè attengono al c.d. merito quelle determinazioni che nella

La conclusione, invero, sembra dover essere ancora più drastica. Ed infatti, se la qualificazione della norma (come norma di opportunità o di legittimità), e quindi del vizio (come vizio di merito o di legittimità), dipende dall' ampiezza del sindacato del giudice amministrativo (e quindi dal modo di intendere il principio della separazione dei poteri), allora si deve rinunciare *tout court* a distinguere i vizi a seconda della norma violata. Non soltanto il "vizio di merito", dunque, deve abbandonare la scena, ma anche il vizio "di legittimità"¹³⁸; ed, in uno col superamento di queste categorie, sembra coerente prospettare l'obsolescenza anche della diffusa opinione che instaura tra (il)legittimità e (in)validità un nesso eziologico, considerando la prima causa della seconda¹³⁹. Una volta rigettata la distinzione tra norme di opportunità e norme di legittimità, il sistema deve essere semplificato e riportato ai fondamentali assiomi di teoria generale: la conformità e la difformità del provvedimento dal paradigma sono causa, rispettivamente, di validità e di invalidità dello stesso¹⁴⁰; a fronte di provvedimenti invalidi, operano o possono operare rimedi privativi dell'efficacia.

sede propria del processo abbiano resistito alla confutazione della parte". L'ambito del merito, cioè, può essere determinato solo a posteriori. Per l'idea che il merito come area di insindacabilità assoluta, almeno in astratto, non esista, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di merito*, cit., 532, *passim*

¹³⁷ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996, 207 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di <<merito>>*, cit., 532 s.. Si veda pure M. IMMORDINO, *Revoca*, cit., 169, *passim*, che concepisce la revoca come rimedio all'invalidità del provvedimento amministrativo in una prospettiva di superamento della dicotomia vizi di legittimità – vizi di merito incentrata sul criterio di "efficacia" introdotto dall'art. 1 l. 241/1990, il quale risulterebbe violato dall'inadeguatezza del provvedimento amministrativo rispetto alla cura dell'interesse pubblico concreto. Anche P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e vizi di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 203, 341 ss., riconduce il vizio di merito alla violazione dell'art. 1 l. 241/1990.

¹³⁸ Entrambe le formule possono essere recuperate solo come *a posteriori* del giudizio: "di merito", cioè, sono quei vizi insindacabili in sede di giurisdizione di legittimità. Per gli sviluppi di questa impostazione v. A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di <<merito>>*, cit., e G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., 205.

¹³⁹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, cit., 32 ss.

¹⁴⁰ Sia pur con diversa terminologia, cioè sostituendo il concetto di (in)validità a quello di (il)legittimità, questa impostazione di trova già in R. ALESSI, *La revoca*, cit., 42. Per l'equivalenza tra illegittimità e invalidità G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., 229.

Destituita di fondamento la distinzione tra vizi legittimità e vizi di merito a seconda della natura della norma violata, si può riportare l'attenzione sulla struttura del paradigma normativo per escludere, alla luce del concetto stesso di validità, la rilevanza ai fini della validità del provvedimento di norme non giuridiche¹⁴¹.

Se si muove dal presupposto che la validità, quale modo di esistere del provvedimento nell'ordinamento, è una condizione relazionale che trova riferimento o sul piano dei valori del sistema (validità assiologica) oppure sul piano delle norme (validità formale), ne consegue, con riguardo alla validità formale, che le norme sulla produzione sono necessariamente norme giuridiche, in quanto espressione della intenzione dello stesso ordinamento di stabilire criteri selettivi rispetto a ciò che ambisce a modificarlo¹⁴². Non potrebbero che essere tali, d'altronde, perché è evidente che norme non giuridiche (moralì, sociali, etc.), non provenendo dall'ordinamento, non possono stabilire le condizioni di accesso a quella realtà istituzionale che è la realtà del diritto valido.

Per cui si può stabilire il principio che le norme sulla produzione dalla cui osservanza dipende la validità del provvedimento amministrativo, tanto quelle sostanziali quanto quelle formali, sono sempre norme giuridiche, sono norme, cioè, appartenenti all'ordinamento cui appartiene anche il provvedimento. Qualora al provvedimento si riferiscano anche norme non giuridiche (norme moralì, sociali, etc.) la loro osservanza non determina validità, e la loro violazione non è causa di invalidità.

¹⁴¹ Cfr. A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 610. Per una rassegna delle opinioni contrarie ai vizi di merito v. B. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 972 ss.; A. ROMANO TASSONE *Sulle vicende del concetto di <<merito>>*, cit., 551 s., secondo cui è impossibile parlare appropriatamente di <<vizi di merito>> perché "merito" indica non una caratteristica dell'atto controllata ma la struttura della modalità di controllo. Osserva l'A., condivisibilmente, che "l'atto <<viziato nel merito>> è infatti tale solo nel senso che il controllore può soggettivamente disapprovarlo, ma non nel senso che esso sia intrinsecamente ed oggettivamente affetto da una qualche imperfezione".

¹⁴² Alle stesse conclusioni giunge la dottrina che nega l'invalidità per violazione di norme non giuridiche stante l'impossibilità di un riscontro obiettivo di difformità del provvedimento dalle norme di opportunità: E. CASSETTA, *Atto e attività*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1957, 329; A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 610.

Si potrebbe opporre che questo modo di vedere le cose finisce per allentare il vincolo di validità del provvedimento, che tramite la tesi della rilevanza delle norme non giuridiche si era inteso invece estendere e rafforzare¹⁴³.

Ma non sarebbe una obiezione fondata. Non si tratta, infatti, di negare rilievo giuridico ai fini della validità a settori della esperienza umana diversi dal diritto, ma di comprendere la reale portata di un fenomeno che interessa l'intera dimensione della giuridicità e trascende largamente la tematica del rapporto tra norme di diversa fonte.

Il punto fondamentale è che il diritto è un sistema culturale immerso all'interno della cultura sociale (è un sottosistema della stessa): è cioè un complesso di regole che il corpo sociale si dà per fornire una garanzia rinforzata a taluni interessi (i valori giuridici) esistenti e rilevanti già sul piano sociale¹⁴⁴. Ora, il fatto che esso realizzi interessi emersi sul piano sociale e lo faccia prescrivendo comportamenti anch'essi socialmente apprezzabili, comporta fisiologicamente che le norme giuridiche siano costruite attraverso <<materiali>> provenienti dal complesso delle esperienze maturate all'interno della cultura sociale. Esse sono norme sociali (*id est*: dettate "per una società"), e, pertanto, acquistano significato solo all'interno del contesto sociale medesimo, fatto appunto di conoscenze scientifiche esperienze, credenze, convinzioni, sicché il loro contenuto non è neppure comprensibile senza il ricorso a questi materiali¹⁴⁵.

È ovvio dunque che per comprendere la portata del vincolo di validità del provvedimento non è sufficiente guardare al paradigma normativo in sé e per sé. Ma ciò non perché questo faccia esplicito rinvio ad altre fonti integrative, quanto perché le

¹⁴³ Cfr. G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, cit., 139.

¹⁴⁴ A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, I. teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 205 ss.

¹⁴⁵ Vale quanto osservato da F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in Id., *Scritti giuridici*, cit., 195, con riguardo ai rapporti tra diritto e tecnica. La tecnica, la scienza di riferimento, il sistema culturale di riferimento fornisce <<materiali>> direttamente utilizzabili, ed anzi necessari per la costruzione dei concetti giuridici;". "la tecnica rispecchia quella stessa conoscenza dei fatti, senza la quale non può aversi <<comprensione>> vera d'una qualsiasi norma del diritto...la norma tecnica si <<salda>> in modo quasi naturale con la norma giuridica come espressione d'un rapporto tra fenomeni su cui il diritto intende esercitare il suo controllo".

norme che lo compongono, la loro interpretazione e la loro comprensione presuppone un osservatore interno alla cultura sociale, e che attinga a questa ultima per darvi significato.

La validità, in definitiva, dipende sempre e solamente dalla osservanza di norme giuridiche; ma le norme giuridiche, in quanto norme sociali, acquistano significato all'interno del contesto della cultura sociale, alla quale pertanto è necessario riferirsi per identificare il contenuto del paradigma normativo di riferimento.

5. (segue) La composizione del paradigma. Principi e regole. Il ruolo della ragionevolezza

A) La distinzione tra principi e regole è tra le più controverse in filosofia e teoria generale del diritto. È discusso se i principi siano entità qualitativamente diverse dalle norme giuridiche (in quanto espressione, ad esempio, di valori morali) o se invece ne rappresentino una specie¹⁴⁶; né, una volta ricondotti alle norme, vi è convergenza in ordine ai profili che li distinguono dalle regole, ravvisati ora sul piano qualitativo (ad esempio, considerando i principi come espressione di valori giuridici eminenti) ora su quello quantitativo o strutturale (mettendo in evidenza l'indeterminatezza semantica dei principi medesimi), ora – e di conseguenza – sul terreno della applicazione del diritto e quindi del ragionamento giuridico (le regole sarebbero suscettibili di un'applicazione o-tutto-o-niente basata sul ragionamento sillogistico, mentre i principi andrebbero applicati tramite la tecnica del bilanciamento)¹⁴⁷.

Le diverse posizioni sul contenuto e sullo statuto formale dei principi spesso costituiscono, più che il risultato di una osservazione della strutture normative

¹⁴⁶ S. COTTA *I principi generali del diritto. Considerazioni filosofiche*, in AA.VV., *I Principi generali del diritto*, Roma, 1992, pp. 31 ss. distingue tra “principi dell’ordinamento giuridico” e “principi di diritto”: i secondi oggetto di considerazione esclusivamente sul piano della filosofia

¹⁴⁷ Su questi profili v. R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in AA.VV., *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. Regole, modelli, metodi*, Torino, 2002, 349 ss.; *Id.*, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2011, 173 ss., dove si distingue tra principi in quanto norme fondamentali e principi in quanto norme indeterminate

positivamente date, il riflesso di altrettante concezioni del diritto, cioè conclusioni di ragionamenti che prendono le mosse da un livello più astratto e generale¹⁴⁸.

Il punto di vista del diritto positivo impone un approccio diverso al tema, di tipo induttivo (che muove cioè dalle concrete strutture normative) e non deduttivo (che prende le mosse dalle concezioni del diritto). In quest'ottica, i criteri comunemente utilizzati per l'identificazione dei principi si rivelano imprecisi, al punto tale da mettere in dubbio le stesse fondamenta della distinzione con le regole.

Non è vero, infatti, che i principi si caratterizzano per un maggior grado di intrinseca pregnanza assiologica rispetto alla regole. Per rendersene conto, premesso che ogni norma, anche quella più infima, è posta a tutela di un valore giuridico¹⁴⁹, basta considerare che nessuno ha mai qualificato come principio l'art. 575 del codice penale che, prevedendo il reato di omicidio, tutela un valore (il bene vita) senza dubbio più importante della completezza dell'istruttoria amministrativa, che invece costituisce secondo la giurisprudenza oggetto di un principio¹⁵⁰.

Né si può dire che un principio sia tale per la collocazione nel sistema delle fonti, la quale può fornire una indicazione indiziaria ma nulla di più: lo dimostra il fatto che all'interno delle disposizioni costituzionali si usi distinguere tra principi e regole¹⁵¹ mentre principi si riscontrano anche a livelli inferiori della normazione.

Neanche un certo tipo di formulazione del testo normativo è un criterio decisivo: intanto, esso non può trovare applicazione con riferimento alle norme non scritte, il che

¹⁴⁸ Al riguardo si può osservare che anche nel pensiero dell'Autore al cui nome è indiscutibilmente legata la distinzione tra principi e regole sono riscontrabili due fasi: nella prima i principi sono visti come *standards* tipicamente giurisprudenziali, cioè vengono studiati come strumento del sindacato dei giudici, mentre nella seconda fase diventano il fondamento della comunità politica e della esigenza di integrità. Cfr. rispettivamente R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, e Id., *L'impero del diritto*, Milano, 1989.

¹⁴⁹ H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, cit., 379; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 175; ma, più in generale, v. *supra*, Capitolo 1.

¹⁵⁰ Per osservazioni simili, con riferimento ai principi costituzionali, v. R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. Cost.*, 2007, 1378, il quale tra l'altro solleva il non infondato dubbio che "l'enfasi sul *contenuto* morale dei principi costituzionali sia solo un modo obliquo per suggerire che esse abbiano *valore* morale: cioè che siano intrinsecamente giusti e come tali meritino adesione e obbedienza".

¹⁵¹ Ruggeri; e tutta la letteratura in tema di limiti alla revisione costituzionale.

è particolarmente grave dal momento che spesso i principi sono tali; e poi, come è stato dimostrato, formule normative a prima vista determinate o indeterminate sono tali spesso per una scelta interpretativa¹⁵².

Non solo i principi, infine, ma anche le regole, sono sottoposte valutazioni “ponderative”, particolaristiche e gradualistiche^{153 154}.

Mantenendo il discorso sul piano giuridico-positivo, la distinzione tra principi e regole non può tuttavia essere obliterata per almeno due ragioni.

La prima, e più evidente, è che numerose disposizioni del diritto vigente fanno riferimento ai principi come entità distinte dalle rimanenti norme¹⁵⁵: per cui dalla identificazione del “principio” discendono precise conseguenze giuridiche.

La seconda ragione, più rilevante sul piano del sistema e anche i fini della ricostruzione del paradigma di validità del provvedimento, è che, indipendentemente da

¹⁵² Osserva R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 181, che “qualunque enunciato normativo (o quasi) può essere considerato come formulazione Sia di una regola, sia di un principio”. L’A. fa l’esempio dell’art. 3 Cost.: “nulla impedisce di interpretare questa disposizione come una regola, a fattispecie chiusa e indefettibile, con la conseguenza di ritenere senz’altro incostituzionale qualunque legge che distingua tra i cittadini” sulla base da essa individuati (sesso, razza etc.) “e di ritenere non incostituzionale ogni legge che distingua sulla base di criteri diversi da quelli enumerati. Tuttavia, secondo l’interpretazione standard della Corte costituzionale, questa disposizione esprime non già un regola, bensì un principio °) con antecedente aperto e (b) defettibile. Sicché: da un lato, una legge può essere incostituzionale sebbene distingua tra i cittadini per ragioni diverse da quelle espressamente enumerate, ad esempio l’età (antecedente aperto); dall’altro, una legge può essere non incostituzionale pur distinguendo tra i cittadini per una delle ragioni espressamente enumerate, ad esempio il sesso (defettibilità, eccezione implicita).

Peraltro, posto che tutte le norme hanno un loro intrinseco grado di indeterminatezza, anch’ove si ammettesse che questa è maggiore nei principi, si porrebbe l’insolubile problema di individuare un grado di indeterminatezza superato il quale l’enunciato non può più essere annoverato tra le regole. Operare la distinzione su basi meramente quantitative, dunque, è sostanzialmente inutile: cfr. G. LIMONE, *Lo statuto teorico dei principi tra norme e valori*, in D. AMIRANTE (a cura di), *La forza normativa dei principi giuridici e il diritto ambientale. Profili di teoria generale e di diritto positivo*, Padova, 2007, 47 s.

¹⁵³ G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2009, 131 ss.

¹⁵⁴ Per una più ampia esposizione delle critiche che possono essere rivolte ai criteri comunemente utilizzati per distinguere principi e regole si rinvia a G. LIMONE, *Lo statuto teorico dei principi tra norme e valori*, cit., 47 ss.

¹⁵⁵ Per alcune esemplificazioni v. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 173, nota.

quanto si possa rilevare sul piano analitico, la distinzione tra principi e regole fa indiscutibilmente parte della cultura giuridica contemporanea. Questa considerazione, dato il carattere istituzionale e convenzionale della realtà giuridica (una realtà che *esiste in quanto e nelle forme in cui è pensata*¹⁵⁶), esclude che si possa ragionare come se i principi non esistessero, e nel nostro caso come se il paradigma di validità del provvedimento fosse composto da norme qualitativamente omogenee.

All'ontologia dei principi si può senz'altro rinunciare¹⁵⁷ osservando che una norma costituisce un principio non per *essenza* ma per *ascrizione* o per *costruzione* da parte dell'interprete¹⁵⁸. Sono principi per *ascrizione* le norme scritte qualificate dall'interprete come principi; sono principi per *costruzione* quelli inespressi, cui l'interprete risale da una o da più norme, idealmente riconducibili ad un valore unitario, generalmente scritte¹⁵⁹. Il fatto che i principi non siano tali per *essenza* ma in ragione di un'attività dell'interprete, peraltro, non significa che quest'ultimo sia completamente libero nella individuazione degli stessi¹⁶⁰. Nella prassi interpretativa si formano infatti "modi di pensare" le norme che sottraggono al singolo operatore, o comunque limitano fortemente, la possibilità di qualificarle come principi o regole¹⁶¹; e nella formazione di queste prassi giocano un ruolo rilevante le sistemazioni teoriche della dogmatica¹⁶².

¹⁵⁶ V. *supra* Capitolo 1

¹⁵⁷ Per una distinzione "debole" tra principi e regole v. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur.Cost.*, 2010, 2799.

¹⁵⁸ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 180 ss.

G. LIMONE, *Lo statuto teorico dei principi tra norme e valori*, cit., 53, "uno stesso enunciato può essere guardato come 'norma' o come 'principio' a seconda del vettore razionale lungo il quale se ne legge il significato. Ossia: a seconda di se lo si legga nella sua portata elastica, ultranormativa, meta-normativa, 'ultra-tipica' ('razionalità strategica') o se lo si legga, invece, nella sua portata anelastica, normativa, 'tipica' ('razionalità parametrica')".

¹⁵⁹ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 186 ss. Per il collegamento tra diritto per principi e metodo induttivo v. G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 8 s.

¹⁶⁰ Come sembra ritenere R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, loc. cit.

¹⁶¹ B. CAVALLO, *Il diritto amministrativo e i suoi interpreti*, in *Contr. e impr.*, 2009, 581, richiamandosi a Weber, rileva che tutti i soggetti appartenenti ad una stessa categoria (il c.d. "gruppo professionale" – dei giuristi, in questo caso) "tendono verso un omogeneo comportamento interpretativo, concorrendo, *pro capite*, al formarsi di una interpretazione soggettiva tipizzata dalla loro comunanza professionale". Osserva tuttavia R. GUASTINI,

Una volta chiarito che i principi sono tali perché come tali pensati o costruiti, se ne possono senz'altro identificare i caratteri nella particolare pregnanza assiologica, nella indeterminatezza, nella idoneità ad essere applicati secondo la tecnica del bilanciamento, e via di seguito. Si definiranno principi, cioè, le norme cui, all'interno di un dato contesto, la comunità degli interpreti assegna un particolare valore; le norme comunemente interpretate come precetti indeterminati; etc.

Queste considerazioni preludono a due domande. Come si combinano principi e regole all'interno del paradigma di validità del provvedimento amministrativo? Cosa consegue alla qualificazione come principio di una norma che ne è parte?

B) Che il paradigma della validità del provvedimento si compone di principi e di regole è opinione comunemente accolta. Ad esempio, si considerano regole le norme di dettaglio contenute nella l. 241/1990, mentre si ritengono principi quelli previsti dalla Costituzione all'art. 97, imparzialità e buon andamento, così come sono principi quelli indicati dall'art. 1 della stessa legge sul procedimento.

Il valore di queste indicazioni è meramente esemplificativo perché tra gli obiettivi di uno studio sulla validità del provvedimento non vi è l'analisi delle singole norme e principi che compongono il paradigma di riferimento, quanto l'approfondimento del modo di operare degli uni e degli altri nel sistema.

In questa ottica si potrebbe ragionevolmente ipotizzare che il modo in cui il principio partecipa al paradigma di validità del provvedimento cambia a seconda che esso trovi specificazione in una o più regole o meno. Si potrebbe ipotizzare, in particolare, che nel primo caso esso non costituisce direttamente parametro di validità ma assolve ad una funzione giustificativa, integrativa e interpretativa delle regole; e che invece nel secondo caso, laddove non si realizza l'interposizione della disciplina puntuale, entra a far parte direttamente del paradigma.

Queste affermazioni, però, colgono solo parzialmente il modo in cui stanno realmente le cose perché basate su una eccessiva semplificazione dei problemi in gioco.

Interpretare e argomentare, cit., 189, che il consenso della comunità giuridica circa il carattere di una norma (se trattasi di regola o di principio) non basta a rendere oggettiva la valutazione.

¹⁶² Sull'influenza della dogmatica sull'interpretazione v. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009, 180; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 49 s.

Per un verso, le ipotesi di principi che non trovano specificazione in regole puntuali sono fisiologicamente rare: quando non si perviene al principio muovendo dalla normativa di dettaglio (dinamica ascendente), infatti, l'ascrizione della norma al genere dei principi (dinamica ascendente) finisce per attribuire all'enunciato una funzione normogenetica¹⁶³. Ne sono un chiaro esempio le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, che secondo buona parte della dottrina sono state individuate dalla giurisprudenza non come indici rilevatori dello sviamento di potere ma come regole applicative dei superiori principi della funzione.

Per altro verso, la normazione di dettaglio può sostituirsi al principio in specifiche e limitate occasioni ma raramente lo espelle dal paradigma di validità del provvedimento. Ad esempio, dopo l'introduzione dell'art. 3 della l. 241/1990 non è più necessario ricorrere ai principi di pubblicità, trasparenza e di giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive per imporre l'obbligo di motivazione dei provvedimenti, ma questo non significa che quei principi oggi non facciano più parte del paradigma normativo di riferimento¹⁶⁴.

In definitiva, i principi che reggono l'attività amministrativa trovano sempre specificazione in regole puntuali che ne disciplinano uno o più aspetti, di fonte legislativa o anche solo giurisprudenziale; nondimeno, conservano non solo una funzione giustificativa¹⁶⁵ e interpretativa¹⁶⁶ delle regole medesime ma anche la capacità di condizionare direttamente la validità del provvedimento.

¹⁶³ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici, (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, 317; G. PINO, *Principi, Ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. Cost.*, 2011, 12 ss.

¹⁶⁴ Sulla piena e diretta operatività dei principi costituzionali come vincoli al potere amministrativo, v. P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, 35 s.

¹⁶⁵ Sui principi come condizione giustificativa (ragion d'essere) delle regole di condotta v. F. VIOLA, *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*, in *Ragion pratica*, 20)2003, 37; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 210. Sulle funzioni dei principi v. pure M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, cit., 366; 13-14; G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale*, cit., 12 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 107.

Quest'ultima funzione riguarda soprattutto i principi che si riferiscono al giudizio di valore manifestato dal provvedimento, mentre è meno evidente nei principi attinenti al provvedimento come comportamento enunciativo e al procedimento come forma della funzione che lo precede, laddove la disciplina di dettaglio è spesso esaustiva.

Si registra dunque una asimmetria all'interno del paradigma, perché le condizioni della validità formale in senso stretto sono poste innanzitutto da regole, eventualmente integrate da principi, mentre invece le condizioni di validità sostanziale sono individuate primariamente tramite principi e solo eventualmente tramite regole.

C) Rimane da vedere come la presenza dei principi all'interno del paradigma influisce sul sistema della validità formale.

L'osservazione da cui si possono prendere le mosse è che, isolatamente considerato, ogni principio avanza, in misura ora più ora meno evidente, una pretesa di assolutezza rispetto al provvedimento (si discorre, in termini generali, di eccedenza assiologico-deontologica dei principi¹⁶⁷), cioè esprime un vincolo di validità assorbente che tende a prevaricare quello posto dalle altre metanorme, principi o regole che siano, con le quali può dunque entrare in contrasto. Così il principio dell'affidamento esprime un vincolo di tale forza da determinare l'invalidità di qualsiasi provvedimento di ritiro; il principio di economicità esprime un vincolo di tale forza da determinare l'invalidità di qualsiasi provvedimento che comporta un esborso per le casse dello Stato; il principio di non aggravamento del procedimento esprime un vincolo di forza tale da determinare l'invalidità di qualsiasi provvedimento assunto a seguito di un procedimento complesso, o forse di un procedimento in quanto tale; e via di seguito.

¹⁶⁶ G. CORSO, *Gli illeciti atipici tra regole e principi*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 1092, dove si osserva che i principi “forniscono la *ratio* della regola e quindi ne delimitano la portata, escludendone l'applicazione quando la *ratio* non ricorra”.

¹⁶⁷ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 316 s.; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 247 ss. il quale rileva che la vocazione tirannica dei principi dipende dalla vocazione tirannica dei valori di cui essi sono espressione. G. LIMONE, *Lo statuto teorico dei principi tra norme e valori*, cit., 58 s., collega l'“eccedenza” del principio alla idoneità dello stesso a porsi come “punto di riferimento e di orientamento anche nel nuovo, ossia anche in ciò che eccede i confini della catalogazione pensata per classi”. Di eccedenza assiologica parla anche P. RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, in *Riv. Dir. comm.*, 1998, 1 s., ma con riferimento alle clausole generali.

L' eccedenza assio-deontologica comporta che ciascun principio tende a prevaricare gli altri valori in campo e lo pone dunque come fonte di irrazionalità all'interno del paradigma. Ma la "tirannia dei principi" viene meno nel momento della applicazione: l'interprete, facendo uso del criterio di ragionevolezza¹⁶⁸, per un verso,

¹⁶⁸ M. LA TORRE, *Introduzione*, in M. LA TORRE – A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, individua quattro accezioni di ragionevolezza presenti nel dibattito contemporaneo. A) In generale, ragionevolezza indica una razionalità limitata, contrapposta alla apoditticità o all'implacabile logicità di una conclusione o di una decisione", e propensa all'accordo o al compromesso (razionalità economica, strumentale); B) soprattutto in filosofia del diritto, la ragionevolezza indica giustificazione intersoggettiva delle decisioni (Habermas); C) nella filosofia politica (soprattutto Rawls), la ragionevolezza si distingue dalla razionalità della condotta perché, mentre quest'ultima è strumentale a fini soggettivi, la prima "denoterebbe l'orientamento a principi intersoggettivi e di giustizia e la disponibilità ad osservare le regole che da quei principi possono derivarsi"; D) nel controllo di costituzionalità delle leggi, la ragionevolezza si esprime talvolta nell'eguaglianza, talora nella adeguatezza dello scopo al fine e altre volte ancora nella proporzionalità.

Secondo F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009, 116, i quattro sensi del termine "ragionevolezza" hanno in comune la ricerca del consenso: ragionevole è il giudizio che suscita consenso o accettazione presso i destinatari. Questo consenso, secondo l'A., è fondato sulla c.d. "ragione sufficiente", che deriva dall'essere sostenuto da "buone ragioni" (R. ALEXY, *Ragionevolezza nel diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione*, in M. LA TORRE – A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, cit., 153). La ragionevolezza dunque (Modugno qui cita S. BERTEA, *Certezza del diritto e ragionevolezza della decisione nella teoria dell'argomentazione giuridica contemporanea*, in M. LA TORRE – A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, cit., 165) va intesa come "una forma di razionalità pratica distinta dalla razionalità logico-deduttiva", da concepire "come un tipo di ragione dialettica" in cui ogni verità si determina soltanto riferendosi ad altro, "ponendo e superando il suo limite". Così concepita, la ragionevolezza non si pone in antitesi con la razionalità logico formale, piuttosto ne rappresenta una integrazione. Essa consiste nel "compromesso ottimale dei vari parametri o principi fondamentali che definiscono la ragione dialettica", ad esempio i principi di congruenza, generalizzabilità, efficienza, verificabilità, sincerità e soprattutto *accettabilità delle conseguenze*. In quanto ragione dialettica, la ragionevolezza trova il suo fisiologico sbocco nella teoria discorsiva del diritto che fa discendere l'accettabilità delle decisioni non solo dalla qualità degli argomenti ma anche dalla struttura del processo argomentativo (Habermas): secondo questa concezione, le contraddizioni e le alterità del reale si tramutano nelle diverse posizioni e prospettive dei partecipanti al procedimento (205), struttura mediante cui la pretesa di validità del proponente viene problematizzata e verificata (J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Napoli, 1996 269; F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 133).

Sui rapporti tra ragione comunicativa e teoria della argomentazione v. F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 134.

confronta i principi con il caso concreto e, per altro verso, li contestualizza nel paradigma di validità e quindi li “costringe” a convivere con le altre norme che lo compongono¹⁶⁹. L’esigenza della ragionevolezza si avverte in modo evidente quando in una fattispecie concreta più principi non sono congiuntamente realizzabili¹⁷⁰, ma sussiste sempre: vuoi perché i principi richiedono un *surplus* di attività adeguatrice al fatto, vuoi perché la loro applicazione immediata quasi sempre contrasta e contraddice il significato prescrittivo di altre norme¹⁷¹

La concezione della ragionevolezza come ragione dialettica e comunicativa capace di generare consenso fondato su buone ragioni si espone ad una critica ben sintetizzata dalla domanda di A. LONGO in F. MODUGNO e A. LONGO, *Dialogo minimo sulla ragione dialogica. Alcune suggestioni (e qualche controversia) tra modernità e postmodernità*, appendice a F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 209: “ se il consenso si fonda su buone ragioni, *chi ci dice che siano buone?*”. Osserva l’A. che la tesi, tipica delle teorie proceduraliste, secondo cui le ragioni sono buone proprio perché ottenute tramite il consenso (J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 131: “sono valide soltanto le norme d’azione che tutti i potenziali interessati potrebbero approvare partecipando a discorsi razionali”), deve immaginare “che tutti i dialoganti siano tutti ugualmente razionali e ugualmente disposti a trovare un’intesa”, cioè presuppone un ideale di uditorio impossibile da riscontrarsi nella realtà.

A questa domanda F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 117, risponde che non si dà “un *prius* (buone ragioni o consenso) e un *posterius* (consenso sfondato su buone ragioni, ovvero buone ragioni fondate su consenso), bensì un processo circolare fondato su presupposti o condizioni trascendentali che rendano possibile il dialogo e l’intesa (se si ottiene) tra i dialoganti.

¹⁶⁹ L’esigenza della ponderazione dei principi e l’ulteriore esigenza che questa si realizzi all’interno di uno specifico “contesto di appartenenza”, entro il quale vanno individuati anche i “parametri che consentono di misurare quanta parte del valore insito in ciascuno dei principi posti a confronto possa essere pregiudicato” è segnalata da S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 73 ss., 79.

¹⁷⁰ Cfr. R. ROMBOLI, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni e ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimento comparatistici*, Milano, 1994, 229 s., che individua proprio nel contemperamento di principi costituzionali non congiuntamente realizzabili una delle principali ipotesi in cui la Corte fa riferimento al principio di ragionevolezza.

¹⁷¹ Si può anche ritenere che i principi richiedono una applicazione secondo ragionevolezza perché i valori si possono compiutamente esprimere solo all’interno di un contesto assiologico, cioè nel dialogo con altri valori. Viceversa, se estrapolati dal contesto, essi tendono a smarrirsi ovvero ad “impazzire”. Alcune riflessioni in questa direzione possono trovarsi in L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 252 s.

La ragionevolezza, quindi, opera, da un lato, come strumento di adeguamento del principio al fatto, e, da un altro lato, come strumento di composizione reciproca dei principi¹⁷². Essa si presenta come una forma di razionalità limitata¹⁷³, che precisamente si esprime nella idea della mediazione, da una parte, e dell'adattamento, dall'altro; è tipica di un diritto per principi¹⁷⁴, quale fondamentalmente resta il diritto amministrativo malgrado i recenti accenni di codificazione. Essendo il suo ambito

¹⁷² L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 365 ss.

¹⁷³ Cfr. N. ABBAGNANO, *Ragionevolezza*, in *Id.*, *Dizionario di filosofia*, Torino, 1968, 711; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo*, cit., 249, definisce la ragionevolezza come "la razionalità che può essere pretesa dall'ordinamento"; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 368, parla di "ragione situata" e mette in evidenza lo "statuto debole" della ragionevolezza.

I rapporti tra ragione e ragionevolezza sono ampiamente esaminati da F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., spec. 111 ss., *passim*.

¹⁷⁴ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 1 ss., *passim*; sullo spostamento della ragionevolezza da "requisito soggettivo del giurista a requisito obiettivo del diritto", la cui necessità deriva dall'esistenza dei principi, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 203 ss.; A. BALDASSARRE, *Fonti normative, legalità e legittimità: l'unità della ragionevolezza*, in *Queste istituzioni*, 1991, 64 ss., 87 s.; sulla fioritura delle clausole generali in corrispondenza all'affermazione di un diritto per principi v. M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, cit., 346 s.

La vigenza della clausola generale di ragionevolezza è connaturata all'essenza di un diritto per principi al punto tale che non è necessario rinvenirne un preciso fondamento normativo. Indicazioni possono essere tratte dall'art. 52 comma 1 della Carta Europea dei diritti fondamentali, letto in combinato disposto con l'art. 54 della stessa Carta. Tra l'altro, queste norme prevedono che i diritti e le libertà riconosciuti dalla Carta possono essere limitati ove ciò sia necessario e risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui e che, comunque, nessuna disposizione della Carta può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta.

Queste previsioni - che, tra l'altro, governano anche l'interpretazione del diritto ad una buona amministrazione, previsto dall'art 41 della Carta - trovano fondamento nella consapevolezza che una applicazione meccanica dei principi può essere in contrasto con l'interesse generale, incompatibile con la realizzazione di altri principi e con la protezione delle situazioni giuridiche coinvolte; per questo motivo, sia pur implicitamente, essa viene sottoposta alla clausola generale di ragionevolezza, che guida il legislatore ordinario, ma poi anche gli interpreti - amministrazione e giurisprudenza -, indirizzandoli verso soluzioni in grado di conciliare gli opposti valori in campo evitando che l'eccedenza assio-deontologica del singolo principio dia luogo a conseguenze pratiche irrazionali.

quello della composizione delle diverse eccedenze assio-deontologiche in rapporto ad una situazione di fatto determinata, la ragionevolezza rappresenta un meta-valore del sistema che esprime il valore che tutti gli altri valori realizzino in modo equilibrato sul piano dell'effettività¹⁷⁵.

Così concepita, la ragionevolezza si distingue dai principi, e più in generale dalle norme. Mentre i principi – in quanto vere e proprie norme – pongono condizioni di validità degli atti giuridici, la ragionevolezza non esprime alcun autonomo vincolo di validità né sul piano formale né su quello sostanziale¹⁷⁶. Si spiegano così le difficoltà di indentificarne il contenuto come limite al potere in generale e al potere amministrativo in particolare¹⁷⁷.

La ragionevolezza è dunque un “frammento di norma”, un concetto giuridico implicito nelle norme (e precisamente nei principi) che fornisce indicazioni

¹⁷⁵ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 374 s., che in questo senso parla di “principio architettonico del sistema”.

¹⁷⁶ Osserva giustamente L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, 378, (il quale però non riconduce la ragionevolezza alle clausole generali) che la ragionevolezza è vuota in sé, in quanto destinata a far corpo con altri principi costituzionali.

¹⁷⁷ Afferma L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, in Id., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 183 s., che “malgrado lo sforzo profuso dalla dogmatica per definire la portata di quel principio, non si potrebbe proprio dire che i risultati siano soddisfacenti, ove solo si pensi alla equivocità delle formule impiegate”. In particolare, secondo l'A., si andrebbe da eccessi giusnaturalistici, che tendono a ricostruire la ragionevolezza sulla base di argomentazioni intuitive, a eccessi funzionalistici, che a concepiscono come strumento per ammettere in ogni caso il sindacato del giudice sulla funzione amministrativa.

L'incertezza intorno al contenuto della ragionevolezza è segnalata da più parti e spesso conduce alla conclusione che sotto tale la formula siano riassunti tecniche, criteri e valori diversi se non anche eterogenei: v. L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 902 ss.; A. RUGGERI – A – SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, 111.

Con riferimento alla validità del provvedimento amministrativo tutt'al più la ragionevolezza può essere utilizzata come concetto di sintesi: cfr. ad esempio S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 299, che la individua nel complesso degli *standards* e principi elaborati dal giudice quali limiti interni alla discrezionalità.

all'interprete in ordine alla loro applicazione¹⁷⁸. Dal punto di vista dogmatico, pare preferibile ricondurre la ragionevolezza alla categoria delle clausole generali¹⁷⁹: per quanto, infatti, ancor oggi regni grande confusione in ordine alla distinzione con i principi e soprattutto con i concetti giuridici indeterminati¹⁸⁰, le clausole generali sembrano caratterizzate dal fatto di rivolgersi direttamente all'interprete per assicurare nel caso specifico una migliore composizione dei valori in gioco¹⁸¹.

¹⁷⁸ Sui frammenti di norme come norme non prescrittive che svolgono una qualche funzione in relazione alle prescrizioni v. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 53 s.

¹⁷⁹ Sulla ragionevolezza come clausola generale v. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., 231 s. Secondo l'A., è preferibile considerare la ragionevolezza come una clausola generale piuttosto che come un principio in ragione del più stretto riferimento delle prime al "caso", (Id., *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, ivi, 575).

Sulla ragionevolezza come criterio piuttosto che come principio, v. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007.

¹⁸⁰ Come osserva M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, cit., 354 s., *passim*, tali incertezze sono dovute principalmente all'intrecciarsi del dibattito teorico con quello di politica del diritto in ordine al ruolo della giurisprudenza e ai c.d. poteri creativi del giudice. La prevalenza di quest'ultimo aspetto, infatti, ha comportato un minore impegno della dottrina sul versante analitico. V., tuttavia, per alcuni autorevoli tentativi di distinzione, L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1986, 5 ss. (su cui L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 411 ss.); A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in Id., *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica*, I, cit., 392 ss.. In tema anche M. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, <<standards>> valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, 3558, e, da ultimo, un ampio panorama del dibattito in V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 74-81, *passim*.

¹⁸¹ Cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 7 ss. A dimostrazione di questo assunto basta citare la nota definizione di L. MENGONI *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 5 ss. (tecniche di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta... non descrivono una fattispecie e sono prive di un proprio ambito operativo; sono destinate a operare negli ambiti di altre norme, in funzione dei rapporti giuridici che in essi si costituiscono) e quella, più recente, di M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, cit., 368 ss. ("norme che individuano situazioni di conflitto di interessi parimenti tutelati dall'ordinamento e rimettono al giudice la determinazione del criterio di contemperamento tra tali interessi, che dovrà essere applicato nel caso concreto, a seguito dell'accertamento della situazione concreta di conflitto e di una valutazione comparativa degli interessi in gioco"), che tuttavia sembra limitare l'operatività delle clausole generali ai conflitti d'interesse tra soggetti, al

La circostanza che la funzione delle clausole generali sia normalmente identificata nel consentire al giudice un controllo sugli atti di autonomia (privata) non limitato agli aspetti strutturali della fattispecie (è esemplare in questo senso il ruolo svolto dalla buona fede come clausola per la verifica del comportamento dei contraenti), potrebbe indurre a ritenere che in diritto amministrativo la ragionevolezza riguardi solo il sindacato giurisdizionale sull'attività: ciò, peraltro, in accordo con una tradizionale giurisprudenziale e dottrinale che tende a studiarla come tecnica di riscontro adoperata dal giudice¹⁸². Ferma l'idea che la portata precettiva dei principi è stabilita di volta in volta in concreto proprio secondo il canone della ragionevolezza, si dovrebbe poi concludere che il paradigma di validità del provvedimento non preesiste alla azione

fine della determinazione concreta dei reciproci diritti ed obblighi, escludendola pertanto in relazione agli atti giuridici e alla loro considerazione in termini di validità.

Va osservato, peraltro, che in larga parte della cultura giuridica contemporanea, soprattutto civilistica, adotta un concetto ampio di clausola generale, in cui rientrano tutte le norme a fattispecie indeterminata. Cfr. M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, cit., 348.

¹⁸² Cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 201, dove si rileva che il principio di ragionevolezza caratterizza non tanto l'azione della p.a. quanto il sindacato del giudice sugli atti amministrativi; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, ora in Id., *Scritti giuridici*, cit., 231 s.; Id., *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, *ivi*, 573 ss., dove la ragionevolezza riveste un ruolo fondamentale nella costruzione dell'eccesso di potere, e più, in generale del sindacato di legittimità; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, *passim*, 196, dove si identifica l'essenza del sindacato di ragionevolezza nel suo essere un "controllo a geometria variabile"; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza*, cit., 441 s., che tra l'altro risponde affermativamente alla domanda se esistano realmente ipotesi in cui il ricorso al criterio della ragionevolezza da parte del giudice è necessario, non potendo essere utilizzato un differente paradigma (un principio costituzionale, una figura sintomatica dell'eccesso di potere, una norma di legge); A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 343; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, 231; A. PUBUSA, *Note sulle tendenze dell'eccesso di potere alla luce della L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1109 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, cit., 547 s.

Su questi profili v. *infra*, parte terza.

Anche in diritto costituzionale la ragionevolezza è spesso concepita come strumento nelle mani del giudice: v., ad esempio, A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale* (1975), in Id., *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, 665 ss.; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, 16 s., e *ivi* riferimenti.

dell'amministrazione ma si definisce *a posteriori* in sede di controllo (giurisdizionale e non).

Simili conclusioni, tuttavia, non potrebbero essere condivise, giacché il primo e fondamentale interprete dei principi è la stessa pubblica amministrazione¹⁸³, mentre l'intervento del giudice è solo successivo ed eventuale. Questo comporta che la ragionevolezza operi sin dal momento della adozione del provvedimento, che è altresì il momento in cui il paradigma di validità formale si definisce compiutamente¹⁸⁴. Essa non è causa di incertezza del diritto (che dipende, invece, all'eccedenza assiologico-deontologica dei principi) ma, come acutamente osservato¹⁸⁵, strumento che

¹⁸³ Sull'amministrazione come interprete v. B. CAVALLO, *Il diritto amministrativo e i suoi interpreti*, cit., 584 s., il quale non manca di mettere in rilievo gli aspetti deteriori del fenomeno.

¹⁸⁴ Per la critica alla tesi secondo cui la ragionevolezza opera solamente sul piano del controllo giurisdizionale v. P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 92, che distingue ragionevolezza come canone di azione e ragionevolezza come parametro di giudizio; negli stessi termini, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 17, dove si avverte che, considerando la ragionevolezza solo come un criterio di giudizio di legittimità sugli atti giuridici, si rischia di non carpirne la capacità "di plasmare dall'interno i profili organizzativi e procedurali dell'apparato di pubblico, di tessere l'ordito di base dell'ordinamento, di orientarne la fisiologica dinamica"

¹⁸⁵ Quello dell'accentuazione del soggettivismo del giudizio tramite la clausola di ragionevolezza è il rischio cui F. LEDDA ha dedicato dense pagine: cfr. Id., *La concezione*, cit., 247 s., dove si ammette che essa introduce "una certa nota di soggettività del giudizio" ma si rileva giustamente che questa è una costante dell'ordinamento moderno, ben nota alla teoria generale, dal momento che è impossibile l'applicazione "obiettiva e impersonale della norma" (sul punto, v., anche con riferimenti filosofici, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, cit., 64 ss.). L'A. aggiunge che l'esistenza di valutazioni di tipo soggettivo nell'attività amministrativa è principalmente dovuta al margine di indeterminatezza che spesso caratterizza le norme attributive del potere discrezionale, rispetto al quale, secondo un apparente paradosso, la clausola di ragionevolezza, se ben intesa quale "elemento di chiusura", del sistema consente "l'elaborazione di un più compiuto modello di comportamento" e inoltre "fornisce uno schema valutativo propriamente inteso agli organi cui spetta un sindacato *a posteriori* sul processo decisionale e sul suo risultato.

Per la notazione secondo cui l'elaborazione del principio – criterio di ragionevolezza abbia la finalità di realizzare un controllo più stringente sulle argomentazioni dei giudici, e sia quindi animata dall'intento di ridurre il soggettivismo della decisione giurisprudenziale, v. A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3289.

contribuisce a dissiparla o a ridurla; si installa in un contesto di incertezza e svolge un ruolo di normalizzazione, di razionalizzazione, di definizione in concreto del contesto normativo e quindi delle condizioni di validità del provvedimento.

La ragionevolezza, dunque, costruita come clausola generale all'interno del paradigma di validità del provvedimento – la cui esistenza è imposta dalla eccedenza assio-deontologica dei principi, la quale per un verso richiede un momento di composizione tra i diversi valori in gioco e, per altro verso, un momento di adeguamento all'ordine dei fatti – opera sul piano del diritto sostanziale, prima che in sede processuale¹⁸⁶.

6. Autovincolo e validità

Le regole sulla formazione del provvedimento amministrativo sono innanzitutto contenute in atti gerarchicamente sovraordinati: regolamenti, leggi, Costituzione, atti dell'unione europea, atti di matrice internazionale¹⁸⁷.

Ulteriori vincoli derivano da precedenti episodi di attività amministrativa. Il fenomeno che ne deriva – il c. d. autolimita – è esteso ed eterogeneo¹⁸⁸. Ai nostri fini, è

G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 147 ss., costruisce la ragionevolezza come il polo caratterizzato da una minor dose di soggettività all'interno della triade giustizia - razionalità - ragionevolezza.

¹⁸⁶ Secondo una prospettiva diversa da quella delineata nel testo ma non incompatibile, la ragionevolezza va intesa come una qualità della scelta discrezionale. Cfr. ad esempio A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 322 s., secondo cui la ragionevolezza attiene alla "qualità" della scelta discrezionale, riguardando l'intrinseca correttezza della ponderazione degli interessi, mentre la proporzionalità alla sua "intensità", perché "opera una misurazione del potere in relazione all'adeguatezza del sacrificio imposto all'interesse privato per il perseguimento del fine pubblico".

¹⁸⁷ Nell'ottica della concezione istituzionalistica, tale pluralità di fonti costituisce un importante argomento a favore della tesi che la validità del provvedimento, come quella di tutti gli atti giuridici, si misura nella conformità dello stesso a molteplici ordinamenti, tanti quanti sono le fonti da cui è disciplinato. In questo senso R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento amministrativo*, cit., 616.

Sulla legalità ultrastatale M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, 1 ss.

¹⁸⁸ Per la distinzione tra autolimita ed eterolimita v. P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, cit., 34 ss., che distingue gli autolimita (59-123): a) a seconda del

sufficiente distinguere i vincoli che derivano dalla predeterminazione dei criteri della decisione da quelli che scaturiscono da atti amministrativi – provvedimenti e non – preesistenti¹⁸⁹.

Con riferimento ai primi – ossia ai vincoli derivanti dalla predeterminazione – si deve partire dalla considerazione che la discrezionalità viene esercitata dall'amministrazione in modo progressivo: la decisione finale, cioè, è preceduta da un complesso di decisioni parziali, con le quali vengono stabiliti i criteri dei giudizi successivi¹⁹⁰.

soggetto od organo che li pone (lo stesso soggetto o lo stesso organo, un altro organo dello stesso ente pubblico, un organo appartenente a diversa persona giuridica; la tipologia, in definitiva, si riduce a due ipotesi fondamentali: identità o alterità tra organo amministrativo che pone e organo tenuto ad osservare l'autolimita); b) a seconda dell'atto o fatto attraverso cui sono posti (autolimiti di origine fattuale o autolimiti scaturenti da atti. I primi derivano da comportamenti non formalizzati posti in essere dalla p.a., di tipo commissivo o omissivo, oppure dalla prassi amministrativa. I secondi si distinguono in: atti finalisticamente indirizzati a fissare un autolimita, come i piani o i programmi o le circolari, e atti dai quali si può desumere un autolimita sebbene non adottati a tale scopo, provvedimenti finali e atti intermedi del procedimento, provvedimento a carattere generale e atti/provvedimenti emanati dalla p.a. per vincolarsi in un singolo caso, atti esterni e atti interni, atti amministrativi e atti di tipo negoziale; c) a seconda del loro oggetto (atti ampliativi implicanti una scelta o atti restrittivi, l'an dell'esercizio del potere discrezionale o il *quando* o il *quomodo* o il *quantum*, profili formali o procedurali o contenutistici della sua attività.

¹⁸⁹ I due profili sono ben distinti da A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 325, in relazione alla tematica della invalidità del provvedimento. Osserva l'A., che i “criteri e modalità d'azione, che l'Amministrazione è obbligata a predeterminare” (le c.d. decisioni amministrative parziali e le scelte di base) “non sono né norme interne, né limiti (spontaneamente autoimposti)”. Questi ultimi infatti sono “norme” estranee all'ordinamento che commina la sanzione, sicché si assiste ad un fenomeno “di invalidazione di un atto esterno per violazione di una norma estranea all'ordinamento comminante la sanzione”; “in relazione ai criteri ed alle scelte di base per l'azione amministrativa futura, invece, la inosservanza della regola posta dall'Amministrazione, viene assunta dall'ordinamento di riferimento in forza di un proprio precetto, come causa invalidante della scelta finale”. Sulla tendenza dell'amministrazione contemporanea a prefigurare la propria azione, con la conseguenza che “momento preminente delle decisioni autoritarie sta nell'atto di programma v. D. SORACE, *Promemoria alla voce “Atto amministrativo”*, cit., 756.

¹⁹⁰ A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 62, 77 ss., *passim*. L'A., tra l'altro, riprendendo una tesi di Giannini, osserva che la caratteristica fondamentale dell'azione volontaria della p.a. è che in essa assumono “separata evidenza giuridica quelli che, nell'azione volontaria di una persona fisica, sono semplici momenti strutturali di una sintesi” (86). Nella tipologia di P.M. VIPIANA, 65 s., questa ipotesi rientra in quella dell'autovincolo scaturente fa

Secondo una prospettazione, il mancato rispetto di tali criteri comporta la violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e ragionevolezza¹⁹¹ così determinando l'invalidità del provvedimento per eccesso di potere.

Sembra tuttavia preferibile ritenere che il provvedimento sia affetto da violazione di legge almeno tutte le volte in cui la predeterminazione sia imposta dalla norma: in queste ipotesi, infatti, l'invalidità deriva dal contrasto che si realizza tra la fattispecie concreta e il modello normativo e non richiede un accertamento di tipo sintomatico o secondo ragionevolezza¹⁹².

comportamenti da fatti giuridici, ed esattamente da comportamenti non formalizzati della p.a. precedente, o in quella dell'autovincolo scaturente da atti, ma limitatamente alla sottospecie dell'autovincolo determinato da atti endoprocedimentali.

¹⁹¹P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, cit., 143 ss., *passim*.

Lo schema è quello usato dalla giurisprudenza e dalla dottrina costituzionale per la dichiarazione di incostituzionalità delle leggi per violazione di norma interposta: qui la "norma interposta" è l'autolimita dell'amministrazione, il cui mancato rispetto si risolve nella violazione di un superiore principio che impone all'amministrazione di autolimitarsi

¹⁹² A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 325, parla di "parificazione" posta in essere dall'ordinamento "in ordine alla applicabilità della misura sanzionatoria, tra violazione dei canoni precostituiti e violazione della disposizione di legge che impone all'Amministrazione l'obbligo di predeterminare la propria condotta". In alcuni casi, la detta "parificazione" è evidente (l'art. 12 della legge sul procedimento amministrativo al primo comma impone all'amministrazione di predeterminare i criteri e le modalità per la concessione di sovvenzioni, contributi, etc., e al secondo comma, prescrive l'osservanza di detti criteri e modalità; per un'analisi di altre ipotesi di predeterminazione, v. la sezione prima del capitolo terzo); altre volte, invece, è più difficile individuare la norma legislativa che eleva a parametro di validità le scelte di base operate dall'amministrazione. Tuttavia – prosegue l'A. – "è comunque possibile riscontrare come in tutte le ipotesi in cui il legislatore pone all'Amministrazione un obbligo di predeterminare la propria condotta, abbia posto anche un conseguente obbligo di rispettare le scelte di base così fissate ed una sanzione in caso di loro inosservanza. Del resto, se non fosse affermato – anche implicitamente – un obbligo per l'Amministrazione di attenersi ai criteri predeterminati per le proprie scelte future, non si comprenderebbe neppure la ragione che ha condotto il legislatore ad imporre un obbligo di predeterminazione delle decisioni amministrative". Poche pagine più avanti, si osserva condivisibilmente che, ogni qual volta l'obbligo di predeterminazione sia imposto dalla legge, l'inosservanza dei criteri predeterminati non va sindacata sotto il profilo della irragionevolezza o per violazione dei principi di imparzialità e buon andamento: in questi casi si deve solo riscontrare la difformità del provvedimento dalla fattispecie normativa astratta, sicché il vizio da cui è affetto è la violazione di legge. "L'obbligo di predeterminazione delle decisioni amministrative e l'obbligo di attenersi a tali scelte di base, non si fondano più sul c.d. principio dell'autovincolo, né su un generico obbligo di non contraddittorietà, il limite al potere trova ora la sua fonte in una specifica e

Quanto ai vincoli che derivano da precedenti atti amministrativi, si pone l'arduo problema se la validità del provvedimento possa essere condizionata da precetti contenuti in atti dotati della stessa forza giuridica¹⁹³.

Il tema è tradizionalmente affrontato con riferimento alle norme interne e alle circolari. La dottrina dominante lo risolve ritenendo, in sintonia con la giurisprudenza¹⁹⁴, che la violazione di questi atti configura uno sviamento di potere¹⁹⁵ o da luogo ad una patologia riconducibile alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere¹⁹⁶.

puntuale previsione normativa. Lo stato invalidante che qui viene in rilievo, pertanto, è quello della violazione di legge; vizio che si risolve in una contraddittorietà fra l'atto e una norma di legge che concerne le forme, il procedimento ed il contenuto dell'atto stesso" (331). Secondo l'impostazione dell'A., l'eccesso di potere, concepito come "verifica dell'esistenza di qualcosa di illogico, di irrazionale di contrario allo spirito della legge, dovrebbe servire a sindacare non l'atto finale, ma le scelte di base: il controllo sull'uso razionale del potere dovrebbe cioè essere anticipato al momento della predeterminazione della decisione amministrativa, che altresì costituisce il momento di esplicazione della discrezionalità. (338 s.)

Sull'obbligo di predeterminare i "criteri di massima" delle decisioni v. G. CORSO, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica: nuove tendenze del sistema italiano*, in *Reg e gov. Locale*, 1989, 17. Un autorevole studioso ha individuato una ipotesi di eccesso di potere nella mancata prefissione di parametri di riferimento della decisione. Vi sarebbe cioè un obbligo per la amministrazione di autolimitarsi, discendente dai principi di buon andamento e imparzialità: v. P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, 585 ss.

¹⁹³ Il problema è posto in questi termini da F. BASSI, *La norma interna*, cit., 435

¹⁹⁴ Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 225.

¹⁹⁵ F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. It.*, 1932, 113 s

¹⁹⁶ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950, 187 s., mette in rilievo che la dottrina configura l'inosservanza di circolari e norme interne come specie di eccesso di potere pur movendo da diverse concezioni di questo vizio. "La dottrina tradizionale, che fa rientrare in tale nozione tutti i vizi attinenti alla causa dell'atto amministrativo, sostiene che poiché l'amministrazione mediante l'atto normativo mostra essa stessa qual è l'utile pubblico e quale è il fine specifico cui l'Autorità deve tendere, il discostarsi da tali atti equivale ad agire per un fine diverso dall'interesse pubblico. Quanti poi considerano l'eccesso di potere come un vizio dei motivi dell'atto o della volontà in quanto quest'ultima si è determinata coscientemente *contra legem*, ritengono che il contrasto tra il provvedimento concreto e gli atti normativi interni denuncia, ove non risulti sufficientemente giustificato, la intenzionalità della violazione, o quanto meno, rileva una inosservanza logica"; per un panorama critico delle posizioni della dottrina v. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 322 s., il quale

Questa impostazione, però, fondando l'invalidità sull'utilizzo del potere per un fine diverso da quello per il quale è stato conferito o sulla violazione di un principio che obbliga l'amministrazione a rispettare l'autolimita (non importa qui identificarlo, ma si potrebbe pensare all'affidamento del cittadino o alla logicità dell'azione amministrativa), elude il quesito teorico di fondo, ossia se i precedenti atti amministrativi entrino a far parte del paradigma di validità del provvedimento.

Il problema sollevato è speculare a quello, molto discusso, se la disciplina della formazione della legge – tanto dal punto di vista procedurale quanto da quello contenutistico – sia oggetto di una riserva in favore della Costituzione e delle leggi costituzionali ovvero se possa essere dettata altresì da leggi ordinarie¹⁹⁷. Il silenzio serbato al riguardo dalla Costituzione italiana è diversamente interpretato: secondo un'opinione, che non stenta a trovar conforto nella prassi¹⁹⁸, si tratta una delega tacita al legislatore¹⁹⁹; secondo l'opinione opposta, va inteso come divieto di intervento delle

mette in rilievo che secondo la dottrina prevalente la inosservanza della norma interna vale solamente a porre in essere una *presunzione* di eccesso di potere;

¹⁹⁷ Contro questa possibilità v. A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)*, in *Id.*, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1987/91, Torino, 1992, 35 ss.; *Id.*, *La legge come fonte sulla normazione?*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, 3083 ss.; *Id.*, *Norme sulla normazione e valori*, in *Id.*, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2011, Torino, 2012, 368 ss..

A favore, invece, S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1985, 153 ss.; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, 248 s.; P. CARNEVALE, *Il fattore unitario nelle dinamiche della produzione normativa. Dalla statica, alla dinamica, per tornare di nuovo alla statica*, in *Dir. e Soc.*, 2011, 4 ss.; F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in www.osservatoriosullefonti.it 1/2010

¹⁹⁸ P. CARNEVALE, *Il fattore unitario nelle dinamiche della produzione normativa*, cit., 6, osserva che vi sono norme costituzionali che contengono deleghe in favore della legge o di altre fonti primarie a dettare norme sulla normazione (il riferimento è ai regolamenti parlamentari, secondo l'art. 64 e 72) e sono numerosi i casi in cui l'intervento delle legge sia ha anche senza autorizzazione.

¹⁹⁹ S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1985, 153 ss. La legge incontra un limite a istituire fonti concorrenti solamente nei confronti degli atti del governo, oggetto di riserva costituzionale, osserva F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare*, cit.

fonti sottoordinate nel settore della meta-normazione²⁰⁰. Quest'ultima tesi trova conforto in considerazioni di ordine politico-costituzionale: consentire alla legge di normare sulla normazione, infatti, significherebbe accettare che una maggioranza stabilisca limiti per le maggioranze future, in violazione del principio *parliament may not bind its successors*²⁰¹; richiedere il procedimento ex art. 138 Cost., al contrario, impone una convergenza tra forze politiche quanto mai opportuna quando si verte su "materia costituzionale"²⁰² e fornisce garanzie di stabilità utili al conseguimento di quell'obiettivo di unificazione dell'ordinamento che sta a fondamento della metanormazione²⁰³.

Dietro quella che sembra una questione (pur importante) di interpretazione del dettato costituzionale si cela un contrasto tra diverse concezioni del diritto. La tesi che ammette la legge come fonte sulla normazione trae argomento dal principio della parità di tutti gli atti statali, di cui è corollario la possibilità per ciascun di essi contenere condizioni di validità di un altro.²⁰⁴ La tesi contraria, invece, esclude che la validità di

²⁰⁰ Per A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)*, cit., 45 ss., le norme sulla formazione della legge riguardano la "materia costituzionale", che può essere disciplinata da fonti diverse solo in presenza di una espressa delega da parte della costituzione. Se per le norme di produzione vale il principio che tutto ciò che non è vietato è permesso, per le norme sulla produzione l'opposto principio che tutto ciò che non è permesso è vietato. Poiché nessun potere può autofondersi, un soggetto pubblico non può arrogarsi una competenza non attribuita dall'ordinamento; *Id.*, *Norme sulla normazione e valori*, cit., 373 s., dove si afferma che si può consentire di normare sulla normazione solo in chiave di "mera esplicitazione, o tutt'al più, specificazione-attuazione del dettato costituzionale"

²⁰¹ Da qui l'idea di riconnettere alle norme sulla normazione contenute in leggi una efficacia tutt'al più persuasiva: cfr. ad esempio, M. PATRONO, *Legge (vicende della)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1973, 919; *Contra* P. CARNEVALE, *Il fattore unitario nelle dinamiche della produzione normativa*, cit., 9.

²⁰² A. RUGGERI, *Norme sulla normazione e valori*, cit., 403.

²⁰³ Lo riconosce P. CARNEVALE, *Il fattore unitario nelle dinamiche della produzione normativa*, cit., 8 s., *passim*.

²⁰⁴ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, 1934, rist. 1964, 49 ss., *passim*. Il discorso muove dal postulato della equiordinazione degli atti statali e da una connessa peculiare ricostruzione del fenomeno abrogativo. Secondo l'A., la legge non abroga il regolamento in forza di una maggiore forza ma solo perché la validità di quest'ultimo sussiste fino a che non sia emanata una legge valida (72); allo stesso modo la legge successiva non abroga quella precedente in ragione di una più intensa (in quanto più recente) volontà dello stato ma perché in

un atto possa essere condizionata da precetti contenuti in un altro atto di pari forza e quindi postula la necessità della sovraordinazione del parametro²⁰⁵. Mentre per la prima tesi i rapporti di forza tra gli atti agiscono su un piano diverso da quello dei rapporti di validità, per la seconda sono un tutt'uno.

Questi problemi si pongono in modo meno drammatico con riferimento al provvedimento amministrativo.

Innanzitutto, l'eventualità che un atto amministrativo contenga condizioni di validità del provvedimento non incontra particolari difficoltà a livello costituzionale, dal momento che la riserva di legge in materia di disciplina della pubblica amministrazione è relativa (art. 97 Cost.)²⁰⁶. Dubbi si potrebbero porre solo nei casi di

essa è implicita la condizione di valere fino a disposizione legislativa contraria (66 s.). Questa ricostruzione del fenomeno dell'abrogazione consente all'A. di ammettere che una legge possa porre limiti per una legge futura: affinché ciò avvenga è sufficiente che l'ordinamento ne abbia disposto l'immodificabilità. La legge successiva che intenda modificare la precedente, pertanto, è invalida non perché la legge anteriore prevalga su di essa, ma perché essa stessa è contraria al diritto da cui è regolata: "la legge posteriore non ha effetto perché nulla e giuridicamente inesistente e non perché abbia forza minore che quella anteriore (69).

La resistenza della norma sulla normazione è spiegata da F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano, 1970, 71, sostenendo che la legge che la violasse sarebbe inesistente, in quanto non riferibile all'ordinamento. (Per condivisibili obiezioni sul valore solamente logico di questa costruzione v. A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica*, cit., 55). P. CARNEVALE, *Il fattore unitario nelle dinamiche della produzione normativa*, 10, accoglie la teoria del divieto di riferimento e aggiunge che la modifica della meta-norma può avvenire solo da parte di una successiva legge che dichiari l'intenzione di fare ciò. Con ciò l'A. supera il rilievo secondo cui *parliament may not bind its successors*: se la maggioranza successiva non ha deciso ciò che era in suo potere, cioè di modificare la norma sulla normazione, ciò significa che ha accettato liberamente di sottomettersi.

Osserva condivisibilmente R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 248 s., che "occorre distinguere l'abrogazione e/o la deroga di una norma dalla sua violazione". Il fatto che il legislatore abbia il potere di abrogare o derogare ad una legge precedente non implica che esso abbia il diritto di violare una legge precedente a lui rivolta (senza prima averla, espressamente o tacitamente, abrogata). Osserva l'A., inoltre, che nel caso in cui la legge si pone in contrasto con una legge precedente che ne regola formazione e contenuto, non sussistono i presupposti per la abrogazione o per la deroga, essendo questi "fenomeni che si producono allorché due norme regolano una stessa (classe o sottoclasse di) fattispecie in due modi incompatibili".

²⁰⁵ Che siano questi i presupposti concettuali della tesi emerge in A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica*, cit., 35 ss., *passim*.

²⁰⁶ P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, cit., 192.

“supplenza dell’esecutivo rispetto al legislatore inottemperante a riserve di legge”²⁰⁷, quando cioè l’atto-parametro sia intervenuto in assenza di una regolamentazione legislativa della materia: anch’essi, però, sembrano destinati a svanire una volta considerato che l’alternativa all’autolimita è l’assenza di alcun limite, cioè una soluzione ancor meno confacente allo spirito garantistico della riserva di legge²⁰⁸.

Né esistono ragioni di opportunità per una riserva in capo alla legge della normazione sul provvedimento amministrativo: al contrario da più parti, complice la crisi del principio di legalità o perlomeno i limiti di una legge che volesse regolare minuziosamente l’attività amministrativa²⁰⁹, si segnala l’utilità di una disciplina più flessibile, di fonte amministrativa, nondimeno idonea a realizzare quella predeterminazione normativa necessaria consentire la “raffrontabilità dell’atto con la previa norma”²¹⁰.

Per quanto riguarda i profili più strettamente teorici, va osservato che, ferma restando l’inesauribilità del potere²¹¹, l’amministrazione emanante non gode di “una assoluta libertà dall’impegno implicito nella determinazione adottata”²¹²: al contrario, il

²⁰⁷ P.M. VIPIANA, *L’autolimita della pubblica amministrazione*, cit., 193.

²⁰⁸ P.M. VIPIANA, *L’autolimita della pubblica amministrazione*, cit., 195 s.

Si prospetta pertanto un meccanismo simile a quello che vale nei rapporti tra Stato e regione nelle materie riservate al primo. A fronte dell’inerzia dello Stato, la Regione può intervenire con norme la cui efficacia è risolutivamente condizionata all’intervento del legislatore statale (principio di “cedevolezza”).

²⁰⁹ P.M. VIPIANA, *L’autolimita della pubblica amministrazione*, cit., 43, 184.

²¹⁰ Secondo la formula di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962, 133, che per “norma” intendeva “legge”.

Sulla fondamentale portata garantistica di questo principio e per l’idea che l’autolimita ne consente la valorizzazione specie in un tempo in cui la legge non sempre si mostra all’altezza dei suoi compiti v. le condivisibili considerazioni di P.M. VIPIANA, *L’autolimita della pubblica amministrazione*, cit., 197-193.

²¹¹ Sull’inesauribilità del potere in generale e di quello amministrativo in particolare v. Santi ROMANO, *Frammenti*, cit., 186 s.; E. CANNADA BARTOLI, *L’inapplicabilità*, cit., 95; G. CORSO, *L’efficacia*, cit., 336; *Id.*, *Validità*, cit., 106.

²¹² Cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 49, dove si afferma che il soggetto che esercita il potere “soggiace agli effetti della modificazione giuridica che si produca, non rilevando se egli abbia il potere di eliminarla in un momento successivo”; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., 263; G. CORSO, *L’efficacia*, cit., 333. Più avanti si legge: “la revocabilità di un atto, lungi dall’escludere il vincolo, lo presuppone, tanto è vero

provvedimento vincola lo stesso organo emanante²¹³, come dimostra il fatto che, per sottrarvisi, esso deve adottare un nuovo atto.

La circostanza che l'atto amministrativo produca effetti anche nei confronti del suo autore si traduce, almeno astrattamente, nella possibilità che da esso derivino vincoli sulla attività di quest'ultimo. Essendo questa attività composta anche da ulteriori atti e provvedimenti, ne deriva logicamente che l'atto precedentemente adottato può condizionare la validità di quelli successivi.

Una simile conclusione sembra contrastare con l'esistenza dei poteri di ritiro, mediante i quali l'amministrazione può annullare o revocare le sue precedenti determinazioni. Si potrebbe infatti argomentare nel senso che queste ultime, proprio perché restano nella disponibilità dell'organo, sono inidonee a dettare condizioni di validità di atti successivi.

Nondimeno, è proprio la positiva conformazione dei poteri di ritiro a deporre in senso inverso²¹⁴.

L'esercizio della revoca (art. 21 *quinquies* l. 241/1990) e dell'annullamento d'ufficio (art. 21 *nonies* l. 241/1990) è infatti sottoposto a presupposti, e quindi a limiti, diversi, e più restrittivi, di quelli tipici del potere amministrativo "ordinario": si pensi, ad esempio, per la revoca, alla necessità di corrispondere un indennizzo al soggetto danneggiato e, per l'annullamento, all'illegittimità del precedente atto. Dal fatto che, per rimuoverlo legittimamente, devono sussistere i presupposti speciali richiesti dalle

che essa si concreta in un nuovo atto che spiega proprio l'effetto di rimuovere il vincolo. Per sottrarsi al vincolo, quindi, occorre un nuovo atto di esercizio del potere che lo ha posto" (349).

²¹³ G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., 263.

²¹⁴ Si lasciano qui impregiudicate sia la questione della ragion d'essere dei poteri di ritiro (cioè: se essi siano finalizzati alla cura dell'interesse pubblico di cui l'organo è attributario - soluzione che pare preferibile - o se, invece, siano concessi per esigenze di controllo, oppure ancora a motivo della posizione di supremazia dell'amministrazione) sia il problema del loro fondamento (se costituiscano espressione dello stesso potere di cui è esercizio l'atto che vi soggiace; o se trovino fondamento in principi generali dell'ordinamento; o se tale fondamento vada ricercato nelle norme che espressamente attribuiscono il potere di ritiro). Con riguardo ad entrambi i profili si rinvia all'ampia discussione delle dottrine operata da M. IMMORDINO, *Revoca*, cit., 79 ss., 158 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 215 ss.

disposizioni richiamate, sembra logico ricavarne che il provvedimento amministrativo oppone in ogni caso una certa resistenza all'abrogazione da parte di un provvedimento successivo dello stesso organo²¹⁵.

L'altro aspetto da considerare è che il potere amministrativo è attribuito dalla legge in modo duplicemente frazionato. Esso infatti è suddiviso tra i diversi organi (principio di competenza); e ciascun organo, a sua volta, è titolare di tanti poteri quanti sono gli effetti giuridici cui può dar luogo (principio di tipicità). La conseguenza di questo frazionamento, con riferimento ai poteri di ritiro, è duplice. In primo luogo, ciascun organo non dispone degli atti adottati precedentemente da altri organi, i quali pertanto restano efficaci anche in caso di incompatibilità con il nuovo atto. In secondo luogo, l'organo, esercitando un certo potere attribuitogli dalla legge, non dispone degli atti da esso medesimo adottati nell'esercizio di un altro potere parimenti attribuitogli: atti che, dunque, resistono all'abrogazione.

Il fenomeno abrogativo pertanto opera in diritto amministrativo con alcuni limiti. Per un verso, l'organo non ha nella propria integrale disponibilità gli atti precedentemente adottati perché i presupposti richiesti per revocarli o annullarli validamente sono diversi – e più severi – di quelli richiesti per provvedere la prima volta,. Per altro verso, non possono essere oggetto di ritiro gli atti adottati da altri organi o dallo stesso nell'esercizio di un altro potere.

Alla luce di queste considerazioni, sembra potersi concludere che l'atto precedentemente adottato entra a tutti gli effetti nel paradigma di validità del provvedimento amministrativo quando quest'ultimo rientra nella competenza di un organo diverso o costituisce esplicazione di un diverso potere affidato allo stesso organo. E che entra a farvi parte anche negli altri casi, salvo che non sia espulso dalla stessa amministrazione mediante l'esercizio degli appositi poteri di ritiro in presenza delle condizioni richieste per il loro esercizio.

²¹⁵ Considerazioni simili sono in G. CORSO, *Validità*, cit., 103, 106 s., dove si mette giustamente in rilievo che le ragioni ultime della resistenza del provvedimento amministrativo precedente vanno ricercate nella tutela delle situazioni giuridiche soggettive.

Se ciò è vero, allora, per giustificare l'invalidità del provvedimento adottato in violazione di un precedente atto amministrativo non occorre utilizzare lo schema dell'atto interposto, cui implicitamente si rifanno la dottrina e la giurisprudenza quando ravvisano in tale ipotesi un vizio di eccesso di potere per violazione di un principio superiore (ragionevolezza, coerenza, continuità). Causa dell'invalidità, infatti, è direttamente il contrasto con l'atto amministrativo precedente, che entra a far parte del paradigma di validità del provvedimento²¹⁶.

Queste conclusioni valgono nei casi in cui l'atto precedente presenta le caratteristiche delle norme sulla produzione, cioè contiene prescrizioni relative alla produzione del diritto futuro. Il ricorso allo schema dell'interposizione resta necessario per fondare l'invalidità dei provvedimenti incompatibili con fatti o atti precedenti che non contengono prescrizioni rivolte a condizionare la validità di atti successivi.

7. La vincolatezza come problema di validità

La distinzione tra provvedimento discrezionale e provvedimento vincolato (per tale intendendo l'atto il cui contenuto è integralmente prefigurato dalla legge²¹⁷) è

²¹⁶ Si estendono così a tutti gli autolimiti provenienti da atti giuridici le conclusioni cui giungeva P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, cit., 360 s., solo in relazione al caso di autolimita posto tramite regolamento. Secondo l'A., per altro, si potrebbe realizzare una violazione di legge (vizio residuale) e non un eccesso di potere quando sussistano difficoltà alla configurabilità di una figura sintomatica.

²¹⁷ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 209; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1214, definisce l'attività vincolata come "un agire dell'amministrazione integralmente regolato dalla legge"; cfr. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 4; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 96; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 62 s.

Come noto, l'ammissibilità della categoria dell'attività vincolata è discussa in dottrina. Seguendo L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 6 ss., si possono distinguere opinioni che ne negano la configurabilità sul piano teorico e opinioni che ne ravvisano il carattere fittizio sul piano concreto, cioè del diritto positivo. Al primo filone va ascritta principalmente la posizione di L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 306 ss., che giunge al "rifiuto teorico della vincolatezza" muovendo da una concezione

usualmente posta sul piano dei meccanismi di produzione degli effetti. Sembra, tuttavia che una più convincente rappresentazione del fenomeno della vincolatezza possa essere operata sul terreno della validità (e non, quindi, dell'efficacia).

La dottrina che fonda la distinzione sul piano dell'efficacia prende le mosse dalla individuazione di tre schemi di produzione giuridica, sintetizzati nelle formule *norma-potere*, *potere-norma*, *norma-fatto*²¹⁸. Le tre dinamiche sono poste in relazione, nel senso che l'esistenza della norma, presupposta dallo schema *norma-fatto*, è spiegata dallo schema *potere-norma*, il quale presuppone l'esistenza del potere che è spiegata dallo schema *norma-potere*. Il regresso è destinato a protrarsi all'infinito, ma in realtà “un traguardo finale esiste: ci si ferma quando si giunge al confine del diritto con la società. Val quanto dire che, essendo partiti dal fatto, ci si ferma quando si ritrova il fatto: solo che il fatto che abbiamo considerato inizialmente è un dato grezzo, che attende dal di fuori la sua elevazione sul piano del diritto (la sua rilevanza e qualificazione giuridica); il fatto cui ci si ferma, nel procedimento a ritroso, è un fatto che si pone come diritto in modo assolutamente originario”²¹⁹.

Scendendo dalla teoria generale al diritto positivo, dove le norme sono entità date, questi schemi sono semplificati e ridotti alle sequenze *norma-fatto-effetto* e *norma-*

antimeccanicistica dell'interpretazione. Al secondo filone, va ricondotta invece l'osservazione di S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991, 340, secondo il quale l'attività vincolata rappresenterebbe una “ipotesi di scuola, non presentandosi mai l'attività amministrativa come automatica traduzione di prescrizioni generali in prescrizioni concrete”. A fronte di questo dibattito, bisogna quantomeno riconoscere che quella del provvedimento amministrativo vincolato è categoria di diritto positivo: basti pensare agli artt. 19 e 21 *octies* l. 241/1990. Per simili rilievi cfr. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 12-15; F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 28; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 65.

²¹⁸ E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1960, 159.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., 1239 s. Sulla tesi di Capaccioli v. ora F. MERUSI, *La teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, in *Dir. Amm.*, 2009, 873; D. SORACE, *Il metodo di Enzo Capaccioli e la questione della risarcibilità per lesione degli interessi legittimi*, in *Dir. Amm.*, 2009, 892 ss.; P. LAZZARA, *L'opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale*, in *Dir. Amm.*, 2009, 964 ss..

²¹⁹ E. CAPACCIOLI, *op.cit.*, 159 s..

*potere-effetto*²²⁰. La prima descrive l'ipotesi in cui l'effetto giuridico deriva dalla norma, di cui il fatto integra la fattispecie; la seconda, invece, descrive l'ipotesi in cui la norma attribuisce il potere di determinare l'effetto giuridico a un soggetto, che esplica tale potere attraverso un atto (costitutivo dei propri effetti)²²¹.

Le due sequenze vengono infine utilizzate per distinguere la dinamica innescata dal provvedimento amministrativo discrezionale da quella del provvedimento vincolato. Con il primo, l'amministrazione esercita il potere di creare, modificare o estinguere rapporti giuridici attribuitole dalla norma (secondo lo schema norma-potere-effetto). Adottando il secondo, invece, si limita a rendere operativa la fattispecie normativa astratta, unica fonte degli effetti giuridici (secondo lo schema norma-fatto-effetto)²²².

Nella sua più raffinata configurazione, la tesi si basa sull'identificazione di "una relazione qualificante tra la nozione di potere e la funzione di comporre conflitti di

²²⁰ E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del diritto amministrativo*, in *Id., Diritto e processo*, Padova, 1978, 310; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., 1239 s.; sul punto cfr. P. LAZZARA, *op.cit.*, 964 ss..

²²¹ E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo*, cit., 161. Con altra terminologia, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 196, distingue tra "strategia della funzione" e "strategia delle regole". La prima consiste nel delegare "a qualcuno il compito di determinare in concreto, d volta in volta, le direttive che guidano le azioni dei destinatari ultimi delle norme di condotta (poteri-PL); la seconda è "fondata sul fornire direttamente a tali destinatari le suddette direttive, che e a loro volta possono essere più o meno precise o più o meno imprecise (e che possono o meno essere accompagnate dalla previsione di poteri-PR di un'autorità amministrativa)". L'A. (160 s.), richiamandosi a J. RAZ, *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, 1997, 224, intende per potere-PL (potere legislativo) quello di creare nuove disposizioni e per potere-PR il potere di regolare l'applicazione di disposizioni preesistenti.

Osserva C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 412 ss., che la tecnica della funzione ha un <<costo>> (rappresentato dalle situazioni di interesse legittimo e dalla iper-protezione di alcuni soggetti – coloro che possono ottenere l'annullamento del provvedimento – rispetto ad altri – ipoteticamente, la comunità che aveva interesse allo svolgimento dell'attività assentita tramite il provvedimento annullato) che può essere evitato attraverso la predeterminazione legislativa dell'assetto di interessi in gioco, secondo la formula "meno procedura e più regole"

²²² Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 1241; *Id.*, *Autorizzazione amministrativa*, cit., 1196-1199; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 63 ss., *passim*

interesse e di definire le rispettive sfere giuridiche dei soggetti”²²³, in forza della quale l’atto è ritenuto costitutivo dei propri effetti solo se il soggetto che lo pone è in condizione di determinarne il contenuto, mentre regredisce a fatto costitutivo della fattispecie normativa se il suo contenuto è vincolato²²⁴. Se ne desume che l’atto vincolato, essendo il suo contenuto predeterminato dalla legge, non costituisce esercizio di potere, rappresentando piuttosto l’adempimento di un obbligo (di accertare la presenza dei fatti cui la norma collega l’effetto)²²⁵.

L’equivalenza tra potere come disponibilità dell’assetto degli interessi e potere come capacità di produrre effetti giuridici non è pienamente convincente²²⁶.

²²³ A. ORSI BATAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 1249. A favore della nozione di potere come facoltà di scelta v. anche G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativo*, cit., 101 ss., per il quale coerentemente l’atto vincolato non costituisce esercizio del potere amministrativo; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, cit., 186; *Id.*, *L’attività amministrativa*, ivi, 260; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 150, 165; *contra*, F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 29 ss.; in tema R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 66 ss.

²²⁴ A. ORSI BATAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 1250; *Id.*, *Autorizzazione amministrativa*, cit., 1199; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, 254 s., dove si osserva che “tra discrezionalità amministrativa e produzione *ex lege* degli effetti sussiste un rapporto di reciproca esclusione”.

²²⁵ Da qui la tesi secondo cui, a fronte di atti vincolati, esistono solo diritti soggettivi: cfr. A. ORSI BATAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 1252 s., *passim*; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 37 ss. *Contra* F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 32, dove si afferma che “se la norma qualifica come dovuto il comportamento di un soggetto, non per questo crea in un altro soggetto un diritto soggettivo ad ottenerlo”.

Sul tema dei rapporti tra attività vincolata e situazioni soggettive v. *infra*.

²²⁶ Cfr., d’altronde, E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo*, cit., 173, dove si osserva che la predeterminazione legislativa degli effetti che caratterizza il provvedimento discrezionale in quanto atto tipico non comporta che gli effetti derivino dalla legge: essi vanno comunque riportati al provvedimento, il quale tuttavia “non può produrre legittimamente effetti diversi da quelli che la legge consente”. (Sulla distinzione operata da Capaccioli tra genesi dell’effetto e prefigurazione normativa dello stesso v. P. LAZZARA, *L’opera scientifica di Enzo Capaccioli*, cit., 964 ss.).

Ora, se la predeterminazione normativa degli effetti del provvedimento discrezionale non priva l’atto della sua capacità costitutiva, sembra a chi scrive che tale capacità sia da riconoscere anche al provvedimento vincolato, che si distingue da quello discrezionale solo per una maggiore predeterminazione maggiore degli effetti.

Da un punto di vista pragmatico, innanzitutto, va osservato che, pur essendo il contenuto del provvedimento vincolato oggetto di prefigurazione normativa, se l'amministrazione non *decide* di rilasciarlo (ad esempio, non assentendo alla richiesta del privato) non si produce alcun effetto giuridico.²²⁷ A ciò si è replicato che ad essere in discussione non è la *necessità* del provvedimento quanto la sua *funzione* all'interno della trasformazione giuridica, che sarebbe da individuare nella realizzazione della condizione logica per l'operatività della norma²²⁸. Questo esatto rilievo, nondimeno, omette di considerare che quando si ribadisce la necessità del provvedimento per la produzione dell'effetto si fa riferimento non già ad un qualsiasi fatto giuridico, ma ad un fatto giuridico dotato della struttura del comportamento programmatico. Si intende dire, cioè, che la predeterminazione del contenuto da parte della norma non altera la funzione del provvedimento, per cui la produzione dell'effetto resta a dipendere dal giudizio di valore ad esso sotteso²²⁹.

²²⁷ F.G. COCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 34; E. CASETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XII, Torino, 1997, 251.

²²⁸ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 40, 52.

²²⁹ F. G. COCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 33 -35, dove la distinzione tra “potere di figurare (o disegnare) l'effetto, determinando la disciplina (il regolamento) degli interessi” e “potere di costituire l'effetto, realizzando l'assetto di interessi prefigurato” (la distinzione riprende quella di A.M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del consiglio dei ministri*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, 93 ss.)

“Il carattere vincolato dell'atto non è incompatibile con la sua costitutività...” anche per G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 65, dove si legge: “l'efficacia costitutiva non è esclusa dal fatto che la sentenza forma oggetto di un preciso dovere del giudice o del fatto che l'atto amministrativo sia vincolato, come pretendono coloro i quali vorrebbero trarre argomento da ciò per ricollegare alla legge ogni effetto giuridico”. Per la critica di queste tesi v. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 44 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 166 ss., *passim*.

L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 507 ss., distingue tra “atti costitutivi in senso stretto” e “decisioni”. Le decisioni “sono sempre manifestazioni di volontà in ordine non solo all'*an* ma anche al *quid* dell'atto, cioè al suo contenuto o significato”. Gli atti costitutivi in senso stretto hanno una struttura diversa dalle decisioni. Anch'essi sono atti immediatamente performativi del loro significato (vi dichiaro marito e moglie, vi notifico tale citazione); “ma tale significato non è rimesso come nelle decisioni (anche costitutive) alla volontà – autonoma, o discrezionale o vincolata – degli autori degli atti, ma è rigidamente prestabilito dalle norme ipotetico-costitutive che lo predispongono”.

Al riguardo si consideri che, diversamente da quanto potrebbe ritenersi a prima vista, l'amministrazione, in presenza di un vincolo legislativo integrale, non conserva solo la facoltà di decidere sull'*an* della produzione dell'effetto, ma anche quella di determinare il contenuto del provvedimento²³⁰: nulla, infatti, vieta che essa violi la legge ed adotti un provvedimento diverso da quello "imposto" (ad esempio assenta alla istanza in mancanza dei presupposti per il rilascio del provvedimento oppure, al contrario, si rifiuti di provvedere conformemente all'istanza in presenza delle condizioni richieste dalla legge)²³¹; adotterà in tal caso un provvedimento invalido, ma pur sempre efficace.

L'ipotesi da ultimo considerata consente di rilevare il dato fondamentale: quando si dice che la predeterminazione normativa del contenuto esclude che il provvedimento possa imprimere un assetto di interessi diverso da quello indicato dalla legge, si fa l'errore di confondere il provvedimento vincolato valido con il provvedimento vincolato *tout court*. La predeterminazione normativa del contenuto dell'atto, infatti, non esclude il potere²³², rappresentando piuttosto un vincolo di validità, tale per cui il provvedimento è valido solo se assume un certo contenuto. Non viene meno il potere di decidere, viene meno il ventaglio di soluzioni legittime.

La vincolatezza assoluta, la quale si realizza quando esiste solo un provvedimento valido (*rectius*: quando è valido solo il provvedimento dotato di un *certo* contenuto) può dipendere (*i*) o dalla circostanza che la norma ipotetica di cui il provvedimento

²³⁰ "Anche gli atti vincolati possono essere emanati in vista di un fine diverso da quello predeterminato", osserva condivisibilmente F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 364

²³¹ Se così si vuol dire, perché costituisca la "reiterazione" del precetto normativo (S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 268 ss.), il provvedimento vincolato deve essere valido.

²³² E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 522, dove si afferma che "gli effetti giuridici non sono qualitativamente diversi in ragione della natura discrezionale o vincolata del provvedimento; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 258 s.; D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento*, cit., 98; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, cit., 158. Sostiene, anche in base ad argomenti di diritto positivo, il carattere imperativo degli atti vincolati G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, 33, 73 s.

integra la fattispecie pone una relazione tra valore attuando e valore attuativo talmente specifica da non ammettere alcun margine di discrezionalità nell'attuazione, oppure (ii) dal fatto che le meta-norme riferite al provvedimento circoscrivono l'area del *decidibile* ad una sola soluzione, oppure ancora (iii) dalla concomitanza dei due fattori.

Lo spostamento della tematica della vincolatezza sul terreno della validità viene incontro a quell'esigenza di differenziazione nei riguardi del provvedimento discrezionale cara alla dottrina che rifiuta l'approccio monistico al potere amministrativo²³³ e che si traduce nel corollario secondo cui, a fronte di provvedimenti vincolati, il cittadino è titolare di un diritto soggettivo e non di un interesse legittimo²³⁴. Pur confermando che il provvedimento vincolato costituisce esercizio di potere amministrativo, v'è da riconoscere, infatti, l'interferenza tra il tema della vincolatezza e quello delle situazioni giuridiche soggettive²³⁵. Quale che sia la fonte del vincolo, infatti, l'esistenza di una sola soluzione valida comporta che l'interesse ad ottenere il provvedimento vincolato goda di una protezione giuridica superiore rispetto all'interesse ad ottenere un provvedimento discrezionale, la cui garanzia di realizzazione è incompatibile con la possibilità riconosciuta alla amministrazione di adottare più soluzioni valide²³⁶.

8. Validità e liceità

Secondo parte della dottrina, la qualificazione del provvedimento in termini di (in)validità concorre con quella in termini di (il)liceità²³⁷.

²³³ Osserva criticamente S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 168, che il "vero obiettivo" delle teorie che affermano il carattere costitutivo dei provvedimenti vincolati "è quello di mantenere fermo il postulato della sostanziale unitarietà ed uniformità del potere dell'amministrazione".

²³⁴ Per tutti, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., 1254 s.

²³⁵ Interferenza che, invece, viene usualmente negata da chi concepisce il provvedimento vincolato come atto di esercizio di un potere

²³⁶ *Amplius*, su tutti questi aspetti, v. *infra*.

²³⁷ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 19 s.; A. ROMANO, *Commento all'art. 26, r.d. 26 giugno 1924, n. 105*, in A. ROMANO – R. VILLATA, *Commentario breve*

La distinzione tra provvedimento (in)valido e provvedimento (il)lecito è fondata sulla natura delle norme violate. Si considera *illecito* il provvedimento contrastante con le norme di relazione, cioè con le regole che tracciano “la linea di demarcazione fra gli interessi riconosciuti e garantiti della prima (l’amministrazione) e gli interessi riconosciuti e garantiti del secondo (il cittadino)”²³⁸ e dunque stabiliscono i confini tra potere pubblico e diritti dei singoli²³⁹; si considera *illegittimo* (cioè invalido) il provvedimento lecito, cioè quello che non supera i limiti con i quali l’ordinamento generale attribuisce all’amministrazione il potere di cui esso è espressione²⁴⁰, ma che si

alle leggi sulla giustizia amministrativa, Padova, 2009, 1159; *Id.*, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 122-126; F. LUCIANI, *Il vizio formale*, cit., 206

²³⁸ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 10. Secondo l’impostazione di A. ROMANO, *Principio di legalità*, cit., 125, è illecito il provvedimento adottato in carenza di potere, cioè quello “i cui elementi non corrispondano a quelli del potere di cui è espressione, definiti dall’ordinamento attribuendolo all’amministrazione emanante”. Siffatto provvedimento è illecito perché intacca un diritto che non è nella disponibilità della amministrazione.

²³⁹ Sul postulato, evidentemente, che la presenza del primo esclude i secondi. Molto chiaramente sul punto R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell’atto amministrativo*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XV, Torino, 1999, 618, che però è critico nei confronti della tesi dell’incompatibilità. L’A. accoglie la distinzione tra norme di relazione e norme di azione ma configura l’illiceità, che deriva dalla violazione delle prime, come ipotesi di invalidità del provvedimento. In quest’ottica, il riferimento alla nozione di illiceità serve ad indicare “l’immediato riflesso lesivo (illiceità come ingiustizia, scorrettezza, inadempimento, ecc.) della posizione di diritto soggettivo del destinatario dell’atto invalido”

²⁴⁰ A. ROMANO, *Principio di legalità*, cit., 128. La priorità logica del giudizio di liceità su quello di validità è conseguenza della priorità logica delle norme di relazione sulle norme di azione. Su quest’ultimo aspetto A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., 1243, che mette giustamente in rilievo quanto sia indebita la riduzione dello schema guicciardiano al criterio finalistico.

Sulla priorità logica delle norme di relazione v. anche F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 190. A questo A. si deve una organica rilettura della distinzione guicciardiana, da cui deriva una significativa restrizione dell’ambito dell’illiceità.

L’A. concepisce le norme di azione come le norme che non hanno altra funzione se non quella di attribuire il potere all’amministrazione; e critica la tesi secondo cui la loro caratteristica sarebbe quella di costituire situazioni giuridiche soggettive sottratte alla disponibilità dell’amministrazione (diritti soggettivi) in base all’osservazione che l’impossibilità giuridica di modificare queste situazioni (che si precisa possono avere contenuto positivo, essere cioè diritti, ma anche negativo, essere cioè doveri) dipende in via esclusiva dalla mancata attribuzione all’amministrazione di un potere in tal senso.

Definite come mere norme attributive di potere, le norme di relazione presentano alcune caratteristiche specifiche. La prima, fondamentale, peculiarità è di fungere esclusivamente da

pone in contrasto con le norme di azione, ovverossia con le regole che disciplinano l'attività dell'amministrazione in vista della tutela dell'interesse pubblico²⁴¹.

criterio per il giudizio di riconoscimento del comportamento umano come atto giuridico (giudizio che ha esito positivo se quel comportamento si pone come espressione del potere attribuito); dal momento che l'atto che non le osserva non è riconoscibile come atto giuridico, ne consegue l'impossibilità che le norme di violazione siano giuridicamente violate; e, come ulteriori corollari, in primo luogo, l'impossibilità di costruire la figura dell'atto amministrativo illecito con riferimento all'ipotesi di violazione delle stesse e, in secondo luogo, l'impossibilità di ravvisare nelle norme di relazione la fonte della disciplina di alcun rapporto giuridico tra il cittadino e la pubblica amministrazione (170-178).

Le norme di azione sono definite come quelle che “disciplinano l'esercizio del potere, non già rendendolo concretamente possibile (...), ma esprimendo delle valutazioni di conformità ovvero di difformità al sistema dell'atto, in quanto concretamente adottato” (186). Avendo le norme di relazione come propria unica funzione quella di attribuire il potere, “ogni funzione di disciplinare i rapporti con i terzi (...) deve, a questo punto, essere rinvenuta proprio nelle *norme d'azione*”. (196). Più precisamente i vincoli che le norme di azione pongono a carico del potere possono consistere in doveri in senso stretto o in obblighi, a seconda che siano poste a tutela di interessi generali o si soggetti terzi determinati (199). Nel primo caso si deve ritenere che il beneficiario del comportamento necessitato “sia lo stesso ordinamento giuridico, complessivamente inteso” (200); mentre nel secondo caso agli obblighi imposti dalle norme di azione corrispondono delle pretese, o diritti di credito, “in capo ad altro specifico soggetto a che il titolare del potere non violi quanto a lui imposto”. (200 s.).

Si distinguono così norme di azione idonee a regolare rapporti giuridici e norme di azione a ciò non idonee.

La considerazione dell'atto in termini di legittimità o illegittimità è operata alla luce delle norme di azione costitutive di doveri in senso stretto (e non quindi di rapporti giuridici) (214) (in base ad argomenti assolutamente non condivisibili alle pagg. 214 ss.): il che si riflette sull'impossibilità di qualificare in termini di situazione giuridica soggettiva l'interesse legittimo (che infatti viene identificato nell'interesse ricorrere) e nel carattere rigorosamente oggettivo della giurisdizione amministrativa di legittimità (216-226) cui segue la configurazione del processo amministrativo come “sistema di tutela dell'interesse pubblico” (231-238).

Il provvedimento adottato in violazione di una norma di azione che impone un obbligo a carico dell'amministrazione è invece illecito. Esso lede il diritto soggettivo di cui il privato è titolare all'interno della c.d. “obbligazione provvedimentale” e da luogo all'attivazione di rimedi ulteriori rispetto all'annullabilità di carattere essenzialmente risarcitorio. Il processo in questo caso verte sull'accertamento del diritto del privato rimasto inadempito quando la violazione riguarda una norma di azione costitutiva di obblighi giuridici (258).

²⁴¹ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 9-13, 33 s., in opposizione alle norme di azione che hanno come loro ulteriore caratteristica di essere diretta alla cura dell'interesse pubblico; A. ROMANO, *Principio di legalità*, cit., 128; *Id.*, <<L'ordinamento giuridico>> di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir.*

Questa costruzione concettuale è invero particolarmente raffinata ed elegante: razionalizzando l'assetto del riparto di giurisdizione in base alle situazioni soggettive violate²⁴², fa sì che le qualificazioni del provvedimento in termini di illiceità e illegittimità-invalidità trovino conferma nella natura dei rimedi esperibili avanti all'uno e all'altro ordine giudiziario²⁴³. Ed infatti, la giurisdizione ordinaria, che ha cognizione sul provvedimento illecito siccome adottato in violazione delle norme di relazione, è priva del potere di annullare ma non certo di accordare al cittadino il risarcimento del danno, cioè la sanzione tipica dell'illecito; mentre la giurisdizione amministrativa, che ha cognizione sul provvedimento illegittimo-invalido siccome adottato in violazione delle norme di azione, è dotata del potere di rimuovere l'atto della pubblica amministrazione e dunque comminare la sanzione tipica della invalidità.

Le implicazioni sul terreno della teoria della validità del provvedimento che discendono dall'accoglimento della distinzione tra norme di azione e norme di relazione sono numerose e complesse; rinviando al capitolo successivo per l'approfondimento dei profili connessi alla rilevanza dell'interesse pubblico nel sistema della validità, è opportuno qui concentrare l'attenzione sul concetto di "limite" al potere amministrativo, la cui violazione determinerebbe l'illiceità del provvedimento.

Secondo la dottrina in esame, tale "limite" sarebbe imposto esclusivamente dalle norme di relazione: queste, infatti, nello stesso momento in cui lo conferiscono, appunto limitano il potere, individuando i requisiti che i provvedimenti devono possedere per essere riconosciuti come "efficace espressione" dell'autonomia dell'amministrazione e,

Amm., 2011, 260; A. CIOFFI, *Due problemi fondamentali della legittimità amministrativa (a proposito di Santi Romano e di M.S. Giannini)*, in *Dir. Amm.*, 2009, 601.

Sulla distinzione tra norme di azione e norme di relazione in Guicciardi v. G. FALCON, *Norme di relazione e norme d'azione (tradizione e vicende della giustizia amministrativa nella dottrina di Enrico Guicciardi)*, in *Dir. e Soc.*, 1974, 379 ss.; E. CASSETTA, *La figura e l'opera di Enrico Guicciardi*, in *Dir. Amm.*, 1994, 292; A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. Amm.*, 1997, 65 ss.

²⁴² L'inosservanza delle norme di relazione, infatti, comporta la lesione del diritto soggettivo del cittadino, e dunque radica la giurisdizione ordinaria; mentre la violazione delle norme d'azione, determina la contraddittorietà del provvedimento con l'interesse pubblico e quindi la violazione dell'interesse legittimo, inteso come situazione soggettiva indirettamente tutelata

²⁴³ Poteri che così vengono simmetricamente giustificati.

al tempo stesso, tracciando il confine tra i diritti dei singoli e le posizioni che sono invece nella disponibilità dell'amministrazione²⁴⁴. Le norme d'azione, invece, non regolando conflitti intersoggettivi, non porrebbero limiti al potere, ma semplicemente lo indirizzerebbero alla realizzazione di quello stesso interesse pubblico per il quale è conferito²⁴⁵. Dalla priorità logica delle norme di relazione rispetto alle norme di azione, in altre parole, si fa derivare il corollario che queste ultime, collocandosi all'interno dell'autonomia dell'amministrazione, non la definiscono, non la delimitano, ma semplicemente la indirizzano.

Ora, pur non essendo questa la sede per discutere *ex professo* la concezione richiamata, sembra doversi rilevare una certa dose di apriorismo nell'affermazione che le norme di azione, agendo all'interno dell'autonomia dell'amministrazione, non pongono ad essa limiti. Non pare discutibile, infatti, che, per il semplice fatto di comporre il paradigma di validità del provvedimento amministrativo, esse non fanno altro che limitare il potere²⁴⁶: così fa la norma che stabilisce la competenza di uno piuttosto che di un altro organo, così fanno le norme che stabiliscono le procedure e le forme entro le quali quel potere deve essere esercitato, così, infine, fanno le norme che vincolano il contenuto del provvedimento²⁴⁷.

²⁴⁴ Da ultimo A. ROMANO, <<L'ordinamento giuridico>> di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, cit., 256 ss., dove, peraltro, si definiscono nulli per carenza degli elementi essenziali (ex art. 21 septies, l. 241/1990), e non più illeciti, i provvedimenti adottati in violazione delle norme che attribuiscono il potere.

²⁴⁵ A. ROMANO, <<L'ordinamento giuridico>> di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, cit 260 ss.

²⁴⁶ Cfr. E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, in *Id., Diritto e processo*, Padova, 1978, spec. 128 s., dove l'osservazione: "quel che conta giuridicamente è la disciplina concreta dettata dalla norma: se ne risultano vincoli di condotta per l'autorità, è questo che rileva; ed è una evenienza che rimane uguale a se stessa o che, guardando da una parte, si dica che i vincoli sono posti nell'interesse generale, o che, guardando dall'altra, si dica che sono posti nell'interesse particolare.

²⁴⁷ Ne consegue che il potere è legittimo se esercitato all'interno di questi limiti, è illegittimo se li viola. Non sembra infatti potersi accogliere la tesi che distingue il provvedimento adottato in carenza di potere da quello frutto di cattivo uso del potere: entrambi sono espressione di un potere illegittimo, in quanto esercitato in violazione delle regole di validità. Ma su questi aspetti si rinvia alla seconda parte del lavoro

Ora, se – come pare - ogni norma che disciplina il potere pone un limite allo stesso, allora, ferma restando la definizione del provvedimento illecito come provvedimento adottato al di fuori dei limiti stabiliti dalla legge, si dovrebbe definire illecito ogni provvedimento adottato in violazione di quelle norme: sicché non vi sarebbero ipotesi in cui il provvedimento è invalido e ipotesi in cui è illecito, ma solo ipotesi di illiceità²⁴⁸.

Prima di spiegare le ragioni di fondo per le quali neppure questa conclusione può essere accolta²⁴⁹ (ma se ne può qui anticipare una: se il provvedimento in contrasto con il proprio paradigma costituisse un fatto illecito, non si spiegherebbe lo operatività di rimedi privativi dell'efficacia, dal momento che l'illecito, per definizione, è sanzionato tramite la responsabilità), è opportuno dar conto di un'altra argomentazione a sostegno della distinzione tra provvedimento illegittimo, in quanto adottato in contrasto con le norme d'azione, e provvedimento illecito, in violazione delle norme di relazione.

Questa prospettazione muove dall' accostamento della coppia norme di relazione – norme di azione alla coppia norme primarie – norme secondarie, elaborata da Hart e diffusa in teoria generale²⁵⁰. Come le norme di relazione, le norme primarie impongono divieti e riconoscono diritti, delimitano il confine tra l'area del lecito e dell'illecito; la loro violazione comporta la commissione di un illecito e l'applicazione di una sanzione (da intendersi in senso lato, ad esempio l'applicazione di una pena o una condanna risarcitoria). Come le norme di azione, invece, le norme secondarie costituiscono il parametro di validità degli atti precettivi; esse sono norme strumentali, cioè stabiliscono gli oneri che i soggetti devono rispettare per porre in essere atti precettivi validi, nel

²⁴⁸ Sia pur in modo problematico conclude in questo senso L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in M.P. CHITI e G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 54 ss., sul presupposto che le norme che disciplinano il provvedimento e la sua formazione costituiscono obblighi in capo all'amministrazione. Su questa tesi v. *infra*

²⁴⁹ Quelle più strettamente collegate con il concetto di illecito verranno esposte in questo paragrafo; mentre quelle legate al profilo della rilevanza dell'interesse pubblico nella teoria della validità del provvedimento amministrativo saranno oggetto di separata disamina nel capitolo successivo.

²⁵⁰ F. LUCIANI, *Il vizio formale*, cit., 202; *Id.*, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010, 62 s.

senso di stabilmente efficaci. Attraverso questo parallelismo, dunque, troverebbe conferma la tesi che il provvedimento in contrasto con le norme d'azione deve dirsi illegittimo, mentre illecito quello adottato in violazione delle norme di relazione.

Sul parallelismo, nondimeno, è dato serbare qualche dubbio. Norme primarie e norme secondarie hanno oggetti diversi: secondo la terminologia qui utilizzata, le prime riguardano i comportamenti materiali e le seconde i comportamenti programmatici: le une cioè recano previsioni inerenti ai rapporti, le altre previsioni relative alla produzione del diritto. Per fare alcuni esempi, è norma primaria quella che vieta l'omicidio, mentre sono secondarie la norma che prevede come debba essere adottata una legge, o la norma che predetermina parzialmente il contenuto di un provvedimento amministrativo, o la norma che stabilisce i requisiti del contratto, etc. Nella prospettiva tradizionale, invece, norme di relazione e norme di azione sono riferite entrambe al potere amministrativo e al provvedimento che ne è esercizio, e si distinguono solo per il contenuto e per l'interesse direttamente protetto.

La diversità d'oggetto delle norme primarie e secondarie, contrapposta all'omogeneità d'oggetto delle norme di relazione e di azione, conduce a concludere per l'impossibilità di stabilire un parallelismo tra le due coppie. Se si accoglie la distinzione tra norme primarie e norme secondarie, invero, bisogna concludere che il paradigma di riferimento del provvedimento amministrativo è composto esclusivamente da norme del secondo tipo, sicché la loro violazione determina sempre e comunque invalidità²⁵¹.

La conclusione preferibile, del resto, sembra proprio questa, anche se si affronta il tema dal punto di vista della teoria generale dell'illecito. Che l'illiceità riguardi esclusivamente i comportamenti materiali²⁵², infatti, è sostenuto sia da chi ritiene che l'illecito consista in un contegno contrario al diritto (tesi della anti-giuridicità)²⁵³; sia da chi lo identifica nell'atto proibito da una norma che vi appresta una sanzione²⁵⁴; sia da chi lo individua nel mancato risarcimento del danno da parte di colui che l'ha

²⁵¹ In questo senso, infatti, G. CORSO, *Validità*, cit., 93.

²⁵² Esclude che la coppia lecito-illecito possa essere riferita agli atti giuridici precettivi anche L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 274 ss.

²⁵³ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 287.

²⁵⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, (1968), ora in *Id.*, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 19

causato²⁵⁵; sia da chi, spostando l'attenzione dalla condotta al risultato della medesima, lo definisce come comportamento che determina un danno in senso giuridico, cioè la lesione di un interesse giuridicamente rilevante²⁵⁶.

Il rigore di queste conclusioni non è infirmato dalla figura dell'illiceità negoziale. Il negozio illecito “è l'abuso della libertà contrattuale; è la ribellione dell'attività privata contro la volontà immutabile ed imperativa della legge”²⁵⁷; si verifica quando i contraenti “nel dar regola da sé ai propri interessi, si pongono addirittura contro la legge”²⁵⁸: in breve, “il concetto di illiceità esprime una contraddizione del contratto all'ordinamento giuridico”²⁵⁹. La figura dell'illiceità contrattuale è stata recepita dal codice civile del '42 ed è pertanto categoria di diritto positivo²⁶⁰: richiamata in sede di disciplina degli elementi del contratto²⁶¹ e della nullità²⁶², costituisce presupposto per l'

²⁵⁵ E. CASSETTA, *L'illecito*, cit., 135. Secondo l'A., l'illecito non consiste nella violazione di una norma obiettiva o di un diritto altrui; questi elementi concorrono ad integrare la fattispecie di cui all'art. 2043, la cui attuazione è il presupposto per la costituzione di un rapporto obbligatorio, avente per oggetto il risarcimento del danno, e non l'irrogazione di una sanzione; l'illecito consiste nella mancata ottemperanza del danneggiante all'obbligo di risarcire, rifiuto che comporta la responsabilità di tale soggetto, concepita come la posizione di soggezione rispetto alla sanzione che lo Stato può irrogare a suo carico.

²⁵⁶ A. ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito*, Milano, 2012, 35 ss., *passim*.

²⁵⁷ F. FERRARA sr., *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902, 3, cui si deve in Italia la prima sistemazione concettuale della illiceità negoziale.

²⁵⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *I contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1966, 164.

²⁵⁹ F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu – Messineo – Mengoni, e continuato da Schlesinger, Milano, 2002, 282; per approfondimenti cfr. A. FEDERICO, *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, Torino, 2004, 1 ss., e AA. *Ivi* citati.

²⁶⁰ Cfr. A. FEDERICO, *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, cit., 16.

²⁶¹ Art. 1343 c.c., dove si stabilisce che la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume; art. 1344 c.c., per il quale la causa è illecita anche quando costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa; art. 1345 c.c., secondo cui il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune an entrane; art. 1346 c.c., che tra i requisiti dell'oggetto del contratto richiede la liceità; art. 1354, comma 1, secondo cui è nullo il contratto al quale è apposta una condizione contraria a norme imperative all'ordine pubblico e al buon costume.

applicazione di uno statuto normativo particolarmente severo e rigoroso²⁶³, in cui “la nullità sembra assumere definitivamente i contorni di una sanzione”²⁶⁴. La dottrina ha tuttavia chiarito che il contratto stipulato in contrasto con interessi superiori dell’ordinamento non costituisce propriamente un fatto illecito²⁶⁵: esso rimane un negozio, cioè un comportamento programmatico, e il suo contrasto con l’ordinamento si apprezza pertanto in termini di invalidità²⁶⁶. Le c.d. ipotesi di illiceità si risolvono infatti nella difformità della fattispecie negoziale²⁶⁷ rispetto al suo paradigma normativo di riferimento; con l’unica particolarità che tale difformità riguarda non tanto la struttura della fattispecie quanto gli interessi e il regolamento programmati dalle parti. Che il c.d. contratto illecito non costituisca in realtà un fatto illecito ma un comportamento programmatico invalido, d’altronde, è dimostrato dal fatto che il rimedio predisposto dall’ordinamento sia la nullità, cioè una tecnica privativa degli effetti che mira a colpire

²⁶² Art. 1418 c.c., comma 2, la nullità del contratto deriva, tra l’altro, dalla illiceità della causa, dei motivi nell’ipotesi di cui all’art. 1345 c.c., e dalla mancanza nell’oggetto dei requisiti stabiliti dall’art. 1346 c.c.

²⁶³ L’art. 1417 c.c., prevede, in deroga al regime generale, l’ammissibilità della prova per testimoni richiesta dalle parti “quando sia diretta a far valere l’illiceità del contratto dissimulato”; la transazione relativa ad un contratto illecito è sempre nulla (art. 1972 c.c., comma 1), a differenza di quella che ha ad oggetto un altro titolo nullo, se entrambi i contraenti sono a conoscenza della causa di nullità (art. 1972 c.c., comma 2); il contratto di lavoro nullo o annullabile non può essere sanato per il periodo in cui il rapporto abbia avuto esecuzione se la nullità deriva dall’illiceità dell’oggetto o della causa (art. 2126 c.c.); ma esistono anche altre ipotesi in cui la disciplina del contratto illecito è diversa da quella del contratto semplicemente illegale (art. 2332 c.c.; art. 2035 c.c.; art. 2739 c.c.; etc.). Inoltre, secondo la dottrina e la giurisprudenza, l’illiceità del contratto non consente l’estensione di alcune regole applicabili alle altre ipotesi di nullità: il contratto illecito non può essere convertito, pur in presenza dei presupposti richiesti dall’art. 1424 c.c.; ad esso non si applica la regola interpretativa di cui all’art. 1367 sulla conservazione; il testamento e la donazione illecita non possono essere confermati o sanati ex artt. 590 e 799 c.c.. Per l’esame della giurisprudenza v. A. FEDERICO, *Art. 1418*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, 2010, 975 ss.

²⁶⁴ A. GENTILI, *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (a cura di) *I contratti in generale*, II, Torino, 1999, 1317.

²⁶⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *I contratti in generale*, cit., 164 ; E. CASSETTA, *L’illecito*, cit., 134, nota 105.

²⁶⁶ R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito*, cit., 31.

²⁶⁷ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 373 s.

il comportamento programmatico nella sua funzione dinamica, e non una sanzione (ad esempio, l'applicazione di una pena o la responsabilità dell'autore)²⁶⁸.

L'illiceità negoziale, così ricondotta alla invalidità, segnala semplicemente un contrasto dell'atto di autonomia privata con i valori dell'ordinamento, da cui discende sul piano del diritto positivo l'applicazione di un regime particolarmente rigoroso della nullità. Se la dottrina del contratto seguita a parlare di illiceità non è perché il contratto illecito sia estratto dall'orbita della invalidità e ricondotto al campo dei fatti illeciti in senso proprio, quanto perché il contrasto con le norme imperative in cui la illiceità si sostanzia è ragione della applicazione di una certa disciplina.

Ora, se dunque il contratto illecito è concettualmente un contratto invalido, e la dottrina lo definisce "illecito" solo perché così lo definisce il codice civile, allora non si vede la ragione di estendere al provvedimento amministrativo, in relazione al quale tale denominazione non è imposta da alcuna norma, la figura della nullità per illiceità²⁶⁹. L'operazione non sortirebbe altro effetto che quello di complicare inutilmente un sistema già di per sé non semplice da decifrare: per spiegare la severità del regime della nullità a fronte di talune violazioni²⁷⁰, del resto, non è necessario richiamarsi alla illiceità del provvedimento: basta molto più semplicemente leggere la disciplina come la conseguenza di un giudizio di particolare disvalore operato da chi fa le leggi.

²⁶⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *I contratti in generale*, cit., 164: l'applicazione della nullità dimostra che il contratto illecito è pur sempre un contratto e non un fatto illecito; *Id.*, *Illecito*, cit., 31

²⁶⁹ *Contra* M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 272 ss., che, individuando nella nullità il contrasto del precetto con i valori primari dell'ordinamento, rivaluta la figura dell'illiceità del provvedimento amministrativo come un elemento che si colloca "all'interno" del precetto, ponendosi così su di un piano concettualmente differente da quello dell'illecito aquiliano; ma soprattutto F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 191 ss., che, muovendo dal presupposto che la nullità-illecito "indica sfavore dell'ordinamento per la qualità degli interessi programmati", individua le ipotesi di nullità-illecito nella violazione di norme "iper-cogenti", ed esattamente: nella violazione delle norme penali, nella adozione di atti da parte del funzionario pubblico dopo la scadenza dei termini di proroga (*ex l. 444/1994*), nella violazione delle norme e dei principi di provenienza comunitaria che presiedono alla tutela del libero accesso al mercato e al rispetto della concorrenza tra operatori economici. Cfr. altresì M. TIBERI, *La nullità e l'illecito*, Napoli, 2003, 127 ss.

²⁷⁰ Questo, infatti, sembra l'obiettivo di F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 191 ss.

La conclusione cui si crede di dover dunque pervenire è che il provvedimento adottato in contrasto con il paradigma normativo è sempre invalido e mai illecito, perché solo l'(in)validità, e non l'(il)liceità, può esser predicato dei comportamenti programmatici²⁷¹.

Tale affermazione non è contraddetta dal fatto che il provvedimento amministrativo e l'attività prodromica alla sua formazione possano esser fonte di responsabilità, sebbene ogni forma di responsabilità presupponga un illecito. Il provvedimento, infatti, come tutti i comportamenti programmatici, è costituito da un giudizio di valore e da un'azione manifestativa. Quest'ultima, essendo dotata di una propria materialità, ben può essere oggetto di norme primarie, di norme cioè che regolano la condotta dell'autore dell'atto, dalla cui violazione discende l'illecito²⁷². L'attività amministrativa, in altri termini, al pari di quella negoziale, costituisce, al di fuori della sua normale efficacia, oggetto di divieti normativi e fattispecie di sanzioni corrispettive²⁷³. È stato detto in modo esemplare: nell'illecito il provvedimento non compare come atto, ma come “strumento di lesione di un altrui diritto”²⁷⁴.

²⁷¹ E. CASSETTA, *L'illecito*, cit., 216-221; A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 600 s.

²⁷² Cfr. R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, 15 s., dove si osserva che l'atto dichiarativo (il comportamento programmatico) “è passibile non solo delle qualificazioni proprie della sua specie, e perciò in termini di efficacia, ma anche delle qualificazioni proprie del genere cui appartiene” (quello dei fatti giuridici in senso lato) “e quindi in termini di liceità”. Ciò in quanto “il *quid facti* alla base dell'atto, il comportamento materiale, la mera inerzia, la completa omissione di comportamento” rileva per l'ordinamento come fatto giuridico in senso stretto.

²⁷³ R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito*, cit., 32.

²⁷⁴ E. CASSETTA, *L'illecito*, cit., 134, nota, *passim*: il provvedimento “ in tutta la problematica della responsabilità degli enti pubblici, ed anche di quella dei titolari degli uffici, non compare come atto, ma solo come evento-danno, o più comprensivamente, come strumento di lesione di un altrui diritto”. Più restrittiva la posizione di P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 380, che, partendo dalla affermazione qui condivisa secondo cui solo i comportamenti materiali possono essere illeciti, ritiene che illecito possa essere esclusivamente il comportamento esecutivo del provvedimento.

Sulla distinzione tra invalidità e illiceità v. A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. Amm.*, 2004, 209 ss.; L. FERRARA, *La partecipazione tra « illegittimità » e « illegalità »*. *Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, 108: “nell'ambito della contrarietà a una norma deve, in definitiva, distinguersi il caso in cui essa ridonda in una invalidità, la quale giustifica una misura che colpisca l'atto, da quello in cui la

L'ammissibilità della distinzione tra regole di validità, che riguardano il provvedimento come comportamento programmatico, e regole di comportamento, che riguardano il provvedimento come comportamento materiale nel quale si estrinseca la condotta dell'organo che agisce, potrebbe esse messa in dubbio dalla circostanza che in diritto amministrativo, salvo qualche eccezione²⁷⁵, la violazione delle norme di comportamento comporta l'invalidità del provvedimento²⁷⁶. Ma da ciò sembra corretto desumere che il provvedimento illecito è sempre invalido, ma nulla più. La differenza tra (in)validità ed (il)liceità resta ben chiara per il principio di pluriqualeificazione, il quale consente di ammettere che le stesse norme assolvano contemporaneamente ad una duplice funzione: da un lato quella di disciplinare il comportamento dell'amministrazione all'interno del rapporto con il cittadino, dall'altro quella di porre

medesima contrarietà non rileva sul piano attizio"; G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 249; R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento*, cit., 613; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 85, 99; Id., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 33 ss.; A ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, 61 ss.; A. ROMEO, *Ancora in tema di responsabilità della pubblica amministrazione: dalla «spettanza del provvedimento» alla «spettanza del comportamento»?*, in *Foro Amm. C.D.S.*, 165; G.M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 179-194; per una diversa ricostruzione della responsabilità da comportamento, rivista alla luce della clausola di buona fede, e ricondotta al piano dell'illecito aquiliano, cfr. G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007, 235 ss..In giurisprudenza v. Cass., sez. I, 10-1-2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78, con nota di F. Fracchia; per un panorama del dibattito della dottrina sul punto v. S. D'ANTONIO, *Teoria e prassi della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 133 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009, 35 ss.

²⁷⁵ L'esempio migliore è quello dell'art. 2 della legge 241/1990 che, stabilendo un termine per l'adozione del provvedimento, costituisce una norma di comportamento la cui violazione, secondo costante giurisprudenza, non determina invalidità del provvedimento perché l'amministrazione conserva il potere di provvedere anche dopo la scadenza del termine fissato dalla legge.

²⁷⁶ A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 17. Che tutte le norme di comportamento siano anche regole di validità dell'atto di recente è stato anche sostenuto in diritto civile da V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Id.*, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011391 s.

condizioni di validità (formale) del provvedimento²⁷⁷: uno studio sulla validità le considera principalmente in questa seconda veste, ma deve ammettere anche la prima prospettiva.

In definitiva, l'(il)liceità è qualificazione dell'attività amministrativa (e del provvedimento come parte di essa), intesa come comportamento materiale giuridicamente disciplinato ed eventualmente causativo di danni ad altri soggetti dell'ordinamento, mentre l'(in)validità rimane l'unica qualificazione possibile del provvedimento come comportamento programmatico. La sovrapposizione tra l'invalidità e l'illiceità va evitata perché, essendo stati patologici di fenomeni giuridici strutturalmente diversi (i comportamenti programmatici e i comportamenti materiali) sono anche presupposti dell'applicazione di rimedi strutturalmente diversi: i primi che

²⁷⁷ A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 291-296; G. D. COMPORITI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, , 56 s.: le norme che regolano il procedimento “ per un verso pongono a carico dell'autorità procedente un vero e proprio obbligo di «presa in considerazione» degli interessi coinvolti, per altro verso – e in misura corrispettiva – configurano in capo ai rispettivi titolari «una sorta di diritto all'incolumità personale e patrimoniale», che costituisce la sintesi di una serie nutrita ed articolata di più puntuali diritti procedurali: quello alla comunicazione di avvio del procedimento, alla presentazione di memorie e documenti ed al loro esame da parte dell'amministrazione, all'accesso agli atti del procedimento ed ai documenti amministrativi ingenerale, al non aggravamento degli adempimenti istruttori ed alla collaborazione tra le parti nella acquisizione dei relativi dati, alla motivazione della decisione finale, ad una risposta certa e tempestiva, ad un rapporto funzionalmente unitario con le amministrazioni competenti a provvedere, alla stabilità della disciplina procedimentale”; v. altresì M. TRIMARCHI, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi “pretensivi” e vizi formali*, in *Foro amm. C.D.S.*, 2009, 162 s.; *Id.*, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. Amm.*, 2011, 557 ss.: le regole dell'attività hanno un doppio rilievo giuridico: sotto un primo aspetto, si riferiscono all'amministrazione come soggetto dell'ordinamento, soggetto tra i soggetti, e pongono obblighi in capo ad essa, così disciplinando i conflitti tra la sua sfera soggettiva e quella degli amministrati (non diversamente dalle norme che attribuiscono il potere alla p.a.); sotto un secondo aspetto, svolgono la funzione di regolare il processo di produzione giuridica. La doppia qualificazione delle norme regolatrici dell'azione amministrativa è legata biunivocamente alla doppia natura del procedimento, che per un verso è “forma della funzione”, e per altro verso “forma del rapporto giuridico tra amministrazione pubblica e soggetto privato”: cfr. W. GASPARRI, *Violazione delle regole formali tra invalidità degli atti e responsabilità risarcitoria. Una comparazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 722 s., che efficacemente distingue tra “schema del potere” e “schema del rapporto”. Cfr. altresì E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., 226 s.

agiscono in termini di privazione della efficacia e i secondi in termini sanzionatori e ripristinatori.

CAPITOLO III

LA VALIDITÀ TRA FUNZIONE E RAPPORTO

1. La validità nella logica della legittimità: l'interesse pubblico come limite del potere

L'invalidità del provvedimento, secondo l'impostazione tradizionale, dipende da un contrasto con l'interesse pubblico, talvolta diretto e talaltra mediato dalla legge.

Alla logica del contrasto mediato corrispondono i vizi di incompetenza e violazione di legge, i quali conseguono alla mancata osservanza delle norme di azione, cioè di norme istituzionalmente deputate alla cura dell'interesse pubblico²⁷⁸. Alla logica del contrasto diretto con l'interesse pubblico corrisponde invece il vizio di eccesso di potere per sviamento²⁷⁹, da cui è affetto il provvedimento che realizza un

²⁷⁸ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 33 s.; F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 185 ss., che, dopo aver distinto tra norme di azione che impongono all'amministrazione doveri in senso stretto e norme di azione che impongono obblighi, afferma recisamente che la legittimità del provvedimento si valuta alla stregua delle prime. Distinguono tra norme dirette alla tutela dell'interesse pubblico e norme dirette alla tutela dell'interesse privato, derivando la legittimità del provvedimento dalla conformità dello stesso alle prime, E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 63-66, 71-75, che discorre di norme poste nell'interesse obiettivo da cui derivano doveri in senso stretto; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1964, 40 s.; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., 109 ss..

²⁷⁹ È noto che la giurisprudenza amministrativa (ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 1892, n.3, ora in G. PASQUINDI- A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001) ha concepito l'eccesso di potere come sviamento, sulla falsariga di quella francese (L. MANNORI, *L'influenza francese*, in *Le riforme crispine. Vol II: Giustizia amministrativa*, Milano, 1990, 575 ss.) benché, secondo il significato originario, l'eccesso di potere equivalesse a straripamento di potere, cioè ad una incompetenza aggravata (definita da A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. Amm.*, 1892, IV, 17, come "ogni sconfinamento di qualsiasi autorità al di là dei limiti che la legge assegna alla sua azione prescindendo da ogni considerazione sull'indole dell'autorità straripante e del limite sorpassato"). Favorevole all'indirizzo della giurisprudenza A. CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, 37; più critico A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi* (1916), rist. Padova, 1986, 179.

interesse diverso dall'interesse (pubblico) in vista del quale la legge attribuisce il potere all'amministrazione. Questo, almeno, secondo la concezione più diffusa; perché invece, secondo una lettura rimasta minoritaria, il mancato perseguimento dell'interesse pubblico in realtà si risolve sempre nella violazione di legge, ed esattamente nella violazione della norma che attribuisce il potere indicando al contempo il fine che l'amministrazione deve realizzare tramite il suo esercizio²⁸⁰.

Anche la rilettura dell'eccesso di potere come vizio della funzione, pur comportando una sensibile riduzione dell'ambito dello sviamento tramite la connotazione delle figure sintomatiche come momenti di emersione di vizi autonomi, non comporta il distacco tra validità e interesse pubblico: le ipotesi riconducibili al vizio della funzione, delle quali le figure sintomatiche sono appunto la manifestazione esterna, dipendono tutte dal contrasto del processo decisionale con i principi istituzionali dell'ordinamento amministrativo, individuati (soprattutto dalla giurisprudenza) per assicurarne l'azione all'interesse pubblico²⁸¹.

Se l'invalidità segnala il contrasto del provvedimento con l'interesse pubblico, allora in diritto amministrativo il concetto di validità non può che assumere anch'esso una connotazione funzionale. La nozione che meglio esprime questa compenetrazione è

Sull'origine giurisprudenziale dello sviamento v. E. FOLLIERI, *La legge 31 marzo 1889, n. 5992, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, cit., 441 ss.; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza*, cit., 440; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sui poteri pubblici e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, 106 s.

²⁸⁰ F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di critici di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 1938, 447, spec. 460-462, su cui A. TRAVI, *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 455 ss., 474 s. e G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 116 ss.

²⁸¹ Per F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., 1016, infatti, i principi della funzione rappresentano "le esigenze generali cui l'agire amministrativo deve soddisfare per dare garanzia di raggiungere la sua meta". Su questo aspetto della tesi di Feliciano Benvenuti cfr. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 135, 141.

quella di legittimità amministrativa²⁸², intesa come il complesso dei valori che il provvedimento (o l'attività) deve osservare per sfuggire alla sanzione dell'invalidità²⁸³.

Si è già visto che, a parere di chi scrive, tale concetto non merita di essere riproposto in sede ricostruttiva, una volta caduta la distinzione con l'opportunità; il suo radicamento nel sistema, nondimeno, ne fa una importante chiave di lettura, soprattutto per quanto riguarda i rapporti tra validità e interesse pubblico: ed è a questo scopo che se ne tenta, adesso, una sintetica storicizzazione.

L'origine, come si è già visto, è processuale²⁸⁴: “di legittimità” è la giurisdizione generale del giudice amministrativo, istituita con la legge Crispi del 1889. Nell'esercizio di questa giurisdizione, la quarta sezione del Consiglio di Stato decide “sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa...” (art. 3 l. n. 5992/1889; art. 26, primo comma, t.u. Cons. Stato)²⁸⁵. Incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge non sono, secondo la migliore dottrina del tempo, “vizi” del provvedimento, ma formule che il legislatore offre al ricorrente e al giudice per accorpare e esprimere sinteticamente i veri e propri “vizi”, che consistono nella difettosità o mancanza degli elementi del provvedimento²⁸⁶.

²⁸² Cfr. A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, cit., *passim*; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, 46 ss., con accenti particolarmente critici.

²⁸³ Cfr. F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 92, che parla di “valore riassuntivo di tutto ciò (norme, principi, atti di programmazione, di direzione, di indirizzo) che la concreta attività amministrativa deve rispettare”.

²⁸⁴ Cfr. però F. BASSI, <<Conformità>> alle leggi, cit., 61.

²⁸⁵ Come osserva A. ROMANO, *Commento all'art. 26*, cit., 1120, che l'art. 3 della l. n. 5992/1889 pose le tre formule in una “prospettiva prettamente contenziosa”, vale a dire “come i motivi deducibili da soggetti i cui interessi fossero stati lesi da provvedimenti, nei ricorsi che avessero proposto contro questi provvedimenti stessi, domandandone l'annullamento”.

²⁸⁶ E. PRESUTTI, *Diritto amministrativo italiano*, Messina, 1931, 189, dove si afferma che la distinzione tra incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere non ha una funzione categoriale, ma, più pragmaticamente, ha come logica conseguenza, e –in fin dei conti – come unico significato, che “ogni motivo di illegittimità è sufficiente a servire di base al ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale”; G. CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 204; R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, 74 ss., 82, che giudica in questi termini la formula usata dall'art. 26 T.U. 26 giugno 1924: “formula angusta e, da un punto di

Anche qui, però, le cose cambiano nel momento in cui inizia a farsi recessivo l'approccio negoziale al provvedimento e, con esso, la concezione dell'invalidità come presenza di anormalità all'interno degli elementi della fattispecie. Sostituita questa con una impostazione di tipo normativistico, che considera l'invalidità come difformità dell'atto dal paradigma²⁸⁷, anche le formule dell'incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere vivono di nuova luce: non vengono più considerate come un corpo estraneo alla teoria dell'invalidità del provvedimento ma in essa vengono

vista concettuale assai criticabile, ma entro la quale la giurisprudenza del Consiglio di Stato, ed è questo il suo grande merito, ha saputo, sia pure talora con qualche sforzo, ricondurre tutti i vizi che possono infirmare la validità di un atto amministrativo: vizi concernenti il *soggetto*, la *forma*, la *volontà*; il vizio di *potestà* e, infine, il vizio di *legittimità sostanziale*". Per l'idea che la tripartizione abbia mero valore riassuntivo G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1947, 239. Più recentemente anche P. GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1956, 106, *passim*, alla luce di una incalzante analisi delle anomalie dell'atto che si possono presentare in relazione a ciascuno degli elementi e in rapporto alla situazione storica in cui esso si iscrive, sostiene che i tre vizi del provvedimento amministrativo rispecchino "in modo assai superficiale e approssimativo" una realtà ben più complessa. Dello stesso A., cfr. *Eccesso di potere*, (dir. amm), in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 133, dove si avverte che gli incerti esiti degli sforzi operati dai commentatori per tracciare una chiara e definitiva linea di demarcazione tra i vizi, consigliano di rassegnarsi ad ammettere che si tratti di una "elencazione alquanto empirica": "lo comprova d'altronde il fatto che si tratta di tre voci; mentre le classificazioni logicamente corrette non possono basarsi che su contrapposizioni, cioè su coppie di concetti simmetrici".

Su questi aspetti sia consentito rinviare a M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Dir. amm.*, 2010, 922 ss; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 112-115.

²⁸⁷ Su questo cambiamento nell'approccio al tema dell' (in)validità, unito alla formulazione di una nuova teoria generale del provvedimento v. A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 598 s.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 23 ss.; A. POLICE, *Annullabilità e annullamento (Dir. Amm.)* in *Enc. Dir.*, Ann. I, Milano, 2007, 51 s.; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 115; M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità*, cit., 929 ss.; M. C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, 24 ss., dove peraltro si segnala la necessità di un parziale ritorno all'impostazione tradizionale, dal momento che l'art. 21 *septies* l. 241/1990 prevede la figura della nullità per mancanza degli elementi essenziali.

L'esigenza del distacco dalla teoria negoziale dell'invalidità era già chiara nell'opera di A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, cit., 330 s..

integralmente assorbite e risolte, rappresentando i tre “vizi di legittimità” da cui l’atto può essere affetto²⁸⁸.

Il passo successivo compiuto dalla dottrina sulla scorta dell’art. 113 Cost., che vieta al legislatore di limitare la deducibilità davanti al giudice amministrativo dei vizi di legittimità²⁸⁹, fu di ritenere giuridicamente irrilevante la tripartizione²⁹⁰ e individuare un unico stato patologico del provvedimento amministrativo, cui riportare i tre vizi: si inizia a diffondere così la nozione di illegittimità²⁹¹. Parallelamente, si afferma la legittimità come concetto di diritto sostanziale costruito in termini di opposizione alla illegittimità²⁹², nel quale trova sintesi il complesso dei valori che il provvedimento deve

²⁸⁸ Ad esempio, V. ROMANELLI, *L’annullamento degli atti amministrativi*, cit., 196. Sia consentito rinviare a M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità*, cit., 932

²⁸⁹ Secondo A. ROMANO, *Commento all’art. 26*, cit., 1150 ss., l’art. 113 Cost non solo vieta al legislatore di limitare la deducibilità davanti al giudice amministrativo dei vizi di legittimità, ma anche assicura ai tre vizi di legittimità un contenuto minimo sostanziale.

²⁹⁰ G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., 238 s.

Argomenti contrari alla tesi che ritiene uniforme il regime dell’invalidità sono in R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *op.cit.* 498 ss. (a proposito dell’incompetenza) e 508 s. (a proposito della violazione di legge e dell’eccesso di potere). Un accenno in questo senso anche in C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall’eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 29.

²⁹¹ Che dunque, osserva M.S. GIANNINI, *Illegittimità*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 131, è “creatura più dottrinale che giurisprudenziale”. Per la conduzione dei tre vizi all’illegittimità v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, 1970, 623; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, 487, il quale però precisa che “sarebbe errato ritenere che la distinzione non abbia più rilevanza, ben essendo possibile che il legislatore tratti in modo vario i diversi vizi ad altri effetti (responsabilità degli agenti, controlli, annullabilità d’ufficio, impugnabilità in sede amministrativa, ecc.)”; A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 604 s., il quale però poi osserva che “non ogni situazione viziata compresa sotto la denominazione di eccesso di potere si concreta un’ipotesi di violazione di legge”. Cfr. altresì R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *op.cit.*, 407 ss. e gli AA. *ivi* citati; M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità*, cit., 933 ss.

²⁹² F. LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 125. LA costruzione è riconosciuta come dominante ma contestata da A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell’irregolarità*, cit., 35, il quale osserva che l’identificazione dell’illegittimità “come il correlato negativo della legittimità non è logicamente inevitabile (...); ove, pure, si debba definire la legittimità come semplice conformità dell’atto al modello legale, ciò non implica che ogni difformità di tal genere coincida *tout court* con l’illegittimità, intesa quale causa generale di invalidità degli atti amministrativi. Atto “non legittimo” – cioè non pienamente conforme a legge – non vuol dire, sul piano strettamente logico, atto “illegittimo” –

rispettare²⁹³ per non essere affetto da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere²⁹⁴: in breve, per non essere illegittimo, invalido.

Tra i valori di cui si nutre la legittimità amministrativa in origine primeggia, senz'altro, quello della legalità del provvedimento, il suo essere conforme a legge: sicché è la stessa legittimità ad assumere una connotazione essenzialmente logico-formale, come “rapporto di conformità tra atto e norma”,²⁹⁵. Mentre, però, nell'Allegato E della legge abolitiva del contenzioso tale valore era declinato essenzialmente in chiave garantistica²⁹⁶, all'interno del concetto di legittimità esso viene in rilievo essenzialmente per le sue connotazioni oggettivo-funzionali²⁹⁷. Il principio di legalità, cioè, viene in gioco soprattutto per il suo significato “politico”, ovvero per aver decretato l'oblio della concezione secondo cui lo Stato agisce per il conseguimento di

cioè invalido; tale corrispondenza, implicando l'affermazione della necessaria invalidità degli atti difformi da legge, non può essere fondata logicamente, ma solo positivamente”.

In generale, sul fatto che la teoria del provvedimento amministrativo (e, quindi, anche il concetto di legittimità) è stata costruita prendendo le mosse dal momento patologico dell'attività v. F. BENVENUTI, *Ancora per un'amministrazione obiettivata*, in *Studi economico-giuridici* XLIX 1978-1979, tomo III, Milano, 1980, 209 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006, 3586.

²⁹³ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 92, definisce la legittimità come il “valore riassuntivo di tutto ciò (norme, principi, atti di programmazione, di direzione, di indirizzo) che la concreta attività amministrativa deve rispettare”

²⁹⁴ E. CANNADA BARTOLI, *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro. It.*, 1955, IV, 203 ss.; *contra* R. RESTA, *La legittimità degli atti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. pubbl.*, 1955, 399 ss., secondo cui l'immunità dal vizio di eccesso di potere non può essere riportata al concetto di legittimità

²⁹⁵ Così A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 33; F. LEVI, *Legittimità*, cit., 125 s.

²⁹⁶ Cfr. F. BASSI, <<Conformità>> alle leggi, cit., 61 s.

²⁹⁷ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 27 s., “il principio di legalità ha, oltre e prima che la funzione individualista che oggi gli prestiamo (la funzione di preservare dall'arbitrio statale le libertà e le aspettative dei cittadini), anche e soprattutto un'obiettiva funzione ordinativa, la funzione di limitare e incanalare l'attività dello stato nell'interesse dello stato medesimo”.

Sulla duplicità delle funzioni, oggettiva e garantista, assunte dal principio di legalità nei confronti dell'amministrazione v., B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. Amm.*, 2008, 1 ss., dalla cui analisi emerge che la prima funzione è quella più antica e caratterizzante.

fini propri²⁹⁸, sostituendola con quella secondo cui esso agisce per la realizzazione dei fini stabiliti dalla legge²⁹⁹.

Pur mantenendo salda la derivazione dal principio di legalità, che continua a costituirne il nucleo di riferimento, la portata della legittimità è progressivamente aumentata soprattutto ad opera della giurisprudenza amministrativa, la quale, annullando provvedimenti ossequiosi della legge, ha finito per integrarne il contenuto con norme secondarie, regole non scritte e principi di buona amministrazione desunti dalla logica o dalla tecnica³⁰⁰.

Le interpretazioni del fenomeno divergono: vi è chi lo innesta nel percorso evolutivo del principio di legalità, sottolineandone le sempre maggiori implicazioni di

²⁹⁸ Per un'ampia ricostruzione delle dottrine dello scopo dello Stato v. G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Volume primo, trad. it. con introduzione e capitoli aggiunti di V.E. ORLANDO, Milano, 1921, 445-500.

Cfr. O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile* (1889), in *Id.*, *Scritti giuridici scelti, I, Lo Stato*, Napoli, 1992, 207, il quale, dopo aver sostenuto che le libertà dei singoli costituiscono un limite che lo Stato impone a sé stesso tramite la legge, afferma che nel dubbio “se l'interpretazione del diritto vigente non dà un risultato sicuro e non permette di stabilire un limite certo all'attività amministrativa dello Stato, questa incertezza si deve risolvere a favore dello Stato. E, per conseguenza, l'autorità amministrativa, in questo caso, deve poter agire liberamente, nell'interesse pubblico, perché ciò è nella sua funzione, è il compito della sua esistenza”

Stato mediante la legge si auto-vincola utilizzando legge costituisce lo strumento principale attraverso cui lo Stato individua i fini pubblici,

Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., 116 -119.

²⁹⁹ G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge* (1924), in *Id.*, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 205: “La pubblica amministrazione non è un soggetto distinto dallo Stato, ma è lo Stato stesso in azione per il perseguimento dei suoi fini. Come per i soggetti estranei questi fini sono determinati dalla rispettiva loro volontà, così per lo Stato sono determinati da quel potere che è l'organo della sua volontà: il potere legislativo. I fini, così determinati dal legislatore, s'impongono per l'obbligo della loro attuazione, al potere cui questo compito appartiene per l'organizzazione stessa dello Stato, al potere amministrativo”.

³⁰⁰ Da ultimo, sul punto, G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2012, 769, che parla di “opera concreta e dispersa, ma all'untempo ricostruttiva e fondante, della giurisprudenza: che dai casi conduce ai principi generali e da questi alle regole di condotta ancora per i casi concreti” ; cfr. anche G. CORSO, *Validità*, cit.; *Id.*, *Il principio di legalità*, cit., 10 s., che instaura un parallelismo tra la predisposizione di limiti al potere discrezionale da parte della giurisprudenza amministrativa e il valore della *rule of law* di cui parlano gli inglesi.

ordine sostanziale³⁰¹; e chi invece collega l'evoluzione della legittimità all'affermarsi di un principio di necessaria predeterminazione della azione amministrativa, comprensivo di tutti i vincoli ulteriori rispetto alla legalità³⁰². A fondamento di questa diversità di vedute c'è evidentemente lo scontro tra una concezione ampia del principio di legalità, che ne individua l'essenza nella raffrontabilità dell'atto ad un paradigma normativo preesistente³⁰³, e una più ristretta, che lo considera come diretta esplicazione della supremazia del parlamento e, quindi, lo connette inscindibilmente al valore della legge in senso formale³⁰⁴.

Senza indugiare oltre su profili tipo essenzialmente terminologico, che potrebbero far pensare ad un contrasto di vedute in realtà inesistente sul piano sostanziale³⁰⁵, va osservato che l'ampliamento della legittimità oltre i confini della stretta legalità segnala

³⁰¹ S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, cit., 270 ss.

³⁰² F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 88 s., che presenta la "predeterminazione normativa" come una versione aggiornata del principio di legalità, in base alla quale l'attività amministrativa deve "necessariamente essere preceduta da un quadro normativo tendenzialmente completo, nell'ambito del quale deve contenersi per poter essere valutata legittima.

³⁰³ Cfr. quanto rilevato da G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 19, ovvero che "nella tradizione del pensiero politico il primato della legge non è legato tanto all'identità di chi la delibera, quanto alla struttura della legge stessa, al fatto che essa contiene una regola, espressione di una ragione senza passione, invece che decreto estemporaneo o, peggio, capriccio". Per quanto negli ordinamenti democratici la supremazia della legge derivi principalmente dal carattere rappresentativo del parlamento, questa nuova forma di legittimazione non ha scalzato la vecchia: sia pur frustrata dall'esperienza, l'esigenza della generalità ed astrattezza della legge "persiste come aspirazione diffusa".

³⁰⁴ Sicchè, come osserva F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 90 s., se si intende il principio di legalità secondo il significato tradizionale, come conformità alla legge formale, si apre uno iato tra legalità e legittimità che invece non è dato percepire se si identifica il principio di legalità in quello della necessaria predeterminazione normativa dell'attività.

³⁰⁵ Non a caso G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza*, cit., 438, equipara legittimità e legalità dell'azione amministrativa. *Id.*, *Il principio di legalità*, cit., 13; Un uso promiscuo dei suoi termini è anche in R. ALESSI, *La revoca*, cit., 42 ss. Cfr. F. TIGANO, *Amministrazione, costituzione e buon andamento. Profili della nuova legalità amministrativa* (2002), in *Id.*, *Recenti profili evolutivi dell'attività amministrativa*, Torino, 2008, 53 s.: "si può anche affermare la non necessità di distinguere tra legalità e legittimità, ossia tra mera conformità ai dettami della legge ed astratta rispondenza ai canoni di ragionevolezza e giustizia, dato che entrambi i concetti convergono, pur muovendo da ambiti di partenza originari differenti, a creare una nozione di "legalità-legittimità", che le comprende e le compendia entrambe".

l'affermarsi della prima come "valore vivo nella coscienza dei giuristi"³⁰⁶: un valore del quale si inizia a percepire la possibile autonomia dalla legalità dell'azione amministrativa.

Il distacco è implicito nella concezione, di matrice istituzionalistica, secondo cui l'amministrazione costituisce un ordinamento particolare, autonomo da quello generale. Secondo questa tesi, infatti, la legittimità del provvedimento deriva dall'osservanza delle norme di azione: di norme, cioè, protese alla realizzazione dell'interesse pubblico e che costituiscono espressione dell'autonomia dell'ordinamento amministrativo: norme sostanzialmente secondarie, pertanto, che talvolta assumono solo la forma esteriore della legge³⁰⁷.

Ma, più in generale, l'affermazione dell'autonomia della legittimità dalla legalità diventa un motivo ricorrente nel contesto della critica rivolta alla legalità come valore fondamentale del sistema amministrativo a seguito, da una parte, della perdita di

³⁰⁶ Secondo la nota espressione di F. LEVI, *Legittimità*, cit., 126.

³⁰⁷ In questa prospettiva infatti la legge costituisce l'ordinamento amministrativo dotando gli enti di autonomia (pubblica) per la realizzazione degli interessi pubblici, e al contempo limita dall'esterno i poteri conferiti tracciando i confini tra sfera dell'autonomia dell'amministrazione e sfera dei privati, intangibile per il potere amministrativo. L'ordinamento amministrativo nasce quindi come ordinamento funzionalizzato, proteso al perseguimento dell'interesse pubblico, e nell'esercizio della sua autonomia adotta atti normativi che si caratterizzano perché non risolvono conflitti intersoggettivi (come fa la legge) ma disciplinano l'organizzazione (norme di organizzazione) e l'attività (norme di azione) dell'ente assicurandola all'interesse pubblico indicato dall'ordinamento generale. Siffatte norme, anche quando assumono la veste formale della legge, vanno comunque considerate come norme sostanzialmente secondarie, espressione non della sovranità dell'ordinamento generale ma dell'autonomia dell'ordinamento particolare. In questo quadro, la legittimità è autonoma dalla legalità e direttamente connessa all'interesse pubblico perché si esprime nella osservanza della normativa di azione, cioè di regole poste dall'ordinamento amministrativo (e quindi da fonte sub-legislativa) per disciplinare la propria attività concreta in modo funzionale all'interesse pubblico (e non invece per risolvere conflitti inter-soggettivi); mentre invece il provvedimento in contrasto con la legge, e quindi posto in essere in violazione delle situazione soggettive dei privati, è illecito oppure nullo. Per questa impostazione v. A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., 76 ss.; Id., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999, 123; Id., *Commento all'art. 26*, cit., 1174 ss.; Id., <<L'ordinamento giuridico>> di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, cit., spec 262 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento*, cit., 623 s.; con ampie argomentazioni, da ultimo, A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, cit., 154 ss.

autorevolezza della legge³⁰⁸ e, dall'altra parte, della preponderanza della amministrazione di prestazione. In un contesto in cui lo stato è essenzialmente un

³⁰⁸ La c.d. “crisi della legge” è fenomeno notissimo. I principali fattori della crisi possono essere sinteticamente individuati nella perdita di rappresentatività e autonomia del Parlamento, nella perdita di astrattezza e generalità della legge e nell’inflazione legislativa. La bibliografia è sterminata: *ex plurimis*, F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. Trim. Scienz. Amm.*, 1978, 6 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, IV, cit., 3469 – 3472; B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 25; G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 19 s., che, sulla scorta del pensiero di J. Wilson, osserva che i parlamentari tendono a produrre provvedimenti che hanno costi diffusi e benefici concentrati. In questo modo, i costi vengono ripartiti tra tutta la popolazione, sicché non vengono percepiti chiaramente dai singoli, mentre i benefici vengono percepiti in modo chiaro dalle minoranze che si battono con successo per ottenerli.

La crisi della legge va distinta, a parere di chi scrive, dalla (presunta) crisi del principio di legalità, cioè della sua vigenza, su cui cfr. S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXII; F. SATTA, *Introduzione a un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 45; S. CASSESE, *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della rivista Diritto Pubblico*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 1995, 795; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 87; A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, 2012, 56 ss.

In realtà, chi affronti il problema con gli occhi del giurista positivo, cioè muovendosi all'interno dell'ordinamento, dovrebbe convenire con G. CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 20-22, sulla circostanza che, trovando radicamento in diverse disposizioni costituzionali (Corso cita gli artt. 23, 77, 97, 101 c.p.v., 113; sul valore costituzionale del principio v. anche S. FOIS, *Legalità*, cit. 659 ss; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 19 ss., che si richiama all'art. 97 Cost.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 85, che sottolinea il paradosso di un principio di cui si afferma comunemente la vigenza ma del quale non si riesce ad identificare con chiarezza il fondamento costituzionale; S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. Amm.*, 237 s.), il principio di legalità rimane comunque l'architrova del diritto amministrativo (per la dimostrazione che ciò vale non solo per l'attività ma anche per l'organizzazione, v. G. CORSO, *Principio di legalità e trasformazioni dell'amministrazione*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, cit., 51 ss.) e al contempo raccogliarne il monito a non confondere gli attacchi quotidianamente sferrati al principio medesimo con una sua presunta, e non meglio precisata, “crisi”.

In effetti, a parere di chi scrive la critica al principio di legalità ha senso solo se ci si pone in una prospettiva meta-positiva, come ad esempio fa G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994, 143 ss., oppure, dichiaratamente, U. MATTEI, *Plunder: quando il principio di legalità è illegale*, in G. DE GIORGI CEZZI – P.L. PORTALURI – FF. TUCCARI – F. VETRÒ (a cura di), *Il <<meritevole di tutela>>: scenari istituzionali e nuove vie di diritto*, Napoli, 2012, 197 ss.

“dispensatore di beni”³⁰⁹, dove la sostanza del provvedere viene individuata più nello “scegliere” che nell’ “imporre”³¹⁰, dell’interesse pubblico alla legalità si rileva il carattere formale e l’inidoneità a costituire l’unica base di legittimazione dell’autorità³¹¹; e dell’interesse pubblico come compito affidato dalla legge all’amministrazione si denuncia l’astrattezza e dunque l’inservibilità³¹².

La supremazia della legge, in origine fattore di democratizzazione dell’amministrazione, è vista da alcune dottrine come motivo di distacco della stessa dalle esigenze della società: l’amministrazione si serve della legalità “come una forza della quale potere disporre per togliere di mezzo ostacoli o contestazioni all’efficacia imperativa delle sue determinazioni”³¹³. Da qui l’esigenza di liberarla dal giogo della politica, cui la fa sottostare il principio di legalità, aprendola direttamente alla società

³⁰⁹ G. CORSO, *Lo stato come dispensatore di beni: criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990, 177 ss.; sull’attività amministrativa come produzione e distribuzione di utilità v. anche F.LEDDA, *L’attività amministrativa*, cit., 258 s.; *Id.*, *La concezione dell’atto amministrativo e dei suoi caratteri*, cit., 240 s., dove si rileva giustamente che la funzione distributiva dell’amministrazione non si manifesta soltanto nei provvedimenti autorizzatori o concessori o nelle attività di prestazione, “ma si realizza di continuo con qualsiasi provvedimento che asseconi o comprometta aspettative, che riduca od accresca le *chances* di successo delle iniziative di singoli o di gruppi, che disponga di utilità create in modo artificiale dall’ordinamento attraverso la limitazione non incondizionata delle libertà o possibilità che altrimenti si avrebbero per i soggetti (basti pensare alle autorizzazioni, alle dispense, e alle disposizioni analoghe).

³¹⁰ D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce “Atto amministrativo”*, cit., 758 s.

³¹¹ A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell’irregolarità*, cit., 38, secondo cui il potere amministrativo, almeno in parte, “ritrae la propria legittimazione dal un legame diretto con la compagine societaria e non può quindi concepirsi quale pura emanazione del legislativo”. Vedremo in seguito come questa affermazione possa essere armonicamente coniugata con una riaffermazione del valore (se non altro, costituzionale) del principio di legalità.

³¹² Cfr., *ex plurimis*, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 126; *Id.*, *Principio di legalità e semplificazione dell’attività amministrativa*, Napoli, 2000, 113.

³¹³ G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit., 163; *Id.*, *Amministrazione e costituzione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 460, dove, spostato il discorso sul piano costituzionale, si afferma: “se la costituzione consentisse o imponesse alla parte politica dello stato di reggere l’amministrazione anche nella prefigurazione dell’attività e degli obiettivi da perseguire, essa turberebbe rovinosamente l’autonomia amministrativa, toglierebbe insomma la pur affermata libertà dell’amministrazione”

attraverso la partecipazione degli individui alle decisioni pubbliche all'interno delle procedure³¹⁴, governate dal principio di imparzialità³¹⁵.

La legittimità, in questo quadro, cambia volto: si complica e, al tempo stesso, si de-formalizza³¹⁶.

Si complica, perché, in attuazione del disegno costituzionale, entrano a farne parte il buon andamento, con le sue declinazioni efficientistiche³¹⁷, l'imparzialità, con la sua portata garantistica³¹⁸, e, più tardi, anche sotto la spinta del diritto europeo, principi

³¹⁴ G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit., 373; *Id.*, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 779 ss.; *Id.*, *la struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e Soc.*, 1980, 438 ss. Cfr. F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit., 130 ss.

Sulla concezione di Berti dell'amministrazione come espressione della società e non come derivazione del potere dello Stato v. U. ALLEGRETTI, *Il pensiero giuridico di Giorgio Berti: l'amministrazione capovolta*, in *Ritorno al diritto*, 2007, 71 ss.

Nella stessa direzione si pone L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, cit., 209, quando rileva che la discrezionalità si alimenta dello strumento partecipativo, "dando ragione a quelle tesi che hanno sostenuto l'assenza, nella situazione attuale di coesistenza di una molteplicità di centri di imputazione, di una vera e propria predeterminazione dell'interesse pubblico da parte della normativa". Anche B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 26 s., si chiede se sia venuto il momento di rinunciare al principio di legalità; dal momento che esso "ha sempre parlato il <<linguaggio del potere>>, non dovremmo iniziare a prendere atto che i valori garantistici che racchiude al suo interno sono sempre più diafani e meno appaganti?"

³¹⁵ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., *passim*.

³¹⁶ F. TIGANO, *Amministrazione, costituzione e buon andamento*, cit., 50 ss.

³¹⁷ Cfr. A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, Padova, 1979, *passim*, 38 s., che considera il buon andamento sotto il duplice aspetto di scopo della composizione degli interessi pubblici e di criterio per la loro composizione; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 37; M. IMMORDINO, *La revoca*, cit., 168; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, cit., 21 ss.; F. TIGANO, *Amministrazione, costituzione e buon andamento*, cit., 25 ss. 55 ss.; nonché i condivisibili inviti alla prudenza di R. FERRARA, *L'interesse al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., II, 16 ss.

³¹⁸ Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., 33, secondo cui mentre il buon andamento "concerne l'ordinazione dell'amministrazione al suo fine primario, cioè all'interesse pubblico specifico, e si pone perciò come il canone primario regolativo della funzione", l'imparzialità "riguarda il rispetto degli interessi secondari, e si atteggia più come limite che come criterio positivo". Il concetto di "parte imparziale" proposto dall'A. intende descrivere la realtà di un'amministrazione che "persegue fini unilaterali (il pubblico interesse), ma tuttavia è escluso

come il legittimo affidamento³¹⁹ e la proporzionalità³²⁰. Sicché, come è stato osservato, la legalità dell'amministrazione è oggi quella "debole" dei principi e non quella "forte" delle regole³²¹.

che possa divenire parziale, ossia perseguire tali fini senza curarsi nel contempo della soddisfazione dei fini altrui".

Sulla valenza prevalentemente oggettiva dell'imparzialità e del buon andamento, canoni protesi alla realizzazione dell'interesse pubblico e non alla tutela degli interessi privati v. invece D. DE PRETIS, *Italian administrative law under the influence of European law*, in *Italian journal of public law*, 1, 2010, 1287, che osserva altresì la diversa prospettiva in cui si pone il diritto comunitario, nel momento in cui l'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali presenta la "buona amministrazione" come oggetto di un diritto del cittadino. In termini analoghi M. TRIMARCHI, *The impact of Article 41 of the EU Charter of Fundamental Rights on Italian administrative law: some observations*, in www.iuspublicum.it

³¹⁹La bibliografia è sterminata, anche perché il principio di affidamento viene in rilievo in molteplici istituti del diritto amministrativo, non sempre però agendo sul piano della validità del provvedimento. *Ex plurimis* F. MERUSI, *Il principio di affidamento*, cit.; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit.; da ultimo M.T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA – F. SAIITA, *Studi sui principi*, cit., 159 ss.

³²⁰Sul principio di proporzionalità A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 315 ss.; *Id.*, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, 4643; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; *Id.*, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA – F. SAIITA, *Studi sui principi*, cit., 389 ss., spec. 405 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, 97 ss.; G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 97-101; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 224 ss., *passim*; G.A. ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012, 163 ss.; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 85 ss.

Nell'ordinamento italiano il principio di proporzionalità trova il suo antecedente nel principio del "minimo mezzo" elaborato da Gian Domenico Romagnosi. Su Romagnosi e il principio di proporzionalità v. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 10 ss.; F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi tra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1234 s.; G. ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo*, in *Dir. Pubbl.*, 2012, 31 s.; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, cit., 85-98

³²¹M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *Dir. Soc.*, 1993, 480 ss.; F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit., 127 ss. In tema da ultimo A. BARTOLINI – A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA – F. SAIITA, *Studi sui principi*, cit., 79 ss.

Si de-formalizza, perché non si esprime più solo nell'osservanza del paradigma normativo e nel perseguimento dell'interesse pubblico incorporato nella norma attributiva del potere, misurandosi ora anche sul piano dell'attitudine dello stesso a realizzare un interesse pubblico concepito non più tanto come criterio di giudizio incorporato nella legge³²², quanto come tensione della decisione alla "adeguata" sistemazione degli interessi in gioco alla luce della fattispecie normativa³²³, secondo una logica per molti versi assimilabile a quella patrocinata della analisi economica delle decisioni³²⁴.

³²² F.MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, cit., 153 s., *passim*.

³²³ Cfr. A. TIGANO, *Premesse per uno studio su: pluralismo istituzionale e legittimazione a resistere*, cit., 570 s.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 74 ss., *passim*; F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit., 133 s., dove si afferma la necessità di valutare la correttezza del comportamento dell'amministrazione anche alla stregua di parametri diversi dalla legalità rilevando come "l'agire corretto sia un *quid* diverso rispetto all'agire *iure*"; E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., 211-214.

In termini ben più drastici, afferma G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, cit., 461, che "la legalità che la costituzione difende nel momento in cui prende ad oggetto l'amministrazione è solo quella che ne garantisce le doti fondamentali e caratteristiche, cioè la funzionalità e l'imparzialità. Questi sono i fattori della libertà e del dovere dell'amministrazione. L'amministrazione è garantita nella sua libertà in quanto sia funzionale all'interesse generale e sia ispirata, nelle sue iniziative e nei suoi comportamenti, da un principio di imparzialità"

³²⁴ La crisi dell'interesse pubblico come entità preconstituita alla decisione, infatti, trova nell'analisi economica "un preciso fondamento ideologico e molte occasioni di accelerazione pratica": osserva F. DENOZZA, *Poteri della pubblica amministrazione e benessere degli interessati*, in *Annuario AIPDA 2006*, Milano, 2007, 11-16: "nella prospettiva dell'analisi costi-benefici, infatti, (...) tutti gli interessi sono concepiti come particolari, e si tratta solo di misurare il grado di soddisfazione o insoddisfazione che ciascuno esperirà in conseguenza dell'applicazione di una certa regola". "Nella prospettiva dell'analisi economica l'obiettivo cessa di essere quello della miglior realizzazione dell'interesse pubblico, come definito dalla legge, e diventa quello di far sì che le transazioni tra i diversi interessati, compresi tra costoro i vari organi coinvolti nel processo di applicazione delle norme, si svolgano nella maniera più efficiente possibile, e cioè come si è chiarito, in maniera da massimizzare il benessere complessivo di tutti gli individui interessati". Individuano assonanze tra l' "amministrazione di risultato" e l'analisi economica del diritto A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, ivi, 237 ss. e F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2007, 438, 440, che tra l'altro propone l'analisi economica come strumento per valutare l'eventuale sviamento di potere dal quale possono

La deformalizzazione della legittimità si riflette nella dequotazione dei vincoli (e, quindi, dei vizi) formali, cioè di quelli che non incidono sul contenuto del provvedimento³²⁵, e quindi in un atteggiamento di apertura nei riguardi delle “illegalità utili”³²⁶. Il termine ultimo di questo processo è la proposta di erigere a criterio di validità del provvedimento una entità non normativa bensì fenomenica, cioè il “risultato”³²⁷.

essere affetti i provvedimenti di regolazione se falliscono l’obiettivo di realizzare un mercato concorrenziale.

³²⁵ V. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell’irregolarità*, cit., 86: “viziato in legittimità si dirà quindi il provvedimento che contrasto con una norma la cui osservanza avrebbe potuto, in ipotesi, condurre ad una decisione di contenuto almeno parzialmente diverso, ovvero ancora che non presenti quei requisiti che ne consentono il riconoscimento quale legittima manifestazione dell’autorità”

³²⁶ Per questa espressione S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit.,

³²⁷ L. IANNOTTA, *La considerazione dl risultato nel giudizio amministrativo: dall’interesse legittimo al buon diritto*, in *dir. proc. Amm.*, 1998, 328 ss.; *Id.*, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm.*, 1999, 57 ss.; *Id.*, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità*, Milano, 2000, 37; *Id.*, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 433 ss., Torino, 2004, dove peraltro si afferma il rilievo giuridico del risultato.

Più cautamente, M. D’ORSOGNA, *Teoria dell’invalidità e risultato*, in M. IMMORDINO – A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 68 ss., afferma che il risultato può costituire parametro di validità del provvedimento se assorbito all’interno del paradigma normativo di riferimento. Anche A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, *ivi*, 9, osserva che “la piena “erezione” del risultato a parametro di valutazione giuridica dell’azione amministrativa è dunque possibile solo attraverso la sua predeterminazione”; perplessità in ordine al risultato “come criterio qualificativo dell’azione amministrativa, cui agganciare, almeno in parte un giudizio in chiave di validità, invalidità, irregolarità” anche in *Id.*, *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, cit., 236. Per l’idea che non si dia incompatibilità tra “legalità” e “risultato”, v. M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 270 ss., secondo cui l’ordinamento positivo è attualmente strutturato in modo tale che la mancata realizzazione del risultato da parte dell’amministrazione si riflette nella illegalità o illegittimità del provvedimento (il riferimento principale è all’art. 1 della l. 241/1990); *Id.*, *Buon andamento: dalla legalità del formalismo alla legalità del risultato*, in G. DE GIORGI CEZZI – P.L. PORTALURI – FF. TUCCARI – F. VETRÒ (a cura di), *Il <<meritevole di tutela>>*, cit., 386 ss., dove si argomenta ancora nel senso della compatibilità tra principio di legalità e “logica di risultato”, rilevando che “il risultato amministrativo non costituisce qualcosa che si colloca al di

L'evoluzione della legittimità amministrativa si iscrive nel quadro della più ampia tematica della legittimazione dei pubblici poteri.

La tradizionale immedesimazione della legittimità amministrativa nella legalità costituiva la traduzione in termini tecnico-giuridici di quanto osservato da Weber circa il fatto che nello stato contemporaneo il potere legittimo, cioè il potere che suscita la disposizione ad obbedire del popolo³²⁸, è quello fondato sulla credenza di legalità³²⁹.

Il percorso di deformalizzazione della legittimità amministrativa rispecchia invece la ricerca di nuovi moduli per la legittimazione del potere in uno stato "dispensatore di beni", moduli che vengono individuati nell'efficienza, ovvero più in generale nella capacità dell'apparato pubblico di realizzare gli obiettivi prefissati: in breve, nell'attitudine del medesimo a fornire garanzie "di risultato"³³⁰.

fuori della norma (e, dunque, al di fuori del principio di legalità), ma, piuttosto, attribuisce al principio di legalità un significato più precipuo, maggiormente coerente con quella esigenza di effettività della tutela degli interessi in vista della quale trovano legittimazione i diversi centri di potere pubblico". D'altronde, osserva l'A., "se è vero che la p.a. è chiamata a perseguire i fini previsti dalla legge, ciò non può che comportare il conseguimento sollecito di quello stesso risultato in qualche modo prefigurato ed imposto dalla stessa legge". Per la tesi della compatibilità tra principio di legalità e attenzione al risultato v. anche F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 100.

³²⁸ Sul concetto di legittimità in filosofia politica v. i classici C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, (1932) in Id., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 212 ss.; S. CASTIGNONE, *Legalità, legittimità, legittimazione* in *Sociologia del diritto*, 1977, 19-34; N. BOBBIO, *Legalità*, in *Dizionario di politica* diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Milano-Torino, 2000, 554. Riferimenti in A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, 453 ss.; Id., *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *dir. e proc. amm.*, 2007, 99 ss.; F. LUCIANI, *Il vizio formale*, cit., 212.

³²⁹ M. WEBER, *Economia e società*, vol. I, (1922), Milano, 1961, 35.

³³⁰ Sulla ricerca di nuove basi legittimanti del potere nello Stato interventista v. P. BARCELLONA, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984, 149 ss., dove si osserva che "il consenso che è richiesto da uno Stato che interviene (da uno Stato che distribuisce e attribuisce risorse), che dirige direttamente il conflitto distributivo, non può non riportarsi al contenuto delle scelte operate nel sistema politico istituzionale e ai risultati pratici che da esse derivano negli assetti di potere sociale"

Con particolare riguardo all'amministrazione, e ai rapporti con la legittimità, v. A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, cit., 12, dove si osserva che, mentre prima la conformità a legge costituiva il principale <<risultato>> cui l'attività amministrativa doveva tendere per legittimarsi sul piano sociale, adesso tale <<risultato>> si estrinseca nell'efficienza, assunta a principale condizione

2. La validità nella “logica del rapporto”: le situazioni giuridiche soggettive come limite del potere

I fondamenti della “logica della legittimità”, intorno alla quale è costruito il nesso tra validità e funzione, sono messi in discussione da chi ritiene incompatibile con il pluralismo tipico dello Stato costituzionale di diritto un sistema nel quale i limiti del potere amministrativo sono determinati dalla funzionalizzazione dello stesso all’interesse pubblico, variamente considerato³³¹.

L’idea che il conflitto tra autorità e libertà sia risolto da norme che indirizzano il potere alla realizzazione dell’interesse pubblico è fondata su una impostazione di tipo organicistico³³², secondo cui l’interesse del cittadino si confonde o addirittura coincide con il conseguimento dell’interesse pubblico, incompatibile con il pluralismo costituzionale³³³. Inoltre, l’approccio basato sulla “direzione” delle norme (alla tutela dell’interesse pubblico) è intrinsecamente fallace perché tutte le norme in realtà risolvono conflitti intersoggettivi, sicché non è possibile distinguere le norme dirette alla tutela dell’interesse pubblico da quelle volte alla realizzazione degli interessi dei singoli³³⁴.

I cardini del “cambio di paradigma”³³⁵ sono la rivendicazione della dimensione soggettiva dell’amministrazione e la lettura del principio di legalità come fonte di un rapporto giuridico tra la stessa amministrazione e i cittadini³³⁶.

legittimante l’azione dei pubblici poteri. Cfr. altresì *Id.*, *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli, 2001, 822 ss.

³³¹ A. ORSI BATTAGLINI, <<L’astratta e infeconda idea>>. *Disavventure dell’individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), Milano, 1989, 569 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., 1333 ss.

³³² L. FERRARA, *Spigolature dal libro di Aldo Sandulli sulla scienza del diritto amministrativo in Italia: in particolare, l’organicismo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 1015 ss.

³³³ A. ORSI BATTAGLINI, <<L’astratta e infeconda idea>>, cit., 1332 ss.

³³⁴ E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, cit., 128 s.

³³⁵ Secondo l’espressione di E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma*, Milano, 2010.

³³⁶ A. ORSI BATTAGLINI, <<L’astratta e infeconda idea>>, cit., 1351 ss.

La c.d. “oggettivizzazione” dell’amministrazione³³⁷, specie dove basata sul rifiuto di distinguere lo stato ordinamento-comunità dallo stato come persona³³⁸, non consegue l’obiettivo di limitare l’arbitrio tipico di un potere in realtà fondato su principi di legittimazione soggettivi³³⁹ e si rivela funzionale più alle ragioni della autorità che non a quelle della libertà: la scomparsa del soggetto dalla dinamica giuridica rende proibitiva l’ascrizione delle responsabilità; la derivazione degli effetti giuridici dal potere inteso come energia dell’ordinamento³⁴⁰ fornisce le singole decisioni di un’area di sacralità che indubbiamente ne rafforza la legittimazione politica e ammantata di una sorta di razionalità oggettiva la volontà del potere pubblico³⁴¹.

Sul valore garantistico della definizione della p.a. come parte all’interno di un rapporto col cittadino – posizione che implica di “rinunciare al perseguimento dei propri interessi, quando ciò impedirebbe la realizzazione di interessi altrui dotati di valore oggettivamente maggiore – v. U. ALLEGRETTI, *L’imparzialità*, cit., 8 ss., *passim*, che però di questo modello – tipico dello stato liberale – mette in rilievo l’insufficienza, causa l’incapacità di tenere in considerazione il ruolo dell’amministrazione come parte imparziale.

³³⁷ Per la quale cfr. innanzitutto F. BENVENUTI, *L’amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, cit., 3467 ss.; *Id.*, *Ancora per un’amministrazione obiettivata*, cit., 3583 ss. La concezione dell’amministrazione su basi principalmente oggettive si trova connessa alla espunzione del potere giuridico dalle situazioni giuridiche soggettive in G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 15. Per la concezione oggettiva del potere v. già G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 45; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello stato*, Milano, 1969, 95 ss..

³³⁸ Secondo G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, cit., 9, 14-16, la distinzione tra stato ordinamento-comunità e stato-persona giuridica ha “impedito il formarsi di un tessuto costituzionale unitario come effetto autentico della sovranità popolare e ha mantenuto l’antica separazione tra la società civile e la società politica”; *Id.*, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1983, 1014 ss., si dice “sicuro” che lo sdoppiamento dello Stato, accentuando la separatezza tra potere politico e potere sociale, facilita il primo nella sua tendenza ad aumentare la sua presa sul secondo

³³⁹ Sul perdurante valore del principio di legittimazione soggettiva dell’autorità, sia pur in un contesto complessivo di de-soggettivizzazione, v. A. ROMANO TASSONE *Sull’autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e Soc.*, 1991, 90.

³⁴⁰ Scomparsa del soggetto e (conseguente) derivazione degli effetti giuridici dal potere, inteso come energia promanante dall’ordinamento, sono i punti cardine della teoria di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 154 ss.. *Amplius v. infra.*

³⁴¹ In questo senso C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 76 s.

La rivendicazione della dimensione soggettiva dell'amministrazione, invece, costituisce la premessa per un ripensamento dei rapporti tra individuo e pubblico potere, fondato sul principio pluralistico e di carattere essenzialmente conflittuale³⁴².

In questa ottica, l'assunto fondamentale è che la legge disciplina, in astratto e *a priori*, il conflitto di interesse tra cittadino e amministrazione³⁴³, giustapponendo le situazioni giuridiche attive del cittadino (diritti) a quelle passive dell'amministrazione (obblighi)³⁴⁴. Entrambi sono quindi parti di un rapporto, e la posizione dell'amministrazione è assimilata a quella del debitore tenuto alle prestazioni imposte dalla legge³⁴⁵. Si riconosce, peraltro, che l'amministrazione talvolta conserva, oltre i limiti di questa rete di situazioni soggettive, il potere (o potestà), cioè la capacità di operare scelte discrezionali e di determinare la produzione del relativo effetto giuridico³⁴⁶: la situazione in cui versa il cittadino a fronte del potere così concepito è necessariamente la soggezione³⁴⁷, perché potere e vincolo normativo sono entità che si escludono a vicenda³⁴⁸.

³⁴² Scrive A. ORSI BATTAGLINI, <<L'astratta e infeconda idea>>, cit., 346: "l'unica bipolarità possibile è quella che oppone il potere stesso, pubblico o privato, sociale o statale, all'individuo e il <<modello>> da elaborare entro questo schema non può non assumere la centralità di quest'ultimo".

³⁴³ A. ORSI BATTAGLINI, <<L'astratta e infeconda idea>>, cit., 1353.

³⁴⁴ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., passim.

³⁴⁵ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit. 175 ss., passim.

³⁴⁶ Sul potere come disponibilità degli interessi v. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., 1249 ss.

³⁴⁷ È chiara in questo senso la posizione di E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, cit., 114, nel momento in cui degrada l'interesse al risultato a "interesse sociologico"; ma per questa tesi v. anche A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa. (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 164, passim, che non a caso discorre di una "vana ricerca del bene finale"; non diversamente sul punto L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 168-172, 184, passim, quando afferma che davanti alla potestà non può aversi altro se non soggezione e che, di conseguenza, l'interesse al risultato non è tutelato: la protezione giuridica piuttosto arriva sin dove in capo all'amministrazione sono posti obblighi corrispettivi a diritti soggettivi dell'amministrato; per questa tesi cfr. altresì C. CUDIA, *op.cit.*, 356-360.

Su questa concezione cfr. le considerazioni critiche di L. BENVENUTI, *Dell'autorità e del consenso*, in *Id.*, *Diritto e amministrazione*, Torino, 2011, 139 s., secondo cui "quel che forse si acquista in termini di apparente legalità viene a perdersi nel versante del diritto vivente, a fatica comprimibile nell'ambito di schemi e formule calate dall'alto". La critica è rivolta

Entrano in gioco, così, i due schemi norma-potere-effetto e norma-fatto effetto³⁴⁹. Il primo attiene alla attività discrezionale, laddove i vincoli obbligatori del rapporto amministrativo lasciano spazio al potere, come sopra definito. Il secondo riguarda l'attività vincolata, laddove il potere dell'amministrazione scompare perché sostituito interamente dalla dimensione obbligatoria: qui non v'è soggezione alcuna del privato, il quale, presentandosi l'intera attività amministrativa come dovuta, è titolare solo di diritti³⁵⁰.

Simili operazioni di revisione concettuale incidono non poco sul tema della (in)validità del provvedimento, perché sferrano un attacco a tutto campo al concetto di legittimità e all'aspetto funzionale che ad esso si collega. Tutto, si può dire, muove verso la espunzione dal piano della (in)validità dell'interesse pubblico: di quell'interesse, cioè, che costituisce il perno della costruzione della (in)validità fondata sul concetto di (il)legittimità.

Quanto agli aspetti più propriamente vincolati del potere, la tesi della dimensione funzionale delle norme di azione è sostituita con l'idea secondo cui tutte le norme che disciplinano l'attività amministrativa formano un sistema di obblighi in capo all'amministrazione e di corrispondenti diritti del cittadino. Ne segue come logico corollario che il vizio di violazione di legge indica non già contrasto del provvedimento con l'interesse pubblico, bensì lesione di un diritto soggettivo del cittadino.

Anche l'eccesso di potere tende a perdere le tradizionali connotazioni oggettive.

Lo sviamento è sempre più spesso considerato come un'ipotesi residuale³⁵¹, quasi di scuola; e di recente, per attenuarne il nesso con l'interesse pubblico, lo si è riportato

soprattutto alla formulazione in termini drastici della dicotomia tra attività discrezionale e attività vincolata, che deriva a sua volta dalla convinzione che il vincolo ordinamentale a carico dell'attività amministrativa arrivi – e sia pieno – sin dove arriva la legge, scomparendo del tutto (e improvvisamente) oltre questo limite.

³⁴⁸ Coglie quest'aspetto della teoria di Orsi Battaglini, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 203 nota.

³⁴⁹ V. supra.

³⁵⁰ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 1239 ss.

³⁵¹ Da ultimo G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 169.

alla dimensione strutturale della fattispecie, definendolo come il vizio della causa dell'atto³⁵².

La concezione delle c.d. “figure sintomatiche” come indici del contrasto della decisione con i principi della funzione³⁵³, per un verso, viene ripresa allo scopo di marginalizzare ulteriormente lo sviamento³⁵⁴, e, per altro verso, viene aggiornata tramite la rescissione del nesso di tali principi con l'interesse pubblico³⁵⁵. Complice la recezione a livello legislativo (soprattutto ad opera della l. 241/1990), l'inosservanza di questi ultimi è talvolta attratta alla violazione di legge³⁵⁶. La soggettivizzazione raggiunge il massimo grado quando, concepiti i principi della funzione come regole del rapporto, si considera l'eccesso di potere alla stregua di una violazione del diritto del cittadino a un comportamento dell'amministrazione conforme ai principi di buona fede e correttezza³⁵⁷.

In definitiva, lo sganciamento della (in)validità dalla (il)legittimità segna il distacco della prima dalla funzione: la validità non è più garanzia della rispondenza del provvedimento all'interesse pubblico, né (soprattutto) l'invalidità denota un sicuro contrasto con esso. Il cittadino, quando denuncia l'invalidità del provvedimento amministrativo, afferma l'avvenuta lesione di una propria situazione giuridica

³⁵² C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 240 ss.

La concezione dello sviamento come vizio di un elemento del provvedimento, del resto, non è nuova. Ad es esempio, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 172 s, 178, riteneva che il mancato perseguimento dell'interesse essenziale si riflettesse nell'illegittimità del motivo dell'atto, dando luogo prevalentemente a violazione di legge

³⁵³ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., 1010 ss.

³⁵⁴ Per un tentativo di recuperare l'unitarietà dell'eccesso di potere in chiave di “sviamento in senso ampio” v. R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *op.cit.*, 444 ss..

³⁵⁵ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 423 ss., 433, che concepisce le regole sulla funzione come “norme sulla normazione del caso singolo”, aventi principalmente una funzione di garanzia del cittadino; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 332 s.. Cfr. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 150 ss.

³⁵⁶ G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/1990: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 179 ss.; A. ROMANO, *Commento all'art. 26*, cit., 1193; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 330 ss.; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 163.

³⁵⁷ C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 251 ss., 341 ss., *passim*.

soggettiva, per cui l'invalidità si definisce come violazione di diritti soggettivi o (il che è lo stesso) come mancato adempimento ad obblighi.

Alcuni fra i più sensibili sostenitori di questo indirizzo hanno avvertito quanto sia dirompente per lo stesso concetto di validità la tesi secondo cui essa si risolve nell'adempimento di un obbligo e l'invalidità nella violazione di un diritto.

Vi è, così, chi ha fatto questione di “transito dalla invalidità alla illiceità”, addivenendo in tal modo ad una conclusione di esemplare coerenza con la premessa secondo cui la legge, nella parte in cui disciplina il potere amministrativo, in realtà sostituisce l'obbligo alla potestà e determina quindi nella controparte una situazione di esigibilità della prestazione corrispondente: con la conseguenza che il creditore (l'amministrazione) inadempiente integra un illecito (contrattuale)³⁵⁸.

Altri³⁵⁹, spostando il discorso sul piano della filosofia del diritto, ha inteso coniugare la dimensione della validità con quella delle situazioni giuridiche soggettive ricorrendo alla teoria della validità regolativa³⁶⁰.

Il ragionamento muove dal rilievo che il paradigma di validità del provvedimento non è composto esclusivamente da regole costitutive. Se così fosse, infatti, tutti i provvedimenti imperfetti andrebbero ritenuti come “non costituiti” all'interno della realtà sociale, cioè giuridicamente inesistenti: il che sarebbe in evidente contrasto con la constatazione che il provvedimento invalido (ma, più in generale, la norma invalida) può ben essere efficace³⁶¹. Se ne ricava che soltanto la norma attributiva del potere ha carattere costitutivo, mentre le restanti svolgono una funzione regolativa, cioè regolano la condotta del soggetto che pone l'atto, gravandola di un complesso di obblighi³⁶². Si

³⁵⁸ L. FERRARA, *Verso il tramonto del processo di legittimità?*, cit., 156, dopo aver auspicato la totale perdita della rilevanza del provvedimento nel processo di legittimità, come “cosa distinta dal comportamento diretto ad adempiere ad un obbligo legale”, discorre di “transito dall'invalidità alla illiceità”.

³⁵⁹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, nelle opere citate alle note seguenti.

³⁶⁰ Secondo la tesi di M. ATIENZA – J. RUIZ MANERO, *Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica*, in *Doxa*, 2003, 21 ss.

³⁶¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 758 s; *Id.*, *La forma presa sul serio*, cit., 224 s,

³⁶² S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., 759

distingue, quindi, tra validità costitutiva (la validità-esistenza) e validità regolativa (la validità *stricto sensu*), come conformità, rispettivamente, alle norme costitutive e alle norme regolative. Mentre l'invalidità costitutiva dà luogo alla totale squalificazione dell'atto, cioè alla sua completa inefficacia, l'invalidità regolativa, che si sostanzia nella violazione delle norme di condotta degli agenti pubblici, può dar luogo a varie specie di conseguenze³⁶³ la cui determinazione è rimessa alla scelta del diritto positivo e al pronunciamento di determinati organi³⁶⁴.

Il problema della validità *stricto sensu* (validità regolativa) è così nuovamente ricondotto a quello della violazione delle situazioni giuridiche soggettive, cioè alla "logica del rapporto". Le norme sulla validità del provvedimento, infatti, sono assimilabili alle ordinarie norme di condotta, con la sola differenza "che le regole sull'uso dei poteri conferiti non qualificano semplicemente delle condotte materiali, che esistono prima di ogni norma, ma qualificano (come obbligatorie, permesse o vietate) azioni e risultati che non sono concepibili prima della norma (costitutiva)³⁶⁵,"

3. Profili ricostruttivi

3.1. Un *caveat* metodologico

La validità del provvedimento, intesa come legittimità, è permeata dall'interesse pubblico; intesa come violazione di un diritto soggettivo, è estranea alla dimensione della funzione.

³⁶³ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., 760 s..

³⁶⁴ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 226 s. e nota: "Secondo la distinzione tra validità costitutiva e validità regolativa, mentre la prima indica un concetto classificatorio, cioè mediante il quale si opera semplicemente la ascrizione di un fatto in una certa classe e, seppure possano esservi casi dubbi, il giudizio di ascrizione risponde ad una logica bivalente: un certo insieme di azioni o è un atto amministrativo o no; la seconda indica un concetto comparativo, nel senso che non si applica mediante un semplice giudizio bianco o nero, ma mediante una scala graduale che va dalla piena validità ad un estremo alla piena nullità ad un altro estremo, passando, secondo la gravità del vizio, per la annullabilità e per i cosiddetti vizi non invalidanti".

³⁶⁵ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., 760 ss.

Il dibattito tra le opposte concezioni, nondimeno, è spesso viziato da una indebita sovrapposizione tra il piano della teoria della validità e quello dei rimedi previsti dall'ordinamento nei riguardi dei provvedimenti invalidi.

La distorsione ottica è dovuta principalmente al trascinamento sul terreno della teoria della validità dei caratteri tipici della tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'amministrazione e si realizza, esemplarmente, quando si sostiene che la natura soggettiva della seconda (sulla quale – almeno a livello di dover essere costituzionale – non è dato serbare alcun dubbio³⁶⁶) impone l'espunzione di qualsiasi riferimento all'interesse pubblico dalla prima³⁶⁷, sottovalutando il fatto che la giurisdizione costituisce solamente una delle sedi in cui operano i rimedi avverso l'invalidità.

La “soggettività della tutela”, in altre parole, non implica necessariamente la “soggettivizzazione” della validità, così come la presenza in quest'ultima di profili oggettivi non è di per sé indice del carattere oggettivo della giurisdizione amministrativa³⁶⁸. I piani, infatti, vanno distinti: una cosa è il contenuto dei valori da cui dipende la validità del provvedimento; altra cosa i valori alla cui protezione sono protesi i rimedi, e segnatamente il processo.

Di ciò sono prova le vicende della giustizia amministrativa, il cui successo storico come mezzo di tutela più efficace della giurisdizione ordinaria nella tutela delle situazioni soggettive degli amministrati è paradossalmente dovuto proprio al carattere oggettivo della nozione di legittimità. È forte di una concezione oggettiva di quest'ultima, infatti, che il giudice ha potuto annullare provvedimenti conformi al paradigma ma incapaci di realizzare l'interesse pubblico e, con ciò, aumentare il grado di tutela della situazione soggettiva azionata³⁶⁹.

³⁶⁶ Da ultimo F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in M. RENNA – F. SAITTA, *Studi sui principi*, cit., 225 ss.

Altra questione, poi, è se alcune volte (come pare a chi scrive) si realizzano ingiustificati scostamenti tra modello ed esperienza.

³⁶⁷ Rischio a cui resta esposta, a parere di chi scrive la ricostruzione di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 168 ss., *passim*.

³⁶⁸ V. *supra*.

³⁶⁹ In questo senso G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 di unità d'Italia*, cit., 772 s. “E si è vero che all'inizio l'eccesso di potere come in genere tutto il sindacato del Consiglio di Stato veniva inteso come una garanzia nell'interesse della legge, è pur

Con ciò, si badi, si è lungi da esprimere una valutazione ottimalistica nei riguardi dell'assetto tradizionale – e in via di superamento – della giurisdizione amministrativa (basti pensare alle evidenti lacune in ordine alla tutela degli interessi legittimi pretensivi³⁷⁰ e alla stabilità del giudicato a fronte del nuovo esercizio del potere³⁷¹): semplicemente si riconosce, ponendosi in una prospettiva storica, che l'inclusione

vero che dall'eccesso di potere si sono sviluppati i principi, propri della funzione amministrativa, di giustizia sostanziale, ragionevolezza e uniformità dell'azione amministrativa. I quali pure hanno contribuito a determinare una “novazione” in senso soggettivo del fine e dell'oggetto delle garanzie giurisdizionali, abbattendo così la tesi della giurisdizione di diritto oggettivo, e ancor più la pretesa natura amministrativa delle decisioni della IV Sezione”. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 34 ss. peraltro, ha dimostrato che la tesi della natura amministrativa della IV Sezione era in realtà sostenuta con chiari intenti pragmatici da , ovvero per giustificare i maggiori poteri del giudice speciale ed evitare l'assimilazione del suo sindacato a quello, ben più ridotto, del giudice ordinario (così anche A. ROMANO, *La giustizia amministrativa nel pensiero del professor Santi ROMANO*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, 27)

Nella maggiore efficacia della sua tutela rispetto a quella del diritto soggettivo, d'altronde, va ravvisato il motivo di fondo della fortuna dell'interesse legittimo: A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema*, cit., 51 s.; M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 46 ss.

³⁷⁰ *Ex plurimis*, F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 267 ss.; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto del giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 4 ss.; P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1981, 3 ss.; E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, 123 ss.; *Id.*, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 106 ss.; D. DE PRETIS, *L'azione e i poteri del giudice*, in AA.VV., *LA tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2011, 9 ss., C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della P.A.*, *ivi*, 41 ss.; L. FERRARA, *Prime riflessioni sulla disciplina del silenzio inadempimento con attenzione alla Säumnisbeschwerde austriaca*, *ivi*, 73 ss.; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 21 ss.; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 557 ss.; A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 7 ss.

³⁷¹ *Ex plurimis*, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, *passim*; G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro. It.*, 1989, 421 ss.; B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, 112 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 257 ss.;

dell'interesse pubblico nel giudizio di validità del provvedimento ha costituito un fattore di implementazione della tutela³⁷².

Sulla scorta di questi rilievi, è buon consiglio tenere rigorosamente distinti i due piani affrontando la questione dei rapporti tra validità e funzione, da una parte, e tra validità e situazioni soggettive, dall'altra, nel modo il più possibile neutrale rispetto alla tematica della tutela giurisdizionale.

3.2. Validità e interesse pubblico

La connessione tra validità del provvedimento ed interesse pubblico è un elemento radicato nell'essenza dell'amministrazione in senso oggettivo, come attività di cura degli interessi pubblici³⁷³, e in senso soggettivo, come apparato a ciò deputato³⁷⁴.

Costituendo la ragione dell'esistenza dell'apparato e dei suoi poteri, l'interesse pubblico necessariamente rappresenta anche un limite all'esercizio di questi ultimi³⁷⁵. Il provvedimento che non lo persegue è un comportamento programmatico disfunzionale, la cui esistenza non trova giustificazione in rapporto ai valori da attuare rimessi alle cure dell'amministrazione.

Sul piano ideologico, riconoscere questa realtà non è, a parere di chi scrive, incompatibile con una impostazione di tipo liberale, che antepone le ragioni dei diritti a quelle del potere³⁷⁶: questa, infatti, lungi dal negare che i poteri amministrativi sono costituiti per la realizzazione di interessi pubblici³⁷⁷, tende piuttosto a sostituire la

³⁷² Il che, peraltro, è lucidamente ammesso anche da A. ORSI BATTAGLINI, <<L'astratta e infeconda idea>>, cit., 1327.

³⁷³ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., 271 ss.; *Id.*, *Il potere discrezionale*, cit., 22.

³⁷⁴ Per le due nozioni, oggettiva e soggettiva, dell'amministrazione v. A. ROMANO, *Introduzione*, cit., 1 ss..

³⁷⁵ R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento*, cit., 616, 623, che ricorre, per spiegare il fenomeno, ai "principi istituzionali", sui quali anche A. ROMANO TASSONE, *Legislatore e limite dei principi*, in *ANNUARIO AIPDA 2005*, Milano, 2006, 209 ss.

³⁷⁶ Così, invece, A. ORSI BATTAGLINI, <<L'astratta e infeconda idea>>, cit., 1326 ss.

³⁷⁷ In proposito G. CORSO, *La giustizia amministrativa*, cit., 17 s., ci ricorda un dato, forse elementare, ma da cui non si può prescindere: "la legge richiede l'intervento dell'autorità

dottrina dei fini dello Stato con il principio di legalità, guardando con favore a una limitazione di tipo costituzionale della discrezionalità del legislatore nell'individuazione degli interessi pubblici³⁷⁸.

Dell'impossibilità di espungere la dimensione funzionale dalla teoria della validità, del resto, si può trovare indirettamente conferma nel recente tentativo dottrinale di ricondurre l'intero sistema alla logica del rapporto³⁷⁹. In particolare, la riconduzione dello sviamento di potere al difetto di un elemento del provvedimento come la causa, operata allo scopo di escludere la rilevanza dell'interesse pubblico nel riscontro del vizio³⁸⁰, non vale a recidere la dimensione funzionale della validità dal momento che non vi è concezione della causa in cui non se ne metta in rilievo la connotazione funzionale³⁸¹.

Rimane comunque necessaria una precisazione. Il collegamento che qui si propone tra validità e funzione, intesa come cura dell'interesse pubblico, passa per una convenzione linguistica secondo cui è "interesse pubblico" il valore da attuare rimesso alle cure dell'amministrazione³⁸². Sul piano concettuale, in realtà, esso non è

amministrativa non perché abbia di mira l'interesse privato, ma, al contrario, perché l'autorità accerti se la soddisfazione di tale interesse non nuoccia a un interesse pubblico contrapposto. Se l'obiettivo fosse quello di assicurare la soddisfazione dell'interesse privato, non ci sarebbe bisogno di legge alcuna, almeno nella generalità dei casi: proprio perché il privato è in grado di soddisfare da sé, con la propria azione, il suo interesse, anzi è il soggetto più indicato a questo scopo. La concezione edilizia è prescritta non, come parrebbe, per consentire al proprietario di fabbricarsi una casa: a questo fine basterebbe che egli esplicasse una delle facoltà che gli derivano dall'essere proprietario del fondo. È prescritta, invece, perché tale facoltà sia esercitata in modo compatibile con l'interesse pubblico ad un ordinato assetto del territorio (...).La concessione edilizia, una volta che è rilasciata soddisfa, è vero, l'interesse del proprietario: ma il potere di rilasciarla (o di negarla) è attribuito al comune non perché sia soddisfatto quell'interesse, ma perché sia garantito l'interesse pubblico a un certo assetto del territorio".

³⁷⁸ G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadr. dei pubblici servizi*, 1999, 7 ss.

³⁷⁹ C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., *passim*.

³⁸⁰ C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 240 ss.

³⁸¹ V., per riferimenti, l'ampia trattazione di U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 1999, XIII, III, 3 ss.

³⁸² In effetti, come condivisibilmente osserva F.S. SEVERI, *Funzione pubblica*, in *Dig. Disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 70 la funzionalità dell'azione amministrativa consiste nel suo collegarsi "all'unità dell'ordinamento ponendosi all'interno del processo di attuazione delle norme fondamentali, nel *continuum* della produzione-applicazione del diritto".

qualitativamente diverso dagli altri valori giuridici, i quali tutti richiedono attuazione all'interno dell'ordinamento e la ricevono attraverso la introduzione di nuovi valori o la predisposizione di effetti. Non è dunque la supremazia o la specialità dell'amministrazione e del suo diritto la causa del fatto che la validità del provvedimento dipenda anche dalla capacità di realizzare l'interesse pubblico. Ciò, piuttosto, è il precipitato del combinarsi di due fattori: uno, teorico generale, rappresentato dalla sottoposizione di tutti i comportamenti programmatici ad un riscontro di funzionalità, che deriva loro dall'essere strumenti di attuazione di valori giuridici; un altro, meramente convenzionale, rappresentato dalla denominazione come "interesse pubblico" del valore giuridico che il provvedimento è chiamato ad attuare. Se si rinunciassero a questa convenzione (e forse sarebbe il caso di farlo), probabilmente verrebbe superata anche una parte dei conflitti sulla specialità del regime del diritto amministrativo.

In definitiva, il principale limite della impostazione soggettiva sembra quello di omettere la considerazione del provvedimento in termini di misura di attuazione dei valori giuridici, qualificandolo esclusivamente come oggetto o di una pretesa (del cittadino) o di una libertà (dell'amministrazione), a seconda dell'intensità del vincolo derivante dalla legge.

Muovendo questa critica, peraltro, non si intende neppure aderire all'opposta concezione che, de-soggettivizzando il potere amministrativo e presentandolo come naturale espressione dei valori dell'ordinamento, ha, per un verso, il merito di cogliere la funzione attuativa del provvedimento, ma, per altro verso, incorre nell'errore di scambiare la parte con il tutto, cioè il provvedimento assiologicamente valido con il provvedimento amministrativo *tout court*.

La soluzione preferibile appare quella intermedia, basata sulla caratterizzazione della validità come presupposto fondamentale per l'attuazione dei valori dell'ordinamento. Nell'ottica che si propone, infatti, si riconosce in astratto la funzione attuativa dei comportamenti programmatici, e quindi anche del provvedimento, ma si segnala anche l'esigenza di un approccio critico alla realtà concreta, dove l'ineliminabile fondamento antropologico del potere, che è necessariamente legato ad una dimensione soggettiva dello stesso, non da certo garanzie che quell'attuazione in

effetti si verifichi. Non è nella natura del provvedimento, cioè, di attuare i valori giuridici rimessi alle cure dell'amministrazione (se si vuole: realizzare l'interesse pubblico); si tratta solo di una eventualità: che, realizzandosi, fa del provvedimento un provvedimento assiologicamente valido.

3. 3. Validità e situazioni giuridiche soggettive

A) Le considerazioni che precedono dimostrano che la validità del provvedimento non può essere risolta *tout court* nell'adempimento da parte della amministrazione agli obblighi di comportamento stabiliti dalla legge. Ma questo non significa, come vedremo, disconoscere le relazioni intercorrenti tra la validità del provvedimento e la tematica delle situazioni giuridiche soggettive.

È opportuno, al fine di evitare che l'impostazione del problema comprometta gli ulteriori svolgimenti dell'indagine, prendere le mosse da una nozione *standard*, e pertanto neutrale, di situazione giuridica soggettiva, secondo cui essa indica il “modo di essere di un soggetto rispetto ad una norma”³⁸³.

³⁸³ S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, 1; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 97; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 83, definisce la situazione giuridica soggettiva come “l'attributo ascrivito da una norma ad un soggetto”; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 242, che intende per situazione giuridica soggettiva il modo di essere giuridico di un soggetto in ordine a interessi protetti dall'ordinamento, riprendendo la definizione di E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo* (p. 268, nell'edizione citata da Occhiena); F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 98 ss.

I teorici del diritto lamentano il carattere frammentario e disorganico della dottrina giuridica in materia di situazioni giuridiche soggettive. “Gli innumerevoli studi dedicati ai diversi tipi di situazioni – dalla proprietà privata alle obbligazioni, dalle diverse funzioni pubbliche ai divieti penali, fino ai diversi tipi di diritti fondamentali – non consentono infatti di enucleare una teoria generale che sia in grado di indicare con chiarezza i tratti strutturali comuni a tutte queste figure ed i loro criteri di distinzione” (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 300). Questa carenza di rigore concettuale, però, trova una significativa giustificazione nel rilievo S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche soggettive*, cit., 6, secondo cui, mentre per i teorici le situazioni soggettive sono categorie logiche razionalmente dedotte a priori, per i giuristi esse

Questa definizione, nella sua semplicità e nel suo rigore, ricorda che, in un'ottica positivista, le situazioni giuridiche soggettive non preesistono alla norma, ma sono da essa costituite³⁸⁴. Tuttavia, rimane troppo generica e nulla dice intorno alla struttura della situazione giuridica soggettiva e al rapporto tra l'interesse del soggetto che ne è portatore e la relativa protezione normativa.

Conservando l'idea del ruolo costitutivo dell'ordinamento rispetto alle situazioni giuridiche soggettive, appare dunque necessario precisare che per situazione giuridica soggettiva non si deve intendere, genericamente, il modo di essere di un soggetto rispetto alla norma, quanto piuttosto il modo di essere del soggetto rispetto all'effetto giuridico³⁸⁵.

Questa osservazione consente di penetrare il rapporto tra dinamica giuridica e situazioni giuridiche soggettive.

Si è visto che la produzione dell'effetto deriva dall'attrazione ai valori giuridici dell'interesse alla realizzazione di una certa situazione, che viene così deonticamente qualificata. Ora, se di questa vicenda si vogliono cogliere gli aspetti soggettivi, si deve osservare: per un verso, che l'interesse attratto ai valori giuridici è l'interesse di un soggetto, il quale pertanto viene immesso in una situazione giuridica attiva o di vantaggio; per altro verso, che la doverosità collegata alla situazione di fatto determina l'insorgenza di una situazione passiva, o di svantaggio, in capo al soggetto dalla cui attività dipende la realizzazione di quella situazione.

In ogni trasformazione giuridica, cioè, v'è una ambivalenza: ogni qual volta un interesse viene introdotto tra i valori giuridici, viene a costituirsi una situazione di vantaggio in capo a chi di quell'interesse è il titolare, e una situazione di svantaggio, in

sono frutto di astrazione dalla congerie dei dati, spesso non omogenei, desunti dall'osservazione del diritto positivo.

³⁸⁴ R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 86.

³⁸⁵ Per il collegamento tra effetto giuridico e situazione soggettiva v. A.M. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 297; e, ampiamente, A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in Id., *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, cit., 115-117. Cfr. altresì F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 98 s.

capo al soggetto tenuto al comportamento attuativo del precetto³⁸⁶. Le situazioni giuridiche soggettive, dunque, hanno necessariamente carattere relazionale³⁸⁷, vivono all'interno di un rapporto³⁸⁸: alla situazione attiva di chi vede il proprio interesse assunto tra i valori giuridici corrisponde sempre una situazione passiva di chi subisce la prescrizione di un comportamento; e viceversa.

Le figure del diritto assoluto e del dovere, cioè le situazioni giuridiche soggettive che per definizione sono irrelate e vivono al di fuori del rapporto giuridico³⁸⁹, non

³⁸⁶ Il che spiega la ragione per cui “le situazioni giuridiche soggettive si condizionano reciprocamente, e ridefinirne una implica la ricollocazione teorica delle altre”: A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema*, cit., 57.

³⁸⁷ R. GUASTINI, *Dovere giuridico*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, XII, 3; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 112.

Il carattere relazionale delle situazioni giuridiche soggettive costituisce un punto fermo dell'approccio analitico. Lo si fa risalire a W.N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969, 47 ss., che individua otto situazioni giuridiche elementari in cui articolano i rapporti giuridici: la pretesa, cui corrisponde l'obbligo; il privilegio (o libertà o permesso), cui corrisponde la non-pretesa; il potere (o competenza), cui corrisponde la soggezione; l'incompetenza (o incapacità), cui corrisponde l'immunità. Sul punto cfr. G.M. AZZONI, *Interpretazioni di Hohfeld*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994, 443 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 172 ss.; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 84 ss., dove si distingue tra situazioni elementari istituite da norme di condotta (obbligo, pretesa, libertà, non-pretesa) e situazioni elementari istituite da norme sulla produzione giuridica (potere, soggezione, incompetenza, immunità). A questo proposito si parla anche di tetrade deontica e tetrade anankastica (Cfr. G.M. AZZONI).

Sulle “figure di qualificazione deontica” (obbligatorio, permesso, indifferente, proibito; comandato, permesso, non comandato, indifferente) e sui “funtori proposizionali normativi” (non deve fare, può fare e può non fare, ha diritto di fare, deve fare, ha diritto di non fare), v. anche G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 26, 35.

³⁸⁸ Il rapporto giuridico è “una relazione tra più persone determinata da una regola di diritto” secondo la classica definizione di F. K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. SCIALOJA, I, Torino, 1886, 337. Ma, come nota S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. Dir.* XXXVIII, Milano, 1987, 290 ss., il rapporto, inteso come il conflitto tra le libertà degli individui, è anche il presupposto della disciplina giuridica. Cfr. altresì R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 88, che distingue i rapporti giuridici istituiti da norme di condotta (ad esempio il rapporto di credito) dai rapporti giuridici istituiti da norme sulla produzione giuridica (c.d. rapporto di potere).

³⁸⁹ Sul dovere come situazione che vive “fuori l'orbita di ogni rapporto giuridico con singole cose o singole persone” v. Santi ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Id., Frammenti*, cit., 104; sul diritto assoluto come situazione parimenti irrelata v. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 70 ss.

smentiscono questa conclusione. L'apparente contraddizione, infatti, si risolve facilmente osservando che i diritti assoluti o il dovere non sono situazioni giuridiche soggettive in atto³⁹⁰, ma solamente situazioni soggettive in potenza. L'indeterminatezza dei soggetti passivi – che sarebbe tipica del diritto assoluto – o dei soggetti attivi – che sarebbe tipica del dovere³⁹¹ –, infatti, dipende dalla struttura linguistica della norma (che può essere generale e astratta) e, in ogni caso, riguarda esclusivamente la fase precedente alla produzione dell'effetto giuridico. Essa, infatti, viene necessariamente a dissolversi nel momento della produzione dell'effetto giuridico, il cui carattere concreto impone l'individuazione del soggetto (o dei soggetti) del comportamento dovuto e, quindi, del soggetto (o dei soggetti) beneficiari. La situazione giuridica soggettiva, dunque, che è svolgimento o attuazione del dovere o del diritto assoluto, è sempre una situazione relazionale, rispettivamente un obbligo e un diritto relativo³⁹².

B) Ora, fatte queste premesse generali, si può passare all'esame delle situazioni giuridiche soggettive costituite dalle norme sulla validità del provvedimento amministrativo.

A questo riguardo, non sembra da condividere la tesi secondo cui solo alcune di esse sarebbero fonte diretta di situazioni giuridiche soggettive: le norme di relazione, e

³⁹⁰ Osserva condivisibilmente L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 112, che il carattere irrelato del potere legittima il dubbio che si tratti di vera e propria situazione giuridica soggettiva.

³⁹¹ Come rileva L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., 118, peraltro, la nozione di dovere assume sfumature diverse in diritto pubblico, dove è indeterminato il beneficiario del dovere (*dovere verso tutti*, quindi verso nessuno in particolare), e in diritto privato, dove è indeterminato il titolare del dovere (*dovere da parte di tutti*).

³⁹² L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 133, il quale, dopo aver passato in rassegna alcune teorie civilistiche che mettono in dubbio il carattere irrelato del diritto assoluto e del dovere (concependoli, rispettivamente, come sintesi di più diritti relativi e di più obblighi) individua condivisibilmente il punto di mediazione nella dialettica tra norma come prescrizione astratta e norma come prescrizione concreta. In quest'ottica “non ricorrerebbero ostacoli seri alla qualificazione del dovere come irrelato”, dal momento che “del dovere si ragionerebbe dal punto di vista della norma e non viceversa da quello della proiezione della norma medesima sui soggetti, che è quanto dire dal punto di vista della sua applicazione”. Il dovere si converte in obbligo nel momento in cui “si verifica la fattispecie concreta (...) nel momento nel quale vi è un soggetto determinato che dal vincolo trae vantaggio”.

non invece le norme di azione, le quali invece sarebbero rivolte alla cura dell'interesse pubblico³⁹³.

La presunta "direzione" delle norme o la loro funzione non incide, né potrebbe (tanto che la si volesse cogliere sul piano della *ratio* quanto sul piano dell'intenzione del legislatore³⁹⁴), sulla attitudine delle stesse a costituire situazioni giuridiche soggettive, cioè a distribuire vincoli e vantaggi³⁹⁵. Quest'ultima, infatti, secondo quanto si è tentato di dimostrare, è connaturata all'essenza stessa della struttura normativa, alla sua natura di giudizio di valore che mette capo ad un effetto giuridico.

Tutte le norme, dunque – se si vuol continuare a utilizzare questa terminologia – sono di relazione, compresa quella che attribuisce il potere all'amministrazione. Quando si afferma che essa è in realtà l'unica norma che appropriatamente possa definirsi come "di azione" perché, conferendo all'amministrazione la disponibilità degli interessi in causa, non definisce l'assetto del rapporto con l'amministrato si omette di

³⁹³ È la tesi di E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 21-24, 33 s.; tesi condivisa nel suo nucleo fondamentale da F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 199 ss., secondo il quale, però, sono poste a tutela dell'interesse pubblico solo le norme d'azione che pongono doveri in senso stretto a carico dell'amministrazione e non invece quelle da cui derivano obblighi per il potere esecutivo

³⁹⁴ Sembra alludere a qualcosa del genere G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., 113, quando afferma che è "un normale problema di interpretazione" quello di stabilire se "una norma è posta nel solo interesse generale o intende tutelare in modo specifico e diretto l'interesse di una particolare categoria di soggetti". Lo stesso F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 205, dopo aver rigorosamente distinto tra norme di azione che gravano l'amministrazione di doveri in senso stretto, poste quindi nell'interesse generale dell'ordinamento, e norme di azione che gravano l'amministrazione di obblighi, costitutive quindi di rapporti giuridici con il cittadino, finisce per riproporre l'inutilizzabile criterio volontaristico, affermando che "l'ordinamento, quando nel vincolare l'esercizio di un potere, vorrà proteggere (solo) interessi generali, stabilirà in capo al titolare del potere dei doveri in senso stretti; quando, viceversa, vorrà direttamente proteggere (anche) gli interessi di un determinato soggetto, stabilirà degli obblighi in senso stretto".

³⁹⁵ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 137. Ma già M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. proc.*, 1964, ora in *Id., Scritti*, V, Milano, 2004, 230, scriveva che "la norma attributiva di diritti (o di relazione) non è vero che sia solo a tutela d'interessi privati, ma lo è anche di pubblici; così pure la norma detta d'azione ha attitudine a regolare, e in moltissimi casi in effetto regola, anche interessi privati"

considerare che anch'essa è fonte di un rapporto³⁹⁶. È vero infatti che non decide circa l'attribuzione di un bene materiale ma è altrettanto vero che, per così dire, distribuisce situazioni giuridiche soggettive, conferendo all'amministrazione il potere di modificare unilateralmente la sfera giuridica del privato e dunque ponendo quest'ultimo in uno stato che (salvo quanto si dirà più avanti) può essere definito in termini di soggezione. La norma di conferimento del potere imprime dunque un assetto definitivo al rapporto tra amministrazione e cittadino, non meno di quanto lo facciano le altre norme che regolano l'azione amministrativa. La circostanza che uno dei due capi del rapporto così costituito sia occupato dal potere (esercitando il quale, l'amministrazione da luogo a ulteriori rapporti) non sposta i termini del problema e non consente dunque di negare il carattere relazionale anche della norma in questione.

Ora, se le norme sulla validità sono fonte di situazioni giuridiche soggettive, e se le situazioni giuridiche soggettive vivono sempre all'interno di un rapporto, si deve ritenere che tra amministrazione e soggetti che entrano con essa in contatto si realizza una relazione giuridica, costituita da situazioni contrapposte ed aventi nella legge generale sul procedimento amministrativo la fonte principale e qualificante³⁹⁷.

Non interessa, peraltro, esaminare tutti gli aspetti di questo rapporto, che presumibilmente è scandito anche da norme diverse da quelle sulla validità del provvedimento. Non si può escludere, in particolare, che accanto a situazioni passive in capo all'amministrazione e attive in capo al cittadino, sia dato individuare situazioni di segno opposto, passive per il cittadino e attive per l'amministrazione³⁹⁸: questa, infatti, pare una conseguenza implicita nell'affermato carattere partitario del rapporto³⁹⁹.

³⁹⁶ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 1246 s.

³⁹⁷ Cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit. 113 ss.

³⁹⁸ A questo tipo di situazioni fa riferimento ad esempio quella parte della dottrina che individua un obbligo di lealtà del privato in sede di partecipazione, facendo talvolta derivare dalla violazione dello stesso conseguenze in ordine alle possibilità di tutela. V. TARULLO *Il principio di collaborazione procedimentale*, Torino, 2008, 268 ss., *passim*; F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006, ??

³⁹⁹ Un'ampia disamina critica delle teorie che considerano la paritarietà come elemento caratterizzante del rapporto amministrativo, è condotta da v. M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 126 s., il quale conclude nel senso che la paritarietà assoluta è impossibile sia perché "la nozione di potere non sembra in definitiva superabile", sia perché "la

Nondimeno qui, *ratione materiae*, l'attenzione va concentrata esclusivamente sulle norme di validità del provvedimento, che evidentemente introducono posizioni di svantaggio a carico dell'amministrazione e di vantaggio a carico del cittadino che con essa entra in contatto.

Convieni procedere disaggregando le norme sulla validità formale e quelle sulla validità materiale.

Quanto alle prime – cioè le norme sulla competenza, sul procedimento inteso come sequenza di atti, sulla forma del provvedimento – non sembra esservi motivo di discostarsi dalla tesi secondo cui le situazioni giuridiche da esse costituite sono obblighi in capo all'amministrazione e corrispondenti diritti di credito del cittadino aventi per oggetto la prestazione imposta dalla legge⁴⁰⁰. Ed infatti, in queste situazioni non è ravvisabile né il carattere irrelato tipico del dovere⁴⁰¹ né alcuno dei caratteri che la dottrina di volta in volta ha individuato come propri dell'interesse legittimo⁴⁰²: non la protezione riflessa, perché le norme sulla validità del provvedimento ne sono la fonte diretta; non il carattere strumentale, perché esse attengono ad utilità specifiche e diverse dal bene finale cui aspira il soggetto che si rapporta con l'amministrazione⁴⁰³; né,

relazione tra amministrazione e privato risente di aspetti che attengono al modo di essere e agire dell'amministrazione (quali l'organizzazione amministrativa, la funzionalizzazione e procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, la complessità delle strutture di interessi e della dimensione temporale).

⁴⁰⁰ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 109 ss, 140.

⁴⁰¹ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 117, 119.

⁴⁰² Non essendo questa la sede per ripercorrere il vastissimo dibattito sull'interesse legittimo sia consentito rinviare alle esaustive pagine di F. G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, *passim*, spec. 61 ss. (per la dottrina antecedente alla legge 241/1990) e *Id.*, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 379 ss. (per la dottrina successiva).

⁴⁰³ Secondo la prospettiva aperta da E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi*, cit., 125 ss, il quale, però, dopo aver messo in luce che gli interessi che trovano soddisfazione nel comportamento secondo legge dell'amministrazione sono a tutti gli effetti da considerare "materiali", "sostanziali" e relativi a veri e propri "beni della vita", configura tali posizioni come interessi legittimi e non come diritti soggettivi. V. anche A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema*, cit., 75 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 140 s..

infine, la contrapposizione con il potere, perché la pretesa non è diretta ad ostacolare o favorire la produzione di un effetto giuridico, quanto ad ottenere dall'ente la prestazione prescritta dalla legge medesima (stilare la motivazione, comunicare l'avvio del procedimento, etc.)⁴⁰⁴. A fronte di ciò, negare la consistenza di diritti soggettivi a tali situazioni è possibile solo muovendo da un preconetto ideologico, cioè dal postulato della generale posizione di supremazia dell'amministrazione, che trasforma tutti gli obblighi in doveri e i diritti in interessi legittimi⁴⁰⁵.

Le conclusioni non sembra possano essere diverse con riferimento alle situazioni giuridiche soggettive costituite dalle norme sulla validità sostanziale, che vincolano il contenuto del provvedimento.

Sul punto occorre muovere da una constatazione preliminare. Non v'è dubbio che il contenuto del provvedimento discrezionale non sia oggetto di un diritto, e ciò per il semplice fatto che l'amministrazione è titolare di un potere di scegliere tra più soluzioni valide. Dal fatto che non esiste un diritto al contenuto favorevole del provvedimento sarebbe tuttavia un errore far discendere alcunché in ordine alla consistenza delle situazioni soggettive costituite dalle norme sulla validità sostanziale: non si può, in altre

Tra le norme sulla validità formale del provvedimento amministrativo rientrano quelle che fondano le c.d. pretese partecipative, concepite come diritti soggettivi da chi è propenso a riconoscerne l'autonomia dal c.d. interesse al bene della vita (A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 142; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996, 300; A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema*, cit., 71 ss.; *Id.*, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 985) e considerate alla stregua di interessi legittimi (cfr. P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996, 234 ss.) ovvero di facoltà riconosciute per la tutela dell'interesse legittimo da parte di chi ne assume la funzione strumentale (F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, cit., 401; D. U GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo*, cit., 146 s.; anche se in una prospettiva parzialmente diversa S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità". Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, 62 s.). Si distingue la tesi di M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., 385 ss., che differenzia la posizione di chi partecipa ad una procedura amministrativa in cui è coinvolto un proprio bene (i destinatari degli effetti del provvedimento, i controinteressati, coloro che sono legittimati a partecipare *ex lege*), che sarebbe titolare di un interesse legittimo, da quella di chi partecipa "pur in assenza del coinvolgimento dell'interesse materiale" (interventi spontanei), che sarebbe invece titolare di meri interessi procedurali.

⁴⁰⁴ L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 168 ss.

⁴⁰⁵ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 219, nota.

parole, ritenere che esse non siano “diritti” per il fatto che il potere di definire il contenuto del provvedimento resta in capo all’amministrazione.

Il tema, infatti, va affrontato a prescindere dal profilo relativo alla protezione giuridica dell’interesse finale, disaggregando il paradigma di validità e tenendo in considerazione esclusivamente la portata precettiva delle norme sull’azione dell’amministrazione, il vantaggio e il vincolo che ne deriva per entrambe le parti del rapporto.

In questa prospettiva, si coglie che le metanorme sostanziali vincolano il giudizio e impongono alla amministrazione obblighi di prestazione che, dal punto di vista strutturale, non sono diversi da quelli imposti dalle norme formali. Come si può individuare un diritto soggettivo il cui contenuto è la redazione della motivazione secondo i dettami dell’art. 3 LPA, così si può individuare un diritto soggettivo, e un correlativo obbligo dell’amministrazione, a tenere in considerazione l’apporto procedimentale dei privati, alla buona fede, all’equità, etc..⁴⁰⁶ Queste pretese del singolo, a ben guardare, non si relazionano con la discrezionalità dell’amministrazione, ma, siccome fondate su norme di validità, sono contrapposte a veri e propri obblighi legali in capo alla parte pubblica. Cambia soltanto la natura della prestazione imposta dalle legge. L’obbligo che discende dalle meta-norme formali, che si riferiscono al momento enunciativo, ha ad oggetto una prestazione di tipo materiale; mentre quello che proviene dalle meta-norme sostanziali, che si riferiscono al giudizio di valore, ha oggetto prestazioni di tipo immateriale.

C) La trattazione dei rapporti tra validità del provvedimento e situazioni giuridiche soggettive non si esaurisce con il rilievo secondo cui le norme sulla produzione costituiscono un rapporto tra amministrazione e cittadino, scandito da

⁴⁰⁶ In questo senso, per quanto l’argomento testuale non possa essere considerato decisivo, è utile considerare che l’art. 41 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali, rubricato “diritto ad un buona amministrazione”, fa espressamente riferimento al “diritto all’equità”. Sul punto cfr. soprattutto L. R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell’interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 818 ss. Alcuni riferimenti in M. TRIMARCHI, *L’art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 541; *Id.*, *The impact of Article 41 of the Eu Charter of Fundamental Rights on Italian Administrative Law. Some Observations*, in www.iuspublicum.com, 2012, 8 ss.

situazioni contrapposte di diritto e obbligo, che vengono rispettate o lese a seconda che il provvedimento sia valido o invalido.

Si deve ancora affrontare il problema più difficile, cioè quello della rilevanza giuridica o semplicemente sociologica dell'interesse al "bene della vita" (o al "risultato" del processo decisionale⁴⁰⁷) e del suo rapporto con le norme di validità. Il tema deve essere affrontato prima in relazione al provvedimento discrezionale e successivamente in relazione al provvedimento vincolato.

C1) Mentre le situazioni giuridiche attive sin qui individuate corrispondono a precisi obblighi dell'amministrazione derivanti *ex lege*, la realizzazione dell'interesse del singolo a ottenere o a conservare il c.d. "bene della vita" è rimessa ad una scelta dell'amministrazione.

Escluso che, al di fuori delle ipotesi di attività vincolata, si possa ravvisare un diritto al "bene della vita"⁴⁰⁸, la dottrina da sempre si interroga se tale interesse costituisca o meno il contenuto di una situazione giuridica soggettiva⁴⁰⁹.

Le teorie che concepiscono l'interesse legittimo come situazione giuridica attiva di diritto sostanziale⁴¹⁰ risolvono il dilemma attraverso una pluralità di argomentazioni,

⁴⁰⁷ Definizione che sembra preferibile, se si parte dal presupposto che "beni della vita" sono anche quelli direttamente protetti dalle norme sulla validità e qualificati come diritti soggettivi.

⁴⁰⁸ Come osserva F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 8: "a fronte del potere (...), il diritto soggettivo è situazione giuridica muta e nuda".

⁴⁰⁹ Attorno a questo fondamentale interrogativo, come osserva L. BENVENUTI, *Dell'autorità e del consenso*, cit., 129 ss., ruota oggi il dibattito sull'interesse legittimo. Cfr. anche A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 971 ss.

⁴¹⁰ Si prescinde dunque dalle teorie secondo cui l'interesse legittimo sorge solo a seguito della adozione del provvedimento invalido e si sostanzia in poteri reattivi. Ad esempio E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1937, 69, che definisce l'interesse legittimo come situazione di legittimazione processuale; E. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa. Concetto e oggetto*, Milano, 1950, 62, per il quale l'interesse individuale "si qualifica *legittimo*, non perché concettualmente si risolve in una posizione *giuridica* subiettiva, e neppure perché goda, comunque, di protezione giuridica, prima dell'emanazione dell'atto illegittimo, che ne opera la lesione; ma perché, una volta leso, esso acquista giuridica rilevanza, in quanto il suo *eventuale* soddisfacimento è scopo del conferimento, al soggetto che ne è titolare, del potere di provocare l'annullamento dell'atto illegittimo, rispetto al quale (potere) l'interesse legittimo ha valore di elemento teleologico"; A.

riconducibili tuttavia a tre filoni principali. L'interesse al bene della vita, secondo alcune, è l'oggetto dell'interesse legittimo⁴¹¹, talvolta inteso come situazione giuridica soggettiva correlata all'interesse pubblico⁴¹²; secondo altre, non costituisce oggetto

PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 232-241, secondo cui l'interesse legittimo nasce dopo l'emanazione del provvedimento illegittimo e consiste in un potere di reazione a tutela di un interesse preesistente, genericamente definito "interesse protetto".

⁴¹¹ Variamente, *ex multis*, G. MIELE, *Principi*, cit., 56 ss.; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 455 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 108; R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Napoli, 1979, 93; E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, cit., 86 ss.; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit., 142 ss.; G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2001, 292 ss.; L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 944 e ss., che individua nella *res dovuta* l'oggetto dell'interesse legittimo, concepito come un diritto (non soggettivo) collegato con il potere.

⁴¹² S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, cit., 189 ss.; E. STICCHI – DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988, 41 ss.

Sul problema della strumentalità dell'interesse legittimo all'interesse pubblico merita speciale considerazione la tesi di A. ROMANO TASSONE *I problemi di un problema*, cit., 65 ss. L'A. distingue tre "versioni del concetto <<interesse pubblico>>: come interesse dell'ordinamento al rispetto del *corpus* normativo nel suo complesso; come interesse al corretto esercizio della funzione amministrativa; come interesse personale dell'amministrazione-apparato". "Il primo attiene, in senso pieno, al rispetto della legalità in tutti i suoi aspetti (...). Il secondo consiste nell'interesse ad un corretto esercizio della funzione amministrativa" identificato nella "*summa* delle aspettative fondamentali che la collettività nutre, in un certo momento storico, in ordine all'attività autoritativa della p.a. (...). Il terzo è l'interesse di cui si fa portatrice, nel singolo episodio di azione amministrativa la singola branca della p.a.". L'interesse legittimo può "vittoriosamente contrastare" l'interesse dell'amministrazione-apparato ma "soltanto in vista del perseguimento del più generale interesse al corretto esercizio della funzione amministrativa": esso cioè può "rivolgersi contro l'interesse personale dell'amministrazione, ma solo *perché* ciò corrisponde al superiore interesse al buon funzionamento dell'amministrazione stessa". Stabilita tale correlazione, consegue che il contenuto dell'interesse legittimo dipende dal concreto modo concreto di atteggiarsi dell'interesse pubblico al corretto esercizio della funzione amministrativa, che a sua volta dipende dalle aspettative che la comunità nutre nei confronti del potere amministrativo. Queste ultime si sono tradizionalmente rivolte alla legalità dell'azione autoritativa, che ne ha dunque rappresentato l'essenziale valore legittimante: ne è conseguita la sostanziale identificazione dell'interesse legittimo nell'interesse alla legalità amministrativa (con i corollari che esso può porre nel nulla l'atto autoritativo solo se illegale, mentre è destinato a soccombervi se l'amministrazione ha esercitato il suo potere entro i limiti trattati dalla legge). Negli ultimi anni, invece, l'interesse al buon funzionamento dell'amministrazione si è affrancato dalla legalità,

dell'interesse legittimo, il quale è comunque posizione strumentale alla sua realizzazione⁴¹³; secondo altre ancora, non è giuridicamente protetto, perché di fronte al

identificandosi nei valori dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa. In questo quadro cambia fisionomia anche l'interesse legittimo: la correlazione con l'interesse pubblico adesso lo presenta come la pretesa a "che la decisione amministrativa pervenga ad un risultato ineccepibile sul piano della valutazione e composizione degli interessi materiali in essa coinvolti" (con la conseguenza di negare l'annullamento per vizi meramente formali, che non incidono cioè sul contenuto della decisione, e di imporre, d'altra parte, uno scrutinio di tipo sostanziale intorno alla fondatezza della pretesa sostanziale che l'individuo deduce in giudizio). Cfr. pure *Id.*, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 969 ss., dove l'identificazione tra interesse pubblico (cui si correla l'interesse legittimo) e interesse dell'amministrazione è evitata tramite la concezione della seconda come "soggetto parziale", che non si identifica nell'ordinamento e che non è in condizione di esprimerne tutti i valori. (Sulla trasformazione dell'amministrazione da "soggetto totale" a "soggetto parziale", cfr. *Id.*, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Ec. e comm. Univ. Messina*, 1981, 442 s.)

⁴¹³ F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 131 ss.; *Id.*, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, cit., 24 ss.; *Id.*, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 13 ss.; *Id.*, *Attualità dell'interesse legittimo?*, cit., 415 ss., secondo cui oggetto dell'interesse legittimo non può essere considerato l'interesse materiale di base perché l'ordinamento non ne garantisce la realizzazione. Da qui l'ipostatizzazione di un interesse ulteriore protetto nei limiti della legittimità e strumentale all'interesse di base. Cfr. le critiche di R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione*, cit., 90 s.; A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit., 281 s.; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit. 112.

potere discrezionale il privato versa in stato di soggezione⁴¹⁴ (queste tesi tendono a spostare l'oggetto dell'interesse legittimo nella legittimità del provvedimento⁴¹⁵).

In questo campo sembra opportuno abbandonare la formula evocativa quanto imprecisa dell'interesse al "bene della vita", rilevando che in realtà che essa indica la pretesa (positiva) alla costituzione o (negativa) alla non costituzione di una situazione giuridica soggettiva da parte del provvedimento⁴¹⁶.

⁴¹⁴ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., Osserva R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., 96, che la situazione frontistante al potere, definito come la capacità giuridica di modificare la situazione giuridica propria o altrui, è la soggezione: "soggezione ad un potere è la possibilità di subire una modificazione della propria situazione giuridica ad opera di altri".

Si è di recente autorevolmente sostenuto (F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 400 s.) che accogliere una simile concezione, secondo cui dinnanzi al potere non può che esservi soggezione, "significa riportare il calendario al tempo precedente il 1889, quando nessuna tutela effettiva era offerta fuori dal ristretto ambito dei <<diritti civili e politici>>" e che la sostituzione dell'interesse legittimo, inteso come situazione attiva che "dialoga con il potere", con la pretesa alla legittimità non consente di tenere in considerazione che il privato è titolare di una posizione attraverso la quale, nel corso del procedimento, "tende ed è legittimato ad influire proprio sulle scelte di merito, cercando di orientare l'amministrazione, cui rimane riservata la decisione, verso soluzioni che consentano la soddisfazione del suo interesse finale (o materiale)"

⁴¹⁵ Ad esempio A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 169. Cfr. pure E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, cit., 9 ss., il quale concepisce l'interesse legittimo come l'interesse alla legittimità dell'atto amministrativo che trova il suo presupposto nel diritto soggettivo.

⁴¹⁶ Per fare qualche esempio: se chiedo una concessione, il mio interesse è alla costituzione del diritto in mio favore; se l'amministrazione attiva un procedimento per espropriare il mio fondo, il mio interesse è rivolto alla non costituzione del diritto di proprietà in capo all'amministrazione.

Secondo la concezione che si accoglie, il provvedimento amministrativo, come tutti gli atti precettivi, ha sempre efficacia costitutiva, cioè ha sempre l'effetto di trasformare situazioni giuridiche soggettive preesistenti.

La tesi, pacificamente accolta per quanto riguarda l'efficacia costitutiva in senso stretto, non è smentita dall'esistenza di provvedimenti ad efficacia dichiarativa. È stato autorevolmente rilevato, infatti, che l'effetto dichiarativo, pur non costituendo una nuova situazione, promuove lo svolgimento di una situazione preesistente, nel senso del rafforzamento, della specificazione e dell'affievolimento (A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 157 ss.). In altre parole, anch'esso è dotato di una sua costitutività, sia pure di grado minore: non tale cioè da creare una nuova situazione giuridica soggettiva ma comunque idonea ad incidere sulle possibilità di sviluppo interne ad una situazione soggettiva già esistente. La tesi, peraltro, ha dato adito ad una

Siffatta pretesa può essere giuridicamente rilevante, come non esserlo. Lo è, quando la realizzazione dell'interesse è compatibile con la validità del provvedimento; non lo è, quando è incompatibile con essa. Nel primo caso, l'individuo è titolare di un interesse legittimo, ossia avanza una pretesa alla costituzione o non costituzione di una situazione soggettiva da parte del provvedimento che quest'ultimo è in condizione di soddisfare mantenendosi entro i binari della validità⁴¹⁷. Nella seconda ipotesi, quando la realizzazione della pretesa è incompatibile con la validità del provvedimento, si dovrà dire – per usare una formula autorevolmente proposta – che l'interesse, più che legittimo, è illegittimo⁴¹⁸ (per significare, più rigorosamente, che l'interesse è giuridicamente irrilevante). Se ne può trarre che la valutazione circa l'esistenza dell'interesse legittimo è da operare in concreto, alla luce, per un verso, della positiva

osservazione critica, da parte di chi ha ritenuto impossibile che l'atto dichiarativo produca una situazione giuridica soggettiva conforme a quella preesistente, dal momento che “ciò che è non può essere nuovamente prodotto”. Si è detto, pertanto, caratteristica dell'atto dichiarativo è di produrre effetti solo se la situazione “dichiarata” è realmente esistente (ad esempio, l'intimazione produce il suo effetto solo nel presupposto della esistenza dell'obbligo dell'intimato) (G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 43 s). Non interessa prendere posizione su questa opinione, quanto osservare che, accogliendola, diviene ancora più chiaro ciò che è in realtà implicito nella prima: ovvero che anche l'effetto dichiarativo ha una sua forza costitutiva (sebbene ridotta: o perché agisce all'interno di una situazione preesistente ovvero perché è in grado di creare una nuova situazione solo se essa è conforme a quella preesistente).

Da ultimo, si segnala il carattere costitutivo degli atti ad efficacia preclusiva (A. FALZEA, *Efficacia*, cit., 167 ss.). Essi non modificano la situazione giuridica preesistente (a differenza dell'effetto costitutivo in senso stretto), né la conservano e la svolgono (come l'effetto dichiarativo), quanto piuttosto costituiscono una nuova situazione, che si sovrappone a quella precedente, “oscurandola” per realizzare esigenze di certezza giuridica.

⁴¹⁷ Correlato a questa pretesa è un obbligo, ossia l'obbligo di adottare un provvedimento valido. Come si dirà meglio nel testo, se la pretesa non assurge a diritto soggettivo è perché l'obbligo di adottare un provvedimento discrezionale valido non si identifica nell'obbligo di adottare un provvedimento dotato di un certo contenuto. Diversamente accade con riferimento al provvedimento vincolato, la cui validità è compatibile con un solo contenuto precettivo.

Sulla necessità di rinvenire una posizione di obbligo in capo all'amministrazione, per poter configurare l'interesse legittimo come situazione giuridica attiva v. L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, Napoli, 1984, 29 ss., *passim*, che identifica il contenuto di tale obbligo nella presa in considerazione dell'interesse del privato da parte dell'amministrazione.

⁴¹⁸ E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, cit., 23; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 983.

conformazione del vincolo di validità gravante sul provvedimento e, per altro verso, del contenuto della pretesa sostanziale del singolo⁴¹⁹.

Carattere fondamentale dell'interesse legittimo, così definito, è che la sua esistenza non fornisce al titolare la garanzia della realizzazione della pretesa che ne rappresenta il sostrato sostanziale⁴²⁰. La presenza di più soluzioni valide che connota l'attività discrezionale comporta infatti la possibilità che l'amministrazione, senza violare l'interesse legittimo, adotti un provvedimento costitutivo di una situazione giuridica soggettiva diversa da quella oggetto della pretesa del privato⁴²¹.

Le difficoltà che la dottrina incontra nel riconoscere una situazione giuridica soggettiva laddove l'ordinamento non garantisce la realizzazione della pretesa dipendono dalla diffusa opinione che identifica la situazione giuridica soggettiva attiva nell'interesse efficace, ossia in un interesse che appartiene al novero dei valori giuridici e per la cui realizzazione è comandato un altrui comportamento.

La prospettiva cambia se si ammette l'esistenza di situazioni pre-effettuali o di rilevanza⁴²² che sorgono in conseguenza della sottoposizione dei processi produttivi del diritto a regole di validità; situazioni, in altri termini, la cui esistenza deriva dal fatto che il diritto con le norme di validità *struttura il conflitto*⁴²³, rinviandone ad un secondo momento la soluzione, ossia all'adozione dell'atto che a quelle norme è sottoposto.

La sottoposizione degli atti precettivi a regole di validità, attribuisce rilevanza giuridica alla pretesa del singolo diretta alla costituzione o alla non costituzione di una

⁴¹⁹ Per questa esigenza di concretezza A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 980, dove è affermato che la consistenza delle situazioni soggettive contrapposte al potere “va valutata in relazione alla singola decisione che la pubblica amministrazione è concretamente legittimata ad adottare”.

⁴²⁰ A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 983; *Id.*, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit., 280 s.

⁴²¹ Sulla scissione tra lesione e sacrificio dell'interesse legittimo v. R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 526.

⁴²² Cfr. F. VOLPE, *Norme di azione e norme di relazione*, cit., 126 ss., che distingue le figure soggettive di stato, che derivano dal giudizio normativo circa la rilevanza della fattispecie, e figure soggettive di comportamento, derivanti dagli effetti giuridici del precetto e consistenti nella qualificazione astratta, in termini di conformità o difformità all'ordinamento, di comportamenti giuridici futuri

⁴²³ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. Dir. Agg.*, VI, Milano, 2002, 1000.

situazione soggettiva effettuale da parte dell'atto. Se questa pretesa non è tutelata in termini assoluti lo si deve alla circostanza che è solo l'atto a poterla realizzare (tramutandola in una situazione giuridica effettuale, in caso di pretesa positiva; o rifiutando di costituire nuovi rapporti, in caso di pretesa negativa) o frustrare.

Il ridotto grado di protezione giuridica dell'interesse legittimo non dipende dunque dalla supremazia dell'interesse pubblico che persegue l'amministrazione sull'interesse privato, bensì dalla sua essenza di situazione giuridica soggettiva che si confronta con un processo di produzione giuridica visto nel suo divenire (ossia in un momento precedente a quello in cui viene assunta la decisione di acconsentire o negare l'accesso di un interesse sociale al novero dei valori giuridici) e che l'ordinamento non sottopone alla perentorietà dell'unica soluzione valida.

L'interesse legittimo così concepito pare discostarsi decisamente dal diritto soggettivo, che invece rappresenta la situazione giuridica di vantaggio in cui versa colui che, a seguito della produzione di un certo effetto, vede il proprio interesse introdotto tra i valori giuridici e, quindi, dotato di garanzia di realizzazione⁴²⁴.

È verissimo che anche il diritto soggettivo è esposto a molteplici limitazioni, determinate dall'interferenza della sfera giuridica del suo titolare con quella di altri soggetti⁴²⁵, come è vero che anche il diritto soggettivo non sempre assicura al titolare la garanzia della realizzazione dell'interesse (per infinite ragioni, basta pensare alle obbligazioni di mezzo)⁴²⁶.

Ciò, però, non autorizza a ritenere insussistente la differenza con l'interesse legittimo. L'incertezza connaturata a quest'ultimo è peculiare, perché riguarda la produzione o la non produzione di un effetto giuridico da parte di un comportamento

⁴²⁴ Per l'idea che sia da abbandonare la distinzione radicale tra situazioni soggetti protette e non protette e a favore di una impostazione che riconosce diversi gradi di protezione degli interessi v. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 972, 981 s.; G. ROSSI, *Gli interessi a protezione necessaria*, in G. DE GIORGI CEZZI – P.L. PORTALURI – FF. TUCCARI – F. VETRÒ (a cura di), *Il <<meritevole di tutela>>*, cit., 328 s.

⁴²⁵ M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 105 ss., 150, il quale, non riscontrando differenze ontologiche tra interesse legittimo e diritto soggettivo, considera quale carattere peculiare del secondo l'accesso generalizzato alla tutela costitutiva; *Id.*, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, cit., 66 s., che sul punto si richiama alle osservazioni di A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. Dir. civ.*, 2000, 688.

⁴²⁶ L. FERRARA, *Dal processo di ottemperanza al giudizio di esecuzione*, cit.,

programmatico e dipende dalla circostanza che quest'ultimo può conseguire il crisma della validità tanto realizzando quanto frustrando la pretesa del singolo.

L'interesse legittimo, concepito situazione giuridica di rilevanza, rivela la ulteriore peculiarità di non presentarsi sempre uguale a sé stesso, per modo di atteggiarsi e grado di protezione, lungo il corso della funzione. Con il progredire della funzione, interessi originariamente legittimi, siccome compatibili con la definizione normativa del valore da attuare, si possono fare in un secondo momento illegittimi, siccome incompatibili con il valore da attuare così come precisato dall'amministrazione in rapporto al problema da risolvere. Di converso, ma per lo stesso principio, l'interesse legittimo che, col progredire della funzione, non diventa incompatibile con il valore da attuare, accresce le proprie *chances* di realizzazione. Conclusivamente, l'esigenza di concretezza già segnalata in relazione alla identificazione dell'interesse legittimo all'interno della singola vicenda amministrativa, si ripropone, con ancora più forza, con riferimento alla variabile intensità della protezione giuridica che lo assiste.

Considerando come oggetto della pretesa quel che sin qui è stato concepito come grado di protezione dell'interesse (ovvero la possibilità di realizzazione), l'interesse legittimo è stato declinato come “diritto alla *chance*” o alla “possibilità normativa”⁴²⁷. In questo modo si costruisce la situazione soggettiva intorno ad un interesse “artificiale” (l'interesse alla *chance*) che doppia quello “reale”: una soluzione logicamente ineccepibile che tuttavia, per la sua indole formale astratta⁴²⁸, mal si presta a tenere in considerazione il carattere variabile lungo il corso della funzione della protezione giuridica dell'interesse del soggetto.

C2) Secondo un'impostazione tuttora prevalente soprattutto in giurisprudenza, a fronte di provvedimenti vincolati sussistono interessi legittimi se il potere è attribuito all'amministrazione per la cura dell'interesse pubblico, mentre invece diritti soggettivi se è conferito in vista della realizzazione dell'interesse privato.

⁴²⁷ Secondo la definizione datane da L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 637 ss.

⁴²⁸ Cfr. F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, cit., 512, dove si addebita alla dottrina dell'interesse legittimo il vizio di operare artificiosi processi di “astrazione di interessi”; rilievi critici sulla scissione tra interesse reale e situazione giuridica anche in L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, cit., 17 ss.

Tale costruzione è severamente criticata dalla dottrina, secondo cui la consistenza delle situazioni giuridiche soggettive non può essere desunta dall'interesse protetto dalle norme. Essa ritiene che, a fronte di provvedimenti vincolati, il privato è titolare sempre di diritti soggettivi riconosciuti direttamente dalla norma, di cui il provvedimento – che non costituisce esercizio di potere – si limita ad integrare la fattispecie⁴²⁹. In quest'ottica, la circostanza che il diritto non possa essere esercitato prima del rilascio del provvedimento viene spiegata attraverso la scissione tra la fattispecie costitutiva del diritto medesimo e quella concernente l'illecito: in assenza del provvedimento al soggetto, cioè, non è consentito (è illecito) agire in attuazione del diritto conferitogli dalla legge⁴³⁰.

In questo modo, la preesistenza del diritto (a svolgere una attività) rispetto al provvedimento vincolato è, nondimeno, più affermata che dimostrata.

È stato osservato, infatti, che se il provvedimento costituisce la fattispecie della norma costitutiva dell'effetto, non si spiega come il diritto possa esistere prima dell'adozione del provvedimento, cioè quando la fattispecie non è ancora perfezionata⁴³¹. E sulla scorta di questa condivisibile osservazione, si è ritenuto che l'errore stia nell'identificare il diritto preesistente al provvedimento nella facoltà di svolgere l'attività. Prima del provvedimento vi sarebbe piuttosto un diritto potestativo ad accertamento amministrativo, conferito all'individuo direttamente dalla legge: ovverossia, un “diritto al <<mutamento>> giuridico, o alla <<produzione>> di un effetto giuridico” che “risiederebbe nella nascita della facoltà di esercitare una determinata attività privata”. Il cittadino eserciterebbe questo diritto tramite la richiesta del provvedimento, da concepire come “una manifestazione di volontà dell'interessato direttamente costitutiva dell'anzidetta facoltà”⁴³².

⁴²⁹ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 1253-1255.

⁴³⁰ A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 1 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., 1201 s.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 189. Cfr. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 39 ss. Per la critica v. F.G. COCCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 35.

⁴³¹ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 74.

⁴³² L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 82 ss.

La figura così introdotta del diritto potestativo ad accertamento amministrativo corrisponde ad una delle due forme in cui, secondo una diffusa rappresentazione, si può presentare il diritto potestativo, cioè il diritto di determinare unilateralmente la trasformazione della sfera giuridica altrui⁴³³. Esistono diritti potestativi il cui titolare, in presenza dei fatti costitutivi del diritto, è in condizione di dar luogo autonomamente all'effetto giuridico; e diritti potestativi per il cui esercizio la manifestazione di volontà del titolare è condizione necessaria ma non sufficiente, essendo richiesto l'accertamento giurisdizionale sulla reale sussistenza dei fatti costitutivi del potere⁴³⁴.

Il diritto potestativo ad accertamento giurisdizionale è in realtà figura di dubbia ammissibilità. Chi la ammette ritiene che la sentenza attraverso cui il giudice accerta la presenza dei fatti costitutivi si limita a verificare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del diritto, la trasformazione giuridica dovendo comunque essere ricondotta alla domanda giudiziale attraverso la quale il diritto potestativo è esercitato. Contro l'ammissibilità della nozione, invece, si osserva che il necessario "accertamento giurisdizionale" esclude la "potestatività" del diritto, perché gli effetti modificativi dovrebbero essere ricondotti non alla domanda giudiziale – che è l'atto di esercizio del diritto – ma alla sentenza costitutiva⁴³⁵.

Questo dibattito riflette un problema teorico di fondo, che si presenta in più campi della esperienza giuridica: il problema se i comportamenti programmatici il cui contenuto è vincolato, cioè indisponibile al soggetto che lo pone, abbiano o meno forza costitutiva degli effetti; cioè se alla vincolatezza si accompagni o meno l'inesistenza di

⁴³³ Per questa definizione M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 3 ss., dove anche un'ampia e interessante ricognizione della storia della categoria.

⁴³⁴ Cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 160 ss.: il primo modello ha il pregio di agevolare la speditezza del commercio giuridico, la struttura del secondo però fornisce una maggiore garanzia in ordine alla reale sussistenza dei fatti costitutivi del potere. Spetta dunque al legislatore calibrare l'utilizzo dell'uno e dell'altro, a seconda che vi sia maggiore interesse al controllo dei presupposti o alla rapidità nella produzione dell'effetto.

Sulla distinzione tra diritti potestativi ad attuazione stragiudiziale e ad attuazione giudiziale v. M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 4 ss.

⁴³⁵ Sulla questione della sussistenza di una situazione potestativa a base della sentenza costitutiva v. le considerazioni critiche di M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 108-113, cui si rinvia anche per ampi riferimenti bibliografici.

un potere giuridico, intendendo per tale la capacità di un soggetto di produrre effetti giuridici. Con riferimento alla nozione di diritto potestativo ad accertamento giurisdizionale o amministrativo è chiaro che, se si accoglie la tesi della non costitutività degli atti vincolati, allora non si ha difficoltà a ritenere che non sia la sentenza la fonte degli effetti modificativi, e si può dunque accettare l'idea che essi provengono dalla domanda giudiziale o dalla istanza proposta all'amministrazione; mentre invece, se si accoglie la prospettiva opposta, e si ritiene che il carattere vincolato della attività giurisdizionale non osti alla riconduzione della modificazione giuridica alla sentenza, allora si dovrà respingere la figura del diritto potestativo ad accertamento giurisdizionale o amministrativo perché si dovrà convenire con il rilievo che il necessario intervento di un atto del giudice o dell'amministrazione esclude che gli effetti modificativi dipendano dalla domanda o dalla istanza.

Non è questa la sede per affrontare un così difficile problema. Nondimeno, non può essere dissimulato lo scetticismo che si nutre nei confronti di una concezione generale che esclude la sussistenza del potere per il solo fatto che il soggetto autore dell'atto sia sprovvisto di margini di discrezionalità, richiamando sul punto quanto detto in ordine al provvedimento amministrativo vincolato, che sembra preferibile concepire come atto costitutivo dei propri effetti, estrinsecazione di un potere giuridico.

Interessa piuttosto osservare che la presenza del diritto soggettivo a fronte di provvedimenti amministrativi vincolati può essere dimostrata anche in un contesto concettuale diverso da quello in cui muove la dottrina richiamata, e cioè senza negare che questi provvedimenti siano espressione di un potere e siano dunque atti costitutivi dei propri effetti.

Si tratta di considerare la vincolatezza del provvedimento amministrativo come un problema attinente alla sua validità, secondo quanto suggerito in precedenza.

Se caratteristica del potere vincolato è di non poter effettuare una scelta tra più soluzioni valide, allora si impone una alternativa: o l'interesse alla costituzione o alla non costituzione della situazione soggettiva da parte del provvedimento è giuridicamente irrilevante siccome assolutamente incompatibile con la validità, oppure è oggetto di una pretesa dotata della consistenza di un diritto soggettivo, siccome coincidente con l'unica soluzione valida.

In quest'ottica, il diritto soggettivo a fronte di provvedimenti vincolati ha lo stesso oggetto dell'interesse legittimo a fronte di atti discrezionali: cioè l'interesse alla costituzione o alla non costituzione di una situazione soggettiva ulteriore da parte del provvedimento. Uguale è anche il fondamento della protezione giuridica, che consiste nella previa identificazione del valore da attuare da parte del provvedimento e nella sua sottoposizione a regole di validità. Quel che cambia è solo la forza della protezione giuridica, che nel caso dell'interesse legittimo si esprime in termini di possibilità di realizzazione e qui di sicurezza.

Questa soluzione spiega agevolmente, cioè senza ricorrere alla scissione tra fattispecie del diritto e fattispecie dell'illecito, la ragione per cui il privato non può esercitare l'attività prima del rilascio del provvedimento. Ciò dipende dal fatto che, prima del provvedimento, egli non è titolare del relativo diritto, il quale deve essere attribuito dall'amministrazione; il diritto di cui è titolare è, piuttosto, il "diritto al diritto".

Nella prospettiva suggerita, trova agevole spiegazione anche la possibile trasformazione nel corso della funzione dell'interesse legittimo in diritto soggettivo. Si può infatti osservare che il destino dell'interesse legittimo nel corso della funzione può essere non solo nel segno del consolidamento o della estinzione, come si è già visto, ma anche nella direzione della novazione, cioè della trasformazione in diritto soggettivo tante volte quanto il vincolo di validità assiologica sopravvenuto sia tale da rendere giustificata una sola scelta.

C2) Secondo un'impostazione tuttora prevalente soprattutto in giurisprudenza, a fronte di provvedimenti vincolati sussistono interessi legittimi se il potere è attribuito all'amministrazione per la cura dell'interesse pubblico, mentre invece diritti soggettivi se è conferito in vista della realizzazione dell'interesse privato.

Tale impostazione è severamente criticata dalla dottrina secondo la quale la consistenza delle situazioni giuridiche soggettive non può essere desunta dall'interesse protetto dalle norme. Si è così ritenuto che, a fronte di provvedimenti vincolati, il privato è titolare sempre di diritti soggettivi riconosciuti direttamente dalla norma, di cui il provvedimento – che non costituisce esercizio di potere – si limita ad integrare la

fattispecie⁴³⁶. In quest'ottica, il fatto che il diritto non possa essere esercitato prima del rilascio del provvedimento viene spiegato attraverso la scissione tra la fattispecie costitutiva del diritto medesimo e quella concernente l'illecito, ritenendo che il provvedimento sia indispensabile solo per evitare l'operatività di quest'ultima, nel senso che in sua mancanza non è consentito al soggetto (è illecito) agire in attuazione del diritto conferitogli dalla legge⁴³⁷.

In questo modo, la preesistenza del diritto (a svolgere una attività) rispetto al provvedimento vincolato è, nondimeno, più affermata che dimostrata.

È stato osservato, infatti, che se il provvedimento costituisce la fattispecie della norma costitutiva dell'effetto, non si spiega come il diritto possa esistere prima dell'adozione del provvedimento, cioè quando la fattispecie non è ancora perfezionata⁴³⁸. E sulla scorta di questa condivisibile osservazione, si è ritenuto che l'errore stia nell'identificare il diritto preesistente al provvedimento nella facoltà di svolgere l'attività. Prima del provvedimento vi sarebbe piuttosto un diritto potestativo ad accertamento amministrativo, conferito all'individuo direttamente dalla legge: ovverossia, un "diritto al <<mutamento>> giuridico, o alla <<produzione>> di un effetto giuridico" che "risiederebbe nella nascita della facoltà di esercitare una determinata attività privata". Il cittadino eserciterebbe questo diritto tramite la richiesta del provvedimento, da concepire come "una manifestazione di volontà dell'interessato direttamente costitutiva dell'anzidetta facoltà"⁴³⁹.

La figura così introdotta del diritto potestativo ad accertamento amministrativo corrisponde ad una delle due forme in cui, secondo una diffusa rappresentazione, si può presentare il diritto potestativo, cioè il diritto di determinare unilateralmente la

⁴³⁶ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 1253-1255.

⁴³⁷ A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 1 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., 1201 s.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 189. Cfr. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 39 ss. Per la critica v. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 35.

⁴³⁸ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 74.

⁴³⁹ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 82 ss.

trasformazione della sfera giuridica altrui⁴⁴⁰. Esistono diritti potestativi il cui titolare, in presenza dei fatti costitutivi del diritto, è in condizione di dar luogo autonomamente all'effetto giuridico; e diritti potestativi per il cui esercizio la manifestazione di volontà del titolare è condizione necessaria ma non sufficiente, essendo richiesto l'accertamento giurisdizionale sulla reale sussistenza dei fatti costitutivi del potere⁴⁴¹.

La figura del diritto potestativo ad accertamento giurisdizionale è particolarmente controversa. Chi la ammette ritiene che la sentenza attraverso cui il giudice accerta la presenza dei fatti costitutivi svolga semplicemente una funzione di verifica sulla sussistenza dei presupposti per l'esercizio del diritto, la trasformazione giuridica dovendo comunque essere ricondotta alla domanda giudiziale attraverso la quale il diritto potestativo è esercitato. Contro l'ammissibilità della nozione, invece, si osserva che il necessario "accertamento giurisdizionale" esclude la "potestatività" del diritto, perché gli effetti modificativi dovrebbero essere ricondotti non alla domanda giudiziale – che è l'atto di esercizio del diritto – ma alla sentenza costitutiva⁴⁴².

Questo dibattito riflette un problema teorico di fondo, che si presenta in più campi della esperienza giuridica: il problema se i comportamenti programmatici il cui contenuto è vincolato, cioè indisponibile al soggetto che lo pone, abbiano o meno forza costitutiva degli effetti; cioè se alla vincolatezza si accompagni o meno l'inesistenza di un potere giuridico, intendendo per tale la capacità di un soggetto di produrre effetti giuridici. Con riferimento alla nozione di diritto potestativo ad accertamento giurisdizionale o amministrativo è chiaro che, se si accoglie la tesi della non

⁴⁴⁰ Per questa definizione M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 3 ss., dove anche un'ampia e interessante ricognizione della storia della categoria.

⁴⁴¹ Cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 160 ss.: il primo modello ha il pregio di agevolare la speditezza del commercio giuridico, la struttura del secondo però fornisce una maggiore garanzia in ordine alla reale sussistenza dei fatti costitutivi del potere. Spetta dunque al legislatore calibrare l'utilizzo dell'uno e dell'altro, a seconda che vi sia maggiore interesse al controllo dei presupposti o alla rapidità nella produzione dell'effetto.

Sulla distinzione tra diritti potestativi ad attuazione stragiudiziale e ad attuazione giudiziale v. M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 4 ss.

⁴⁴² Sulla questione della sussistenza di una situazione potestativa a base della sentenza costitutiva v. le considerazioni critiche di M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 108-113, cui si rinvia anche per ampi riferimenti bibliografici.

costitutività degli atti vincolati, allora non si ha difficoltà a ritenerne che non sia la sentenza la fonte degli effetti modificativi, e si può dunque accettare l'idea che essi provengono dalla domanda giudiziale o dalla istanza proposta all'amministrazione; mentre invece, se si accoglie la prospettiva opposta, e si ritiene che il carattere vincolato della attività giurisdizionale non osti alla riconduzione della modificazione giuridica alla sentenza, allora si dovrà respingere la figura del diritto potestativo ad accertamento giurisdizionale o amministrativo perché si dovrà convenire con il rilievo che il necessario intervento di un atto del giudice o dell'amministrazione esclude che gli effetti modificativi dipendano dalla domanda o dalla istanza.

Non è questa la sede per affrontare un così difficile problema. Nondimeno, non può essere dissimulato lo scetticismo che si nutre nei confronti di una concezione generale che esclude la sussistenza del potere per il solo fatto che il soggetto autore dell'atto sia sprovvisto di margini di discrezionalità, richiamando sul punto quanto detto in ordine al provvedimento amministrativo vincolato, che sembra preferibile concepire come atto costitutivo dei propri effetti, estrinsecazione di un potere giuridico.

Interessa piuttosto osservare che la presenza del diritto soggettivo a fronte di provvedimenti amministrativi vincolati può essere dimostrata anche in un contesto concettuale diverso da quello in cui muove la dottrina richiamata, e cioè senza negare che questi provvedimenti siano espressione di un potere e siano dunque atti costitutivi dei propri effetti.

Si tratta di considerare la vincolatezza del provvedimento amministrativo come un problema attinente alla sua validità, secondo quanto suggerito in precedenza. Se il provvedimento vincolato è quello che si inserisce in una relazione tra valore da attuare e valore attuativo individuata dalla norma in modo talmente preciso che solo una soluzione è valida, allora si impone una alternativa: o l'interesse alla costituzione o alla non costituzione della situazione soggettiva da parte del provvedimento è giuridicamente irrilevante siccome assolutamente incompatibile con la validità, oppure è oggetto di una pretesa dotata della consistenza di un diritto soggettivo, siccome coincidente con l'unica soluzione valida.

In quest'ottica, il diritto soggettivo a fronte di provvedimenti vincolati ha lo stesso oggetto dell'interesse legittimo a fronte di atti discrezionali: cioè l'interesse alla

costituzione o alla non costituzione di una situazione soggettiva ulteriore da parte del provvedimento. Uguale è anche il fondamento della protezione giuridica, che consiste nella previa identificazione del valore da attuare da parte del provvedimento e nella sua sottoposizione a regole di validità. Quel che cambia è solo la forza della protezione giuridica, che nel caso dell'interesse legittimo si esprime in termini di possibilità di realizzazione e qui di sicurezza.

Questa soluzione spiega agevolmente, cioè senza ricorrere alla scissione tra fattispecie del diritto e fattispecie dell'illecito, la ragione per cui il privato non può esercitare l'attività prima del rilascio del provvedimento. Ciò dipende dal fatto che, prima del provvedimento, egli non è titolare del relativo diritto, il quale deve essere attribuito dall'amministrazione; il diritto di cui è titolare è, piuttosto, il "diritto al diritto".

Nella prospettiva suggerita, trova agevole spiegazione anche la possibile trasformazione nel corso della funzione dell'interesse legittimo in diritto soggettivo. Si può infatti osservare che il destino dell'interesse legittimo nel corso della funzione può essere non solo nel segno del consolidamento o della estinzione, come si è già visto, ma anche nella direzione della novazione, cioè della trasformazione in diritto soggettivo tante volte quanto il vincolo di validità assiologica sopravvenuto sia tale da rendere giustificata una sola scelta.

D) Si può adesso tentare di trarre alcune conclusioni in ordine ai rapporti tra invalidità del provvedimento e situazioni giuridiche soggettive, premesso che la prima non può essere identificata nella lesione delle seconde salvo disconoscere il problema della giustificazione del provvedimento in rapporto ai valori da attuare.

a) Da quanto osservato emerge che l'invalidità del provvedimento comporta sempre la lesione della situazione giuridica soggettiva costituita dalla norma di validità violata: più in particolare, trattandosi di norme che stabiliscono un rapporto giuridico tra cittadino e amministrazione, si tratterà della violazione della lesione di un diritto soggettivo del primo dovuto al mancato assolvimento di un obbligo da parte dell'amministrazione, che può avere contenuto formale o sostanziale a seconda della norma violata.

L'invalidità del provvedimento non sempre, invece, determina la lesione dell'interesse legittimo, inteso come interesse giuridicamente protetto in termini di possibilità di realizzazione ed avente per oggetto la costituzione o la non costituzione di una situazione soggettiva da parte del provvedimento. Infatti, quando all'invalidità formale non corrisponde l'invalidità sostanziale (perché la violazione della norma sulla produzione non ha inciso sul contenuto del provvedimento) allora non si riscontra alcuna lesione dell'interesse legittimo: dovrà piuttosto dirsi che in questo caso la pretesa del privato alla costituzione o alla non costituzione di una situazione giuridica soggettiva da parte del provvedimento è illegittima perché la sua realizzazione è incompatibile con un provvedimento valido.

b) In definitiva, se si guarda al tema della validità del provvedimento amministrativo dal punto di vista delle situazioni giuridiche soggettive interne al rapporto amministrativo, ci si avvede che queste ultime vengono, in misura ora più ora meno evidente, rispettate o violate a seconda che il provvedimento sia valido o invalido.

Nondimeno, sarebbe un errore risolvere il problema della validità del provvedimento in quello dell'osservanza delle situazioni giuridiche soggettive interne al rapporto.

Per un verso, infatti, si deve ribadire che la categoria della validità, nella sua dimensione assiologica, intercetta aspetti estranei alla "logica del rapporto" e legati alla dinamica di attuazione dei valori giuridici.

Per altro verso, la circostanza che il provvedimento invalido sia lesivo di situazioni soggettive non comporta, a parere di chi scrive, la necessità di concepire la validità in termini regolativi. Questa tesi, come si è già visto, trae argomento dall'esistenza nell'ordinamento di provvedimenti amministrativi invalidi: questa realtà – si sostiene – è in contraddizione con una concezione costitutiva della validità formale, la quale imporrebbe una alternativa secca dentro/fuori tra il provvedimento osservante, come tale costituito all'interno della realtà sociale (in questo caso giuridica), e provvedimento inosservante, che rimane estraneo alla realtà giuridica⁴⁴³. Sennonché,

⁴⁴³ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, cit., 2009, 758 s

non sembra che l'esistenza di provvedimenti invalidi imponga la concezione regolativa della validità. Il carattere artificiale della realtà sociale, infatti, ammette una articolazione in gradi della forza costitutiva delle meta-norme e, quindi, della costitutività, sconosciuta alla realtà materiale: per cui, mentre nella seconda un'entità esiste o non esiste, nella realtà sociale può esistere in vari modi e a diversi gradi. È più che plausibile, pertanto, che tra le norme contenute nel paradigma di validità del provvedimento ve ne siano alcune dal cui rispetto consegue quel tipo di esistenza necessario alla produzione di effetti, che – come si vedrà meglio in seguito – è la riferibilità all'ordinamento (norme eidetico-costitutive), e altre la cui osservanza è necessaria per conseguire il crisma della validità (norme anankastico-costitutive)⁴⁴⁴.

Una volta dimostrata la compatibilità con l'esistenza di provvedimenti invalidi, non sembra opportuno recedere dall'idea della natura costitutiva delle norme sulla produzione del provvedimento e, quindi, della validità formale. Secondo quanto si è avuto modo di esporre in termini generali, infatti, questa soluzione sembra rispondere in modo particolarmente brillante alla domanda fondamentale, relativa alle ragioni profonde per le quali un atto ricava la propria validità dall'osservanza di un altro atto.

Rivendicando la autonomia della validità dalla logica del rapporto, inoltre, si intende mettere in luce la circostanza che le norme sulla validità del provvedimento, pur operando attraverso la costituzione di situazioni giuridiche contrapposte, rispondono ad una esigenza diversa da quella che l'ordinamento realizza tramite la disciplina delle condotte degli individui. Esse assolvono primariamente ad una funzione selettiva, fondata su una naturale resistenza che l'ordinamento giuridico oppone a ciò che ambisce a modificarlo.

CAPITOLO IV

⁴⁴⁴ Sulla distinzione di A. G. CONTE, *Regola eidetico-costitutiva vs. regola anankastico-costitutiva*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto*, cit., 48 ss. v. *supra*

L' EFFICACIA MALGRADO L'INVALIDITÀ

1. L'efficacia malgrado l'invalidità come conseguenza del carattere autoritativo del provvedimento

Secondo un insegnamento ormai tradizionale, il provvedimento amministrativo acquista efficacia malgrado l'invalidità e la mantiene sino a quando non viene rimosso in sede competente. L'invalidità, cioè, non è causa di efficacia ma solo un presupposto dell'annullamento⁴⁴⁵.

La divaricazione tra invalidità ed inefficacia è stata ricondotta talvolta alla natura autoritativa del provvedimento e talaltra considerata come frutto di una scelta di diritto positivo.

Del primo indirizzo è tipica espressione l'idea secondo cui il provvedimento, per la sua essenza di atto dell'autorità, sarebbe assistito da una presunzione di legittimità sino all'eventuale annullamento⁴⁴⁶. Tale presunzione ne giustificherebbe anche l'esecutorietà, cioè la possibile esecuzione coattiva da parte dell'amministrazione senza necessità di previo accertamento giudiziale⁴⁴⁷.

La teoria della presunzione di legittimità è stata criticata sotto diversi profili⁴⁴⁸. In primo luogo, si è rilevato che l'esecuzione di un atto non è condizionata alla sua legittimità: se così fosse, una presunzione di legittimità si dovrebbe richiedere anche

⁴⁴⁵ M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 557, 552: "ritengono alcuni che validità e invalidità siano in relazione di esclusione, e che quindi la mancanza dei requisiti di validità non faccia realizzare gli effetti giuridici; altri ritengono che validità e invalidità siano in relazione di concorrenza, onde la mancanza dei requisiti di validità non impedisca la realizzazione degli effetti, ma solo ponga in essere una situazione oggettiva in presenza della quale può essere esperita la misura di tutela da chi vi ha interesse. In ordine all'atto amministrativo è questa la tesi che appare più fondata". Cfr. G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., 230; E. CASETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, cit., 248.

⁴⁴⁶ A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, cit.; G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., 29 s.

⁴⁴⁷ U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Studi Senesi*, 1901, 63.

⁴⁴⁸ M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 557 s.

per il negozio privato⁴⁴⁹. Si è osservato, in secondo luogo, che la vigenza della presunzione di legittimità del provvedimento è smentita dal fatto che le norme processuali non gravano il ricorrente dell'intero onere della prova, come invece dovrebbe accadere se l'accoglimento della sua azione dipendesse dal superamento di una presunzione⁴⁵⁰. Infine, si è ricordato che le presunzioni sono strumenti disposti dall'ordinamento per dissipare situazioni di oggettiva incertezza e instabilità⁴⁵¹: e “se vi è atto certo e non contestabile quanto agli effetti, questo è il provvedimento amministrativo, non foss'altro perché gli effetti son quasi sempre disciplinati dalle norme”⁴⁵².

La presunzione di legittimità, in definitiva, è stata considerata l' “evidente gemella della presunzione di verità della sentenza e della presunzione di conoscenza della legge”⁴⁵³: tutte “forme morfologiche approssimative con cui la dottrina dello scorso secolo cercò di inquadrare i fenomeni del diritto pubblico”⁴⁵⁴, incompatibili con il nuovo corso degli studi fondato sul metodo giuridico⁴⁵⁵.

⁴⁴⁹ M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, 557 s.

⁴⁵⁰ M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, 557 s.

⁴⁵¹ M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, 557 s.

⁴⁵² M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, 557 s.

⁴⁵³ M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, 557 s.

⁴⁵⁴ M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, 557 s.

⁴⁵⁵ V. E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), ora in *Id.*, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881 – 1940)*, Milano, 1954, 3 ss.

Sul metodo giuridico e la c.d. “svolta orlandiana” il dibattito è ampio e pluriforme. *Ex multis*, S. CASSESE, *Cultura e politica nel diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 22; *Id.*, *Auf der gefährlichen Strasse des öffentlichen Rechts. La “rivoluzione scientifica” di Vittorio Emanuele Orlando* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLI(2): 305-318; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 67 ss.: entrambi gli AA. mettono in rilievo l'importanza assunta dal metodo giuridico nella costruzione dello Stato liberale di diritto in Italia; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, Giuffrè, 2001, p. 67 ss.; M. COCCONI, *La scienza del diritto amministrativo e l'utilizzo delle altre scienze sociali*, in L. TORCHIA – E. CHITI – R. PEREZ – A. SANDULLI (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008, 270 ss., che individua profili di realismo nell'opera Orlandiana; nonché gli scritti pubblicati in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 919 ss., nel centenario della prolusione palermitana di Vittorio Emanuele Orlando: G. REBUFFA, *I lessici e il tempo delle prolusioni di Vittorio Emanuele Orlando*, A. MASSERA, *L'influenza della cultura tedesca sulla prolusione orlandiana*; G. AZZARITI, *La*

Le obiezioni così sintetizzate non sono tutte insuperabili. Affermare, oggi, che il provvedimento amministrativo non si presume legittimo sulla base dell'argomento che non è il ricorrente a doverne dimostrare l'invalidità è contrario al diritto positivo, che grava il primo dell'onere della prova (art. 64 c.p.a.). Ma anche il rilievo secondo cui mancherebbero i presupposti per l'applicazione di una presunzione perché gli effetti del provvedimento sono preordinati dalla legge è discutibile, se è vero che la situazione di incertezza di cui trattasi non è relativa al contenuto degli effetti ma al loro ricorrere nel caso concreto (non riguarda il *quid* ma l'*an*).

Non pare tuttavia che l'idea della presunzione di legittimità meriti di essere riesumata. Essa, invero, rappresenta la reazione della dottrina amministrativistica dinnanzi a un fenomeno (la produzione di effetti da parte del provvedimento invalido) di cui si constata l'esistenza ma che, al tempo stesso, si considera intrinsecamente non giustificabile: si prova così a negare l'antinomia tra invalidità ed inefficacia, mantenendo il collegamento tra validità ed efficacia, sia pur per il tramite di una legittimità presunta solo in ragione del carattere autoritativo dell'atto⁴⁵⁶.

Una influente dottrina, che ha trovato largo seguito in giurisprudenza, spiega l'efficacia del provvedimento invalido facendo ricorso alla nozione di imperatività, cioè all'efficacia tipica del provvedimento amministrativo⁴⁵⁷. In questa impostazione è latente un' ambivalenza.

prolusione orlandiana e la scienza del diritto amministrativo anteriore al 1889; G. CIANFEROTTI, *La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale*. Cfr. inoltre l'ampio panorama critico da ultimo offerto da L. BENVENUTI, *Formalismo e realismo nella cultura del diritto amministrativo*, in *Id., Diritto e amministrazione*, cit., 49 ss., dove sono messe in luce le interazioni tra realismo e formalismo nella dottrina del diritto amministrativo prima e dopo la seconda guerra mondiale.

⁴⁵⁶ Considera la presunzione di legittimità "un resto del principio di sudditanza non ancora completamente scacciato dal principio di cittadinanza" F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, 102.

⁴⁵⁷ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 558 s. Da un punto di vista ideologico, spiegando l'efficacia del provvedimento invalido attraverso l'imperatività probabilmente si compie un passo verso la riduzione del tasso di autorità insito nel provvedimento. Costatare l'esistenza dell'autorità, infatti, è meno che ammantare gli effetti del provvedimento invalido di una (presunta) legittimità. Sembra alludere a ciò M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 561: anche il "più scriteriato provvedimento amministrativo, se non impugnato in termine, dovrà essere assunto per efficace da qualsiasi giudice futuro. Si dice anzi che dovrà essere assunto per

Per un verso, l'efficacia del provvedimento invalido è presentata come un elemento imposto dalla sua natura di atto unilaterale che contiene la disciplina del rapporto tra autorità e libertà⁴⁵⁸. Ravvisato il contenuto minimo dell'imperatività nella capacità della statuizione amministrativa di imporsi unilateralmente nella sfera giuridica dei propri destinatari, il provvedimento è identificato con la sua efficacia tipica al punto tale che esso, se esiste, non può che produrre effetti nella sfera giuridica dei singoli. Il provvedimento, si potrebbe dire, è *in quanto imperativo*, ed è pertanto da escludere che l'invalidità, che pur sempre è una qualificazione che ne presuppone l'esistenza, possa incidere in senso privativo dell'efficacia. In altre parole, l'imperatività determina uno sfasamento tra il piano della validità e quello dell'efficacia⁴⁵⁹, tale per cui l'invalidità non comporta inefficacia, ma solo pone in essere “una situazione oggettiva in presenza della quale può essere esperita la misura di tutela da chi vi ha interesse”⁴⁶⁰.

Per altro verso, l'efficacia del provvedimento invalido è considerata come una conseguenza di precise scelte giurisprudenziali. Si osserva che è stata la giurisprudenza, in assenza di una disciplina normativa sulla efficacia del provvedimento, ad attribuirvi carattere di atto imperativo⁴⁶¹, cioè a riconoscerlo idoneo a incidere unilateralmente nella sfera giuridica dei suoi destinatari⁴⁶²; e che è stata sempre la giurisprudenza a decidere che questo carattere non è una prerogativa del provvedimento valido ma è comune anche al provvedimento invalido, così preferendo il “modo della equiparazione” a quello della separazione e a quello della distinzione⁴⁶³.

Così sintetizzata, questa teoria non sembra consentire una ricostruzione lineare e convincente dei rapporti tra invalidità ed efficacia. L'imperatività è simultaneamente presentata come la causa dell'efficacia del provvedimento invalido e come la conseguenza della decisione della giurisprudenza di equiparare il regime del provvedimento invalido a quello del provvedimento valido. La contraddizione è

valido: ma questo è troppo, perché la vicenda si spiega agevolmente in termini di semplice soggezione all'efficacia”.

⁴⁵⁸ M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 558.

⁴⁵⁹ M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 552, 561.

⁴⁶⁰ M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 552.

⁴⁶¹ M. S. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., 237

⁴⁶² M. S. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., 234

⁴⁶³ M. S. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., 239 ss..

piuttosto evidente: se l' imperatività del provvedimento invalido dipende dalla decisione della giurisprudenza per il "modo dell'equiparazione", allora è chiaro che l' imperatività medesima non può più essere concepita come il carattere del provvedimento da cui dipende la frattura tra il piano della validità e quello della efficacia e alla cui luce si giustifica l'efficacia in assenza di validità.

Malgrado ciò, nella denunciata ambivalenza dell' impostazione Gianniniana (imperatività come causa dell'efficacia malgrado l'invalidità; imperatività come conseguenza di una scelta giurisprudenziale nel senso dell'equiparazione tra l'efficacia dell'atto invalido a quella dell'atto valido) sono iscritti gli svolgimenti della dottrina successiva. All'interno della quale, infatti, è dato distinguere tra prospettive teoriche che riconducono l'efficacia del provvedimento invalido al suo carattere imperativo e impostazioni che considerano il fenomeno come nient'altro che una conseguenza della preferenza del legislatore per un regime giuridico, piuttosto che per un altro.

Nella prima direzione, la concezione di Giannini è stata sviluppata sul piano dogmatico⁴⁶⁴ attraverso il collegamento dell'imperatività (o autorità) al momento della rilevanza giuridica del provvedimento, intesa come qualificazione normativa autonoma dall'efficacia e ad essa non preordinata⁴⁶⁵. Si è così sostenuto che l'imperatività è conseguenza della semplice rilevanza del provvedimento⁴⁶⁶, dipende cioè dal suo *esserci*, e che l'invalidità non ne rappresenta un fatto ostativo, costituendo piuttosto la sintesi delle reazioni previste dall'ordinamento nei confronti del provvedimento rilevante (e dunque efficace) ma imperfetto⁴⁶⁷. Il collegamento dell'imperatività alla rilevanza del provvedimento spiega la degradazione dei diritti soggettivi ad interessi legittimi ad opera del provvedimento invalido ed è quindi funzionale a giustificare

⁴⁶⁴ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 380 ss; *Id.*, *Invalidità*, cit., 601. Cfr. anche A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 80-82.

⁴⁶⁵ Si tratta della concezione di R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 340, *passim*.

⁴⁶⁶ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 388 ss.

⁴⁶⁷ A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 599 ss.

l'attrazione alla giurisdizione del giudice amministrativo di pressoché tutte le controversie in cui si faccia questione della validità dell'atto⁴⁶⁸.

L'idea della rilevanza dell'atto come momento in cui si manifesta l'autorità è stata successivamente proposta in chiave più generale, come base di una teoria unitaria degli atti dei pubblici poteri⁴⁶⁹, a fronte del fallimento del tentativo di rinvenire il minimo comune denominatore di tali atti nella loro efficacia tipica⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ L'obiettivo finale di Piras, come noto, è quello di dimostrare che il processo amministrativo ha ad oggetto non la questione di legittimità del provvedimento ma l'interesse legittimo, quale situazione soggettiva che scaturisce dalla violazione del rapporto amministrativo.

L'opposta tesi, secondo cui oggetto del giudizio è la questione di legittimità l'oggetto del processo amministrativo, secondo A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 375-378, risponde, più che alla osservazione della reale struttura del processo amministrativo, alla esigenza di giustificare la giurisdizione amministrativa in presenza di provvedimenti amministrativi illegittimi (il riferimento, in particolare, è alla distinzione tra norme di azione e norme di relazione: la quale, più che per "esigenze di analisi strutturale dei rapporti amministrativi", sarebbe stata pensata per affermare che l'illegittimità del provvedimento, risolvendosi nella violazione delle norme di azione, cioè delle norme volte a tutelare l'interesse pubblico, non determinerebbe la lesione di alcun diritto soggettivo ma solo consentirebbe al cittadino, titolare della situazione legittimante di interesse legittimo, l'accesso alla giustizia amministrativa). Stando così le cose, essendo cioè l'identificazione dell'oggetto del giudizio nella questione di legittimità funzionale alla affermazione della sussistenza della giurisdizione amministrativa in presenza di provvedimento, è ovvio che è impossibile propugnare la tesi per cui oggetto del giudizio è l'interesse legittimo se non prima si sia dimostrato che la sussistenza della giurisdizione amministrativa dipende da un diverso fattore, ovvero dalla imperatività che, situandosi nel momento della rilevanza, riguarda sia i provvedimenti amministrativi validi sia quelli invalidi.

⁴⁶⁹ A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 51 ss.

⁴⁷⁰ A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 53-59. Il tentativo più raffinato in tal senso sarebbe quello di Merkl, secondo cui gli atti amministrativi sono accomunati agli altri atti dei pubblici poteri dal fatto di essere atti normativi dotati della c.d. *Rechtskraft*, cioè dell'autorità della cosa giudicata.

Questa soluzione, prosegue l'A. fu respinta innanzitutto "per la scarsa aderenza al diritto positivo: né la legge né il provvedimento amministrativo possiedono quel carattere di immutabilità proprio della sentenza passata in giudicato; né l'una nell'altro sono, al pari di quest'ultima, intangibili per la stessa autorità da cui promanano". Per l'idea che l'autorità del provvedimento amministrativo non possa essere accomunata alla regiodicata cfr. R. RESTA, *la revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, 78 ss.; R. ALESSI, *La revoca*, cit., 6 ss.; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1932, 296.

Si è osservato che, se un elemento accomuna il regime dei principali atti pubblici, questo consiste proprio nella loro capacità di spiegare effetti anche se invalidi⁴⁷¹, e ciò malgrado la tradizione teorica concepisca la validità come presupposto dell'efficacia⁴⁷². Per comporre la frattura tra il regime degli atti dei pubblici poteri e la teoria generale, sono state adottate soluzioni compromissorie quali la presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo, così da affermare la validità (quanto meno presunta) degli atti efficaci dei pubblici poteri⁴⁷³: simili soluzioni, però, “denunciano anche troppo l'ambiguità di fondo di un disegno in cui il valore della conformità alla norma viene ad un tempo affermato – attraverso il richiamo ad esso quale insostituibile fonte legittimante – e negato (perché non verificabile praticamente, in quanto <<presunto>>”⁴⁷⁴. Appare preferibile, pertanto, la soluzione che “riconduce la forza tipica degli atti dei pubblici poteri nell'ambito della categoria della rilevanza, anziché dell'efficacia giuridica: mentre infatti quest'ultima si pone in stretta connessione con la validità, la prima, prospettando una mera qualificazione dell'atto come tale, si situa in un momento logicamente anteriore a qualsiasi considerazione della (piena) conformità

D'altronde, come condivisibilmente osserva A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 59, ove si fosse dato alla *Rechtskraft* “il senso proprio di una <<relative Unveränderlichkeit gewisser Staatsakte>>, il fattore unitario così individuato” si sarebbe rivelato “talmente generico da sfiorare l'irrelevanza, cadendo irrimediabilmente l'accento non sulla immodificabilità del comando, ma proprio sul suo carattere <<relativo>>, sull'essere cioè tale immutabilità diversamente articolata in ciascuno dei vari atti che avrebbe dovuto contraddistinguere”.

⁴⁷¹ A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 72

⁴⁷² A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 75-76 e nota. Secondo l'A, la costruzione della validità come presupposto necessario dell'efficacia giuridica degli atti ha un duplice fondamento. Lo ha, in primo luogo, nell' “l'idea che l'efficacia rappresenti il più alto momento delle vicende giuridiche”: discende da ciò, infatti, “che tutte le qualificazioni giuridiche del fatto – dunque anche quelle di <<valido>> ed <<invalido>> - tendono ad essere costruite e a differenziarsi reciprocamente nella prospettiva dell'efficacia”. In secondo luogo, nell'idea “per cui la dinamica giuridica si svolge su un piano diverso da quello fenomenico, tutta all'interno dell'ordine normativo, del quale costituisce concretizzazione e sviluppo”: ciò fa sì che solo l'atto conforme a quell'ordine, cioè l'atto valido, sia idoneo al ricollegamento dell'efficacia. *Amplius* sul punto v. prima parte, Cap 2.

⁴⁷³ A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 77

⁴⁷⁴ A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 80

alla norma dell'atto stesso"⁴⁷⁵. In altre parole, la riconduzione dell'autoritatività alla fase della rilevanza viene da questa dottrina utilizzata per spiegare la sottrazione della stessa ad ogni considerazione in ordine alla validità dell'atto.

I passi in avanti compiuti da questa dottrina nel porre il carattere autoritativo del provvedimento come causa della dissociazione tra invalidità ed inefficacia sono molti e significativi. Il suo principale merito è probabilmente di aver proiettato all'interno della dogmatica un elemento altrimenti giuridicamente spurio, qual è l'autoritatività del provvedimento amministrativo e degli atti pubblici in generale; per questa via, essa pone "a fondamento dell'autorità così riconosciuta un principio di legittimazione addirittura più forte di quello della conformità a norma: quello della corrispondenza ad un meccanismo logico-giuridico, insito nella stessa natura delle cose, tanto inevitabile e neutrale da poter essere riscontrato, fondamentalmente identico anche in ambiti non dominati dall'autorità"⁴⁷⁶. In definitiva, l'autorità è, per un verso, riconosciuta e, per altro verso, sottoposta alla carica razionalizzante tipica delle "categorie giuridiche universali, egualmente proprie così del diritto pubblico, come di quello privato".

La tesi, tuttavia, si espone a una critica non secondaria. Concependo l'autorità come causa dell'efficacia del provvedimento invalido e al contempo riconnettendola alla sua rilevanza, inevitabilmente si riconosce un profilo effettuale a quest'ultima, finendo così per identificare il provvedimento efficace con quello rilevante. Il che non solo contraddice la premessa da cui muove il ragionamento, secondo cui la rilevanza sarebbe qualificazione autonoma dall'efficacia⁴⁷⁷, ma anche – e soprattutto – fa venir meno quella separazione logica tra momento della rilevanza e momento dell'efficacia su

⁴⁷⁵ Del resto, l'analisi della forza di legge, dell'imperatività e della regiodicata aveva già condotto l'A. al rilievo che i più recenti studi tendono ad affrancare la questione della forza tipica degli atti dei pubblici poteri da quella della loro efficacia. A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 61-70

⁴⁷⁶ A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, cit., 89

⁴⁷⁷ La concezione della rilevanza come qualificazione autonoma dall'efficacia non è qui accolta. Essa sacrifica sull'altare della logica astratta la comprensione della dimensione reale e assiologica della dinamica giuridica. Secondo la concezione qui accolta, rilevante è il fatto storico che esprime un problema di interessi che *riguarda* l'ordinamento giuridico in quanto richiede l'attuazione dei suoi valori: segue che la rilevanza è preordinata all'efficacia perché indica un'esigenza di attuazione che la seconda realizza e rende effettiva

cui era basata la sottrazione dell'imperatività al riscontro di validità⁴⁷⁸. Le sorti della teoria che riconduce l'imperatività alla rilevanza, in definitiva, sembrano essere le stesse della teoria⁴⁷⁹ dell'effetto negoziale (che consisterebbe nell'impegnatività del regolamento contrattuale) quale conseguenza della rilevanza dell'atto di autonomia privata⁴⁸⁰, cui la prima del resto espressamente si richiama. Anche la seconda, infatti, riconnettendo un profilo effettuale alla rilevanza, piuttosto che confermare l'autonomia della rilevanza dall'efficacia, finisce per riproporre l'idea tradizionale secondo cui la fattispecie è fonte di effetti giuridici⁴⁸¹.

2. (segue) come conseguenza di una scelta di diritto positivo

⁴⁷⁸ La difficoltà segnalata nel testo, del resto, emerge dalle parole di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., 381, che contraddittoriamente afferma: “la verità è infatti che l'imperatività, appunto perché è invece un effetto, si distingue in modo ben netto dalla rilevanza del provvedimento, ma nonostante questo, cioè sebbene sia un effetto, non si riporta tuttavia al momento dell'efficacia”. Sul punto osserva giustamente R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del consiglio di Stato*, cit., 167: “ se si esclude qualunque profilo effettuale della rilevanza e si riconosce che l'imperatività è un effetto, non si vede perché esso debba scaturire dalla rilevanza; o meglio, è chiaro che l'imperatività, se è un effetto, si ricollega ad una fattispecie, il cui processo di qualificazione giuridica è costituito dalla rilevanza; è chiaro cioè che tutti gli effetti si riconducono ad una fattispecie rilevante; ma dalla notazione ontologica della rilevanza qualunque profilo effettuale deve essere escluso (semprechè, naturalmente, si accetti di ragionare in questa prospettiva)”.

⁴⁷⁹ Coglie il parallelismo tra imperatività ed effetto negoziale, entrambi che si assumono derivare dalla rilevanza dell'atto precettivo, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del consiglio di Stato*, cit. 167 s., il quale osserva che “come, secondo il menzionato insegnamento, esiste un effetto negoziale tipico che si identifica nella sua stessa esistenza come atto di autonomia, ossia, per meglio precisarne i caratteri, nel vincolo, distinto dagli effetti finali del negozio stesso, così l'effetto <<provvedimentale>> tipico dovrebbe individuarsi nella forza imperativa dell'atto di autorità; il vincolo qui consisterebbe in un effetto <<il quale produce la soggezione dei suoi destinatari al regolamento di interessi disposto con il provvedimento dell'autorità>>”.

⁴⁸⁰ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 271 ss.

⁴⁸¹ A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1962, 465; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del consiglio di Stato*, cit. 168: “Il ricondurre la rilevanza ad un effetto tipico, sia pure come trasposizione della prima sul piano dinamico, appare conseguenza di una definizione non distaccata in ultima analisi dal momento effettuale della fattispecie.”

Per questa osservazione, v. *amplius* prima parte cap 1; sulla equivoca posizione della fattispecie produttiva di effetti v. prima parte cap 2

Come già osservato, accanto alle impostazioni che giustificano l'efficacia del provvedimento invalido in base al carattere autoritativo del medesimo, vi sono quelle che considerano tale fenomeno come la conseguenza di una scelta di diritto positivo. Mentre però la tesi di Giannini, e non solo⁴⁸², è nel senso che tale scelta è stata compiuta in modo sostanzialmente arbitrario dalla giurisprudenza amministrativa, la dottrina più recente propende per l'idea che l'efficacia del provvedimento invalido dipenda dalla conformazione data dal legislatore ai poteri del giudice ordinario e del giudice amministrativo.

Quanto al giudice ordinario, traendo argomento dall'art 5, comma 2 e della legge abolitiva del contenzioso, secondo cui l'atto amministrativo non può essere revocato o modificato "se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso", si è osservato che l'atto amministrativo (che l'attore assume lesivo del suo diritto, art. 4, comma 1) mantiene la sua efficacia originaria sino alla rimozione da parte dell'autorità amministrativa, per concludere che "un regime del genere è incompatibile con la nullità dell'atto la quale presuppone l'inefficacia dell'atto e non, come nel nostro caso, una efficacia che perdura finché l'atto non sia tolto di mezzo dall'autorità amministrativa"⁴⁸³.

Lo schema, che presuppone l'efficacia del provvedimento invalido, è confermato dalla legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato. "Il ricorso contro l'atto amministrativo del quale viene denunciata la illegittimità non ha <<effetto sospensivo>> (art. 39, R.D., n. 1054/1924): occorrono <<gravi ragioni>> perché la sezione adita, su istanza dell'interessato, sospenda l'esecuzione dell'atto impugnato. Se l'atto continua ad essere eseguito, è evidente che esso è efficace per tutto il corso del giudizio. E continua a produrre effetti sino al momento in cui il Consiglio di Stato, accogliendo il ricorso <<annulla l'atto>> (art. 54 R.D. cit.). Basterebbe, del resto, questa sola disposizione per capire che l'invalidità dell'atto amministrativo coincide con l'annullabilità. Se di nullità si trattasse, il giudice non annullerebbe l'atto, ma lo

⁴⁸² F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo*, cit., 251.

⁴⁸³ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 302.

dichiarerebbe nullo: ossia si limiterebbe ad accertare uno stato patologico che un qualunque interessato può far valere in ogni tempo (artt. 1421 e 1422 c.c., a proposito del contratto nullo). La formula <<annulla l'atto>> implica che prima dell'annullamento l'atto ha prodotto i suoi effetti. Essa è ripresa, infine, dalla legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali (art. 26, legge n. 1034/1971): a conferma del fatto che nulla è cambiato nel corso di oltre un secolo perché il legislatore ha sempre optato per il regime dell'annullabilità. L'atto annullabile è l'atto che, pur essendo invalido, produce i suoi effetti sin quando non venga annullato (dall'autorità amministrativa nel quadro della legge abolitiva del contenzioso, dal giudice amministrativo a partire dal 1889). L'atto invalido o illegittimo spiega i suoi effetti come se fosse valido o legittimo sino a quando viene tolto di mezzo⁴⁸⁴.

La tesi secondo cui l'efficacia del provvedimento amministrativo invalido dipende dall'opzione del legislatore per il regime della annullabilità è stata ripresa e sostanzialmente condivisa in sede di critica alla nozione di imperatività⁴⁸⁵, cioè all'interno di un disegno argomentativo più generale volto a dimostrare che i caratteri del provvedimento che normalmente si fanno discendere dalla sua efficacia tipica in realtà costituiscono la conseguenza di precise scelte legislative o, comunque, non sono prerogative dell'atto amministrativo in rapporto agli atti di diritto privato⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 302 s.

L'idea che le disposizioni contenute nelle leggi del 1865 e del 1889 indichino la scelta inequivocabile del legislatore a favore del regime dell'annullabilità era già stata esposta da G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 113: " il c.d. criterio della equiparazione tra fattispecie valida e fattispecie invalida, in ordine alla produzione degli effetti, è il solo applicabile, una volta adottato lo schema della annullabilità" In questo senso già la posizione di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 318. Cfr. pure F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., 13; A. POLICE, *Annulabilità e annullamento*, cit., 50; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali*, cit., 176 s.

⁴⁸⁵ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, 245, 398 ss., 444 ss., 460 ss.; *Id.*, *Il provvedimento*, cit., 797 ss., 819 ss.; *Id.*, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 699 ss., 736 ss.; *Id.*, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1 ss.

⁴⁸⁶ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, loc. ult. cit. L'A., ravvisato il nucleo essenziale dell'imperatività nella capacità del provvedimento di incidere unilateralmente e sfavorevolmente sulle situazioni soggettive degli amministrati rileva anche il diritto privato conosce un gran

In questo contesto argomentativo, si sostiene che il ricorso, operato dalla dottrina tradizionale, a formule vaghe ed imprecise (quali la presunzione di legittimità o l'imperatività) per spiegare l'efficacia del provvedimento invalido sia da imputare alla mancanza degli strumenti concettuali necessari per l'inquadramento del fenomeno in termini più rigorosi⁴⁸⁷: il codice civile del 1865 non conteneva infatti una chiara definizione dei rapporti tra nullità e annullabilità⁴⁸⁸ e, prima che Chiovenda la elaborasse, la dottrina italiana non conosceva la distinzione tra sentenze costitutive e di accertamento⁴⁸⁹. Venute in seguito a tracciarsi in modo chiaro e definitivo simili

numero di poteri unilaterali, aventi struttura analoga al potere amministrativo. “Si tratta di poteri giudiziali (come quello di chiedere la risoluzione del contratto) e stragiudiziali (come quello di recedere da un contratti), che si fanno valere in via di azione o di eccezione (come quelli relativi all'inadempimento contrattuale), che si concretano in comportamenti positivi (come quello di vendere il pegno o la cosa oggetto del diritto di ritenzione) o negativi (come l'eccezione di inadempimento e lo sciopero),e così via”.

La critica nondimeno osserva che in diritto privato i poteri unilaterali hanno una base consensuale: è il caso, ad esempio, dei poteri del datore di lavoro, oppure del potere di avvalersi di una clausola risolutiva espressa prevista nel contratto, etc: R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 17.

Nella dottrina precedente al lavoro monografico di Mattarella erano presenti importanti spunti nella direzione della riduzione del carattere autoritativo del provvedimento. Se ne può vedere una sintesi in D. SORACE, *Promemoria*, cit., 749 ss., dove è sostenuta la tesi che né l'esecutorietà, né la revocabilità né l'inoppugnabilità dipendono dall'imperatività. Questa si sostanzierebbe nella capacità del provvedimento di incidere in modo sfavorevole sulle situazioni soggettive degli amministrati e dunque non potrebbe in alcun modo essere riferita agli atti ampliativi. Al riguardo è stato obiettato che anche il provvedimento ampliativo è imperativo perché incide unilateralmente e in modo sfavorevole sulla posizione dei terzi, cioè di coloro che vengono privati della possibilità di ottenere il bene giuridico assegnato al diretto destinatario dell'atto. Sul punto cfr. G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà*, cit., 39 s.

⁴⁸⁷ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 128 s.

⁴⁸⁸ Sul punto v. R. SACCO, *Nullità e annullabilità (Diritto Civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1976, 455 s.; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 4-7; R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, 120 ss.

⁴⁸⁹ Il discorso è rovesciato M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 172, 179, secondo cui la mancanza di una chiara distinzione tra nullità e annullabilità al tempo in cui venne compiuta la scelta in favore del c.d. “modo dell'equiparazione” non consente di ritenere che il legislatore abbia inteso prevedere il regime dell'annullabilità. Ridurre il problema della efficacia del provvedimento amministrativo invalido alla affermazione della sua annullabilità sarebbe dunque operazione fuorviante, perché il fondamento del fenomeno starebbe piuttosto nella dimensione di atto di impero propria al provvedimento amministrativo.

nozioni, la perdurante tendenza a spiegare il fenomeno in questione attraverso l'elemento della provenienza dell'atto dall'autorità equivale al perpetuarsi di una concezione che "non è più compatibile con l'ordinamento costituzionale, nel quale l'amministrazione è titolare dei poteri a essa attribuiti dalla legge non diversamente da altro soggetto dell'ordinamento"⁴⁹⁰.

Ora, la considerazione secondo cui il sistema giurisdizionale di tutela nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, come tradizionalmente strutturato, presuppone l'efficacia del provvedimento invalido (e, quindi, ammette l'annullabilità come unica forma di invalidità) è da condividere⁴⁹¹. Per dimostrarne l'esattezza è probabilmente sufficiente il richiamo alla struttura cassatoria del processo amministrativo, considerato che, in forza del criterio di riparto storicamente affermatosi, pressoché tutte le controversie intorno la validità del provvedimento ricadono nella giurisdizione del giudice speciale⁴⁹². Ma la tesi non uscirebbe falsificata anch' ove,

⁴⁹⁰ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 246.

⁴⁹¹ Cfr. A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 314; R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 132 ss.

⁴⁹² Ciò dipende, come noto (ma cfr., soprattutto, F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 98 ss.), dalla recezione giurisdizionale dapprima della teoria del diritto affievolito, secondo cui il diritto soggettivo a fronte del potere amministrativo e dell'interesse generale si presenta e comporta come interesse legittimo (cfr. O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato* (1892), ora in *Id.*, *Scritti giuridici. II La giustizia amministrativa*, Napoli, 1992, 75-79; *Id.*, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa* (1893), *ivi*, 474 s. Sul punto cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1959, 267 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 93-95) e, di poi, della teoria dell'affievolimento o degradazione del diritto, secondo cui l'esercizio del potere estingue il diritto soggettivo trasformandolo in interesse legittimo (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 1947, 145 s.; M.S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., 420. Sul passaggio dalla nozione di diritto affievolito a quella di affievolimento del diritto cfr. le ampie considerazioni di G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 97-100. Parte autorevole della dottrina, invero, giustifica la sussistenza della giurisdizione ordinaria senza ricorrere alla figura dell'affievolimento: secondo la tesi di A. AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 213 s., non è il diritto affievolito, ma il collaterale interesse alla legittimità del provvedimento, a radicare la giurisdizione amministrativa; la tesi è ripresa e perfezionata da U. POTOTSCHNIG, *Atti amministrativi e <<affievolimento>> di diritti soggettivi*, in *Jus*, 1953, 220 ss., e poi da G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 119, secondo il

quale l'atto introduttivo del procedimento crea una relazione giuridica tra amministrazione e amministrato, parallela a quella in cui è iscritto il diritto soggettivo del cittadino: "la tutela del cittadino si realizza facendo valere non il rapporto (eventuale cui inerisce il diritto soggettivo, bensì l'altro rapporto i cui termini sono il dovere di legalità e l'interesse legittimo").

La dottrina maggioritaria fa risalire l'affievolimento all'efficacia del provvedimento: con la conseguenza che la sostituzione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo si realizzerebbe solo quando (e se) l'amministrazione adotta l'atto (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 1947, cit., 146; G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 100; per la tesi che l'incompatibilità tra potere e diritto soggettivo si realizzi in concreto, ossia quando il primo viene esercitato anche F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 86 s., *passim*). Di contro è stato osservato (A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 209 ss.) che, se l'affievolimento fosse determinato dagli effetti del provvedimento, allora le controversie circa la validità del medesimo dovrebbero essere conosciute dal giudice ordinario e non dal giudice amministrativo perché in esse si farebbe questione non già di interessi legittimi, bensì dell'illegittima estinzione del diritto soggettivo (cfr. altresì R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., 142 ss.). Utilizzando il principio della "relatività delle situazioni giuridiche" (G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 62) si è inteso dunque anticipare il momento dell'affievolimento del diritto soggettivo del privato nei confronti dell'amministrazione, riconducendolo alla norma attributiva del potere così da giustificare la esclusione della giurisdizione ordinaria dalle controversie circa la validità del provvedimento (A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 223; l'affievolimento era stato ricondotto all'esistenza del potere già da A.M. SANDULLI, *Questioni in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro It.*, 1952, I, 1073 ss.; *Id.*, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1974, 89). Il rilievo secondo cui l'affievolimento, inteso come vicenda del diritto innescata dagli effetti del provvedimento, non spiega lo spostamento di giurisdizione a favore del giudice amministrativo è condiviso da un'altra dottrina, che tuttavia si mostra critica anche nei confronti della tesi che lo riconduce alla norma attributiva del potere (F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 120). Questo indirizzo rinviene altrove il fondamento del criterio di riparto, osservando che le controversie sulla validità del provvedimento sono sottratte alla giurisdizione ordinaria perché in esse "non si fa (direttamente) questione di diritti soggettivi", oggetto dell'accertamento giurisdizionale essendo esclusivamente la relazione tra il provvedimento in concreto adottato e il relativo modello normativo (136; ma già G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 118, dove si sostiene che con il ricorso il cittadino "non fa valere l'intangibilità della sua sfera giuridica, ma l'invalidità dell'atto (...) determinata dal mancato rispetto delle norme"). In questo quadro, l'attrazione di tali controversie alla giurisdizione amministrativa appare una conseguenza razionale dell'istituzione del giudice amministrativo: di un giudice, cioè, creato *ad hoc* per sindacare la legittimità del provvedimento (anche con riguardo ai profili discrezionali) e dotato del potere di annullamento (F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 136-140.).

argomentando nel senso della compatibilità tra provvedimento e diritto soggettivo del privato⁴⁹³, si considerasse arbitrario l'esautoramento della giurisdizione ordinaria da simili controversie: anche il potere di disapplicazione, infatti, presuppone gli effetti del provvedimento invalido: dai quali è data all'autorità giudiziaria la facoltà di prescindere nella decisione del caso. In altri termini, l'inapplicabilità, ovvero la conseguenza dell'invalidità che parte della dottrina affianca all'annullabilità, derivandola dai poteri del giudice ordinario così come l'annullabilità è foggata su quelli del giudice amministrativo, presuppone, al pari dell'annullabilità medesima, l'efficacia del provvedimento invalido⁴⁹⁴.

3. L'annullabilità come rimedio.

3.1. I c.d. vizi di legittimità

L'art. 21 *octies*, l. 241/1990 prevede al primo comma che “è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza”.

Per tracciare i limiti dell'annullabilità il legislatore contemporaneo usa formule antiche, coniate nel 1889 all'atto di istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato; non è tuttavia sommando lo spettro operativo dei tre vizi di legittimità che si può addivenire ad una rigorosa perimetrazione dell'ambito di operatività del rimedio; e ciò

⁴⁹³ In questo senso depone l'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso, in base al quale sono devolute “alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e *ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o della autorità amministrativa*” (corsivo mio). Per la tesi della compatibilità tra provvedimento e diritto soggettivo, e quindi per la critica all'affievolimento e/o degradazione, v. E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, cit., 14 s.; R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., 144; A. KLITSCH DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche Amministrazioni*, Padova, 1961, 136 ss.; G. CORSO, *Manuale*, cit., 476-478; V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011.

⁴⁹⁴ E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 40: “l'atto amministrativo invalido non diviene inefficace a cagione dell'inapplicabilità: quest'ultima non si risolve nella improduttività degli effetti che all'atto si connettono, ma nella possibile irrilevanza dei medesimi, ancorché prodotti”. In tema R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 135-138.

perché troppo fluttuanti ed incerte sono, e sempre sono stati, i rapporti interni alla tripartizione, i confini tra i termini che la compongono⁴⁹⁵.

Nel contesto della concezione negoziale dell'atto amministrativo, di cui era corollario l'individuazione delle ipotesi di invalidità sul piano della mancanza o difettosità degli elementi della fattispecie e, conseguentemente, la costruzione di una tipologia di vizi ben più complessa e analitica di quella indicata dal legislatore, eccesso di potere, violazione di legge e incompetenza erano considerati nulla più che schemi di cui il ricorrente si serve per censurare l'invalidità del provvedimento e "lenti" che il giudice utilizza per riscontrare l'eventuale difetto della fattispecie⁴⁹⁶.

Dismissa la teoria negoziale del provvedimento e accolte prospettive tipicamente pubbliciste che ne evidenziano la funzione di esecuzione della legge e/o il carattere di misura autoritativa volta al perseguimento degli interessi pubblici, muta anche la concezione della (in)validità: alla "logica degli elementi" si sostituisce la "logica della norme", cioè un approccio fondato sulla identificazione del paradigma normativo del provvedimento e sulle possibili deviazioni da esso. Ma anche un simile quadro concettuale conferma lo scarso valore euristico della tripartizione. Questa volta, però, sulla base dell'argomento, speculare a quello precedente, secondo cui il vizio del provvedimento amministrativo è in realtà unico, e va identificato senza riserve nella illegittimità *tout court*, cioè nella violazione del paradigma⁴⁹⁷.

In effetti, ad un attento esame non vi è incompetenza che non sia violazione di legge; non vi è violazione di legge che non comporti eccesso di potere; e non vi è eccesso di potere che non sia qualificabile come violazione di legge⁴⁹⁸.

L'incompetenza costituisce una violazione di legge anche se di quest'ultima si accoglie l'accezione più ristretta (peraltro negletta sia in giurisprudenza che in dottrina) e dunque la si ravvisa solo quando il provvedimento contrasta con la legge in senso

⁴⁹⁵ Sia consentito richiamare sul punto M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi*, cit. e AA. ivi citati.

⁴⁹⁶ Su questi aspetti sia consentito rinviare a M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità*, cit., 922 ss. V. altresì supra.

⁴⁹⁷ Su questi aspetti sia consentito rinviare a M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità*, cit., 922 ss.

⁴⁹⁸ R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 186 s., nota.

formale. Poiché è la legge ad attribuire le competenze agli organi dell'amministrazione (art. 97 Cost), l'adozione del provvedimento amministrativo da parte di un'autorità incompetente determina la violazione della legge attributiva della competenza all'organo diverso da quello che si è in concreto pronunciato⁴⁹⁹.

La violazione di legge comporta eccesso di potere perché in un ordinamento retto dal principio di legalità i poteri amministrativi sono conferiti e limitati dalla legge: violando la quale, si realizza un esercizio abusivo o eccedente del potere⁵⁰⁰.

Ma anche l'eccesso di potere, infine, può essere considerato una violazione di legge: lo sviamento, infatti, non è altro che la violazione della *ratio* della norma, mentre la presenza delle "figure sintomatiche" riflette la violazione dei principi che governano la funzione amministrativa⁵⁰¹: consegue cioè ad una violazione di legge in senso lato, per tale intendendo anche l'inosservanza dei principi che regolano la funzione⁵⁰².

Tali considerazioni dovrebbero indurre a concludere nel senso della radicale inutilità della tripartizione dei vizi di legittimità.

Ma sarebbe una conclusione affrettata, perché in realtà esistono significative differenze tra le ipotesi di invalidità che ricadono nella violazione di legge e quelle che ricadono nell'eccesso di potere. L'errore sta nel ricercarle sul piano della teoria della

⁴⁹⁹ Cfr. A. ROMANO, *Commento all'art. 26*, cit., 1189 s..

Il discorso sarebbe più complesso, ma non meriterebbe infine soluzione diversa, ove si intendesse affetta da incompetenza non la pronuncia adottata da un organo diverso da quello "competente", bensì la statuizione relativa a materie su cui l'autorità emanante non è autorizzata a pronunciarsi. In quest'ottica la incompetenza non viene descritta tanto come un rapporto tra organi mediato dalla legge quanto come una relazione tra organi e campi materiali: il che è tipico dei settori dell'ordinamento in cui la presenza di figure soggettive è ridotta. Quel che conta, ad ogni modo, è che anche in questo caso il provvedimento viziato da incompetenza sarebbe adottato in violazione di legge, ed esattamente in contrasto con la norma che delimita l'ambito oggettivo entro il quale l'amministrazione può operare.

⁵⁰⁰ "La nozione di eccesso di potere – osserva A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere*, cit., 2564 – può esser riferita alle facoltà di ogni singolo organo e così qualunque sconfinamento dai limiti di tale facoltà diventa un eccesso di potere, il quale può allora coincidere con ogni altra forma di illegittimità". Cfr. altresì F. MODUGNO, *Eccesso di potere. I) Profili generali*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, 1.

⁵⁰¹ V. supra.

⁵⁰² G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 332 s.; C. CUDIA, *op.cit.*, 251 ss. *passim*.

validità, e quindi della ontologia dei vizi; esse attengono infatti al diverso piano della teoria dell'interpretazione e del ragionamento giuridico⁵⁰³.

⁵⁰³ L'opinione che i vizi di legittimità trovano una corretta collocazione sistematica sul piano del sindacato giurisdizionale è stata sostenuta, limitatamente all'eccesso di potere, da A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Milano, 1976. Secondo l'A., l'eccesso di potere non può essere considerato come il vizio determinato dalla violazione delle regole e principi che governano l'iter logico delle valutazioni dell'amministrazione nel corso della sua attività, poiché "il vizio di una singola fase non necessariamente conduce a provvedere senza che ne ricorrano le condizioni o ad emettere un provvedimento non consono rispetto alla situazione di fatto..., cioè, in definitiva, ad applicare inesattamente la legge". La violazione di una regola logica dell'attività, cioè, non costituisce di per sé una illegittimità, ma può darvi origine solo eventualmente, perché può ben darsi il caso che un vizio sia compensato da un altro intercorso in un'altra fase (233). Se dunque l'eccesso di potere non è configurabile come il vizio derivante dalla violazione dei principi e delle norme che regolano i processi logico-giuridici interni all'attività amministrativa, non resta che saggiare la consistenza della possibilità di configurarlo come mezzo di rilevazione dell'illegittimità (235). Ciò premesso, l'A. passa ad osservare che di regola nel giudizio di legittimità "vengono assoggettate a sindacato le valutazioni fondate su una premessa maggiore di carattere oggettivo" (263): in questi casi il giudice può sempre conoscere direttamente del vizio (329). Da una più attenta osservazione dell'attività amministrativa e della realtà del processo si desume, però, che non esiste solo questo tipo di giudizio e questo tipo di sindacato. Si riscontra anche l'esistenza, infatti, di giudizi nei quali la premessa maggiore è costituita da una massima di esperienza propria al soggetto che li pone in essere, e si enucleano così i "giudizi subiettivi", che vanno a costituire l'essenza del "merito" amministrativo (264 ss.): conseguentemente, la violazione di codeste regole genera un "vizio di merito". Si osserva da parte dell'A., altresì, che, mentre in alcuni casi non è possibile riconoscere l'esistenza del vizio di merito, talvolta "si manifesta la possibilità di fare riferimento a particolari situazioni, createsi per effetto o comunque in concomitanza con il vizio di merito, per desumere l'esistenza di tale vizio" e sindacare l'illegittimità alla quale esso dà origine, da intendere come l'inesatta applicazione della legge (329). Viene così introdotto il tema delle figure sintomatiche (271 ss.), ritenute dall'A. vere proprie prove presuntive del vizio di merito. L'eccesso di potere può esser a questo punto definito come la figura riassuntiva di quelle illegittimità che possono essere sindacate esclusivamente attraverso il riscontro delle figure sintomatiche (330). Come si vede, ciò che ai fini dell'annullamento giurisdizionale qualifica codeste illegittimità non è il loro carattere intrinseco di vizi di merito, quanto la particolare fisionomia dello strumento attraverso il quale possono essere sindacate: "l'assoggettamento in via esclusiva a tale forma di sindacato costituisce, infatti, valida ragione per la discriminazione delle illegittimità che ne sono oggetto da quelle che possono essere sindacate altrimenti" (330). Va tuttavia segnalato anche che l'A., dopo aver sostenuto e, dal suo punto di vista, dimostrato nel corso dell'intera trattazione che le illegittimità catalogabili sotto il vizio di eccesso di potere si distinguono per la particolare tecnica del loro accertamento, si trova obbligato, in forza delle proprie medesime argomentazioni sul nesso tra vizi di merito ed eccesso di potere, a riconoscere anche una portata sostanziale al vizio di eccesso di potere, "poiché le figure comprese in tale

Eccesso di potere e violazione di legge, infatti, rappresentano le due tecniche che il giudice amministrativo adopera in sede di giurisdizione di legittimità per sindacare la validità del provvedimento; ciò che giustifica il mantenimento della distinzione non è dunque una qualità intrinseca del vizio, ma il tipo di sindacato necessario per il suo accertamento. In definitiva, l'ambito di operatività dell'annullabilità non è tracciato dall'art. 21 octies l. 241/1990 tramite l'indicazione di una tipologia di vizi, come solitamente si ritiene, ma tramite il richiamo ai modelli di sindacato che il giudice può adoperare per il riscontro della invalidità ai fini della applicazione del rimedio.

Il sindacato di violazione di legge presuppone l'esistenza di due entità *date*, le quali vengono messe a confronto al fine di valutare la convergenza o la divergenza tra l'oggetto del giudizio (il provvedimento) e il parametro (il modello normativo). Si tratta quindi di una tecnica idonea a risolvere i c.d. "casi facili", ovvero quelli in cui l'interprete si trova al cospetto di un parametro che presenta i due caratteri essenziali dell'essere preconstituito al giudizio e dell'aver un contenuto tale da potersene accertare la violazione attraverso un sillogismo.

categoria si distinguono dalle altre sotto il profilo genetico, in quanto hanno origine dal vizio di merito" (331).

Per l'idea che l'eccesso di potere sia principalmente una tecnica di sindacato sugli atti amministrativi, a cui è necessario ricorrere ogni qual volta la norma astratta non indichi l'intera gamma degli interessi che l'amministrazione deve tenere in considerazione nella sua decisione v. anche E. CARDI – S. COGNETTI, *Eccesso di potere*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, 1990, 346 s.: il fenomeno sul piano del diritto positivo "si risolve in quello delle *tecniche di accertamento giudiziale* che consentono l'emersione nel processo delle situazioni di vita trascurate nello svolgimento dell'azione".

Una conferma di ciò può esser vista in quella autorevole dottrina che, muovendo dall'idea che l'eccesso di potere è il vizio della discrezionalità amministrativa, pone al centro dell'attenzione la sua differenza dai vizi di merito: e questa differenza non la cerca né la trova sul piano sostanziale, ma sul piano delle tecniche di giudizio: il discorso sull'eccesso di potere inevitabilmente finisce per essere il discorso sulle tecniche elaborate dal giudice amministrativo per sindacare in legittimità la discrezionalità dell'amministrazione: cfr. A. ROMANO, *Commento all'art. 26*, cit., 1201, che spiega come "il giudice amministrativo della *discrezionalità* esplicata dall'amministrazione col provvedimento, può rimanere giudice della sua sola *legittimità*, soltanto se i parametri di valutazione che deve così applicare presentino indefettibilmente un ulteriore carattere: si ripete che debbano anche avere natura di norma giuridica oggettiva".

La formula dell'eccesso di potere non richiama una specifica tecnica di sindacato ma un complesso di modelli di giudizio tenuti insieme principalmente dal fatto di non consistere in operazioni di rilevamento di uno stato di difformità del provvedimento rispetto a un parametro dato. Sono tecniche necessarie per la soluzione dei "casi difficili"⁵⁰⁴, cui bisogna ricorrere quando la struttura del parametro normativo non consente il sillogismo o sia necessaria una interpretazione in chiave funzionale dello stesso. Più precisamente, le operazioni interpretative tipiche del sindacato di eccesso di potere consistono: a) nella individuazione dell'interesse protetto dalla norma attributiva del potere al fine del riscontro della eventuale devianza del provvedimento (c.d. sviamento di potere); b) nella valutazione circa l'osservanza dei principi facenti parte del paradigma della validità formale del provvedimento; c) conseguentemente, nell'utilizzo della clausola di ragionevolezza.

La sempre più pervasiva disciplina dell'attività amministrativa comporta un aumento delle ipotesi di invalidità accertabili tramite la tecnica della violazione di legge e quindi una progressiva riduzione dell'ambito di operatività dell'eccesso di potere.⁵⁰⁵ Nondimeno quest'ultimo, quale sintesi delle operazioni interpretative volte a risolvere i "casi difficili", ossia quelli in cui per il riscontro dell'invalidità non è sufficiente confrontare la fattispecie concreta con quella astratta, rimane fattore di ampliamento del

⁵⁰⁴ Sulla distinzione tra casi facili e casi difficili e sulla teoria mista dell'interpretazione H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 2002, pp. 148-149; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 201 ss.; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, trad. it *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001, 227 ss.

Criticamente, è stata rilevata l'esistenza di casi che vanno oltre la normale comprensibilità di un caso difficile, collocandosi piuttosto in una dimensione estrema in cui non è la discrezionalità a poter aiutare a risolvere il caso (i c.d. "casi tragici"): M. ATIENZA, *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici*, in *Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica giuridica*, 1999, p. 303. Più in generale, la distinzione è oggetto di critica radicale da parte di chi non aderisce alla teoria mista dell'interpretazione, ovvero da cognitivisti e scettici. Sul punto v. R. GUASTINI, *Enunciati interpretativi*, in *Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica giuridica*, 1997, 36.

⁵⁰⁵ G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/1990*, cit., 179 ss.; A. ROMANO, *Commento all'art. 26*, cit., 1193; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 330 ss., con riferimento specifico all'obbligo di predeterminazione. Per l'osservazione secondo la quale alcuni dei sintomi di eccesso di potere siano qualificabili altresì come ipotesi di violazione di legge, quando, ad esempio, il vizio sia relativo ad un requisito essenziale del provvedimento amministrativo, cfr. P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, c.

raggio di operatività del rimedio della annullabilità e quindi di rafforzamento della tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'amministrazione. Per questa ragione, non sembra potersi accogliere l'opinione secondo cui l'eccesso di potere, costituendo il mezzo attraverso il quale l'interesse pubblico entra nel giudizio, costituisce un freno allo sviluppo in senso soggettivo e pieno della tutela avverso i provvedimenti amministrativi⁵⁰⁶. A questa tesi, nondimeno, va riconosciuto il valore di importante monito contro l'utilizzo di tecniche di sindacato riconducibili all'eccesso di potere in ipotesi in cui per riscontrare l'invalidità sarebbe sufficiente il sindacato di violazione di legge. Risolvere i "casi facili" attraverso lo strumento idoneo a risolvere i "casi difficili", infatti, può essere causa di incertezza giuridica e quindi di restrizione della garanzia giurisdizionale: l'utilizzo dell'eccesso di potere in luogo della violazione di legge è da considerare contrario al principio costituzionale della effettività della tutela delle posizioni soggettive di fronte agli atti della amministrazione.

In definitiva, l'eccesso di potere, per assolvere a quella funzione di implementazione della tutela che le connaturata, la sola che possa essere considerata compatibile con il quadro costituzionale vigente, deve aggiungersi alla violazione di legge, ossia costituire il limite esterno del rimedio della annullabilità (il "vizio in più" di cui parlava già Cammeo⁵⁰⁷).

3.2. La non annullabilità del provvedimento viziato.

Nell'ordinamento italiano esiste un complesso di tecniche volte ad evitare annullamenti "inutili" di atti viziati⁵⁰⁸.

A partire dagli anni venti del secolo scorso, la giurisprudenza amministrativa, allo scopo di temperare il principio per il quale ogni violazione del paradigma legale

⁵⁰⁶ C. CUDIA, *op.cit.*, 168 ss.

⁵⁰⁷ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (1911-1914), ristampa con note di aggiornamento a cura di G. MIELE, Padova, 1960, 603.

⁵⁰⁸ Sui rapporti, in termini di continuità-discontinuità, tra l'art. 21 *octies* secondo comma, l'istituto dell'irregolarità e la regola del raggiungimento dello scopo v. D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *www.Astid.online.it*, 14-16, ed in *Dir. pubb.*, 2008; G. PEPE, *Il principio di conservazione degli atti giuridici con particolare riguardo alla attività amministrativa*, in *www.GiustAmm.it*, 2009, 23 ss.

conduce all'annullamento dell'atto, ha introdotto la figura dell'irregolarità, intesa quale forma minore di invalidità del provvedimento che riguarda i provvedimenti affetti da vizi formali di scarso rilievo (ad es.: quelli mancanti della c.d. "clausola enunciativa", ossia della prescritta indicazione dei rimedi esperibili avverso l'atto)⁵⁰⁹.

Un altro temperamento al principio della rilevanza del vizio formale è costituito dall'applicazione al provvedimento amministrativo della c.d. "regola del raggiungimento dello scopo", di cui la giurisprudenza ancora oggi fa uso⁵¹⁰. Secondo questa "regola", il provvedimento resta valido se è comunque raggiunto lo scopo perseguito dalla norma violata. Ad esempio, la mancata comunicazione di avvio del procedimento (art. 7 l. 241/1990) non inficia la validità del provvedimento se il cittadino interessato è venuto a conoscenza *aliunde* del procedimento; in questo caso, infatti, lo "scopo" dell'art. 7 l. 241/1990, ossia quello di mettere in condizione il privato di partecipare al procedimento, è comunque salvaguardato.

Se l'irregolarità dunque opera in astratto, tramite l'enucleazione di taluni vizi ritenuti non gravi e quindi non idonei a causare l'annullabilità, la regola del "raggiungimento dello scopo" opera in concreto, poiché è il giudice a dover valutare, caso per caso, se la violazione commessa dalla pubblica amministrazione può essere considerata irrilevante perché è stato comunque conseguito l'obiettivo che la norma violata mira a realizzare⁵¹¹.

Il terzo correttivo alla rigidità dello schema per cui ogni scostamento dal paradigma normativo conduce all'annullamento del provvedimento è di ordine processuale e consiste nell'inclusione dell'interesse al ricorso tra le condizioni di ammissibilità della domanda giudiziale. Se condizione di ammissibilità dell'azione è che il ricorrente possa ritrarre direttamente un' utilità concreta dall' eventuale pronuncia di annullamento, allora l'impugnazione di un provvedimento di diniego per vizi meramente formali è inammissibile poiché l'eventuale accoglimento non solo non soddisferebbe direttamente l'interesse del ricorrente (ad ottenere la concessione) ma

⁵⁰⁹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., 45 ss.

⁵¹⁰ Talvolta confondendola con l'istituto dell'irregolarità, v. T.A.R. Trento, Trentino Alto Adige, sez. I, 26 gennaio 2011, n. 10)

⁵¹¹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Contributo*, cit., 59 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 260 ss.

neppure vincolerebbe l'amministrazione a rivedere il suo operato in senso favorevole al privato: al contrario, semmai, certificherebbe la correttezza sostanziale della scelta del diniego⁵¹². Il meccanismo dell'interesse al ricorso, invece, non comporta l'inammissibilità dell'azione quando ad essere impugnato per vizi di forma è un provvedimento restrittivo, perché in questo caso l'interesse finale del ricorrente è pienamente soddisfatto dalla rimozione dell'atto lesivo, quale che sia il vizio dedotto e accolto (è vero infatti che l'annullamento per un vizio formale lascia all'amministrazione la facoltà di adottare un nuovo provvedimento dotato dello stesso contenuto, ma è altresì vero che questa evenienza si pone come solo eventuale, e pertanto non è idonea a scardinare l'interesse al ricorso)⁵¹³.

L'art. 21 *octies* l. 241/1990, introdotto dalla l. 15/2005, prevede che “non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”⁵¹⁴.

⁵¹² Da ultimo C.G.A., 21 settembre 2010, n. 1222; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6682

⁵¹³ in tema A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in www.giustamm.it.

⁵¹⁴ Disposizioni simili sono presenti nei principali ordinamenti europei (sul punto, nella dottrina italiana, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 287 ss.; W. GASPARRI, *Violazione delle regole formali tra invalidità degli atti e responsabilità risarcitoria. Una comparazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 721 ss.; P. LAZZARA, *Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio ed auto responsabilità privata*, Philos-Roma, 2005, 61 ss.).

Nell'ordinamento tedesco il paragrafo 46 della *Verwaltungsverfahrensgesetz*, prevede che: “*die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat.*”. Il dibattito sviluppatosi intorno alla disposizione è ora chiaramente esposto da E. SCHMIDT-ABMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in

I due periodi di cui la disposizione è composta hanno un diverso ambito di operatività (limitato ai provvedimenti vincolati, il primo; esteso provvedimenti vincolati e discrezionali, il secondo); diversi sono altresì i vizi interessati (tutte le violazioni formali e procedurali, nel primo periodo; solo la comunicazione di avvio del procedimento, nel secondo); differente, infine, è anche il meccanismo attraverso il quale l'irrelevanza emerge nel processo (rispettivamente: accertamento diretto del giudice, se l'irrelevanza è palese; onere della prova in capo all'amministrazione).

Dir.Amm.,2011, 471 ss.; negli ultimi anni, “a scholarly discussion is evolving on whether German Administrative Law should shift its attention from substantive justice to procedural justice, giving more weight to the instrumental as well as the non-instrumental justification of administrative procedures”: M. FEHLING, *Comparative administrative law and administrative procedure*, in *IusPublicum*, 2011, 6.

In Spagna l'articolo 63.2. della *Ley 30/1992*, stabilisce che “*el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados*” (Article 63.2). E “*la jurisprudencia tiende a refundir los dos motivos de anulabilidad, identificándolos en ambos casos con la indefensión*” (J. BERMEJO VERA, *Derecho administrativo básico*, Zaragoza, 1995, 284 s.: “la invalidez que viene originada por infracciones formales, bien sean éstas las constitutivas de nulidad de pleno derecho (...9 ya se trate, con mayor razón, de las determinantes de la anulabilidad (...) requieren junto a la constatación de la existencia de la infracción procedimental o formal, el requisito esencial y finalista de que mediante ellas se haya causado indefensión a los interesados, excluyendo en consecuencia la de quello que hubiera permanecido idéntico y de quello otros en que no quepa caber indefensión para el interesado).

In Francia non esiste una norma simile, ma “*conscient qu'un formalisme excessif paralyserait l'action de l'administration, le juge fait preuve de pragmatisme et admet que l'omission de certaines formalités, don't le caractère n'apparaît que comme accessoire (plus précisément << non substantiel >>), n'entraîne pas l'annulation de l'acte*” (J. MORAND DEVILLER, *Droit administratif*, Paris, 2011, 645). La giurisprudenza e la dottrina, al fine di riconoscere i vizi formali e distinguerli da quelli sostanziali, utilizzano il criterio della “*incidence sur la décision à prendre et sur les garanties don't bénéficient les destinataires*” is used by case law and *la doctrine* in order to recognize a formal breach and distinguish it from a substantial one. Sono considerati vizi formali solo le *illégalités externes* (*incompetence* e *vice de forme et vice de procédure*) e non invece le *illégalités internes* (*Détournement de pouvoir, violation directe de la règle de droit and contrôle des motifs de l'acte*).

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, infine, non annulla se ritiene che, pur in assenza di vizi, il provvedimento non avrebbe assunto un contenuto diverso (C.G.C.E., 10/7/1989, c. 30/78, *Distillery Company Limited*, in *Racc.*, 1980, 2229; C.G.C.E., 11/11/1987, c. 259/85, *Francia/Commissione*; C.G.C.E., 21/3/1990, c. 142/87, *Belgio/Commissione*; Trib. U.E., V sec., 8/7/2004, *Technische Glaswerke*, c. T-198/01, in *Foro amm.*, C.D.S., 2004, 1878).

È comune invece il criterio individuato dal legislatore per decidere della rilevanza del vizio formale, rappresentato dalla “efficienza causale” della violazione sul contenuto del provvedimento. Non si tratta dunque né dell’individuazione in astratto di violazioni meno gravi (tipica dell’irregolarità), né dell’attribuzione al giudice del potere di valutare se lo scopo della disposizione violata è stato comunque raggiunto (regola del “raggiungimento dello scopo”). Come avviene per la regola del “raggiungimento dello scopo”, l’irrilevanza del vizio formale può essere affermata solo in concreto ed *ex post* da parte del giudice: decisivo, però, non è il raggiungimento del fine cui tendeva la norma violata, ma la circostanza che il vizio non ha influito sulla determinazione del contenuto del provvedimento. Le due valutazioni possono sovrapporsi, e, precisamente, la seconda può contenere la prima, nel senso che è possibile che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso perché è stato comunque conseguito l’obiettivo della norma violata. Ma questi rapporti possono anche non ricorrere, nel senso che l’incidenza o la non incidenza di un vizio sul contenuto del provvedimento può anche dipendere da fattori diversi e ulteriori: ad es., può essere considerato non incidente sul contenuto del provvedimento il vizio dell’omessa comunicazione di avvio del procedimento anche quando l’interessato non sia stato messo in condizione di partecipare al procedimento *aliunde*, se in ogni caso la decisione non avrebbe potuto essere diversa (in questo caso il provvedimento non è annullabile sebbene la regola del “raggiungimento dello scopo” non possa operare).

Quasi tutti i profili applicativi dell’art. 21 *octies*, secondo comma, sono oggetto di dibattito giurisprudenziale.

Con riferimento all’ambito di applicazione dei due periodi – accanto ad una giurisprudenza più ossequiosa del dato letterale, secondo cui il provvedimento discrezionale non annullabile può essere solo quello non preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento⁵¹⁵ – si riscontrano alcune pronunce che estendono anche al provvedimento discrezionale la regola dell’irrilevanza della violazione di tutte le norme sul procedimento e sulla forma dell’atto (contenuta nel primo periodo): ciò, in particolare, quando l’attività dell’amministrazione, pur essendo astrattamente connotata

⁵¹⁵ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2011, n. 283; T.A.R. Catanzaro, Calabria, sez. I, 14 giugno 2010, n. 1148.

da discrezionalità amministrativa o tecnica, in concreto risulti vincolata per effetto di un autovincolo⁵¹⁶ o perché la discrezionalità sia stata già “spesa” nel procedimento. Si tratta di un orientamento che ragionevolmente potrebbe conoscere notevoli sviluppi, in quanto il recente Codice del Processo Amministrativo tende a equiparare il trattamento processuale dell’atto discrezionale a quello dell’atto vincolato, ove i margini di apprezzamento della p.a. siano in concreto venuti meno (art. 31).

Sempre in rapporto all’ambito materiale di applicazione della norma, la giurisprudenza si divide sulla possibilità di qualificare il vizio di incompetenza come vizio formale, eventualmente non rilevante rispetto al contenuto del provvedimento, ma prevale la tesi negativa⁵¹⁷ perché la legge fa questione di “violazione di norme sul procedimento o sulla forma”, tra le quali non rientrano le norme sulla competenza⁵¹⁸.

Una attenzione particolare merita il difetto di motivazione. La giurisprudenza dominante riconosce che esso deriva dalla “violazione di norme sul procedimento e sulla forma degli atti” e, ciononostante, costituendo uno dei principali sintomi del vizio sostanziale per eccellenza – l’eccesso di potere –, rifiuta di considerarlo irrilevante ai fini dell’annullamento. Secondo altre pronunce, invece, la possibile irrilevanza del vizio di motivazione ai fini dell’annullamento sarebbe implicitamente consacrata dallo stesso articolo 21 octies secondo comma che, conferendo all’amministrazione la facoltà di dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe comunque potuto essere diverso, ammetterebbe l’ integrazione in giudizio della motivazione così riconoscendo all’amministrazione, di fatto, la possibilità di sanare la carenza originaria⁵¹⁹. Questa tesi non sembra da condividere, in quanto concedere

⁵¹⁶ T.A.R. Napoli, Campania, sez. III, 25 ottobre 2010, n. 21436

⁵¹⁷ T.A.R., Genova, Liguria, sez. II, 15 dicembre 2010, n. 10857; T.A.R. Milano, Lombardia, sez. IV, 17 giugno 2010, n. 1915; T.A.R., Venezia, Veneto, sez. II, 9 febbraio 2010, n. 340; T.A.R., Venezia, Veneto, sez. II, n. 857; ma v. contra T.A.R. Lecce Puglia, sez. I, 7 ottobre, 2008 .

⁵¹⁸ Secondo questa lettura, infatti, sarebbero norme sul procedimento quelle relative al *modus operandi* dell’amministrazione e alla partecipazione, mentre sarebbero norme sulla forma quelle relative ai requisiti formali degli atti endoprocedimentali e del provvedimento finale (così T.A.R. Roma, Lazio, sez. III, 27 agosto 2007, n. 8224; contra, per l’idea che le norme sulla competenza siano norme sul procedimento T.A.R. Latina, Lazio, 17 gennaio 2007, n. 39).

⁵¹⁹ Ciò “soprattutto laddove l’esplicitazione successivamente effettuata in giudizio non attenga agli elementi di fatto o ad una nuova istruttoria, ma al migliore inquadramento, sotto il

all'amministrazione di integrare in giudizio la motivazione significa ammettere che essa entra in giudizio non come parte ma come autorità⁵²⁰: un'idea che si pone radicalmente in contrasto con l'impianto costituzionale, fondato sul principio della parità delle parti in giudizio. È da ritenere pertanto che la "difesa" in giudizio del provvedimento da parte dell'amministrazione non comporti l'integrazione della motivazione ma configuri piuttosto l'esercizio di una eccezione in senso proprio cui è ammessa la parte resistente⁵²¹.

È inoltre discusso il modo di operare in giudizio del meccanismo processuale delineato dalla norma. Ad essere controversa è in particolare l'interpretazione del secondo periodo, il quale onera l'amministrazione di fornire la prova della circostanza che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso se fosse stato comunicato l'avvio del procedimento⁵²². La giurisprudenza ritiene che gravare di un simile onere l'amministrazione significherebbe sottoporla a una *probatio diabolica*, poiché essa, non potendo sapere quali argomenti il privato avrebbe potuto addurre in sede di partecipazione, non è in grado di valutare con esattezza l'incidenza che l'apporto del cittadino avrebbe avuto sulla determinazione del contenuto del provvedimento. I giudici pertanto richiedono che la deduzione del vizio sia accompagnata dall'allegazione degli elementi conoscitivi che il ricorrente avrebbe introdotto nel procedimento se avesse ricevuto la comunicazione; onere adempiuto il quale scatta a carico dell'amministrazione il "ben più consistente onere di dimostrare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato"⁵²³. Questa soluzione è stata giustamente contestata in dottrina perché vi è il rischio che il ricorrente venga nei fatti gravato in via pretoria dell'onere di provare

profilo giuridico, di una fattispecie motivazionale già sufficientemente delineata nel provvedimento impugnato": T.A.R. Napoli, Campania, sez. IV, 9 aprile 2010, n. 1884

⁵²⁰ F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Id., Scritti giuridici*, cit., 385 s. In giurisprudenza v. T.A.R. Palermo, Sicilia, sez. II, 10 novembre 2010, n. 14041; T.A.R. Venezia, Veneto, sez. I, 11 marzo 2010, n. 768)

⁵²¹ In tema cfr. L. FERRARA, *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in *Foro Amm, Cds*, 2010, 243 ss.

⁵²² Cfr. T.A.R. Napoli, Campania, sez. IV, 27 dicembre 2010, n. 28059

⁵²³ T.A.R. Torino, Piemonte, sez. I, 26 marzo 2010, n. 1602; T.A.R. Venezia, Veneto, sez. I, 11 marzo 2010, n. 768

la rilevanza che avrebbe avuto la sua partecipazione⁵²⁴, con la conseguenza paradossale, e in contrasto con la *ratio* della norma, di rendere più facile evitare l'annullamento nelle ipotesi di attività discrezionale (dove, se il privato non dimostra –almeno *prima facie* – che il suo contributo sarebbe stato decisivo, l'annullamento non è pronunciabile) piuttosto che nell'ipotesi di attività vincolata (dove invece l'inefficienza causale del vizio deve essere palese).

L'introduzione dell'art. 21 *octies* secondo comma è stata considerata da molti Autori come una operazione contraddittoria posta in essere dal legislatore, che avrebbe d'un tratto svalutato le garanzie procedurali previste dalla legge sul procedimento amministrativo e al contempo ridotto il ventaglio delle censure che il privato può far valere nei confronti della attività amministrativa illegittimità. Specularmente, avrebbe avvantaggiato la posizione dell'amministrazione: sul piano sostanziale, potendo essa omettere di rispettare le formalità prescritte dalla legge; sul piano processuale, avendo maggiori possibilità di difendere con successo la propria statuizione illegittima.

Le critiche, peraltro, non si sono fermate a denunciare la contraddittorietà e la inopportunità della disposizione e si sono spinte fino a sostenerne l'illegittimità costituzionale. Che è stata riscontrata sotto numerosi profili: dalla violazione del principio di legalità (di cui è certo il fondamento costituzionale, sebbene sia discusso in quale specifica disposizione della Carta vada rinvenuto), al contrasto con il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e, in particolare, con l'art. 113 Cost. secondo cui “contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi davanti agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa”. A ciò va aggiunto che, secondo alcuni Autori l'art. 21 *octies*, secondo comma, sarebbe illegittimo soprattutto per contrasto con l'art. 41, dedicato al “diritto a una buona amministrazione” e contenuto nella Carta Europea dei Diritti Fondamentali (c.d. “Carta di Nizza”), dotata di valore costituzionale in quanto parificata ai Trattati dall'art. 7 TUE⁵²⁵.

⁵²⁴ 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.

⁵²⁵ Per la critica all'introduzione dell'art. 21 *octies* v., senza pretesa di completezza, A. TRAVI, *La legge n.15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr.giur.*, 2005, 453, discorre di una dequotazione contraddittoria delle regole procedurali contenute nella l.241;

Risponde all'esigenza di salvaguardare codesti principi l'indirizzo giurisprudenziale e dottrinale prevalente che assegna all'art. 21 *octies* l. 241/1990 carattere di norma processuale⁵²⁶.

F.G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei procedimenti amministrativi*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2006, 61, rileva un rischioso allentamento dei vincoli legali nei riguardi della amministrazione; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 573; F. FRACCHIA e 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, 2005, esprimono preoccupazione per la svalutazione del valore collaborativo della partecipazione, di cui sottolineano il rilievo per l'interesse pubblico. Esprime forti perplessità sugli effetti che potrebbero scaturire dall'assetto dell'invalidità dell'atto amministrativo anche A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, 780-800, secondo il quale troppo caro è il prezzo in termini di riduzione di tutela, non potendo neppure essere colmato, come invece da altri si sostiene, con l'utilizzo di altri strumenti, diversi da quello cassatorio, quale il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno al cittadino destinatario di un provvedimento "non annullabile" ai sensi dell'art 21 *octies*. Ritiene inoltre l'A. che, se si volesse, invece, accogliere la tesi che il provvedimento di cui al 21 *octies* non è oggetto di una considerazione ordinamentale in termini di disvalore (come, sia pure con argomentazioni molto diverse, si sostiene nel testo), allora sarebbe da considerare venuto meno qualsiasi di rilievo delle cd. norme di azione, regolatrici l'attività amministrativa specialmente negli aspetti procedurali; D.U. GALETTA, *Le garanzie procedurali dopo la legge 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21-octies L. 241/90, anche alla luce della previsione ex art. 41 CED*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 333; *Id.*, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Amm.*, 2010, 633; G. DELLA CANANEA, *The Italian administrative procedure act: progresses and problems*, 2011, in *IusPublicum*, 15.

Per l'idea che l'art 21 *octies* non costituisca un "attentato al principio di legalità" e non arrechi un *vulnus* al valore della partecipazione" cfr. L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, cit., 54; G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 589 ss.

⁵²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2011, n. 1040; T.AR. Genova, Liguria, sez. II, 17 maggio 2010, n. 2677. Per la tesi della natura processuale della norma, che non avrebbe fatto altro che codificare il principio giurisprudenziale secondo cui può ottenere l'annullamento solo colui che vi abbia interesse, v. F. SAITTA, *Annulamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio?*, in www.giustamm.it.

Secondo F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. Proc.Amm.*, 2008, 327 ss., "ritenere che il vizio sia causa efficiente di annullamento solo nell'ipotesi in cui esso coincida con il mancato raggiungimento dello scopo o del risultato del

Da tale qualificazione minimale discende infatti che la norma non può essere applicata in sede procedimentale da parte della p.a.: essa, cioè, “non introduce la facoltà per la p.a. di non rispettare le regole procedurali”, perché “se così fosse, verrebbe violato il principio di legalità. (...) le amministrazioni non debbono tenere conto della disposizione in sede amministrativa, limitandosi ad utilizzarla in sede giurisdizionale, quando sono stati commessi degli errori e non si è riusciti a correggerli attraverso l’esercizio dei poteri di autotutela”⁵²⁷.

Una ulteriore conseguenza di questa impostazione riguarda il potere di annullamento d’ufficio. Il punto non è se il provvedimento di secondo grado affetto da vizio formale sia annullabile (al riguardo è evidente che trattandosi, per definizione, di un provvedimento discrezionale, trova applicazione il secondo periodo del secondo comma dell’art. 21 *octies*⁵²⁸), bensì se l’amministrazione possa procedere all’annullamento d’ufficio di un provvedimento illegittimo il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso. Concepito il 21 *octies*, secondo comma, come norma che opera solo nel processo, la risposta positiva è obbligata: ricorrendone i presupposti, ovvero la presenza del vizio e l’interesse pubblico alla rimozione del provvedimento, la

provvedimento porta a identificare la generalità dei casi di annullabilità con quelli in cui l’atto è viziato da eccesso di potere. Perché solo questo è il vizio della funzione. Sulla base di una simile ipotesi si dovrebbe affermare che tutti i casi di violazione di legge e di incompetenza relativa sarebbero ragione di annullabilità solo nei limiti in cui gli stessi possano esprimere anche uno sviamento dalla funzione istituzionale dell’atto...Una tale conclusione deve tuttavia essere respinta: non solo per rispetto alla tradizionale elaborazione che ha riguardato siffatti vizi. Ma anche perché il primo comma dello stesso art 21 *octies* ribadisce...che incompetenza e violazione di legge sono, al pari dell’eccesso di potere, cause autonome – e ugualmente efficienti – di annullabilità dell’atto”. L’A. avanza quindi una lettura in chiave processuale della disposizione, la quale determinerebbe una ipotesi di “impossibilità oggettiva della domanda” di annullamento. La tesi è criticata da P.LAZZARA, *Note in tema di vizi di forma e di procedimento di cui all’art. 21 octies, l. 241/90*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, 527, con argomenti convincenti.

⁵²⁷ Così Cons. Stato, sez. IV, 17 gennaio 2011, n. 256. Sostiene, invece, che l’art. 21 *octies* ha “degiuridicizzato” le regole sul procedimento, riducendole a mere norme dispositive. F. MIDIRI, *L’art 21 octies della legge sul procedimento amministrativo è una disposizione di carattere sostanziale e non processuale*, 156, in *Foro amm, CdS*, 2007, 256.

⁵²⁸ Cfr. T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 13 dicembre 2010, n. 36323

amministrazione può procedere in autotutela senza bisogno di alcuna considerazione ulteriore⁵²⁹.

Ora, per quanto l'art 21 *octies*, secondo comma, contenga regole di ordine processuale e sia destinato ad operare essenzialmente in giudizio, non sembra che il meccanismo della non annullabilità da esso previsto abbia natura processuale, come è dimostrato dalla sussistenza dell'interesse al ricorso anche a fronte di atti che, in base all'art. 21 *octies*, non sono annullabili (il caso dell'impugnazione per vizi meramente formali dei provvedimenti restrittivi è ancora una volta emblematico)⁵³⁰.

Bisogna dunque riconoscere che, pur senza alterare la struttura e la composizione del paradigma di validità del provvedimento amministrativo, l'art. 21 *octies*, secondo comma, innova il regime del rimedio dell'annullabilità, restringendone l'ambito di operatività. La disposizione, operando sul piano sostanziale, interrompe il nesso tra invalidità e annullabilità, stabilendo che non sempre la prima è condizione sufficiente per l'operatività della seconda: non lo è, nei casi di attività vincolata, tutte le volte in cui il vizio di forma non abbia inciso sulla determinazione del contenuto (art. 21 *octies*, l. 241/1990, secondo comma, primo periodo); e non lo è, nei casi di attività discrezionale, ove la mancata comunicazione di avvio del procedimento sia stata parimenti ininfluenza sulla portata precettiva del provvedimento (secondo periodo)⁵³¹.

⁵²⁹ In dottrina per questa tesi F.G. SCOCA, *Esistenza, validità, efficacia degli atti amministrativi*, cit., 176; contra P. LAZZARA *Note in tema di vizi di forma e di procedimento*, cit., 538.

⁵³⁰ Il rilievo è di A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, cit.. Condivisibili critiche alla soluzione processuale sono in P. LAZZARA *Note in tema di vizi di forma e di procedimento*, cit., 525-527.

⁵³¹ L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità"*, cit., 108 s., 115, prospetta la scissione tra illegalità e illegittimità, qualificando il provvedimento affetto dal vizio formale come illegale ma non illegittimo. Con questa tesi, nella sostanza, si può concordare, anche se sembra concettualmente più rigoroso considerare tale atto invalido (nel senso di illegittimo) ma non annullabile.

Per F. FRACCHIA e M. OCCHIENA, *op. cit.*, nelle ipotesi previste dall'art. 21 *octies*, secondo comma, la validità del provvedimento sana l'illegittimità del procedimento. La tesi della sanatoria è condivisa da P. LAZZARA, *Note in tema di vizi di forma e di procedimento*, cit., 530 ss., il quale però precisa che il fattore sanante "deve essere rinvenuto in un elemento che l'ordinamento valuta <<positivamente>> e non in un dato di fatto, come la semplice emanazione del provvedimento illegittimo, o la presunta produzione degli effetti",

Escludendo l'annullabilità del provvedimento formalmente invalido quando (e nei limiti in cui) sia provato che la violazione della norma sulla produzione non ha inciso sulla determinazione del contenuto, il legislatore dimostra inequivocabilmente che la ragione ultima della rimozione degli effetti prodotti dal provvedimento invalido consiste nella loro intrinseca inadeguatezza. Se ne può trarre anche che, tutte le volte in cui il rimedio opera a fronte di atti dei quali si è accertata solo l'invalidità formale, ciò è sulla base di una presunzione circa l'influenza della violazione di norme sulla produzione di tipo formale sul contenuto del provvedimento. L'ordinamento favorisce il superamento di questa presunzione soprattutto con riferimento ai provvedimenti vincolati, dove il giudice può addirittura rilevare d'ufficio l'irrelevanza del vizio formale. La ragione di questa scelta è intuitiva: dipende dal fatto che, essendo contenuto dell'atto predeterminato dalla norma, verificare l'invalidità sostanziale del provvedimento è agevole e non richiede alcuna sostituzione del giudice all'amministrazione.

Nel meccanismo previsto dall'art. 21 *octies* vi è dunque una razionalità di fondo, generalmente negletta per intuibili ragioni di tutela del cittadino. Muovendo dal presupposto che la rimozione degli effetti del provvedimento si giustifica solo se quegli effetti sono inadeguati, l'ordinamento giudica inappropriata l'operatività dell'annullabilità con riguardo a provvedimenti viziati solo nella forma; così facendo, reagisce al tentativo della dimensione formale dell'ordinamento di costituirsi in un autonomo ordine di valori⁵³² e la richiama alla sua funzione strumentale alla corretta attuazione del sistema.

individuandolo nel "rispetto dei valori, anche procedimentali, sottostanti, alla prescrizione violata". Questa tesi non è condivisibile perché finisce per assimilare il meccanismo previsto dall'art. 21 *octies* l. 241/1990 alla regola del raggiungimento dello scopo (della differenza intercorrente tra le due "tecniche" si è detto nel testo).

⁵³² Resta inteso che Si tratta di un meccanismo che non sarebbe neppure immaginabile ove si ritenesse risolversi l'intero problema della validità in quello della conformità a un paradigma e ove non si avesse cognizione della complessiva strumentalità della dimensione formale dell'ordinamento alla attuazione dei valori giuridici.

CAPITOLO IV

L'INVALIDITÀ COME CAUSA DI INEFFICACIA

1. Il problema della nullità del provvedimento tra annullabilità ed inesistenza

L'invalidità non determina l'inefficacia del provvedimento amministrativo. Come si è visto, le spiegazioni del fenomeno sono controverse, ma la regola è sufficientemente condivisa da potersi considerare vigente: e si può quindi affermare senza timore di smentite che, *nella maggior parte dei casi*, il provvedimento invalido è efficace al pari di quello valido⁵³³.

A questo punto, però, l'attenzione deve essere spostata oltre i limiti di codesta regola, domandandosi se il sistema ammetta una forma di invalidità del provvedimento che ne determina l'inefficacia ovvero se il provvedimento inefficace sia esclusivamente quello giuridicamente inesistente. L'interrogativo così posto riguarda l'ammissibilità del provvedimento nullo⁵³⁴, intendendo per tale, provvisoriamente e in via stipulativa, il provvedimento giuridicamente esistente e ciò malgrado affetto da una invalidità che ne determina l'inefficacia.

Invano si cercherebbe la risposta a questa domanda nei primi studi dedicati alla nullità del provvedimento⁵³⁵. Essi risalgono ad un'epoca in cui la distinzione tra nullità ed inesistenza, per un verso, e, per altro verso, tra nullità e ad annullabilità non era affatto chiara. La dottrina amministrativistica del tempo⁵³⁶, non diversamente dai compilatori del codice civile allora vigente, si richiamava all'esperienza francese: la

⁵³³ Sul carattere generale dell'annullabilità v. A. POLICE, *Annulabilità e annullamento*, cit., 49.

⁵³⁴ Il tema è stato approfondito dalla dottrina recente. Ci si limita pertanto a ripercorrere le vicende essenziali del dibattito sulla nullità, rinviando senz'altro per ulteriori approfondimenti alle opere di R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 89 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 122 ss., 240 ss., 453 ss.; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 3 ss.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 88 ss.; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento nullo*, 81 ss.; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali*, cit., 165 ss.

⁵³⁵ R. PORRINI, *Contributo alla teoria delle nullità degli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1900, 519 ss.

⁵³⁶ R. PORRINI, *Contributo alla teoria delle nullità degli atti amministrativi*, cit., 531 ss.

nullità, retta dal principio di tipicità delle cause, era così articolata in assoluta e relativa, radicale e giudiziale: da essa non si distingueva l'annullabilità, che al contrario si identificava nella nullità relativa⁵³⁷; l'inesistenza era lo strumento adoperato dagli interpreti per estendere il regime dell'inefficacia alle ipotesi di imperfezione per le quali la legge non comminava la nullità⁵³⁸.

Maggiori indicazioni si possono trarre dal dibattito immediatamente successivo, quando la dottrina italiana, pur richiamandola assiduamente, fece mostra di non accogliere integralmente la distinzione tra nullità e annullabilità elaborata dalla pandettistica tedesca⁵³⁹ (che concepiva la nullità, equiparandola all'inesistenza, come mancata qualificazione giuridica dell'atto⁵⁴⁰ che da luogo a radicale inefficacia⁵⁴¹). I principali Autori, infatti, si limitarono ad applicare gli schemi della pandettistica sul versante causale (la struttura del provvedimento veniva scomposta secondo lo schema degli elementi del negozio e la nullità fatta discendere dal grave difetto o dalla assenza di uno di questi⁵⁴²), assumendo invece un atteggiamento oltremodo scettico nei riguardi

⁵³⁷ Sulla derivazione dell'annullabilità dalla nullità relativa e sul "ritorno" di quest'ultima v. R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. Disc. Priv.*, XII, Torino, 1995, 303 s.

⁵³⁸ Per indicazioni e riferimenti dottrinali v. R. SACCO, *Nullità e annullabilità (Diritto Civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, cit., 455 s.; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 14 ss.; *Id.*, *Nullità (dir. civ.)*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, 1; R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 56; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 3-5; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 88 ss.; A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2009, 796 s.; A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, 11-13; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali*, cit., 178.

⁵³⁹ Per questo rilievo v. A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 9-12; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 90.

⁵⁴⁰ Sull'equiparazione di nullità ed inesistenza che scaturisce dalla concezione del negozio nullo come fattispecie priva di qualificazione giuridica v. F. CARNEUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Dir. Proc.*, 1955, 208 ss; B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, 27; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 284. Cfr. A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità*, cit., 22-26, con ampie argomentazioni critiche in ordine alla logica "riduzionista" di questa concezione; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali*, cit., 178.

⁵⁴¹ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, Torino, 264-266.

⁵⁴² Per questo approccio v. S. TRENTIN, *L'atto amministrativo. Contributo allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, 1915, 305-309; O. RANELLETTI, *Le garanzie amministrative e giurisdizionali della giustizia*

della nullità come sinonimo di inefficacia⁵⁴³. Presso di essi fu notazione diffusa che in relazione al provvedimento amministrativo la nullità si comporta come annullabilità: assistito dalla presunzione di legittimità, il provvedimento nullo produce effetti sino a quando l'autorità competente non lo rimuove⁵⁴⁴. L'inefficacia è condizione riservata al provvedimento giuridicamente inesistente, per tale intendendo quello che neppure proviene dall'autorità amministrativa⁵⁴⁵.

La posizione ibrida assunta dalla dottrina con riferimento alla nullità si giustifica, come è stato osservato⁵⁴⁶, alla luce dell'esigenza di temperare il rigore degli schemi dogmatici di matrice tedesca, la cui validità deriva dalla convinta adesione al metodo giuridico, con l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa italiana, che, vuoi perché considerava il regime della nullità-inefficacia incompatibile con le

nell'amministrazione, Milano, 1930, 102 ss.; E. PRESUTTI, *Diritto amministrativo italiano*, I, Messina, 1931, 157; R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, cit., 74 ss.; G. CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento*, cit., 81, dove si afferma che la nullità "è determinata dalla mancanza, (l'annullabilità) dal vizio di un requisito essenziale ovvero dalla mancanza di un requisito non essenziale"; R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941, 346; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1947, 239; P. GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1956, 106, *passim*; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, rist. a cura di G. MIELE, Padova, 1960, 571 s.

⁵⁴³ A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 9 s.; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 87 ss.

⁵⁴⁴ S. TRENTIN, *L'atto amministrativo*, cit., 305-309; A. DE VALLES, *La validità*, cit., 344 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 596 ss., che espressamente collega il problema della nullità a quello dei poteri del giudice amministrativo come giudice dell'annullamento.

⁵⁴⁵ Molto chiaro A. DE VALLES, *La validità*, cit., 344 ss., 351: "non si sfugge al dilemma: o l'atto non può concepirsi come amministrativo, ed allora non può parlarsi di pretese dell'amministrazione pubblica (...). Oppure l'atto si concepisce come amministrativo, e allora per la presunzione di legittimità che l'accompagna, è necessaria, per distruggerlo una reazione degli interessati"; sul punto ampiamente R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 140 – 146, il quale osserva che dal "requisito minimo ed ancora indeterminato della provenienza dell'atto da un'autorità amministrativa si è poi dipanata la storia dell'istituto dell'inesistenza dell'atto amministrativo": il cui ambito, come meglio si vedrà nel testo, era destinato "a spingersi oltre questi limitati confini, per venir ad interessare atti invece sicuramente attribuibili ad una pubblica amministrazione".

⁵⁴⁶ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 92

esigenze di certezza giuridica richieste nei rapporti amministrativi⁵⁴⁷, vuoi perché offuscata dal pregiudizio autoritario secondo cui il provvedimento ha in sé la forza di produrre effetti⁵⁴⁸, riconduceva tutti gli stati viziati del provvedimento al regime della annullabilità⁵⁴⁹. Pur autorevolmente sostenuto⁵⁵⁰, infatti, l'approccio dogmaticamente più rigoroso, che applicava fedelmente al provvedimento gli schemi concettuali elaborati dalla pandettistica in tema di nullità ed annullabilità, facendo derivare dalla prima la radicale inefficacia dell'atto, non ebbe alcun riscontro oltre le mura delle aule universitarie⁵⁵¹.

Stretta tra l'annullabilità, da una parte, e l'inesistenza, dall'altra, la nullità venne progressivamente abbandonata dalla dottrina amministrativistica, che si affidò sempre più risolutamente allo schema binario inesistenza – invalidità/annullabilità. Si affermò cioè l'idea che, se vi è il provvedimento, vi sono anche gli effetti; e che, se non vi sono gli effetti, ciò è perché non vi è neppure il provvedimento⁵⁵². Entro questa prospettiva, una parte della dottrina⁵⁵³ non abbandonò il tema degli elementi essenziali, ma lo rilesse

⁵⁴⁷ A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 20.

⁵⁴⁸ Per questa lettura B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 241 ss.

⁵⁴⁹ Cfr. R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 135 ss., 169 ss.; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 20.

⁵⁵⁰ Soprattutto da O. RANELLETTI, *Le guarentigie amministrative* cit., 102 ss. La dottrina è concorde nel considerare Ranelletti come colui che per primo applicò fedelmente gli schemi della pandettistica al provvedimento amministrativo: cfr. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 44; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 140 s.; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit..

⁵⁵¹ Per questo giudizio A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 14 s.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 93.

⁵⁵² Sia pur con diversi accenti: V. ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., 137 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 313 ss.; M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit. 561 s.; R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, 1971, 382; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., 231 ss.; F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 150. *Contra*, E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 26-30, secondo il quale la nullità assorbe l'inesistenza, concetto giudicato non sufficientemente rigoroso: ma, come vedremo, la critica si risolve nella semplice perorazione di una esigenza logica. Per ulteriori indicazioni bibliografiche cfr. A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo*, cit., 29.

⁵⁵³ Il riferimento qui è a A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, II, 454 ss., ma lo stesso approccio è presente anche nelle opere dello stesso A., alcune

in chiave di condizioni di esistenza del potere e, correlativamente, dell'atto che ne è espressione⁵⁵⁴. Altra parte della dottrina, invece, rivelatasi in seguito maggioritaria, maturò una vera e propria avversione nei confronti dell'approccio strutturale al provvedimento, ritenuto non idoneo a intercettare la dimensione funzionale e l'essenza di decisione sottoposta al principio di legalità e volta a stabilire un punto di equilibrio nel conflitto tra autorità e libertà⁵⁵⁵. La messa al bando della nullità, che – definita come mancanza degli elementi essenziali – di quell'approccio costituiva il naturale *pendant*, fu in questo caso ancora più evidente: l'invalidità venne identificata senza riserve con l'annullabilità, cui venne affiancata la figura del comportamento senza potere⁵⁵⁶ o del provvedimento inesistente e, pertanto, inefficace⁵⁵⁷.

Ciò posto, sarebbe errato vedere nella “crisi” della nullità un momento di rottura nell'evoluzione dei rapporti tra invalidità ed inefficacia del provvedimento. Considerato che la nullità presso gli scrittori più antichi non equivaleva ad inefficacia, sembra infatti doversi affermare che l'alternativa tra annullabilità ed inesistenza traduce regole consolidate: che il provvedimento invalido è efficace; che l'inefficacia deriva dalla mancata qualificazione dello stesso da parte dell'ordinamento, cioè dalla sua inesistenza giuridica.

La capacità euristica dello schema binario annullabilità – inesistenza individuato dalla dottrina, peraltro, si è rivelata notevole, al punto tale da interiorizzare, e quindi depotenziare sul piano concettuale, anche quegli indirizzi giurisprudenziali successivi che pur avrebbero potuto decretarne l'obsolescenza. Il richiamo alla nullità da essi spesso operato, infatti, non è significativo di un nuovo atteggiarsi dei rapporti tra invalidità ed inefficacia, giacché, come si tenterà di dimostrare, il provvedimento che

precedenti, citate alle note successive (si veda, ad esempio, lo studio sulla delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi).

⁵⁵⁴ Lo osserva A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit.

⁵⁵⁵ Si rinvia, per tutti, a M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 290. Sul punto ampie indicazioni in M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 93 ss. Cfr. anche *supra*.

⁵⁵⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 553 s.

⁵⁵⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 241. DA CONTROLLARE

talvolta si definisce nullo è in realtà quello privo di qualificazione, ovvero giuridicamente inesistente⁵⁵⁸.

Si allude in primo luogo alla figura, introdotta dalla Cassazione per riconquistare alcune delle porzioni di giurisdizione cedute con il concordato Romano-d'Amelio⁵⁵⁹, del provvedimento inefficace che non degrada o affievolisce il diritto soggettivo in quanto emanato in carenza di potere⁵⁶⁰. In termini di qualificazione dell'atto, l'opinione

⁵⁵⁸ L'equiparazione tra nullità ed inesistenza si basa fundamentalmente su due mosse concettuali: la prima è di considerare l'atto nullo come non qualificato dall'ordinamento giuridico; la seconda è di distinguere tra inesistenza dell'atto giuridico, concetto affatto atecnico e inutilizzabile, e atto giuridico inesistente, nel senso, ancora una volta, di atto non qualificato (e perciò nullo). In questo senso cfr. soprattutto E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 26-30. Sul punto, in termini generali, ampie indicazioni e critiche in A. LA SPINA, *Destruazione della nullità*, cit., 22 ss.

Come chiave di lettura dell'evoluzione dell'invalidità del provvedimento amministrativo la distinzione tra nullità ed inesistenza deve quindi essere utilizzata con molta cautela. R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, cit., 5, *passim* e B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 909 s., ne affermano addirittura l'inutilità. Sull'uso sinonimico dei termini nullità ed inesistenza v. N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Ann., I, Milano, 2007, 856 s. e M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali*, cit., 179, che giustamente rileva la sovrapposizione tra inesistenza giuridica e nullità.

⁵⁵⁹ Cass. S.U. 15 luglio 1930; C.d. S., Ad. Plen., 14 giugno 1930, n.1. M. D'AMELIO – Santi ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1929, 181 ss. In tema cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D'Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 14 ss.

⁵⁶⁰ Cass. SS. UU 4 luglio 1949, n. 1657, in *Foro. It.*, 1949, I, 926 ss.. Ad ispirare tale indirizzo della giurisprudenza ordinaria fu probabilmente il saggio di G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 61. Lo osserva R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 172 s.

A seguito del “concordato”, si riteneva sufficiente per spostare la giurisdizione in capo al giudice amministrativo che l'amministrazione, con l'atto impugnato, avesse inteso esercitare un potere: ciò anche nel caso in cui questo potere fosse effettivamente insussistente. Con l'introduzione del criterio carenza – cattivo uso del potere, la giurisdizione ordinaria è esclusa solo ove l'atto in concreto adottato costituisca espressione di un potere effettivamente attribuito dalla legge all'amministrazione. Su questo aspetto cfr. F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 107.

Gode di ampi consensi in dottrina la tesi secondo cui, introducendo la figura della carenza di potere, la giurisprudenza intese perfezionare il criterio di riparto disinteressandosi del problema della qualificazione giuridica dell'atto che ne è affetto. Cfr. N. PAOLANTONIO *Nullità*, cit., 859; R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 177-179, 185 s., 221; A. BARTOLINI, *La*

maggioritaria, dalla quale non vi è ragione di discostarsi, è che la carenza di potere non dia luogo a nullità ma ad inesistenza. Concepito il provvedimento come atto di esercizio del potere, infatti, è piuttosto evidente che esso esiste come atto giuridico rilevante solo nella misura in cui possa essere ricondotto al potere; e che, correlativamente, nell'ipotesi in cui ciò non sia possibile, il provvedimento sia giuridicamente inesistente, e non esistente e nullo⁵⁶¹. In definitiva, introducendo la figura della carenza di potere, la giurisdizione ordinaria ha esteso l'area della inesistenza, ma non ha introdotto una forma di invalidità che da luogo ad inefficacia. Se ne trova conferma sul piano della causa, dal momento che la carenza di potere allude ad un ordine concettuale radicalmente diverso da quello tipico della nullità: mentre quest'ultima tradizionalmente implica un'attenzione al provvedimento come atto giuridico (di cui si conosce la struttura e le partizioni), la prima sposta l'attenzione sul

nullità del provvedimento, cit., 21; V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 26. F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 100. Ciò posto, osserva F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 108 s., che l'introduzione della carenza di potere davano corpo (o avrebbe potuto darlo) alle ipotesi di nullità o di inesistenza del provvedimento; in questo senso anche M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 102.

⁵⁶¹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 467; M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 288; A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 602. Ulteriori riferimenti sul pensiero di Giannini con riguardo all'atto adottato in carenza di potere (precedentemente ascritto al genere dei comportamenti senza poteri, denunciando la inesattezza della nozione di inesistenza: *Atto amministrativo*, cit., 562) sono in A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 25 s. R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 171 s., osserva che l'inesistenza del potere si traduce in inesistenza dell'atto: fa comparsa così la seconda nozione di atto amministrativo inesistente, il cui punto di collegamento con la prima (inesistenza come mancanza degli elementi essenziali) è rappresentato dalla incompetenza assoluta (176, 240); Per la tesi dell'inesistenza dell'atto adottato in carenza di potere anche F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., 138 s.: partendo dal presupposto che funzione della norma attributiva del potere è di qualificare come atto giuridico un eventuale comportamento materiale, l'A. osserva che “l'inesistenza dell'atto è data, innanzitutto, dal mancato esercizio del potere, tanto nel caso in cui ciò sia dovuto al fatto che il potere esista, ma non sia stato concretamente esercitato, quanto nel caso in cui ciò sia ascrivibile al fatto che il potere neppure esista e quindi neppure possa venire ad essere esercitato”. Cfr. altresì F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 103.

momento del potere e dei suoi presupposti: l'atto viene in rilievo solo indirettamente, come espressione di un potere esistente o meno⁵⁶².

Conclusioni analoghe valgono, a parere di chi scrive, per la carenza di potere in concreto, controversa figura introdotta dalla giurisprudenza ordinaria per designare la condizione del provvedimento adottato in assenza dei presupposti richiesti dalla legge (caso tipico è l'adozione del decreto di esproprio non preceduto dalla dichiarazione di pubblica utilità valida ed efficace)⁵⁶³. Secondo una considerevole parte della dottrina, la carenza di potere in concreto descrive uno stato patologico del provvedimento intermedio tra inesistenza ed annullabilità, da identificare nella nullità: la sussistenza degli elementi essenziali e la provenienza da un organo dotato del potere di adottarlo ne escludono l'inesistenza; l'inidoneità a degradare i diritti soggettivi ne esclude l'efficacia e, perciò, l'annullabilità⁵⁶⁴. Questa tesi, cui pure va riconosciuto il merito di concepire la

⁵⁶² Per simili considerazioni v. F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 103.

⁵⁶³ S.U., 24 ottobre 1958, n.3457, in *Giust. Civ.* 1958, 2029 con nota di A.M. SANDULLI, *Lesione di diritti soggettivi per l'esercizio di "potestas publica nondum data"*. Sul problema dell'ammissibilità della carenza di potere in concreto, come entità distinta dal cattivo uso del potere cfr. le ampie considerazioni di R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 197-210, e *ivi* riferimenti di dottrina e giurisprudenza. Sul tema di recente A. ZITO, *Il tradizionale criterio di riparto*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 79 ss., dove anche ampi richiami alla giurisprudenza. La giurisprudenza amministrativa non condivide l'indirizzo della Cassazione, sulla base dell'argomento che la carenza di potere in concreto, riguardando provvedimenti che costituiscono esercizio di poteri attribuiti all'amministrazione, si risolve nel "cattivo uso del potere". Cfr. C. d. S., Ad. Plen., 4 dicembre 1964, n. 24, e le pronunce citate da A. ZITO, *Il tradizionale criterio di riparto*, cit., 80, e da N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 859 s.

⁵⁶⁴ Per questa tesi F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 596; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento*, cit., 127 ss., dove si afferma che non è lecito "definire inesistenti come atti amministrativi quella fattispecie che non solo si presentino compite sotto il profilo formale, ma siano poste in essere in attuazione di un potere in astratto attribuito all'autorità, anche se in concreto difettino i presupposti per il suo esercizio" ; *Id.*, *Astratto e concreto nel potere: in margine al criterio discriminatore fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Foro. Amm.*, 1966, II, 56 ss.; sul punto A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 29, 32 s.

Diversa la posizione di A. M. SANDULLI, *Precisazioni in tema di mancanza di potere e di inesistenza dell'atto amministrativo*, in *Foro Amm.*, 1964, 200; *Id.*, *Manuale*, cit., 468, secondo cui l'osservanza della norma attributiva e la presenza degli elementi essenziali non

nullità in termini rigorosi – come condizione in cui versa l’atto esistente e tuttavia inefficace –, non tiene in adeguata considerazione che, introducendo la figura della carenza di potere in concreto, la giurisprudenza ordinaria mostra di tener ferma la convinzione che l’inefficacia del provvedimento (e dunque il mancato affievolimento del diritto) può essere conseguita solo mercé la rescissione del legame tra lo stesso e il potere di cui vorrebbe essere espressione; conseguentemente, non apre ad una forma di invalidità che da luogo ad inefficacia, ma sposta ancora una volta la linea di confine tra l’inesistenza e l’invalidità- annullabilità in favore della prima, ridisegnando all’interno della dialettica astratto-concreto il quadro dei presupposti necessari per l’esistenza del potere amministrativo (e dunque del provvedimento che ne è espressione). Sembra porsi dunque una semplice alternativa: la carenza di potere in concreto può esser fatta rientrare nel raggio operativo dei vizi di legittimità, così sostanzialmente respingendola⁵⁶⁵; oppure, se la si accoglie, va concepita come causa di inesistenza del provvedimento, al pari e per le stesse ragioni per le quali lo è la carenza di potere in astratto. Con la carenza di potere in concreto si conferma cioè l’idea che “l’assoluta incapacità dell’atto di produrre effetti imperativi sia ravvisabile soltanto laddove sia

consente di ritenere inesistente il provvedimento adottato in carenza di potere in concreto. Si tratta, per l’A., di un atto illegittimo (e perciò efficace) che, violando norme di relazione (quelle che ne individuano i presupposti), lede i diritti soggettivi del privato e perciò ricade nella giurisdizione del giudice ordinario, che lo può disapplicare. Questa soluzione costituisce un’applicazione della distinzione, elaborata dallo stesso A., *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, (1948), ora in *Id., Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, 57 ss.; *Id., I limiti di esistenza dell’atto amministrativo* (1949), ivi, 112, tra: a) difetto di consistenza e titolarità del potere, cui segue l’inesistenza; b) difetto di effettività del potere (ad es., carenza dei presupposti), che da luogo al provvedimento esistente lesivo di diritti soggettivi; c) esercizio difettoso del potere, che determina l’annullabilità del provvedimento affetto da vizi di legittimità

Più in generale, rilevano che il dibattito giurisprudenziale sulla carenza di potere in concreto è idoneo ad influire sul tema della invalidità del provvedimento amministrativo, ampliando l’area della nullità A. ZITO, *Il tradizionale criterio di riparto*, cit., 83; M. D’ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 109, che, pur non manifestando un certo scetticismo nei confronti della tesi che considera nullo il provvedimento affetto da carenza di potere in concreto, riconosce che “la nozione di carenza in concreto di potere ha avviato l’indagine giuridica verso la ricerca di nuove distinzioni nell’ambito delle fattispecie non conformi”

⁵⁶⁵ A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 603; E. CASSETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, cit., 249.

qualificabile l'inesistenza del potere amministrativo (escludendo l'idea della nullità dell'atto): il fatto poi che questa inesistenza sia astratta o concreta, incide solo sulla riconfigurazione degli elementi di esistenza e di inesistenza del potere amministrativo (e come tale riguarda direttamente solo il tema del rapporto tra giurisdizioni)⁵⁶⁶.

In definitiva, sembra ragionevole ritenere che, tramite la figura della carenza di potere (in astratto e in concreto), la giurisprudenza ordinaria non abbia introdotto una forma di invalidità del provvedimento che comporta l'inefficacia. Al contrario, essa, per individuare ipotesi di inefficacia da sottrarre alla cognizione del giudice amministrativo, si è mossa all'interno delle logiche binarie imposte dall'alternativa tra invalidità-annullabilità ed inesistenza, riformulando la teoria delle condizioni di esistenza del provvedimento. Che non sussistono più nella generica riferibilità dello stesso all'amministrazione o nella presenza degli elementi essenziali ma si riassumono nella formula della sussistenza del potere (di cui la carenza è il contrario)⁵⁶⁷.

I tratti fondamentali del sistema non sembrano essere stati sconvolti neppure dalla nullità del provvedimento adottato in violazione del giudicato⁵⁶⁸. L'indirizzo

⁵⁶⁶ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 106 s. Nella stessa direzione anche le condivisibili osservazioni di R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 223-231, secondo cui il vizio di carenza di potere ha carattere unitario, per cui, come è inesistente l'atto adottato in carenza in astratto, così lo è quello adottato in concreto: affermatasi la teoria dell'affievolimento, il giudice ordinario, per rivendicare la propria giurisdizione, deve negare l'esistenza dell'atto.

⁵⁶⁷ Cfr. R. CARANTA, 167 ss., *passim*.

⁵⁶⁸ C.d.S., Ad. Plen., 19 marzo 1984, n. 6. Critici nei confronti della configurazione del provvedimento adottato in violazione o elusione del giudicato in termini di carenza di potere e di nullità sono R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 385, il quale rileva che tale provvedimento resta efficace fino all'intervento del giudice, e L. MAZZAROLLI, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 224; favorevole G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, cit., 435 s., che dalla nullità introdotto dalla giurisprudenza trae argomento per sostenere che il provvedimento elusivo non rileva come atto ma come mero inadempimento all'obbligo che discende dal giudicato. L'A. si spinge anche oltre, adombrando l'idea che anche il provvedimento che puntualmente adempie il giudicato è un atto che del provvedimento ha gli effetti ma non la funzione (la cura dell'interesse pubblico). In termini generali, stante il carattere vincolante del giudicato, gli atti successivi della pubblica amministrazione sfuggirebbero alla considerazione in termini di legittimità/illegittimità e andrebbero concepiti come fatti di adempimento o inadempimento all'obbligo che discende dal giudicato.

giurisprudenziale che l'ha promossa, infatti, si limita ad affrontare "un problema di presupposti del giudizio di ottemperanza"⁵⁶⁹, estendendone l'esperibilità all'ipotesi in cui siano stati adottati provvedimenti in violazione od elusione del giudicato così da evitare al ricorrente, risultato vittorioso nel giudizio di cognizione, di dover promuovere una impugnazione autonoma nei confronti di tali atti⁵⁷⁰. Atti che non sono nulli ed inefficaci ma semplicemente annullabili, come dimostra il fatto che la giurisprudenza medesima, fuori delle ipotesi in cui il ricorrente agisce per l'esecuzione del giudicato, ne richiede l'impugnazione entro gli ordinari termini decadenziali⁵⁷¹.

Il quadro si completa con un cenno all'importante giurisprudenza degli anni novanta del secolo scorso con la quale il Consiglio di Stato, superando un suo radicato indirizzo che le riconduceva all'area dell'annullabilità⁵⁷², ha cominciato ad applicare alle ipotesi di nullità testuale del provvedimento il regime della nullità codicistica⁵⁷³. Questo *revirement* fornisce argomenti alla tesi secondo cui la presenza della sola annullabilità nel sistema dell'invalidità del provvedimento è conseguenza di un pregiudizio autoritario, venuto meno il quale il provvedimento invalido può essere sottoposto al regime effettuale previsto per il negozio⁵⁷⁴. Ma la cautela è d'obbligo, come oggi si riconosce unanimemente: l'ambito delle nullità testuali cui si riferisce la

⁵⁶⁹F.G. COCCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi*, in G. CEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *L nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 172..

⁵⁷⁰ F.G. COCCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi*, cit., 172.

⁵⁷¹ L'osservazione è di N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 866 s.

⁵⁷² Sulla "ostilità" manifestata dalla giurisprudenza amministrativa nei confronti delle norme che prevedevano la nullità del provvedimento amministrativo (contenute, per esempio, nella legge comunale e provinciale del 1915 e del 1934 e nel t.u. degli impiegati civili dello Stato del 1957) cfr. A. PIRAS, *Invalidità*, cit., 603; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 126; R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 117 ss.; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 111 s.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 113 s.

⁵⁷³ Cons. Stato, ad. Plen. 29 febbraio 1992 n. 1 in *Giur. It.*, 1992, III, 1, 545, con nota di E. CANNADA BARTOLI. Cfr. S. CASSESE, *Un nuovo orientamento del giudice amministrativo sul pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1993, III, 32 ss.; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 112 s.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 115 s.; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali*, cit., 195.

⁵⁷⁴ In questo senso soprattutto S. CASSESE, *Un nuovo orientamento del giudice amministrativo sul pubblico impiego*, cit.

giurisprudenza è limitato e non estensibile analogicamente, essendo queste previste da norme contenute in discipline settoriali “fortemente connotate dalla promiscuità tra situazioni di diritto e di interesse legittimo” quali il pubblico impiego⁵⁷⁵, dove il giudice amministrativo opera in sede di giurisdizione esclusiva.

L'impressione che è dato trarre dal quadro tracciato, in definitiva, è che la giurisprudenza, introducendo istituti quali la carenza di potere (in astratto e in concreto) o la nullità per violazione od elusione del giudicato, non ha contraddetto l'alternativa tra annullabilità ed inesistenza e dunque smentito la regola secondo cui l'invalidità del provvedimento in nessun caso determina inefficacia; al contrario, ne ha confermato la vitalità e la capacità euristica.

2. L'art 21 *septies* l. 241/1990 e il dibattito recente sulla nullità. Profili critici.

Rimane a questo punto da valutare l'impatto avuto su tale sistema dalla legge n. 15 del 2005, con la quale è stata espressamente prevista la nullità del provvedimento (art. 21 *septies*, l. 241/1990) come forma di invalidità che si aggiunge alla annullabilità (art. 21 *octies* l. 241/1990) e che si realizza in presenza di difetto assoluto di attribuzione, mancanza di un elemento essenziale, violazione o elusione del giudicato, e negli altri casi previsti dalla legge.

Di certo, la novella pone termine alle discussioni intorno all'ammissibilità della nullità del provvedimento amministrativo⁵⁷⁶; la carenza di potere in astratto è sottratta

⁵⁷⁵ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 116. Per un panorama delle nullità testuali cfr. M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 112 s.; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 36-39 ss.; P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., 419 ss. Si tratta, esemplificativamente, dell'art. 288 T.U. legge comunale provinciale del 1934 cui si sono aggiunti più di recente norme afferenti alla disciplina del pubblico impiego in materia di nomina, conferimento incarichi o mansioni superiori (artt. 52 e 53 D.lgs 30 marzo 2001, n. 165).

⁵⁷⁶ Cfr. A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento*, cit., 796 s., per il quale l'introduzione della nullità “ha definitivamente espunto la categoria dell'inesistenza come forma di invalidità atipica (...) l'inesistenza troverà pertanto cittadinanza nel diritto amministrativo solo in quanto si configuri come tale in senso tecnico”, ossia nell'ipotesi “in cui l'atto non sia affatto configurabile giuridicamente, cioè non sia rilevante per il diritto”. In termini simili M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali*, cit., 186 ss., secondo cui tutte le ipotesi indicate dalla

all'area dell'inesistenza e ricondotta a quella della nullità tramite la clausola del difetto assoluto di attribuzione⁵⁷⁷; trova conferma l'orientamento che estende la nullità al provvedimento adottato in violazione o elusione del giudicato; torna sulla scena il difetto degli elementi essenziali, causa principale di nullità secondo la dottrina più antica.

La norma non si pronuncia invece in ordine alle conseguenze della nullità, ossia al regime effettuale del provvedimento nullo.

Ciononostante, parte della dottrina, assumendo il valore categoriale della nullità di diritto privato, ritiene implicito nella previsione legislativa il rinvio al codice civile e al regime ivi previsto, in base al quale la nullità sarebbe causa di inefficacia del negozio⁵⁷⁸,

norma sono riconducibili alla nullità per carenza di potere, non essendo concepibile la nullità del provvedimento per violazione di norme imperative, la cui violazione si traduce nel vizio di violazione di legge e dunque nell'annullabilità. La nullità, secondo l'A., come sanzione prevista dall'ordinamento per il provvedimento adottato in carenza di potere, è funzionale, per un verso, alla affermazione del principio di legalità e, per altro verso, alla realizzazione del connesso principio democratico. Il provvedimento nullo, infatti, in quanto adottato in carenza di potere, "spezza quel legame tra esercizio del potere e sovranità elettorale, che nella legge trova la sua massima espressione".

⁵⁷⁷ L'art. 21 septies fa questione di "difetto assoluto di attribuzione": espressione che, secondo la dottrina prevalente, allude alla carenza di potere in astratto. Questo, secondo M. C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali*, cit. 204 ss., non determina la scomparsa della carenza di potere in concreto, dal momento che a quest'ultima andrebbe ricondotta la nullità per carenza degli elementi essenziali: "la nullità del provvedimento per mancanza di un elemento essenziale coincide con quella che un tempo era qualificata come carenza di potere in concreto, poiché il potere in astratto esiste, ma manca uno dei suoi presupposti per il concreto esercizio". (209)

⁵⁷⁸ In questo senso A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, cit., 813 ss., 829, secondo cui laddove il legislatore "sancisca la nullità senza aggiungere alcunché, allora la disciplina da prendersi in considerazione sarà quella codicistica, non per una pretesa impostazione di centralità del codice civile in tutte le branche del diritto, ma perché quella disciplina è espressione del concetto stesso di nullità (corsivo mio)"

Questa posizione, a mio parere, è affetta da un vizio di ordine metodologico. Si ragiona antepoendo i concetti dogmatici al diritto positivo (e, a questa stregua, per esempio, si rifiuta di riconoscere la perdita di unità categoriale della nullità anche a seguito del proliferare dei relativi statuti normativi), quasi che compito istituzionale del legislatore fosse quello di tradurre in soluzioni operative determinate istanze concettuali (razionali quanto si vuole). È vero l'esatto contrario: i concetti giuridici – ammonisce S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., 152 ss. – sono "pseudoconcetti": costruzioni artificiali, operate dalla dogmatica per razionalizzare il dato che, proprio per questa origine, restano sempre esposte alle mutazioni del diritto positivo e, più in generale, al fluire della storia.

e pertanto dirige i propri sforzi verso la definizione dell'ambito di applicazione della sanzione (e dunque all'esegesi dell'art. 21 *septies*).

Questo indirizzo poggia su due tesi poco convincenti⁵⁷⁹.

La prima è quella secondo cui, sebbene la legge nulla preveda al riguardo, al provvedimento nullo deve applicarsi il regime del contratto nullo: vuoi perché il legislatore del 2005 avrebbe implicitamente fatto rinvio al codice civile, vuoi per la centralità di quest'ultimo nella disciplina dei rapporti giuridici. Questa posizione è evidentemente fondata su una congettura, e non ha pertanto valore scientifico superiore ad altre posizioni, che si potrebbero esprimere sulla base di diverse congetture. Si può forse escludere, sia sul piano logico sia su quello della plausibilità, che il rinvio debba essere inteso in favore del regime della nullità degli atti processuali civili (che, notoriamente, non ne comporta l'inefficacia), in quanto anch'essi, al pari del provvedimento, atti (decisioni) dei pubblici poteri⁵⁸⁰? Ovvero che la nullità di cui parla l'art. 21 *septies* abbia gli stessi connotati della nullità cui si riferivano gli autori antichi (una nullità, cioè, che, coesistendo con la presunzione di legittimità, non era incompatibile con l'efficacia del provvedimento)?

La seconda tesi, parimenti criticabile, è quella della radicale inefficacia del negozio nullo. Come ampiamente rilevato dalla dottrina civilistica, questo principio,

Sostanzialmente non diversa, anche se diversamente argomentata, è la posizione di M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali*, cit., 165 ss., che desume la regola dell'inefficacia dell'atto nullo (si badi: di qualsiasi atto che la legge definisce in questi termini) dalla "ragion d'essere" della nullità medesima: dal suo costituire, cioè, sanzione degli atti giuridici invalidi, posta a tutela di interessi generali (individuati, per il provvedimento amministrativo, nel valore della legalità e della democraticità dell'azione del potere esecutivo). Giusta questa impostazione di fondo, tendente a connotare "in senso forte" la nullità e ad attribuire valore categoriale alla distinzione con l'annullabilità, l'A. assume come dato non problematico l'inefficacia del provvedimento nullo e si concentra sull'ambito di applicazione della sanzione.

⁵⁷⁹ Cfr. F. CARDARELLI- V. ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla "nullità" del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla "nullità" civilistica*, in www.giustamm.it, dove, rilevato che "spetta al legislatore definire in concreto le modalità di definizione dell'invalidità", si afferma che "il richiamo applicativo alle disposizione del codice civile, anche attraverso le tecniche interpretative del ricorso all'analogia, non appare né scontato, né, in termini giusrealistici, sempre e comunque possibile"

⁵⁸⁰ In questo senso, interessanti spunti in P. CARPENTIERI, *Nullità e teorie dell'atto amministrativo*, in www.giustamm.it.

affermato dalla tradizione pandettistica, stenta a trovare fondamento nel diritto positivo: al contrario, l'efficacia del negozio nullo, già presupposta da alcune importanti disposizioni contenute nel codice civile⁵⁸¹ – che pure genericamente può essere considerato ispirato all'opposto principio dell'inefficacia – è fenomeno dilagante nella legislazione speciale, costituendo la regola in importanti settori disciplinari, come quello dei contratti del consumatore⁵⁸².

La ricostruzione in via esegetica del profilo effettuale del provvedimento nullo è resa ulteriormente problematica dalla norma sull'azione di nullità davanti al giudice amministrativo, contenuta nel codice del processo amministrativo (art. 31). Questa, infatti, fornisce indicazioni contraddittorie: per un verso, ascrivendo tramite la propria rubrica l'azione di nullità del provvedimento al novero delle azioni di accertamento, sembra presupporre la tranquillizzante immagine dell'assoluta inefficacia del provvedimento nullo; per altro verso, sottoponendo l'esercizio dell'azione ad un termine

⁵⁸¹ È osservazione diffusa che il codice del 1942 ha provato a mettere ordine nel sistema dell'invalidità del contratto, discostandosi dal modello francese e recependo quello tedesco. La dottrina rileva tuttavia che questo tentativo è riuscito solo parzialmente, essendo presenti graduazioni ed eccezioni sia nel regime della nullità che in quello dell'annullabilità. Si pensi, per esempio: alle ipotesi di nullità relativa (art. 123 c.c.) e a quelle viceversa di annullabilità assoluta, alla decadenza dall'azione di nullità prevista dall'art. 117 c.c. comma terzo, al controverso istituto della sanatoria del negozio nullo (art. 590: conferma del testamento nullo), ai limiti all'estensione della nullità della clausola all'intero contratto *ex* art. 1419 c.c. Cfr. R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. Disc. Priv.*, cit., 293 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1979, 665 s.; A. LA SPINA, *Destruzzurazione della nullità*, cit., 13 ss.

⁵⁸² Sul punto si rinvia senz'altro a V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Id.*, *Il contratto in trasformazione*, cit., 180-187; *Id.*, *Contratto e regolamento nel piano d'azione della nullità di protezione*, cit. 197 ss.

Nella dottrina amministrativistica v. A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in www.giustamm.it, 2007, che condivisibilmente osserva come “l'evoluzione normativa della nullità di diritto privato sembra aver definitivamente messo in crisi lo stesso valore categoriale della figura, cui non corrisponderebbe più (...) un nucleo disciplinare costante (...) perché si danno in diritto positivo, on uno solo, ma diversi statuti della nullità, in cui i tradizionali caratteri dell'assolutezza, imprescrittibilità e rilevabilità d'ufficio (per tacere dell'insanabilità) non sono tutti egualmente presenti, o sono diversamente modulati”.

decadenziale breve (180 gg.) sembra ammettere il consolidamento degli effetti del provvedimento nullo, deponendo dunque nel senso della sua efficacia originaria⁵⁸³.

In conclusione, se è vero che dal 2005 la nullità ha certamente fatto ingresso nella teoria del provvedimento amministrativo, è anche vero che le conseguenze di questa novità sul terreno dei rapporti tra invalidità ed (in)efficacia sono tutt'altro che chiari. Le difficoltà che si pongono all'attenzione dell'osservatore, in particolare, non possono essere superate tramite l'esegesi delle disposizioni, data la laconicità del dettato normativo e l'arbitrarietà di qualsiasi operazione che volesse leggere l'intero sistema alla luce di un inesistente, e comunque malfermo, parametro civilistico.

L'unica via metodologicamente corretta per verificare l'ipotesi di un provvedimento invalido e, pertanto, inefficace è dunque quella intrapresa dalla dottrina che negli ultimi anni ha affrontato il tema della nullità sin dai suoi fondamenti nella teoria della fattispecie.

Divise sul ruolo della nullità nel sistema del diritto amministrativo e sulle ragioni della sua opportunità⁵⁸⁴, queste teorie si propongono di tracciare una netta distinzione

⁵⁸³ Sull'azione di nullità *post codicem* v. B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità* in *Dir. Proc. Amm.* 2011, 269 ss.; *Id.*, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo* in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, 1356 e ss.; E. FOLLIERI, *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in www.giustamm.it, 2012, 8, il quale però desume l'inefficacia del provvedimento nullo dalla denominazione dell'azione come azione dichiarativa, dalla rilevabilità d'ufficio, e da altri indici sistematici; V. LOPILATO, *Sub art. 31* in A. QUARANTA – V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 321; F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Commento all'art. 31*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, I, Nel Diritto Editore, 2010, 530.

Ante codicem A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 345 ss.; N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 870 ss.; A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, cit.; G. TROPEA, *Considerazioni sul trattamento processuale del provvedimento amministrativo nullo*, in www.giustamm.it, 2007; F. LUCIANI, *Inefficacia e rilevanza giuridica dell'atto amministrativo nullo. Considerazioni sull'azione di nullità di fronte al Giudice amministrativo* in www.giustamm.it, 2007; P. CHIRULLI, *Azione di nullità e riparto di giurisdizione*, in www.giustamm.it, 2007; S. VINTI – D. CAPOTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, *passim*; A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, cit., 2009, 795 ss.

⁵⁸⁴ Il primo contributo recente sul tema vede nella valorizzazione della nullità, resa possibile dalle aperture giurisprudenziali sopra segnalate, il completamento del processo di trasformazione che il diritto amministrativo ha conosciuto negli ultimi anni, contrassegnato per un verso dall'implementazione dell'incidenza dei principi costituzionali e, per altro verso, dalla

“civiltà” di alcuni rapporti tradizionalmente caratterizzati dall’impronta autoritativa (A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 47 ss. Sulla necessità di rileggere l’invalidità alla luce dei valori costituzionali cfr. soprattutto R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento*, cit., 617). Esemplicativamente, la qualificazione del provvedimento in termini di nullità, costituendo il presupposto per l’applicazione in diritto amministrativo del regime civilistico della nullità, accresce gli spazi della tutela giurisdizionale avverso gli atti della p.a., ed è quindi funzionale a dare attuazione ad un principio costituzionale di rilevanza anche sovranazionale qual è quello dell’effettività della tutela (In questo senso già B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti*, cit., 304, ripreso da A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 49); ancora: qualificando in termini di nullità gli atti adottati dagli organi scaduti, si rinsalda il divieto di *prorogatio* degli organi, che è a sua volta espressione del principio costituzionale di buon andamento e imparzialità nonché del principio di legalità (A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 49, che richiama Corte Cost., 30 dicembre 1994, n. 464); più in generale: l’applicazione dello schema della nullità e delle regole civilistiche di cui è composto è un tassello importante nella costruzione di un diritto amministrativo paritario (A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 64 s.)

La posizione favorevole alla valorizzazione della nullità non è manifestata però solo da chi si pronuncia a favore della contaminazione tra diritto pubblico e diritto privato. In una prospettiva scettica nei riguardi della “mistica del consenso” (M. D’ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 120, *passim.*, sulla scia di F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso. Atti del convegno di Varenna*, settembre 2001, Milano, 2002, 21 ss., 45, cui si deve il conio dell’espressione “mistica del consenso” insieme ad un’ acuta analisi dei limiti dell’impostazione pan-consensualista; adesivamente, da ultimo, G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà*, cit., 376) si osserva che, per indicare lo spazio che la nullità può convenientemente occupare in senso alla teoria del provvedimento amministrativo, è necessario individuare con precisione i valori che sono a fondamento dell’equiparazione dell’efficacia del provvedimento invalido a quella del provvedimento valido. Solo entro i limiti in cui tali valori si fanno recessivi rispetto ad altri concorrenti ed incompatibili, è lecito denunciare l’irrazionalità di un sistema assestato sull’opzione inesistenza-annullabilità. Tanto premesso, dopo un’ accurata analisi storico-dogmatica si formula la tesi secondo cui il “modo dell’equiparazione” trova giustificazione teorica e fondamento normativo sul terreno dei principi costituzionali e dei compiti attribuiti dalla Costituzione alla amministrazione. Sarebbe l’ “ineludibile esigenza che l’amministrazione dia un risposta concreta ai bisogni sociali attraverso la (doverosità della) propria azione consegnata entro i limiti segnati dai principi fondati del sistema costituzionale” (M. D’ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 205) ad aver imposto il regime della annullabilità”. Lo schema della nullità, con la conseguente inefficacia del provvedimento, andrebbe applicato in presenza di vizi gravi attinenti alla causa dell’atto: nullo, in particolare, sarebbe il provvedimento il cui contrasto con l’interesse pubblico concreto è talmente intenso da arrecare “una irrimediabile ferita (un inammissibile superamento dei limiti) alla legittimazione che il dato costituzionale consegna all’amministrazione in vista del perseguimento in concreto dell’interesse pubblico” (M. D’ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 271). In termini conclusivi, come la dimensione funzionale del provvedimento fonda il modo dell’equiparazione, così la “ribellione” all’interesse pubblico compiuta dal provvedimento invalido depone per il

tra la nullità e l'inesistenza, nella consapevolezza del fatto che la promiscuità tra le due figure ha giocato a sfavore della prima. A questo scopo vengono messe in atto strategie concettuali diverse, ma convergenti nel far uso della categoria della rilevanza giuridica. Più in particolare, l'assioma condiviso è che il provvedimento (e, in generale, l'atto giuridico) nullo si distingue da quello inesistente perché, a differenza di quest'ultimo, è giuridicamente rilevante. La nullità presuppone la rilevanza; l'inesistenza è sinonimo di irrilevanza⁵⁸⁵.

Ma cosa determina la rilevanza del provvedimento nullo? E quali le sue conseguenze sul piano concreto? Intorno a queste due domande ruotano il dibattito e le diverse soluzioni proposte.

Una prima tesi individua nel provvedimento nullo una fattispecie rilevante, cioè giuridicamente qualificata in quanto conforme ad uno schema normativo, e tuttavia inefficace⁵⁸⁶. Ciò in adesione alla concezione del giudizio di rilevanza come momento

“modo della separazione”: la nullità è presentata come lo strumento ideale per la costruzione di un sistema razionale, dove l'equiparazione dell'efficacia del provvedimento invalido a quella del provvedimento valido opera nei limiti in cui è sostenuta da una ragion d'essere.

⁵⁸⁵ M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., *passim*; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 73 ss.; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit.; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali*, cit., 183 ss.

Nella dottrina precedente B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 298 ss., per il quale la nullità è la reazione dell'ordinamento a fronte di atti pretesi inesistenti; ma soprattutto A. PIRAS, *Invalidità*, cit., che identifica la rilevanza con l'esistenza e concepisce la nullità come forma di reazione predisposta dall'ordinamento a fronte di atti rilevanti. 602. Critico sul punto N. PAOLANTONIO, *Nullità*, cit., 858 s., secondo il quale non può esservi “distinzione di sostanza tra atto amministrativo nullo ed atto inesistente”. In un ordinamento dove vige il principio di legalità sono inefficaci gli atti che non costituiscono esercizio di poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione. Questi atti sono pertanto nulli, ma li si può convenientemente denominare anche inesistenti, nel senso che non esistono come atti amministrativi. A fronte di queste conclusioni, l'A. avverte comunque la necessità di mantenere la distinzione tra atto rilevante (nullo) ed irrilevante (inesistente) “poiché il primo riceve un esplicito riconoscimento normativo dall'art. 21-*septies* l. n. 241, cit.: un provvedimento amministrativo nullo, quindi, esiste perché è la legge a definirlo”.

L'utilizzo della categoria della rilevanza come criterio discriminatore tra il negozio nullo e quello inesistente è diffuso anche presso i civilisti. V., con diverse sfumature, V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia*, cit., 130; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 91 ss.

⁵⁸⁶ M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 32 ss.

autonomo e indipendente dal ricollegamento degli effetti; e in critica alla tesi tradizionale, secondo cui la rilevanza designa l'attitudine del fatto alla produzione di effetti (tesi che, ignorando colpevolmente l'autonomia del momento della qualificazione della fattispecie, finirebbe per equiparare l'atto nullo a quello inesistente in quanto entrambi inefficaci e, per questo, irrilevanti)⁵⁸⁷.

Questa impostazione non è condivisa da altra dottrina, secondo cui la rilevanza non può essere ridotta all'astratta conformità del fatto alla descrizione normativa perché il diritto "non è un fenomeno descrittivo (statico)" ma consiste in una serie di regole dirette "a dare una regolamentazione concreta (un ordine) ai fatti materiali"⁵⁸⁸. Sulla base di queste premesse, si formula la direttrice metodologica, di stampo realistico, per la quale l'atto nullo può essere considerato rilevante in tanto in quanto produca "conseguenze pratiche"⁵⁸⁹ percepite dai soggetti interessati. Tanto premesso, si rileva che dall'atto nullo non scaturiscono effetti giuridici ma "effetti pratici", che assumono rilievo giuridico (assurgendo a "risultati") nel momento in cui gli interessati li sottopongono al giudizio dell'ordinamento⁵⁹⁰. "La giuridicità della fattispecie nulla deriva proprio dal fatto che gli effetti pratici prodotti nella realtà sociale, ad un certo punto, vengono sottoposti dagli interessati al giudizio dell'ordinamento: la fattispecie nulla ha prodotto una lesione, un pregiudizio pratico (la mancata percezione dello stipendio, l'ablazione del fondo), per cui il soggetto leso chiede <<giustizia>> all'ordinamento, sottoponendo al giudizio di quest'ultimo i risultati della fattispecie lesiva"⁵⁹¹. Dall'atto nullo, definito come "fattispecie produttiva di effetti pratici che sono oggetto di un giudizio di disvalore (negativo) da parte dell'ordinamento" si

⁵⁸⁷ M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., 14 ss., 25.

Si è già avuto modo di osservare criticamente al riguardo che, se, per un verso, è vero che la dottrina tradizionale, definendo il fatto rilevante come quello idoneo alla produzione degli effetti, finisce per equiparare la nullità all'inesistenza, è altrettanto vero che simile conclusione non è imposta dalla premessa. Lo dimostra la posizione di chi, pur aderendo alla concezione tradizionale della rilevanza, considera l'atto nullo rilevante, a differenza di quello inesistente. Cfr. R. TOMMASINI, *Nullità*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 874.

⁵⁸⁸ A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 90 s.

⁵⁸⁹ A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 100

⁵⁹⁰ A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 116 s

⁵⁹¹ A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 117.

distingue poi la nullità, intesa come “misura volta ad impedire al risultato di trasformarsi in effetto giuridico”⁵⁹².

Si può a questo punto osservare che, individuando il *proprium* della rilevanza dell’atto nullo nella produzione di “effetti pratici” che a loro volta determinano l’interesse dei destinatari a sottoporlo al vaglio dell’ordinamento giuridico, questa dottrina finisce per ricostruire il profilo del provvedimento nullo come quello di un atto giuridico non radicalmente inefficace. Tutta la ricostruzione, anzi, è fondata proprio sull’opposta affermazione che il provvedimento nullo produce effetti: effetti che, però, concettualmente andrebbero distinti da quelli “giuridici”, essendo meramente “pratici”.

Il tema è stato ripreso e approfondito dopo l’entrata in vigore dell’art. 21 *septies*, muovendo ancora una volta dal presupposto della rilevanza giuridica dell’atto nullo. Alla luce della rilevanza non solo si distingue il provvedimento nullo da quello inesistente⁵⁹³, ma anche si giustifica la produzione di alcuni effetti giuridici da parte del primo⁵⁹⁴: causa l’imperfezione, l’atto nullo è improduttivo di effetti primari; siccome rilevante, tuttavia, esso può essere oggetto di “controregole di efficacia”, cioè di norme che ne paralizzano l’inefficacia (ad es. strumenti di sanatoria, norme che escludono le restituzioni). Ma anche al di fuori delle “controregole di efficacia” è possibile che l’atto nullo sia portato ad esecuzione, cioè che produca quegli effetti pratici che si giustificano ancora una volta alla luce della rilevanza: soccorrono in questo caso degli effetti ulteriori di carattere negativo volti a eliminare la rilevanza dell’atto nullo⁵⁹⁵.

Questo schema vale anche per il provvedimento amministrativo nullo, la cui rilevanza però coincide con l’autorità⁵⁹⁶. Più esattamente, riprendendo una tesi già esaminata, si afferma che la rilevanza del provvedimento amministrativo indica la provenienza dell’atto dall’autorità e dunque la sua appartenenza alla sfera

⁵⁹² A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., 130-132

⁵⁹³ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 124, *passim*;

⁵⁹⁴ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 124 ss.

⁵⁹⁵ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 45 ss.

⁵⁹⁶ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 124

pubblica⁵⁹⁷, cioè ad “un’area percorsa da un’energia inesauribile, da un’attività incessante, che teme e respinge i vuoti (più della illegalità), come potenziali fonti di (più grave) disparità di soggetti”. Per questa sua natura, la sfera pubblica “non può arrestarsi o arretrare neppure di fronte all’ipotesi del provvedimento amministrativo nullo, al quale è <<costretta>> a riconoscere immediata rilevanza, salvo (beninteso) accertarne a posteriori l’assoluta inefficacia”⁵⁹⁸. La speciale rilevanza del provvedimento nullo “si traduce, in particolare, nel fenomeno dell’*apparenza* di efficacia, che gli consente di essere eseguito”⁵⁹⁹: esso “può legittimare esecuzioni spontanee o coatte, può legittimare il trasferimento di beni o diritti; effetti “atipici” che i soggetti coinvolti hanno interesse ad eliminare, insieme all’atto che quegli effetti ha contribuito indirettamente a produrre”⁶⁰⁰. Il fattore autoritativo, cioè, accresce notevolmente la possibilità – fino a farla diventare la regola – che l’ esecuzione del provvedimento nullo avvenga prima, e a prescindere, dall’accertamento della sua inefficacia primaria. In estrema sintesi: il provvedimento nullo è imperfetto e dunque privo di effetti primari; tuttavia è rilevante: essere rilevante per il provvedimento significa essere riferibile alla sfera pubblica; questa condizione di riferibilità-rilevanza attribuisce autorità al provvedimento: e questa autorità, concretamente, si dispiega nella capacità di produrre apparenza di effetti primari; da qui la realistica possibilità che il provvedimento nullo venga eseguito.

In questa ricostruzione è particolarmente evidente ciò che traspariva già da quella esaminata in precedenza, vale a dire la tensione irrisolta tra un dogma e la realtà dei fatti. Il dogma è quello dell’inefficacia dell’atto giuridico (e quindi del provvedimento amministrativo) nullo; la realtà che si constata è che il provvedimento nullo, essendo

⁵⁹⁷ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 128. “Questa <<autorità>> non riguarda il modo dell’atto di produrre i propri effetti tipici o il carattere imperativo di questi atti (l’atto nullo è inespressivo da questo punto di vista), ma riguarda piuttosto la semplice *provenienza* (anche solo apparente) dell’atto da un’ <<autorità>>, la quale (...) resta comunque espressione della c.d. sfera pubblica”.

⁵⁹⁸ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 126 s.

⁵⁹⁹ F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, cit., 140, 143-146

⁶⁰⁰ F. LUCIANI, *L’invalidità e le altre anomalie dell’atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI –P. DI LUCIA (a cura di), *L’invalidità amministrativa*, Torino, 2009, 7-10.

giuridicamente rilevante, produce effetti ed è suscettibile di esecuzione al pari di quello valido. La tecnica argomentativa adottata per comporre questo paradosso, pur nella diversità delle impostazioni, è sostanzialmente la stessa: e consiste nel rifiutare l'attributo della giuridicità agli effetti che si riconoscono prodotti dall'atto nullo, denominandoli in vario modo: "pratici", "apparenti", "indiretti", etc. L'artificio è antico e presenta analogie con quello utilizzato per risolvere il paradosso dell'atto annullabile, cioè efficace sebbene invalido: anche in quel caso si preferisce spesso squalificare gli effetti prodotti (che vengono definiti precari, instabili, etc.) per mantenere intatto il dogma secondo cui l'invalidità genera inefficacia.

Si tratta di una soluzione non persuasiva, fondata com'è sulla distinzione tra effetti giuridici ed effetti non giuridici. Una distinzione impossibile, se è vero che ogni tipo di comportamento umano produce conseguenze, e che quello giuridicamente rilevante produce anche e necessariamente conseguenze giuridiche, cioè effetti. Gli effetti prodotti dal provvedimento invalido in quanto fatto giuridicamente rilevante, in altri termini, non possono che essere effetti giuridici⁶⁰¹.

Bisogna chiedersi, del resto, cosa avrebbe in meno un effetto "non giuridico" prodotto da un atto giuridicamente rilevante rispetto ad un vero e proprio effetto giuridico. Se si guarda all'atto nullo e a quanto sostenuto dalla dottrina a proposito dei suoi pretesi effetti "non giuridici", sembra emergere piuttosto chiaramente che la caratteristica di questi ultimi è di poter essere rimossi con effetto retroattivo, posti nel nulla come se mai si fossero prodotti. Ma ciò, com'è evidente, vale pure per gli effetti giuridici.

A questo punto possiamo provare a porci alcune domande. Per quale motivo, in fin dei conti, dovrebbero essere considerati "non giuridici" gli effetti prodotti dal provvedimento nullo, se non perché così impone il dogma secondo cui l'atto nullo è radicalmente inefficace? In altre parole, se non fosse un pregiudizio dogmatico a imporre l'equivalenza tra nullità ed inefficacia⁶⁰², diremmo forse inefficace un atto di cui riconosciamo l'idoneità a comportarsi come un atto efficace? Pare proprio di no. E

⁶⁰¹ Per cui ad essere giuridicamente irrilevante è la distinzione che si pretende di fare tra effetti "giuridici" e "non giuridici".

⁶⁰² V., ad esempio, A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento*, cit., 828 s.

allora, se questa è una risposta ragionevole, la domanda che sorge è un'altra: non è forse questo uno di quei casi in cui è la regola, falsificata dall'esperienza, a dover essere riformulata?

3. La nullità come rimedio

3.1. Dal provvedimento nullo alla nullità come rimedio

La circostanza che il provvedimento amministrativo giuridicamente rilevante è altresì idoneo alla produzione di effetti (ai quali è arbitrario negare il carattere della giuridicità) osta all' ammissibilità in diritto amministrativo della nullità come forma di invalidità dell'atto giuridicamente rilevante e tuttavia inefficace.

Questa conclusione, imposta dall'esame critico svolto nel paragrafo precedente, a prima vista sembra contraddetta dalla inequivocabile circostanza che la nullità del provvedimento è oggi istituito di diritto positivo..

Il paradosso è però solamente apparente, poiché ciò che si nega è la possibilità di concepire la nullità come predicato eventuale del provvedimento, ossia come una forma specifica in cui si articola la sua invalidità, e non già l'esistenza della nullità come rimedio all'invalidità del provvedimento. Ciò che appare inammissibile, in breve, è il provvedimento amministrativo nullo, non invece la nullità del provvedimento amministrativo invalido.

Si vuol dire cioè che la nullità è, al pari dell'annullabilità, una reazione dell'ordinamento predisposta dal legislatore avverso atti viziati, e non invece una categoria di teoria generale idonea a rappresentare una forma di difformità del provvedimento talmente grave da comportarne *ipso facto* l'inefficacia. Come tale va studiata, ossia nel modo il più possibile aderente al diritto positivo, allo scopo di individuarne l'ambito di operatività, il profilo funzionale, e di ricostruirne la disciplina.

3.2. Ambito di operatività. Nullità-protezione e nullità-preclusione

Con riferimento all'ambito di operatività della nullità, quale delineato dall'art. 21 *septies* l. 241/1990, il dato che emerge con maggiore sicurezza è che nella legislazione

amministrativa non ricorre una disposizione equivalente all'art. 1418 c.c., primo comma, secondo cui "il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente". Per quanto esse presentino il carattere della inderogabilità, la violazione delle norme che disciplinano l'attività amministrativa, al di fuori delle ipotesi di nullità eccezionalmente previste dalla legge, conduce solo all'annullabilità del provvedimento, che dunque costituisce la regola. In diritto amministrativo, in definitiva, non esiste l'istituto della nullità virtuale⁶⁰³.

Il provvedimento – dispone l'art. 21 *septies* – è nullo quando affetto da "difetto assoluto di attribuzione". Secondo l'interpretazione invalsa nella giurisprudenza, questo vizio si realizza quando l'atto viene adottato in assenza di una norma che attribuisce all'amministrazione il potere di provvedere o quando il potere è attribuito dalla legge ad un diverso ente⁶⁰⁴.

Si tratta di una interpretazione da condividere in quanto rispettosa della nozione di attribuzione desumibile dall' art. 97 Cost., il quale distingue le attribuzioni dalle competenze qualificando le prime come attributo degli enti e le seconde come loro articolazioni e dunque come attributo degli organi, cioè delle strutture organizzative interne agli enti e capaci di esprimerne all'esterno la volontà.

Al difetto assoluto di attribuzione non possono essere ricondotte le ipotesi di carenza di potere in concreto, dove un problema di conferimento di potere neppure si pone dal momento che ciò che difetta sono semplicemente alcuni dei presupposti che ne legittimano l'esercizio. È da ritenere quindi che il legislatore abbia sposato la tesi del

⁶⁰³ Cons. Stato sez. IV. 08 novembre 2011, n. 5903; Cons. di Stato sez. V, 02 novembre 2011, n. 5843; T.A.R. Genova Liguria sez. I, 16 maggio 2007. n. 790; Cons. Stato sez. VI, 20 ottobre 2005, n. 5903. Cfr. D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Ann. III, Milano, 2010, 83; R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it

⁶⁰⁴ Cons. Stato sez. VI, 27 gennaio 2012, n. 372; Cons. Stato sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6388; Cass. Civ. sez. un., 14 ottobre 2009, n. 21744; T.A.R. Milano Lombardia sez. III, 12 novembre 2009, n. 5059; T.A.R. Venezia Veneto sez. II, 31 maggio 2011, n. 920; Cons. Stato sez. V, 02 novembre 2011, n. 5843; Cons. Stato sez. VI, 27 gennaio 2012, n. 372; T.A.R. Trento Trentino Alto Adige sez. I, 27 ottobre 2011, n. 260; Cons. Stato sez. VI, 27 gennaio 2012, n. 372

Consiglio di Stato, favorevole a comprendere nella nullità solo le ipotesi di carenza di potere in astratto (o incompetenza assoluta)⁶⁰⁵.

A norma dell'art. 21 *septies*, inoltre, la nullità opera inoltre in presenza di provvedimenti adottati in violazione o elusione del giudicato. L'ipotesi era già stata individuata dalla giurisprudenza allo scopo di consentire a chi agisce per l'ottemperanza di contestare in quella stessa sede l'efficacia di eventuali provvedimenti adottati in contrasto col giudicato.

La giurisprudenza successiva alla riforma del 2005 ne ha precisato l'ambito, stabilendo che l'espressione "giudicato" non è da intendere in senso tecnico, essendo nullo anche il provvedimento amministrativo adottato in contrasto con ogni pronuncia esecutiva del g.a.⁶⁰⁶; e che, per poter operare la nullità, non è sufficiente che l'attività posta in essere dall'Amministrazione dopo la formazione del giudicato alteri l'assetto degli interessi definito dalla pronuncia giurisdizionale, "essendo invece necessario che la P.A. eserciti nuovamente la medesima potestà pubblica, già illegittimamente esercitata, in contrasto con il puntuale contenuto precettivo del giudicato amministrativo, oppure cerchi di realizzare il medesimo risultato con un'azione connotata da un manifesto sviamento di potere, mediante l'esercizio di una potestà pubblica formalmente diversa in palese carenza dei presupposti che lo giustificano"⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ M. SPASIANO, *Articolo 21 septies. Nullità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 566 s; R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità*, cit.; M.C. CAVALLARO – M. IMMORDINO, *La nullità del provvedimento amministrativo tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21 septies l. 241/1990*, in www.giustamm.it.

⁶⁰⁶ Cons. Stato sez. V, 24 luglio 2007, n. 4136

⁶⁰⁷ Sul punto, preme ricordare la più recente giurisprudenza del giudice amministrativo, per la quale, affinché possa ravvisarsi il vizio di violazione o elusione del giudicato che comporta la radicale nullità dei provvedimenti che ne sono affetti ed è deducibile direttamente anche in sede di ottemperanza, indipendentemente dalla loro impugnazione nel termine di decadenza non è sufficiente che la nuova attività posta in essere dall'Amministrazione dopo la formazione del giudicato alteri l'assetto degli interessi definito dalla pronuncia passata in giudicato, essendo invece necessario che la P.A. eserciti nuovamente la medesima potestà pubblica, già illegittimamente esercitata, in contrasto con il puntuale contenuto precettivo del giudicato amministrativo, oppure cerchi di realizzare il medesimo risultato con un'azione connotata da un manifesto sviamento di potere, mediante l'esercizio di una potestà pubblica formalmente diversa in palese carenza dei presupposti che lo giustificano.

Il consenso formatosi intorno alle formule del difetto assoluto di attribuzione e della violazione o elusione del giudicato non è dato riscontrare con riferimento all'ulteriore ipotesi di nullità prevista dall'art. 21 *septies*, consistente nella "mancanza degli elementi essenziali".

L'individuazione di questi elementi, pur in mancanza di un catalogo normativo, è, almeno in astratto, una operazione ben possibile, dal momento che il provvedimento amministrativo, come tutti gli atti giuridici, ha una struttura complessa, come tale suscettibile di analisi e scomposizione⁶⁰⁸. E d'altronde, se è vero che gli sforzi profusi in questa direzione dalla dottrina classica negli ultimi decenni sono caduti in disgrazia, bisogna anche considerare che ciò è dipeso, più che dalla inadeguatezza teorica dei risultati conseguiti, dall'assenza di un qualsivoglia riscontro di diritto positivo, ossia dalla circostanza che nessun riferimento agli elementi essenziali del provvedimento era operato dalla legislazione in materia di invalidità.

Ciò posto, è legittimo chiedersi quale sia il metodo adottare per l'individuazione di tali elementi, ed in particolare se sia opportuno utilizzare come modelli *a priori* le classificazioni privatistiche, verificandone in un secondo momento la compatibilità con la struttura provvedimento⁶⁰⁹; oppure se sia preferibile muovere dal diritto positivo, cioè dalla analisi delle norme (legislative e giurisprudenziali) che disciplinano il provvedimento e da queste, per astrazione, risalire alla tipologia degli elementi.

Lasciando impregiudicata la questione metodologica, merita particolare attenzione la convinzione, diffusa nella dottrina amministrativistica, che, al fine di tracciare il

T.A.R. Milano Lombardia, sez.II,19dicembre2011,n.3239;T.A.R. Bari Puglia, sez.III,07dicembr
e2011, n. 186.

⁶⁰⁸ Come osservato da D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 57, "il provvedimento viene in rilievo come atto giuridico, che deve quindi possedere (sia pure con le specificità connesse alla particolare disciplina dell'attività del soggetto-organizzazione loro autore) gli elementi costitutivi immancabili di qualsiasi atto così qualificabile ed in particolare, con riferimento all'esercizio dei poteri discrezionali, dell'atto negoziale".

⁶⁰⁹ In questo senso Cons. Stato sez. V, 19 settembre 2008, n. 4522. In mancanza di una precisa indicazione nell'art. 21 *septies*, l. 7 agosto 1990 n. 241, introdotto dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, la cui mancanza comporta la nullità dello stesso, per la loro identificazione è necessario fare riferimento alle nozioni di derivazione civilistica.

perimetro della nullità del provvedimento per mancanza degli elementi essenziali, sia sufficiente una rigorosa individuazione di tali elementi⁶¹⁰.

Sulla correttezza di questa posizione è dato nutrire più d'un dubbio poiché, assimilando il regime della nullità strutturale del provvedimento a quello della nullità del contratto, non si tiene conto delle differenze intercorrenti tra lo schema fatto proprio dall'art. 21 *septies* e quello presente nel codice civile.

Al riguardo, il primo aspetto da osservare è che quest'ultimo, pur contestato dalla dottrina che ne denuncia l'imprecisione⁶¹¹, risponde ad una logica estremamente lineare: una norma (l'art. 1325) indica i "requisiti" del contratto (l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto, la forma quando prescritta ad *substantiam*); un'altra norma (l'art. 1418, secondo comma) stabilisce che producono nullità la mancanza di uno dei suddetti requisiti oppure l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi (ma solo quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe: art. 1345) e la mancanza nell'oggetto di uno dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 (liceità, determinatezza o determinabilità).

L'art. 21 *septies* l. 241/1990, invece, stabilisce che il provvedimento è nullo quando manca degli elementi *essenziali*⁶¹². L'ambito di operatività della nullità, pertanto, non può dunque essere correttamente definito se non dopo aver indentificato l'entità cui va commisurata l' "essenzialità" dell'elemento mancante⁶¹³. Diversamente,

⁶¹⁰ Ad esempio, D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 82; A. CONTIERI, *Le nuove patologie della funzione amministrativa tra inesistenza, nullità e annullabilità degli atti*, in www.giustamm.it; R. CHIEPPA, *IL nuovo regime dell'invalidità*, cit.

⁶¹¹ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F.D. BUSNELLI – U. NATOLI, *Diritto civile*, 1**, Torino, 1992, 537.

⁶¹² F. CARDARELLI- V. ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla "nullità" del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla "nullità" civilistica*, cit., concordano sul fatto che la differenza tra i "requisiti" si cui all'art. 1325 c.c. e gli "elementi essenziali" di cui all'art. 21 *septies* l.p.a. non è solo letterale.

⁶¹³ Il che non rappresenta affatto una novità, se si pensa alle distinzioni tra elementi essenziali, naturali e accidentali che affaticavano la dottrina del negozio giuridico prima dell'entrata in vigore del codice del 1942. Alcuni Autori addirittura distinguevano tra elementi essenziali ai fini della validità del negozio ed elementi essenziali ai fini della sua esistenza; mentre per altri la validità era condizionata alla sussistenza di alcuni presupposti esterni al fatto giuridico (ad esempio la capacità) o di taluni caratteri degli elementi essenziali medesimi (ad

infatti, è logicamente impossibile individuare l'elemento la cui mancanza consente di attivare la nullità, per il semplice fatto che non si conosce il criterio della ricerca.

Ma lo schema adottato dalla legge sul procedimento amministrativo si discosta da quello del codice civile anche sotto un altro aspetto.

L'art. 21 *septies* richiede la “mancanza” degli elementi essenziali; mentre invece l'art. 1418 c.c. estende la nullità ai casi in cui la causa, pur presente, sia illecita e l'oggetto sia illecito, indeterminato o indeterminabile. Una interpretazione rigorosa dell'art. 21 *septies* l. 241/1990 imporrebbe di escludere dall'ambito della nullità ipotesi diverse dalla radicale mancanza degli elementi, e quindi porterebbe a concludere, per esempio, che l'illiceità della causa, ove questa dovesse essere inclusa tra gli elementi essenziali del provvedimento, non determina la nullità.

Le osservazioni sin qui condotte ammettono una sola conclusione. La circostanza che la legge non indica un criterio di valutazione dell'essentialità dell'elemento (e, d'altronde, sarebbe pura tautologia considerare “essenziali” gli elementi la cui presenza esclude la nullità), unita al dubbio se il requisito della “mancanza” vada inteso in senso rigoroso e radicale o meno, espone l'ambito di operatività della nullità a continue fluttuazioni e lo rende, almeno potenzialmente, assai ampio, al punto che lo stesso principio di tipicità e tassatività della nullità, cui il legislatore si è chiaramente ispirato escludendo una previsione simile a quella contenuta nell'art. 1428 c.c., primo comma, rischia di restare lettera morta.

Sembra quindi doversi ammettere che la legge ha sostanzialmente rimesso alla giurisprudenza il compito di definire l'ambito della nullità. La clausola degli elementi essenziali svolge cioè per la nullità una funzione analoga a quella che, per l'annullabilità, è assolta dall'eccesso di potere: come l'ambito dell'annullabilità è tracciato dalla giurisprudenza tramite l'identificazione dei limiti dell'eccesso di potere, così l'individuazione dell'ambito della nullità resta a dipendere dalla qualificazione in termini di essentialità degli elementi della fattispecie⁶¹⁴.

esempio, la liceità della causa o la determinatezza dell'oggetto). Cfr. S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 638 s.; *Id.*, *I fatti giuridici*, 48 s.

⁶¹⁴ Qualificazione che non può avvenire in astratto perché – si ripete – il giudizio di essentialità degli elementi presuppone l'individuazione in concreto del parametro di riferimento. Convincenti osservazioni in senso analogo sono in R. CARANTA, *L'inesistenza*, cit., 205.

Ora, quando la giurisprudenza gode, per scelta del legislatore, di un raggio di movimento così ampio, i pur assai pregevoli tentativi della dottrina di stabilire “in proprio” l’ambito di applicazione degli istituti rischiano di scontrarsi con la realtà del diritto positivo. Appare preferibile dunque un approccio che, salvo censurare i casi di contraddittorietà o contrasto col dato letterale, tenga conto dell’assetto positivo del rimedio, così come conformato dalla giurisprudenza. Questo, è bene precisare, non per un deferente omaggio al “diritto vivente” né in nome di una “rinuncia al sistema”, ma perché si ritiene che sia il sistema medesimo a consigliarlo, onde evitare che un giorno si abbia a fare ammenda per aver costruito una teoria incapace di tenere nel necessario conto la realtà del diritto positivo.

Dopo più di dieci anni dalla entrata in vigore della norma, d’altronde, i tempi sono maturi per tentare una sintesi degli orientamenti giurisprudenziali sulla nullità del provvedimento per mancanza degli elementi essenziali.

Procedendo in questa direzione, ci si imbatte immediatamente nel rifiuto della giurisprudenza di utilizzare il rimedio della nullità con riferimento a provvedimenti adottati in carenza dei presupposti stabiliti dalla legge. In queste ipotesi, secondo il giudice amministrativo, si realizza semplicemente una violazione di legge, causa di annullabilità⁶¹⁵. La soluzione è condivisibile, perché i presupposti – proprio in quanto tali – rimangono esterni alla struttura del provvedimento e quindi non possono essere intesi quali suoi elementi.

Lo stesso tipo di ragionamento vale in termini generali per le anomalie del soggetto non riportabili al difetto assoluto di attribuzione, essendo la capacità un presupposto dell’atto e non un suo elemento. Ciò premesso, la nullità per mancanza del soggetto è stata ravvisata nell’ipotesi di provvedimento adottato a firma di un dirigente sottoposto a custodia cautelare e dunque oggettivamente impossibilitato a sottoscriverlo⁶¹⁶.

⁶¹⁵ Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7433; Cons. Stato, sez. IV, 11 maggio 2007, n. 2273

⁶¹⁶ T.A.R. Catania, Sicilia, sez.I, 2 dicembre 2011, n. 2883.

Veniamo alla causa. Le proposte della dottrina di includere nel vizio della causa (*sub specie* di “causa concreta”) lo sviamento di potere⁶¹⁷ o la carenza di potere in concreto⁶¹⁸ non sono per lo più accolte dalla giurisprudenza, che in queste ipotesi continua a ravvisare l'eccesso di potere per sviamento. Così facendo adotta una soluzione condivisibile perché, se è vero che lo sviamento incide certamente sulla causa in concreto, è altresì vero che esso normalmente non ne determina la *manca*za, richiesta dall'art. 21 septies⁶¹⁹.

Sin qui il campo di operatività della nullità per mancanza degli elementi essenziali è stato definito in negativo⁶²⁰.

In positivo, si osserva che il suo ambito di applicazione elettivo è quello dei difetti *lato sensu* formali della fattispecie.

Genera nullità, ad esempio, la mancata sottoscrizione del provvedimento⁶²¹ o la mancanza dell'indicazione dei termini di scadenza nella dichiarazione di pubblica utilità⁶²².

⁶¹⁷ C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit..

⁶¹⁸ M.C. CAVALLARO – M. IMMORDINO, *La nullità del provvedimento amministrativo tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21 septies L. 241/1990*, in *www.giustamm.it*

⁶¹⁹ Cfr. D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 81, dove si osserva che, anche ammesso che lo sviamento di potere sia riconducibile al vizio della causa, ciò “non sembra poter avere per conseguenza che lo sviamento di potere sia considerato non più un vizio di legittimità del provvedimento ma piuttosto una delle sue cause di nullità per mancanza degli elementi essenziali”

La mancanza della causa è stata ravvisata in giurisprudenza nel decreto di esproprio che ricada su di un fondo già irreversibilmente trasformato a seguito di realizzazione dell'opera pubblica, e questo perché l'adozione di un decreto di esproprio non è riconducibile ad alcuno dei modi di acquisto della proprietà individuati dalla giurisprudenza per supplire all'espunzione dall'ordinamento dell'istituto pretorio dell'occupazione acquisitiva: T.A.R., Firenze, Toscana sez. II, 16 gennaio 2012, n. 82

⁶²⁰ D'altronde, come osserva B. SASSANI, *Le azioni*, in B. SASSANI – R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 373, “la stragrande maggioranza delle sentenze è orientata a rintuzzare l'attacco all'atto esperito in chiave di nullità ed a ribadire la ristrettezza delle ipotesi”.

⁶²¹ T.A.R. Catania Sicilia sez. I, 2 dicembre 2011, n. 2883; T.A.R. Lecce, Puglia, sez. I, 12 maggio 2011, n. 825; T.A.R. Venezia, Veneto, sez. II, 13 novembre 2009, n. 2883. *Contra* Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 2011, n. 4269.

Si noti che ad entrambe le ipotesi è presupposto il giudizio circa l'essenzialità dell'elemento, operato però alla stregua di parametri differenti: la mancanza della sottoscrizione determina la nullità perché la sottoscrizione è un elemento essenziale ai fini del riconoscimento del provvedimento, ossia della sua riferibilità all'ordinamento; la mancata indicazione dei termini di scadenza nella dichiarazione di pubblica utilità perché tale indicazione costituisce un elemento essenziale affinché la dichiarazione di pubblica utilità assolva alla propria funzione.

La giurisprudenza, in definitiva, nella perimetrazione dell'ambito della nullità strutturale del provvedimento opera, sia pur spesso implicitamente, quel giudizio circa l'essenzialità dell'elemento mancante richiesto dall'art. 21 *septies*. Lo fa adottando fondamentalmente due criteri: ora il criterio della riferibilità, sicché essenziale è giudicata ad esempio la sottoscrizione; ora il criterio della funzione, sicché è giudicata essenziale l'indicazione dei termini di scadenza nella dichiarazione di pubblica utilità.

In definitiva, l'analisi dell'ambito di operatività della nullità consente di rilevare come il profilo funzionale del rimedio non sia unitario, a differenza di quanto indurrebbe a ritenere il pregiudizio concettuale secondo cui la nullità è sinonimo di inefficacia. Ed infatti, quando opera in relazione ad ipotesi di difetto assoluto di attribuzione o di mancanza degli elementi essenziali per il riconoscimento dell'atto, la nullità tende a dissipare lo stato di incertezza circa la riferibilità del provvedimento all'ordinamento, e dunque la sua efficacia; mentre serve alla rimozione di effetti prodotti da provvedimenti invalidi quando opera nell'ipotesi di violazione o elusione del giudicato oppure in mancanza di elementi (giudicati) essenziali affinché il provvedimento adempia alla sua funzione.

Il rimedio della nullità risponde quindi ad esigenze diverse. Per un verso, l'esigenza di rimozione di cui può essere portatore colui che subisce gli effetti del provvedimento affetto da una invalidità tale da non poter assolutamente conseguire il suo scopo; per un altro verso l'esigenza di certezza giuridica in ordine alla produzione o non produzione degli effetti, che può presentarsi in presenza di un conflitto attuale

⁶²² Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2012; Contra T.A.R. Catanzaro, Calabria, sez. I, 13 aprile 2011. N. 513

intorno alla riferibilità del provvedimento all'ordinamento ma che può emergere anche in un momento precedente, ogni qual volta un soggetto manifesti l'interesse ad una pronuncia giurisdizionale dotata di forza preclusiva e come tale idonea a prevenire possibili conflitti futuri. Di quest'ultimo tipo di esigenza, come vedremo più avanti, il legislatore riconosce il carattere più generale aumentando le possibilità di attivazione del rimedio.

3.3. Profili di disciplina tra protezione e preclusione

Nella sua laconicità l'art. 21 *septies* si limita ad individuare l'ambito di operatività della nullità, senza dettare la disciplina del rimedio e indicarne le conseguenze.

A questa lacuna ha supplito solo parzialmente il codice del processo amministrativo con l'art. 31, che reca la disciplina dell'azione di nullità, della relativa eccezione e della rilevabilità d'ufficio.

Questa norma, infatti, essendo contenuta nel codice di rito, non può trovare applicazione nelle ipotesi in cui sia il giudice ordinario a dover conoscere della nullità del provvedimento: ipotesi che, non essendovi ragione di deroga al normale criterio di riparto, secondo la opinione prevalente si realizzano ogni qual volta la vertenza abbia ad oggetto diritti soggettivi che il provvedimento nullo pretendeva di estinguere⁶²³.

La compresenza di giurisdizioni porta dunque, secondo l'opinione prevalente, ad una scissione interna allo statuto della nullità, a seconda che il provvedimento sia lesivo di interessi legittimi o di diritti soggettivi: nel primo caso infatti, si applica l'art. 31 c.pa., mentre nel secondo la disciplina dell'azione di nullità contenuta nel codice civile.

Tale duplicità di statuti restituisce all'interprete un quadro scarsamente coerente, se non contraddittorio.

In particolare, è il regime dell'azione di nullità davanti al giudice amministrativo a creare problemi di ordine sistematico.

La previsione di un termine decadenziale di centottanta giorni per la proposizione dell'azione è considerata dalla dottrina: incostituzionale, per violazione del principio del

⁶²³ E. FOLLIERI, *L'azione di nullità*, cit., 3,5.; A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità e il giudice amministrativo*, cit.

giusto processo, potendo le altre parti eccepire la nullità lungo tutto il corso del giudizio⁶²⁴; irrazionale, perché, stante l'inefficacia del provvedimento nullo, non si giustifica la previsione di un termine diverso per far valere la nullità dei provvedimenti negativi (per i quali varrebbe il termine decadenziale, in quanto ricadenti su interessi legittimi) e dei provvedimenti restrittivi (per i quali varrebbe l'ordinario termine prescrizione, in quanto lesivi di diritti soggettivi); erronea, perché l'impossibilità di far valere la nullità una volta scaduto il termine di decadenza allude ad un tipo di sanatoria ex lege del provvedimento nullo - operante, peraltro, solo a carico di colui che propone l'azione in via principale⁶²⁵ - incompatibile con l'idea stessa di nullità⁶²⁶.

A parere di chi scrive, il complesso ordito normativo relativo alla nullità del provvedimento amministrativo deve essere dipanato muovendo dalla distinzione tra nullità-demolizione e nullità-preclusione. La consapevolezza del fatto che la nullità non è una struttura logica *a priori* ma un rimedio che opera a seconda del modo in cui è foggiato dal legislatore e dalla giurisprudenza costituisce una base sufficientemente solida per dare coerenza a un complesso quadro normativo altrimenti irrazionale e confuso.

A) La nullità in funzione di demolizione, al pari dell'annullabilità, presuppone l'efficacia del provvedimento invalido. Per questa ragione, si può ritenere che la relativa azione vada proposta davanti al giudice amministrativo sia quando il provvedimento viziato ha natura ampliativa sia quando ha natura restrittiva.

Ne discende l'applicabilità dell'art. 31 c.p.a. e la razionalità della previsione di un termine decadenziale di 180 gg. che, come nell'azione di annullamento, ha il precipuo scopo di bilanciare l'interesse dell'ordinamento alla conservazione dei valori giuridici con l'interesse del singolo alla tutela della propria sfera giuridica. Quest'ultimo è considerato assolutamente preminente a fronte di un atto adottato in violazione o

⁶²⁴ E. FOLLIERI, *L'azione di nullità*, cit., 8.

⁶²⁵ Rileva E. FOLLIERI, *L'azione di nullità*, cit., 8, che è assurdo ritenere che la nullità sia improduttiva di effetti solo per alcuni soggetti e non per altri.

⁶²⁶ Cfr. B. SASSANI, *Le azioni*, cit., 375.

elusione del giudicato, allorché opera il termine prescrizione decennale tipico dell'azione per l'ottemperanza (art. 114 c.p.a.)

In sintesi, l'omogeneità funzionale che connota la nullità-demolizione e l'annullabilità si traduce nell'utilizzo di moduli disciplinari assimilabili quanto meno sotto il profilo della *ratio*. La principale differenza che intercorre tra i due rimedi è la maggiore ampiezza del termine decadenziale per la proposizione dell'azione di nullità e la sostituzione del termine decadenziale con quello prescrizione nell'ipotesi in cui si agisca contro un atto adottato in violazione o elusione del giudicato⁶²⁷. La nullità, come rimedio all'invalidità del provvedimento efficace, rappresenta dunque una forma di protezione degli interessi del singolo che si aggiunge all'annullabilità, incrementandone la tutela offerta dall'ordinamento a fronte di atti viziati ma efficaci.

B) Il rimedio della nullità-preclusione sfocia nell'adozione di una sentenza con la quale l'autorità giudiziaria si pronuncia in ordine alla riferibilità del provvedimento all'ordinamento, e quindi alla sua efficacia.

Poiché la situazione soggettiva che si fa valere in giudizio è il diritto all'accertamento preclusivo in ordine all'efficacia del provvedimento (diritto che deriva direttamente dalla norma sulla nullità), l'azione deve essere sempre incardinata davanti al giudice ordinario.

Per questa ragione, è da escludere che possa trovare applicazione l'art. 31 c.p.a. ed è invece da ritenere che sia da applicare la disciplina dell'azione di nullità contenute nel codice civile⁶²⁸.

L'imprescrittibilità e la rilevabilità d'ufficio della nullità-preclusione che ne derivano sono coerenti con la rilevanza generale dell'interesse alla certezza in ordine all'efficacia o all'inefficacia del provvedimento, rilevanza che deriva dal fatto che l'esistenza di un conflitto tra soggetti a questo riguardo, potenziale o attuale che sia, mina alla radice la capacità del diritto di orientare i comportamenti umani.

⁶²⁷ Si può quindi desumere che nelle ipotesi di provvedimenti violativi o elusivi del giudicato o mancanti degli elementi essenziali al raggiungimento dello scopo l'ordinamento riconosce al singolo una esigenza di protezione rinforzata in ragione della quale sacrifica parzialmente l'interesse alla conservazione e alla certezza dei valori giuridici.

⁶²⁸ E. FOLLIERI, *L'azione di nullità*, cit., 6.

Il fatto che il rimedio della nullità-preclusione non opera in via principale all'interno del giudizio amministrativo, peraltro, non comporta che questo non ne venga completamente interessato. Al contrario, è da ritenere che l'art. 31 c.p.a., laddove prevede che "la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice", faccia riferimento proprio a questo tipo di nullità. L'ordinamento, cioè, pur escludendo la proponibilità dell'azione in questione davanti al giudice amministrativo, non ammette che il processo che davanti a lui si celebra arrivi a conclusione senza la verifica, d'ufficio o su sollecitazione delle parti, dell'efficacia dei provvedimenti oggetto della sua cognizione: non solo, dunque, del provvedimento impugnato, ma anche di eventuali provvedimenti connessi o di provvedimenti che costituiscono il titolo su cui si fonda la pretesa del ricorrente.

Alcune precisazioni, infine, devono essere dedicate alla identificazione del "resistente", cui la legge riconosce la facoltà di eccepire la nullità lungo tutto il corso del giudizio.

Come tale si deve intendere anzitutto l'amministrazione convenuta, la quale, per esempio, può avere interesse a veder dichiarata l'inefficacia del provvedimento che costituisce il titolo su cui si fonda la pretesa del ricorrente alla condanna ad una somma di denaro (si pensi all'ipotesi di un provvedimento di assegnazione di un finanziamento pubblico che l'amministrazione debitrice ha interesse a veder dichiarato inefficace), e i controinteressati.

Ma, secondo una tesi particolarmente interessante, il "resistente" di cui all'art. 31 c.p.a. sarebbe anche il "resistente sostanziale", ossia il ricorrente che "resiste" alla aggressione alla propria sfera giuridica posta in essere dal provvedimento invalido⁶²⁹. Costui può far valere in via di azione la nullità solo entro il termine decadenziale, ma può eccepirla lungo tutto il corso del giudizio nel caso in cui l'amministrazione si difendesse eccependo l'esistenza di un atto non impugnato, la cui efficacia preclude l'accoglimento della domanda principale⁶³⁰. Il caso emblematico è quello in cui la difesa eccepisce l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione nei termini

⁶²⁹ B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, cit., 269 ss.

⁶³⁰ B. SASSANI, *Le azioni*, cit. 376.

decadenziali di un atto presupposto: atto di cui il ricorrente-resistente può a sua volta eccepire la nullità, anche oltre il termine decadenziale.

Bibliografia

- N. ABBAGNANO, *Ragionevolezza*, in *Id.*, *Dizionario di filosofia*, Torino, 1968, 711
- R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934
- R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1942
- R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, 1971
- R. ALEXY, *Ragionevolezza nel diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione*, in M. LA TORRE – A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto nel diritto*, Torino, 2002
- U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965
- U. ALLEGRETTI, *Il pensiero giuridico di Giorgio Berti: l'amministrazione capovolta*, in *Ritorno al diritto*, 2007, 71 ss.
- A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano 1939, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999
- A. AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 213 s.
- A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella l. 241/1990 (quarant'anni dopo la prolusione di F. Benvenuti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 665
- A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, Padova, 1979
- G.A. ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012
- A. ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito*, Milano, 2012
- M. ATIENZA, *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici*, in *Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica giuridica*, 1999
- M. ATIENZA – J. RUIZ MANERO, *Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica*, in *Doxa*, 2003, 21 ss.
- G. AULETTA, *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1968

- G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007
- G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Pol. Dir.*, 1989, 347 ss.
- A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Milano, 1976
- J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, London, Oxford University Press, 1962, trad. It., *Come fare cose con le parole*, Genova, 1987
- G. AZZARITI, *La prolusione orlandiana e la scienza del diritto amministrativo anteriore al 1889*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 919 ss.
- G.M. AZZONI, *Interpretazioni di Hohfeld*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994, 443
- G.M. AZZONI, *Condizioni costitutive*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1986, 160 ss.
- A. BALDASSARRE, *Fonti normative, legalità e legittimità: l'unità della ragionevolezza*, in *Queste istituzioni*, 1991, 64 ss.
- A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3289
- P. BARCELLONA, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984
- A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002
- F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969
- F. BASSI, <<Conformità>> alle leggi e <<legittimità>> dell'atto amministrativo, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano, 1988;
- F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione amministrativa*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.
- F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 118 ss.
- F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana*, Padova, 1996
- F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994
- F. BENVENUTI, *Semantica di funzione*, in *Jus*, 1985, 3 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, V, Milano, 2006, 3875 ss.
- F. BENVENUTI, *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1989, 1, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, V, cit., 4081 ss.

F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. Trim. Scienz. Amm.*, 1978, 6 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, IV, cit., 3469 – 3472

F. BENVENUTI, *Ancora per un'amministrazione obiettivata*, in *Studi economico-giuridici XLIX 1978-1979*, tomo III, Milano, 1980, 209 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, IV, cit.

L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986

L. BENVENUTI, *Dell'autorità e del consenso*, in *Id.*, *Diritto e amministrazione*, Torino, 2011

L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti*, in *Id.*, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002

J. BERMEJO VERA, *Derecho administrativo basico*, Zaragoza, 1995

A. BARTOLINI – A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA – F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012

S. BERTEA, *Certezza del diritto e ragionevolezza della decisione nella teoria dell'argomentazione giuridica contemporanea*, in M. LA TORRE – A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, cit.

G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968

G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975

G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986

G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994

G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 460

G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e Soc.*, 1980, 438 ss.

G. BERTI, *Divisione delle situazioni di tutela e degli ordini dei giudici*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987

G. BERTI, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1983

E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950

E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971

L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F.D. BUSNELLI – U. NATOLI, *Diritto civile*, 1**, Torino, 1992

N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960

N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993

N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi* (1955), ora in P. COMANDUCCI – R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989

N. BOBBIO, *Legalità*, in *Dizionario di politica* diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Milano-Torino, 2000

N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Torino, "Memorie dell'Istituto Giuridico", Serie II, Memoria 28, 1934, 144.

M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996

A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, 2012.

U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Studi Senesi*, 1901, 63.

U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 1999, XIII, III,

BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913;

C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005

C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della P.A.*, in AA.VV., *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2011,

F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, rist. a cura di G. MIELE, Padova, 1960

F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. It.*, 1932, 113 s.

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

- E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950
- E. CANNADA BARTOLI, *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro. It.*, 1955, IV
- E. CANNADA BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranalletti*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1959, 267 ss.
- E. CAPACCIOLI, *Prospettive recenti sul merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 1363 ss.
- E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1960
- E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del diritto amministrativo*, in *Id.*, *Diritto e processo*, Padova, 1978
- E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, in *Id.*, *Diritto e processo*, cit.
- M.T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA – F. SAITTA, *Studi sui principi*, cit.
- R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990
- A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012
- A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2009, 796 s.
- G. CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979
- G. CARCATERRA, *Metodologia giuridica*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Padova, 1990
- G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974
- F. CARDARELLI- V. ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla "nullità" del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla "nullità" civilistica*, in www.giustamm.it
- E. CARDI – S. COGNETTI, *Eccesso di potere*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 287

- F. CARNEUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Dir. Proc.*, 1955, 208 ss.
- P. CARNEVALE, *Il fattore unitario nelle dinamiche della produzione normativa. Dalla statica, alla dinamica, per tornare di nuovo alla statica*, in *Dir. e Soc.*, 2011, 4 ss.
- P. CARPENTIERI, *Nullità e teorie dell'atto amministrativo*, in *www.giustamm.it*.
- E. CASETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XII, Torino, 1997
- E. CASETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig., disc., pubbl.*, I, Torino, 1987
- E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953
- E. CASETTA, *La figura e l'opera di Enrico Guicciardi*, in *Dir. Amm.*, 1994, 292
- E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 522
- E. CASETTA, *Atto e attività*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1957, 329
- S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956
- S. CASSESE, *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della rivista Diritto Pubblico*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 1995, 795
- S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000,
- S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991
- S. CASSESE, *Cultura e politica nel diritto amministrativo*, Bologna, 1971
- S. CASSESE, *Auf der gefahrenvollen Strasse des öffentlichen Rechts. La "rivoluzione scientifica" di Vittorio Emanuele Orlando* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLI(2), 305-318;
- S. CASTIGNONE, *Legalità, legittimità, legittimazione* in *Sociologia del diritto*, 1977, 19-34
- A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1962, 465
- M .C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012
- M.C. CAVALLARO – M. IMMORDINO, *La nullità del provvedimento amministrativo tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21 septies L. 241/1990*, in *www. giustamm.it*

B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo (diretto da Giuseppe Santaniello)*, Padova, 1993

B. CAVALLO, *Il diritto amministrativo e i suoi interpreti*, in *Contr. e impr.*, 2009, 581

R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XV, Torino, 1999

R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D'Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 14 ss.

B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen, Una introduzione critica*, Bologna, 1999

V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011

V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005

P. CHIRULLI, *Azione di nullità e riparto di giurisdizione*, in www.giustamm.it, 2007

G. CIANFEROTTI, *La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 919 ss.

A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2012

A. CIOFFI, *Due problemi fondamentali della legittimità amministrativa (a proposito di Santi Romano e di M.S. Giannini)*, in *Dir. Amm.*, 2009, 601.

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino, 2006

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 758 s.

M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 557 ss.

M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989

M. COCCONI, *La scienza del diritto amministrativo e l'utilizzo delle altre scienze sociali*, in L. TORCHIA – E. CHITI – R. PEREZ – A. SANDULLI (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008, 270 ss.

A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. Amm.*, 1892, IV, 17

G. CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939

G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940

S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011

S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993

S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità". Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000

G. D. COMPORTE, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003

G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955

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

A.G. CONTE, *Regola costitutiva in John R. Searle*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto*, (a cura di L. PASSERINI GLAZEL), Torino, 2007

A. G. CONTE, *Regola eidetico-costitutiva vs. regola anankastico-costitutiva*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto*, cit.

A. G. CONTE, *Filosofia del performativo*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto*, cit.

A. G. CONTE, *Regola eidetico-costitutiva vs. regola anankastico-costitutiva*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto*, cit.

A. G. CONTE, *Atti ed eventi*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 2009, 130 s.

A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni <<favorevoli>> e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991

A. CONTIERI, *Le nuove patologie della funzione amministrativa tra inesistenza, nullità e annullabilità degli atti*, in www.giustamm.it.

A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005

G. CORAGGIO, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988

A. CORPACI, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. pubb.*, XIII, Torino, 1997

G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969

G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010

G. CORSO, *Validità*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993

G. CORSO, *Principio di legalità e trasformazioni dell'amministrazione*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, 2010

G. CORSO, *Astratto e concreto nel potere: in margine al criterio discriminatore fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Foro. Amm.*, 1966, II, 56 ss.

G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro. It.*, 1989, 421 ss

G. CORSO, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica: nuove tendenze del sistema italiano*, in *Reg e gov. Locale*, 1989, 17

G. CORSO, *Gli illeciti atipici tra regole e principi*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 1092

G. CORSO, *Lo stato come dispensatore di beni: criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990, 177 ss.

G. CORSO, *La giustizia amministrativa*, Bologna, 2005

G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 19

G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadr. dei pubblici servizi*, 1999, 7 ss.

S. COTTA, *I principi generali del diritto. Considerazioni filosofiche*, in AA.VV., *I Principi generali del diritto*, Roma, 1992

V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968

V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962, 133

C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008

M. D'AMELIO – Santi ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1929, 181 ss.

L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005

S. D'ANTONIO, *Teoria e prassi della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003

B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964

D. DE PRETIS, *L'azione e i poteri del giudice*, in AA.VV., *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2011

D. DE PRETIS, *Italian administrative law under the influence of European law*, in *Italian journal of public law*, 1, 2010, 1287

A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi (1916)*, rist. Padova, 1986

G. DELLA CANANEA, *The Italian administrative procedure act: progresses and problems*, in *IusPublicum*, 2011, 15.

G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010

F. DENOZZA, *Poteri della pubblica amministrazione e benessere degli interessati*, in *Annuario AIPDA 2006*, Milano, 2007, 11 ss.

P. DI LUCIA, *Le due costitutività in John R. Searle*, prefazione a J.R. SEARLE, *Creare il mondo sociale. La struttura della civiltà umana*, Milano, 2010, IX-XVI

D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005

M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004

- M. D'ORSOGNA, *Teoria dell'invalidità e risultato*, in M. IMMORDINO – A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004
- P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996
- R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982
- R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, Milano, 1989
- C. ESPOSITO, *Consuetudine*, (dir. cost.), in *Enc. Dir.*, IX, 1961, 457
- C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, rist. 1964
- M. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, <<standards>> valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, 3558
- G. FALCON, *Norme di relazione e norme d'azione (tradizione e vicende della giustizia amministrativa nella dottrina di Enrico Guicciardi)*, in *Dir. e Soc.*, 1974, 379 ss.
- G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 249
- G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2001, 292 ss.
- A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in Id., *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, Milano, 1997
- A. FALZEA, *Fatto naturale*, in Id., *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, cit.
- A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in Id., *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, cit.
- A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, I. teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 205 ss.
- A. FALZEA, *Fatto vitale* in Id., *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, cit., 394 ss.
- A. FALZEA, *Comportamento*, in Id., *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, cit.

A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in Id., *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica, I. teoria generale del diritto*, cit

A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. Dir. civ.*, 2000, 688.

V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012

A. FEDERICO, *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, Torino, 2004

A. FEDERICO, *Art. 1418*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, 2010, 975 ss.

M. FEHLING, *Comparative administrative law and administrative procedure*, in *IusPublicum*, 2011, 6.

V. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 1. Teoria del diritto*, Roma – Bari, 2007

L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur.Cost.*, 2010, 2799.

F. FERRARA sr., *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902

L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003

L. FERRARA, *Spigolature dal libro di Aldo Sandulli sulla scienza del diritto amministrativo in Italia: in particolare, l'organicismo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 1015 ss.

L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996

L. FERRARA, *Prime riflessioni sulla disciplina del silenzio inadempimento con attenzione alla Säumnisbeschwerde austriaca*, in AA.VV., *La tutela dell'interesse al provvedimento*, cit.

L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 637 ss.

L. FERRARA, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*. *Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, 108

L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in M.P. CHITI e G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006

L. FERRARA, *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in *Foro Amm, Cds*, 2010, 243 ss.

R. FERRARA, *L'interesse al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit.

P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 2001

F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996

G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983

G. FILANTI, *Nullità (dir. civ.)*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990

M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, Giuffrè, 2001

S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXII, 659 ss.

E. FOLLIERI, *La legge 31 marzo 1889, n. 5992, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine. Vol II: Giustizia amministrativa*, Milano, 1990

E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981

E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984

E. FOLLIERI, *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in www.giustamm.it, 2012

F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Commento all'art. 31*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, I, Nel Diritto Editore, 2010

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, 2005

M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999

F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006

F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu – Messineo – Mengoni, e continuato da Schlesinger, Milano, 2002

S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1985

D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003

D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998

D.U. GALETTA, *Le garanzie procedurali dopo la legge 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21-octies L. 241/90, anche alla luce della previsione ex art. 41 CED*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008

D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Amm.*, 2010, 633

D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA – F. SAITTA, *Studi sui principi*, cit.

E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma*, Milano, 2010

P. GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1956,

P. GASPARRI, cfr. *Eccesso di potere*, (dir. amm), in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965

W. GASPARRI, *Violazione delle regole formali tra invalidità degli atti e responsabilità risarcitoria. Una comparazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 721 ss.

A. GENTILI, *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (a cura di) *I contratti in generale*, II, Torino, 1999

- G. GHETTI, *Annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo*, Dig. Disc. Pubbl., I, Torino, 1987
- M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, 1950
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1970, 623;
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993
- M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958
- M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica dell'interpretazione*, Milano, 1939
- M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939
- M.S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme (1955)*, in *Id. Scritti*, III, Milano, 2003
- M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, ora in *Id., Scritti*, V, Milano, 2004
- M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1941, 439 ss., ora in *Id., Scritti*, II, Milano, 2002.
- M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959
- M.S. GIANNINI, *Illegittimità*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970
- M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970
- G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto del giudizio amministrativo*, Milano, 1980
- G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012
- G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Id.* (a cura di), *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983
- R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2001
- R. GUASTINI, *Norma giuridica, (tipi e classificazioni)* in *Dig. Disc. Priv.*, XII, Torino, 1995

R. GUASTINI, *Enunciati interpretativi*, in *Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica giuridica*, 1997

R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011

R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. Cost.*, 2007, 1378

R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in AA.VV., *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. Regole, modelli, metodi*, Torino, 2002

R. GUASTINI., *Interpretare e argomentare*, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2011

R. GUASTINI, *Dovere giuridico*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, XII

E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954

E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principii ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1937

J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Napoli, 1996

H. L. A. HART, *The concept of law*, London, trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 108 ss.

W.N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969

L. IANNOTTA, *La considerazione dl risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 328 ss.

L. IANNOTTA *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm.*, 1999, 57 ss.

L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità*, Milano, 2000

L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 944 ss.

L. IANNOTTA *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati cit.*

M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999

G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Volume primo, trad. it. con introduzione e capitoli aggiunti di V.E. ORLANDO, Milano, 1921

A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche Amministrazioni*, Padova, 1961

A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012

M. LA TORRE, *Introduzione*, in M. LA TORRE – A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, cit.

P. LAZZARA, *Note in tema di vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21 octies, l. 241/90*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012

F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, 1964

F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, Padova, 2002

F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit.

F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit.

F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit.

F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit.

F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Id.*, *Scritti giuridici*

F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Id.*, *Scritti giuridici*

F. LEDDA, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit.

F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967

F. LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974

G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004

N. LUHMANN, *Match*, 1975, trad. it., *Potere e complessità sociale*, Milano, 1979

H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Ed. Comunità, 1963

P. LAZZARA, *L'opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale*, in *Dir. Amm.*, 2009, 964 ss.

P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001

P. LAZZARA, *Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio ed auto responsabilità privata*, Philos-Roma, 2005

M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2011, 363

G. LIMONE, *Lo statuto teorico dei principi tra norme e valori*, in D. AMIRANTE (a cura di), *La forza normativa dei principi giuridici e il diritto ambientale. Profili di teoria generale e di diritto positivo*, Padova, 2007

V. LOPILATO, *Sub art. 31 in A. QUARANTA – V. LOPILATO (a cura di), Il processo amministrativo*, Milano, 2011

G. LORINI, *Forme della costitutività di norme*, in G. LORINI – L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *Filosofie della norma*, Torino, 2012

G. LORINI, *Quattro declinazioni dell'atto giuridico*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto*, cit.,

F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 981 ss.

F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010

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

F. LUCIANI, *Inefficacia e rilevanza giuridica dell'atto amministrativo nullo. Considerazioni sull'azione di nullità di fronte al Giudice amministrativo in www.giustamm.it*, 2007

F. LUCIANI, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI – P. DI LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009

R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941

M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012

N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, trad. it *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001

F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995

F. MANGANARO *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000

L. MANNORI, *L'influenza francese*, in *Le riforme crispine*, cit.

G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988

R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Napoli, 1979

C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 412 ss.

C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982

A. MASSERA, *L'influenza della cultura tedesca sulla prassi orlandiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 919 ss.

B. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000

B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 699 ss., 736 ss.

B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000

B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1 ss.

U. MATTEI, *Plunder: quando il principio di legalità è illegale*, in G. DE GIORGI CEZZI – P.L. PORTALURI – FF. TUCCARI – F. VETRÒ (a cura di), *Il <<meritevole di tutela>>: scenari istituzionali e nuove vie di diritto*, Napoli, 2012

M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008

M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *Dir. Soc.*, 1993, 480 ss.

M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012

L. MAZZAROLLI, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 224

L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1986, 5 ss.

A. MERKL, *Prolegomeni einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, trad. it. *Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto*, in *Id.*, *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987

F. MERLONI, *Interesse pubblico, funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *AA.VV.*, *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit.

F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004,

F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2007, 656

F. MERUSI, *La teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, in *Dir. Amm.*, 2009, 873

F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi tra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1234 s.

F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino (1970)*, in *Id.*, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001

F. MERUSI e G. TOSCANO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988

F. MIDIRI, *L'art 21 octies della legge sul procedimento amministrativo è una disposizione di carattere sostanziale e non processuale*, 156, in *Foro amm.*, CdS, 2007, 256

G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953

G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 61

F. MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993

- F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973
- F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009
- F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969
- F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009
- F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano, 1970
- F. MODUGNO, *Eccesso di potere. I) Profili generali*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989
- F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in www.osservatoriosullefonti.it 1/2010
- F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007
- F. MODUGNO e A. LONGO, *Dialogo minimo sulla ragione dialogica. Alcune suggestioni (e qualche controversia) tra modernità e postmodernità*, appendice a F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit.
- M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012
- J. MORAND DEVILLER, *Droit administratif*, Paris, 2011
- G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *ANNUARIO AIPDA 2002*, Milano, 2003
- G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2012, 769
- G. NAPOLITANO, *Funzioni amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006
- M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990
- M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976
- L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e dir. prIv.*, 2007, 411 ss.
- V. MORTARA, in *Giur. It.*, 1897, I, 1033.

C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale* (1936), ora in *Id.*, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, III, Milano, 1972

M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002

V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1923

V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), ora in *Id.*, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881 – 1940)*, Milano, 1954

G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, I Padova, 1992

G. OPPO, *Impresa come imprenditore*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, I Padova, 1992

A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, Milano, 2007

A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 1 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit.

A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa. (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005

A. ORSI BATTAGLINI, <<*L'astratta e infeconda idea*>>. *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), Milano, 1989, 569 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit.

V. OTTAVIANO, *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. It.*, 1963, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992

L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997

S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. Dir.* XXXVIII, Milano, 1987

N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Ann., I, Milano, 2007

N. PAPPALARDO, *In tema d'invalidità dell'atto amministrativo per vizi di merito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova

G. PASQUINDI- A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001

M. PATRONO, *Legge (vicende della)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1973

- G. PEPE, *Il principio di conservazione degli atti giuridici con particolare riguardo alla attività amministrativa*, in *www.GiustAmm.it*, 2009
- T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Napoli, 1922
- L. R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 818 ss.
- G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2009
- G. PINO, *Principi, Ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur.Cost.*, 2011, 12 ss.
- A. PIRAS, *Invalidità, (dir. amm)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972
- A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, II
- A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. Amm.*, 2003,
- A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, 780 ss.
- P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958
- R. PORRINI, *Contributo alla teoria delle nullità degli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1900, 519 ss.
- U. POTOTSCHNIG, *Atti amministrativi e <<affievolimento>> di diritti soggettivi*, in *Jus*, 1953, 220
- E. PRESUTTI, *Diritto amministrativo italiano*, Messina, 1931
- A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1979, 665 s.
- M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008
- A. PUBUSA, *Note sulle tendenze dell'eccesso di potere alla luce della L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993
- S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Messina, 1945
- S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale (1935)*, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 2008,
- S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959

S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978

S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1935, ora in Id., *Scritti giuridici*, III, Milano, 2008

S. PUGLIATTI, *Atto giuridico e determinazioni accessorie di volontà* (1937), in Id., *Diritto civile. Metodo- teoria-pratica*, Milano, 1951, e ora in Id., *Scritti giuridici*, III, Milano, 2010

S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, ora in Id., *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2011

G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, 1969

A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997

A. POLICE, *Annulabilità e annullamento (Dir. Amm.)* in *Enc. Dir.*, Ann. I, Milano, 2007

G.M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003

O. RANELLETTI, *Le guarentigie amministrative e giurisdizionali della giustizia nell'amministrazione*, Milano, 1930

O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile* (1889), in Id., *Scritti giuridici scelti*, I, *Lo Stato*, Napoli, 1992

O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato* (1892), ora in Id., *Scritti giuridici. II La giustizia amministrativa*, Napoli, 1992

O. RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa* (1893), in Id., *Scritti giuridici. II La giustizia amministrativa*, Napoli, 1992

O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934

J. RAZ, *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, 1997

G. REBUFFA, *I lessici e il tempo delle prolusioni di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 919 ss.

A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile* (1913), Milano, 1990

M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 573

P. RESCIGNO, *appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. Dir. comm.*, 1998, 1 ss.

R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935

R. RESTA, *La legittimità degli atti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1955, 399 ss.

V. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939

A. ROMANO, *Commento all'art. 26, r.d. 26 giugno 1924, n. 105*, in A. ROMANO – R. VILLATA, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009

A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.* 1999, 111 ss.

A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958

A. ROMANO, *La giustizia amministrativa nel pensiero del professor Santi ROMANO*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004

A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975

A. ROMANO, <<L'ordinamento giuridico>> di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2011, 260

A. ROMANO, *Riflessioni sul Convegno: autoritarità, consenso e ordinamento generale*, in *ANNUARIO AIPDA 2011*, Napoli, 2012

Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento nel diritto privato*, Milano, 1961

Santi ROMANO, *Atti e negozi giuridici*, in *Id.*, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953

Santi ROMANO, *Annulamento (teoria dell') nel diritto amministrativo* (1937), in *Id.*, *Scritti minori*, II, Milano, 1990

A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. Amm.*, 2004, 417 ss.

Santi ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Id.*, *Frammenti*, cit.

Santi ROMANO, *Autonomia*, in *Id.*, *Frammenti*, cit.

Santi ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1932,

A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993

A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *dir. e proc. amm.*, 99 ss.

A. ROMANO TASSONE, *Il contributo di Franco Ledda alla teoria del provvedimento amministrativo*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2007, 493

A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. Amm.*, 1997, 65 ss.

A. ROMANO TASSONE, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. Dir. Agg.*, VI, Milano, 2002

A. ROMANO TASSONE *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Ec. e comm. Univ. Messina*, 1981

A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit.

A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, Milano, 1987

A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993

A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. Amm.*, 2004, 209 ss.

A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 291-296

A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. II, Milano, 1998

A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di <<merito>>*, in *Dir. Amm.*, 2008, 520-524.

A. ROMANO TASSONE, *Legislatore e limite dei principi*, in *ANNUARIO AIPDA 2005*, Milano, 2006

A. ROMANO TASSONE *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e Soc.*, 1991, 90

A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in www.giustamm.it, 2007

A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in www.giustamm.it.

R. ROMBOLI, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni e ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimento comparatistici*, Milano, 1994

A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008

A. ROMEO, *Ancora in tema di responsabilità della pubblica amministrazione: dalla <<spettanza del provvedimento>> alla <<spettanza del comportamento>>?*, in *Foro Amm. C.D.S.*, 165

A. ROMEO, *Effettività della tutela giurisdizionale e atto amministrativo: le occasioni mancate e le occasioni possibili*, in *Giustamm.it.*, 2012

A. ROSS, *Ascesa e caduta della dottrina dei performativi (1972)*, in Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, 1982

G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 8 s.

G. ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo*, in *Dir. Pubbl.*, 2012, 31 s.

G. ROSSI, *Gli interessi a protezione necessaria*, in G. DE GIORGI CEZZI – P.L. PORTALURI – FF. TUCCARI – F. VETRÒ (a cura di), *Il <<meritevole di tutela>>*, cit.

F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 1938

A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)*, in *Id.*, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1987/91, Torino, 1992

A RUGGERI, *La legge come fonte sulla normazione?*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011

A. RUGGERI, *Norme sulla normazione e valori*, in *Id.*, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2011, Torino, 2012

A. RUGGERI – A – SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004

C. ROVERSI, *Regolare e costituire. Sul carattere tecnico delle regole costitutive*, in *Analisi e diritto 2011*, cit.

R. SACCO, *Nullità e annullabilità (Diritto Civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1976

R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. Disc. Priv.*, XII, Torino, 1995

F. SAITTA, *L'appello nel processo contabile. Profili sistematici*, Napoli, 1999

F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in M. RENNA – F. SAITTA, *Studi sui principi*, cit.

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

F. SAITTA, *Annullamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio?*, in www.giustamm.it.

G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 589 ss.

G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/1990: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 179 ss.

G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993

P. SALVATORE, *Revoca degli atti. III) Revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991

A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998

A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit.

A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009

A.M. SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici* (1941), in Id., *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990,

A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale* (1975), in Id., *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990

A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940

A.M. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, (1948), ora in Id., *Scritti giuridici*, III, cit.

A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo* (1949), in Id., *Scritti giuridici*, III, cit.

A.M. SANDULLI, *Questioni in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro. It.*, 1952, I, 1073 ss.

A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974

A.M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del consiglio dei ministri*, in Id., *Scritti giuridici*, III, cit.

A. M. SANDULLI, *Precisazioni in tema di mancanza di potere e di inesistenza dell'atto amministrativo*, in *Foro Amm.*, 1964, 200

A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1964

A.M. SANDULLI, *Lesione di diritti soggettivi per l'esercizio di "potestas publica nondum data"*, in *Giust. Civ.* 1958, 2029

F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971

F. SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico (dir. priv.)*, in *Enc.Dir.*, IV, cit.

B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997

B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità* in *Dir. Proc. Amm.* 2011, 269 ss.

B. SASSANI, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo* in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, 1356 ss.;

B. SASSANI, *Le azioni*, in B. SASSANI – R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012

F. SATTA, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Roma, 1988

S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1959/65

F. SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988

F. SATTA, *Introduzione a un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980

F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 596

F. K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. SCIALOJA, I, Torino, 1886

V. SCALISI, *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975, ora in *Id.*, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998

V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Id.*, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011

V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Id.*, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit.

C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, (1932) in *Id.*, *Le categorie del politico*, Bologna, 1972

E. SCHMIDT-ABMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2011, 471 ss.

F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002

F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990

F. G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 1376

F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971

F. G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 13 ss.

F. G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 379 ss.

F.G. COCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei procedimenti amministrativi*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2006

F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir Amm.* 1995, 3 ss.

F.G. COCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi*, in G. CEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *L nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 172..

F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1049 s.

F.G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso. Atti del convegno di Varenna*, settembre 2001, Milano, 2002, 21 ss., 45

R. COGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, (1968), ora in *Id.*, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010

R. COGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 340,

R. COGNAMIGLIO, *I contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1966

R. COGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969,

J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969, trad. it., *Atti linguistici. Una saggio di filosofia del linguaggio*, Torino, 1976

J.R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, Harmondsworth, Penguin, 1995, trad. it., *La costruzione della realtà sociale*, Milano, 1996

W. SCHMITT-GLAESER, *Pretese speranze e realizzazioni; il procedimento amministrativo e la sua legge – una osservazione introduttiva*, in *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania. Problemi di amministrazione pubblica*, Napoli, 1979,

F.S. SEVERI, *Funzione pubblica*, in *Dig. Disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991

G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sui poteri pubblici e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012

E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950

- D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Ann. III, Milano, 2010,
- D. SORACE, *Il metodo di Enzo Capaccioli e la questione della risarcibilità per lesione degli interessi legittimi*, in *Dir. Amm.*, 2009, 892 ss.;
- D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *www.Astid.online.it*, 14-16, ed in *Dir. pubbl.*, 2008
- D. SORACE *Promemoria per una nuova voce "Atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988
- B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. Amm.*, 2008, 1 ss.
- M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003
- M. SPASIANO, *Articolo 21 septies. Nullità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005
- M.R. SPASIANO, *Buon andamento: dalla legalità del formalismo alla legalità del risultato*, in G. DE GIORGI CEZZI – P.L. PORTALURI – FF. TUCCARI – F. VETRÒ (a cura di), *Il <<meritevole di tutela>>*, cit.
- S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. Amm.*, 237 s.
- P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1981, 3 ss.
- E. STICCHI – DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988
- V. TARULLO *Il principio di collaborazione procedimentale*, Torino, 2008
- M. TIBERI, *La nullità e l'illecito*, Napoli, 2003
- F. TIGANO, *Amministrazione, costituzione e buon andamento. Profili della nuova legalità amministrativa (2002)*, in *Id.*, *Recenti profili evolutivi dell'attività amministrativa*, Torino, 2008
- R. TOMMASINI, *Invalidità, (dir. priv)*, in *Enc. Dir.*, XXII, 1972
- R. TOMMASINI, *Nullità*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978
- A. TRAVI, *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 455 ss.

- A. TRAVI, *La legge n.15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr.giur.*, 2005
- S. TRENTIN, *L'atto amministrativo. Contributo allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, 1915
- G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936
- V.M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940
- M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Dir. amm.*, 2010, 933 ss.
- M. TRIMARCHI, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi "pretensivi" e vizi formali*, in *Foro amm. C.D.S.*, 2009, 162 s.;
- M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. Amm.*, 2011, 557 ss.
- M. TRIMARCHI, *The impact of Article 41 of the Eu Charter of Fundamental Rights on Italian Administrative Law. Some Observations*, in www.iuspublicum.com, 2012
- F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009
- G. TROPEA, *Considerazioni sul trattamento processuale del provvedimento amministrativo nullo*, in www.giustamm.it, 2007
- D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002
- V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010
- S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008
- R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006
- R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971
- R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 385
- S. VINTI – D. CAPOTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008

- F. VIOLA, *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*, in *Ragion pratica*, 2003, 37
- P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e vizi di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003
- P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990
- P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993
- P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I
- P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972
- F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit.
- F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. Proc.Amm.*, 2008, 327 ss.
- G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, 1916, trad. it., *Norma e azione. Un'analisi logica*, Bologna, 1989
- M. WEBER, *Economia e società*, vol. I, (1922), Milano, 1961, 35.
- B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, Torino, 264-266.
- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992
- G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988
- E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012
- G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958
- G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge (1924)*, in *Id.*, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955
- G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1947
- W. ZELANIEC, *Regola costitutiva*, in AA.VV., *Ricerche di filosofia del diritto* (a cura di L. PASSERINI GLAZEL), cit.
- A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996

A. ZITO, *Il tradizionale criterio di riparto*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008

C. ZNAMIEROWSKI, *Norma costruttiva ed atto thetico* (1923), in *Riv. Int. fil. Dir.*, 2006, 283 ss.

D. ZOLO, *Complessità, potere, democrazia*, Saggio introduttivo, XV, in N. LUHMANN *Potere e complessità sociale*, cit