

FRANCESCO FOLLIERI

Ricercatore di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi «A. Moro di Bari»

francesco.follieri@uniba.it

DECISIONE E POTERE NELL'ATTO AMMINISTRATIVO VINCOLATO*

DECISION AND POWER IN NON-DISCRETIONARY ADMINISTRATIVE ACT

SINTESI

L'ordinamento giuridico accorda all'amministrazione un margine di decisione, anche in caso di atti vincolati.

La decisione è infatti una scelta per un'alternativa *possibile*, composta di volontà e giudizio. Sicché la decisione del necessario o dell'impossibile è insensata: scegliere il necessario è superfluo e, comunque, la scelta (e quindi la decisione) è mera apparenza; scegliere l'impossibile è inutile, dal momento che l'alternativa preferita non può essere attuata, cioè il programma d'azione non può essere effettivamente messo in pratica. Secondo chi ritiene che l'atto vincolato non sia una decisione e dunque non sia un provvedimento amministrativo, la decisione di adottare un atto vincolato è superflua o inutile: l'amministrazione non ha altre possibilità oltre quella di adottare l'atto con il contenuto predeterminato dall'ordinamento, al ricorrere dei presupposti.

Una tale impostazione confonde la necessità, la possibilità e l'impossibilità con l'obbligo, il permesso e il divieto. Quando la (meta-)norma vincola l'azione amministrativa, impone all'amministrazione di decidere in maniera conforme ad essa, ma non rende la decisione necessaria: la (meta-)norma *obbliga* l'amministrazione ad adottare un atto con un certo contenuto al ricorrere dei presupposti vincolati, ma non impedisce che l'amministrazione *di fatto* adotti un atto di contenuto diverso. Anche quando l'ordinamento prefigura integralmente l'attività amministrativa, l'amministrazione conserva la *possibilità*, ancorché *non il permesso*, di agire diversamente, cioè di non rispettare la norma ipotetico-costitutiva. L'amministrazione, cioè, *decide* in ogni caso se disporre un certo effetto in una determinata situazione e quale effetto disporre.

L'atto adottato in violazione del vincolo è illegittimo. E tuttavia nel nostro

ordinamento anche tale atto produce i suoi effetti e permette all'amministrazione di perseguire il fine (eventualmente anch'esso illegittimo) che voleva perseguire con l'atto che viola il vincolo, salva l'eventualità del suo annullamento.

Oltre ad essere sensata (cioè né necessaria, né inutile), tale decisione è anche giuridicamente rilevante: produce effetti giuridici, potenzialmente diversi da quelli prefigurati dall'ordinamento.

In sostanza, anche quando l'ordinamento prefigura integralmente l'azione amministrativa, l'amministrazione decide il contenuto dell'atto: l'atto amministrativo è in ogni caso un fatto istituzionale, *sub specie* di decisione. Anche l'atto vincolato è dunque esercizio del potere amministrativo, è un provvedimento amministrativo al pari di quello discrezionale e può essere legittimo/illegittimo (non solo lecito/illecito).

Da ciò tuttavia non discende che dinanzi ad un provvedimento vincolato vi siano interessi legittimi. Il discorso sulle situazioni giuridiche del cittadino in relazione al provvedimento vincolato dipende dall'elemento che la nozione di interesse legittimo (e, correlativamente, di diritto soggettivo) privilegia: se la sussistenza del potere in capo all'amministrazione (l'interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita oggetto di potere amministrativo) oppure il grado di «certezza» di soddisfazione che l'ordinamento assicura alla pretesa del cittadino (l'interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita a soddisfazione solo eventuale).

ABSTRACT

The legal system grants to the public authority a margin of decision, even in case of non-discretionary acts.

Decision is the preference of a *possible* course of action. Deciding the impossible or the necessary is meaningless: preferring the necessary is superfluous or however the preference (and the decision) is just illusory; preferring the impossible is useless, since the preferred program of action cannot be implemented. According to who considers the non-discretionary act not to be a decision and therefore an administrative act (but a mere action, a brute fact), the decision to adopt the non-discretionary act is superfluous or useless: the public authority has no other alternative than to adopt the act provided by the law, once the relevant conditions are met.

Such theory confuses necessity, possibility, and impossibility with duty, permission, and prohibition. Whether the norm completely binds the public

action, obligates the public authority to adopt an act having certain effects once the relevant conditions are met, but cannot prevent that the public authority *de facto* adopts a different act (e.g. having different effects). Even whether the legal system completely binds the public action, the public authority has the possibility, although not the permission, to act disregarding the norm. Therefore, public authority in any case decides which legal effects to set forth.

The administrative act which does not comply with the relevant provisions is voidable. In our legal system such act nonetheless is legally effective and allows the public authority to pursue the objective it wanted to pursue (although it is possibly non-compliant with law as well), until the possible annulment of the act.

Besides being meaningful, the decision in analysis produces therefore legal effects which are possibly different by those provided by the norm regarding that single administrative power, but which are nonetheless provided by the legal system (which also ensures the relevant enforcement).

In other words, even whether the norm completely binds the public action, the public authority decides in a strict sense the effects of the administrative acts it adopts: the non-discretionary administrative act is an institutional fact, *sub specie* of a decision (not just a mere performing act).

The non-discretionary administrative act is therefore an exercise of administrative power, just like the discretionary act, and can be valid/invalid (not just lawful/unlawful).

However, the above does not entail that the citizen has in any case a legitimate interest, instead of a right, *vis à vis* the public authority adopting a non-discretionary act. The nature of the position of the citizen in such cases depends on the notion of 'legitimate interest' (and correspondently of 'right'), that is whether a legitimate interest is the position of the citizen facing an administrative power or a claim to which the legal system grants just a potential satisfaction.

PAROLE CHIAVE: decisione, provvedimento, potere amministrativo, discrezionalità, costitutività
KEYWORDS: decision, administrative act, administrative power, discretion, constitutive nature

INDICE: 1. Decisione, potere, provvedimento. - 2. Esistono atti vincolati. - 3. Costitutività, potere, provvedimento. - 4. L'atto vincolato è una decisione. - 4.1. La nozione di 'decisione'. - 4.2. Possibilità di decidere vs. permesso di decidere. - 4.3. Decisione degli effetti e decisione dei fini. - 5. Conclusioni e alcune implicazioni.

1. Decisione, potere, provvedimento.

La discussione dogmatica sulla natura dell'atto amministrativo vincolato è stata avviata da un celebre scritto¹ nel quale Orsi Battaglini sosteneva che l'atto amministrativo non fosse un provvedimento, ma un mero atto dinanzi al quale il cittadino vanta diritti soggettivi, non interessi legittimi.

Secondo questa tesi, infatti, il potere amministrativo è intimamente connesso alla «funzione di comporre i conflitti di interesse e di definire le rispettive sfere giuridiche dei soggetti»², cioè alla decisione amministrativa (intesa in senso lato³), all'ἐκλέγειν che questa Rivista (e il convegno urbinato)

* Un'altra versione del presente scritto è stata pubblicata il 5 aprile 2017 sulla rivista *Federalismi.it*, con il titolo "Decisione amministrativa e atto vincolato".

¹ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1249 (già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 3 e ss.)

² A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 1249.

³ Nella dogmatica del diritto amministrativo, il sintagma 'decisione amministrativa' è infatti ambiguo. Per un verso, per 'decisione amministrativa' si intende l'atto «giustiziale» adottato dalla pubblica amministrazione, ossia quell'atto adottato all'esito di un procedimento contenzioso e che applica il diritto obiettivo ad una controversia sorta tra p.a. e cittadino. Cfr. F. MERUSI, G. TOSCANO, (voce) *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, Treccani, 1988, p. 3. La nozione è stata, tuttavia, molto discussa in dottrina.

Per C. VITTA, *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1924, IV, c. 97 e M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953, pp. 33 e ss. (ma anche ID., (voce) *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, pp. 810 e ss.), la decisione amministrativa è una specie contenziosa dell'atto amministrativo di accertamento (dell'applicabilità) di una certa norma rispetto ad un caso concreto, tranne qualche isolato caso in cui tale atto ha carattere costitutivo (eliminatorio).

La natura giustiziale delle decisioni amministrative è condivisa da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, p. 610, che le ricomprende fra «i provvedimenti che operano su precedenti atti amministrativi», oggetto di controversia.

La nozione fornita da E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1983, p. 351, è più analitica. Secondo Capaccioli, la decisione amministrativa è «atto di giustizia», non «atto di gestione di interessi pubblici» che è caratterizzato dal seguente regime: può essere adottato solo su ricorso dell'interessato, deve essere limitato alla domanda, è un atto dovuto e non presenta alcun profilo di discrezionalità. Oltre che per l'appartenenza dell'organo emanante ad un potere (in senso soggettivo) dello Stato diverso, le decisioni amministrative si distinguono dalle sentenze per l'autorità di cosa giudicata: le decisioni amministrative sono soggette a sindacato giurisdizionale, una volta esauriti i rimedi amministrativi (giustiziali), a differenza delle sentenze (soggette solo ai mezzi di impugnazioni giurisdizionali).

Tale nozione «ibrida» è dovuta, secondo V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 824, al fatto che la pubblica amministrazione è un ordinamento giuridico derivato: le decisioni amministrative sono esercizio della funzione giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo. Tuttavia, all'esterno, assumono la forma e il regime degli atti amministrativi.

Per E. CANNADA BARTOLI, (voce) *Decisione amministrativa*, in *Nss. Dig. it.*, vol. V, Torino, Utet, 1960, p. 269, invece, la decisione amministrativa coincide con il provvedimento amministrativo, sulla scorta della dottrina francese (che è restia alla distinzione che si sta esaminando). Giunge alla medesima conclusione P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano,

hanno eletto ad oggetto di riflessione per quest'anno⁴. In termini più analitici, in questo quadro concettuale la decisione è condizione necessaria del potere

Giuffrè, 1968, p. 105: le decisioni amministrative, pur avendo carattere *lato sensu* giustiziale, sono provvedimenti amministrativi, non riconducibili agli accertamenti costitutivi.

Per F. BENVENUTI, (voce) *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 542, l'ambito delle decisioni amministrative è ben più ampio: le decisioni amministrative trovano il loro fondamento nell'autotutela, intesa come quella parte dell'attività amministrativa funzionale a risolvere i conflitti «potenziali o attuali» tra cittadini o tra cittadini e pubblica amministrazione.

Quale che ne sia la nozione, la «decisione amministrativa» così intesa si riferisce comunque ad un tipo di atto amministrativo. È la decisione amministrativa in senso stretto.

Per altro verso, per «decisione amministrativa» si intende la combinazione di giudizio e volontà che compone un conflitto di interessi «selezionando un particolare assetto fra altri possibili» (M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 3). Assetto da attuare mediante il «programma d'azione» (F. MERUSI, G. TOSCANO, (voce) *Decisioni amministrative*, cit., p. 1) reso vincolante dalla decisione, ossia tramite la norma concreta prodotta (o le norme concrete prodotte) dalla decisione. - o se si vuole, dall'atto che esterna quella decisione. La «decisione amministrativa» così intesa si riferisce cioè alla decisione *discrezionale* (pura) presa dall'amministrazione.

L'appello alla composizione fra interessi è un inequivoco richiamo alla nozione di discrezionalità amministrativa o pura ormai dominante nel diritto amministrativo, come comparazione o ponderazione degli interessi in gioco da parte dell'amministrazione, composta da giudizio e volontà: per tutti, M. S. GIANNINI *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939. Sulla rilevanza del giudizio nella determinazione discrezionale dell'amministrazione: A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960, t. I, pp. 404 e ss.; A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 154 e ss.; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, Maggioli, 1987, t. II, pp. 786 e ss.; G. BARONE, (voce) *Discrezionalità. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, Treccani, 1989, pp. 7 e s.

Sulla «virata» della teoria del provvedimento verso la concezione della decisione, distaccandosi dall'idea (pandettistica) di atto, si veda F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80. Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, 20-22 settembre 1984*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 90 e ss. In quest'ottica si muove A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997; nonché, più di recente, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETR, 2013, pp. 139 e ss.

L'antecedente di queste concezioni è da rintracciare in H.A. SIMON, *Administrative Behavior*, New York, 1957², trad. it. a cura di S. Cimmino, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 43 e ss.

L'affermazione che la decisione è composta da giudizio e volontà è comune anche alla filosofia: ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 8III, 2, 1112 a 15 «la scelta è accompagnata da ragione, cioè da pensiero» - su cui si tornerà *infra*.

⁴ È opinione piuttosto «trasversale» che la decisione sia strettamente connessa al potere. Cfr. fra gli altri: G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, già in Id. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, Giuffrè, vol. I, 1983, ora edito come studio monografico, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 101 e ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., pp. 150 e 165; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001, pp. 226 e ss. Diverso è, però, il ragionamento che da tale premessa tali autori svolgono.

amministrativo⁵, ove per ‘decisione’ si intende la deliberazione discrezionale. Se ne deduce *more geometrico*⁶ che senza decisione (discrezionale) non v’è potere amministrativo. In altre parole, quando la norma predetermina presupposti e contenuto dell’atto, non v’è potere amministrativo: l’atto amministrativo vincolato non è espressione di potere amministrativo, in quanto atto senza decisione⁷.

Da questa affermazione si traggono alcuni rilevanti corollari.

a) Gli effetti giuridici che si fanno dipendere dall’adozione dell’atto vincolato sono invece prodotti secondo lo schema ‘norma-fatto’, non secondo lo schema ‘norma-potere-effetto’⁸, dal momento che gli atti vincolati sono atti senza potere. Nella successione di decisioni che caratterizza l’ordinamento

⁵ Condizione necessaria, ma non sufficiente: a definire il concetto di potere amministrativo concorre, infatti, anche la caratteristica «di produrre, oltre ad effetti determinati dalla legge nel contenuto, effetti il cui contenuto è viceversa determinato dalla legge con riferimento proprio alle scelte, tra le varie possibili, compiute dal soggetto titolare del potere» (G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., p. 101).

⁶ E in maniera valida dal punto di vista logico. La proposizione condizionale ‘se c’è decisione, c’è potere amministrativo’ è logicamente equivalente alla proposizione condizionale ‘se non c’è decisione, non c’è potere amministrativo’ (ove la doppia negazione si elide). L’opposto di una proposizione condizionale è, infatti, una proposizione ove la negazione figura solo nel condizionato (‘se c’è decisione, non c’è potere amministrativo’).

⁷ G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., p. 103.

⁸ La distinzione fra questi due celebri schemi è di E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in ID., *Diritto e processo*, Padova, Cedam, 1978, p. 310 (già in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, vol. I, Padova, 1972). Questa dicotomia ha ragion d’essere a livello dogmatico e deriva da tre schemi teorico-generalisti della produzione giuridica: ‘norma-potere’, ‘potere-norma’, ‘norma-fatto’, su cui E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo nell’appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 159 e ss. Questi tre «meccanismi» si trovano in una relazione circolare: la produzione dell’effetto per la ricorrenza del fatto prevista dalla norma (norma-fatto) è spiegata dalla produzione della norma da parte del potere (potere-norma), che a sua volta è spiegata dalla previsione del potere da parte di una norma (norma-potere). La circolarità tra fatto e norma così impostata si arresta al limite del giuridico, «quando si giunge al confine del diritto con la società» (p. 159).

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., p. 196, formula una distinzione per molti versi simile, fra «strategia della funzione» e «strategia delle regole». Nella strategia della funzione si «delega a qualcuno di determinare in concreto, di volta in volta, le direttive che guidano le azioni dei destinatari ultimi delle norme di condotta (poteri-PL)»; la strategia delle regole, invece, fornisce «direttamente a tali destinatari le suddette direttive, che a loro volta possono essere più o meno precise e più o meno imprecise (e che possono essere accompagnate dalla previsione di poteri-PR di un’ autorità amministrativa)». La dicotomia tra poteri-PL e poteri-PR corrisponde a quella fra disposizioni attributive di poteri, appunto disposizioni-PL e disposizioni-PR: le prime attribuiscono un potere legislativo (PL), cioè di produrre nuove disposizioni; le seconde attribuiscono un potere regolativo (PR), cioè di regolare l’applicazione di disposizioni preesistenti (ID., *op. ult. cit.*, pp. 160 e s., il quale trae la distinzione dalla teoria generale di J. RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, London, 1970, trad. it. a cura di P. Comanducci, *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 224).

giuridico e produce gli effetti giuridici⁹, cioè, la norma che predetermina integralmente l'atto amministrativo «esaurisce il potere (unitariamente e comprensivamente inteso) e non lascia spazio a poteri ulteriori»¹⁰. Tale norma esaurisce cioè ogni decisione e dunque lo spazio di produzione giuridica. L'atto vincolato ha la sola funzione di rendere operativa la norma, unica fonte degli effetti, per mezzo della corrispondenza con la fattispecie astratta: è fatto (in senso lato) giuridicamente rilevante (schema 'norma-fatto')¹¹, non atto costitutivo dei propri effetti¹².

Sicché la norma che vincola integralmente l'atto amministrativo è una norma primaria o regolativa (ossia una «norma di relazione»¹³)¹⁴ e, quindi, gli atti vincolati sono fatti bruti¹⁵, non fatti istituzionali¹⁶. Impiegando una

⁹ D. SORACE, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Ann. III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 51.

¹⁰ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., p. 1250.

¹¹ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 1250.

¹² A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 1198 (già in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, Utet, 1987, pp. 1 e ss.), precisa che l'efficacia costitutiva deve essere intesa come «rapporto di consequenzialità diretta e primaria tra un atto amministrativo e il venire in essere di una situazione soggettiva», ma senza considerare «tanto la rilevanza di effetti secondari o provvisori, quanto le vicende esecutive (di adeguamento della realtà materiale a quella giuridica)».

¹³ Secondo l'impostazione di E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, pp. 51 e ss.; ID., *Giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1957³, rist. anastatica, pp. 9 e ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., pp. 133 e ss. Sull'opposizione norme d'azione-norme di relazione cfr. F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, pp. 12 e ss.

¹⁴ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 1242 e ss.

¹⁵ Come si legge in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma*, cit., pp. 271 e ss.

¹⁶ La distinzione tra fatti bruti e fatti istituzionali può essere attribuita a J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969, trad. it. a cura di G. R. Cardona, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Torino, Bollati Boringhieri, 1976, rist. 2000, pp. 61 e ss. Fatti bruti sono i fatti materialmente possibili, rispetto ai quali il diritto pone norme di permesso, divieto o obbligo (norme primarie – in senso hartiano: H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 98 e ss. - o regolative), come l'omicidio. Fatti istituzionali, invece, sono fatti resi possibili da un particolare tipo di norme, dette norme secondarie (in senso hartiano: H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 97) o costitutive, come un contratto, una sentenza, un provvedimento amministrativo e così via: J.R. SEARLE, *op. ult. cit.*, pp. 80 e ss. A.G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, ora in A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, t. II, cit., p. 328, rileva che il paradigma fatti bruti/fatti istituzionali sia prefigurato da C. ZNAMIEROWSKI, *Podstawowe pojęcia teorii prawa. Część pierwsza: Układ prawny i norma prawna [I concetti fondamentali della teoria del diritto. Parte prima: Ordinamento giuridico e norma giuridica]*, Poznań, 1924 (pp. 73 e ss.), trad. it. parziale a cura di G. Lorini, *Atti tetrici e norme costruttive*, in P. di Lucia (a cura di), *Filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 75 e ss., nonché in G. Lorini, L. Passerini Glazel (a cura di), *Filosofie della norma*, cit., pp. 145 e ss., quando sostiene che vi sono «atti che ripetono da regole la loro costitutiva identità» (A.G. CONTE, *op.loc. ult. cit.*); e che questo paradigma sia in realtà «un mero epifenomeno d'un ben più antico paradigma: il paradigma di *nómos vs. phýsis* (o *thésis vs. phýsis*), paradigma che è ai primordi della filosofia greca»

terminologia più cara alla dogmatica «classica», gli atti vincolati sono atti in senso stretto (meri comportamenti volontari)¹⁷ presi in considerazione dall'ordinamento che vi connette effetti giuridici (alla stregua di un omicidio o del taglio del ramo dell'albero del vicino che pende nel mio giardino), non negozi (comportamenti programmatici), cioè atti che producono effetti giuridici propri per mezzo della dichiarazione di volere quegli effetti, come una legge, una sentenza, un contratto o un provvedimento amministrativo¹⁸.

(*ibidem*). In particolare Znamierowski contrappone gli atti psicofisici agli atti thetici. Un'altra distinzione corrispondente a quella 'fatti bruti - fatti istituzionali' è quella di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma- Bari, Laterza, 2007, pp. 488 e ss., fra «atti informali o naturali» e «atti formali o artificiali», sebbene questa distinzione limiti il paradigma analitico ai soli atti (cioè ai soli comportamenti volontari), escludendo dunque gli eventi (o fatti in senso stretto) dall'analisi.

La distinzione fra le due classi di regole, quelle che hanno ad oggetto comportamenti naturalmente possibili (il divieto di uccidere) e quelle che rendono possibili i comportamenti che riguardano (ad es.: le regole degli scacchi) è una distinzione ormai classica all'interno della teoria generale sulla tipologia delle norme (A.G. CONTE, *Regola costitutiva in Wittgenstein*, in F. Castellani (a cura di), *Uomini senza qualità. La crisi dei linguaggi nella grande Vienna*, Trento, 1981 (pp. 51 e ss.), ora in A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, I- studi 1965-1981, Torino², Giappichelli, 1995, p. 239, fa risalire la distinzione concettuale, ma non la denominazione, a J.A. RAWLS, *Two Concepts of Rules*, in *The Philosophical Review*, 1955, pp. 3 e ss.). Essa è complicata da una molteplicità di denominazioni eterogenee, cui spesso si accompagnano differenze concettuali: al paradigma norma costruttive/norme imperative (di C. ZNAMIEROWSKI, *Z nauki o normie postępowania*, in *Przegląd Filozoficzny*, 1927, pp. 348 e s., trad. it. a cura di G. Lorini, *Norma costruttiva ed atto thetico*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 2006, pp. 283 e ss.), si affianca quello fra regole regolative/ regole costitutive (J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., pp. 61 e ss., ove, però, la traduzione è regole *regolanti*), oltre a quella fra norme prescrittive e norme costitutive (G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit.; ID., *Metodologia giuridica*, in M. D'Antonio (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Padova, Cedam, 1990, pp. 116 e ss. In questa prospettiva, la differenza si pone in termini di contenuto della norma, più che di oggetto della regolazione: le norme imperative provocano una pressione a far fare ad un destinatario qualcosa; le norme costitutive o dispositive provocano esse stesse l'effetto desiderato- ad es. le norme di abrogazione), e così via.

D'altronde, la varietà di denominazioni, classificazioni e teorie sulle norme costitutive (o costruttive o strutturali) necessiterebbe di un'autonoma trattazione. Esse, però, si fondano tutte sulla stessa osservazione: vi sono norme che, anziché regolare comportamenti naturali, cioè imporre soltanto obblighi o divieti, rendono possibili alcune condotte, conferiscono ad esse un dato valore e sottopongono la loro estrinsecazione a determinate condizioni di validità. Sul punto, il breve ma illuminante scritto di A. G. CONTE, *Dimensioni di libertà*, in P. Di Lucia, F. Mercogliano (a cura di), *Lezioni Emilio Betti. Camerino 2001- 2005*, Napoli, Satura, 2006, pp. 7 e ss., ove si pone la distinzione nei termini più plausibili, grazie all'evocazione della metafora (kantiana) dell'aria per il volo di un uccello: essa è al contempo ostacolo per l'uccello, come anche sostegno necessario al suo volo, giacché senza di essa le sue ali non gli consentirebbero di librarsi in aria; allo stesso modo il diritto pone obblighi e divieti e rende possibili condotte che, senza di esso, non lo sarebbero.

¹⁷ A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, cit., p. 1198; G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., p. 103.

¹⁸ Le distinzioni qui evocate fra fatti in senso stretto, atti in senso stretto e negozi e parallelamente fra eventi, comportamenti volontari e comportamenti programmatici sono

Pertanto: *i*) se il provvedimento è esercizio di potere amministrativo, un fatto istituzionale (o comportamento programmatico o negozio) che costituisce effetti giuridici, l'atto vincolato non è un provvedimento¹⁹⁻²⁰; *ii*) se

rispettivamente di S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Messina, Giuffrè, 1945, pp. 3 e ss. e A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in ID., *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1999, t. II, pp. 331 e ss.

La distinzione fra fatti in senso stretto, atti in senso stretto e negozi si fonda sul ruolo della volontà. I fatti in senso lato (qualunque accadimento rilevante per il diritto) si distinguono in fatti in senso stretto e atti in senso lato: i fatti in senso stretto sono fenomeni non volontari, gli atti in senso lato sono fenomeni volontari. Gli atti in senso lato, poi, si distinguono in atti in senso stretto e negozi, a seconda di che cosa è voluto: negli atti in senso stretto la volontà riguarda il compimento dell'atto (c.d. «volontà dell'atto»), nei negozi la volontà riguarda anche gli effetti (c.d. «volontarietà degli effetti»).

Tale impostazione va integrata con la distinzione fra eventi e comportamenti, la quale guarda al profilo dei valori e degli interessi espressi dal fatto e inquadra i fatti alla luce del loro ruolo nella dinamica giuridica. Gli eventi, infatti, sono caratterizzati dal dipendere dalla necessità: non possono essere riferiti all'uomo. Tutti i fenomeni riferibili all'uomo sono invece comportamenti. Essi sono meramente materiali, quando l'interesse che li muove è un interesse attuo: l'azione in sé soddisfa l'interesse (ad esempio, il ringraziamento). Il comportamento è programmatico quando è mosso da un interesse inattuoso: l'azione è la dichiarazione «al pubblico» del giudizio di valore formulato dal soggetto. Quest'ultima dichiarazione, quando giuridicamente rilevante, è soggetta all'ordinamento che vi associa la produzione di norme giuridiche (effetti) strumentali all'attuazione del valore preferito dal dichiarante.

Per una più ampia ricostruzione e per maggiori citazioni, cfr. M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 69 e ss.

Sulla corrispondenza tra queste distinzioni e quella fra fatti bruti e fatti istituzionali si tornerà *infra*, par. 3.

¹⁹ A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione*, cit., pp. 1198 e ss.; ID., *Attività vincolata*, cit., pp. 1250 e ss.; G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., p. 103; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato*, loc. cit. Cfr., sul punto, M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012, pp. 152 e ss. L'Autore mantiene l'atto vincolato nel «perimetro» del provvedimento imputando all'atto vincolato l'effetto dichiarativo minimo. Dubita, tuttavia, della costitutività dell'atto vincolato.

²⁰ Un discorso per certi versi simile è quello civilistico a proposito dei c.d. rapporti contrattuali di fatto, sebbene esso presenti una maggiore complicazione rispetto alla questione della costitutività degli effetti dell'atto vincolato. Si tratta, infatti, di meri gesti, non di espressioni linguistiche, in ipotesi idonei a concludere un contratto. Quando si sale sull'autobus o si parcheggia l'automobile in un parcheggio a pagamento o si ottiene una bibita o un biglietto di viaggio ad una macchina automatica, o si prende della frutta esposta sul bancone di un negozio, si produce una norma giuridica (o un insieme di norme giuridiche) volte a regolare la condotta dei soggetti coinvolti (in termini di obblighi, permessi, facoltà, divieti, oneri e così via) e/o a definire le relazioni fra questi e i beni eventualmente interessati.

La dottrina si divide sulla riconducibilità di questo fenomeno al contratto. I due poli sono rappresentati da chi, come N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347 e ss., ritiene che i rapporti contrattuali di fatto siano scambi merceologici senza accordo e, quindi, altro rispetto al contratto; e da chi, come G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, pp. 525 e ss., ravvisa nel comportamento materiale delle parti offerta ed accettazione, cioè un accordo e, dunque, un contratto (in base alla norma eidetico-costitutiva ontica dell'art. 1321 c.c.). Sul punto, cfr. C. ANGELICI, (voce) *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, Treccani, 1991, *ad vocem*; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000², pp. 39 e ss.

Questi comportamenti materiali non ricadono entro la nozione di enunciazione deontica, in quanto non si avvalgono del *medium* linguistico: manca, cioè, l'enunciazione di un enunciato deontico; tuttavia v'è la produzione di uno *status* deontico.

Si possono sostenere due diverse tesi, volte a disconoscere la problematicità di questi atti rispetto al concetto di validità pragmatica.

Per un verso, si può contestare la loro capacità di produzione di norme.

La norma prodotta in questi casi è interamente prefigurata dall'ordinamento (non necessariamente dall'autorità pubblica), cioè da precedenti atti linguistici performativi. Sicché la theticità sarebbe intitolabile solo a questi ultimi, e, dunque, la performatività rimane propria dell'atto linguistico. Conseguentemente, l'atto materiale non sarebbe considerabile in termini di validità, ma di mera conformità alla fattispecie, alla stregua di un fatto bruto, sottoposto a norme primarie regolative: N. IRTI, *op. cit.*, rileva che il declino dell'accordo, necessariamente dialogico e linguistico (pp. 348 e ss.), «dissolve il contratto nella *combinazione di due atti unilaterali*: atti leciti [quindi non validi], dell'espore e del preferire, richiedenti soltanto la riferibilità ad un autore e la naturale capacità di intendere e di volere» (p. 360). Evidente l'assonanza con la tesi della scuola fiorentina circa i provvedimenti vincolati.

Questo dato induce Irti a ricondurre l'obbligazione, indubbiamente nascente dall'incontro di questi due comportamenti, alle altre fonti dell'obbligazione, previste accanto al contratto e al fatto illecito dall'art. 1173 c.c.. Conclusione che è ben lungi dall'escludere quanto si è detto nel testo: l'art. 1173 c.c. è, infatti, palesemente una norma costitutiva ontica. Un'idea simile a quella di Irti e, in verità, precedente, si rinviene in V. SCALISI, *Manifestazione in senso stretto*, cit., *passim*, pp. 530 e ss., ove questi rapporti vengono ricostruiti in termini di atti reali bilaterali.

Si può sostenere che il gesto sottintenda un'enunciazione: l'atto linguistico sarebbe implicito nel comportamento materiale e riguardo al performativo implicito si parla di validità/invalidità. La validità (pragmatica) per questi comportamenti materiali sarebbe una metonimia per la validità dell'enunciazione sottintesa. È l'idea della c.d. dichiarazione tacita che, assieme a quella espressa, esaurirebbero le forme di manifestazione giuridicamente rilevanti degli interessi umani, secondo la dottrina più risalente, a partire da C.H. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840-1856, trad. it. a cura di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Utet, III, 1900, pp. 320 e ss., come rilevato da V. SCALISI, *Manifestazione in senso stretto*, cit., p. 477 (che si veda per altri richiami). Innanzitutto, l'idea è fortemente contraddittoria (L. CAMPAGNA, *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 113; V. SCALISI, *op. ult. cit.*, p. 477, lo rilevano a proposito della dichiarazione tacita): come può un'enunciazione essere implicita (o tacita)? Essa, poi, è smentita dal fatto che l'eventuale enunciazione contraria al comportamento materiale considerato come performativo non è in grado di negare quanto prodotto dal comportamento: chi è salito sull'autobus non può sottrarsi alla conclusione del contratto di viaggio, affermando di non volerlo concludere (*protestatio contra factum non valet*) - C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 41. Cfr., in termini parzialmente difformi, V. SCALISI, *op. cit.*, pp. 504 e ss.

Un'obiezione siffatta, in realtà, sottintende una visione riduttiva della comunicazione: la comunicazione coincide con la lingua (parlata o scritta). Visione, invero, condivisa da chi riporta questi rapporti contrattuali alla conclusione del contratto per fatti concludenti, intesi come comportamenti da cui inferire secondo massime d'esperienza la volontà di concludere il contratto: per tutti, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., tomo I, pp. 346 e ss. Ma è fenomeno comunemente rilevabile che la comunicazione è anche non verbale. A. FALZEA, (*voce*) *Manifestazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Milano, Giuffrè, 1975, p. 470, sembra alludere a qualcosa del genere, quando afferma che «la dichiarazione è atto di linguaggio, scritto orale o mimico» (enfasi aggiunta), riportando questi fenomeni all'utilizzo di «segni evocativi», alla «funzione evocativa o simbolica» (ivi).

E la comunicazione non verbale, la gestualità ha tutte le funzioni che solitamente si ascrivono al linguaggio, compresa quella performativa.

La gestualità può essere descrittiva: l'individuo che deve comunicare con chi parla un'altra lingua riesce a descrivere il mondo che lo circonda grazie ai gesti; il mimo descrive (e, talvolta,

la (il)legittimità/(in)validità è la (non) conformità di fatti istituzionali (o comportamenti programmatici o negozi) alle norme costitutive (o secondarie o norme sulla normazione o meta-norme)²¹, gli atti vincolati possono essere solo (il)leciti, *scilicet* conformi o meno a norme regolative (o primarie), ma non (il)legittimi o (in)validi²².

racconta) azioni, cose, animali, etc. I gesti, come la lingua, sono in grado di comunicare un significato, in quanto intrattengono una relazione extralinguistica con stati-di-cose. I gesti possono essere apofantici.

I gesti possono, poi, essere deontici o prescrittivi: mettere verticalmente l'indice davanti alla bocca serrata prescrive l'obbligo del silenzio o il divieto di fare rumore (Questo gesto è, in realtà, un gesto performativo con contenuto prescrittivo. Il profilo sarà meglio analizzato oltre, nel prossimo paragrafo).

In questi casi, i gesti recano un riferimento ad uno stato-di-cose deontico, di cui impongono il rispetto.

I gesti, infine, possono essere performativi. Oltre ai ricordati atti giuridici che possono compiersi tramite gesti, si pensi ai c.d. «gestacci» che «performano» l'offesa, in quanto è convenzione sociale che un dato movimento corporeo abbia il valore di una particolare offesa in un determinato contesto. I «gestacci» sono tali in quanto corrispondono al *type* predisposto da una regola eidetico-costitutiva ontica, (della forma «X' ha valore di 'Y', nel contesto 'C'») di natura meramente sociale, che stabilisce per loro un significato convenzionale.

In altre parole, le tre funzioni non sono proprie della lingua, ma del linguaggio, cioè di ogni mezzo comunicativo che si avvale di simboli, siano essi fonemi, grafemi o pragmemi (atti corporei).

La performatività, allora, non è una funzione della lingua, ma della comunicazione in tutte le sue forme, ivi compresa quella non verbale.

Sicché performativi possono essere tanto atti linguistici, quanto atti materiali, in quanto per entrambi è una norma/regola eidetico-costitutiva ontica a, per l'appunto, costituirne il valore. Sembra muoversi in questa direzione la dottrina civilista che ricostruisce i comportamenti materiali che costituiscono rapporti contrattuali di fatto come comportamenti socialmente tipici: C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, pp. 40 e s. (anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

E sia degli atti linguistici quanto di quelli materiali performativi può predicarsi la validità/invalidità. Non v'è dubbio che, sotto il profilo dogmatico, la qualificazione dei gesti performativi come validi o invalidi sia problematica, giacché l'ordinamento costruisce le norme ipotetico-costitutive tenendo presente, principalmente, gli atti linguistici. Si veda, ad esempio, la difficoltà di modellare le regole di validità soggettiva dell'accordo rispetto al contratto concluso in internet, mediante accesso al sito, affrontata da L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, ESI, 2005, pp. 147 e ss.

Sicché, è possibile che questi atti siano sottoposti (si ripete: nell'ordinamento attuale) principalmente a norme costitutive in senso stretto ontiche; perciò, che di essi possa darsi una qualificazione solo in termini di esistenza e non di validità. Ma, comunque, mai solo di liceità.

²¹ Cfr., per tutti, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 21 e ss.

²² Cfr., infatti, E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 19 e ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 153 e ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma*, cit., p. 271, il quale discorre di illiceità a proposito del suo esperimento legale circa il regolamento di facoltà che impone ai professori di indossare la cravatta per fare lezione e attribuisce ad un professore il potere di autorizzare ciascuna lezione, verificato che il docente indossa la cravatta; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., p. 303, rileva che si può parlare di liceità/illiceità (e non di legittimità/illegittimità) rispetto agli atti i cui effetti sono integralmente stabiliti dalla legge e in cui all'amministrazione spetta la verifica della

b) Dal momento che nell'adozione dell'atto vincolato non v'è potere (cioè decisione) e che l'atto vincolato non ha alcun ruolo nella dinamica giuridica, l'atto vincolato è un atto meramente ricognitivo di situazioni giuridiche preesistenti alla sua adozione²³: non produce effetti giuridici, ma ne accerta la produzione. Sicché, verificatosi il condizionante dell'effetto giuridico (entrambi, condizionante e condizionato, integralmente determinati dall'ordinamento prima dell'adozione dell'atto), l'adozione dell'atto vincolato costituisce l'adempimento dell'obbligo (non del dovere²⁴) di accertare la ricorrenza degli elementi della fattispecie astratta, come avviene per le sentenze di accertamento mero²⁵.

Ad esempio, non vi sarebbe differenza tra l'accertamento giudiziale dell'usucapione e l'accertamento amministrativo della sussistenza dei presupposti per il rilascio di un'autorizzazione vincolata: l'effetto giuridico di acquisto della proprietà e di legittimazione all'esercizio dell'attività si producono, rispettivamente, con il possesso continuato per venti anni e al ricorrere dei presupposti previsti per il rilascio dell'autorizzazione (*recte*, per l'esercizio dell'attività). Nulla muta con la sentenza o con l'atto amministrativo, se non la certezza pubblica della sussistenza di situazioni giuridiche soggettive (rispettivamente, il diritto di proprietà e il diritto ad esercitare l'attività). L'illecito eventualmente lamentato dal precedente proprietario del suolo usucapito o sanzionato dall'autorità che vigila sull'attività senza autorizzazione è definitivamente «evitato» dalla dichiarazione giudiziale, nel primo caso, e amministrativa, nel secondo, che il diritto di proprietà o il diritto ad esercitare l'attività è sorto al momento del concreto verificarsi delle circostanze previste, rispettivamente, dall'art. 1158 c.c. e dalla norma che prevede l'autorizzazione.

Sicché, dinanzi all'obbligo di accertamento vi sono situazioni giuridiche soggettive a soddisfazione necessaria (*recte*, obbligatoria): non interessi legittimi, ma diritti soggettivi²⁶ sorti nel momento in cui si sono verificate nella

sussistenza delle condizioni di produzione dell'effetto (anche se tale verifica dipende da un giudizio complesso – c.d. discrezionalità tecnica).

²³ A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione*, cit., pp. 1199 e ss.

²⁴ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., pp. 1227 e ss. Cfr. anche le considerazioni di F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, par. 14.

²⁵ L. FERRARA, *op. ult. cit.*, pp. 87 e ss. Sull'equiparazione delle autorizzazioni vincolate alle sentenze di accertamento costitutivo avanzata da quest'Autore, si tornerà *infra*.

²⁶ In tal senso, senza pretesa di completezza: A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, cit., pp. 133 e ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., pp. 1252 e s.; P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Milano,

realtà materiale le circostanze elevate dall'ordinamento a fattispecie astratta di qualche effetto giuridico.

2. Esistono atti vincolati?

La più radicale critica che si possa avanzare alla tesi secondo cui l'atto vincolato non è un provvedimento consiste nel sostenere che non esistano atti amministrativi vincolati. Se lo «scetticismo sulla vincolatezza» fosse dimostrato, la tesi secondo cui l'atto vincolato non costituisce esercizio di potere amministrativo, perché all'amministrazione non residua alcuna decisione, cadrebbe sotto i colpi del rasoio di Ockham. Tale critica, cioè, mette in luce l'inapplicabilità e dunque l'inutilità di questa ricostruzione: non esistono atti amministrativi vincolati.

Lo «scetticismo sulla vincolatezza» trova ottimi argomenti nell'analisi semantica delle norme.

Generalmente, infatti, per 'atto vincolato' si intende quello interamente prefigurato dall'ordinamento²⁷. È vincolata, cioè, l'attività in cui non v'è margine di apprezzamento nella qualificazione dei presupposti dell'esercizio del potere (sia esso apprezzamento tecnico o di interessi) e circa la scelta del contenuto del provvedimento²⁸⁻²⁹, per effetto di norme cui l'amministrazione non può (legittimamente) derogare, quale che ne sia la fonte³⁰.

L'opinabilità nel momento conoscitivo dell'attività dell'amministrazione (ossia dell'accertamento o apprezzamento, a seconda dei casi, dei presupposti)

1996, p. 161; L. FERRARA, *Diritti soggettivi*, cit., pp. 37 e ss.; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 255 e ss.

²⁷ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 209; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., p. 1214; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 3 e s.; D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., p. 52.

²⁸ D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., p. 53; L. FERRARA, *Diritti soggettivi*, cit., p. 5. Cfr., però, P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 255 e ss., il quale ritiene vincolato anche il provvedimento i cui presupposti debbano essere apprezzati tramite giudizi complessi, ossia anche nel caso della c.d. discrezionalità tecnica, dal momento che anche in caso di giudizi complessi all'amministrazione spetta solo l'accertamento delle condizioni di produzione dell'effetto giuridico.

²⁹ E, quindi, circa la preferenza sul fine concreto da perseguire: A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione*, cit., pp. 1201 e s.

³⁰ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., par. 13.

dipende dalla vaghezza³¹ o, se si preferisce, dall'indeterminatezza³² della

³¹ I concetti o termini vaghi sono capaci di determinare il proprio riferimento ma solo entro un certo grado: sono il medio fra termini univoci ed equivoci (A. KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus*, Heidelberg, 1982², [1965¹], trad. it. a cura di G. Carlizzi, *Analogia e natura della cosa: un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli, Vivarium, 2004, p. 45; E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Macerata, Quodlibet, 2005, rist. [Bologna, 1968¹], p. 312.). In altre parole, sono vaghi i concetti per i quali non è sempre determinabile se essi possano riferirsi ad un dato stato-di-cose (N. ABBAGNANO, *Vago*, in ID., *Dizionario*, cit., p. 1140; L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe*, cit., p. 155). Tale indeterminatezza non deriva dall'ignoranza dell'interprete o dall'indisponibilità di informazioni sufficienti a distinguere ciò che presenta le proprietà del concetto e ciò che non le presenta. L'indeterminatezza c'è perché è impossibile che le regole di significazione risolvano tutte le questioni sull'uso delle parole. C.S. PEIRCE, *Vague*, in J. M. Baldwin (a cura di), *Dictionary of Philosophy and Psychology*, New York- London, MacMillan, vol. II, 1902, II, p. 748 definisce con molta chiarezza la vaghezza: «A proposition is vague when there are possible states of things concerning which it is intrinsically uncertain whether, had they been contemplated by the speaker, he would have regarded them as excluded or allowed by the proposition. By intrinsically uncertain we mean not uncertain in consequence of any ignorance of the interpreter, but because the speaker's habits of language were indeterminate; so that one day he would regard the proposition as excluding, another as admitting, those states of things. Yet this must be understood to have reference to what might be deduced from a perfect knowledge of his state of mind; for it is precisely because these questions never did, or did not frequently, present themselves that his habit remained indeterminate». Cfr. anche C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p.3; E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 360 e ss.

Tale impossibilità è, per così dire, endemica: tutti i termini non singolari e non analitici delle lingue naturali sono vaghi: C. LUZZATI, *op. cit.*, p. 5. In positivo, sono vaghi tutti i termini che coinvolgono la percezione di qualità sensibili (M. BLACK, *Vagueness. An Exercise in Logical Analysis*, in *Philosophy of Science*, 1937, pp. 430 e 434). e, a maggior ragione, di qualità non sensibili (assiologiche, psicologiche, e simili). Tuttavia, la vaghezza si presenta con diversa intensità: vi sono termini molto vaghi e termini poco vaghi (C. LUZZATI, *op. cit.*, p. 4). Questo genere di vaghezza è denominato «vaghezza di grado»: gli stati-di-cose cioè presentano le caratteristiche dei concetti vaghi entro un certo grado. È il caso del divieto di demolire la cubatura abusiva qualora l'abuso non sia significativo.

Accanto alla vaghezza di grado, la riflessione semantica (per primo W.P. ALSTON, *Philosophy of Language*, Prentice-Hall, 1964, trad. it. *Filosofia del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1971, pp. 139 e ss.) ha distinto la vaghezza combinatoria che si ha per effetto di una combinazione di caratteristiche, risultando pluridimensionale. Essa è rappresentata al caso in cui un medesimo significato si riferisce a più entità, connotate da diverse caratteristiche, l'una rispetto all'altra: ad esempio, il termine 'T' si riferisce a 'X', che ha le caratteristiche 'a' e 'b'; a 'Y', che ha le caratteristiche 'a' e 'c'; a 'Z', che ha le caratteristiche 'b' e 'c'. Nessuna caratteristica connota tutte le entità cui si riferisce il termine. Per questo il termine è vago in senso combinatorio: «combina» le diverse caratteristiche in maniera alternativa, senza che nemmeno una di loro sia condizione necessaria per il riferimento corretto.

I termini equivoci o ambigui sono, invece, incapaci di determinare il proprio riferimento a causa di omonimia o polisemia (C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 46). Sono omonimi o polisemici i concetti che hanno più intensioni concorrenti fra loro, secondo una definizione risalente ad Ockham (cfr. N. ABBAGNANO, *Univoco ed equivoco*, in ID., *Dizionario di filosofia*, cit., p. 1132). Omonimia e polisemia, però, non sono sufficienti a determinare l'equivocità. Il contesto, infatti, può limitare o eliminare l'omonimia e la polisemia (C. LUZZATI, *op. cit.*, pp. 46 e s.). Sicché, equivoci o ambigui sono i concetti incapaci di determinare anche solo in maniera approssimativa il proprio riferimento in

fattispecie astratta che definisce i presupposti che legittimano l'adozione di un certo atto.

Come si è già avuto modo di precisare in altre sedi³³, infatti, la qualificazione di uno stato-di-cose alla luce di una fattispecie astratta è l'instaurazione di una relazione semantica fra questi due poli: lo stato-di-cose è un corretto riferimento extralinguistico del segno (o significante) della fattispecie astratta, ossia appartiene alla classe di stati-di-cose definita da quella fattispecie (sussunzione), perché presenta tutte le caratteristiche del concetto che delimita quella classe (metessi). Quando la fattispecie astratta è vaga, l'instaurazione di tale relazione semantica è una decisione: la scelta di tralasciare

un dato contesto (Sicché, equivoci o ambigui sono i concetti incapaci di determinare anche solo in maniera approssimativa il proprio riferimento in un dato contesto). Ad esempio, se si considera il termine 'fiera' in modo isolato, esso può riferirsi tanto ad un 'animale feroce' quanto ad un 'grande mercato'. Tuttavia, esso è ambiguo nella proposizione 'Incontro sulla mia strada una fiera', ma non nella proposizione 'Ogni anno in paese ha luogo una fiera' o in 'Ho ucciso una fiera' (l'esempio è tratto da C. LUZZATI, *op. ult. cit.*, p. 47). : la prima proposizione rimane sensata sia che a 'fiera' si sostituisca 'animale feroce' sia che vi si sostituisca 'grande mercato'; la seconda proposizione è sensata solo se a 'fiera' si sostituisce 'grande mercato'; la terza proposizione è sensata solo se a 'fiera' si sostituisce 'animale feroce'.

L'equivocità o l'ambiguità impedisce la metessi: senza sapere se in quel dato contesto 'fiera' vuol dire 'animale feroce' o 'grande mercato' non si saprà mai, ad esempio, se la norma che permette di sparare un colpo in aria dinanzi ad una fiera possa essere applicata nell'uno o nell'altro caso. Tuttavia, l'ambiguità è eliminabile attraverso una prestazione ermeneutica (L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ars interpretandi*, 1998, p. 159 - che riprende una tesi di E. Betti). E, nel momento in cui è eliminata, conduce o ad un concetto univoco o ad un concetto vago.

³² Sull'equivalenza tra indeterminatezza e vaghezza, per tutti: A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, pp. 4 e ss.; E. FABIANI, (voce) *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, Annali V, 2012, p. 184; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 311 e s.. Probabilmente, la fallace distinzione tra indeterminatezza e vaghezza è stata agevolata dalle traduzioni delle opere dei giuristi tedeschi. I teorici del diritto e i dogmatici tedeschi (specialmente gli amministrativisti) fanno largo uso delle espressioni '*unbestimmte Begriff*' e '*unbestimmte Rechtsbegriff*', tradotti solitamente con 'concetto indeterminato' e 'concetto giuridico indeterminato'. Tuttavia, '*unbestimmt*' significa 'indeterminato' nel senso di 'vago' (cfr. N. ABBAGNANO, *Vago*, in ID., *Dizionario*, cit., p. 1140). Sicché ogni volta che si parla di concetti indeterminati, si parla di concetti vaghi.

Non a caso, la prospettiva tedesca circa i concetti indeterminati replica l'analisi della vaghezza di stampo analitico anglosassone, di cui il più noto esponente è H.L.A. HART, *The Concept of Law*, London, 1961, trad. it. a cura di M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, pp. 146 e ss. P. HECK, *Begriffbildung und Interessenjurisprudenz*, in ID., *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, Mohr, 1932² (1912¹), pp. 53 e 60; ID., *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, *ivi*, p. 173, infatti, distingue tra «nucleo del concetto» («*Begriffkern*») e «alone del concetto» («*Begriffhof*»), come Hart distingue tra «*core*» e «*penumbra*».

³³ F. FOLLIERI, *Correttezza (Richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 285 e ss.; ID., *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, Cedam, 2017, pp. 154 e ss.

l'inevitabile quota di dissimilarità tra concetto e stato-di-cose, per sussumerlo nella classe definita dal concetto.

Tale decisione manca (*rectius* è stata già presa «altrove») quando la fattispecie astratta è un termine (o sintagma) univoco. I termini univoci, infatti, sono capaci di determinare con esattezza *a priori* il proprio riferimento extralinguistico. I termini univoci esprimono la relazione semantica in modo netto: o lo stato-di-cose presenta quella caratteristica (o quelle caratteristiche) oppure no (metessi); o lo stato-di-cose è l'unico referente ammesso di quel termine oppure no (sussunzione). *Tertium non datur*. Ed esprimono questa relazione in modo netto perché tale relazione è stata posta da qualcun altro in un altro momento.

Sono tali in senso stretto solo i termini analitici, ossia matematici (come i numeri - «diciotto mesi», «l'80% del fatturato», «dieci metri»)³⁴, ove la convenzione che li ha posti non può essere discussa da nessuno che ne faccia applicazione. Sono in un certo senso univoci anche i termini singolari, cioè quelli che hanno come riferimento un solo stato-di-cose, almeno al momento in cui vengono impiegati (l'automobile del certo tipo targata «XY891»; il Sindaco del Comune di Urbino; il Presidente della Repubblica), tanto che «il nome fa le veci dell'oggetto nella proposizione»³⁵. In questi casi, la decisione è quella presa al momento dell'attribuzione del nome o della carica o del numero di targa (negli esempi appena portati). Decisione altrettanto convenzionale (come per il numero di targa) o comunque generalmente sottratta a chi fa applicazione della norma che presuppone tali decisioni (come quella sull'elezione del Sindaco o del Presidente della Repubblica, per chi applica norme che presuppongono tale carica).

Perché l'amministrazione sia vincolata nella qualificazione dei presupposti (*scilicet*, perché all'amministrazione non residui alcun margine di decisione), la norma dovrebbe, dunque, impiegare solo termini univoci per descriverne il modello legale.

L'amministrazione è, invece, vincolata nel momento «dispositivo», cioè

³⁴ A. KAUFMANN, *Analogie*, cit., p. 45.

³⁵ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. it. a cura di A.G. Conte, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, Torino, Einaudi, 1995, 3.22. Non a caso, secondo B. RUSSELL, *Logic and Knowledge. Essays 1901-1950*, New York, MacMillan 1956, p. 198 (che sostiene la tesi monistica del significato come estensione), il linguaggio ideale è quello in cui non v'è alcun vocabolario, ma solo sintassi. In quel linguaggio, infatti, ogni termine corrisponde ad un oggetto e viceversa: cioè in quel linguaggio ogni termine è individuale e, dunque, puramente denotativo o estensionale.

nella decisione degli effetti dell'atto quando la norma stabilisce: a) un nesso di condizionalità sufficiente tra il ricorrere dei presupposti e gli effetti giuridici (*l'an*) e b) predetermina gli effetti giuridici in ogni loro aspetto (*quantum, quomodo, quando* e così via). In questa configurazione, infatti, una volta qualificate le circostanze concrete alla luce (della fattispecie astratta) dei presupposti, all'amministrazione non resta che dedurre la produzione degli effetti giuridici previsti dalla norma³⁶.

Mentre la vincolatezza nel momento dispositivo è semanticamente possibile, la vincolatezza nel momento conoscitivo è semanticamente impossibile.

Alcune fattispecie astratte si avvalgono di termini analitici, principalmente per «quantificare» la realtà: misure di tempo ('entro sessanta giorni', 'dalle 7 alle 19', 'cinque anni'), di distanza ('dieci metri'), di velocità ('130 km/h'), di quantità ('tre o più figli'), *et similia*. Senza misurazioni di questo genere, ad esempio, non si potrebbe dire con certezza ('aut-aut') se può essere rilasciato il permesso di costruire un fabbricato la cui parete sia distante 9,2 metri dalla parete finestrata dell'edificio di fronte (ai sensi dell'art. 9, n.2, d. m. 2 aprile 1968 n. 1444).

Talvolta le fattispecie astratte presentano anche termini individuali o espressioni di riferimento singolare, sebbene di solito non per stabilire i presupposti di un provvedimento. Ad esempio, l'art. 54, c. 2, del d.lgs. 267/2000 (Testo Unico degli Enti Locali) attribuisce al Sindaco il potere di emettere ordinanze atipiche, in casi contingibili ed urgenti. 'Sindaco' è un termine con riferimento singolare: in un preciso momento il Sindaco di un dato Comune è uno solo, non ci sono dubbi su chi può esercitare quel potere³⁷.

In questi casi la fattispecie astratta è univoca?

La fattispecie astratta sarebbe univoca se fosse composta esclusivamente da termini analitici o individuali. Tuttavia, a questi termini si accompagnano sempre termini che descrivono la realtà «quantificata» dal termine analitico o il comportamento permesso, obbligato o vietato all'individuo (persona fisica o giuridica o anche solo organo) cui fa riferimento il termine individuale. Queste descrizioni coinvolgono necessariamente la percezione di qualità sensibili o

³⁶ Per la distinzione tra questi due «momenti» della decisione amministrativa (e fra questi e il momento teleologico, ossia della decisione sul fine) e per le opportune citazioni, sia consentito nuovamente rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., pp. 418 ss.

³⁷ Gli esempi potrebbero moltiplicarsi: quasi tutte le norme che conferiscono poteri pubblicitari fanno riferimento ad una sola persona o ad un solo organo o ad un solo ente (a seconda che si tratti di ripartizioni di competenze o attribuzioni).

meno (assiologiche, psicologiche, etc.), utilizzano cioè termini vaghi. Sicché è impossibile che una fattispecie sia costituita esclusivamente da concetti analitici (*rectius*, da concetti di misura) o da termini singolari o da concetti analitici e termini singolari: la fattispecie astratta nel suo insieme è un concetto vago, sebbene alcuni dei termini che la compongono possano essere univoci³⁸.

Nei precedenti esempi, l'attribuzione al Sindaco del potere di ordinanza contempla il tipo di provvedimento: si può dire con certezza 'aut-aut' se il provvedimento adottato è un'ordinanza contingibile ed urgente? È un problema di qualificazione: 'ordinanza contingibile ed urgente' è un concetto vago. Lo stesso può dirsi per la norma sulla distanza fra fabbricati: ad esempio, quando si può dire che una delle due pareti degli edifici vicini è una 'parete finestrata'? È finestrata la parete con «vedute» o è sufficiente che la parete presenti una «luce» o una porta³⁹? Fa parte della parete e, quindi, deve rispettare la distanza anche la sporgenza per abbellimento? Le due pareti devono essere parallele⁴⁰? E così via. «Se a questo profilo si aggiunge che anche l'interpretazione delle norme che disciplinano il potere è una decisione⁴¹, non resta che aderire allo «scetticismo sulla vincolatezza»⁴²: i poteri totalmente vincolati sono ipotesi

³⁸ A. KAUFMANN, *Analogie*, cit., pp. 46 e ss.; W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., pp. 178 e ss., anche se essi parlano di 'tipo'. Secondo J.M. BOCHENSKI, *Formale Logik*, Freiburg i.B., K. Alber, 1956, pp. 205 e ss. e G. FREGE, *Logica e aritmetica*, cit., p. 501, infatti, solo i concetti univoci meritano il nome di «concetti». Da ciò deriva che i concetti vaghi dovrebbero essere denominati 'tipi' (come fanno, per l'appunto, Kaufmann e Hassemer). La confusione che l'utilizzo del termine 'tipo' comporterebbe in questa indagine a causa della sovrapposizione con la nozione di tipo in uso nella dogmatica giuridica, ci suggerisce di usare il termine 'concetto' in senso lato.

³⁹ Si pongono questi dubbi, fra moltissime, TAR Puglia, Lecce, sez. III, 28 settembre 2012 n. 1624; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 7 giugno 2011 n. 1419; TAR Piemonte, 10 ottobre 2008 n. 2565; TAR Toscana, sez. III, 4 dicembre 2001 n. 1734.

⁴⁰ Su questi due profili possono citarsi, a titolo d'esempio, Cons. Stato, sez. IV, 2 novembre 2010 n. 7731 e TAR Puglia, Bari, sez. III, 22 giugno 2012 n. 1235.

⁴¹ E' una tesi che ormai domina in ogni «famiglia» di teorie del diritto, inclusa quella positivista. Sul punto sia consentito rinviare nuovamente a F. FOLLIERI, *Correttezza (Richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 271 e ss.

⁴² Lo stesso accade se si ritiene che anche la decisione discrezionale sia un'operazione ermeneutica. In questo caso, infatti, non ha senso distinguere tra discrezionalità e vincolatezza: esse sono accomunate dal medesimo margine di opinabilità. L. BENVENUTI, *La discrezionalità*, Padova, Cedam, 1986, pp. 306 e ss. Se ne trae che anche l'interpretazione delle norme attributive e regolative di poteri vincolati può essere sindacato per eccesso di potere: F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa 'non discrezionale'*, Napoli, Jovene, 1991, *passim*, part. pp. 183 e ss. E venute meno le premesse teoriche per la distinzione tra vincolatezza e la discrezionalità vengono meno anche le questioni relative alla pretesa assenza del potere rispetto agli atti vincolati: cfr. E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, ora in ID., *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2015, pp. 440 e ss. (ma già in *Dir. dell'ec.*,

di scuola⁴³, casi creati *ad hoc* dalla riflessione giuridica per i suoi esercizi dogmatici - quelli che una certa parte della filosofia contemporanea chiama «esperimenti di pensiero».

Tuttavia, la nozione di ‘atto vincolato’ o di ‘attività vincolata’ è a sua volta una fattispecie astratta vaga, un concetto di diritto positivo⁴⁴. Impiegano questi sintagmi l’art. 21 octies, co. 2, l. n. 241/1990 (che vieta l’annullamento del provvedimento per violazione di norme formali o procedurali «qualora, *per la natura vincolata del provvedimento*, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato») e l’art. 31, co. 3, c.p.a. («Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio *solo quando si tratta di attività vincolata*»), mentre ne riporta la nozione l’art. 19, co. 1, l. n. 241/1990, per delimitare i casi in cui all’autorizzazione si sostituisce la SCIA («ogni atto di autorizzazione [...] il cui rilascio *dipenda esclusivamente dall’accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale*»).

Il concetto (vago) di ‘atto vincolato’ trova concretamente applicazione per il tramite di decisioni dell’interprete, mediate o facilitate dalla tradizione dogmatica (dottrinale e giurisprudenziale - cioè dalle decisioni di questi «formanti» del diritto obiettivo): nonostante non si riscontrino in concreto casi identici al concetto di ‘atto vincolato’ (perché l’identità non può esservi tra casi concreti e concetti vaghi), decidiamo di tralasciarne la dissimilarità, cioè di assimilarli al concetto di ‘atto vincolato’ - come accade per ogni fattispecie astratta⁴⁵.

Sulla base di questo «scetticismo debole sulla vincolatezza», dunque, non esistono atti vincolati prima che così vengano qualificati dalla tradizione⁴⁶ o da singole decisioni. Tuttavia, a questi atti, cioè a quegli atti ritenuti sufficientemente simili al concetto di ‘atto vincolato’, la tesi esposta nel paragrafo precedente risulta applicabile e, dunque, utile alla dogmatica dell’atto amministrativo. Lo scetticismo debole sulla vincolatezza «risparmia» l’idea dell’atto vincolato come

1998, pp. 503 e ss.), ove si nota anche che la risoluzione della discrezionalità nella vincolatezza comporta il risultato opposto (p. 441).

⁴³ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1989, pp. 317 e ss. Cfr. anche l’esposizione di G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., pp. 315 e s., nota 140.

⁴⁴ Lo rileva M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 128.

⁴⁵ Sia consentito ancora rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., pp. 220 ss., per una più ampia argomentazione di questo profilo, nonché per i riferimenti bibliografici.

⁴⁶ Cfr., ad esempio, l’elencazione di G. BERGONZINI, *L’attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, pp. 106 e s.

atto senza decisione (e senza potere) dal rasoio di Ockham.

3. Costitutività, potere, provvedimento.

A) Alla tesi secondo cui l'atto amministrativo vincolato è un mero atto, senza decisione e dunque senza potere, è stato obiettato che se l'amministrazione non *decide* di porre in essere l'atto vincolato l'effetto giuridico non si produce⁴⁷, sebbene all'amministrazione non residui nessun'altra decisione.

In questo quadro, l'adozione di un atto con un determinato contenuto è condizione sufficiente all'ampliamento o alla restrizione della sfera giuridica del destinatario: l'ordinamento *prefigura* quell'effetto, ma solo l'atto amministrativo lo produce⁴⁸. In altre parole, le prescrizioni e le eventuali norme dispositive «condizionate» da un atto vincolato «nascono» (o almeno diventano efficaci) con l'adozione dell'atto, non da quando si verificano i presupposti per la sua adozione⁴⁹. Tale obiezione, cioè, fa leva sulla costitutività, quale carattere del potere⁵⁰ e dell'atto⁵¹.

Ad esempio, in questa ricostruzione il permesso di esercitare l'attività soggetta ad autorizzazione vincolata sorge al rilascio dell'autorizzazione, non quando vengono ad esistenza i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione; tanto che quell'attività fino al rilascio dell'autorizzazione è espressamente vietata dall'ordinamento (divieto per la cui violazione è prevista l'irrogazione di una sanzione, amministrativa o addirittura penale). E il divieto contraddice il permesso: ciò che è permesso non può essere al contempo vietato (e viceversa).

L'esempio degli atti restrittivi vincolati è ancora più significativo⁵² - anche

⁴⁷ F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., p. 34; E. CASETTA, (voce) *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 251. Su questi profili, cfr. anche A. FABRI, *I diritti soggettivi non patrimoniali nel pubblico impiego*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, pp. 599 e ss. (che privilegia la chiave di lettura del problema offerta dalle situazioni giuridiche soggettive del destinatario dell'atto).

⁴⁸ F.G. COCA, *La teoria del provvedimento amministrativo*, cit., par. 14.

⁴⁹ F.G. COCA, *La teoria del provvedimento amministrativo*, loc. ult. cit.

⁵⁰ G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., p. 101

⁵¹ G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 65.

⁵² F.G. COCA, *La teoria del provvedimento amministrativo*, cit., par. 15, ritiene che l'eventualità di atti restrittivi vincolati sia un argomento a favore della sua tesi - dal momento che gli atti restrittivi non possono che essere imperativi.

L'esempio degli atti restrittivi vincolati, è bene precisarlo fin da subito, è legittimo nell'impostazione teorico-generale da cui discende la tesi dell'atto vincolato come atto senza decisione: se il potere è decisione e l'atto vincolato è atto senza decisione (già presa dall'ordinamento) e dunque è atto senza potere, la natura degli effetti dell'atto non dovrebbe

perché le autorizzazioni vincolate sono ormai *rarissimae aves*, per effetto dell'art. 19 l. n. 241/1990⁵³.

Si consideri l'art. 7 l. n. 515/93. Tale disposizione prevede che il Collegio Regionale di Garanzia Elettorale irroghi una sanzione pecuniaria nel caso in cui il candidato abbia speso per la campagna elettorale una somma superiore a 52.000,00 Euro per ogni circoscrizione, limite aumentato di 0,01 Euro per ciascun residente nella circoscrizione. Si immagini che la sanzione sia prevista in misura fissa, oppure (più verosimilmente e a garanzia della proporzionalità di questa pena immaginaria) in progressione matematica rispetto alla spesa elettorale superiore al limite - ad esempio il doppio della somma spesa in eccesso.

L'ordinanza di ingiunzione al pagamento non costituisce l'illecito elettorale, come del resto accade per ogni presupposto di qualunque provvedimento amministrativo: l'antigiuridicità della condotta preesiste all'adozione dell'ordinanza sanzionatoria. La somma dovuta dal candidato può essere calcolata da chiunque, conoscendo la somma spesa in eccesso: è sufficiente una banale deduzione o una semplice moltiplicazione (cioè senza alcuna decisione). Tuttavia, qualora il candidato versasse l'ammontare della sanzione prima dell'adozione dell'ordinanza ingiunzione, tale pagamento sarebbe indebito. E, dunque, potrebbe essere ripetuto dal candidato e, forse, compensato con la sanzione una volta che l'ordinanza ingiunzione sia stata adottata.

Ancora più probante è il caso del decreto d'esproprio. Il decreto d'esproprio, infatti, è atto meramente esecutivo di quanto stabilito in precedenti provvedimenti: il vincolo preordinato all'esproprio e/o la dichiarazione di pubblica utilità definiscono l'oggetto dell'espropriazione, l'opera da realizzarvi, il termine entro cui espropriare e così via. Tuttavia, fino a che il decreto d'esproprio non viene adottato, l'effetto traslativo della proprietà o di altro diritto reale del destinatario a favore dell'amministrazione beneficiaria (cioè la norma dispositiva che effettua il trasferimento) non si produce. Infatti, per i terreni oggetto di vincolo preordinato all'esproprio si parla di espropriazione sostanziale prima dell'adozione del decreto d'esproprio (per via di tutte le limitazioni all'esercizio del diritto di proprietà che il vincolo produce, senza

mettere in crisi in alcun modo il ragionamento. Anzi, il campo degli atti restrittivi vincolati ne è un banco di prova essenziale.

⁵³ Per la considerazione, cfr. D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., p. 91, che ne fa una caratteristica del regime dell'atto vincolato.

sottrarre il diritto di proprietà al destinatario)⁵⁴ e la costruzione dell'opera senza decreto d'esproprio è un'illecita occupazione di terreno altrui⁵⁵.

Secondo l'obiezione in esame, ciò conferma l'efficacia costitutiva dell'atto vincolato: l'ordinamento riserva all'amministrazione la produzione dell'effetto giuridico⁵⁶. E l'ordinamento presidia tale riserva anche sul versante della tutela del cittadino nei confronti dell'atto vincolato. L'ordinamento permette al giudice solo di «costringere» l'amministrazione ad adottare l'atto vincolato - un tempo tramite «un tortuoso percorso»⁵⁷ (azione di annullamento o avverso il silenzio, azione di ottemperanza con nomina di commissario *ad acta*), attualmente tramite modalità un po' meno tortuose (l'azione di adempimento, esperita contestualmente all'azione di annullamento o all'azione dichiarativa dell'obbligo di provvedere - comunque seguita dall'ottemperanza in caso di inadempimento della condanna a provvedere). Al giudice, invece, è vietato sostituirsi all'amministrazione nella produzione dell'effetto⁵⁸.

Tale assetto comporta la distinzione tra decisione e provvedimento: la prima attinente alle sole scelte discrezionali, il secondo quale «riepilogo» della decisione così intesa e momento di produzione dell'effetto⁵⁹. Mentre l'adozione del provvedimento spetta sempre all'amministrazione, non sempre la decisione è presa dall'amministrazione o non sempre è presa dall'amministrazione al momento dell'adozione del provvedimento (c.d. auto-vincolo).

In questo quadro, l'atto vincolato è un provvedimento amministrativo al pari degli altri, non tanto perché anche nell'atto vincolato si ravvisa una decisione (se non quella di adottare l'atto), ma perché il provvedimento viene ricostruito come la mera esternazione della decisione, sia essa presa dall'ordinamento o dall'autore dell'atto. Ciò consente, tuttavia, di concludere che l'atto vincolato è un atto precettivo, dunque qualificabile anche in termini di 'legittimità/illegittimità', e dinanzi al quale vi sono solo interessi legittimi (pretensivi o oppositivi, a seconda dei casi).

⁵⁴ Cfr. E. ROMANO, *La fase della sottoposizione del bene al vincolo*, in C. Guacci, S. Perongini (a cura di), *Profili giuridici dell'espropriazione per pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 56 e s.

⁵⁵ Cfr. C. GUACCI, *L'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*, in C. Guacci, S. Perongini (a cura di), *Profili giuridici dell'espropriazione per pubblica utilità*, cit., pp. 133 e ss.

⁵⁶ F.G. COCA, *La teoria del provvedimento*, cit., par. 14 e s.

⁵⁷ F.G. COCA, *La teoria del provvedimento*, cit., par. 14.

⁵⁸ Salvi i casi di giurisdizione estesa al merito - argomento ex art. 7, co. 6, c.p.a.

⁵⁹ F.G. COCA, *La teoria*, cit., par. 15; più di recente F. VOLPE, *La distinzione tra atto amministrativo discrezionale e atto vincolato (tra giurisdizione di legittimità e merito)*, in *www.giustamm.it*, 2016, pp. 2 e ss.

A tale ricostruzione è stato obiettato che l'atto vincolato così inteso, pur essendo costitutivo e riservato (almeno in prima battuta) all'amministrazione, resta un mero atto, non un atto precettivo⁶⁰. In quest'ordine di idee, sebbene l'adozione dell'atto vincolato condizioni l'effetto, l'atto vincolato comunque si limita a riconoscere la sussistenza degli elementi della fattispecie astratta: l'amministrazione è titolare di una riserva di accertamento costitutivo, conferitale dall'ordinamento. Tuttavia, a tale «potere» di accertamento costitutivo (potere solo per la sua portata costitutiva) corrisponde non un interesse legittimo, ma un diritto soggettivo: una pretesa a soddisfazione necessaria (*recte*, obbligatoria), da soddisfare per il tramite dell'accertamento dell'amministrazione - un «diritto soggettivo ad accertamento amministrativo»⁶¹.

B) A ben vedere, le due prospettive appena contrapposte non sono così lontane. Esse differiscono per le nozioni di 'potere', 'provvedimento' e 'interesse legittimo', non per come intendono l'atto vincolato. Infatti, la prima tesi (atto vincolato come provvedimento) pone l'accento sulla costitutività per definire 'potere' e 'provvedimento' e ritiene che sia 'interesse legittimo' ogni situazione giuridica soggettiva oggetto di potere amministrativo (ossia la cui soddisfazione dipende dall'esercizio di potere amministrativo). Sicché, l'atto vincolato è esercizio di potere amministrativo e, dunque, un provvedimento, per via della sua costitutività, mentre al cittadino è intestato un interesse legittimo, dal momento che la sua pretesa può essere soddisfatta solo tramite l'esercizio del potere (costitutivo). La seconda tesi (atto vincolato come accertamento costitutivo) enfatizza la decisione per definire 'potere' e 'provvedimento' e ritiene che 'interesse legittimo' sia la situazione giuridica soggettiva non solo (e non tanto) oggetto di potere amministrativo, ma a soddisfazione eventuale. Sicché l'atto vincolato, sebbene costitutivo, non è esercizio di potere, dunque non è un provvedimento e al cittadino è intestato un diritto soggettivo (ancorché la sua soddisfazione passi per un atto amministrativo costitutivo).

Entrambe le prospettive si fondano sull'assunto, cioè, che nell'adozione dell'atto vincolato all'amministrazione sia rimessa in via esclusiva (Scoca) o in via prioritaria (Ferrara) la mera decisione dell'*an* dell'effetto, di far divenire vigente l'effetto integralmente stabilito dall'ordinamento per quella singola vicenda concreta. Tuttavia, nel primo caso l'atto vincolato è considerato un atto precettivo, nel secondo caso è considerato un mero atto.

⁶⁰ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 53 e ss.

⁶¹ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 72 e ss.

Tale incongruenza è dovuta ad un difetto di analisi imputabile alle distinzioni tradizionali tra atti in senso stretto e negozi o tra meri comportamenti e comportamenti programmatici.

La costitutività dell'atto vincolato dipende infatti dal suo essere un fatto istituzionale, ossia un fatto che è reso possibile e che ha significato solo alla luce delle norme secondarie o costitutive: è costitutivo in quanto *performativo*, in quanto «fa cose con parole», effettua il suo significato («vi dichiaro marito e moglie»), è un atto linguistico (*speech act*)⁶². Tuttavia, all'interno del novero dei fatti istituzionali si distinguono le «decisioni» e gli «atti puramente costitutivi»⁶³. 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»⁶⁴. Gli atti puramente costitutivi, al pari delle decisioni, sono performativi, cioè attuano o effettuano il loro significato (perché fatti istituzionali); tuttavia «tale significato non è rimesso [...] alla volontà - autonoma, o discrezionale o vincolata - degli autori degli atti, ma è rigidamente prestabilito dalle norme ipotetico-costitutive che lo predispongono»⁶⁵. Detto altrimenti, possono essere costitutivi anche atti nei quali la volontà ha ad oggetto solo il comportamento (l'enunciare un dato enunciato performativo) e che per questa ragione potrebbero essere ricondotti agli atti in senso stretto o ai meri comportamenti⁶⁶. Tali atti rientrano nella classe degli atti puramente costitutivi.

Sicché, se ciò che distingue l'atto vincolato dall'atto discrezionale è la decisione degli effetti, l'atto vincolato è un atto puramente costitutivo (perché atto senza decisione degli effetti), mentre l'atto discrezionale è una decisione. Tuttavia, entrambi sono fatti istituzionali e, dunque: *z*) costitutivi, sebbene all'atto

⁶² Cfr. *supra*, par. 1, in nota per la distinzione fra fatti bruti e fatti istituzionali e le relative definizioni.

⁶³ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 507 e ss.

⁶⁴ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 509.

⁶⁵ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 509. Va precisato, tuttavia, che Ferrajoli considera costitutivi questi atti per due ragioni: innanzitutto perché sono produttivi di norme giuridiche e, poi, perché pongono norme costitutive, ossia dispositive. Gli atti puramente costitutivi per Ferrajoli, cioè, sono atti esclusivamente performativi: non pongono alcuna prescrizione, ma solo norme per così dire *self-executing*.

⁶⁶ Volendo instaurare una corrispondenza fra questa distinzione e quelle «classiche» di Pugliatti e Falzea già citate, si potrebbe immaginare un paradigma analitico di questo genere. I fatti bruti sono solo fatti in senso stretto o eventi, atti giuridici in senso stretto o meri comportamenti. Fatti istituzionali, invece, possono essere tanto atti in senso stretto o meri comportamenti, quanto negozi o comportamenti programmatici: i fatti istituzionali corrispondenti agli atti in senso stretto/meri comportamenti sono atti costitutivi in senso stretto, mentre i fatti istituzionali corrispondenti ai negozi/comportamenti programmatici sono decisioni.

vincolato sfugga il dominio degli effetti da esso costituiti; ii) 'legittimi/illegittimi', oltre che 'leciti/illeciti'⁶⁷.

4. L'atto vincolato è una decisione.

La distinzione fra atti puramente costitutivi e decisioni mette in luce una «graduazione» del potere⁶⁸. V'è il potere in senso sostanziale, connotato da costitutività e decisione degli effetti da costituire: l'atto produce gli effetti decisi dall'autore dell'atto (ancorché non in via totalmente arbitraria). V'è, poi, il potere in senso formale, connotato solo da costitutività: l'atto produce gli effetti decisi dal livello «superiore» nella gerarchia della produzione giuridica (ferma la volontarietà, cioè la decisione della produzione)⁶⁹.

In questo quadro, la nozione di decisione diventa essenziale per discriminare tra queste *species* di fatti istituzionali e, ai nostri fini, per qualificare correttamente l'atto vincolato.

4.1. La nozione di 'decisione'.

In termini generali, la decisione è una scelta, il «momento conclusivo della deliberazione nel quale si determina l'impegno verso una delle alternative possibili»⁷⁰, composto di volontà e giudizio⁷¹ - come chiunque di noi sperimenta

⁶⁷ Sebbene la loro validità possa essere solo formale (forma, procedimento e competenza), secondo L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 512 e ss.

⁶⁸ Gli atti precettivi (distinti in decisioni e atti costitutivi) infatti «costituiscono sempre atti di esercizio - più o meno autonomo o vincolato - di una situazione di potere» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 504).

⁶⁹ V'è poi una terza ipotesi, nella quale la produzione giuridica è svincolata dall'esercizio di un potere, ma solo al ricorrere di determinate circostanze condizionanti (lo schema 'norma-fatto'): si pensi all'usucapione.

⁷⁰ N. ABBAGNANO, *Decisione*, in ID., *Dizionario di filosofia*, Torino, Utet, 2013³, p. 256. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, III, 2, b 3 - 30 per primo analizza e definisce la scelta nei termini esposti nel testo.

La nozione di decisione come scelta, cioè come preferenza è accolta da tutti i filosofi successivi. Al più della scelta viene approfondito il valore (ad esempio da M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen, Niemeyer, 2001¹⁸ [1927¹], par. 54) o si indagano i criteri di scelta (per esempio, cfr. J. DEWEY, *Human Nature and Conduct*, New York, Modern Library, 1922). Tale nozione è quella presupposta anche da tutte le «tecniche» che si occupano delle decisioni, dei criteri in base a cui andrebbero prese e dei metodi per prevederle, come la teoria della decisione e le sue varie articolazioni (teoria delle decisioni in condizioni di ignoranza, decisioni prese in condizioni di rischio, teoria dei giochi, teoria delle scelte sociali).

⁷¹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, III, 2, 1112 a 15 «la scelta è accompagnata da ragione, cioè da pensiero». La decisione, dunque, è esercizio di ragion pratica: cfr. I. KANT, *Kritik der*

ogni giorno. Gli elementi della scelta, e dunque della decisione, sono: *i*) la volizione (l'atto di volontà), *ii*) il ragionamento (lo svolgimento del giudizio) e *iii*) la preferenza per qualcosa di possibile, cioè di realizzabile (l'oggetto della volizione e del giudizio). Ciò distingue la scelta e, dunque, la decisione dal desiderio e dall'opinione: il desiderio è mera volontà non rivolta all'azione e che può perciò avere ad oggetto l'impossibile⁷² (posso desiderare di cavalcare Pegaso, ma non deciderlo); l'opinione è mero giudizio su qualcosa per cui la volontà è irrilevante e che può, perciò, avere ad oggetto l'impossibile⁷³ (posso avere l'opinione che Trump si rivelerà una catastrofe per il mondo, ma non deciderlo)⁷⁴.

Che l'alternativa scelta sia possibile è essenziale (alla scelta e) alla decisione per la vocazione della decisione all'azione: la decisione formula un «programma d'azione»⁷⁵, cioè una norma (anche se spesso valida solo per l'individuo che la pone)⁷⁶. 'Decidere' significa, cioè, 'scegliere che cosa fare'. Sicché la decisione del necessario o dell'impossibile è insensata: scegliere il necessario è superfluo e, comunque, la scelta (e quindi la decisione) è mera apparenza; scegliere l'impossibile è inutile, dal momento che l'alternativa preferita non può essere attuata, cioè il programma d'azione non può essere effettivamente messo in pratica.

4.2. Possibilità di decidere vs. permesso di decidere.

Nell'ottica dell'atto vincolato come atto puramente costitutivo, la decisione degli effetti da produrre è superflua o inutile: l'amministrazione vincolata, al più, sceglie il necessario (se decide gli effetti prefigurati dall'ordinamento) o l'impossibile (se decide effetti diversi da quelli prefigurati dall'ordinamento). In altre parole, secondo questa tesi, l'amministrazione non ha

praktischen Vernunft, 1788, in «*Akademie-Ausgabe*»: *Kants gesammelte Schriften, von der Königlich-Preußische Akademie der Wissenschaften zu Berlin*, Berlin, vol. V, 1913², p. 15. Si veda anche ID., *Die Metaphysik der Sitten*, *ivi*, vol. VI, 1914², p. 213.

⁷² ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, III, 2, 1112 b 3.

⁷³ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, III, 2, b 19.

⁷⁴ La distinzione è confermata dalle qualificazioni possibili del desiderio, dell'opinione e della decisione. Il desiderio, in quanto mera volontà, non può essere soggetto ad un giudizio di validità (verità o correttezza che sia), a differenza dell'opinione (che è puro giudizio) e della decisione (che accompagna il giudizio alla volontà).

⁷⁵ F. MERUSI, G. TOSCANO, (voce) *Decisioni amministrative*, cit., p. 1.

⁷⁶ Sulla normatività di tali norme, cfr. F. MODUGNO, (voce) *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXVIII, 1978, p. 330

altre possibilità oltre quella di adottare l'atto con il contenuto predeterminato dall'ordinamento, al ricorrere dei presupposti.

Una tale affermazione confonde la necessità, la possibilità e l'impossibilità con l'obbligo, il permesso e il divieto: confonde cioè le modalità atletiche con le modalità deontiche, il *Müssen* (e il *Können*) con il *Sollen* (e il *Dürfen*). Le modalità deontiche, infatti, implicano la *possibilità di agire diversamente*, la decisione di non rispettare il precetto: ogni norma implica la sua violazione⁷⁷. Il vincolo imposto dall'ordinamento all'amministrazione ha natura deontica⁷⁸, non atletica: la norma *obbliga* l'amministrazione ad adottare un atto con un certo contenuto al ricorrere dei presupposti vincolati, ma non impedisce che l'amministrazione *di fatto* adotti un atto di contenuto diverso⁷⁹.

In altre parole, anche quando l'ordinamento prefigura integralmente

⁷⁷ Infatti, una norma radica aspettative ad un certo comportamento (N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Reinbek b.H, 1973, trad. it. *Sociologia del diritto*, Bari, Laterza, 1977, pp. 42 e ss.). Tanto che una certa inattuazione dell'ordinamento è inevitabile. Cfr. a titolo d'esempio, N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, cit., p. 264; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma - Bari, Laterza, 2004⁸, (1989¹), pp. 351 e ss.; A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., p. 1132 (secondo il quale quest'idea della inattuazione o devianza come costante del sistema sociale risale a L.R.K. MERTON, *Social Theory and Social Structure*, Glencoe, Free Press, 1949).

D'altro canto anche la morale religiosa presuppone la scelta di rispettare o meno le norme, come possibilità essenziale all'eventuale punizione del peccato: il libero arbitrio.

⁷⁸ Cfr. per tutti L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 520 e s.

⁷⁹ Più precisamente, due *species* di norme costitutive hanno ad oggetto gli atti precettivi. Per un verso, vi sono norme eidetico-costitutive, ossia norme che definiscono il valore di certi comportamenti umani, stabilendo l'intensione del termine che li contraddistingue. Tali norme hanno struttura ontica ('X è Y, nel contesto C'): l'eventuale loro struttura deontica può essere ridotta alla struttura ontica, dal momento che il dovere in quel caso presente è un dovere «eidologico». Si tratta, cioè, di regole semantiche, che stabiliscono il significato e quindi il valore di un certo comportamento. Ad esempio, l'art. 1321 c.c. stabilisce che il contratto è l'accordo di due o più parti, volto a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale e la norma eidetico-costitutiva del contratto. Tali norme, dunque, stabiliscono se un tale atto è un contratto, un provvedimento amministrativo, una sentenza e così via: stabiliscono cioè se un certo comportamento esiste come contratto, provvedimento amministrativo, sentenza e così via. Le corrispondenze con le norme eidetico-costitutive, dunque, produce l'esistenza o, se si preferisce, la rilevanza giuridica di un atto. Per altro verso, vi sono (anzi, è possibile che vi siano) norme che pongono condizioni di validità di un atto. Tali norme hanno struttura deontica, cioè non possono essere ridotte a struttura ontica. Per il contratto, ad esempio, si pensi alla norma che obbliga i contraenti a concludere un contratto con oggetto determinato o determinabile (a pena di nullità). Tali norme presuppongono che l'atto cui si rivolgono esista, cioè sia giuridicamente rilevante (ed esista come contratto, provvedimento amministrativo, sentenza e così via). Su tale distinzione, sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., pp. 90 ss., anche per i dovuti richiami bibliografici.

Le norme che disciplinano presupposti e effetti di un certo tipo di provvedimento amministrativo sono senza dubbio norme ipotetico-costitutive: presuppongono che l'atto sia un provvedimento amministrativo (e, anzi, presuppongono che sia un certo tipo di provvedimento amministrativo) e hanno struttura deontica, perché non possono essere ridotte a mere definizioni (cioè impiegando la copula).

l'attività amministrativa, l'amministrazione conserva la *possibilità*, ancorché *non il permesso*, di agire diversamente, cioè di non rispettare la norma ipotetico-costitutiva. L'amministrazione, cioè, *decide* in ogni caso se disporre un certo effetto in una determinata situazione e quale effetto disporre.

Si pensi al caso in cui l'amministrazione adotti un atto vincolato in assenza dei presupposti o ne neghi l'adozione ancorché ne ricorrano i presupposti: l'amministrazione produce un effetto diverso da quello previsto dall'ordinamento per quella singola vicenda concreta. Tale evenienza è ancora più evidente nel caso in cui l'amministrazione nell'adottare un atto vincolato disponga la produzione di un effetto diverso da quello prefigurato (a prescindere dal se ne ricorrano i presupposti): nel precedente esempio della sanzione per la violazione del *fair play* elettorale, si immagini che il Collegio Regionale di Garanzia Elettorale irroghi una sanzione pari a dieci volte la spesa elettorale in eccesso o ordini al candidato di pubblicare su un certo numero di quotidiani un comunicato di «scuse».

La decisione di disporre o meno l'effetto prefigurato dall'ordinamento, dunque, è una decisione sensata: non è né necessaria né inutile, ma obbligata (quella di disporre l'effetto previsto) o vietata (quella di disporre un effetto diverso).

Oltre ad essere sensata (cioè né necessaria, né inutile), tale decisione è anche giuridicamente rilevante: produce effetti giuridici, potenzialmente diversi da quelli prefigurati dall'ordinamento.

Gli atti adottati in violazione delle norme che «vincolano» l'attività amministrativa, infatti, sono illegittimi. Nel nostro ordinamento, tuttavia, anche l'atto amministrativo illegittimo produce effetti⁸⁰, sebbene precari o

⁸⁰ È una tesi ormai radicata nella nostra dogmatica e sulla quale si reggono molti degli istituti del diritto sostanziale e processuale. Dell'efficacia dell'atto amministrativo illegittimo, tuttavia, possono darsi molteplici giustificazioni. Sul piano dogmatico, si può ritenere che l'efficacia dell'atto illegittimo dipenda da una scelta della giurisprudenza, che ha preferito il modo dell'equiparazione a quello della separazione e della distinzione (M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc.*, 1963, pp. 536 e ss.), oppure che sia un'applicazione della regola generale che riconosce identità di effetti tra atto annullabile e atto valido, imposta da ragioni di economia e di certezza giuridica (G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 111 e ss.). Sul piano sociologico, l'efficacia (almeno) dell'atto annullabile è l'espressione della tendenza dell'ordinamento giuridico (inteso come «sistema sociale») ad includere gli atti devianti, riconoscendoli come atti appartenenti al sistema, onde diminuire il tasso di «datenza» (cfr. A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, Giuffrè, 1993, II, pp. 1129 e ss.). Sul piano teorico generale, invece, l'efficacia di ogni atto invalido è il risultato della scissione del piano della validità dal piano dell'efficacia: l'efficacia (o vigore) degli atti è una conseguenza della rilevanza giuridica dell'atto,

potenzialmente rimovibili⁸¹ - ossia effetti soggetti ad invalidazione. E produce gli effetti che l'amministrazione *decide* di produrre in quella data circostanza, ancorché la produzione di quegli effetti in quella circostanza sia vietata, cioè violi il vincolo riguardante il momento conoscitivo (presupposti) o quello dispositivo (effetti)⁸².

Né la precarietà o la rimovibilità tramite annullamento degli effetti illegittimamente prodotti può scalfire questa conclusione. La precarietà, per un verso, non costituisce «una modalità dell'effetto, idonea a definirlo o a qualificarlo»⁸³: l'effetto precario è identico a qualunque altro effetto giuridico, vige come gli altri (salva l'eventualità dell'annullamento)⁸⁴ - a prescindere dal se sia prodotto da un atto vincolato o discrezionale. Per altro verso, la precarietà è soggetta a termini di decadenza: la domanda di annullamento giurisdizionale o giustiziale è soggetta al termine d'impugnazione; l'annullamento d'ufficio è soggetto al termine «ragionevole» (determinabile nel caso concreto, ancorché indeterminato in astratto), e comunque non oltre 18 mesi dall'adozione per i provvedimenti che attribuiscono vantaggi economici. Sicché l'eventualità dell'annullamento è limitata nel tempo⁸⁵.

In sostanza, anche quando l'ordinamento prefigura integralmente l'azione

della sua «riferibilità», ossia della sua conformità ad una particolare *species* di norme costitutive (le norme eidetico-costitutive); tutti gli atti invalidi (siano essi nulli o annullabili), invece, sono atti produttivi di effetti (in quanto atti giuridicamente rilevanti, perché conformi alle norme eidetico-costitutive), i cui effetti sono rimovibili con modalità diverse a seconda del regime di invalidità (la quale consiste nella difformità dalle o violazione delle norme ipotetico-costitutive) - cfr. M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., *passim*.

⁸¹ Sulla differenza fra queste due prospettive, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., pp. 119 e ss.

⁸² M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 128.

⁸³ G. CORSO, *L'efficacia*, cit., p. 111.

⁸⁴ G. CORSO, *L'efficacia*, loc. ult. cit.

⁸⁵ L'unico argomento in grado di confutare la tesi che qui si espone è quello dell'inefficacia di un atto adottato in violazione del vincolo. Infatti, secondo D. SORACE, (*voce*) *Atto amministrativo*, cit., p. 90, «il potere di emanare un atto per gli aspetti per i quali è vincolato non esiste se non in presenza di quelle condizioni e di quei presupposti [stabiliti dalla legge]. Ne consegue che, più che illegittimo ed annullabile, in una simile circostanza l'atto dovrebbe essere considerato nullo, anche se materialmente esistente e quindi capace di produrre concretamente degli effetti, in particolare se dotato di esecutività». Tale argomento, oltre ad essere contraddetto dal diritto positivo (l'art. 21 septies, l.n. 241/1990 include fra i casi di nullità solo il difetto assoluto di attribuzione, mentre la violazione di legge è - da quando esiste la funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato - un'ipotesi di annullabilità), non regge dinanzi ad un'impostazione teorico-generale della relazione tra (in)esistenza, (in)validità e (in)efficacia, grazie alla quale si può concludere che anche l'atto nullo è un atto produttivo di effetti giuridici: cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 353 e ss.; ID., *Principia iuris*, cit., pp. 525 e ss.; nella dogmatica del diritto amministrativo, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 105 e ss. e, se si vuole, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., pp. 90 e ss.

amministrativa, l'amministrazione decide il contenuto dell'atto⁸⁶: l'atto amministrativo è in ogni caso un fatto istituzionale, *sub specie* di decisione (non di atto puramente costitutivo)⁸⁷.

4.3. Decisione degli effetti e decisione dei fini.

La decisione degli effetti del provvedimento implica, poi, la scelta di attuare un certo assetto di interessi. Ogni norma, infatti, è strumentale a (o semplicemente comporta come conseguenza) un assetto di interessi. L'ordinamento, nel prevedere per un certo fatto concreto un determinato effetto giuridico (una norma giuridica concreta), implica la preferenza per l'assetto di interessi che quell'effetto giuridico attua. Sicché quando l'amministrazione dispone un effetto giuridico diverso da quello previsto dall'ordinamento in quella situazione (perché nega l'atto vincolato, ancorché ne ricorrano i presupposti, o lo adotta nonostante manchino i presupposti o dispone un altro effetto rispetto a quello previsto al ricorrere di quei presupposti), mira ad attuare un assetto di interessi diverso da quello prefigurato dal legislatore per quella circostanza. Decidere gli effetti, perciò, significa decidere anche il fine da attuare per il tramite di quegli effetti. La decisione degli effetti dell'atto amministrativo (anche quello vincolato) implica allora la decisione del fine di quell'atto: la scelta fra uno dei possibili modi di composizione degli interessi in gioco.

5. Conclusioni e alcune implicazioni.

⁸⁶ M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., p. 128.

⁸⁷ F. VOLPE, *L'annullamento del silenzio assenso e della s.c.i.a.. Riflessioni di teoria generale a seguito dell'abrogazione dell'art. 21, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *www.giustamm.it*, 2015, rileva che a seguito della riforma c.d. Madia anche per il silenzio assenso e la SCIA si pone il dubbio se si tratti di atti costitutivi dei propri effetti. L'art. 21, co. 2, l. n. 241/1990 equiparava, infatti, l'attività esercitata in forza di silenzio-assenso o di SCIA «formatisi» in assenza dei presupposti previsti dalla legge all'attività senza titolo: se l'attività non corrispondeva alla fattispecie astratta, l'attività era vietata - schema 'norma-fatto-effetto'. Abrogata questa equiparazione e posto un termine all'esercizio del potere di auto-tutela in caso di attività non rispondente alla legge ed esercitata in forza di silenzio assenso o SCIA (salva l'ipotesi di falso penalmente rilevante e accertato con sentenza penale passata in giudicato), non è più la corrispondenza dell'attività alla fattispecie astratta a produrre l'effetto giuridico del permesso all'esercizio dell'attività, ma la presentazione dell'istanza con il concorso dell'inerzia della p.a. (silenzio assenso) o la mera presentazione della segnalazione certificata. In questo modo, fonte degli effetti è l'atto del privato (eventualmente sommato all'inerzia della p.a.). Effetti che pur essendo rimovibili entro un certo termine, possono consolidarsi (ad eccezione dei casi già visti).

La premessa di chi nega che gli atti vincolati siano espressione di potere, ossia che ‘senza decisione non v’è potere’, è condivisibile: la mera costitutività è carattere del potere solo in senso formale. Quella tesi, tuttavia, non tiene in considerazione che l’ordinamento giuridico accorda all’amministrazione un margine di decisione, anche in caso di poteri vincolati⁸⁸. Tale decisione non è predeterminata: l’amministrazione *deve* decidere conformemente alle meta-norme, ma non è detto che lo faccia. La dimensione prescrittiva (‘l’amministrazione *deve* decidere conformemente alle meta-norme’) implica che la decisione possa discostarsi dall’ordinamento e, quindi, essere illegittima. E se l’amministrazione non decide conformemente a quelle norme, il provvedimento produce gli effetti e persegue i fini voluti dall’amministrazione, anche se invalido. Scisso, cioè, il piano della validità da quello dell’efficacia, la costitutività degli effetti del provvedimento non può misurarsi sul provvedimento valido, ma sul provvedimento come che sia (valido o meno)⁸⁹. Del ragionamento della tesi da cui questo scritto è partito, dunque, cade la premessa minore: anche l’atto vincolato è una decisione, sebbene il suo margine di legittimità (ma non di efficacia) sia molto ridotto.

Cade, di conseguenza, anche una parte dei corollari da quel ragionamento scaturiti. Infatti:

i) se l’atto vincolato è un comportamento programmatico, un atto precettivo *sub specie* di decisione, l’atto vincolato è esercizio del potere amministrativo in senso sostanziale. In quanto atto precettivo (*sub specie* di decisione), l’atto vincolato può essere legittimo/illegittimo, non solo lecito/illecito;

ii) se l’atto vincolato è esercizio del potere amministrativo in senso sostanziale, l’atto vincolato è un provvedimento al pari di quello discrezionale. La differenza tra provvedimento vincolato e provvedimento discrezionale risiede nello «spazio» di legittimità della decisione e dunque nell’ampiezza del permesso di produrre effetti fin dall’inizio intangibili: il provvedimento vincolato soffre limiti di legittimità più stringenti e, quindi, gli è permesso produrre effetti intangibili fin dall’adozione solo nei casi «rigidamente» predeterminati dalla norma.

Le conclusioni fin qui raggiunte non sono tuttavia in grado di fornire

⁸⁸ F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, cit., p. 1.

⁸⁹ M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., p. 128.

indicazioni risolutive sulla natura della situazione giuridica soggettiva vantata dal cittadino nei confronti del potere e del provvedimento vincolati (e che probabilmente era il fine del saggio dal quale questo scritto ha preso le mosse⁹⁰). I dubbi sul se il cittadino vanti un interesse legittimo o un diritto soggettivo dinanzi ad un potere vincolato dipendono in larga misura dall'incertezza circa la nozione di queste situazioni giuridiche soggettive, non ancora fugata dalla riflessione dogmatica.

Se l'interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita oggetto di potere amministrativo⁹¹, dinanzi ad un potere vincolato v'è un interesse legittimo, ancorché assistito da una serie di rimedi più «intensi» (come l'azione di adempimento, per gli interessi pretensivi). Se invece l'interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita a soddisfazione solo eventuale (e, per converso, il diritto soggettivo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita la cui soddisfazione è garantita dall'ordinamento)⁹², dinanzi ad un potere vincolato v'è un diritto soggettivo: dinanzi ad un potere vincolato il cittadino vanta una pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita la cui soddisfazione è obbligatoria (ancorché tale obbligo, come ogni altro, possa rimanere inadempito). Tale questione tuttavia esula dai limitati fini di questo scritto.

⁹⁰ Onde garantire uno spazio alla giurisdizione ordinaria sull'attività amministrativa.

⁹¹ Di recente, F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 399 e ss.

⁹² Cfr., A. ROMANO TASSONE, (voce) *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 966 e ss.