

Roberto Cavallo Perin

**LA CURA DELL'INTERESSE
PUBBLICO COME DOVERE
ISTITUZIONALE CHE ESCLUDE
L'ANNULLAMENTO PER
VIOLAZIONE DI LEGGE**

Estratto

LA CURA DELL'INTERESSE PUBBLICO COME
DOVERE ISTITUZIONALE CHE ESCLUDE
L'ANNULLAMENTO DELL'ATTO
AMMINISTRATIVO PER VIOLAZIONE DI LEGGE

SOMMARIO: 1. La necessità nel diritto pubblico italiano. — 2. La diversa tesi della necessità “pratica” in Giovanni Miele. — 3. Rilevanza della distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata nei vizi di annullabilità. — 4. Verso il superamento del dilemma tra cura dell'interesse pubblico e osservanza delle norme sugli standard d'amministrazione.

1. *La necessità nel diritto pubblico italiano.* — La recente pandemia del Covid-19 ha riportato l'attenzione sulla rilevanza giuridica della necessità nel diritto pubblico, con specifico riferimento al diritto oggettivo che disciplina i poteri del governo della Repubblica italiana e degli enti territoriali ¹, riportando alla mente vicende e riflessioni che riman-

¹ M. RAMAJOLI, *Emergenza, disordine, solidarietà*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2020; G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giornale dir. amm.*, 2020, 318 e ss.; G. VESPERINI, *La giurisprudenza amministrativa e la pandemia*, in *Giornale dir. amm.*, 2021, 294 e ss.; M. LUCIANI, *Una norma costituzionale per l'emergenza?*, in *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, vol. I, *Problemi di governo*, a cura di A. Pajno, L. Violante, 67-72-73; B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, editoriale 18 marzo 2020, n. 6/2020, p. IV-X; A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti e la pandemia rovesciata al tempo del Covid-19*, in *Consulta online*, n. 3/2020, pp. 648-697; G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, fasc. 1/2020, pp. I-V; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, n. 2/2020, pp. 558-583; sia consentito il rinvio a: R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 maggio 2020; Id.

dano al costituzionalismo italiano e al diritto positivo pubblico che ha accompagnato l'Italia sin primi anni d'Unità.

Un'elaborazione durata più di un secolo, in cui il dato forte è stata la riflessione sulla legittimità delle sospensioni delle garanzie costituzionali conseguenti agli stati d'assedio dichiarati in Italia prima per contrastare il "brigantaggio", poi per sedare i conflitti sociali della fine XIX secolo². È con l'ultimo stato d'assedio dichiarato per la diversa ragione di una calamità naturale (terremoto calabro-siculo 1908) che — con totale disincanto ideologico — la riflessione da contezza dei limiti costituzionali di un nuovo modo di produrre diritto obiettivo, ponendo i tratti essenziali della disciplina del decreto legge, poiché ciò che « bisogna spiegare e giustificare non è altro che il potere dello Stato di porre, con un procedimento che non è il consueto, delle norme nuove »³.

Nel volgere di pochi anni le prospettazioni teoriche sollecitano un dibattito che apre — a fianco del tradizionale ceppo delle ordinanze contingibili ed urgenti per ragioni di sanità e sicurezza pubblica — una questione che travalica largamente l'ampio esercizio dei poteri di polizia per ragioni di sicurezza o di ordine pubblico, coinvolgendo direttamente il fondamento stesso delle libertà e degli assetti costituzionali definiti dallo Statuto albertino, sia nel senso di selezionare un atto capace di avere la stessa forza della legge formale (decreto legge), sia rivendicando il potere costituente come parte essenziale degli studi giuridici, come fondamento ultimo di ogni teoria pura del diritto⁴.

120

Ordinanze di emergenza e pandemia, in *Legislazione penale*, 2020, <https://www.robortocavalloperin.it/wp-content/uploads/Cavallo-Perin-Sistema-delle-fonti-ed-emergenza-sanitaria-def.pdf>

² L'assimilazione dello stato di assedio politico allo stato di assedio di guerra disciplinato dal codice penale militare è costruito generalmente accolto dalla classe politica del tempo al governo, per tutti: Francesco Crispi (presidente del consiglio) e Calenda di Taviani (ministro di grazia e giustizia) nella discussione sui fatti di Sicilia (fasci dei lavoratori, detti poi siciliani) e della Lunigiana (rivolta anarchica) del 1893-94 alla seduta della Camera dei Deputati del 28 febbraio 1894, in *Atti parlamentari, Discussioni*, legisl. XVIII, sess. I, 6786, 6790 e s., 6905 e s., nonché si veda l'espreso rinvio agli articoli 243 e 246 del cod. pen. mil. per l'esercito del r. d. 7 maggio 1898, n. 147; 9 maggio 1898, n. 150; 9 maggio 1898, n. 157 (con cui si dichiarò lo stato d'assedio delle province di Milano, Firenze, Livorno, Napoli) e gli *Atti parlamentari*, legisl. XX, sess. I, 1897-98, Camera dei Deputati, Discussioni, 6261. Per forti accenti critici alle tesi dell'inquadramento nello stato di necessità di diritto penale e civile: O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol IV, tomo I, Milano, Società ed. Libreria, 1904, 1184 e s.

³ S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo Stato di Assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 251 s., poi in *Scritti Minori*, 1990, 357.

⁴ Sulla rilevanza giuridica della rivoluzione per tutti: H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1960, tr. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, 345, 307; S. ROMANO, *L'instaurazione*

LA CURA DELL'INTERESSE PUBBLICO

Certo si tratta di soluzioni che seguono la cultura istituzionale dell'epoca in cui si collocano e nel cui contesto sono elaborate, con teorie che, una volta prese le distanze dal diritto civile e penale ⁵, fanno i conti con gli assetti costituzionali e le argomentazioni più consone alle fonti del diritto pubblico ⁶, secondo quell'argomentare che era tipico della cultura dell'epoca, che nell'elaborare i principi giuridici parte dal fatto, adeguando ad esso la creatività teorica e non viceversa.

Si formulano tesi anche radicalmente opposte ⁷, che proprio perciò lasciano alle istituzioni, ai governanti, la responsabilità di trarre dalla scienza giuridica le soluzioni che ritengano preferibili, tra quelle che, fondate in un determinato ordinamento, sono al tempo stesso capaci di imprimere i cambiamenti necessari a consentire alle istituzioni stesse di

di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione, in *Arch. giur.*, vol. LXVIII, Modena, 1902, poi in *Scritti minori*, vol. I *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, 155 e s.; ID. voce *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, 225-226.

⁵ A. MAJORANA, *Lo stato di assedio*, Catania, Giannotta, 1894, spec. 24, ma a pag. 26 si trova anche l'enunciato "*salus rei publicae suprema lex*"; cfr. Cassazione Roma, 19 marzo 1894, Gattini, in *Riv. pen.*, 1894, XXXIX, 468; O. RANELLETTI, *op. cit.*, 1184 e s.; lo collega ad una prerogativa regia senza distinguere tra legittima difesa e stato di necessità del diritto penale: G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Bocca, 1913, 589; F. FRANCHINI, *Lo stato di necessità nel diritto costituzionale*, Roma, 1943, che nega il requisito della personalità proprio dello stato di necessità del diritto penale.

⁶ Fonda lo stato di assedio sui principi dell'ordinamento (*salus rei publicae*): A. BONUCCI, *Saggio di una costruzione giuridica della volontà dello Stato*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1913, 48 e s.; L. ROSSI, *Lo stato di assedio nel diritto pubblico italiano*, in *Arch. dir. pubbl. ital.*, vol. IV, 1894, 108, 113-115, poi in *Scritti vari di diritto costituzionale*, vol. I, Palermo, s.d., 2 e s., e per la consuetudine pagg. 81 e ss.; così ancora: ID., *L'ordinamento dello stato di assedio nelle ultime leggi italiane*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, I, 250 e s.; ID., voce *Stato di assedio*, del *Nuovo digesto italiano*, vol. XII, Torino, 1940, 850, spec. 856.

⁷ Ritengono l'operato del governo un fatto illegale: F. CAMMEO, *Lo stato e la giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 369; ID., *Della manifestazione della volontà dello stato*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, vol. III, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1901, 121 e 122; F. RACCIOPPI, *Commento allo Statuto del regno*, vol. I, Torino, Unione Tipografica, 1909, 354, ma si vedano anche i paragrafi: 111-114 e 147 e s.; A. GAMBERINI, *I decreti d'urgenza in teoria e pratica*, Bologna, Zanichelli, 1903, 70 e s.; A. TRAVERSA, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico interno*, Napoli, Stab. Tip. L. Perro e figli, 32 e s., 62 e s., 191-192; cui il parlamento può offrire protezione: L. MORTARA, *Commentario del codice civile e delle leggi di procedura civile*, IV ed., Vallardi, Milano, 1898, 118-119, con una presunzione del consenso della maggioranza parlamentare essendo il governo fondata su essa (pag. 118). E. LOMBARDO PELLEGRINO, *Il diritto di necessità nel costituzionalismo giuridico*, in *Arch. del diritto pubbl.*, 1903, 125 e s.; A. TRAVERSA, *Lo stato di necessità*, cit., 26; G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, vol. III, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1901, 230 e s.; F. FRANCHINI, *Lo stato di necessità nel diritto costituzionale*, Roma, 1943, 15 e s.

permanere effettive, cioè come soluzioni capaci di essere generalmente osservate o non osteggiate ⁸.

Una tensione tra fatto e istituzione, tra realtà e legalità, che è un dato permanente negli ordinamenti giuridici, che tuttavia trova un particolare stimolo alla riflessione ove la necessità imponga alle persone che debbono agire di adottare soluzioni non previste dalla legge, sottoponendo individui e istituzioni a conflitti tra diritti, o tra doveri, tutti astrattamente tutelati in legge, ma nel caso concreto richiedono una composizione del conflitto del giudice e ancor prima alla scienza giuridica, che debbono ciascuno per parte propria consentire di ricondurre l'ordinamento a sistema ⁹.

2. *La diversa tesi delle necessità "pratica" in Giovanni Miele.* — Se ne discosta totalmente l'elaborazione che — a metà anni Trenta ¹⁰ in un periodo che non pare contornato da eventi eccezionali, o da manifestazione di conflitti sociali interni — non ha di mira le fonti del diritto (necessità giuridica), ma il modo di esplicarsi della discrezionalità amministrativa in tali circostanze (necessità pratica), cioè se davvero la necessità è causa o fatto di legittimazione di un potere dell'amministrazione pubblica più libero del consueto, oppure se al contrario la stessa maggiormente lo costringa, limitandolo ancor più dell'ordinario.

Si afferma che il potere discrezionale è l'occasione di usare mezzi (poteri) legislativamente stabiliti, scegliendo tra quelli alternativamente

122

⁸ P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, Giuffrè, 1953; ID., voce *Effettività (principio di)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 420 e s.; G. BALLADORI PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova, Cedam, 1964; R. MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, Cedam, 1964; G. SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale. Contributo all'interpretazione del diritto internazionale secondo il principio della effettività*, Milano, 1950; G. OTTOLENGHI, *Il principio di effettività e la sua funzione nell'ordinamento internazionale*, in *Riv. dir. internazionale*, 1936, 4 e s.; G. SALVIOLI, *L'effettività in diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, II, 271 e s.; A. ROSS, *On law and justice*, London, Stevens & Sons Ltd., 1958, trad. it., *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Torino, Utet, 1965; R.H. MARIN, *Diritto e scienza, Saggio su Alf Ross*, in *Contributi al realismo giuridico*, a cura di E. Pattaro, Milano, Giuffrè, 1982, 171 e s.; M. JORI, *Empirismo e dogmatica giuridica*, in *Reason in law*, Milano, Giuffrè, 1987, 163 e s.

⁹ La questione del rapporto tra legge e giurisdizione negli ordinamenti di *civil law* ha di recente avuto sviluppo nel c.d. dialogo tra le corti, su cui per tutti si veda: M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, intervento al Seminario 60 anni dopo i Trattati di Roma*, in *I diritti ed i valori fondamentali nel dialogo tra la Corte di giustizia e le Corti supreme italiane*, 25-5-2017, Roma, disponibile in <http://www.cortecostituzionale.it>.

¹⁰ G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 e s.

stabiliti dalla legge e definendo infine il grado e l'intensità del mezzo allo scopo.

La violazione di norme legislative si può avere qualora all'istituzione sia fatto obbligo di servirsi di dati mezzi in relazione a un dato scopo, che il legislatore assegna alla competenza di dati organi, ad esclusione degli altri ¹¹.

“Il mezzo è necessario quando in difetto di esso, lo scopo non si otterrebbe, o sarebbe più difficile ottenerlo, senza far dipendere perciò il concetto di necessità dal conseguimento effettivo dello scopo.”

La necessità così intesa è quella pratica, ove un solo mezzo consente di raggiungere lo scopo ¹².

Questa necessità determina l'agire dell'istituzione pubblica, distinguendosi perciò dalla necessità giuridica delle elaborazioni di fine ottocento inizi novecento, poiché con essa si evidenzia che la necessità è imporre di conseguire uno scopo determinato, selezionando i mezzi a tal fine idonei, fino ad imporne uno solo, che non è quello definito dalla legge ¹³. Non il fatto in sé, ma un fatto giuridicamente qualificato può ritenersi normativo per il caso singolo, o per tutta una serie di casi aventi le stesse caratteristiche.

Questa particolare qualificazione risiede nel legame tra il fatto e le istituzioni dello Stato, le quali istituzioni “esistono tutte per una destinazione fondamentale che costituisce la loro ragione di vita: esse debbono agire per assicurare il soddisfacimento di bisogni, ai quali sono indirizzate, (poiché) la loro funzione si risolve in un vero e proprio obbligo giuridico, che è tale anche se non può essere preteso, anche se non si pone come corrispondente diritto subbiettivo nelle persone che sono interessate al suo adempimento.” ¹⁴.

“Non si concepisce uno Stato senza governo e governare significa amministrare gli interessi generali che si manifestano nella società; potremmo dire egualmente che lo Stato moderno è connesso ... a un potere legislativo che assicura uniformità di trattamento ai vari bisogni collettivi. Questi obblighi giuridici sono quindi, più che degli individui

¹¹ G. MIELE, *op. cit.*, 428.

¹² G. MIELE, *op. cit.*, 434 e 441.

¹³ G. MIELE, *op. cit.*, 421: “*Si potrebbe anzi, parafrasando una nota sentenza di Hegel, dire pressapoco che ciò che è reale è giuridico e ciò che è giuridico è reale*”.

¹⁴ G. MIELE, *op. cit.*, 425.

preposti alle istituzioni, (obblighi) delle istituzioni stesse, impersonalmente considerate, ritenute cioè nella loro entità oggettiva.

“Sia però che un’istituzione si debba alla forza stessa delle cose, sia che si debba a predisposizione del legislatore, ovunque essa esista, lì constatiamo la necessità giuridica di conseguire gli scopi” ad esse attribuiti ¹⁵.

Si è detto che per Miele il “potere discrezionale ha generalmente il più vasto campo di applicazione circa l’occasione che permette di usare un mezzo legislativamente stabilito, circa la scelta fra diversi mezzi disposti alternativamente, la corrispondenza in grado e intensità del mezzo allo scopo; raramente, invece, riesce a servirsi di mezzi non indicati dal legislatore. La pratica e la necessità possono foggiare tali mezzi, se non urtano contro le disposizioni di diritto scritto, non sorge questione” ¹⁶.

Il riferimento di comodo è ad una legittimazione dei poteri dell’amministrazione pubblica assegnata in un’area *praeter legem*, cioè né *contra legem* né *secundum legem*, come del pari evidente e non eludibile è l’idea che la *necessità pratica* dallo stesso teorizzata ¹⁷ è invocata dall’autore a completamento, dunque a superamento, della legalità dei poteri della pubblica amministrazione, affiancando così alla tipicità astratta degli atti amministrativi data dalle norme legislative di relazione, un’asserita tipicità concreta, quella che la *necessità pratica* seleziona come imprescindibile per la cura degli interessi pubblici affidati all’istituzione pubblica. Una soluzione teorica che — si noti — prescinde da ogni riferimento al decreto legge, nonostante la vigenza da oltre un decennio della l. n. 100 del 1926.

Se il governo possa creare nuove norme di relazione in situazioni eccezionali di necessità e urgenza appare oggi questione largamente risolta dalla norma costituzionale sul decreto legge (art. 77, Cost.), sicché resta d’interesse verificare piuttosto l’altro corno del ragionamento, se la discrezionalità — in esercizio dei poteri attribuiti dalla legge — abiliti l’amministrazione pubblica ad effettuare tutte le scelte di merito ritenute più opportune, senza alcun vincolo d’azione se non quello del vizio d’eccesso di potere.

Nell’autore manca ogni riferimento alle norme attributive del potere di ordinanza di necessità e urgenza che hanno liberato la pubblica amministrazione dai vincoli degli standard d’amministrazione imposti

¹⁵ G. MIELE, *op. cit.*, 426.

¹⁶ G. MIELE, *op. cit.*, 427.

¹⁷ G. MIELE, *op. cit.*, 431.

dalle norme d'azione generali e astratte come le leggi e i regolamenti¹⁸, con deroga altresì all'ordine della distribuzione delle competenze assegnate complessivamente a qualsiasi pubblica amministrazione, con ciò definendo un potere e un conseguente provvedimento amministrativo che attribuisce senz'altro quella discrezionalità che nell'ordinamento raggiunge il grado più elevato.

La necessità di cui tratta l'autore non è dunque quella presa in considerazione come situazione d'emergenza atta a legittimare l'uso del potere d'ordinanza di necessità e urgenza, ma una necessità che origina e vale più nell'ordinario, cioè ogni qualvolta l'amministrazione si trovi a sperimentare un conflitto con sé medesima, più precisamente tra doveri cui può essere astretta nel caso concreto.

3. *Rilevanza della distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata nei vizi di annullabilità.* — È comune vedere contrapporre l'attività vincolata della pubblica amministrazione a quella discrezionale¹⁹, anche se di rado si vede precisare cosa esattamente s'intenda con la prima. L'imprecisione scompare non appena si abbandoni l'approssimazione e si concentri l'attenzione direttamente sulla disciplina dei due vizi di annullabilità che definiscono il rapporto che nel linguaggio dell'autore caratterizza la correlazione mezzo-fine, contrapponendo sin da fine '800 il vizio dell'atto amministrativo di violazione di legge al vizio di eccesso di potere.

In altra occasione si è avuto modo di precisare che la violazione di legge²⁰ — se è non conformità dell'atto alle norme generali e astratte

¹⁸ Si consenta il rinvio a: R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza di necessità e urgenza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990, pag. 307 e s.; ID., *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2005, 789 e s.

¹⁹ Per una critica da ultimo: R. FERRARA, *Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa: alle origini del problema*, in *Dir. e proc. amm.*, fasc. n. 1/2022; per tutti sulla manualistica: E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Giuffrè, Milano, 2021, 325 e ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2019, 117 ss.; G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022, 139 ss.; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022, 212 ss.; D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2021, 32 ss.

²⁰ R. CAVALLO PERIN, voce *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 2000, 657-661, spec. p. 658, « Si afferma una "violazione di legge" ove l'atto amministrativo sia un'interpretazione della sua disciplina che risulta difforme da quella offerta (in ultima analisi) dalla giurisdizione »; poi anche ID., voce *Violazione di legge*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. 2011.

ROBERTO CAVALLO PERIN

che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo — si afferma ogni qualvolta l'interpretazione di tali norme data dall'amministrazione con l'emanazione dell'atto amministrativo non è stata condivisa dal giudice. Da ciò si distingue nettamente il vizio di eccesso di potere, poiché — salvo lo sviamento che è caso di scuola — si configura comunemente, come controllo di logicità e comprensibilità delle scelte discrezionali operate dall'amministrazione pubblica.

La distinzione tra due attività, così precisata dai due differenti vizi d'annullabilità, si pone non tanto per segnare spazi più o meno ampi dell'« agire » amministrativo²¹, quanto per offrire una modulazione dell'autonomia giuridica di rilevanza costituzionale assegnata all'amministrazione pubblica (art. 118, co. I, Cost.)²², da cui consegue il differente sindacato di legittimità che è possibile operare sull'una o sull'altra attività dell'amministrazione pubblica.

Si è detto che il vizio di violazione di legge consente un sindacato di legittimità che ha ad oggetto l'interpretazione operata dall'amministrazione degli standard d'amministrazione definiti *ex ante* da una disposizione (europea, di legge o di regolamento amministrativo), che nel conflitto con quella proposta da altri è risolta in ultimo dalla giurisdizione (artt. 102 e 103 Cost.), indicando per tutti i contendenti l'interpretazione che ha da essere dominante (giudicato).

La violazione di legge segna l'ambito in cui gli atti amministrativi sono interpretazioni di disposizioni generali e astratte, atti verso i quali l'interpretazione offerta dal giudice è destinata a prevalere, poiché si è voluto (il legislatore, altri organi della stessa amministrazione, il governo, ecc.) che l'esercizio del potere amministrativo sia interamente soggetto al sindacato giurisdizionale.

Si definiranno perciò norme generali ed astratte²³, la cui inosservanza determina il vizio di violazione di legge, ogni qualvolta s'intenda sottoporre l'azione amministrativa al "vincolo" dell'interpretazione su

²¹ Cfr. E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, Napoli, 1997, 134, 136, 137.

²² A. ROMANO, voce *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, 1987, pp. 30-41, spec. p. 37, « per la nozione giuridica di autonomia vi è un terreno che in tutta evidenza è di elezione: i rapporti tra lo Stato e gli enti pubblici. Anzitutto gli enti pubblici territoriali ».

²³ La norma generale e astratta, la cui violazione determina il vizio di eccesso di potere, è percepita come inadeguata ad un caso concreto proprio perché astrazione, sintesi, di una molteplicità dei casi che si vuole decisi in base ad alcuni parametri essenziali, una astrazione dal concreto che è temperata dall'interpretazione.

cui il giudice ha l'ultima parola; si abrogheranno tali norme generali estratte, di definizione di standard d'amministrazione, ove s'intenda lasciare alla pubblica amministrazione l'ultima parola, cioè agli organi e enti costitutivi della Repubblica italiana, poiché agli stessi e non alla giurisdizione si vuole riservata la scelta di composizione del conflitto d'interessi nel caso concreto, salvo il controllo esterno per illogicità o incomprendibilità delle scelte così operate.

Sia l'attività d'interpretazione, sia la discrezionalità, che precedono l'emanazione dell'atto amministrativo²⁴ sono state oggetto di studio e definizione anche solo parziale ad opera del diritto positivo, come norme scritte o come principi, con una elaborazione di regole proprie che le contraddistinguono quanto meno sin dalla fine del XVIII secolo, definendo così un assetto la cui variazione segue regole che sono state pensate ed informate a logiche molto differenti per l'una e l'altra attività nelle varie epoche storiche.

Entrambe trovano — a seconda dei casi e delle norme scritte o di principio che li disciplinano — spazi più o meno ampi che sono variamente denominati come “libertà d'interpretazione” o “scelte a discrezione” dell'amministrazione, con terminologie su cui si può largamente convenire, ponendo tuttavia attenzione che nel primo trattasi di spazi lasciati o negati *ex ante* dal legislatore all'interprete, su cui (salvo un declassamento a mera irregolarità) ha l'ultima parola un giudice, con i suoi possibili cambiamenti d'indirizzo; nel secondo si tratta invece di spazi lasciati *ex ante* alla discrezionalità su cui ha l'ultima parola l'amministrazione pubblica, fermo restando che *ex post* si possa verificare che nel caso concreto si è imposta un'unica soluzione all'amministrazione.

Trattasi per lo più di affermazioni ipotetiche, che di per sé non destano alcuno stupore, ma che suggeriscono di rileggere le prevalenti interpretazioni sulla norma che sancisce l'impossibilità per il giudice di pronunciare l'annullabilità dell'atto amministrativo (cfr. art. 21 *octies*, co. 2°, l. n. 241 del 1990, cit.)²⁵.

²⁴ Cfr. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939; ID., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939; S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* (1899), poi in *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1990, 115 e s., in particolare ove si afferma che indagare sul dovere di perseguire l'interesse pubblico — sullo spirito della legge — è interpretazione per così dire di secondo grado, pag. 119.

²⁵ Cfr. F. TRIMARCHI, *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1117 s.; L. FERRARA, *La partecipazione tra « illegittimità » e « illegalità »*. *Considerazioni*

4. *Verso il superamento del dilemma tra cura dell'interesse pubblico e osservanza delle norme sugli standard d'amministrazione.* — La norma può assumere ben altra rilevanza ove in osservanza dei canoni d'interpretazione (art. 12, preleggi) e del principio di legalità cui è soggetta anche la giurisdizione (101, Cost.), si prediliga il significato letterale della norma²⁶ che conduce ad un vincolo *ex post* dell'atto e non ad una natura vincolata *ex ante* dell'attività.

Non può essere pronunciato l'annullamento ove la *natura vincolata dell'atto* abbia costretto l'amministrazione a violare le “norme sul procedimento o sulla forma degli atti”, poiché la cura dell'interesse pubblico alla stessa affidato non poteva nel caso concreto avvenire altrimenti. A essere presa in considerazione dalla norma è dunque la *natura vincolata dell'atto* così considerato *ex post*, come conseguenza di un concreto conflitto tra doveri — curare l'interesse pubblico oppure osservare norme di legge o di regolamento — che coinvolge l'agire dell'amministrazione pubblica, non invece la natura giuridica dell'attività amministrativa “*vincolata*”, così come delimitata *ex ante* dalle norme generali e astratte sugli standard d'amministrazione.

La portata più dirompente sul piano teorico è cominciare a dubitare dello spazio di discrezionalità o d'interpretazione che sinora è stato più supposto che constatato *nella natura delle cose* dell'amministrare pubblico, offrendo con ciò un sostegno teorico inaspettato alle narrazioni degli amministratori pubblici che lamentano di frequente un'astrattezza che del tutto *irreale* nelle norme scritte per l'amministrazione pubblica.

Le nuove tecnologie d'intelligenza artificiale possono in sede analitica offrire una rilevazione — sui grandi numeri — dei casi in cui le amministrazioni pubbliche non hanno in realtà un margine di scelta, essendosi determinate in concreto per quell'unico mezzo — né illogico né incomprensibile — idoneo ad assicurare la cura dell'interesse pubblico nel singolo caso concreto, confutando così l'idea che in ogni caso la

sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile, in *Dir. amm.*, 2008, 103 s.; P. LAZZARA, *Contributo alla discussione sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. 241 del 1990*, in *Foro amm. - CdS*, 2009, 190 ss.; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; G. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 319 s.; F. SAITTA, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, ultimo comma, e 21-octies, 2° comma, della legge n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm.-TAR*, 2006, 2295 s.

²⁶ Sul valore dell'interpretazione letterale per tutti: G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 1980, 101 e s.

discrezionalità dell'amministrazione segni un'occasione di libera scelta tra le molte ritenute, erroneamente, a sua disposizione.

Ciò che s'impone è prendere atto che in molti casi trattasi di scelte "obbligate" dalle risorse finanziarie, dai limiti di personale, o di circostanza, che sono sempre più incompatibili con i prefissati standard d'amministrazione definiti dalle norme generali e astratte, pensati per altre epoche in cui erano presenti altre risorse finanziarie o di personale e la cura dei bisogni sociali è meno pretenziosa. Si tratta in molti casi dell'osservanza di norme che fissano standard la cui osservanza mette in forse il vero vincolo — primigenio — delle amministrazioni pubbliche, quello che correttamente è stato direttamente tratto dalla ragione istitutiva, o causa giuridica, delle medesime, che costituzionalmente è sempre stato quello di dover provvedere alla cura degli interessi pubblici per i quali sono state istituite, come organi ed enti in cui si articola la sovranità della Repubblica italiana (art. 1, co. 2°; art. 114 e art. 118, co. 1°, Cost.).

Da ciò l'idea di un conflitto tra doveri, tra quello di curare gli interessi pubblici affidati dall'ordinamento alle cure di una data istituzione e quello d'osservare leggi e regolamenti d'amministrazione, un conflitto che nel caso concreto può rendere il primo impossibile, poiché trattasi di leggi e regolamenti la cui natura giuridica si è detto è quella d'imporre standard d'amministrazione che in quanto tali sono inevitabilmente soggetti ad una naturale obsolescenza più o meno precoce²⁷.

Un conflitto tra il dovere di non sottrarsi alla cura degli interessi pubblici — per cui un'istituzione esiste (causa giuridica) — e quello d'osservare le norme sul procedimento o sulla forma, in cui a cedere non può non essere quest'ultimo, ogni qualvolta il contrasto si radicalizzi sino al punto in cui uno dei due doveri debba essere sacrificato.

« Non dunque la necessità per se stessa costituisce titolo che giustifica l'eventuale infrazione del diritto oggettivo, ma l'obbligo giuridico di adoperarsi per uno scopo indifferibile ». « La necessità rende concreto e attuale quest'obbligo, ma esso preesiste alla necessità » perché deriva direttamente dall'esistenza delle istituzioni pubbliche che nel nostro

²⁷ Sull'amministrazione difensiva in connessione al reato di abuso d'ufficio, da ultimo: R. FERRARA, *Abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa: alle origini del problema*, op. cit.; AA.VV., « *Burocrazia difensiva* »: cause, indicatori e rimedi, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1295 ss.; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, ivi, 2020, 159 ss. Sulla responsabilità da inerzia dell'amministrazione: S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Giappichelli, Torino, 2020, 149 ss.

ordinamento trovano causa — cioè ragione d'esistenza — nel dovere istituzionale di perseguire interessi pubblici ad esse affidati.

Necessità pratica che impone « il conseguimento di uno scopo determinato, (che) opera come causa sceveratrice dei vari mezzi idonei allo scopo, fino a sottoporne uno solo come assolutamente urgente e indilazionabile dell'istituzione ».

« Ciò basta a rendere evidente la divergenza fra l'opinione qui seguita (di Miele) e la dottrina della necessità come fonte del diritto (S. Romano). La necessità, anzi, in se stessa dovrebbe considerarsi un illecito »²⁸, ma che per ragioni di sistema non può essere sanzionato.

Così inteso il precetto di non annullabilità si pone come norma di principio dell'intero sistema amministrativo che è di rilevanza costituzionale, in cui trova il fondamento del giudizio di prevalenza tra il dovere primigenio di ogni istituzione e l'osservanza minuta delle norme d'azione, restituendo al sistema quella ragione ultima che nega in radice ogni astratto irrealismo.

Contraddizioni profonde cui certo può porre rimedio *ex ante* il legislatore declassando con un tratto di penna talune violazioni di norme sugli standard d'amministrazione a semplici irregolarità dell'atto amministrativo, negando con ciò l'insorgere stesso del vizio di violazione di legge, dunque del vizio stesso d'annullabilità.

Nell'attesa o in difetto, è essenziale che la norma in esame (art. 21, *octies*, co. 2°, l. n. 241 del 1990, cit.; artt. 114 e 118, Cost.) consenta di sottrarre — almeno *ex post* — i funzionari e i dipendenti pubblici (art. 28, Cost.) a dilemmi la cui soluzione risulti eroica, o umanamente impossibile, affinché costoro non siano posti nella condizione di violare comunque l'ordine giuridico, assecondando un incedere che nel tempo determina la perdita d'onore in chi agisce per l'amministrazione (art. 54, co. 2°, Cost.)²⁹ e il venire meno di ogni autorevolezza nelle istituzioni in cui si articola la Repubblica (art. 114, Cost.) poiché indotte a cessare la cura d'interessi pubblici per i quali sono state istituite.

Una norma di sistema che consente di giustificare *ex post* l'agire in

²⁸ G. MIELE, *op. cit.*, 434.

²⁹ L. VENTURA, *Art. 54*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994, 84 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Sessant'anni di Costituzione, introduzione a La Costituzione Italiana*, Roma, La Repubblica, L'Espresso, 2008, 12; G. SIRIANNI, *Le qualità dei governanti nella Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 169 ss.; R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 327.

violazione di quegli standard d'amministrazione che di necessità impedirebbero all'istituzione di provvedere senza più alcun indugio alla cura dell'interesse pubblico.

Una necessità che concettualmente si discosta perciò dall'emergenza, per la quale valgono le norme sui poteri d'ordinanza che da sempre liberano le amministrazioni dai vincoli procedimentali, di forma e di competenza.

Una necessità che a ben vedere si risolve in un contrasto fra norme che definiscono la causa o ragione giuridica di ciascuna istituzione e quelle norme scritte sulle modalità dell'amministrare che sono state ritenute lo standard preferibile d'un certo momento, uno standard — si è detto — destinato a decadere in un tempo più o meno lungo, a causa dell'inevitabile obsolescenza dello standard medesimo. Un contrasto in cui a prevalere sono le prime, ogni qualvolta risulti impossibile risolvere il conflitto in via interpretativa, dando delle norme di azione una lettura che consenta all'amministrazione di curare l'interesse pubblico.

Abstract

L'articolo propone una rilettura della necessità "pratica" come soluzione al dilemma che nell'amministrare pubblico si pone tra l'osservanza degli standard normativi e il dovere costituzionale di cura dell'interesse pubblico. La soluzione è proteggere chi cura l'interesse pubblico anche ove ciò comporti il vizio di violazione di legge, escludendo per legge l'annullabilità dell'atto amministrativo.

Abstract

The article offers an innovative perspective about the meaning of "practical" necessity. This concept is presented as a solution to a persistent dilemma: is it necessary to respect regulatory standards or to pursue the constitutional duty of the public interest? The solution is to protect those who serve the public interest even if it entails the violation of the law, by ruling out the annulment of the administrative act by law.