

Univesità degli Studi di Catania
Dottorato di ricerca in Diritto amministrativo
XXVI Ciclo

IL SINDACATO DI LEGITTIMITA' SUL
PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Dottando:
Francesco Follieri

Tutor:
Ch.mo prof. Antonio Romano Tassone

CAPITOLO I

DOGMATICA DEL SINDACATO DI LEGITTIMITA'.

1. La relazione tra illegittimità, nozione dei vizi e sindacato.

L'art. 24 della l. 31 marzo 1889 n. 5992, successivamente divenuto l'art. 26 del R.D. 16 giugno 1924 n. 1054 (Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato)¹, definiva l'ambito di cognizione della neo-istituita IV sezione del Consiglio di Stato, quale giudice della "legittimità" degli atti amministrativi.

Sebbene altre disposizioni già assegnassero al Consiglio di Stato il 'controllo di legittimità' sugli atti amministrativi (art. 4 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all.D) e al giudice ordinario il giudizio di 'conformità alle leggi' sugli atti amministrativi e i regolamenti (art. 5, l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E) rilevanti in una controversia in cui si facesse questione di un "diritto civile o politico" (art. 2, l. n. 2248/1865, all. E), l'art. 24 citato per la prima volta scioglieva la illegittimità in tre vizi: incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge². Si definivano i casi di annullabilità, al fine di determinare lo spettro cognitorio del Consiglio di Stato³.

La natura processuale della norma legò fin da subito il tema del sindacato a quello della (t)ripartizione dei vizi di legittimità. Anzi, per meglio dire, subordinò la riflessione sul sindacato a quella sull'illegittimità del provvedimento amministrativo.

Tale condizionamento era (è) ambientato nell'idea canonica del giudizio come derivazione di una conclusione da una premessa normativa

¹ Attraverso l'art. 22 t.u. 17 agosto 1907 n. 638 e l'art. 5 r.d. 30 dicembre 1923 n. 2840.

² Cfr. F. D'ALESSIO, *Le leggi sulla giustizia amministrativa commentate*, Torino, 1938, pp. 160 e s.. Si vedrà che la "conformità alle leggi" e la "legittimità" sono state, invero, distinte dalla dottrina.

³ A. ROMANO, *Commento all'art. 26 t.u. Cons. Stato*, in ID., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, p. 221.

cui confrontare un evento concreto⁴: siccome l'oggetto del giudizio è il provvedimento amministrativo, la discussione circa il modo di giudicare del giudice attiene al modo in cui è configurato il vizio che il sindacato è teso ad accertare, ossia alla conformazione del parametro⁵. In sostanza, la dottrina sul sindacato almeno fino a tempi recenti è la dottrina sui vizi di legittimità.

La dogmatica si impegna, allora, a definire i vizi di legittimità, dai quali dedurre *more geometrico* le modalità di sindacato, eventualmente distinguendo vizi e relative modalità di giudizio dalla violazione di legge. La violazione di legge è presa a modello del vizio e del sindacato, in quanto illegittimità *par excellence*, per evidenti ragioni etimologiche⁶: l'illegittimità è violazione di legge (in senso lato)⁷, di cui incompetenza ed eccesso di potere costituiscono *species*. Sicché la violazione di legge (in

⁴ La conformazione in questi termini del giudizio amministrativo è espressamente affermata solo in tempi relativamente più recenti (F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, pp. 54 e ss.; A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, pp. 32 e s.) e dipende da una concezione strettamente sillogistica della decisione giurisdizionale. Concezione, peraltro, dominante nella dottrina del tempo, nonostante le critiche ad essa mosse sul piano logico da G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937 – rist. 1964.

Eppure, essa è chiaramente presupposta dalle trattazioni di G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, vol. III, 1901, pp. 266 e s.; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, ivi, p. 664; A. SALANDRA, *Trattato della giustizia amministrativa nei Governi liberi*, Torino, 1904, p. 790; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (rist. dell'ed. del 1914), p. 599.

⁵ La medesima impostazione accompagna gli scritti che indagano i limiti del sindacato di legittimità: cfr. E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911; e, più di recente, N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sugli atti amministrativi*, Padova, 2000, il quale, posta l'emersione dell'interesse pubblico concreto nell'esercizio del potere discrezionale come attività interpretativa e, dunque, l'eccesso di potere come verifica di quell'interpretazione, sostanzialmente elimina qualsivoglia limite al sindacato di legittimità.

⁶ Cfr., fra gli altri, G. VACCHELLI, *op. loc. ult. cit.*; V.E. ORLANDO, *op. loc. ult. cit.*, sotto il profilo della "genuinità" del giudizio; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1986 (rist. anastatica dell'ed. del 1916), pp. 89 e ss., per il profilo dell'illegittimità.

⁷ A. SALANDRA, *op. cit.*, p. 789; G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, p. 36; G. SALEMI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1941, vol. II, p. 186; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, rist. anastatica della III ed., 1957, p. 23; M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, IV, 1959, p. 183; F. MODUGNO, *Eccesso di potere. I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, Roma, XII, 1989, p.2; in termini velatamente critici A. PIRAS, *Invalidità (diritto amministrativo)*, ivi, XXII, 1972, p. 605; con una vena polemica, invece, B. CAVALLO, *op. cit.*, p. 323. Si vedrà oltre, però, che la dottrina non è unanime e che tale diatriba ha avuto anche risvolti pratici.

senso stretto) delineata dall'art. 24 della l. n. 5992/1889 assume carattere residuale⁸.

Come il dibattito sui vizi, la discussione sul sindacato si sviluppa in maniera convulsa e difficilmente storicizzabile⁹. Conviene, dunque, procedere distinguendo indirizzi diacronici¹⁰.

2. L'unicità dell'illegittimità, la tripartizione dei vizi e la bipartizione delle modalità di sindacato.

Osservando analiticamente i tre vizi nella dottrina, emerge, però, una situazione dissonante rispetto alla proclamata unicità dell'illegittimità.

A) Fin dai commenti immediatamente successivi alla legge del 1889, l'incompetenza viene risolta nella violazione di legge secondo un ragionamento di questo tipo: la competenza è determinata dalla legge; *ergo*, il provvedimento adottato da un organo incompetente viola la legge che ha ripartito la competenza¹¹. Solo la rimessione dell'affare all'autorità

⁸ Il ragionamento è sviluppato in questi stessi termini da R. CAVALLO PERIN, *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, XVI, 1999, p. 658. Ma, precedentemente, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 599; U. FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo. Parte generale*, vol. II, *Il rapporto- La teoria degli atti*, Napoli, Il rist. della IV ed., 1950, p. 195; O. RANELLETTI- A. AMORTH, *Atti amministrativi*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, I, tomo 2, 1964, p. 1492; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1969, p. 420; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, p. 411; A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Milano, 1976, p. 5.

Che la violazione di legge sia vizio "residuale" è notazione pacificamente accolta dalla maggior parte della manualistica odierna. Fra gli altri, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, III ed., 2001, p. 476; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, IV ed., 2007, p. 358; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. I. L'attività*, Padova, II ed., 2009, p. 155; F.G. SCOCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, II ed., 2011, p. 294; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, III ed., 2012, p. 553; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 203.

⁹ M.S. GIANNINI, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo. Intervista a Giannini* (a cura di M. D'ALBERTI), in Id., *Scritti*, Milano, VIII, p. 124 (già in *Quaderni del pluralismo- movimento scientifico*, 1984, pp. 104 e ss.).

¹⁰ Che, giova avvertire, talvolta convivono grazie a peculiari ibridazioni nelle opinioni degli autori.

¹¹ Esemplare in questo senso F. D'ALESSIO, *op. cit.*, p. 161. Ma già V.E. ORLANDO, *op. cit.*, p. 717.

competente in caso di annullamento per incompetenza valeva a distinguerla dalla violazione di legge¹².

E ciò per i casi di esercizio di poteri amministrativi affidati ad altro organo dello stesso ente (incompetenza relativa) o ad organo di altro ente (incompetenza assoluta)¹³, purché all'interno del potere esecutivo¹⁴.

La dicotomia, lungi dall'evocare lo svolgimento attuale della contrapposizione ed i suoi riflessi sul regime di invalidità¹⁵, mirava all'analisi dell'incompetenza, per distinguerla dall'eccesso di potere. Si è soliti riferire, infatti, che questo vizio fosse considerato¹⁶ (o potesse essere considerato¹⁷) una figura "aggravata" di incompetenza: lo 'straripamento di potere' (*émpietement o usupartion o débordement de pouvoir*), ossia

¹² Ai sensi dell'art. 45 T.U. Cons. Stato: per tutti, A. PIRAS, *Invalidità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXII, 1972, pp. 606 e s.. Ora la disposizione è stata abrogata.

¹³ Per tutti, G. SALEMI, *op. cit.*, p. 186. Per una compiuta ricostruzione storica del vizio di incompetenza, A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, pp. 111 e ss..

¹⁴ Ma si veda V. M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 165 e s. che accomuna nell'incompetenza assoluta l'invasione, da parte dell'autorità amministrativa, della sfera riservata ad uno degli altri poteri e l'esercizio di un potere appartenente ad un altro "ramo" dell'amministrazione.

¹⁵ Si allude alla nullità per difetto assoluto di attribuzione, prevista dall'art. 21 *septies* l. 7 agosto 1990 n. 241, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, diretta discendente della "carenza di potere in astratto" (M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, pp. 204 e ss.; diversamente, F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012, p. 45, distingue tra due ipotesi di difetto assoluto di attribuzione, derivante da carenza di potere in astratto e incompetenza assoluta). Sulla distinzione tra quest'ultima figura e l'incompetenza relativa, cfr. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. III, Padova, 1993, pp. 319 e s.; A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, pp. 124 e ss.. Cfr. A.M. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, pp. 25 e ss. e 101 e ss., secondo cui l'art. 45 TUCDS impone di escludere dal vizio di incompetenza lo 'straripamento di potere', giacché prevede(va) che il giudice rimetta la pratica all'autorità competente, in caso di accertamento dell'incompetenza.

A seconda del criterio con cui la legge distribuisce la competenza si può discernere tra incompetenza per valore, per materia, per territorio, etc.: P. GASPARRI, *Incompetenza (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXI, 1971, pp. 72 e ss.; B. CAVALLO, *op. ult. cit.*, pp. 320 e s..

Tradizionalmente si assimilano all'incompetenza il difetto di legittimazione, il difetto di capacità o "di qualità" e simili: per tutti V.M. ROMANELLI, *op. cit.*, p. 166, nota 55; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, III ed., 1993, vol. II, pp. 313 e s.; B. CAVALLO, *op. ult. cit.*, p. 322.

¹⁶ P. GASPARRI, *Incompetenza*, cit., p. 70; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, App. III, 1982, p. 220; A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 127.

¹⁷ F. D'ALESSIO, *op. cit.*, p. 161.

l'esercizio da parte di un'autorità amministrativa di una funzione appartenente al potere (in senso istituzionale) legislativo o giudiziario¹⁸.

La tesi poggia sull'analogia con l'art. 3, n. 3, della l. 31 marzo 1877 n. 3761. Questa disposizione prevedeva che la Cassazione, in funzione di organo regolatore della giurisdizione, conoscesse delle sentenze dei giudici ordinari e delle giurisdizioni speciali viziate da incompetenza ed eccesso di potere. La Cassazione interpretava l'eccesso di potere (giurisdizionale) come vizio che "rincara sulla incompetenza, in quanto esce fuori ogni limite che contiene la giurisdizione e dentro cui la si distribuisce fra i giudici"¹⁹. Dall'identità lessicale delle due norme, si traeva che esse andassero interpretate alla stessa maniera.

In questo quadro concettuale, l'eccesso di potere è il baluardo del principio di separazione dei poteri²⁰ e consiste, in maniera simile all'incompetenza, nella violazione della legge che divide le funzioni fra i tre poteri²¹. Ne discende l'omogeneità strutturale dei vizi, da cui dovrebbe derivare che unico è il sindacato esercitato sulla legittimità del provvedimento.

In verità, non sembra che il Consiglio di Stato o la dottrina abbiano mai assegnato tale significato all'art. 24 della legge istitutiva della IV Sezione. Si può affermare, con discreto margine di sicurezza, che l'eccesso di potere

¹⁸ In questo modo la parola 'potere' all'interno del sintagma 'eccesso di potere' viene intesa quale "gruppo di soggetti o di organi pubblici, istituzionalmente collegati, contraddistinto appunto [...] per l'essere preposto allo svolgimento di una data funzione": F. MODUGNO, *Eccesso di potere*, cit., p.1, per la citazione, e p.2 per la considerazione.

¹⁹ G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione in Italia dopo la legge 31 marzo 1877*, Firenze, 1878, p. 224. Analogamente V.E. ORLANDO, *op. cit.*, p. 802; M. D'AMELIO, *L'eccesso di potere giurisdizionale definito dal legislatore*, in *Riv. di diritto pubblico*, 1930, I, p. 577. Per la giurisprudenza della Cassazione si vedano *ex multis*: Cass., S.U., 9 giugno 1928 n. 2564; Id., 14 febbraio 1929 n. 587; Id., 15 giugno 1931 n. 3314; Id., 28 maggio 1932 n. 1996.

²⁰ F. D'ALESSIO, *op. cit.*, p. 163; G. DE CESARE, *Problematica dell'eccesso di potere legislativo. I. L'eccesso di potere e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Padova, 1973, pp. 5 e ss..

²¹ P. GASPARRI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, XIV, 1995, p. 125.

amministrativo è sempre stato, almeno in Italia, ‘sviamento di potere’ (*detournement de pouvoir*)²².

Indubbiamente, la giurisprudenza²³ e la dottrina francesi hanno costruito questa nozione di eccesso di potere amministrativo a partire dall’eccesso di potere giurisdizionale²⁴. Il Consiglio di Stato italiano (cioè post-unitario), però, utilizza l’esito di questo sviluppo già nei pareri su ricorso straordinario al Re²⁵. E tale orientamento trasmigra nella

²² *Contra*, O. ABBAMONTE, *Eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell’ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, pp. 83 e ss., secondo cui, almeno fino al 1891, l’eccesso di potere è considerato straripamento di potere, sull’onda dei lavori parlamentari.

V’è, invero, qualche incertezza applicativa sul preciso limite tra eccesso di potere e incompetenza, proprio per le ragioni indicate nel testo. Ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 1891 n. 235, in *Foro it.*, 1891, III, c.35, annulla per eccesso di potere un decreto ministeriale che aveva revocato un decreto prefettizio, poiché il Ministro aveva oltrepassato il limite delle competenze a lui attribuite. Del resto, Cons. Stato, Ad. plen., 21 gennaio 1959 n. 1, in *Rass. Cons. Stato*, 1959, p.1, mette in guardia dalla vaghezza che caratterizza eccesso di potere ed incompetenza, quando vengono in questione norme emanate a ridosso dell’istituzione della IV Sezione.

Tuttavia, concettualmente la distinzione è già netta nelle parole di S. SPAVENTA, *Per l’inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Id.*, *La giustizia nell’amministrazione*, Torino, 1949, p. 220 (discorso in realtà mai tenuto, perché l’inaugurazione non avvenne nella forma solenne prevista, come nota G.M. CHIODI, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969, p. 107, nota 1). Spaventa, infatti, individua quattro “norme” per la giurisdizione di diritto pubblico, la seconda delle quali è che “tutta l’attività di una amministrazione pubblica deve avere per iscopo l’interesse generale”, delineando il canone necessario ad intendere l’eccesso di potere come sviamento dal fine di interesse pubblico, come si vedrà poco oltre nel testo. Sul punto, G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, II, pp. 3165 e s. (che richiama proprio Spaventa).

²³ Che meritò, per lo sforzo evolutivo sull’eccesso di potere, l’appellativo di giurisprudenza *pretoria*: M. HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, V ed., 1903, p. 711: “*Toute cette jurisprudence est d’allure prétorienne surtout dans la matière de l’excès de pouvoir*”.

²⁴ Per tutti, E. LAFERRIERE, *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, Paris, II ed., 1896 (I ed. 1874), vol. I, pp. 417 e ss.. Si vedano le ricostruzioni storiche di V.E. ORLANDO, *op. cit.*, pp. 802 e s., nonché quella amplissima di A. SALANDRA, *op. cit.*, pp. 96 e ss. (che si estende anche all’ordinamento tedesco). Più di recente, G. DE CESARE, *op. loc. ult. cit.*

L’evoluzione dell’eccesso di potere giurisdizionale in Francia passa dallo ‘straripamento di potere’ in senso stretto, all’invasione della competenza di un’autorità superiore al rispetto “delle regole sostanziali intese a garantire la correttezza giuridica del giudizio” (P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, cit., p. 124).

²⁵ Cons. Stato, Ad. gen., 15 novembre 1884, ritiene compresa nella propria competenza di legittimità “il riesame di quelle questioni sostanziali che si riferiscono alla ‘giustizia’ dei provvedimenti, essendo questa la ‘condizione’ di ogni buona amministrazione”. Il parere è citato da A. PIRAS, *Invalidità (diritto amministrativo)*, cit., p. 606, il quale rivendica l’anticipo della giurisprudenza italiana rispetto a quella francese sull’evoluzione dell’eccesso di potere.

Questo dato è una delle ragioni addotte da V.E. ORLANDO, *op. cit.*, p. 805, per dimostrare che l’eccesso di potere nell’art. 24 l.n. 5992/1889 è sviamento di potere. Cfr. anche G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere*, cit., p. 223.

giurisprudenza della IV sezione²⁶, probabilmente (anche) grazie all'iniziale convinzione della sua natura amministrativa giustiziale.

L'idea nasce dall'esigenza di assicurare tutela nei confronti dei poteri discrezionali, per natura privi di stringenti limiti normativi. E si radica sulla considerazione che la legge, nel conferire poteri discrezionali all'amministrazione, attribuisce comunque un interesse pubblico cui l'esercizio di quei poteri deve essere rivolto²⁷. Sicché il provvedere per fini diversi da quelli indicati dalla legge, ancorché generali o pubblici, costituisce una deviazione rispetto al dettato normativo²⁸.

²⁶ V.E. ORLANDO, *op. cit.*, p. 803; A. SALANDRA, *op. cit.*, p. 790; G. SACCHI MORSIANI, *op. cit.*, p. 224.

²⁷ Ecco l'importanza delle parole di S. SPAVENTA, *op. loc. ult. cit.*: "tutta l'attività di una amministrazione pubblica deve avere per iscopo l'interesse generale".

²⁸ Lo sviluppo è ricostruito in questi termini, per tutti, da V.E. ORLANDO, *op. cit.*, pp. 803 e s.; A. SALANDRA, *op. cit.*, p. 790; F. D'ALESSIO, *op. cit.*, p. 169; G. SALEMI, *op. cit.*, p. 186; A. PIRAS, *op. cit.*, p. 606; più di recente, M. D'ALBERTI, *Mutamenti e destini del recours pour exces de pouvoir*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, III, 1988, pp. 285 e ss..

In ogni caso, è riconosciuto il merito della nozione alla dogmatica francese: L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, II ed., 1878, I, p. 467; E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, II, p. 548; M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 309. Nella definizione di Aucoc lo sviamento è vizio dei motivi e dei fini, ma già Laferrière pone l'attenzione sui fini, piuttosto che sui motivi.

In Italia, la giustificazione positiva allo sviamento di potere è fornita da A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Id.*, *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, pp. 249 e ss. (già in *La Giustizia Amministrativa*, III, 1892, pp. 249 e ss.). In particolare, si deve a Codacci Pisanelli l'argomento sistematico, articolato in base all'art. 19 della l. n. 5992/1889: questa disposizione ammetteva il ricorso innanzi al Consiglio di Stato avverso le decisioni delle Giunte Provinciali Amministrative "per motivi di incompetenza e di eccesso di potere, non ricompresi nella legge del trentun marzo 1877 n. 3761 e per violazione di legge". Da questa estensione rispetto allo straripamento di potere, l'A. inferisce che "non si potrebbe dare ricorso per motivi di eccesso di potere se non si muovesse da una nozione di eccesso di potere più larga di quella accolta nella legge medesima" (p. 278). F. GAZZILLI, *L'eccesso di potere nella giurisprudenza della IV sez. del Consiglio di Stato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1900, p. 374, però, revocò in dubbio la fondatezza di tale argomento sistematico. L'ultimo comma dell'art. 24 della l. n. 5992/1889, infatti, recitava che "Il ricorso che non implichi incompetenza o eccesso di potere non è ammesso contro le decisioni le quali concernono controversie doganali, oppure questioni di leva militare". La restrizione della tutela contro questo genere di provvedimenti ai soli vizi di incompetenza ed eccesso di potere mette in luce che il legislatore aveva inteso l'eccesso di potere come straripamento: il vizio di potere come sviamento è mezzo di sindacato più penetrante rispetto alla violazione di legge; ergo non avrebbe avuto alcun senso escludere la violazione di legge, ammettendo, invece, l'eccesso di potere. Tale limitazione era giustificabile solo in base alla nozione di straripamento di potere.

Ad ogni modo, il Consiglio di Stato, mosso da esigenze pragmatiche e dalle idee di Spaventa, aveva già imboccato la strada dello sviamento: Cons. Stato, sez. IV, decisione 7 gennaio 1892, in *La Giustizia amministrativa*, 1892, I, p.3; Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 1892, *ivi*, p.552. Per l'esposizione critica di una serie di decisioni successive a queste, V.E. ORLANDO, *op. cit.*, pp. 810 e ss..

Lo sviamento di potere rimane, dunque, una *species* della violazione di legge (in senso lato): “si tratta di una legge violata nel suo *spirito* o, meglio diremmo, nella sua *portata*”²⁹. Tuttavia, lo sviamento di potere è avvertito come un vizio più penetrante, come l’ultima estensione possibile del sindacato di legittimità³⁰. E, come ogni estremo, difficilmente assimilabile al concetto fondamentale della categoria.

Da un lato, è un vizio vicino a quello di merito; dall’altro, richiede una modalità di sindacato che, seppur strutturalmente simile a quella sillogistica di violazione di legge (in senso stretto), procede oltre per la determinazione di entrambe le premesse: per la maggiore, “va molto al di là della lettera della legge”; per la minore, verifica se l’esercizio del potere “sia veramente diretto allo scopo per cui fu concesso”³¹.

In sostanza, a fronte dell’unicità dell’illegittimità (violazione di legge in senso lato) e della tripartizione dei vizi, si delinea subito una dicotomia: violazione di legge ed incompetenza su un versante, eccesso di potere sull’altro. E tale bi-partizione dei vizi corrisponde biunivocamente a quella delle modalità di sindacato: più rigido e, per così dire, superficiale per incompetenza e violazione di legge, più flessibile e penetrante per eccesso di potere³².

²⁹ V.E. ORLANDO, *op. cit.*, p. 806, enfasi testuale, ove si precisa anche che “noi non sapremmo, in verità, trovare commendevole la distinzione antitetica della lettera e dello spirito della legge, da poiché la lettera serve a dimostrare lo spirito, e lo spirito si traduce nella lettera, troviamo certo che lo *scopo* della legge si connette con la sua *portata*- che delimita davvero la sfera dell’osservanza di quella- e chi elude lo scopo della legge, ne viola la portata, il che val quanto dire che commette una illegalità”. Analogamente, fra gli altri, A. SALANDRA, *op. cit.*, p. 791; F. D’ALESSIO, *op. cit.*, p. 169.

³⁰ V.E. ORLANDO, *op. cit.*, p. 807; A. SALANDRA, *op. loc. ult. cit.*; F. D’ALESSIO, *op. loc. ult. cit.*.

³¹ Entrambi i passi sono tratti da un brano di Codacci Pisanelli, riportato da V.E. ORLANDO, *op. cit.*, p. 807, la cui collocazione editoriale non è stato possibile ricostruire in base alla citazione dell’Orlando.

³² Cfr. U. FORTI, *op. cit.*, p. 191.

B) L'interpretazione "comparativa" dell'art. 5 della l. n. 2248/1865, all. E, e dell'art. 24 l. n. 5992/1889 fornisce, poi, materiale per un'altra distinzione³³.

Se l'eccesso di potere è "qualcosa di più" della violazione di legge, la nozione di atto "conforme alle leggi" ex art. 5 legge abolitiva del contenzioso è qualcosa di meno di quella di atto "legittimo" ex art. 24 legge istitutiva della IV Sezione. La distanza fra i due concetti è sostanziale e di sindacato, secondo la corrispondenza già evidenziata, e consiste nell'eccesso di potere³⁴. Se ne inferisce che al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 5 della l. n.2248/1865, all. E, è impedito il sindacato per eccesso di potere³⁵.

La *distinzione di specie* fra violazione di legge/incompetenza ed eccesso di potere diventa, dunque, un'*opposizione di genere* (di rilievo anche pratico) tra '(il)legalità' e '(il)legittimità': la prima mera difformità dallo schema legale dell'atto, la seconda comprensiva anche della non conformità dei fini, dello scopo, dei motivi o della causa a quelli indicati dalla legge³⁶.

³³ È possibile che abbia avuto un ruolo in questo indirizzo anche la nozione "ampia" di legittimità utilizzata dal Consiglio di Stato in sede consultiva: cfr. P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milano, 1958, p. 88.

³⁴ Che l'indagine giudiziale per lo sviamento di potere sia più esteso di quello di legalità è considerazione comune anche nella dottrina francese: M. HAURIUO, in nota al caso *Gomel* (Conseil d'Etat, 4 aprile 1914, *Gomel*, Rec. 488), citato da M. D'ALBERTI, *Mutamenti*, cit., p. 288.

³⁵ V.E. ORLANDO, *op. cit.*, p. 807; F. CAMMEO, *op. cit.*, p. 696; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia sulla pubblica amministrazione*, Milano, IV ed., 1934, pp. 337 e s.; M. D'AMELIO-SANTI ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, p. 182; F. D'ALESSIO, *op. cit.*, p. 77; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, VIII ed., 1958, II, p. 163; R. RESTA, *La giustizia amministrativa*, Roma, I, 1942, p. 74; G. SALEMI, *op. cit.*, p. 95; U. FORTI, *op. cit.*, pp. 184 e 195. Cfr. la ricostruzione di L. MAROTTA, *Il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo*, Napoli, 1976, pp. 45 e ss., spec. 55 e ss..

³⁶ G.P. PONTICELLI, *op. loc. ult. cit.*; F. BASSI, "Conformità" alle leggi e "legittimità" dell'atto amministrativo, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, pp. 61 e ss..

La dicotomia fra legittimità e legalità viene costruita anche con riferimento all'oggetto. Legittimo è il provvedimento, legale l'attività o l'azione o il comportamento dell'amministrazione: G. MORBIDELLI, *Legittimità e legalità nell'attività amministrativa (con particolare riguardo alla disciplina dell'abuso d'ufficio)*, in AA.VV., *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 1994, vol.

Superata la limitazione imposta alla cognizione del giudice ordinario grazie ad argomenti qui irrilevanti³⁷, l'opposizione in parola si sovrappone integralmente a quella fra violazione di legge ed eccesso di potere e relative forme di sindacato.

C) Le tesi appena esposte sono costruite su ragionamenti simili. 'L'incompetenza è violazione di legge', 'l'eccesso di potere sancisce la violazione dello spirito di una norma, non della sua lettera', 'la illegalità corrisponde alla violazione di legge, la illegittimità comprende anche l'eccesso di potere' sono tutte conclusioni di sillogismi entimematici³⁸.

Il, pp. 1017 e ss.. L'A fa, però, coincidere il parametro delle due qualificazioni. Cfr., comunque, le critiche rivolte a questa tesi da F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, Agg. VI, 2002, p. 92

³⁷ E. GUICCIARDI, *op. cit.*, pp. 340 e s., e R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, III ed., 1974, II, pp. 773 e s.. fanno leva sull'unità della nozione di legittimità; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., II, pp. 1259 e s., e M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, III ed., 1983, p. 257, invece, appuntano la loro critica sull'art. 113 Cost.. Si veda, in particolare, E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, pp. 166 e ss. (con cui concorda G. CORSO, *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, XLVI, 1993, p. 93) ove si distingue tra sindacato dell'A.G.O. in via principale, in quanto il provvedimento possa essere conosciuto in quanto illecito, e in via incidentale, in quanto l'atto amministrativo rilevi quale titolo della pretesa fatta valere. Nel primo caso, il giudice non può conoscere dell'eccesso di potere, nel secondo caso non avrebbe ragion d'essere alcuna limitazione. Con A. ROMANO, *Commento*, cit., pp. 244 e s., si potrebbe dire che il giudice ordinario non conosce nel primo caso della violazione di norme d'azione (illegittimità), ma di violazione di norme di relazione (illiceità) e che, per ragioni strutturali, è escluso il sindacato per eccesso di potere. Sicché l'illegalità che si fa valere dinanzi al giudice ordinario (a seconda dei casi distinti da Cannada Bartoli) come il *genus*, corrispondente all'antigiuridicità, comprensivo dell'illegittimità (violazione di norme d'azione) e dell'illiceità (violazione di norme di relazione) del provvedimento.

Più di recente, P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, 1999, pp. 212 e ss..

Discorso a parte è quello del sindacato di legittimità del giudice penale: la disapplicazione è, infatti, utilizzata per integrare elementi della fattispecie criminosa. Si veda R. VILLATA, *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980, pp. 108 e ss., per la distinzione circa l'efficienza del provvedimento negli elementi del reato.

³⁸ Il sillogismo entimematico è un sillogismo cui manca uno dei tre elementi (premessa maggiore, premessa minore o conclusione, anche se di solito viene omessa la premessa minore). Non costituisce una fallacia logica: è un espediente dialettico, grazie al quale si tralasciano le proposizioni che sono talmente condivise dall'uditorio che non necessitano di essere esplicitate. La definizione è di ARISTOTELE, *Retorica*, libro I, cap. 1, 1355 a; libro II, cap. 22, 1395 b. L'entimema, in particolare, è il sillogismo tipico della dimostrazione di conclusioni probabili a partire da premesse indimostrate e condivise dall'uditorio (i τόποι, il cui studio costituisce, per l'appunto, la topica). Sono queste le origini della topica giuridica: T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953, trad. it. a cura di G. CRIFÒ, *Topica e Giurisprudenza*, Milano, 1962; C. PERELMAN- L. OLBRECHTS- TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle retorique*, Paris, 1958, trad. it. a cura di C. SCHICK- M. MAYER- E. BARASSI, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1989, II ed.; C. PERELMAN, *Logique juridique*, Paris, 1976, trad. it. a cura di G. CRIFÒ, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, 1979; G. GAVAZZI, *Topica giuridica*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, XIX, 1973, pp. 409 e ss.;

Nascondono, infatti, la premessa maggiore secondo la quale ‘ogni difformità dalla fattispecie astratta di una disposizione (espressa) è violazione di legge’³⁹.

Questa ipotesi è avvalorata dalle tesi che definiscono l’eccesso di potere quale violazione di norme *sans texte formal*, in contrapposizione alla violazione di legge⁴⁰, e che propongono una ridefinizione del confine fra eccesso di potere e violazione di legge per effetto dell’esplicitazione a livello costituzionale o primario (particolarmente con la legge sul procedimento)⁴¹ di talune norme prima ritenute criteri di giudizio per l’eccesso di potere.

Ciò significa che la differenza fra violazione di legge ed eccesso di potere e fra le relative modalità di sindacato⁴² risiede esclusivamente nella “provenienza” della norma: è sufficiente che il legislatore esprima la norma di cui il giudice fa applicazione per l’eccesso di potere, affinché la *medesima illegittimità* venga classificata come violazione di legge e sia riscontrata tramite un diverso sindacato⁴³. Il che sarebbe accaduto con il vizio di motivazione (ora violazione dell’art.3 della l.n. 241/1990), con la

A. GIULIANI, *Logica (Teoria dell’argomentazione)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXV, 1975, pp. 13 e ss.; F. CAVALLA, *Topica giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, XLIV, 1992, pp. 720 e ss., anche per i riferimenti agli autori classici.

³⁹ Cfr. G. CORSO, *Validità*, cit., p. 92.

⁴⁰ E. CARDI- S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, V, 1990, p. 342; A. PUBUSA, *Note sulle tendenze dell’eccesso di potere alla luce della l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, cit., II, Milano, 1993, p. 1095; A. POLICE, *L’illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 750.

⁴¹ A. PUBUSA, *op. cit.*, *passim*, affronta proprio questo tema sotto tre diversi aspetti: sviamento di potere, figure sintomatiche e autolimitate della p.a.. E riscontra che la formulazione espressa a livello costituzionale o di legge sul procedimento ha sancito definitivamente il passaggio dall’eccesso di potere alla violazione di legge di quelle figure, pure anticipato dalla dottrina (ivi richiamata); R. CAVALLO PERIN, *Violazione di legge (atto amministrativo)*, cit., p. 659; M. D’ORSOGNA, *Art. 21 octies, comma 1. Annullabilità del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO- A. POLICE- A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/90, riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, p. 601.

Rileva questa tendenza, pur senza aderirvi, G. SALA, *L’eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/90: un’ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 179 e ss..

⁴² Sempre che si tenga ferma la corrispondenza biunivoca fra vizi e sindacato, come indicata in precedenza.

⁴³ In questo senso, E. CARDI- S. COGNETTI, *op. ult. cit.*, p. 351; M. D’ORSOGNA, *op. loc. ult. cit.*.

disparità di trattamento (ora violazione degli artt. 97 e 3 Cost.), con lo sviamento (ora violazione dell'art. 1, c.1, della l.n. 241/90) e così via⁴⁴.

Tale assurdità è determinata dalla concezione della norma che è al fondo di questa tesi: la norma è la disposizione⁴⁵, ossia il testo normativo. Sicché è violazione di legge la difformità da quel testo (la disposizione), mentre è eccesso di potere la difformità dalla norma o da una norma priva di testo.

Il termine 'norma', invero, ha cinque referenti, cinque significati⁴⁶:

1) 'enunciato deontico', ossia l'unità linguistica sintatticamente munita di senso compiuto, di tipo prescrittivo, contenente uno dei modi deontici (obbligatorio, vietato, permesso, etc.)⁴⁷;

2) 'proposizione deontica', il senso dell'enunciato deontico⁴⁸;

3) 'enunciazione deontica', "l'enunciazione di un enunciato la quale produce lo stato-di-cose deontico sul quale l'enunciato stesso verte"⁴⁹. Si

⁴⁴ Per una casistica, cfr. A. PUBUSA, *op. cit.*; R. CAVALLO PERIN, *op. loc. ult. cit.*.

⁴⁵ La nota distinzione di V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, Milano, XIII, 1964, pp. 195 e ss., fra disposizione e norma consiste in questo: la norma è il significato che si può trarre dal documento normativo ed è il vero precetto. Tale dicotomia è significativamente molto diffusa nella dottrina di quel periodo: ad es., M. S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, pp. 906 e s., e T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Dir. proc.*, 1957, pp. 351 e ss. (ora, con aggiunte, in *Id.*, *Problemi giuridici*, Milano, I, 1959, pp. 140 e ss.) utilizzano la contrapposizione 'testo'- 'norma'; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, III ed. (rist. Napoli, 1998), p. 292, invece parla di 'formula' e 'norma'. Ancor prima, P. COPPA- ZUCCARI, *Diritto singolare e territoriale*, Modena, I, 1915, pp. 27 e ss. (citato da V. CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 196, nota 7) utilizza il binomio 'statuizione legislativa'- 'norma'.

⁴⁶ A.G. CONTE, *Norma: cinque referenti*, già in L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *Ricerche di filosofia del diritto*, Torino, 2007 (pp. 27 e ss.), ed. ampliata in G. LORINI- L. PASSERINI GLAZEL, *Filosofie della norma*, Torino, 2012, pp. 57 e ss., che riprende, ampliando il paradigma, il suo precedente *Studio per una teoria della validità*, in *Riv. intern. Fil. dir.*, 1970, ora in *Id.*, *Filosofia del linguaggio normativo*, Torino, II ed., 1995, vol. I- Studi 1965-1981, pp. 60 e ss..

⁴⁷ Ad es., 'norma' è utilizzato in questa accezione quanto si afferma che 'La norma 'Gli studenti di Filosofia non devono iscriversi a Logica matematica' è una norma ambigua'. Questo esempio e gli altri che si riporteranno nelle note successive sono di A.G. CONTE, *Norma: cinque referenti*, loc. cit..

⁴⁸ Ad es.: 'L'enunciato deontico inglese 'One ought to pay one's debts' e l'enunciato deontico italiano 'Si devono pagare i debiti' esprimono la stessa norma'. La distinzione fra 'enunciato deontico' e 'proposizione deontica' è assimilabile a quella tra 'disposizione' e 'norma', su cui *supra*, nota...

⁴⁹ A.G. CONTE, *Norma: cinque referenti*, cit., p. 62.

tratta di un atto linguistico (*speech-act*⁵⁰) o performativo⁵¹: è un caso in cui il fare coincide con il dire (e/o lo scrivere)⁵². L'enunciazione, cioè, *pone lo stato-di-cose* deontico, muta il mondo del dover-essere. È l'attività di produzione delle norme⁵³⁻⁵⁴.

⁵⁰ J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969, trad. it. a cura di G. R. CARDONA, *Atti linguistici. Un saggio di filosofia del linguaggio*, Torino, 1976.

⁵¹ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, 1962, *passim*. La funzione performativa è un'altra funzione degli enunciati, accanto a quella descrittiva e prescrittiva. Si può ipotizzarla, rispetto al fenomeno linguistico giuridico, solo se si ritiene che gli stati-di-cose deontici siano reali. Sulla realtà delle norme si vedano A. REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, Halle, 1913, trad. it. a cura di D. FALCIONI, *I fondamenti a priori del diritto civile*, Milano, 1990, pp. 12 e ss.; O. WEINBERGER, *Die norme als Gedanke und Realität*, in *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Rechts*, 1970, trad. it. a cura di M. LA TORRE, *La norma come idea e come realtà*, in N. MAC CORMICK- O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Milano, 1990, pp. 40 e ss.; P. AMSELEK, *Le règles juridiques en tant qu'objets mentaux*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1993, pp. 312 e ss., trad. it. a cura di L. PASSERINI GLAZEL, in G. LORINI- L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *Filosofie della norma*, Torino, 2012, pp. 40 e ss..

U. SCARPELLI, *Semantica giuridica*, in *Dig. disc. priv.- sez. civ.*, Torino, XVIII, 1998, pp. 222 e s. (già in *Nss. Dig. it.*, Torino, XVI, 1969), ritiene, al contrario, che la funzione performativa sia riconducibile a quella prescrittiva, ritenendo che chi fa riferimento a questa tesi richiama un'idea di produzione magica o metafisica. In ciò non si distingue da quanto rilevava già Hägerström, come ricorda K. OLIVERCRONA, *Law as Fact*, London, 1971, II ed., trad. it. a cura di E. PATTARO, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1972, pp. 172 e s, nonché pp. 255 e ss. (che concorda con Hägerström, almeno per l'origine di queste peculiarità del linguaggio). Lo stesso U. SCARPELLI, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995, p. 19, affermerà, però, la (necessaria) realtà della norma giuridica.

Si noti che la critica della funzione performativa si risolve, nella teoria del diritto, in una posizione necessariamente imperativista, come nota G. CARCATERRA, *Il prescrittivismismo nella teoria della norma giuridica*, in *Id.*, *Norme giuridiche e valori etici. Saggi di filosofia del diritto*, Roma, 1991, pp. 102 e s..

⁵² La performatività non è fenomeno unitario: si danno enunciazioni che attuano un atto (l'atto del ringraziamento è attuato dall'enunciazione dell'enunciato 'io ti ringrazio') ed enunciazioni che attuano lo stato-di-cose che l'enunciato significa (l'abrogazione): nel primo caso si tratta di enunciazioni atetiche, nel secondo di enunciazioni thetiche. Cfr. A.G. CONTE, *Performativo vs. normativo*, in U. SCARPELLI- P. DI LUCIA (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994 (pp. 247 e ss.), ora in A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, cit., II, pp. 591 e ss.. J.L. AUSTIN, *op. cit.*, pp. 193 e ss., distingue cinque classi di enunciati performativi: *verdictives* (che, secondo A., realizzano atti giudiziari: 'assolvo...', 'condanno'), *exercitives* (atti che consistono nell'esercizio di poteri o diritti, come gli atti legislativi e amministrativi: 'proclamo...', 'voto per...', 'abrogo'), *commissives* (atti che impegnano chi li produce: 'prometto...', 'mi obbligo...'), *behabitives* (riguardano atteggiamenti sociali: 'protesto', 'recuso') e *expositives* (individuano la posizione del loquente in atti o processi di comunicazione o argomentazione: 'attesto che', 'accetto').

Sui performativi, si veda anche la cristallina esposizione di G. CARCATERRA, *Norme giuridiche e valori etici*, cit., pp. 93 e ss..

La performatività, cioè la capacità di talune comunicazioni di produrre qualcosa, era stata già avvertita dai giuristi, anteriormente alla "sistematizzazione" di Austin, particolarmente dagli autori che riferivano agli atti giuridici la costitutività: A. REINACH, *op. cit.*; SANTI ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, rist. II ed., Milano, 1947, p. 83; T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, rist., Padova, 1953, pp. 51 e s.; R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, pp. 6 e 33 e ss.; E. BETTI, *Negoziio giuridico*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, IX, 1968, p. 221. Per un'ampia ricognizione delle prefigurazioni dei performativi: G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, loc. cit..

⁵³ T. MAZZARESE, *Validità*, cit., p. 598.

4) ‘*status* deontico’, non entità linguistica, ma stato-di-cose deontico. È l’*anàlogon* dello stato-di-cose per l’enunciato apofantico⁵⁵, il riferimento extralinguistico dell’enunciato deontico e della proposizione deontica, il loro senso. È il divieto, l’obbligo, il permesso, la facoltà e così via di qualcosa;

5) ‘noema deontico’, cioè l’aspetto oggettivo di una noesi deontica. Esso contraddistingue uno *status* deontico *in intellectu*. È, per così dire, l’intenzione di una norma. Ad es., quando affermiamo ‘proporre una *norma* in un’assemblea legislativa’, ‘norma’ designa la mera rappresentazione di quello *status* deontico che verrebbe in essere, se venisse approvata la proposta, *id est* un noema deontico.

Per quanto qui rileva, possiamo tralasciare il noema deontico, in quanto mero “pensiero” di una norma, e l’enunciazione deontica, cioè (sebbene in modo un po’ riduttivo) l’atto giuridico. I tre restanti referenti, enunciato deontico, proposizione deontica e stato-di-cose deontico sono strettamente correlati: sono rispettivamente il testo, la rappresentazione di quel testo fatta dal soggetto che comprende il testo⁵⁶ e il *quid* rappresentato⁵⁷.

⁵⁴ Ad es., ‘Proibire indiscriminatamente a tutti gli arabi, subito dopo l’attentato alle *Twin Towers* (11 settembre 2001), d’entrare in USA sarebbe stata una *norma* intempestiva’

⁵⁵ ARISTOTELE, *De interpretazione*, 4, 16 b 33- 17 a 4, chiama λόγος αποφαντικός il discorso descrittivo e che, quindi, può essere vero o falso.

⁵⁶ Rappresentazione e comunicazione sono le due funzioni del linguaggio compreso (contrapposte alle tre funzioni del linguaggio parlato: descrittiva, prescrittiva, performativa): attraverso la prima avviene la comprensione, attraverso la seconda la si rende disponibile agli altri. Queste due funzioni non sono mai autonome. Sono indivisibili, l’una nell’altra: si postulano reciprocamente e sono entrambe originarie. Sul punto J. HABERMAS, *Einleitung*, in ID., *Wahrheit und Rechtfertigung. Philologische Aufsätze*, Frankfurt am Main, 2001 (ma 1999), trad. it. a cura di M. CARPITELLA, *Verità e giustificazione. Saggi filosofici*, Roma-Bari, 2001, pp. 6 e s..

⁵⁷ Gli stati-di-cose deontici possono essere rappresentati dalle proposizioni deontiche se e solo se queste due accezioni del termine norma designano “cose” diverse. La distinzione appare evidente nell’esposizione di A.G. CONTE, *Norma*, cit., il quale parla, per l’appunto di diversi ‘referenti’ del termine ‘norma’. Diversamente, invece, li intende F. MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, XLVI, 1993, p. 16: pur riferendosi alla distinzione di A.G. Conte, sostiene che “poiché gli enunciati deontici hanno (esprimono) significati deontici (le proposizioni deontiche), gli *status* deontici risultanti dagli enunciati deontici possono identificarsi, in definitiva, con i significati di questi ultimi, con le proposizioni deontiche”. Ancora una volta, il punto della discordia è la realtà della norma giuridica.

Anche senza affrontare lo spinoso tema della comprensione-interpretazione, è evidente che l'unico modo di intendere 'norma' nel contesto che ci interessa è il terzo, ossia come *status* deontico: si può violare una norma, solo se per 'norma' si intende lo stato-di-cose deontico⁵⁸.

L'enunciato deontico non è in grado di individuare alcuna prescrizione, senza che venga compreso. Gli enunciati, infatti, non recano senso oggettivo o intrinseco: il senso è il riferimento extralinguistico del segno (o del suono)⁵⁹, il collegamento che è convenzionalmente instaurato fra quel simbolo grafico (o sonoro) e l'entità che si vuole indicare. Sicché, l'enunciato deontico si risolve nella proposizione deontica, nel momento stesso in cui è letto o ascoltato significativamente.

La proposizione è il mezzo di collegamento fra l'enunciato significante e lo stato-di-cose significato. La proposizione deontica è ancora il rappresentante del *quid* rappresentato: non è la prescrizione in sé, ma il suo *specimen* intellettuale⁶⁰. Ergo, la norma in senso "autentico", quale prescrizione, è lo *status* deontico.

Questa idea è avallata da una considerazione concreta: vi sono norme (cioè divieti, obblighi, permessi, facoltà, oneri) che vincolano pur essendo prive di enunciato, come gli usi o la consuetudine. Non che esse non siano

⁵⁸ Cfr. A.G. CONTE, *Norma*, cit., p. 62.

⁵⁹ Questa è una conclusione del positivismo logico della semantica moderna, per evitare il paradosso che il linguaggio si riveli mero simbolismo e si risolva in un circolo vizioso (U. SCARPELLI, *Semantica*, cit., p. 211). Ma non era diversa l'impostazione di ARISTOTELE, *Perì Ermenéias*, 16, a3, secondo cui il testo è simbolo dei concetti della mente. Cfr. anche J.R. SEARLE, *op. cit.*, pp. 52 e ss..

Il punto è messo in evidenza anche da W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968, trad. it. a cura di G. CARLIZZI, *Fattispecie e tipo: indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli, 2007, pp. 130 e ss.; J. HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, München, 1972, trad. it. a cura di R. DE GIORGI, *La comprensione dei testi giuridici*, Napoli, 1983, pp. 30 e s. e pp. 94 e ss..

⁶⁰ O. WEINBERGER, *op. cit.*, pp. 42 e s.; P. AMSELEK, *Le règles*, cit., p. 44, presuppongono quest'idea.

trasmissibili tramite un enunciato, ma non promanano da un'enunciazione⁶¹ e, dunque, non sono collegate ad un dato enunciato.

La formulazione della norma da parte del legislatore, dunque, non è criterio idoneo a distinguere la violazione di legge e l'eccesso di potere, né per classificare (la struttura de)i vizi, né per individuare diverse modalità di sindacato: per ogni forma di illegittimità la norma è lo stato-di-cose deontico⁶²; di conseguenza, non è sufficiente ad individuare un diverso tipo di giudizio il mero dato estrinseco della formulazione della norma da parte del legislatore⁶³.

3. Sistematica pandettistica dell'invalidità e sindacato.

La tensione tra unicità dell'illegittimità, bipartizione del sindacato e tripartizione dei vizi nasce in una sistematica dell'illegittimità fortemente influenzata dalla pandettistica e dalla teoria del negozio giuridico⁶⁴: l'illegittimità è la difformità dell'atto amministrativo dal suo schema legale; lo schema legale individua gli elementi dell'atto; l'atto amministrativo illegittimo è tale perché ha uno (o più) elementi difettosi o viziati⁶⁵.

Pur nella diversità delle elencazioni degli elementi del provvedimento, si riscontra una classificazione dei vizi rispettosa della tripartizione legale.

⁶¹ Si veda uno degli esempi di A.G. Conte, teso a distinguere lo stato-di-cose deontico dall'enunciazione deontica: 'Il libro *Sachsenspiegel* è una codificazione di *norme* invalse nella società del suo autore: Eike von Repgow'. Gli *status* deontici sono per la maggior parte prodotti da un'enunciazione deontica, sicché ogni enunciazione deontica produce uno *status* deontico. Ma non ogni *status* deontico è il prodotto di un'enunciazione deontica.

⁶² Giunge a conclusioni simili, ma con argomenti e terminologia differenti, G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo*, cit., p. 179; ma già ID., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, pp. 58 e ss..

⁶³ Tale dato potrebbe rilevare ad altri fini, ad esempio di teoria delle fonti, ma certamente non per il sindacato.

⁶⁴ A. DE VALLES, *op. cit.*, pp. 337 e ss..

⁶⁵ La mancanza degli elementi essenziali, invece, viene molto presto assimilata all'inesistenza, com'era per il contratto prima della codificazione della nullità (avvenuta nel codice civile del 1942): A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, pp. 135 e ss..

Rispetto molto probabilmente dettato da esigenze pratiche⁶⁶ e convinzioni metodologiche⁶⁷. Tutte le illegittimità sono “interne” all’atto quale manifestazione di volontà⁶⁸, come è per il negozio⁶⁹, e dovrebbero essere riscontrate tramite un raffronto sussuntivo: l’incompetenza e i vizi ad essa assimilati⁷⁰ costituiscono i vizi del soggetto⁷¹; la violazione di legge consiste nel vizio dell’oggetto, del contenuto⁷² o della forma⁷³, riflettendo la molteplicità e la variabilità del vincolo imposto dalla legge; l’eccesso di potere è vizio della causa⁷⁴, dei motivi⁷⁵ o, olisticamente, della volontà⁷⁶⁻⁷⁷.

⁶⁶ La limitazione in via legislativa dei motivi denunciabili contro provvedimenti amministrativi imponeva di determinare l’ambito di ciascun vizio.

⁶⁷ È il positivismo imperativista (ancor più che formalista) ad imporre la tripartizione legale come suddivisione ineliminabile, quale frutto diretto della volontà del legislatore.

⁶⁸ Per questa nozione di atto amministrativo, per tutti, A. DE VALLES, *op. cit.*, pp. 1 e ss..

⁶⁹ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere*, cit., p. 1024.

⁷⁰ Cfr. *supra*, nota

⁷¹ Per tutti, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, II, p. 671.

⁷² L’idea è di matrice tedesca e risente di una certa elasticità della nozione di ‘contenuto’: R. LUCIFREDI, *L’atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941, p. 18, nota 12, il quale cita W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmassigkeitserwangung : Zugleich ein System der Ungultigkeitsgrunde von Polizeiverordnungen und -Verfugungen : eine Staats- und Verwaltungsrechtliche Untersuchung*, Tubingen, 1913, pp. 225 e ss.; P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tubingen, V ed., 1911, II, pp. 189 e ss.; K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte : Verwaltungs- und prozessrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Berlin, 1910, pp. 388 e ss..

In Italia, il vizio del contenuto è stato, piuttosto, assimilato all’eccesso di potere: V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. Dir. comp.*, 1947, pp. 368 e s..

⁷³ Esempio della tendenza: A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, pp. 671 e ss., circa i vizi dell’oggetto, della forma e del contenuto.

⁷⁴ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 1332; F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 47; R. RESTA, *La natura giuridica dell’eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, Padova, 1933, II, pp. 383 e s.; P. BODDA, *La nozione di “causa giuridica” della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933, *passim*; ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 1954, p. 196; U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, VI ed., 1938, p. 42; nonché M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 186 e ss., sebbene sulla base di una nozione di causa aliena da quella negoziale.

⁷⁵ U. FORTI, *op. cit.*, p. 193.

⁷⁶ G. ZANOBINI, *Corso*, cit., I, p. 311; O. RANELLETTI-A. AMORTH, *Atti amministrativi*, cit., p....

⁷⁷ Sul punto, si vedano le sintesi di C. MORTATI, *La volontà e la causa nell’atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935; F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 1938; e, più di recente, G. DE CESARE, *Problematica*, cit., pp. 93 e ss.; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere*, cit., p. 226.

V’è anche chi, come E. GUICCIARDI, *La giustizia*, cit., p. 21, ritiene che l’eccesso di potere assommi una serie di vizi incidenti sulla volontà e sulla causa.

Le distinzioni fra le modalità di sindacato dovrebbero, dunque, avere uno spettro maggiore rispetto alla dicotomia violazione di legge- eccesso di potere, ma con margini differenziali notevolmente ridotti: un'unicità sostanziale del sindacato, differenziata in base all'elemento di cui accertare la difformità (il soggetto, l'oggetto, il contenuto, la causa, i motivi, la volontà...).

Invece, pare che proprio il modello pandettistico (e sillogistico) del giudizio di legittimità rimarchi la diversità dell'eccesso di potere per sviamento rispetto agli altri vizi: la dimensione teleologica e l'assenza di una (espressa) fattispecie astratta⁷⁸ costituiscono un ostacolo insuperabile per l'assimilazione del sindacato per eccesso di potere al giudizio necessario per gli altri vizi⁷⁹. Dunque, l'eccesso di potere fuoriesce dalla sistemazione (e sistematizzazione) tradizionale, mettendone in crisi l'agognata simmetria.

L'inadeguatezza del modello è, con ogni evidenza, imputabile alla non condivisibile isomorfia del provvedimento con il negozio giuridico privato. La maggior distanza fra queste due "figure" risiede nella volontà.

Nel negozio essa è processo psichico di volizione soggettiva, "nata" libera e successivamente limitata⁸⁰: fornisce essa stessa gli scopi dell'atto in cui si manifesta, salvi i confini della liceità. Nel provvedimento è volizione oggettiva di apparato⁸¹, costituita dall'ordinamento insieme ai suoi limiti,

⁷⁸ Nota questa che rende l'eccesso di potere un vizio "indefinito", secondo L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898, p. 81; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., p. 79.

⁷⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 184; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, II, p. 996 (originariamente in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, pp. 1 e ss.).

⁸⁰ O, perlomeno, questa è la rappresentazione tradizionale che dell'autonomia negoziale si dà: A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, II, p. 1118

⁸¹ 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, 1987, tomo II, pp. 779 e ss., *passim* (e conclusivamente, p. 803).

che si forma grazie ad un'attività giuridicamente rilevante⁸²: è l'ordinamento che la costituisce ad imporle la dimensione teleologica, grazie all'ordito assiologico che è il fondamento (e il fine) dell'ordinamento⁸³.

Il rapporto di questi due generi di atto con il diritto oggettivo è, dunque, differente⁸⁴: il provvedimento *attua* (deve attuare) i gradi superiori dell'ordinamento dal punto di vista deontico (le norme prodotte),

Oppure, più recisamente, gli atti dei pubblici poteri sono "piuttosto che atti analoghi al negozio qualificati psicologicamente, veri e propri comportamenti di carattere oggettivo", come nota A. FALZEA, *Manifestazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXV, 1975, p. 456, in modo da mettere in dubbio la stessa possibilità di ricondurre l'atto amministrativo, la sentenza e la legge al novero degli atti giuridici. Sull'oggettività della volontà nel provvedimento, in quanto determinata da un numero indefinito di persone all'interno di un'attività giuridicamente rilevante (il procedimento): M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 677; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, XIII, 1964, p. 81; G. SALA, *L'eccesso di potere*, cit., pp. 227 e s..

⁸² F. LEDDA, *op. loc. ult. cit.*

⁸³ Che il diritto o, se si vuole, l'ordinamento giuridico non possa essere ricostruito solo come un insieme di diritti, obblighi, doveri, facoltà, competenze, etc., ma che questo insieme sia orientato alla realizzazione di valori è ormai conclusione piuttosto diffusa nella teoria generale, sebbene per ragioni notevolmente diverse, a seconda della "corrente" di riferimento.

Per i giusnaturalisti, i valori alla cui realizzazione l'ordinamento mira sono riconducibili all'idea di giustizia (cfr. H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1951, trad. it. a cura di G. DE STEFANO, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965, pp. 359 e ss.).

Il positivismo, invece, dopo aver tentato di espungere i giudizi di valore dal discorso scientifico (anche delle scienze sociali), in quanto rei di sottintendere indirizzi politici (M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, München. Leipzig, 1919, trad. it. a cura di A. GIOLITTI, *Il lavoro intellettuale come professione: due saggi*, Torino, 1948, pp. 29 e ss.), è approdato a più miti posizioni, riconoscendo la strumentalità del diritto (si veda, ad esempio, N. MAC CORMICK, *H.L.A. Hart*, London, 1981, p. 29).

Il cammino di riavvicinamento della riflessione teorica ai valori è stato, infine, completato ad opera del neocostituzionalismo (termine coniato da S. POZZOLO, *Neocostitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, in *Doxa*, 1998, pp. 339 e ss.): le Costituzioni del secondo dopoguerra, composte per la gran parte da principi (e relativi valori e diritti fondamentali), hanno positivizzato i valori e, dunque, "sdoganato" il discorso della scienza giuridica sui valori (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in Id., *Ermeneutica*, cit., pp. 57 e ss.; Id., *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pp. 1 e ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2006, pp. 720 e ss.).

In questo senso, anche (ex multis) S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 2011, V, pp. 1119 e ss.; A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in Id., *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica, I. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, pp. 200 e ss.. Quest'idea è, solitamente, il presupposto necessario di altre tesi, come nell'interpretazione: a titolo d'esempio, in E. BETTI, *L'interpretazione*, cit.; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, 1994; G. CORSO, *L'interpretazione della legge nel diritto amministrativo*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 251; A. TRAVI, *Discussant (a Guido Corso)*, *ivi*, p. 265.

⁸⁴ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 1119, parla di un rapporto tra atti amministrativi e diritto obiettivo "molto più intenso e avvolgente di quanto non avvenga in diritto privato".

assiologico e antropologico (l'assetto di valori ed interessi determinato)⁸⁵; il negozio *rispetta* (deve rispettare) i gradi superiori dell'ordinamento dal punto di vista deontico, assiologico e antropologico. Nella *Stufenbau*⁸⁶, il provvedimento è svolgimento dei gradi superiori, cui si accompagna un margine più o meno ampio di *decisione*⁸⁷; il negozio è determinazione libera⁸⁸.

Sicché, mentre la volontà negoziale rileva principalmente come volontarietà degli effetti, la volontà nel provvedimento rileva come *giudizio* (decisorio) di attuazione dell'ordinamento⁸⁹. L'oggettività della volontà nel provvedimento e del rapporto fra questo e il diritto obiettivo, poi, rende irrilevante l'elemento soggettivo dell'agente nell'illegittimità, anche solo come imputabilità o conoscibilità dell'illegittimità⁹⁰.

⁸⁵ Sulla distinzione tra concetti deontici, assiologici e antropologici: G.H. VON WRIGHT, *The Logic of Preference*, Edinburgh, 1963, p. 7; Id., *The Variety of Goodness*, London- New York, 1963, pp. 6 e s.. Sulla corrispondenza fra questi: R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994, II ed., trad. it. a cura di L. DI CARLO, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, pp. 162 e ss..

⁸⁶ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it. a cura di M. LOSANO, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, pp. 251 e ss..

⁸⁷ H. Kelsen, *op. loc. ult. cit.*; F. LEDDA, *op. ult. cit.*, pp. 783 e ss., part. pp. 792 e ss..

⁸⁸ Si tralascia in questo passaggio la nota distintiva dell'autorità, su cui cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 165. Essa, infatti, è oggetto di problemi definitivi (su cui A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, pp. 51 e ss.) e, ancor più radicalmente, se ne mette in dubbio il tratto (tradizionalmente) considerato caratteristico, ossia l'imperatività (B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000). La considerazione del solo aspetto della volontà e del rapporto con il diritto obiettivo è, ai nostri fini, sufficiente a distinguere il provvedimento e il negozio giuridico.

⁸⁹ Che la scelta discrezionale si risolva in un giudizio (in quanto tale sindacabile) è punto che accomuna posizioni dogmatiche anche distanti fra loro: A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1960, I, pp. 404 e ss.; A. AZZENA, *Natura e limiti*, cit., pp. 154 e ss.; F. LEDDA, *op. ult. cit.*, pp. 786 e ss..

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, 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, 1997; nonché, più di recente, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*,....., 2013, pp.....

L'antecedente di queste concezioni è da rintracciare in H.A. SIMON, *Administrative Behavior*, New York, 1957, II ed., trad. it. a cura di S. CIMMINO, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1979, pp. 43 e ss..

⁹⁰ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, VI ed., 2013, p. 264.

Conseguentemente diversa è l'idea della (il)legittimità⁹¹, determinata non da uno schema generale (come per il negozio), ma dalle singole norme attributive e regolative del potere. È, allora, riduttivo e destinato all'insuccesso il tentativo di individuare gli elementi dell'atto amministrativo per ricondurvi tutte le ipotesi di vizio⁹².

Sul versante del sindacato, il modello sillogistico della sussunzione dei singoli elementi nello schema dell'atto perde non solo il "monopolio" delle forme di sindacato, ma anche ogni plausibilità: se viene meno la ricostruzione dell'illegittimità come difettosità di almeno un elemento del provvedimento, cade l'unicità della struttura dei tre vizi e la riconducibilità anche di un solo vizio a quella conformazione.

4. Figure sintomatiche e sindacato "istruttorio".

Dal canto suo, la giurisprudenza procede incurante delle "solitarie elucubrazioni della dottrina"⁹³ circa gli elementi viziati. E, così, enuclea una serie di "situazioni"⁹⁴ nelle quali annullare l'atto per eccesso di potere, pur in assenza dell'accertamento dello sviamento o dell'elemento affetto dall'illegittimità. In particolare, l'illogicità, l'irrazionalità, la

⁹¹ La quale, per le stesse ragioni, assurge a valore nel sistema dei pubblici poteri (F. LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXIV, 1974, pp. 125 e s.) e a criterio di legittimazione della burocrazia, priva dell'investitura popolare (A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., p. 1118; ID., *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Facoltà di Economia e Commercio di Messina*, 1981, 2, pp. 449 e ss.- idea questa risalente a M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, trad. it. a cura di P. ROSSI, *Economia e società*, Milano, 1968, I, pp. 210 e ss. e radicata sull'equivalenza tra legalità e legittimità: C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Leipzig- München, 1932, trad. it. parziale a cura di G. MIGLIO- P. SCHIERA, *Legalità e legittimità*, in C. SCHMITT, *Le categorie del politico: saggi di teoria politica*, Bologna, 1972, pp. 211 e ss.). Per come queste due conclusioni si compongano con un sistema di invalidità improntato al c.d. modo dell'equiparazione (M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa. I*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 538), si veda A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., *passim*.

⁹² F. LEDDA, *op. ult. cit.*, pp. 793 e ss.. Diversamente quando il discorso è limitato ad alcune cause di invalidità, come la mancanza di elementi essenziali, che l'art. 21 septies l.n. 241/1990 fa assurgere a vizio di nullità. Tant'è che rimane attuale in dottrina: M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali*, cit..

⁹³ A. PIRAS, *Invalidità*, cit., p. 606.

⁹⁴ Come le chiama F. BENVENUTI, *Eccesso di potere*, cit., p. 1005.

contraddittorietà della motivazione, il travisamento dei fatti e simili vengono intesi quali “sintomi” dell’eccesso di potere⁹⁵.

La dottrina tenta di attribuire a questa generica nozione una configurazione compatibile con la sistematica dell’invalidità pandettistica⁹⁶. In un primo tempo le figure sintomatiche vengono *sic et simpliciter* ridotte ai vizi della causa, dei motivi o della volontà, ma senza successo⁹⁷.

La riflessione, allora, si sposta sul terreno processuale. Le figure sintomatiche non sono ipotesi di sviamento, dunque non costituiscono fattispecie concrete di eccesso di potere. Né possono essere considerate condizioni di legittimità dell’atto, giacché manca una loro previsione normativa e nel nostro ordinamento il giudice non può creare norme.

Emerge, così, l’idea che le figure sintomatiche siano mezzi (processuali) di annullamento dell’atto⁹⁸. Con ciò si esclude che le figure sintomatiche siano ipotesi di illegittimità⁹⁹: sono, per l’appunto, sintomi, effetti riflessi e secondari del vizio, estranei al rapporto fra il vizio e la sua causa¹⁰⁰.

Sembra che le figure sintomatiche siano originate da un’indagine empirica: determinati fattori (contraddittorietà intrinseca ed estrinseca,

⁹⁵ Per l’analisi di queste ipotesi e per i richiami giurisprudenziali: N. PAPPALARDO, *L’eccesso di potere secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, vol. II, pp. 5 e ss. dell’estratto; R. RESTA, *La natura giuridica*, cit.; G. DE CESARE, *Problematica dell’eccesso di potere*, cit., pp. 68 e ss., che ravvisa la svolta nella percezione, dapprima, del rilievo della motivazione nei provvedimenti discrezionali e, poi, del superamento della motivazione quale strumento di ricerca dei motivi dell’atto.

⁹⁶ Si badi che questo dibattito è esclusivamente dottrinale, perché la giurisprudenza evitava le teorizzazioni, preferendo prestare attenzione alla situazione sostanziale, in un’ottica molto pragmatica.

⁹⁷ Cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere*, cit., pp. 997 e ss., per un’analitica esposizione di queste ricostruzioni.

⁹⁸ Cfr. R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, p. 93, che trae questa considerazione da un’ampia analisi giurisprudenziale; F. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 1008. Più di recente, T. ALIBRANDI, *L’eccesso di potere come indizio processuale*, cit., pp. 66 e ss., il quale rileva l’empirismo e la scarsa consapevolezza teorica della giurisprudenza.

⁹⁹ “Assolvendo” il giudice dall’accusa, per l’epoca ignominiosa, di produrre norme giuridiche (produzione, invero, implicata dalla qualifica di “giurisprudenza pretoria”).

¹⁰⁰ A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., pp. 678 e s.. Si veda la ricostruzione di F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 1008.

irrazionalità, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, motivazione illogica, etc.) ricorrono quando è probabile che l'amministrazione abbia inteso deviare dal fine di interesse pubblico imposto dalla norma; dunque, si annulla il provvedimento nel caso in cui si presenti un sintomo.

Le figure sintomatiche hanno, allora, valore probatorio (indiretto): sono fatti noti da cui si risale ad un fatto ignoto. Sono elementi di prova di fatti secondari¹⁰¹ o indizi o presunzioni¹⁰² dell'illegittimità.

Seguendo quest'impostazione, si configura una terza modalità di sindacato: accanto a quella per violazione di legge (e incompetenza), rigida e "semplice", e a quella per sviamento di potere, flessibile e penetrante, v'è il sindacato per figure sintomatiche, esterno e probabilistico¹⁰³.

¹⁰¹ E. PRESUTTI, *I limiti*, cit., pp. 121 e ss. (l'A., prendendo le mosse dal travisamento e dall'errore nei fatti-riferendo che quando l'amministrazione ha ritenuto esistenti fatti che il ricorrente prova essere insussistenti, "anche se logicamente non è con ciò esclusa la possibilità che esistano altre circostanze di fatto che avrebbero potuto legittimare l'emanazione del provvedimento impugnato, la IV sezione ritiene che chi impugna l'atto abbia assolto l'onere della prova su di esso incombente e che, quindi, l'atto vada annullato"- estende questi risultati alla contraddittorietà, allo sviamento e alla disparità di trattamento); R. TREVES, *La presunzione*, cit., pp. 40, 55, 65 e *passim*. L'idea è diffusa anche nella dottrina francese, circa l'illogicità manifesta, la contraddittorietà fra provvedimenti e la manifesta inopportunità: H. WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence*, Paris, 1929, pp. 417 e ss..

¹⁰² Cfr. A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976, pp. 326 e ss.; T. ALIBRANDI, *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. e soc.*, 1982, p. 68 (anche in *Studi in occasione del centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981). Su queste modalità di accertamento dell'eccesso di potere, anche E. CARDI- S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, cit., pp. 347 e ss..

¹⁰³ A seconda di come i singoli autori intendano l'eccesso di potere, però, lo sviamento può essere considerato una figura sintomatica: ad esempio, A. AZZENA, *Natura e limiti*, cit., ricostruisce l'eccesso di potere come vizio di merito. L'A. analizza il procedimento logico di applicazione della legge attributiva del potere da parte dell'amministrazione e conclude per un modello sillogistico. I vizi di questo giudizio costituiscono l'eccesso di potere. Orbene, un giudizio sillogistico è viziato dal punto di vista logico (il c.d. *non sequitur*), perché si inferisce una conclusione non contenuta nelle premesse. Oppure perché non è corretto, in quanto scorrette sono le premesse. La formulazione delle premesse, secondo Azzena, è il merito (adattando la tesi di G. CALOGERO, *op. cit.*, secondo cui l'individuazione degli elementi della protasi direttamente sussuntiva in cui si sostanzia l'applicazione della legge è merito, eppure deve essere sindacato dalla Cassazione, *sub specie* di vizio logico, in quanto la logica del diritto è il diritto in sé). Sicché il vizio nella formulazione delle premesse consiste in un vizio di merito, il quale produce un vizio di legittimità. Tale vizio viene accertato in via diretta nei casi in cui la premessa maggiore sia costituita da una legge scientifica oggettiva (giuridicamente rilevante in quanto richiamata dalla legge attributiva del potere): l'obiettività del giudizio permette la sostituzione del giudice all'amministrazione. Se la premessa maggiore è costituita da una proposizione soggettiva, cioè da un apprezzamento dell'autore dell'atto, invece, esso non è direttamente sindacabile, tranne nei casi di giurisdizione di merito: in quanto legittimato dall'autorità, la sostituzione del giudice all'amministrazione in quel giudizio

Questa terza forma di sindacato può essere scomposta tenendo conto a) della natura del “mezzo” probatorio evocato (indizio, elemento di prova, presunzione) e b) di ciò che si ritiene dimostrato (il vizio di legittimità in sé o ciò che causa il vizio).

a) La dottrina già indicata richiama tre figure probatorie: indizio, elemento di prova di fatto secondario e presunzione. Ciò che rileva qui è, però, il nesso tra l'esistenza del fatto noto e il fatto ignoto. E sotto questo profilo, conviene assimilare indizio, elemento di prova di fatto secondario e presunzione semplice (a1), contrapponendoli alle presunzioni legali (a2): i primi confluiscono nel materiale probatorio, quali elementi sottoposti al “prudente apprezzamento” del giudice¹⁰⁴; le seconde producono una prova legale (presunzioni *iuris et de iure*) o un'inversione dell'onere della prova (presunzioni *iuris tantum*), ma comunque una norma stabilisce un nesso di consequenzialità, più o meno stabile, fra il fatto ignoto e la conseguenza giuridica del fatto noto.

b) Attraverso una di queste strutture probatorie, si ricava un *quid* ignoto che può consistere, almeno in linea astratta¹⁰⁵: b1) nell'eccesso di potere in sé¹⁰⁶; b2) in ciò che causa il vizio di eccesso di potere, ossia la causa, il motivo, la volontà o lo scopo difforme da quello indicato dalla legge¹⁰⁷, o il vizio di merito da cui deriva l'eccesso di potere¹⁰⁸, o la violazione delle

violerebbe il principio di separazione dei poteri. Tuttavia, la sussistenza di questo vizio di merito (causa del vizio di legittimità) è ricavabile in via presuntiva dalla presenza delle figure sintomatiche, fra cui rientra anche lo sviamento.

In giurisprudenza, invece, le figure sintomatiche soppiantano lo sviamento di potere, il quale quasi scompare dai massimari: M.S. GIANNINI, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, loc. cit..

¹⁰⁴ Per tutti: M.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947, p. 235; F. BENVENUTI, *L'istruttoria*, cit., p. 353.

¹⁰⁵ In verità, spesso i due piani sono sovrapposti, sicché questa partizione analitica è un ausilio espositivo, non tanto una distinzione effettivamente riscontrabile in dottrina.

¹⁰⁶ Cfr. A. AZZENA, *op. cit.*, p. 325 e ss..

¹⁰⁷ Attribuiscono questo rilievo alle figure sintomatiche quegli autori che tentano di ridurle alla sistematica pandettistica: cfr. nota.....

¹⁰⁸ A. AZZENA, *op. cit.*, pp. 329 e ss.. Che Azzena affermi tanto l'una quanto l'altra delle tesi qui contrapposte è dimostrazione della sovrapposizione dei piani.

regole logiche che presiedono al giudizio decisorio in cui si manifesta la scelta discrezionale¹⁰⁹.

Sicché si può costruire una tetracotomia, combinando i due criteri:

1) le figure sintomatiche sono indizi (nel senso lato già visto) del vizio di eccesso di potere (combinazione a1-b1)¹¹⁰;

2) le figure sintomatiche sono indizi (in senso lato) della causa del vizio di eccesso di potere (combinazione a1-b2)¹¹¹;

3) le figure sintomatiche sono presunzioni legali del vizio di eccesso di potere (combinazione a2-b1)¹¹²;

4) le figure sintomatiche sono presunzioni legali della causa del vizio di eccesso di potere (combinazione a2-b2)¹¹³.

Questa tesi (o queste tesi) si espone ad una nutrita schiera di critiche.

Tralasciando l'empirismo metodologico su cui si fonda¹¹⁴, essa ricorre ad un'impostazione soggettiva dell'illegittimità, per giustificare l'annullamento in presenza di una figura sintomatica: quelle peculiarità tradiscono l'intento dell'amministrazione di deviare dal perseguimento dell'interesse pubblico, quasi che l'autorità, nell'imbarazzo della violazione, commetta delle "ingenuità" consistenti nelle figure sintomatiche.

Tale impostazione non collima né con la dimensione oggettiva che assume la volontà nel provvedimento/decisione, né con l'assoluta irrilevanza dell'imputabilità del vizio all'amministrazione¹¹⁵.

¹⁰⁹ F. BASSI, *La norma interna*, cit., pp. 292 e ss.- part. p.294, nota 203.

¹¹⁰ R. TREVES, *op. loc. ult. cit.*; H. WELTER, *op. loc. ult. cit.*.

¹¹¹ E. PRESUTTI, *op. loc. ult. cit.*.

¹¹² T. ALIBRANDI, *op. ult. cit.*.

¹¹³ F. BASSI, *op. loc. ult. cit.*; A. AZZENA, *op. loc. ult. cit.*.

¹¹⁴ Di cui è sufficiente fare menzione, giacché sembra più una ricostruzione *a posteriori* della dottrina, piuttosto che il percorso euristico battuto dalla giurisprudenza per enucleare le figure sintomatiche.

¹¹⁵ Già viste al paragrafo precedente.

È, però, possibile reinterpretare la sintomaticità in chiave oggettiva, come nel caso in cui si intendano le figure sintomatiche quali indici della violazione delle regole logiche del giudizio della decisione discrezionale.

Anche in quest'ottica, tuttavia, il sindacato per sintomi non è plausibile. Se si ammette una configurazione *lato sensu* indiziaria (a1), la natura probatoria delle figure sintomatiche è smentita dall'indeterminatezza del fatto ignoto da provare¹¹⁶, giacché in tesi privo di una definizione legale: si imposterebbe, nella sostanza, la ricerca istruttoria senza ipotizzare quale debba essere il fatto da dimostrare¹¹⁷.

D'altro canto, è difficile ritenere il vizio un fatto dimostrabile in via istruttoria (a1-b1). La dimostrazione istruttoria mira a verificare la verità di un fatto. Il vizio in sé è una qualificazione giuridica, la valutazione di un *quid* alla luce di un criterio di normalità. E, in quanto tale, non è né vero né falso, ma solo corretto (*richtig*) o giusto (*gerecht*).

E, se anche ciò che viene dimostrato non fosse il vizio ma ciò che causa il vizio (a1-b2), ci si limiterebbe a rispondere alla domanda “è vero/a il motivo, la causa o lo scopo di cui si discute?”. Pur ammettendo che tale

¹¹⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere*, cit., p. 1006.

¹¹⁷ *Mutatis mutandis*, è quanto sostiene F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, pp. 240 e ss., a proposito dell'attività istruttoria della p.a..

Anche la ricerca dei dati è, infatti, il risultato di un'attività conoscitiva che seleziona la miriade di elementi della realtà, per isolare solo quelli rilevanti (J. DEWEY, *Logic, the Theory of Inquiry*, New York, 1938, trad. it. a cura di A. VISALBERGHI, *Logica, teoria dell'indagine*, Torino, 1974, II rist. della III ed., pp. 131 e ss.). E ogni ricerca è diretta da un interesse euristico rappresentato dal suo risultato (J. HABERMAS, *Erkenntnis und Interesse*, Frankfurt am Main, 1968, trad. it. a cura di G. E. RUSCONI, *Conoscenza e interesse*, Bari, 1973), giacché consiste in un'ipotesi di conclusione da argomentare/verificare (K. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, London, 1968, III ed. inglese rivista di *Logik der Forschung*, Tubingen, 1935, trad. it. a cura di M. TRINCHERO, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Milano, 1998, III ed.).

Questa idea ha avuto un ampio sviluppo nell'ermeneutica giuridica contemporanea. Sul versante dell'indagine sul fatto, in particolare, J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Berlin, 1965, trad. it. a cura di G. CARLIZZI, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Bologna, 2009; ID., *Das Verstehen von Rechtstexten*, cit.. L'idea di fondo è che l'istruzione non è possibile senza un'anticipazione del senso del fatto e della fattispecie che si traduce in una questione giuridica, cui il processo deve rispondere, tramite l'accertamento dell'esistenza dei fatti rilevanti secondo quell'anticipazione.

domanda sia sensata¹¹⁸, residuerebbe il vero nocciolo della questione di legittimità, ossia se l'elemento sia conforme al criterio. Un'indagine ulteriore che la giurisprudenza non compie, dimostrando di non avvalersi delle figure sintomatiche in funzione probatoria¹¹⁹.

Se, poi, si trattasse di presunzioni legali (a2), bisognerebbe aggiungere che tale valore probatorio sarebbe attribuito nel silenzio del legislatore e, in più, in un processo che disconosce le prove legali¹²⁰. E sia che si presuma la sussistenza del vizio (a2-b1) o della sua causa (a2-b2), la presunzione istituisce una "conseguenzialità giuridica" fra l'accertamento della figura sintomatica e l'annullamento: è una norma (regola) di cui la fattispecie astratta è la figura sintomatica e la conseguenza giuridica è l'invalidazione.

Se si insiste a considerare le figure sintomatiche strumenti processuali, dunque, si scinde l'annullamento dall'illegittimità: vi può essere l'invalidazione di un atto senza l'accertamento di un vizio¹²¹. E, di conseguenza, si impedisce la produzione dell'effetto conformativo dell'annullamento¹²².

5. Eccesso di potere come vizio della funzione e sindacato "quantitativamente differenziato".

¹¹⁸ Giacché sembra che si riferisca il valore aletico ad una norma. Il punto, comunque, può essere qui tralasciato.

¹¹⁹ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 1007; G. CORSO, *Validità*, cit., p. 92.

¹²⁰ Per tutti, R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 201.

¹²¹ F. BENVENUTI, *Eccesso*, cit., pp. 1009 e s.. Questa scissione tra illegittimità e annullamento è, in un certo senso, opposta rispetto a quella ravvisabile nell'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990, ove vi può essere illegittimità (o, comunque, difformità dallo schema legale) senza annullamento. Sul punto si tornerà più avanti.

¹²² Almeno nella sua dimensione di regola destinata all'amministrazione per la rinnovazione del provvedimento: F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 1010.

Questa assurdità si evita, invece, se ciascuna figura sintomatica è violazione di una condizione di legittimità del provvedimento¹²³.

Le condizioni di legittimità devono consistere in norme giuridiche. E le figure sintomatiche sono riconducibili alla violazione del principio di giustizia sostanziale (manifesta ingiustizia o disparità di trattamento), del principio di ragionevolezza (illogicità manifesta o contraddittorietà intrinseca) o dei principi di organizzazione dell'amministrazione (violazione di circolare o di prassi)¹²⁴. Ossia di principi che regolano la funzione amministrativa, intesa quale "concretarsi del potere in un singolo atto amministrativo"¹²⁵.

Anche le figure sintomatiche, dunque, ricadono nella violazione di norme giuridiche¹²⁶, sebbene "molto generali"¹²⁷. Ma non corrispondono ad un vizio di un elemento dell'atto: consistono nel vizio della funzione, sono illegittimità "estrinseche"¹²⁸, capaci di riflettersi indirettamente su un elemento dell'atto (causa, motivi, volontà)¹²⁹.

Tuttavia, la qualità del giudizio non muta: il giudice non giudica secondo equità. Egli interpreta norme vigenti e le applica al caso concreto, "così come fa d'altronde ogni qualvolta debba riconoscere, sulla base di una norma che la prevede astrattamente, la congruenza di un fatto a costituire la causa del vizio in un elemento dell'atto impugnato"¹³⁰. La

¹²³ Cfr., in senso analogo, A. ROMANO, *Commento*, cit., p. 239, ove si aggiunge la necessità di opporre l'eccesso di potere al vizio di merito.

¹²⁴ F. BENVENUTI, *op. cit.*, pp. 1011 e ss..

¹²⁵ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 1018 e nota 59 per gli antecedenti dottrinali circa questa concezione della funzione.

¹²⁶ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 1020. Del resto, il giudice non può che giudicare attraverso norme giuridiche (p. 1033). Si vedano anche A. ROMANO, *Commento*, cit., pp. 239 e ss.; E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, p. 69, il quale mette in luce la formazione giurisprudenziale di queste norme.

¹²⁷ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 1033.

¹²⁸ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 1024.

¹²⁹ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*

¹³⁰ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 1033.

generalità di queste norme, però, richiede una “particolare latitudine” nell’opera interpretativa¹³¹ che si consolida in una “consuetudine interpretativa”¹³²⁻¹³³.

La nuova unità dell’illegittimità (come violazione di norme giuridiche, non come vizio degli elementi dell’atto) conduce, sul versante del sindacato, all’unicità qualitativa del sindacato nel modello sillogistico¹³⁴. L’accento, però, si pone sulla struttura logica della norma: la sua generalità differenzia, in senso *quantitativo*, il giudizio per figure sintomatiche, rispetto all’ancora paradigmatico sindacato per violazione di legge.

6. Sindacato di “diversità” e sindacato di “devianza”.

L’accettazione della definizione dell’eccesso di potere quale vizio della funzione non impedisce, però, che l’unità qualitativa del sindacato di legittimità sia nuovamente infranta. Diversa, infatti, è la nozione di funzione assunta: non farsi del potere nel provvedimento¹³⁵, ma *munus*, tutela di interessi altrui; per la funzione amministrativa, cura dell’interesse pubblico¹³⁶. Il vizio della funzione, allora, non è (o non è soltanto) la

¹³¹ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*.

¹³² U. FORTI, *op. cit.*, p. 190; V. ROMANELLI, *L’annullamento*, cit., p. 176.

¹³³ In opposizione a questa concezione dell’eccesso di potere e in favore di quella “probatoria”, è stata avanzata un’obiezione: ricollegare a ciascuna figura sintomatica la violazione di un principio della funzione amministrativa minerebbe l’unità dell’eccesso di potere, imposta, invece, dalla legge (T. ALIBRANDI, *op. cit.*, p. 80). E tale rilievo sarebbe sufficiente a respingere quest’idea ed ad accogliere quella della sintomaticità, in quanto capace di assicurare questa unità. Tuttavia, anche l’incompetenza e, soprattutto, la violazione di legge sono tutt’altro che unitari. Alla stregua di quest’idea si dovrebbe, invero, rifondare la partizione delle illegittimità dal punto di vista sostanziale, affermando che i singoli vizi debbano essere intesi in senso “processuale”.

¹³⁴ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*; E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 70.

¹³⁵ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere*, cit. p. 1018; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in ID., *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1119 e ss. (già in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 e ss.), ove la nozione è precisata come “applicazione puntuale di un potere ad una realtà”; ID., *Funzione amministrativa. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, Roma, XIV, 1989, p.1.

¹³⁶ Il “senso originario” di ‘funzione’ è, secondo M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, III, 1958, p. 989, “*deputatio ad finem*”. In ambito giuridico, però, la funzionalizzazione di un’attività è determinata da esigenze di controllo, in quanto è attività volta alla cura di interessi estranei al soggetto agente: cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, pp. 7 e ss.; ma anche G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, VII, 1961, pp. 686 e s.. Gli antecedenti di questa tesi sono da

violazione dei principi che vi presiedono, ma è (o è soprattutto) la deviazione dal fine strutturalmente appartenente alla funzione amministrativa: l'interesse pubblico¹³⁷.

L'evidente similitudine con lo sviamento di potere¹³⁸ non giunge, però, all'identità. Diversa è la configurazione dell'interesse pubblico. Nello sviamento di potere, l'interesse pubblico è individuato dalla norma attributiva del potere (o dal suo "spirito"), cioè in astratto. Nel vizio della funzione così inteso, invece, l'interesse pubblico è quello "concreto" che emerge nel farsi della decisione amministrativa quale sintesi dialettica fra gli interessi rilevanti¹³⁹.

Sicché, mentre lo sviamento può essere una *species* della violazione di legge, pur collocandosi all'estremo dell'illegittimità¹⁴⁰, questa tesi conduce ad una distinzione tra due concetti di illegittimità: da un lato, la difformità o "diversità" dallo schema legale; dall'altro, la "devianza dal perseguimento dell'interesse pubblico"¹⁴¹. Distinzione fondata sul

ricercare in SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945, p.162; A. CODACCI PISANELLI, *Analisi delle funzioni sovrane*, Milano, 1946, pp. 4 e s..

La funzione amministrativa, dunque, è funzione, perché rivolta ad un fine (profilo strutturale). Ed è giuridicamente funzionalizzata, in quanto costruita quale cura di interessi pubblici: F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., p. 77.

E. CASSETTA, *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, I, 1987, pp. 527 e s., delinea una nozione di funzione diversa non per conformazione, quanto per imputazione. La funzione è sempre attività rivolta alla cura di interesse alieni. Ma questo concetto non è riferibile all'ente titolare del potere. La legge che costituisce il potere amministrativo in capo all'ente imputa l'interesse (pubblico) all'ente medesimo. Chi pone in essere l'attività nell'interesse altrui è l'agente, il funzionario amministrativo, che la pone in essere per il perseguimento dell'interesse pubblico, di cui è titolare l'ente. Analogamente, G. MARONGIU, *Funzione. II) Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, Roma, XIV, 1989, p. 5.

¹³⁷ A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 758 e s.; M. D'ORSOGNA, *Articolo 21 octies*, cit., pp. 595 e ss..

¹³⁸ Similitudine tale che A. POLICE, *op. cit.*, p. 737, individua una teorica del risultato per l'invalidità dei provvedimenti amministrativi, parallela a quella della legittimità, intesa come conformità alla legge.

¹³⁹ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., p. 90; A. POLICE, *op. ult. cit.*, pp. 758 e s., nonché pp. 768 e ss.; M. D'ORSOGNA, *op. ult. cit.*, p. 601.

¹⁴⁰ Cfr. *supra*, par...

¹⁴¹ A. POLICE, *op. ult. cit.*, p. 749; M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, p. 595. Entrambi gli autori utilizzano il paradigma diversità/devianza di A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit.. Sennonché, il riferimento deve intendersi meramente lessicale. Romano Tassone applica la distinzione (tratta dalla sociologia del diritto) al profilo effettuale dell'invalidità: la diversità rappresenta l'esclusione dell'atto invalido da ciò che è giuridicamente rilevante, la devianza l'inclusione di quello nell'ordinamento, salvo l'esperimento

parametro di legittimità, rappresentato rispettivamente da una fattispecie astratta e dal(l'adeguatezza o idoneità al) perseguimento dell'interesse pubblico concreto.

Questa attenzione al risultato¹⁴² provvedimento¹⁴³ si riverbera in una dicotomia qualitativa di modalità di sindacato che, anzi, assume il ruolo di notazione distintiva fra violazione di legge ed eccesso di potere¹⁴⁴. La rigidità del parametro nella violazione di legge impone un giudizio di raffronto statico, la flessibilità del criterio¹⁴⁵ nell'eccesso di potere apre al sindacato sul "raggiungimento dei risultati"¹⁴⁶.

del reclamo da parte degli interessati (ove la seconda assicura un minor grado di latenza delle ineliminabili "disobbedienze" dei consociati). Police e M. D'Orsogna, invece, la utilizzano per il profilo causale dell'annullabilità, identificando la diversità con il vizio e il sindacato di violazione di legge, la devianza con il vizio e il sindacato di eccesso di potere (inteso come inadeguatezza dell'atto al raggiungimento del suo risultato).

¹⁴² Che, secondo M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, pp. 73 e ss., travalica in una corrispondenza biunivoca tra funzione e risultato.

¹⁴³ Si noti che un conto è il risultato quale esito materiale dell'attività amministrativa (L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 62 e ss., parla di beni; non a caso G. CORSO, *Validità*, cit., pp. 93 e ss., limita questa valutazione del risultato all'attività di produzione di beni e servizi da parte dell'amministrazione, comunque difficile da realizzare nelle organizzazioni pubbliche- G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, pp. 127 e ss.; diversamente M.R. SPASIANO, *op. cit.*, p. 89, ritiene che tale valutazione sia sempre realizzabile rispetto all'attività di erogazione di servizi), altro è l'esito del singolo provvedimento in termini antropologici o assiologici, come lo intende la tesi che si sta esaminando (sulla differenza: A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione di risultati"*, in *Studi in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, vol. II, pp. 818 e ss.; M.R. SPASIANO, *op. ult. cit.*, p. 82). Ne derivano due valutazioni forse non inconciliabili (L. IANNOTTA, *Dagli interessi ai beni*, cit., ppp. 97 e ss.), ma certamente appartenenti a dimensioni distinte: l'efficienza e la legittimità (F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., p. 100).

La distanza di questi due concetti si rinviene anche in A. POLICE, *op. cit.*, pp. 768 e ss., che vede, infatti, nella valutazione del risultato, per così dire, gestionale una tendenza ordinata che va di pari passo con quella dell'invalidità.

¹⁴⁴ A. POLICE, *op. cit.*, pp. 758 e s.; M. D'ORSOGNA, *op. cit.*, p. 595.

¹⁴⁵ Anche L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 368 e ss.; Id., *Dagli interessi ai beni*, cit., pp. 100 e ss., accenna ad una elasticità del parametro, ma con intento e accezione completamente diversi: volti ad ampliare le possibilità di disapplicazione di norme (di qualunque grado) e di atti amministrativi, in sede decisionale da parte dell'amministrazione e processuale, per assicurare la tutela dei "buoni diritti", ossia dei beni spettanti al cittadino. In senso analogo, M.R. SPASIANO, *op. cit.*, pp. 198 e ss., 255 e ss., 273 e ss..

¹⁴⁶ A. POLICE, *op. cit.*, pp. 759 e 771 e s., che cita C. CALABRÒ, *Relazione del Presidente, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del TAR Lazio (Roma, 23 gennaio 2003)*, pp. 14 e s.; M. D'ORSOGNA, *op. loc. ult. cit.*.

Ciò abilita il giudice alla ricostruzione dell'assetto di interessi che, in concreto, vi sarebbe dovuto essere. Questo assetto, infatti, determina il raggiungimento del risultato e, quindi, la legittimità dell'atto. È proprio nella concretizzazione dell'interesse pubblico che risiede la flessibilità del parametro del sindacato per "devianza": il parametro è flessibile, in quanto rimesso al giudice per la conformazione definitiva.

Se questa tesi viene intesa nella sua estensione massima, il giudice deve ripetere la ponderazione degli interessi rilevanti per individuare il criterio di giudizio. In tal modo, si sostituisce la propria decisione discrezionale a quella dell'amministrazione, compiendo un sindacato di merito pieno¹⁴⁷ sul versante dell'accertamento, sebbene limitato all'annullamento sul versante della "sanzione".

Se, invece, il giudice utilizzasse l'interesse pubblico individuato dall'amministrazione, il sindacato perderebbe la predicata flessibilità, giacché il parametro sarebbe determinato dall'amministrazione. E così, il giudizio si limiterebbe alla congruità della misura adottata (ossia ad una dimensione della ragionevolezza o, in caso di provvedimenti restrittivi, della proporzionalità) o al rilievo che taluni interessi non sono stati valutati (ossia alla completezza del quadro istruttorio). Si ricaderebbe, dunque, per intero nella concezione del vizio della funzione come violazione dei principi che la guidano. Anzi, si restringerebbe lo spettro dell'eccesso di potere solo ad alcune di quelle violazioni.

In definitiva questa prospettiva, pur feconda per distinguere sul versante *effettuale* i c.d. vizi formali dai vizi sostanziali¹⁴⁸, è inidonea a

¹⁴⁷ Per tutti: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 324 e ss.; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., p. 231.

¹⁴⁸ A. POLICE, *op. cit.*, pp. 789 e ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, pp. 823 e ss.. In tal modo, la legalità verrebbe a coincidere nuovamente con l'efficienza. A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, rileva, infatti, che la formula "amministrazione per atti" era fondata sull'equazione fra efficienza e legalità: tutto ciò che è legale è anche efficiente (in quanto unico titolo

fornire distinzioni fra vizi di legittimità sul versante *causale* e fra modalità di sindacato.

legittimante dell'autorità è la legalità- pp. 819 e ss., ma cfr. anche *supra*, par...., nota....). Nella misura in cui il transito ad una concezione aziendalistica dell'attività amministrativa è in grado di intervenire sulla validità, l'equazione è rotta in una dicotomia, potenzialmente contraddittoria: è possibile un atto illegittimo, ma efficiente. L'irrelevanza di taluni vizi che non incidono sul perseguimento del fine, però, riporta l'efficienza a coincidere con la legalità. *Rectius*, la legalità a coincidere con l'efficienza: ciò che è efficiente è, entro certi limiti, anche legale.

CAPITOLO II

PARAMETRO E OGGETTO DI VALIDITÀ' E INVALIDITÀ'

1. Concezioni della validità/invalidità rispetto al parametro.

La validità/invalidità è la conformità/difficoltà di una norma¹⁴⁹ (latamente intesa) rispetto ad un parametro¹⁵⁰. Questa è la nozione più neutra della validità/invalidità che si possa fornire e che, pur nella sua elementarità, mette a fuoco i due poli della questione della validità/invalidità e del relativo giudizio¹⁵¹: oggetto e parametro.

Questi poli conducono a partizioni analitiche della validità e, correlativamente, dell'invalidità¹⁵².

‘Validità’ può essere intesa in tre modi diversi, a seconda del criterio di validità¹⁵³:

a) validità formale o sistemica, la *Geltung* kelseniana¹⁵⁴,

¹⁴⁹ Questo è l'unico oggetto della validità unanimemente riconosciuto. Diversamente è per l'ordinamento: per un verso non tutte le concezioni ammettono la nozione (rimpiazzandola con quella di sistema e/o di istituzione- teorie sociologiche- o con quella di diritto e/o Legge- teoria giusnaturaliste) oppure non riconoscono che l'ordinamento possa essere soggetto del predicato di validità. Il rilievo è di T. MAZZARESE, *Validità*, in *Dig. disc. priv.- sez. civ.*, Torino, XIX, 1999, p. 596.

La limitazione della presente trattazione alla sola validità di norme è giustificata dal fine che ci si pone (il giudizio di validità sugli atti amministrativi).

¹⁵⁰ Fra tutti, G. CORSO, *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, *passim* (ma *expressis verbis* p. 94).

Si è soliti ripetere, a questo proposito, che la validità e l'invalidità (quale suo corrispettivo) siano “concetti di relazione”, per l'appunto tra la norma e il parametro: fra i tanti, espressamente F. MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, XLVI, 1993, p. 1; R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, II ed., 2004, p. 102; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale, , p....* (parte I, cap. I, par. 2). Sulla validità/invalidità come concetto di relazione si tornerà più avanti.

¹⁵¹ La cui necessità è messa in luce da F. LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXIV, 1974, p. 125; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 915.

¹⁵² Nella successiva esposizione delle partizioni analitiche della validità manca quella fondata sul concetto di ordinamento: una pentacotomia corrispondente ai cinque concetti di ordinamento giuridico (*legal system of enacted law, legal system of logically developed law, legal system of interpreted law, legal system of operative law, principled legal system*). E la conseguente distinzione fondata sulla combinazione fra la distinzione della validità in base al criterio (formale, assiologica e materiale) e i cinque concetti (*rectius*, concezioni) di ordinamento. Entrambi paradigmi si devono a J. WRÓBLEWSKI, *Tre concetti di validità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, pp. 600 e ss..

¹⁵³ La distinzione è formulata da A.G. CONTE, *Studio per una teoria della validità*, in *Riv. intern. Fil. dir.*, 1970 (pp. 331 e ss.), ora in ID., *Filosofia del linguaggio normativo*, cit., I, p. 59; ID., *Validità*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, XX, 1975 (pp. 418 e ss.), ora in ID., *Filosofia*, cit., I, p. 130; J. WRÓBLEWSKI, *Tre concetti di validità*, cit., p. 601; F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, p. 4; T. MAZZARESE, *Validità*, cit., p. 596.

b) validità assiologica, intesa come conformità ad un valore, solitamente configurato come trascendentale all'ordinamento (tradizionalmente: la giustizia);

c) validità materiale, se la validità è valutata rispetto all'operatività della norma, alla sua effettività¹⁵⁵.

È facile ravvisare che ciascuno dei superiori criteri di validità è assunto come *unico* criterio di validità della norma dalle “famiglie” di teorie generali del diritto: rispettivamente, positivismo, naturalismo e realismo (giuridici)¹⁵⁶. In tal modo, i tre sensi di ‘validità’ sono *concezioni* (non concetti) di validità¹⁵⁷. E, in quanto tali, reciprocamente escludenti, almeno se prese nella loro formulazione pura.

2. Validità come conformità a meta-norme.

L'unica concezione della validità che, però, appare capace di assumere un ruolo “totalizzante” è la validità sistemica o formale: una norma è valida se conforme alle meta-norme dell'ordinamento, alle norme che “costituiscono i criteri di individuazione e disciplinano le forme e i modi di mutamento” dell'ordinamento¹⁵⁸.

¹⁵⁴ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 19 e ss. e 217 e ss.. Assume questa prospettiva anche H.L. HART, *The Concept of Law*, cit., a proposito della norma come conformità alle norme di mutamento dell'ordinamento (quali norme secondarie), anche se la sua idea si distingue dal kelsenismo per il concetto di norma fondamentale (che lui chiama norma di riconoscimento e costruisce in termini sostanzialmente sociologici). Sposano quest'ottica, con adattamenti, anche (senza pretesa di completezza): F. MODUGNO, *Validità*, cit.; G. CORSO, *Validità*, cit.; T. MAZZARESE, *cit.*; R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, cit.; ID., *Tra difformità e devianza*, cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit.; M. TRIMARCHI, *La validità*, cit..

¹⁵⁵ È la posizione dei realisti americani e scandinavi: la norma è valida se è riconosciuta come tale nell'applicazione, principalmente da parte dei funzionari. Per i riferimenti bibliografici, *supra*, parte I, cap. I, par.....

¹⁵⁶ J. WRÓBLEWSKI, *Tre concetti di validità*, cit., p. 601; T. MAZZARESE, *Validità*, cit., p. 596; M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p.... (partel, cap. I, par. 1)

¹⁵⁷ A.G. CONTE, *Studio*, loc. cit., infatti, denuncia la fallacia della tricotomia, poiché non si tratta di una distinzione di *species*, ma di *genera* di validità; quindi non è una distinzione fra validità omogenee, ma eterogenee.

¹⁵⁸ T. MAZZARESE, *Validità*, cit., p. 597.

Quest'idea è capace di realizzare, infatti, una “compenetrazione” fra le tre concezioni: è possibile che il diritto positivo accolga, fra le sue meta-norme, le “esigenze” rilevate dalla concezione assiologica e materiale della validità¹⁵⁹.

Due dimostrazioni di questa affermazione. Le Costituzioni contemporanee sono caratterizzate dalla massiccia presenza di principi, di norme assiologicamente fondanti e fondamentali, di norme trasparenti al valore¹⁶⁰; ed esse sono elevate a meta-norme; sicché negli ordinamenti attuali, il diritto positivo ha inglobato evidentemente i valori¹⁶¹, realizzando l'esigenza della giustizia (in senso lato) delle norme (la validità assiologica) tramite gli strumenti della validità sistemica o formale¹⁶².

Il nostro ordinamento (come molti degli ordinamenti continentali) individua, tramite una meta-norma, la consuetudine come fonte del diritto (valido), accogliendo le istanze della concezione materiale della validità, senza contraddire il suo fondamento¹⁶³.

Da questi due esempi emerge una certa eterogeneità fra le meta-norme.

Queste norme vertono, per un verso, sulle norme in senso proprio (sugli *status* deontici): le norme sulle fonti e la loro gerarchia, quelle che delimitano la validità di altre norme nel tempo, nello spazio e rispetto alle persone, le norme di diritto internazionale privato, le norme di recezione o

¹⁵⁹ T. MAZZARESE, *Validità*, cit., p. 602, la quale usa un'efficace metafora (cui attribuisce ascendenze kelseniane): “il diritto (come Re Mida che trasforma in oro tutto ciò che tocca) trasforma in giuridico tutto ciò che assume ad oggetto della propria disciplina”. Cfr. M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., pp. 11 e s. (parte I, cap. I, par. 2, all'inizio).

¹⁶⁰ Cfr. *supra*, parte I, cap. IV, par. 2.

¹⁶¹ È difficile ritenere che prima della costituzionalizzazione dei valori, questi fossero estranei all'ordinamento. Piuttosto, essi ora sono evidenti e non possono essere ignorati anche nella considerazione della validità delle norme.

¹⁶² L. FERRAJOLI, *Teoria del garantismo penale*, cit., p. 352. È l'idea fondamentale del neo-costituzionalismo, già incontrato in nota (parte I, cap. II, par. 9).

¹⁶³ Si potrebbe dire che è proprio la neutralità dello *schema* della validità sistemica che permette una “contaminazione” con le altre concezioni.

di rinvio, di abrogazione e, in ultima analisi, la norma fondamentale¹⁶⁴ (*Grundnorm*¹⁶⁵ o norma di riconoscimento¹⁶⁶). È il caso della meta-norma sulla consuetudine.

Per altro verso, esse disciplinano l'attività di produzione di norme, cioè gli atti giuridici o enunciazioni deontiche¹⁶⁷. Questo è il profilo che ci interessa da vicino e che va approfondito.

3. Norme primarie/norme secondarie, norme regolative/norme costitutive, concezione della validità/invalidità sistemica.

Nella prima parte si è indagato il modello di qualificazione delle condotte umane sottoposte a norme primarie¹⁶⁸ e regolative¹⁶⁹, ossia che

¹⁶⁴ T. MAZZARESE, *op. loc. ult. cit.*.

¹⁶⁵ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 217 e ss..

¹⁶⁶ H.L. HART, *op. cit.*, pp. 112 e s.. La norma di riconoscimento "specifica alcune caratteristiche, il cui possesso da parte di una certa norma è considerata come un'introduzione affermativa e decisiva circa la sua qualificazione come una norma del gruppo che deve essere sostenuta dalla pressione sociale esercitata da questo" (p. 112), cioè come "norma dotata di autorità" (p. 113). In questo modo, la norma di riconoscimento "introduce [...] il concetto di ordinamento giuridico" e contiene "il germe del concetto di validità giuridica" (*ivi*).

¹⁶⁷ T. MAZZARESE, *op. loc. ult. cit.*; R. GUASTINI, *Norma giuridica*, cit., pp. 158 e 161 rileva che la denominazione 'metanorme' è utilizzata diffusamente in letteratura anche in riferimento alle norme che vertono "su atti normativi e/o su atti di applicazione del diritto" (158): "a rigore [...] le norme in questione [...] vertono non propriamente su norme, ma piuttosto su la produzione e l'applicazione di norme, cioè non su norme, ma su atti *lato sensu* 'normativi'" (p. 161); dunque, in questo caso "il vocabolo 'norma' è utilizzato in senso latissimo" (*ivi*). Si rinvia oltre in questo capitolo per la classificazione degli oggetti del giudizio di validità, come espressione della pentade dei referenti del termine 'norma' (già incontrata, peraltro, nella prima parte, cap...., par...., nota...), l'accoglimento della quale ci permette di utilizzare in maniera appropriata il termine 'norma' per l'oggetto della validità in senso lato.

¹⁶⁸ Intese in senso hartiano: H.L. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 98 e ss..

¹⁶⁹ Le norme/regole regolative si contrappongono alle regole/norme costitutive.

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 dottrina 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, Torino, II ed., 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 *Przeegląd 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*, Cambridge, 1969, trad. it. a

obbligano o vietano atti umani volontari *materiali*¹⁷⁰, *id est* comportamenti¹⁷¹ naturalmente possibili o fatti bruti¹⁷². Non a caso, l'esempio utilizzato per la qualificazione è stato un illecito penale (la rapina tramite la minaccia di sfigurare il rapinato con acido muriatico). Questi atti sono possibili anche in un'ipotetica società che non conosca il diritto (o la rapina, nel nostro esempio): sono fenomeni reali che esistono a prescindere dalla regolazione giuridica. Certo, la qualificazione giuridica "primaria"¹⁷³, capace di condurre al collegamento del comportamento ad uno stato-dicose deontico (il divieto della rapina), comporta una visione ordinante della realtà¹⁷⁴: in quanto (anche) classificazione della realtà, il diritto implica la conoscenza dell'essere materialmente-reale attraverso le sue classi, le sue

cura di G. R. CARDONA, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Torino, 1976, rist. 2000, pp. 61 e ss., ove, però, la traduzione è regole *regolanti*, oltre a quella fra norme prescrittive e norme costitutive (G. CARCATERA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974; ID., *Metodologia giuridica*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Padova, 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, 2006, pp. 7 e ss. pone la distinzione nei termini più plausibili, grazie all'evocazione della metafora (kantiana) dell'aria: 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.

¹⁷⁰ Che E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 18, denomina "operazioni".

¹⁷¹ A.G. CONTE, *Regola costitutiva in Wittgenstein*, cit., p. 246 e s., nota 20, definisce il comportamento come "commissione o omissione di un atto", l'atto come "ciò che sia suscettibile di commissione o omissione" e l'azione come "insieme di comportamenti".

¹⁷² J.R. SEARLE, *op. loc. ult. cit.*. 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 tetici e norme costruttive*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Filosofia del diritto*, Milano, 2002, pp. 75 e ss., nonché in G. LORINI- L. PASSERINI GLAZEL, *Filosofie della norma*, cit., pp. 145 e ss., invece, denomina questi comportamenti "atti psicofisici".

¹⁷³ Si utilizza questa predicazione per le qualificazioni giuridiche dipendenti dalla sussunzione in fattispecie di norme primarie.

¹⁷⁴ Grazie alla fattispecie: W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., p. 179.

distinzioni. Sicché la sottrazione di una cosa ad un'altra persona grazie all'induzione di timore circa l'incolumità fisica può essere ricondotta al concetto di rapina solo se questo appartiene al sistema del diritto. Esse sono, altresì, capaci di modificare la condotta e di introdurre la distinzione fra comportamenti conformi e difformi dalla norma¹⁷⁵.

Ciononostante la possibilità dell'azione è indipendente dalla previsione giuridica, perché possibilità fenomenica. Senza la norma giuridica che prevede la rapina, chiunque potrà compiere la sottrazione di una cosa nelle modalità descritte. E quel comportamento avrà, in ogni caso, il senso di quel genere di sottrazione. Ad esso, semplicemente, non si potrà dare un valore giuridico e collegarvi una conseguenza (e non potrà darsi il nome di 'rapina', a meno che esso non sia invalso nel lessico comune)¹⁷⁶.

Diversamente è per altri atti, come un contratto, un testamento, una legge, una sentenza, un provvedimento amministrativo, un matrimonio.

Sebbene consistano in comportamenti materiali (la sottoscrizione di un documento con un determinato contenuto, la pronuncia di determinate formule sacramentali, etc.), il loro *valore* viene *costituito* da norme, per l'appunto *costitutive*¹⁷⁷ o *costruttive*¹⁷⁸. Solo in questo quadro normativo, cioè, quei comportamenti, quelle azioni materiali assumono quel significato: sono, in altri termini, fatti istituzionali¹⁷⁹.

¹⁷⁵ J.R. SEARLE, *op. cit.*, p. 63.

¹⁷⁶ Nel fatto che le norme primarie impongono un obbligo, U. SCARPELLI, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, cit., pp. 19 e ss., ravvisa la costitutività di ogni norma e, quindi, l'inammissibilità della distinzione di Carcaterra: anche le norme che quest'ultimo autore chiama 'imperative' hanno "un aspetto costitutivo e (non appena le condizioni soggettive e oggettive previste siano complete) realizza[no] da sé il proprio effetto giuridico, la nascita di un dovere giuridico".

¹⁷⁷ J.R. SEARLE, *op. loc. ult. cit.* (ma cfr. G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., secondo cui le norme costitutive sono quelle norme che non impongono a nessuno un comportamento, ma provocano esse stesse l'effetto desiderato).

Anche A.G. Conte e G.M. Azzoni intendono nel senso presentato nel testo le norme costitutive. Il loro pensiero, però, si distingue da quello di Searle e sarà esposto meglio *infra*.

¹⁷⁸ C. ZNAMIEROWSKI, *Z nauki o normie postępowania*, cit..

¹⁷⁹ J.R. SEARLE, *op. ult. cit.*, pp. 80 e ss.. A.G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, in G. GALLI (a cura di), *Interpretazione ed epistemologia*, Torino, 1986 (pp. 167 e ss.), ora in A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio*

Senza le regole del gioco del calcio, il calciare la palla in rete non avrebbe alcun significato oltre quello proprio dell'azione del calciare: è la convenzione che *crea* un nuovo significato per quell'azione, *id est* il significato del 'goal' e il valore di un punto.

Lo stesso accade per gli atti prima indicati: sono contratti, testamenti, leggi, etc., perché esistono i relativi sistemi normativi¹⁸⁰ che pongono convenzionalmente che “‘X’ ha il valore di ‘Y’, nel contesto ‘C’”¹⁸¹, ossia che un determinato documento, munito di alcune caratteristiche, ha il valore di ‘testamento’, nel contesto sistematico di un dato ordinamento/società.

Questa è la struttura della già citate meta-norme sull'attività di produzione, anche dette norme di organizzazione¹⁸² o semplicemente norme sulla produzione¹⁸³, ossia di quelle norme secondarie¹⁸⁴ in grado di

normativo, II, cit., p. 328, rileva che il paradigma fatti bruti/fatti istituzionali sia prefigurato da C. ZNAMIEROWSKI, *Podstawowe pojęcia*, cit., 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” (*ibidem*). In particolare Znamierowski contrappone gli atti psicofisici agli atti thetici.

¹⁸⁰ Si intenda questo sintagma in modo atecnico.

¹⁸¹ J.R. SEARLE, *op. cit.*, pp. 61 e ss., il quale sostiene che anche la lingua sia un fatto reso possibile da norme costitutive (p. 65).

¹⁸² G. CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, in *Id.*, *Norme e valori etici. Saggi di filosofia del diritto*, Roma, 1991, p. 138, rileva il parallelismo tra la dicotomia hartiana fra norme primarie e norme secondarie e quella fra norme di condotta e norme di struttura o di organizzazione, posta da SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, cit., pp. 83 e ss. (e seguita, fra gli altri e con alcune modifiche, da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, pp. 107 e ss.).

¹⁸³ Che, secondo R. GUASTINI, *Norma*, cit., p. 162, costituiscono una classe piuttosto variegata, composta principalmente da frammenti di norme, non da enunciati normativi compiuti. La tesi dei frammenti di norme è tipicamente prescrittivista: alcune norme non sono riducibili a prescrizioni (ad es.: ‘la maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno’- art. 2 c.c.; ‘il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale’- art. 1321 c.c.), ma possono esserlo se combinate ad altre norme dell'ordinamento, ricavando obblighi e divieti a favore o a carico dei soggetti investiti da queste norme. E per questo motivo si chiamano frammenti di norme.

Quello che questa tesi nega è la funzione performativa del linguaggio e, per quanto si è detto e si dirà, non può essere accolta da chi scrive. Sulla critica ai frammenti di norme, cfr. G. CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, cit., pp. 123 e ss..

¹⁸⁴ H.L. HART, *op. cit.*, p. 97: le norme secondarie “attribuiscono poteri, pubblici o privati” e “non conducono soltanto a un movimento o mutamento fisico, ma alla creazione o modificazione di obblighi o doveri”.

modificare l'ordinamento giuridico producendo nuove norme (le norme di mutamento¹⁸⁵).

Queste norme possono consistere soltanto nell'individuazione del soggetto legittimato a formulare la nuova norma oppure, nei casi di maggiore complessità (come è nella gran parte degli ordinamenti contemporanei), contemplano vincoli di natura formale, procedurale e contenutistica rispetto alla nuova norma¹⁸⁶ e i presupposti in base ai quali esercitare il potere¹⁸⁷, eventualmente stabilendo il fine, meramente deontico, di fatto o assiologico, al quale il mutamento deve essere rivolto¹⁸⁸.

Nel costituire il significato convenzionale di un determinato comportamento, la norma (o il sistema di norme) crea un modello di atto. La corrispondenza con il modello assicura all'atto posto concretamente in essere il valore riconosciuto convenzionalmente: la norma crea un *type* e

¹⁸⁵ H.L. HART, *op. cit.*, pp. 113 e ss.. Le norme di mutamento attribuiscono "a un individuo o a un gruppo di persone il potere di introdurre nuove norme primarie per la condotta della vita del gruppo, o di qualche classe nell'ambito di questo, e di abrogare le norme antiche" (pp. 113 e s.). Accanto alle norme di riconoscimento e a quelle di mutamento, Hart (pp. 115 e s.) colloca, sempre fra le norme secondarie, le norme di giudizio: quelle norme che conferiscono il potere di "risolvere d'autorità la questione se, in una particolare occasione, una norma primaria sia violata" (p. 115). Esse " [o]ltre a individuare le persone che devono giudicare, [...] stabiliscono anche la procedura che deve essere seguita" (ivi).

Hart costruisce questa triade di norme secondarie a partire dagli inconvenienti che si presentano in un ordinamento composto solo da norme primarie. In primo luogo, l'incertezza su quali siano le norme appartenenti al sistema. A questo inconveniente si pone rimedio grazie alla norma o alle norme di riconoscimento. Le norme di mutamento, invece, eliminano il difetto della staticità dell'ordinamento. Infine, le norme di giudizio riparano il difetto dell'inefficienza dell'ordinamento, ossia il problema della risoluzione dei conflitti.

È indubbio che le norme sulla produzione abbiano notevoli rapporti con le norme di riconoscimento e con quelle di giudizio. Il punto, però, può essere tralasciato in questa sede.

¹⁸⁶ H.L. HART, *op. cit.*, p. 113; G. CORSO, *L'efficacia*, cit., pp. 19 e ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 12.

¹⁸⁷ E, in questo modo, il diritto positivo è capace di "incorporare" esigenze assiologiche.

¹⁸⁸ In base a questa eventualità M. ATIENZA- J.R. MANERO, *Illicitos atípicos*, cit., p. 16, nonché M. ATIENZA, *El derecho*, cit., pp. 170 e ss., distinguono le norme d'azione, rivolte ad un'azione passata e che qualificano deonticamente quella azione, e le norme di fine, rivolte ad un'azione futura e che qualificano deonticamente uno stato-di-cose (materiale, deontico o assiologico). Nel primo caso, si tratta o di fatti bruti o di fatti istituzionali, nel secondo solo di fatti istituzionali, di poteri giuridici conferiti per il perseguimento di quello stato-di-cose desiderato, con una molteplicità di mezzi, sottoposti alla scelta discrezionale del titolare del potere. Sul punto *amplius* oltre in questo capitolo.

coloro che vogliono avvalersi delle conseguenze, del valore di quel modello producono un *token* di quel *type*¹⁸⁹.

In questo quadro, solo se corrisponde al modello, l'atto ha valore, è *valido*: gli elementi descrittivi del modello sono condizioni di validità dell'atto. Se non vi corrisponde, invece, l'atto è *non-valido (invalido)*, cioè non ha il valore del *type*, in quanto non è un *token*. In altri termini, non esiste quale 'testamento', 'sentenza', 'legge', 'provvedimento', 'matrimonio'¹⁹⁰. La validità equivale, allora, ad esistenza¹⁹¹.

4. Esistenza per corrispondenza a norme costitutive ontiche, validità per corrispondenza a norme ipotetico-costitutive deontiche.

Questa equivalenza è messa in crisi dalla considerazione degli ordinamenti (se si vuole, dalla dogmatica): non tutti gli atti invalidi sono trattati come inesistenti per il diritto e, conseguentemente, sempre privi del valore del *type*.

¹⁸⁹ A.G. CONTE, *Regola costitutiva*, loc. cit., rileva che il rapporto tra atto e commissione di un atto è quello fra *type* e *token* (nell'idea di C.S. Peirce): "un atto sta ad ogni sua singola commissione come un *type* sta ai propri *tokens*. (In altri termini: un atto è un *type* i cui *tokens* sono le commissioni di esso atto). La commissione di un atto è *riproduzione* del *type* di esso (riproduzione dell'*act-type*) per *produzione* d'un *token* di quel *type* di atto (di quell'*act-type*). In breve: commettere un atto è riprodurne il *type* producendone un *token*".

¹⁹⁰ È il problema della trasmissione della validità: F. MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, cit., pp. 26 e ss.. Qui si è esposta una teoria "mista" di questa trasmissione, che compendia quella analitica, basata sulla contrapposizione norme regolative/norme costitutive, e quella finalistica, fondata sulla distinzione norme primarie/norme secondarie. Tale scelta è dettata dalla superiore esposizione in termini "compatibilisti" fra le due teorie. V'è, "last but not least", l'idea kelseniana che ritiene equivalenti validità e forza vincolante della norma e l'efficacia della norma condizionata dalla conformità con la norma superiore; sicché la forza vincolante della norma (la validità) è condizionata dall'efficacia che è condizionata dalla conformità alla norma superiore. Su questi profili, si veda *amplius*, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., pp..... (parte I, cap. I, par. 6.2).

¹⁹¹ Questa equivalenza si trova in ciascuna delle teorie esposte nella nota precedente: H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 9; ID., *Recht und Logik*, cit., p. 422; C. ZNAMIEROWSKI, *op. loc. cit.* e J.R. SEARLE, *op. loc. cit.* (per la teoria analitica); H.L. HART, *op. cit.*, pp. 113 e ss., per la teoria finalistica, ove si ritiene che l'equivalenza derivi da "un legame assai stretto tra la norma di mutamento e la norma di riconoscimento: infatti dove esiste la prima, la seconda incorporerà necessariamente un riferimento alla legislazione come elemento di individuazione delle norme" (p. 114). Si noti che, però, Hart rileva che questa equivalenza può non essere assoluta: il legame fra norma di riconoscimento e norme di mutamento, infatti, c'è, "benché non sia necessario che essa [la norma di riconoscimento] si riferisca a tutti i particolari del procedimento legislativo" (p. 114- enfasi aggiunta).

Il rilievo è, però, spiegabile alla luce di un ulteriore sforzo analitico circa le norme costitutive¹⁹², in grado di ridefinirle parzialmente.

È stato sostenuto che vi sono norme costitutive che *sono* condizioni necessarie di ciò su cui esse vertono¹⁹³ (definizione ontologica), che determinano l'intensione dei termini che designano ciò su cui esse vertono¹⁹⁴ (definizione semiotica). Si pensi alle regole degli scacchi: senza di esse, la scacchiera e i pezzi degli scacchi sarebbero impossibili in quanto scacchiera e scacchi (definizione ontologica) e non avrebbero alcun senso (definizione semiotica), né si potrebbe cogliere il senso dei movimenti e del gioco in sé. E solo in relazione al *complesso* delle regole degli scacchi si può considerare l'esistenza, ad esempio, dell'alfiere e il suo senso. Non v'è solo una regola del gioco che ne costituisce autonomamente la possibilità e il senso¹⁹⁵. Queste sono norme *eidetico-costitutive*¹⁹⁶. E, per l'appunto, solo la totalità delle norme è eidetico-costitutiva¹⁹⁷: senza di esse non v'è il

¹⁹² Condotta alla luce di teorie analitiche le quali, va rimarcato, si muovono dichiaratamente nell'ottica dell'equivalenza validità-esistenza. Diversamente, invece, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento*, cit., pp..... (par. 6.2, alla fine), secondo cui almeno in G.M. AZZONI, *Condizioni costitutive*, in *Riv. intern. Fil. dir.*, 1986, vi sarebbe la prefigurazione della distinzione tra validità ed esistenza, corrispondente alle norme costitutive che sono o che pongono condizioni di validità.

¹⁹³ A.G. CONTE, *Fenomeni*, cit., p. 322.

¹⁹⁴ ID., *op. ult. cit.*, p. 338.

¹⁹⁵ È plausibile che il senso di una determinata pratica non sia esaurito dalla conoscenza delle regole costitutive e dalla conformità del comportamento ad esse, ma che esso sia specificato dalla sua grammatica, lo *scopo* con cui si pone essere la pratica: in tal senso H. SCHWYZER, *Rules and Practices*, in *The Philosphical Review* (pp. 456 e ss.), trad. it. parziale a cura di C. ROVERSI, *Regole del gioco e senso di gioco*, in G. LORINI- L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *Filosofie della norma*, cit., pp. 170 e ss.. Egli prende le mosse da un immaginario viaggio in Ruritania, nazione in cui gli scacchi, pur avendo le medesime regole che noi tutti conosciamo, sono un rito religioso e non un gioco. Discutendo quest'ipotesi, egli giunge all'importante conclusione della funzione dello scopo nella specificazione di una pratica costituita da regole.

Ciò spiega perché *supra* nel testo si è utilizzata una prospettiva mista fra la teoria analitica e quella finalistica: semplicemente, esse guardano al medesimo fenomeno da due prospettive *necessariamente complementari*.

¹⁹⁶ A.G. CONTE, *op. ult. cit.*, p. 322.

¹⁹⁷ A.G. CONTE, *op. ult. cit.*, p. 329. L'«*eîdos*» (da cui «eidetico») è, infatti, il genere, il complesso. Sicché, secondo Conte, solo per metonimia si può parlare di norma eidetico-costitutiva.

gioco, il gioco non ha senso senza di esse, chi osserva il gioco non lo comprende senza di esse¹⁹⁸.

Vi sono, poi, norme che (non sono, ma) *pongono* una condizione necessaria (definizione ontologica) e che non determinano l'intensione dei termini designanti, ma *presuppongono* un'intensione di questi termini e ne delimitano l'estensione (definizione semiotica)¹⁹⁹: ad esempio, la norma "la donazione deve essere fatta per atto pubblico" (art. 782, c.1, c.c.)²⁰⁰ *pone* la condizione necessaria dell'atto pubblico, ma *non è* condizione necessaria perché un atto abbia valore di donazione valida (profilo ontologico); e *non determina* il senso, l'intensione di 'donazione' (del termine che designa ciò

¹⁹⁸ Per l'ultima di queste affermazioni, A.G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, cit., pp. 342 e ss., ma già M. WEBER, *R. Stammlers "Überwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1907, (pp. 94 e ss.), trad. it. in G. LORINI- L. PASSERINI GLAZEL, *op. cit.*, pp. 253 e ss. (in relazione al gioco di carte tedesco dello *Skat*); nonché A. ROSS, *Om ret og retfærdighed*, København, 1953, trad. it. dall'edizione inglese (*On law and Justice*) a cura di G. GAVAZZI, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, pp. 13 e ss. (in relazione agli scacchi). Entrambi questi scritti sono citati da Conte, assieme ad un lavoro di Felix Kaufmann.

Questa affermazione, però, non è valida per tutte le norme costitutive, come solitamente si ritiene, se si tiene mente ad un'altra distinzione.

Vi sono norme costitutive *paradigmatiche* che costituiscono una serie di possibili alternative di prosecuzione del gioco, cioè una serie di possibilità di produzione normativa (ad es.: la regola secondo cui l'alfiere deve (o può) muoversi in diagonale, prescrive dei limiti alla mossa dell'alfiere, ma non impone in quale direzione e verso l'alfiere debba muoversi; la norma di attribuzione di un potere discrezionale, impone una serie di limiti all'esercizio del potere, come gli effetti dell'atto, ma non se, come e quando l'atto debba essere adottato). Accanto ad esse, vi sono norme costitutive *sintagmatiche* che costituiscono il proseguimento necessario della partita o l'unica possibilità di produzione normativa (ad es.: la regola secondo cui il re deve essere sottratto allo scacco avversario; la norma che impone l'esercizio del potere entro un dato termine). Per la distinzione: A.G. CONTE, *Regola costitutiva in Wittgenstein*, cit., pp. 243 e ss..

Questa distinzione, oltre a spiegare come un atto possa avvenire secondo due diverse norme costitutive (l'una paradigmatica, l'altra sintagmatica: A.G. CONTE, *op.ult. cit.*, p. 245), permette, secondo chi scrive, di arrivare anche ad un'altra conclusione: le norme costitutive sintagmatiche possono essere (abduktivamente) ricavate dall'osservazione della regolarità del fenomeno: il profano del gioco degli scacchi si rende conto, attraverso un'ipotesi, che il re deve sottrarsi allo scacco, avendo rilevato che questo evento si ripete durante le partite osservate. Orbene, il profano può rilevare questa regola, in quanto è a conoscenza delle regole eidetico-costitutive del gioco degli scacchi, in quanto si rende conto della "scacchicità" degli scacchi, della "regalità" del re e del concetto di "scacco" grazie al (complesso del)le regole che sono condizioni necessarie di essi. È necessario, cioè, che l'osservatore sia a conoscenza del complesso delle regole del gioco, ma non della regola costitutiva sintagmatica per accorgersi della sua validità.

Le regole costitutive sintagmatiche sono, infatti, le regole costitutive più vicine alle regole regolative.

¹⁹⁹ A.G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, cit., pp. 338 e s.; G.M. AZZONI, *Condizioni costitutive*, in *Riv. intern. Fil. dir.*, 1986, p..... (par. 1.2.3.2.2.- p. 133 in Lorini- Passerini Glazel).

²⁰⁰ L'esempio è tratto da A.G. Conte.

a cui la norma si riferisce), ma lo *presuppone*, statuendo la condizione necessaria dell'atto pubblico per quel *quid* cui 'donazione' si riferisce, delimitando la classe delle 'donazioni valide' (profilo semiotico).

Queste sono norme *anankastico-costitutive*, perché pongono condizioni *necessarie*²⁰¹ di validità²⁰².

Questa distinzione sarebbe sufficiente, secondo una recente riflessione, a distinguere l'esistenza dalla validità: la prima come conformità alle norme eidetico-costitutive, la seconda come conformità alle norme anankastico-costitutive²⁰³. La tesi può essere precisata nei termini che seguono.

Questi due insiemi di norme sono stati inseriti in una sistematica delle condizioni di validità: l'esacotomia di norme costitutive, derivata dalla combinazione fra la dicotomia norme costitutive che *sono* condizioni di validità e norme costitutive che *pongono* condizioni di validità e la tricotomia delle condizioni (condizione necessaria, sufficiente e necessaria e sufficiente)²⁰⁴. Al di là di tutte le partizioni di questa analisi²⁰⁵, qui

²⁰¹ L'ἄνγκη' è la 'necessità'.

²⁰² A.G. CONTE, *op. ult. cit.*, pp. 336 e ss..

²⁰³ M. TRIMARCHI, *op. loc. ult. cit.*.

²⁰⁴ G.M. AZZONI, *Condizioni*, loc. cit..

²⁰⁵ Le sei specie di regole costitutive individuate da Azzoni sono:

1) regole costitutive, cioè che *sono* condizione di validità di altre norme:

1.1) regole eidetico- costitutive (regole costitutive che *sono* condizione necessaria della validità di altre norme: ad es., le regole degli scacchi);

1.2) regole thético- costitutive (regole costitutive che *sono* condizione sufficiente della validità di altre norme: ad. es., norme abrogative);

1.3) regole noetico- costitutive (regole costitutive che *sono* condizione necessaria e sufficiente della validità di altre norme: ad es., la norma fondamentale nell'idea dell'ordinamento di Felix Kaufmann);

2) regole ipotetico-costitutive, cioè che *pongono* condizione di validità di altre norme:

2.1) regole anankastico- costitutive (regole costitutive che *pongono* condizioni necessarie della validità di altre norme: ad. es., il testamento olografo valido deve essere sottoscritto di suo pugno dal testatore). Esse si distinguono in regole anankastico- costitutive su atti (come quella appena ricordata) e su altro che atti (ad es.: gli arbitri devono essere di nazionalità italiana);

2.2) regole metathético- costitutive (regole costitutive che *pongono* condizioni sufficienti della validità di altre norme: ad es., la desuetudine è condizione sufficiente di invalidità delle leggi);

irrilevanti, questo sistema ridenomina le norme costitutive che pongono condizioni (necessarie, sufficienti o necessarie e sufficienti) di validità norme *ipotetico-costitutive*, mentre quelle che *sono* condizioni (necessarie, sufficienti o necessarie e sufficienti) di validità norme *costitutive in senso stretto* o norme *eidetico-costitutive in senso lato*.

A questa dicotomia, fondata sul contenuto delle norme costitutive, si affianca e si sovrappone quella imperniata sulla struttura delle norme costitutive.

Vi sono norme che hanno struttura deontica, in quanto contengono un modo deontico: “l’alfiere deve muovere in diagonale”, “non è permesso l’arroccamento se il re è sotto scacco”. Sono, appunto, norme costitutive *deontiche*²⁰⁶.

Altre norme costitutive, invece, hanno la struttura che Searle imputa a tutte le norme costitutive: “‘X’ ha valore di ‘Y’ nel contesto ‘C’”. Ad esempio “Scacco matto v’è se, e solo se, il re sia sotto scacco e non possa sottrarsi allo scacco attraverso alcuna mossa”²⁰⁷; o, nel diritto positivo, “il contratto è l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale” (art. 1321 c.c.). Sono norme costitutive *ontiche*, in quanto non deontiche²⁰⁸. Più precisamente, queste norme possono presentarsi come norme costitutive deontiche, ma possono essere ridotte alla struttura ontica. Ed in ciò differiscono dalle norme

2.3) regole nomico- costitutive (regole costitutive che *pongono* condizioni necessarie e sufficienti della validità di altre norme- sembrerebbe che le regole anankastico- costitutive siano gli elementi delle regole nomico- costitutive).

²⁰⁶ A.G. CONTE, *Regola costitutiva in Wittgenstein*, cit., p. 243; Id., *Paradigmi di analisi della regola in Wittgenstein*, in R. EGIDI (a cura di), *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*, Napoli, 1983 (pp.37 e ss.), ora in A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, cit., II, pp. 279 e s..

²⁰⁷ L’esempio è di J.R. SEARLE, *op. loc. cit.*, ma è citato da A.G. CONTE, *Regola costitutiva in Wittgenstein*, cit., p. 243; A.G. CONTE, *Paradigmi di analisi*, cit., p. 280.

²⁰⁸ Perché sono formulate tramite una copula. A.G. CONTE, *op. loc. ult. cit.*.

costitutive deontiche, le quali non possono essere formulate, nemmeno al momento della comprensione, in questo modo²⁰⁹.

Orbene, a parere di scrive, mentre le norme ipotetico-costitutive sono solo norme costitutive deontiche²¹⁰, quelle costitutive in senso stretto (o eidetico-costitutive in senso lato) sono solo norme costitutive ontiche.

Prendiamo gli esempi di questa seconda *species* di norme costitutive presenti in Azzoni (parzialmente ripresi dalla precedente trattazione di Conte): la norma abrogativa (quale norma che è condizione sufficiente di invalidità di una norma); la norma fondamentale nella teoria di Felix Kaufmann (quale norma che è condizione necessaria e sufficiente di validità di tutte le altre norme); le regole degli scacchi (quale complesso di norme che è condizione necessaria di validità di una norma- nell'esempio di una mossa).

Le prime due sono evidentemente formulate in termini ontici. Il terzo esempio, invece, va discusso.

Per distinguere le norme che sono condizioni necessarie da quelle che pongono condizioni necessarie, si può operare in due modi.

O ritenere, come fa questa teoria, che sia condizione necessaria il complesso delle norme costitutive (tutte le regole degli scacchi), di modo che le singole norme costitutive singolarmente prese non sono condizioni necessarie di validità, ma lo sono come totalità, così approdando ad una nozione olistica che poco si addice ad un intento analitico. E dunque, escluse le norme ipotetico-costitutive (che pongono condizioni di validità) e le norme thético- e noético-costitutive (che sono, rispettivamente, condizioni sufficienti e necessarie e sufficienti di validità), non si capirebbe

²⁰⁹ La distinzione fra norme costitutive ontiche e deontiche sembra corrispondere a quella fra norme di qualificazione e norme di validità, posta da G. CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, cit., pp. 138 e ss..

²¹⁰ Questa affermazione credo che possa essere condivisa anche nell'approccio analitico di Conte e Azzoni.

quale norma potrebbe essere eidetico-costitutiva in senso stretto (condizione necessaria di validità).

O ritenere, come si crede, che condizione necessaria sia la convenzione che sta alla base del fatto istituzionale, senza la quale è impossibile riconnettere il valore di contratto, sentenza, etc. ad un determinato comportamento fenomenico. Che questa convenzione possa risultare da un complesso di norme costitutive è plausibile, ma ciascuna di esse diviene solo parte dell'unica norma costitutiva (intesa quale *status* deontico) che stabilisce la convenzione, che è condizione necessaria del fatto istituzionale (gli scacchi, il contratto). E, dunque, tutte le singole norme che la compongono sono, a loro volta, condizioni necessarie del fatto istituzionale e anche singolarmente rilevanti rispetto ad esso.

Le norme eidetico-costitutive, cioè, definiscono, in quanto ontiche, il valore del fatto istituzionale su cui vertono, ne stabiliscono l'intensione²¹¹. Stabiliscono, cioè, una convenzione, la quale può essere espressa solo in forma ontica: "X ha valore di 'Y', nel contesto 'C'" equivale a "'X' è 'Y', nel contesto 'C'". E per questa ragione sono condizioni necessarie di ciò su cui esse vertono.

Orbene, la distinzione fra esistenza e validità può fondarsi sulla distinzione, posta in questi termini, fra norme costitutive in senso stretto (ontiche) e norme ipotetico-costitutive (deontiche): le prime sono condizioni di esistenza, perché definiscono l'essere specifico di ciò su cui esse vertono (profilo ontologico), perché definiscono l'intensione del termine che designa ciò su cui esse vertono (profilo semiotico); le seconde pongono condizioni di validità, perché definiscono il dover-essere specifico di ciò su cui esse vertono (profilo ontologico), perché definiscono

²¹¹ Cfr. J.R. SEARLE, *Speech Acts*, cit., p. 62, a proposito della natura definitoria e, dunque, della struttura analitica o tautologica di questo genere di norme.

l'estensione del termine che designa ciò su cui esse vertono (profilo semiotico).

L'esistenza, dunque, è la riferibilità dell'atto concretamente posto in essere al valore convenzionalmente stabilito²¹²; la validità la sua conformità alle prescrizioni che presuppongono l'equivalenza fra atto materiale e valore convenzionale²¹³. In questo modo, la validità coincide con la legittimità o legalità²¹⁴.

Il movimento dell'alfiere fuori dalla scacchiera è una mossa inesistente per gli scacchi, perché esula dalla convenzione posta dalla regola eidetico-costitutiva ontica: "la 'mossa' è il movimento di una figura sulla scacchiera"²¹⁵. Il movimento dell'alfiere in orizzontale sulla scacchiera è, invece, una mossa invalida, perché riconducibile alla precedente norma e, tuttavia, difforme dalla regola anankastico-costitutiva secondo la quale 'l'alfiere deve muoversi in diagonale'.

L'accordo fra due parti per mostrare agli studenti come si conclude un contratto, è un contratto inesistente, perché privo del fine di "costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale", che è contenuto nell'art. 1321 c.c., norma eidetico-costitutiva e ontica per il contratto²¹⁶. Il

²¹² Come conclude anche M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p.... (parte I, cap. 1, par. 6.2., alla fine- p. 62).

²¹³ Una distinzione simile fra esistenza e validità è delineata da M. ATIENZA- J.R. MANERO, *Illicitos atípicos*, cit., p. 77, ove le regole che qui sono denominate ipotetico-costitutive sono viste come norme regolative (cioè che impongono obblighi e divieti ad una condotta) dell'esercizio del potere attribuito dalle norme costitutive. Sicché l'esistenza è la conformità alle norme costitutive, la validità è la conformità alle norme regolative del potere.

²¹⁴ Cfr. G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, cit., pp. 157 e ss., nonché pp. 251 e ss.; E. BULYGIN, *Sentencia sudicia y creación de derecho* (1967), in C.E. ALCHOURRÓN- E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, trad. it. a cura di R. GUASTINI in E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, p. 11.

²¹⁵ Che a sua volta coinvolge altre regole di questa specie: quelle riguardanti 'figura' e 'scacchiera'- ad esempio, il movimento di una puntina da disegno sulla scacchiera, non sarebbe comunque una mossa, a meno che non vi sia una regola eidetico-costitutiva per la quale la data figura X è rappresentata da una puntina da disegno (si pensi all'ipotesi dello smarrimento di una figura che induce i giocatori a *convenire*, dunque a formulare una nuova regola eidetico- costitutiva con questo contenuto).

²¹⁶ In termini analoghi, R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, III ed., Torino, 2004, tomo I, pp. 64 e s., ove si mette in luce che il problema della corrispondenza dell'atto materiale alla definizione del fatto istituzionale- contratto dipende grandemente da profili ermeneutici.

contratto con oggetto indeterminabile, invece, è invalido (nullo- artt. 1325, 1346 e 1418 c.c.), perché pur conforme alla norma eidetico-costitutiva ontica del contratto, differisce dalla norma anankastico-costitutiva deontica secondo cui ‘l’oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile’ (ricavabile dalla comprensione delle tre disposizioni indicate).

Ciò significa che un atto valido è sempre un atto esistente, ma che un atto esistente non è sempre un atto valido²¹⁷. Non v’è rapporto di equivalenza o biunivoco, ma un rapporto di continenza, di appartenenza insiemistica: la classe degli atti esistenti include quella degli atti validi, ma quest’ultima non esaurisce l’estensione della prima.

In questo senso, le norme ipotetico-costitutive determinano l’estensione del termine che designa ciò a cui si riferiscono: senza norme che pongono condizioni di validità, la validità si parametra sulle sole norme che sono condizioni di validità/esistenza (le norme costitutive in senso stretto) e i due insiemi coincidono.

5. Analisi della validità in base all’oggetto.

A) Si è rilevata la polisemia (e la molteplicità di concezioni) del termine ‘validità’ (e del correlato ‘invalidità’). Altrettanto polisenso è il termine ‘norma’ (giuridica), l’oggetto del giudizio di validità.

Si è già visto²¹⁸, infatti, che Amedeo Giovanni Conte ha individuato cinque diversi referenti di ‘norma’²¹⁹:

²¹⁷ G.H. VON WRIGHT, *op. ult. cit.*, p. 264; L. FERRAJOLI, *Diritti e ragione*, cit., pp. 353 e ss., il quale utilizza il concetto di vigore, anziché quello di esistenza, ricollegandovi la validità solo formale delle norme.

²¹⁸ Parte I, cap. II, par. 9.

²¹⁹ A.G. CONTE, *Norma: cinque referenti*, cit., pp. 27 e ss. che riprende, ampliando il paradigma, il suo precedente *Studio per una teoria della validità*, cit., pp. 60 e ss.

1) l'‘enunciato deontico’, ossia l'unità linguistica sintatticamente munita di senso compiuto, di tipo prescrittivo, contenente uno dei modi deontici (obbligatorio, vietato, permesso, etc.);

2) la ‘proposizione deontica’, il senso dell'enunciato deontico;

3) l'‘enunciazione deontica’, “l'enunciazione di un enunciato la quale produce lo stato-di-cose deontico sul quale l'enunciato stesso verte”²²⁰. Si tratta di un atto linguistico (*speech-act*²²¹) o performativo²²²: è un caso in cui il fare coincide con il dire (e/o lo scrivere)²²³. L'enunciazione, cioè, *pone* lo stato-di-cose deontico, muta il mondo del dover-essere. È l'attività di produzione delle norme²²⁴. Essa è possibile solo in presenza delle norme

²²⁰ A.G. CONTE, *Norma: cinque referenti*, cit., p. 62.

²²¹ J.R. SEARLE, *Speech Acts*, cit..

²²² J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, cit., *passim*. Come già rilevato (parte I, cap. II, par. 9 in nota), è possibile considerare la funzione performativa un'altra funzione degli enunciati, accanto a quella descrittiva e prescrittiva. E si può farlo, rispetto al fenomeno linguistico giuridico, solo se si ritiene che gli stati-di-cose deontici siano reali. U. SCARPELLI, *Semantica*, cit., pp. 222 e s., ritiene, al contrario, che la funzione performativa sia riconducibile a quella prescrittiva, ritenendo che chi fa riferimento a quest'idea richiama un'idea di produzione magica o metafisica. In ciò non si distingue da quanto rilevava già Hägerström, come ricorda K. OLIVERCRONA, *Law as Fact*, cit., pp. 172 e s, nonché pp. 255 e ss. (che concorda con Hägerström, almeno per l'origine di queste peculiarità del linguaggio).

Si noti che la critica sulla funzione performativa si risolve, nella teoria del diritto, in una posizione necessariamente imperativista, come nota G. CARCATERRA, *Norme e valori*, cit., pp. 102 e s..

²²³ La performatività non è fenomeno unitario: si danno enunciazioni che attuano un atto (l'atto del ringraziamento è attuato dall'enunciazione dell'enunciato 'io ti ringrazio') ed enunciazioni che attuano lo stato-di-cose che l'enunciato significa (l'abrogazione): nel primo caso si tratta di enunciazioni atthetiche, nel secondo di enunciazioni thetiche. Cfr. A.G. CONTE, *Performativo vs. normativo*, in U. SCARPELLI- P. DI LUCIA (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994 (pp. 247 e ss.), ora in A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, cit., II, pp. 591 e ss., nonché oltre in questo capitolo. J.L. AUSTIN, *op. cit.*, pp. 193 e ss., distingue cinque classi di enunciati performativi: *verdictives* (che, secondo A., realizzano atti giudiziari: 'assolvo...', 'condanno'), *exercitives* (atti che consistono nell'esercizio di poteri o diritti, come gli atti legislativi e amministrativi: 'proclamo...', 'voto per...', 'abrogo'), *commissives* (atti che impegnano chi li produce: 'prometto...', 'mi obbligo...'), *behabitives* (riguardano atteggiamenti sociali: 'protesto', 'recuso') e *expositives* (individuano la posizione del loquente in atti o processi di comunicazione o argomentazione: 'attesto che', 'accetto').

Sui performativi, si veda anche la cristallina esposizione di G. CARCATERRA, *Norme giuridiche e valori etici*, cit., pp. 93 e ss..

La performatività, cioè la capacità di talune comunicazioni di produrre qualcosa, era stata già avvertita dai giuristi, anteriormente alla “sistematizzazione” di Austin, particolarmente dagli autori che riferivano agli atti giuridici la costitutività: A. REINACH, *op. cit.*; SANTI ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, rist. II ed., Milano, 1947, p. 83; T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, rist., Padova, 1953, pp. 51 e s.; R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, pp. 6 e 33 e ss.; E. BETTI, *Negoziio giuridico*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, IX, 1968, p. 221. Per un'ampia ricognizione delle prefigurazioni dei performativi: G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit..

²²⁴ T. MAZZARESE, *Validità*, cit., p. 598.

secondarie di natura costitutiva: è un fatto istituzionale²²⁵, perché solo grazie alle norme secondarie (eidetico-)costitutive ontiche, quel comportamento, quell'atto assume quel valore convenzionale;

4) lo 'status deontico', non entità linguistica, ma stato-di-cose deontico. È l'*anàlogon* dello stato-di-cose per l'enunciato apofantico, il riferimento extralinguistico tipico dell'enunciato deontico, della prescrizione, particolarmente dell'apodosi. Ed è una realtà idealmente-essente²²⁶;

5) il 'noema deontico', cioè l'aspetto oggettivo di una noesi deontica. Esso contraddistingue uno *status deontico in intellectu*, è, per così dire, l'intenzione di una norma. Ad es., quando affermiamo 'proporre una *norma* in un'assemblea legislativa', 'norma' designa la mera rappresentazione di quello *status deontico* che verrebbe in essere se venisse approvata la proposta, *id est* un noema deontico.

Scartato l'ultimo referente, giacché la validità del noema deontico è (al più) la prefigurazione della validità dello *status deontico* producendo, e risolta la proposizione deontica nell'enunciato, come il contenuto nel contenitore, il teorico pavese procede ad un'ulteriore tripartizione della validità, tenendone presente l'oggetto²²⁷. E dunque:

a) la validità dell'enunciato deontico (della disposizione), o validità semantica;

b) la validità dell'enunciazione deontica (dell'atto), o validità pragmatica;

²²⁵ È questa, secondo chi scrive, la nota che conferisce la performatività ad alcuni enunciati, non una qualche conformazione linguistica.

²²⁶ Cfr. parte I, cap. II, par. 9.

²²⁷ A.G. CONTE, *Minima deontica*, in *Riv. intern. Fil. dir.*, 1988 (pp. 427 e ss.), ora in ID., *Filosofia del linguaggio normativo*, cit., II, p. 378, ove è presa in considerazione la tetrade dei referenti di 'norma', visto che l'ampliamento alla pentade è successivo a questo scritto.

c) la validità dello *status* deontico (della norma in senso proprio), o validità sintattica²²⁸.

Questa tricotomia, differentemente dalla precedente fra validità sistemica, assiologica e materiale, rappresenta una partizione fra *concetti* di validità²²⁹. Ed è esclusiva della validità sistemica, giacché la validità assiologica e quella materiale sono predicabili solo di *status* deontici²³⁰.

Queste tre validità sono intese, allora, come conformità dell'enunciato, dell'enunciazione e dello *status* deontici rispetto alle metanorme dell'ordinamento²³¹, come innanzi caratterizzate.

B) Non convince, però, la validità semantica²³², alla luce della teoria dell'interpretazione.

Si è visto²³³, infatti, che gli enunciati non hanno alcun senso proprio, che la comprensione/interpretazione del destinatario dell'enunciato (ri-)costruisce, (ri-)cerca il senso, inteso come riferimento extra-linguistico ad

²²⁸ È evidente che la tricotomia della validità proposta da Conte corrisponde alla partizione della semiotica, già indicata *supra*, parte I, cap. II, par. 9, in nota.

²²⁹ Sempre in A.G. CONTE, *op. ult. cit.*, pp. 378 e ss., questa triade diventa un'esade, combinata con la contrapposizione fra *theticità* e *atheticità* della validità, ossia in ragione del come vengono in essere le condizioni di validità: se per effetto di un atto, ossia di un'enunciazione deontica; oppure se esse si rinvergono in *status* deontici non *thetic*, cioè non posti tramite un'enunciazione (come gli usi). Tale prospettiva fonde una partizione della validità in base all'oggetto (*rectius*, soggetto della predicazione) e una in base all'origine del criterio. L'opzione fra *theticità* e *atheticità* conduce all'indagine della relazione di priorità fra le tre validità. Essa, però, si risolve in un'opzione fra concezioni della validità che Conte, nella sua neutralità analitica, *ex professo* non affronta: A.G. CONTE, *Minima deontica*, cit., p. 396. Il paradigma validità *thetic*/validità *athetic* è indagato da A.G. CONTE, *Validità athetic*, in S. CASTIGNONE (a cura di), *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, 1990 (vol. II, pp. 163 e ss.), ora in A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, cit., II, pp. 411 e ss..

²³⁰ A. G. CONTE, *Studio per una teoria della validità*, cit., p. 66.

²³¹ Lo sostiene, condivisibilmente, T. MAZZARESE, *op. cit.*, p. 603.

²³² A.G. CONTE, *Studio*, cit., pp. 66 e ss., considera la validità semantica come validità per eccellenza: solo degli enunciati deontici si può predicare la validità. E si può farlo solo in relazione ad altri enunciati deontici. Successivamente, ID., *Minima deontica*, cit., pp. 378 e ss, la validità semantica è presentata, però, come conformità a *status* deontici. Ancora successivamente, A.G. CONTE, *Paradigmática y sintagmática de la validez*, in A.G. CONTE- C. ALARCÓN CABRERA, *Deóntica del la validez*, Madrid, 1995 (pp. 15 e ss.), trad. it. di L. PASSERINI GLAZEL, G. LORINI- L. PASSERINI GLAZEL, *Filosofie della norma*, p. 232, mantiene quest'ultima nozione di validità semantica, ma individua la validità sintattica *thetic* (cioè rispetto a *status* deontici posti da un'enunciazione deontica) come la validità per antonomasia. Su quest'ultimo punto si conviene, come si vedrà subito *infra* nel testo.

²³³ Nella prima parte di questa ricerca.

uno stato-di-cose. Senza l'interpretazione, allora, l'enunciato è mero ed insignificante simbolo o fonema.

Estendendo questa affermazione agli enunciati deontici, si è notato che essi sono la mera comunicazione della rappresentazione mentale di uno stato-di-cose idealmente essente (lo stato-di-cose deontico).

L'enunciato deontico, allora, non ha autonoma qualificabilità in termini di validità, in quanto non è una norma, ma la mera comunicazione di una norma, la quale, senza comprensione, non può essere considerata valida o invalida. E nel momento in cui v'è comprensione, non può più parlarsi di enunciati deontici.

A meno di non identificare le norme con la loro formulazione linguistica, la norma con la disposizione²³⁴, dunque, la validità semantica quale validità di enunciati non è ammissibile²³⁵.

Si potrebbe, però, recuperare il concetto, riferendolo alle proposizioni deontiche. Ma, anche ammesso che la proposizione deontica possa essere autonomamente soggetto del predicato di validità, la validità semantica si sovrapporrebbe fatalmente alla validità sintattica: se la proposizione deontica è la rappresentazione intellettiva di uno *status* deontico, la validità di una rappresentazione non può che risolversi nella validità del rappresentato²³⁶.

La triade va, allora, limitata ad una diade: i concetti di validità rispetto all'oggetto sono validità pragmatica, la validità dell'enunciazione deontica-

²³⁴ La distinzione tra disposizione e norma delineata da Crisafulli ed altri, come già notato *supra*, parte I, cap. II, par. 9, in nota, corrisponde, più o meno, alla distinzione fra enunciato e proposizione deontici.

²³⁵ T. MAZZARESE, *op. cit.*, p. 597.

²³⁶ In questo senso sembra concludere anche T. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, p. 598, nonostante faccia inizialmente riferimento alle proposizioni e non agli *status* deontici.

atto, e validità sintattica, la validità dello stato-di-cose deontico- norma²³⁷⁻

238

²³⁷ Oltre a Conte, la distinzione è presentata in termini analoghi da T. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, p. 597; G. CORSO, *Validità*, cit., pp. 85 e ss.; M.S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, Milano, III, 2003, pp. 903 e ss. (ove atto normativo è inteso come legge ed atto avente forza di legge); F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXIII, 1973, p. 1003; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., pp. 213 e ss..

²³⁸ Anche la validità pragmatica necessita di qualche notazione.

Se per validità pragmatica si intende la validità delle sole enunciazioni deontiche, quali atti linguistici performativi, la partizione analitica della validità rispetto al soggetto della predicazione lascerebbe scoperta una parte di atti che, pur non essendo linguistici, producono norme e, quindi, devono poter essere considerati validi/invalidi, secondo la superiore corrispondenza biunivoca fra attività di produzione di norme e validità/invalidità.

Ciò che ci interessa è la possibilità, per quanto ridotta e limitata, di “performare” la produzione di norme senza proferire o scrivere parola: si pensi ai c.d. rapporti contrattuali di fatto. 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. 273 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, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur.*, Roma, XXV, 1991, *ad vocem*; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, II ed., 2000, pp. 39 e ss..

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.

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'espone e del preferire, richiedenti soltanto la riferibilità ad un autore e la naturale capacità di intendere e di volere” (p. 360). Questo dato lo induce 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 dirà 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*, in *Enc. dir.*, Milano, XXV, 1975, *passim*, pp. 530 e ss., ove questi rapporti vengono ricostruiti in termini di atti reali bilaterali. L'obiezione non potrebbe essere condivisa, però, nemmeno da chi riscontra una differenza fra atti normativi e non normativi fondata sulla novità [La distinzione tra atti precettivi (nel linguaggio utilizzato nel testo: thetici) normativi e non è effettuata attraverso solitamente tre direttrici: astrattezza,

generalità e novità. Le prime due, solitamente considerate congiuntamente, sono state abbandonate, una volta rilevato che si trattava, in entrambi i casi, di criteri non definitivi: come già visto, la generalità riguarda l'estensione della classe regolata, sicché una norma è generale rispetto ad un'altra, non in assoluto; l'astrattezza, invece, riguarda tutte le norme giuridiche, sebbene in diversa misura (cfr. F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXVIII, 1978, pp. 343 e ss. per la tesi e la confutazione). Sicché tutti gli atti, in quanto produttivi di norme generali e astratte *in una certa misura* sarebbero da considerarsi normativi. E ciò rende i criteri inutili alla distinzione (V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, Milano, IV, 1959, pp. 245 e ss.).

Anche ammesso, cioè, che la norma giuridica sia connotata necessariamente dalla novità (deontica- Per tutti, SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 228- . o assiologica- Come di recente sostenuto da M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, pp.... 75 e ss. (Parte I, cap. I, par. 7.3- fine): abbandonata la novità deontica, cioè la normatività come introduzione di una nuova prescrizione, e ricostruito l'ordinamento (anche) come sistema di valori, è da ritenersi normativo l'atto che manifesta giudizi che "introducono nel sistema *nuovi valori* o individuano *nuove relazioni assiologiche* tra valori attuandi ed attuativi"; non normativo, invece, quello che si limita a "attualizzare, specificare, concretizzare relazioni fra valori stabilite da strutture normative preesistenti" (p....75)), gli atti sono sottoposti alla qualifica di esistenza/inesistenza e validità/invalidità anche se non introducono norme "nuove" [Sebbene, secondo M. TRIMARCHI, *op. loc. ult. cit.*, gli atti (o comportamenti programmatici) non normativi non possano essere qualificati in termini di validità assiologica (su cui si veda *infra*....)].

Per altro verso, 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, 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, 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 difforni, 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 s.. Ma è fenomeno comunemente rilevabile che la comunicazione è anche non verbale. A. FALZEA, *Manifestazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXV, 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, 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 di entrambi 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, 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.

In quest’ottica, enunciazione ed enunciato possono essere ridefiniti, facendo riferimento al linguaggio e non alla lingua.

La validità pragmatica, allora, riguarda enunciazioni deontiche, intese come enunciati performativi *linguistici* e *gestuali*. Si preferisce questa caratterizzazione rispetto all’individuazione dell’oggetto della validità nei comportamenti programmatici.

La classificazione tradizionale (riguardante la struttura dell’elemento materiale: S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Messina, 1945, ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 2011, V, p. 1291. Tale classificazione è affiancata da quella in base all’efficacia: A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, XVI, 1967, pp. 944 e ss.) distingueva, all’interno dei fatti giuridicamente rilevanti, fra fatti in senso stretto e atti in senso lato e, all’interno di questi ultimi, fra atti in senso stretto e negozi. La tesi è diffusissima: per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Atto giuridico (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, IV, 1959, pp. 203 e s.; G. CORSO, *L’efficacia*, cit., p. 15.

Essa è stata superata in virtù del fatto che la classificazione in questi termini ruotava intorno al negozio e si riduceva ad una progressiva eliminazione degli elementi di questo: A. FALZEA, *Fatto giuridico*, cit., p. 948. Lo stesso Falzea ne ha proposto una in positivo e fenomenologica: i fatti giuridici in senso lato (o fenomeni temporali) si distinguono in eventi e comportamenti. I primi sottoposti al principio di necessità e sottratti al potere direttivo dell’uomo (fatti naturali, vitali e psichici), i secondi riferibili all’uomo (p. 950). Tale distinzione “riposa sul modo di costituzione degli interessi giuridici, che nei fatti è dovuta allo spiegamento di energie – fisiche, organiche, psichiche, spirituali – al di fuori di ogni atteggiamento del corpo umano, mentre nei comportamenti avviene in virtù di una iniziativa esterna dello stesso soggetto e consiste in un modo di atteggiarsi del suo corpo” (*ibidem*).

I comportamenti (pur sempre materiali ed oggettivamente osservabili- A. FALZEA, *Manifestazione (teoria generale)*, cit., pp. 457 e ss., part. p. 458), poi, si distinguono in attuosi ed inattuosi, a seconda dell’interesse che li muove, per l’appunto attuoso o inattuoso (p. 473): nel primo caso, è l’azione stessa che realizza l’interesse; nel secondo, l’interesse che muove l’azione è quello di manifestare un giudizio di valore, l’azione ha una funzione manifestativa, è un atto sociale, ha una dimensione materiale ed una immateriale (la manifestazione e il suo contenuto) e prende la denominazione di comportamento *significante* o *programmatico*. A questa *species* di comportamenti si addice la qualifica di validità. Sul

6. Atto e norma- performativo e deontico.

Alla diade validità sintattica/validità pragmatica individuata potrebbe muoversi un'obiezione: se l'atto performativo produce la norma e se le norme di mutamento, in quanto delineano requisiti e presupposti dell'atto, sono ed impongono condizioni di validità della norma²³⁹, dire che è valido l'atto non è anche dire che è valida la norma e viceversa? In altri termini, la validità della norma (*status* deontico) non è una metonimia per la validità dell'atto (enunciazione deontica)²⁴⁰? E, quindi, la validità sintattica non si dissolve nella validità pragmatica?

A) In primo luogo, non sempre validità sintattica e validità pragmatica possono sovrapporsi, perché ci sono norme non prodotte da atti e atti che non producono norme.

Vi sono *status* deontici *athetici*, cioè non posti da alcun atto, come le norme consuetudinarie. Essi non sono sottoposti a meta-norme di mutamento, ma, per lo più, di riconoscimento, come la norma sulle fonti che contempla anche la consuetudine. E, dunque, non possono che essere predicati di validità sintattica. La prescrizione è autonoma rispetto alla performance.

punto, *amplius* M. TRIMARCHI, *op. cit.*, pp..... (parte I, cap. I, par. 7.1), il quale tiene a rimarcare la linguisticità di questi comportamenti materiali, sulla scia di A. FALZEA, *Manifestazione*, cit., p. 467.

La distinzione accolta nel testo, però, si ritiene analiticamente più feconda, perché mette in risalto la performatività come carattere necessario della validità pragmatica, aprendo le prospettive che si vedranno nel prossimo paragrafo.

²³⁹ T. MAZZARESE, *Validità*, cit., p. 598.

²⁴⁰ L'obiezione è esattamente opposta alla tesi prescrittivista: il prescrittismo eguaglia il porre la norma, in base al quale un determinato comportamento è, per esempio, obbligatorio, con il prescrivere di tenere il comportamento, la performance con la prescrizione. Nega, per l'appunto, la funzione performativa del linguaggio. Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 16: "con gli atti del procedimento legislativo si 'pone' o si 'produce' una norma, non si fa che usare un'espressione figurata per dire che il senso o il significato dell'atto o degli atti costituenti il procedimento legislativo è una norma"; nonché U. SCARPELLI, *Semantica*, cit., pp. 222 e s..

La tesi, però, è convincentemente confutata dagli studi, già citati, di Austin, Searle, Von Wright, Conte e Carcaterra. Pertanto, la nostra indagine si muoverà dando per scontata la tripartizione delle funzioni del linguaggio e terrà da parte il prescrittismo.

“All’opposto” degli *status* deontici non posti da nessun atto, vi sono atti performativi che non pongono alcuno *status* deontico. Ad esempio: l’enunciazione degli enunciati ‘io ti ringrazio’ e ‘l’interdetto ha il domicilio del tutore’ (art. 45, c. 3, c.c.)²⁴¹.

Nel primo caso, il performativo è attuazione di ciò che l’enunciato significa²⁴²: attua l’atto sociale, costituito dall’enunciazione di un enunciato, il cui significato è posto da una regola costitutiva ontica. Vi è attuazione *dell’atto* significato dall’enunciato proferito. Lo stesso può ripetersi, *mutatis mutandis*, per il “gestaccio”. Ciò che si attua, cioè, è il dire²⁴³ o, più correttamente, l’esprimersi significativamente.

Nel secondo caso, il performativo attua lo stato-di-cose che l’enunciato significa: lo attua ascrivendo ad ogni interdetto il domicilio del tutore²⁴⁴. In altre parole, il performativo pone in essere uno stato-di-cose, cambia la realtà (ma non prescrive nulla, non impone a nessuno di fare qualcosa²⁴⁵): attua direttamente la modificazione (che è il riferimento extralinguistico dell’enunciato, il suo senso), senza che sia necessaria alcuna “esecuzione”. Nell’esempio, il domicilio dell’interdetto è *costituito* presso quello del tutore, in forza del solo art. 45, c.3, c.c., con tutte le conseguenze²⁴⁶. Il performativo realizza non solo il dire, ma anche i suoi contenuti²⁴⁷.

²⁴¹ A.G. CONTE, *Performativo vs. normativo*, cit., p. 592.

²⁴² A.G. CONTE, *op. loc. ult. cit.*.

²⁴³ G. CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, cit., p. 130.

²⁴⁴ A.G. CONTE, *op. loc. ult. cit.*. La distinzione, difficile da cogliere di primo acchito in italiano, è più agevole in tedesco, come rilevato da Conte (ivi, nota 2): il nostro verbo ‘attuare’ in tedesco si rende, nel primo caso (attuazione dell’atto significato dall’enunciato proferito) con ‘*verwirklichen*’; nel secondo caso (attuazione dello stato-di-cose significato dall’enunciato proferito) con ‘*erwirken*’ (effettuare).

²⁴⁵ Il concetto coincide con quello di norme costitutive in G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit..

H.L. HART, *The Ascription of Responsibility and Rights*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948-49, rist. in AA.VV., *Logic and Language*, Oxford, 1951, trad. it. a cura di V. FROSINI, *L’ascrizione di responsabilità e di diritti*, in H.L.A. HART, *Contributi all’analisi del diritto*, Milano, 1964, p.23, parla in proposito di “proposizioni ascrivitive”, per l’appunto di diritti e responsabilità, le quali producono di per sé la modificazione dell’ordinamento.

²⁴⁶ A titolo d’esempio, la notifica di un atto di citazione all’interdetto presso la sua residenza è nulla, in quanto essa va effettuata presso il domicilio eletto dal tutore.

²⁴⁷ G. CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, cit., p. 130.

Si tratta di una speciale classe di performativi, caratteristica (ma non esclusiva) del diritto²⁴⁸, i quali sono, in ultima istanza, ermeneuticamente riducibili alla formula: ‘con queste parole/questo atto si dispone/stabilisce/fissa che ...’²⁴⁹. Nell’esempio dell’art. 45, c.3, c.c., la forma ‘l’interdetto ha il domicilio del tutore’, si può rendere con ‘con queste parole si pone il domicilio dell’interdetto nel domicilio del tutore’.

I primi sono performativi *athetici*, i secondi performativi *thetici*²⁵⁰. Ed entrambi possono essere predicati di sola validità pragmatica.

B) La distinzione fra validità sintattica e validità pragmatica è, però, ancora sfuggente. Mentre appare chiaro che la validità sintattica è la conformità fra uno *status* deontico ed un altro, in termini di compatibilità, non è agevole cogliere in che cosa da essa si differenzi la validità pragmatica.

La chiave sta nell’individuare nel performativo *thetico* un’azione in senso proprio: il performativo *thetico* sta alla dimensione deontica (il dover-essere) come l’azione o l’atto sta alla dimensione della realtà fenomenica.

Un atto, infatti, è un’azione in grado di provocare il mutamento di uno stato-di-cose in un altro stato-di-cose²⁵¹: l’aprire una finestra è un atto che muta la ‘finestra chiusa’ in ‘finestra aperta’. È evidente che non ogni mutamento è provocato da un atto: l’apertura della finestra può essere determinata dal vento. E in questo caso non diremmo mai che si tratta di un atto, ma che quel mutamento è provocato da un evento²⁵².

²⁴⁸ G. CARCATERRA, *op. loc. ult. cit.*.

²⁴⁹ G. CARCATERRA, *op. ult. cit.*, pp. 132 e s..

²⁵⁰ A.G. CONTE, *op. loc. ult. cit.*. G. CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, cit., pp. 130 e ss., invece, ricostruisce questa distinzione in termini di performativi *tout court* e performativi dispositivi, statutori o costitutivi (in relazione alla sua nozione di norma costitutiva).

²⁵¹ G. VON WRIGHT, *Norm and Action*, p. 76.

²⁵² G. VON WRIGHT, *op. ult. cit.*, pp. 64 e ss.. All’atto-azione e all’evento-mutamento corrispondono due diverse logiche: la logica dell’azione e la logica del mutamento.

L'atto e l'evento, dunque, provocano un mutamento. Ciò che differenzia atto ed evento è la necessità di un agente (individuale, collettivo o impersonale- come un ente giuridico) che, attraverso un suo comportamento, muta lo stato-di-cose iniziale nello stato-di-cose finale²⁵³.

Fra gli atti si possono distinguere gli atti generici o, per utilizzare una denominazione già incontrata, *types* di atto, e gli atti individuali o atti-individui o *tokens* di un *type*: i primi sono categorie di atti, classi; i secondi sono diversi casi concreti di atti generici, consistenti nel fatto che un determinato agente compie un atto generico in una data occasione²⁵⁴.

L'occasione è la successione nel tempo dei due stati-di-cose, precedente e successivo all'atto²⁵⁵.

Gli atti generici risultano da una classificazione in base al loro risultato, che consiste o nel mutamento cui l'atto corrisponde (nell'esempio precedente: l'apertura della finestra) o nello stato-di-cose finale (la finestra aperta): non possiamo, cioè, dire che un atto- *token* appartiene ad una certa classe di atti generici- *type*, a meno che esso non provochi il mutamento o non termini in uno stato-di-cose di un certo genere (ossia se non abbia il suo risultato)²⁵⁶.

Dal risultato dell'atto va logicamente distinta la conseguenza. Mentre l'atto è condizione necessaria e sufficiente del suo risultato, la conseguenza dipende dall'atto, ma esso non è condizione né necessaria né sufficiente della conseguenza, giacché essa sopraggiunge per mezzo della combinazione di un'altra efficienza causale, estranea a quella propria dell'atto. Nell'esempio dell'apertura della finestra, l'abbassamento della temperatura nella stanza è una conseguenza dell'atto, ma non il suo

²⁵³ G. VON WRIGHT, *op. ult. cit.*, pp. 78 e s..

²⁵⁴ G. VON WRIGHT, *op. ult. cit.*, pp. 76 e s..

²⁵⁵ G. VON WRIGHT, *op. ult. cit.*, p. 77.

²⁵⁶ G. VON WRIGHT, *op. ult. cit.*, pp. 79 e ss..

risultato, in quanto la temperatura della stanza potrebbe anche rimanere invariata o, addirittura, salire se si apre la finestra, giacché dipende da fattori estranei all'occasione dell'atto; oppure avverarsi indipendentemente dall'azione²⁵⁷.

Ciononostante, tanto il risultato quanto la conseguenza dell'atto possono assumere il ruolo di fine dell'azione umana, in virtù della prevedibilità della conseguenza.

Ogni atto, infine, necessita della capacità dell'agente, della sua abilità²⁵⁸.

L'atto è, dunque, possibile a tre condizioni:

a) che sia presente l'*occasione* o *opportunità*²⁵⁹ dell'atto²⁶⁰, ossia che vi sia la coppia di stati-di-cose collegata all'atto, cioè che, per utilizzare l'ontologia aristotelica, lo stato-di-cose iniziale sia in atto e che quello finale sia in potenza. L'occasione è diversa a seconda del *type* di atto: per l'apertura della finestra è necessario che vi sia lo stato-di-cose finestra chiusa (stato-di-cose iniziale in atto) e che l'apertura non sia impedita da un fattore esterno, come una sedia davanti alla finestra (stato-di-cose finale in potenza); per la chiusura della finestra è necessario che vi sia lo stato-di-cose finestra aperta e che la chiusura non sia impedita da un fattore esterno, come un bambino affacciato alla finestra;

b) che il risultato non abbia luogo da sé, cioè indipendentemente dall'azione. Si tratta della *necessità* dell'atto²⁶¹;

c) che l'agente "sappia fare" (*knows how*) l'atto, abbia l'*abilità* all'atto: l'agente sa fare l'atto quando è in grado di farlo nella maggior parte delle

²⁵⁷ G. VON WRIGHT, *op. ult. cit.*, p. 81.

²⁵⁸ G. VON WRIGHT, *op. ult. cit.*, pp. 90 e ss..

²⁵⁹ Da non confondere con il c.d. merito amministrativo: in questa sede 'opportunità' è, per l'appunto, sinonimo di occasione, circostanza adatta.

²⁶⁰ G. VON WRIGHT, *op. ult. cit.*, pp. 83 e ss.. Prospettiva, questa, non estranea alla teoria del nesso di causalità: F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., pp. 298 e s..

²⁶¹ G. VON WRIGHT, *op. ult. cit.*, p. 85.

occasioni che gli presentano. Poter fare e saper fare, dunque, collimano quando si parla di abilità al *type*. Il saper fare non coincide, però, con il poter fare, quando si tratta di atti individuali o *token*: si può aprire una finestra nel concreto non solo se l'agente sa aprirla, ma anche se c'è l'occasione di aprirla, ossia se la finestra è chiusa e non v'è ostacolo all'apertura. Nel poter fare gli atti individuali le possibilità dell'agente si combinano con l'occasione. Sicché, se l'agente è abile al *type*, egli può tentare di compiere l'atto per provocare il mutamento, ma non è detto che il *token* che lui compie abbia successo, giacché potrebbe difettare l'occasione²⁶².

È facile scorgere la corrispondenza con il performativo thetico.

Il performativo thetico provoca un mutamento, da uno stato-di-cose (almeno) deontico ad un altro²⁶³.

Il mutamento attuato dal performativo thetico è diverso a seconda del *type* di atto di cui il singolo performativo è *token*.

Ogni enunciazione è sottoposta a diverse condizioni di possibilità, riguardanti la situazione pregressa e posteriore dell'atto (l'occasione), la sua necessità e l'abilità dell'agente.

La differenza determinante fra gli atti materiali e i performativi thetici consiste, come si è visto, nel fatto che la possibilità del performativo thetico non è determinata da leggi di natura, ma da norme giuridiche (le norme costitutive), le quali sono o pongono condizioni di esistenza e di validità del performativo, stabilendone l'occasione (i presupposti e i requisiti), la necessità (l'impossibilità che il risultato si ottenga altrimenti) e la relativa abilità dell'agente (il profilo soggettivo, quale capacità,

²⁶² G. VON WRIGHT, *op. ult. cit.*, pp. 90 e ss..

²⁶³ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, III ed., 1951 (rist., Camerino, 1998), p. 229: ad un aspetto della realtà individuato dalla nostra astrazione intellettuale "diamo il nome di atto giuridico, in quanto vediamo in esso una situazione giuridica mutare per virtù dell'azione di uno dei suoi soggetti" (ma cfr. anche p. 231). Carnelutti, però, tratta allo stesso modo i fatti bruti e i fatti istituzionali.

legittimazione, attribuzione, competenza, etc.). In altri termini, l'atto materiale è fatto bruto, il performativo thetico è fatto istituzionale.

Queste norme costitutive, già chiamate anche meta-norme, sono e pongono le condizioni di possibilità di questi atti, intesa come esistenza e come validità-legittimità.

Ciò che il performativo thetico attua dipende dalla norma eidetico-costitutiva ontica che ne costituisce il senso e la possibilità: l'invalidazione attua il mutamento dell'eliminazione dell'esistenza o vigore di una norma²⁶⁴. Le norme ipotetico-costitutive pongono l'occasione, ossia le condizioni "oggettive" di validità dell'atto, e l'abilità, le condizioni di validità "soggettive" dell'atto (la competenza²⁶⁵)²⁶⁶.

Risultato del performativo thetico è l'effetto giuridico, ossia lo stato-di-cose deontico che deriva dal mutamento cagionato dall'atto; conseguenza di esso è lo stato-di-cose fattuale che per mezzo di quel determinato atto è venuto in essere, ma che ad esso non è direttamente ricollegabile (in quanto dipende almeno da un'altra catena causale: quella dell'esecuzione o obbedienza all'atto), nonché lo stato-di-cose assiologico, fine ultimo del mutamento deontico, il quale, però, non ne costituisce condizione necessaria e sufficiente²⁶⁷.

²⁶⁴ Ma non della validità: una norma invalida (o un atto invalido) non è privato della validità dall'annullamento (come ritiene, invece, H. Kelsen, *General Theory*, cit., pp. 118 e ss.). Quest'ultima tesi presuppone, infatti, l'equiparazione tra esistenza e validità, già confutata *supra*. Sul punto, si veda L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 355.

²⁶⁵ G.H. von Wright, *op. cit.*, pp. 180 e ss., parla di autorità o forza di chi emana l'atto ed ancora l'abilità alla coercibilità del comando tramite sanzione.

²⁶⁶ G.H. von Wright, *op. cit.*, pp. 254 e ss., invece, inquadra le meta-norme come prescrizioni di obblighi, divieti e permessi. Svolgendo integralmente il parallelo con gli atti materiali, poi, l'A. considera il performativo thetico esistente come il tentativo del mutamento, quello valido è il successo del mutamento (pp. 177 e ss.).

²⁶⁷ Una distinzione simile, seppure con terminologia diversa, è presente in F. Carnelutti, *Teoria generale*, cit., pp. 243 e ss..

Si tralascia, per il momento, la possibilità che il performativo thetico ponga una norma thetica o performativa a sua volta: in questo caso, non v'è alcuno stato-di-cose deontico finale. Il punto, sarà approfondito più avanti.

La validità pragmatica consiste, allora, nella conformità del performativo, inteso come *azione normativa*²⁶⁸ o *deontica*, alle condizioni oggettive e soggettive poste dalle meta-norme. L'atto, cioè, non è prescrizione, ma performance, ossia azione mediante il linguaggio²⁶⁹. E come tale va trattato.

La logica dell'azione pervade anche le condizioni di validità.

In base all'origine delle condizioni di validità pragmatica, quest'ultima può essere suddivisa in validità praxeonomica e praxeologica²⁷⁰: nel primo caso, le condizioni sono poste da norme, ad esempio "il testamento olografo deve essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore" (art. 602, c.1, c.c.); nel secondo caso esse ineriscono all'atto in sé, ad esempio la promessa di un comportamento passato è invalida²⁷¹.

È evidente che di nessuna prescrizione può dirsi che essi rechi un'impossibilità, ossia un'invalidità intrinseca al suo essere: l'obbligo di ciò che è già obbligato non è impossibile cioè invalido, ma semplicemente superfluo. Questo perché la prescrizione non è mai impossibile, in quanto la possibilità è propria solo dell'azione²⁷².

La validità pragmatica, in altre parole, è il correlativo della possibilità delle azioni fisiche per le azioni thetiche, coglie la possibilità (costituita dalle norme, appunto, costitutive) del mutamento, la dinamica della

²⁶⁸ G.H. VON WRIGHT, *op. cit.*, p. 121, il quale riserva tale denominazione solo agli atti che pongono prescrizioni, non a tutti i performativi thetici. L'estensione a tutti i performativi è possibile in base alla performatività che connota l'atto di posizione, che lo rende azione.

²⁶⁹ In tal modo lo tratta lo stesso G.H. VON WRIGHT, *op. cit.*, p. 167, sebbene egli si riferisca solo agli atti che pongono prescrizioni.

²⁷⁰ A.G. CONTE, *Minima deontica*, cit., pp. 385 e ss., ove la validità pragmatica praxeonomica è validità pragmatica thetica e quella praxeologica è validità pragmatica athetica.

Si noti che l'atheticità non significa che le condizioni praxeologiche corrispondano a norme eidetico-costitutive: semplicemente, queste condizioni non sono il frutto di un'enunciazione deontica, ma, per così dire nascono direttamente in quanto *status* deontici, senza, peraltro, necessariamente convenire con chi ritiene che queste condizioni siano prodotte dalla *Natur der Sache*.

²⁷¹ Per una fenomenologia delle condizioni praxeologiche della promessa, cfr. A. REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, cit..

²⁷² Ciò non toglie che si possa ravvisare una contraddizione logica nell'incoerenza degli stati-di-cose deontici. Ma essa non sarà possibilità, la quale è propria solo della logica dell'azione.

modificazione del deontico. La validità sintattica, invece, coglie la coerenza degli stati-di-cose deontici, ossia l'armoniosa staticità del deontico²⁷³.

C) La peculiarità degli atti normativi è che il performativo thetico pone una norma²⁷⁴, nel senso che ciò che il performativo realizza, il mutamento prodotto dall'azione deontica è il venire ad esistenza di una norma²⁷⁵. Questa peculiarità può creare la sovrapposizione fra validità pragmatica e sintattica. Ma anche in questo caso, validità pragmatica e validità sintattica riguardano oggetti diversi e rimangono concettualmente distinte.

Quando il Sindaco di un Comune emette un'ordinanza, enuncia un enunciato di questo tipo: "Il Sindaco del Comune X, visti gli artt. ..., considerato che ..., ordina ...". La sentenza ha una struttura simile: "il Tribunale Y in composizione monocratica/ collegiale, pronuncia la seguente sentenza resa nel giudizio n. ..., proposto da ..., contro ..., per ..., considerato in fatto e diritto quanto segue ..., per questi motivi accoglie/respinge la domanda, e per l'effetto ... e condanna alle spese". Lo stesso dicasi per la legge: "la Camera dei Deputati e il Senato della Repubblica hanno approvato; il Presidente della Repubblica promulga la seguente legge: art. 1) ..."²⁷⁶. I contraenti scrivono in un contratto "Tizio (generalità) e Caio (generalità) convengono quanto segue ..." e così via.

²⁷³ Questa distinzione, che al momento appare eccessivamente analitica, tanto da poter cadere alla verifica del rasoio di Ockham, manifesterà la sua estrema utilità a proposito del giudizio di validità.

²⁷⁴ A prescindere dal fatto che l'atto thetico sia autonomamente costitutivo dei propri effetti.

²⁷⁵ Norma che non necessariamente deve essere innovativa "in senso forte", ma può semplicemente specificare o attuare una norma preesistente: anticipando un esempio che si farà fra breve, l'ordinanza di demolizione di un fabbricato abusivo è provvedimento i cui presupposti ed effetti ed in cui i rapporti assiologici sono integralmente regolati dalla legge. Pur trattandosi di una pura applicazione di norme preesistenti, senza l'ordinanza non sorge in capo al proprietario dell'opera l'obbligo di demolire (prescrizione) e non viene sacrificato il suo interesse (profilo assiologico- antropologico).

²⁷⁶ È l'adattamento di esempi di G. KALINOWSKI, *Sur le langage respectifs du législateur, du juge et de la loi*, in *Archives de philosophie du droit*, 1974, riportati da G. CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, III ed. riv., in ID., *Norme e valori*, cit., p. 107.

Questi enunciati scritti o pronunciati (o questi gesti) sono riducibili ermeneuticamente ad una struttura del genere: “con queste parole/questo atto, si dispone/stabilisce che: ‘il proprietario dell’edificio X ha l’obbligo di demolirlo’”. Sono, cioè, riducibili a performativi thetici e, dunque, essi hanno la natura di performativi thetici²⁷⁷.

Essi attuano l’effetto di produzione della norma (*erwirken*-letteralmente, *effettuano* la produzione della norma), fanno venire ad esistenza la norma.

Il performativo produce *ex se* l’effetto di mutazione dell’ordinamento, introduce la norma: è un performativo thetico, in quanto attua il significato dell’enunciato ‘la Camera dei Deputati e il Senato della Repubblica *hanno approvato*; il Presidente della Repubblica *promulga* la seguente legge’, pone in essere quel mutamento significato dall’enunciato oggetto dell’enunciazione: l’approvazione e la promulgazione. La norma, invece, regola le condotte, è prescrittiva. Esso è, dunque, un’azione deontica, perché produce una transizione da uno stato-di-cose deontico ad un altro stato-di-cose deontico.

Gli enunciati *contenuti* in questi performativi, ossia il disposto dell’ordinanza sindacale (es., la demolizione di un edificio) o della sentenza (es., la condanna al pagamento di una somma), le disposizioni della legge, le clausole contrattuali, sono enunciati deontici, perché possono essere formulati in termini di qualificazioni/modi deontici (l’obbligo di demolizione, l’obbligo di pagamento della somma nei confronti del condannato e il permesso ad ottenerlo in via coattiva nei confronti della parte vittoriosa, etc.). Questi enunciati contengono il riferimento agli stati-di-cose deontici prodotti (ma non significati) dal

²⁷⁷ Per questo passaggio logico: G. CARCATERRA, *op. ult. cit.*, p. 113, il quale parla di “proposizione operativa”.

performativo. Questi enunciati significano lo stato-di-cose deontico prodotto dall'atto.

Il Sindaco, il giudice, il legislatore, i contraenti e così via, cioè, pongono gli *status* deontici attraverso l'enunciazione (in senso lato) degli enunciati deontici che significano quegli *status* deontici.

Nell'atto *thetic* convivono, allora, due livelli: per un verso, l'enunciato performativo che è esso stesso norma (come enunciazione deontica), ma norma che fa essa stessa quello che dice, cioè dispone, accoglie o respinge la domanda, approva e promulga, e così via, in sintesi fa ciò su cui verte, è azione deontica; per altro verso, l'enunciato deontico che è norma nella misura in cui si riferisce ad uno stato-di-cose deontico, ma norma che dice a qualcuno di fare, di non fare e così via qualcosa, in sintesi prescrive ciò su cui esso verte²⁷⁸.

Al primo livello, v'è un enunciato che si riferisce a ed attua un mutamento (o risultato dell'azione deontica) che verte su un altro enunciato, cioè un *metalinguaggio*. Al secondo, invece v'è un enunciato che verte su uno stato-di-cose (deontico), cioè un *linguaggio*.

Il primo livello (*rectius*, il livello semioticamente superiore) attua il mutamento su cui verte: la produzione della norma (promulgazione, approvazione, ordinanza, accoglimento o rigetto della domanda, etc.). E', dunque, *performativo thetico*. Il secondo, invece, trova il suo riferimento extralinguistico in uno stato-di-cose deontico e, dunque, è deontico, cioè *prescrittivo*²⁷⁹.

²⁷⁸ G. CARCATERA, *La forza costitutiva*, cit., pp. 164 e ss., il quale efficacemente sottolinea: "Potremmo [...] distinguere fra *norma quale senso dell'atto o degli atti del procedimento legislativo* da una parte e dall'altra parte *norma quale contenuto introdotto per mezzo di questi atti nel sistema*" (p. 168- enfasi testuale).

²⁷⁹ Una prefigurazione di quanto fin qui affrontato si coglie in M.S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi*, cit., pp. 903 e s.: "nel momento stesso in cui l'atto normativo è emanato, la sua creatura, che è la norma, acquista vita propria. [...] Il primo ha una sola funzione che è quella di render operante la norma; esso è il titolo della vigenza e dell'efficacia della norma, ma tale funzione assolve in termini

L'atto normativo o, se si vuole, il comportamento programmatico²⁸⁰ è, cioè, composto dall'enunciazione (in senso lato), formulata in un *metalinguaggio performativo thetico*, e dall'enunciato deontico, formulato in un *linguaggio prescrittivo*²⁸¹.

E poiché, come si è visto, la validità di un enunciato deontico (validità semantica) si risolve sempre nella validità dello *status* deontico cui si riferisce, ossia nella validità sintattica, al livello semioticamente superiore si addice la validità pragmatica, a quello semioticamente inferiore la validità sintattica.

I due livelli, dunque, sono autonomi nella validità, sebbene non necessariamente disgiunti.

D) Il duplice livello linguistico appena rintracciato è, in realtà, presente anche negli atti che non producono prescrizioni.

Anche quando si tratta di performativi privi di prescrizione, come l'assegnazione all'interdetto del domicilio del tutore o l'abrogazione di una norma, v'è sempre un performativo, linguisticamente superiore, che pone quella norma dispositiva (o operativa o performativa²⁸² o *thetica*²⁸³), che opera la modificazione dell'ordinamento.

Pur essendo l'abrogazione in sé che opera il suo significato, è l'approvazione e la promulgazione della legge che la immette

sovente relativi, perché la norma può vigere anche senza atto normativo, per es. divenendo consuetudinaria".

²⁸⁰ Cfr. *supra*, in nota, per la diversa classificazione dei fatti giuridicamente rilevanti che conduce a questa denominazione.

²⁸¹ La tesi è stata formulata per primo, secondo G. CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, cit., p. 107, da G. KALINOWSKI, *op. loc. ult. cit.*, ma si veda anche I. TEBALDESCHI, *Validità normativa e logica giuridica*, in I. TAMMELO- I. TEBALDESCHI, *Studi di logica giuridica*, Milano, 1976, pp. 65 e 67.

Al livello linguistico può distinguersi, poi, con J.R. SEARLE, *Speech Acts*, cit., pp. 55 e ss., fra atto illocutivo e proposizione, cioè fra l'asserire e il contenuto dell'asserzione, costituito da riferimento e predicazione.

²⁸² "Dispositiva", "performativa" o "operativa" sono gli altri tre attributi con cui G. CARCATERRA, *op. ult. cit.*, *passim*, qualifica la "sua" norma costitutiva, ossia la norma che non pone prescrizioni. Si evita di aggettivare con "costitutiva" questa *species* di norma, onde evitare confusione con le norme costitutive à la Conte (*alias* norme costruttive, à la Znamierowski).

²⁸³ Nell'accezione di C. ZNAMIEROWSKI, *op. cit.*.

nell'ordinamento e la fa venire in esistenza, attraverso l'attuazione del suo stato-di-cose thetico, consistente nella produzione²⁸⁴.

Lo stesso può dirsi per altri atti normativi: l'annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo, in sé autonomamente performativo, in quanto attua il mutamento dell'invalidazione, è *adottato*, cioè posto in essere, fatto venire a giuridica esistenza da un'altra enunciazione, nelle forme del procedimento amministrativo e del provvedimento che lo conclude.

In altre parole, va precisato che quando si parla di atti che non producono norme, si tratta di atti che non producono prescrizioni. Non per questo, però, l'atto perde il suo duplice livello linguistico: il metalinguaggio performativo può avere ad oggetto un linguaggio performativo, oltre che un linguaggio prescrittivo²⁸⁵.

Ciò significa che non v'è, in questi casi, alcuno *status* deontico di cui predicare la validità e, perciò, non può esservi validità sintattica. Si pensi, nuovamente, all'esempio dell'approvazione/promulgazione di una norma abrogativa: l'approvazione/promulgazione è performativo enunciativo e, in quanto tale, non contiene alcun riferimento ad uno stato-di-cose deontico, cioè nessun obbligo, dovere, onere, facoltà, etc., poiché si esaurisce nell'attuazione della produzione; la norma abrogativa attua direttamente il suo mutamento e non produce alcuno stato-di-cose deontico, in quanto mera azione deontica.

²⁸⁴ Diversamente, G.H. VON WRIGHT, *op. cit.*, p. 253, ritiene che l'abrogazione/revoca/invalidazione sia un atto analogo alla posizione, che non necessita di essere a sua volta prodotto.

²⁸⁵ In termini simili, G. CARCATERRA, *op. ult. cit.*, pp. 166 e s.. In questa notazione performativa comune agli atti normativi, compresi quelli che pongono prescrizioni, Carcaterra ravvisa l'unitarietà del fenomeno normativo: se così si può dire, dal prescrittivismo si passa all'operativismo o performativismo. Unitarietà che coinvolge anche la norma fondamentale o di riconoscimento che, pur assommando in sé tutte le caratteristiche delle norme primarie e secondarie, è costitutiva, cioè performativa, per eccellenza, in quanto pone l'ordinamento e tutte le sue possibilità (pp. 171 e ss.- idea già anticipata in *Id.*, *Le norme costitutive*, cit., pp. 107 e ss.).

La mancanza di un momento prescrittivo preclude la possibilità di parlare di validità sintattica.

Ne deriva che quegli atti sono sì oggetto di sola validità pragmatica, ma per due distinti performativi, i quali sottostanno a diverse condizioni di validità (pragmatica). Ed anch'essi sono autonomi nella validità, sebbene non necessariamente disgiunti.

E) E' possibile che un'enunciazione metalinguistica produca tanto norme prescrittive quanto norme performative: la legge che contiene norme prescrittive e, contestualmente, norme di abrogazione le produce con un solo atto di enunciazione. Come è possibile che attraverso un'unica enunciazione si producano più norme thetiche o performative o più norme prescrittive: il fenomeno dei c.d. atti plurimi.

7. Validità pragmatica e validità formale.

Il livello metalinguistico degli atti normativi è solitamente considerato come azione manifestativa: il comportamento materiale che estrinseca il giudizio volto alla produzione dell'effetto, in una parola l'enunciazione. Ed a tale livello viene riservata la performatività²⁸⁶.

Poiché, altrettanto diffusamente, si fa coincidere la validità dell'atto-enunciazione con la validità formale²⁸⁷, si potrebbe essere tentati di concludere che il performativo è oggetto di sola validità formale, in quanto manifestazione; che, dunque, la validità pragmatica coincide con la validità formale; e che, per converso, la validità sintattica coincide con la validità sostanziale o materiale.

²⁸⁶ A. FALZEA, *Manifestazione (teoria generale)*, cit., *passim*; V. SCALISI, *Manifestazione in senso stretto*, cit., *passim*.

²⁸⁷ T. MAZZARESE, *Validità*, cit., p. 597; G. CORSO, *Validità*, cit., pp. 85 e ss.; M.S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, cit., pp. 893 e ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., pp. 213 e ss.; F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXIII, 1973, pp. 1003 e ss..

L'aver messo in chiaro che il livello metalinguistico dell'atto non è l'unico momento di validità pragmatica mette in crisi questo sillogismo.

Per continuare a considerare valido il ragionamento, infatti, si dovrebbe ammettere che quando il livello linguistico degli atti normativi è anch'esso performativo, tanto l'atto quanto la norma (thetica) dovrebbero essere sottoposti solo a validità formale: sarebbe un atto puramente manifestativo.

Un esempio, però, smentisce l'ipotesi: la revoca di un provvedimento amministrativo.

I due livelli sono rappresentati dall'adozione (livello metalinguistico evidentemente performativo), ossia dall'azione manifestativa-enunciazione, e dalla revoca, norma prodotta. La revoca in sé non porta seco alcun riferimento ad uno stato-di-cose deontico²⁸⁸: non prescrive alcunché, non obbliga nessuno a fare o non fare qualcosa. Semplicemente attua la cessazione degli effetti dell'atto revocato, ossia il significato dell'enunciato oggetto dell'enunciazione. Altrimenti detto, agisce deonticamente, attua il risultato della revoca; *ergo* è una norma thetica. E non v'è dubbio che la norma thetica 'revoca' possa essere invalida anche sotto il profilo sostanziale. Ma, pur sempre, valida solo pragmaticamente, in quanto si tratta di verificare la ricorrenza delle condizioni di possibilità: l'occasione, la necessità dell'azione per provocare il mutamento, l'abilità dell'agente.

Essa, infatti, è pura azione, sebbene non pura manifestazione: consiste nell'effettuare il mutamento deontico tramite il linguaggio.

Di essa, infatti, possono ricostruirsi entrambe le dimensioni della validità pragmatica (praxeologica e praxeonomica). La revoca deve essere

²⁸⁸ L'obbligo di indennizzare coloro che ricevono pregiudizio dalla revoca, infatti, è una norma indubbiamente prescrittiva ma che è prodotta *ex lege*, insieme alla norma thetica, dall'adozione della revoca, tant'è che la mancanza della previsione dell'indennizzo nel provvedimento di revoca non provoca l'invalidità della norma thetica di revoca.

adottata in presenza di almeno uno dei presupposti previsti dall'art. 21 *quinquies* l. n. 241/1990: sopravvenuti motivi di interesse pubblico, mutamento della situazione di fatto, nuova valutazione dell'interesse pubblico originario- validità praxeonomica.

Ma è invalida la revoca di un provvedimento che ha già prodotto i suoi effetti o i cui effetti sono già stati integralmente eseguiti²⁸⁹, pur non essendo posta alcuna condizione di validità in questo senso- (in)validità praxeologica.

Le diadi validità formale/sostanziale e validità pragmatica/sintattica, dunque, non sono sovrapponibili. La prima è posta avendo riguardo al livello dell'atto: è formale la validità che discende dalla conformità della manifestazione (livello metalinguistico) alle metanorme che la riguardano; è sostanziale quella che riguarda la norma prodotta, sia essa deontica o thetica (livello linguistico). La seconda, invece, attiene alla natura dell'oggetto della validità: è pragmatica la validità dell'enunciazione (metalinguistica o linguistica); è sintattica la validità dello *status* deontico significato dall'enunciato deontico (linguistico).

Sicché è vero che la validità formale è sempre validità pragmatica, ma non è sempre vero l'opposto.

8. La validità assiologica come svolgimento ermeneutico della validità sintattica.

Partizione della validità "trasversale" a quelle in base all'oggetto e al parametro è quella fra validità assiologica e validità deontica²⁹⁰.

Se per la seconda deve intendersi (residualmente) la conformità delle norme intese come stati-di-cose deontici, ossia come divieti, obblighi,

²⁸⁹ *Ex multis*, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 222.

²⁹⁰ M. TRIMARCHI, *op. cit.*, pp....., il quale, in verità, ricava semplicemente la validità assiologica, senza contrapporla a quella deontica.

oneri, etc. alle meta-norme, la validità assiologica è la conformità del giudizio di valore, sotteso ad ogni norma, rispetto al valore o al sistema di valori sotteso alle meta-norme²⁹¹.

Anche in questa idea, il rapporto tra norma e valore è, cioè, quello già visto nella prima parte di questo lavoro: la norma è funzionale al valore, trova in esso la sua giustificazione e il valore trova nella norma la sua attuazione. Sicché se la norma non attua correttamente il valore, si rompe il nesso di giustificazione della norma.

V'è, però, che le norme siano in grado di introdurre nuovi valori nell'ordinamento: nel precisare gli effetti giuridici, la norma eleva gli interessi sociali a valori giuridici.

Conseguentemente, tale validità può essere predicata solo di quelle norme innovative sotto il profilo assiologico, visto che, altrimenti, il giudizio di valore superiore non può essere disatteso.

Parallelamente al sistema deontico, il sistema dei valori ha una configurazione "piramidale", al cui vertice c'è l'interesse fondamentale all'esistenza del sistema culturale del diritto. Orbene, tanto più astratto è il valore attuando, tanto più elevate sono le possibilità attuative. In questi passaggi "incerti" della catena, si può ravvisare la novità assiologica e, conseguentemente, la (in)validità assiologica.

Pur convenendo con l'idea basilare, secondo cui la norma è funzionale al valore, si ritiene che la validità assiologica possa essere trattata, almeno ai nostri più limitati fini, come uno "svolgimento ermeneutico" della validità sintattica o come parte dell'occasione della validità pragmatica.

a) Se, infatti, il giudizio di valore non sussiste di per sé nell'ordinamento ma come giustificazione di una norma vigente, come sua *ratio*, non è forse solo attraverso la comprensione della finalizzazione degli

²⁹¹ M. TRIMARCHI, *op. cit.*, pp....

status deontici che si coglie la disarticolazione assiologica della norma inferiore?

In altri termini, dire che il giudizio di valore sotteso alla norma inferiore contrasta o è incompatibile con quello sotteso alla norma o alle norme superiori (o non ne costituisce una corretta attuazione, concretizzazione o specificazione) non corrisponde a dire che la norma inferiore è incompatibile con quelle superiori e, dunque, è invalida?

Se si ammette che lo *status* deontico non è entità neutrale, esso non può essere compreso senza la sua proiezione assiologica. E, quindi, non solo la sua proiezione assiologica permette di verificare la giustezza dell'interpretazione, alla luce degli assetti assiologici ordinamentali condivisi, ma di verificarne la validità propriamente deontica sintattica.

b) Rispetto all'atto thetico o, *rectius*, alla norma thetica, poi, lo stato-didattico assiologico costituisce la conseguenza (e non il risultato) dell'azione deontica. E, in quanto prevedibile, la conseguenza costituisce il fine di ogni azione deontica. Talvolta, tale fine è imposto, talaltra il fine è semplicemente limitato in negativo (come per l'autonomia contrattuale)²⁹², ma le meta-norme se ne occupano sempre, in quanto anch'esse assiologicamente orientate.

Se si ammette, anche in questo caso, che l'azione deontica non è mai neutrale rispetto al valore, solo la piena comprensione anche finalistica dell'azione deontica²⁹³ consente la piena verifica della sua validità deontica pragmatica.

La costruzione teorica qui evocata, nel riuscito tentativo di rappresentare chiaramente la dimensione assiologica di ciascuna norma (deontica e thetica) e della relativa validità, non deve, allora, essere intesa

²⁹² M. ATIENZA-J.R. MANERO, *Ilícitos atípicos*, cit., pp....

²⁹³ La quale sarà indagata innanzi.

come una scissione della validità dello stato-di-cose deontico o dell'azione deontica dal suo fine e dalla sua ragione, cioè lo stato-di-cose assiologico: non v'è validità deontica senza validità assiologica e viceversa. La validità assiologica è la validità sintattica, ossia la validità degli stati-di-cose deontici pienamente compresi, o la validità pragmatica, ossia la validità delle azioni deontiche pienamente comprese.

9. Validità/invalidità come qualificazione deontica.

Decisiva al fine di un'indagine sul giudizio di validità/invalidità è la definizione logica di questo concetto.

Molto diffusa è l'idea secondo cui la validità/invalidità è concetto di relazione²⁹⁴.

Nella concezione positivista, ossia nella validità sistemica tradizionale, la relazione di validità è intesa come rapporto fra il particolare (la norma) e il generale (l'ordinamento)²⁹⁵, *id est* di appartenenza (insiemistica). Il che, però, presuppone la già contestata equivalenza fra validità ed esistenza: è l'esistenza che stabilisce l'appartenenza della norma al sistema.

D'altronde, affermare che la validità/invalidità designa la relazione di una norma con le meta-norme²⁹⁶ fornisce ben poche indicazioni circa la natura (logica ed ontologica) della validità/invalidità. La relazione "designa ogni rapporto collegante, in maniera essenziale o accidentale, due contenuti di pensiero"²⁹⁷ nella maniera più varia: dal rapporto maggiore-minore, all'identità, alla contraddizione, all'opposizione, e così via.

²⁹⁴ Fra i tanti, espressamente G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, cit., p. 259; F. MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, cit., p. 1; R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., p. 102; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, p.... (parte I, cap. I, par. 2) F. MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, cit. p. 1.

²⁹⁵ F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, p. 5.

²⁹⁶ R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, p. 102.

²⁹⁷ G. CALOGERO, *Relazione*, in *Enc. italiana Treccani*, Roma, 1936, disponibile su www.treccani.it. In termini identici la voce *Relazione* del *Dizionario di filosofia Treccani*, Roma, 2009, *ibidem*.

Intimamente connessa a questa questione è quella sul se la validità e l'invalidità siano entrambe qualificazioni. Per un verso, posta l'equivalenza fra esistenza e validità, questa non sarebbe un predicato della norma, ma il suo specifico modo di essere²⁹⁸. D'altro canto, superato questo approccio alla validità²⁹⁹, rimane il dubbio che l'invalidità non sia qualificazione, ma inqualificazione, semplice negazione della validità, nella (diversa) equivalenza fra validità ed efficacia (ed invalidità ed inefficacia)³⁰⁰; oppure, una volta sostituita o sovrapposta la concezione causale della validità a quella effettuale³⁰¹, che la validità e l'invalidità non siano semplicemente due diverse qualificazioni dell'atto o della norma³⁰².

L'analisi condotta precedentemente ci permette di semplificare notevolmente il discorso.

Dal punto di vista logico e semantico, la validità e l'invalidità sono qualificazioni, in quanto affermano l'appartenenza di una norma a due distinte (forse non opposte, ma certamente) incompatibili classi, entrambe appartenenti alla classe (più generale) degli atti esistenti. Può anche darsi che le proprietà di una classe (quella delle norme invalide) siano ricavate

²⁹⁸ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 9; Id., *Recht und Logik*, cit., p. 422.

²⁹⁹ Per quanto detto nel par. 4 di questo capitolo.

³⁰⁰ È la concezione effettuale della validità, contrapposta a quella causale (in cui la validità è conformità allo schema legale): A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, pp. 23 e ss..

³⁰¹ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 25.

³⁰² R. TOMMASINI, *Invalidità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXII, 1972, p. 580: "l'invalidità è il risultato di una valutazione negativa: è, dunque, una qualificazione. Essa è nozione opposta alla validità soltanto con riferimento alla difformità (o conformità) dai (ai) valori del sistema, ma entrambe sono qualificazioni giuridiche; e non la prima (invalidità) inqualificazione e la seconda (validità) qualificazione"; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, III ed., 1993, vol. II, p. 299; F. MODUGNO, *Annullabilità e annullamento (diritto pubblico)*, in *Enc. giur.*, Roma, II, 1988, p. 1 (ma vedi Id., *Validità (teoria generale)*, cit., p. 1, ove si legge che "nel linguaggio giuridico comune 'validità' e la sua negazione 'invalidità' denotano qualità o mancanza di qualità riferibili ad atti"); G. PAGLIARI, *Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva*, Padova, 1991, p. 31, nota 1; A. ROMANO TASSONE, *op. loc. ult. cit.*; Id., *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, II, pp. 1137 e s. (ove questa tesi è ancorata al mantenimento all'interno del sistema delle norme difformi dal parametro legale). In termini analoghi, con riferimento ad una serie di dicotomie di qualificazioni, A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 475, nota 85.

per mera negazione di quelle dell'altra classe (quella delle norme valide). Ma ciò non toglie all'invalidità la natura di criterio ordinante e, dunque, classificatorio.

Validità e invalidità possono, allora, trattarsi come qualificazioni o predicati. E qualificazioni distinte, in quanto in grado di dare origine a classi che sono alternative o, se si vuole, dominate da una logica binaria di appartenenza (ovviamente solo *dopo la qualificazione* dell'atto-norma): la norma è valida o invalida, *tertium non datur*³⁰³. Ergo, almeno in senso logico, contrapposte.

La nota distintiva della validità/invalidità rispetto alle qualificazioni fin qui indagate è che non si tratta di classificazioni descrittive della realtà, ma di qualificazioni deontiche. La validità e l'invalidità sono, in altri termini, l'apodosi di norme che riguardano atti e norme, non la protasi.

La validità e l'invalidità conseguono al rispetto o al mancato rispetto delle, per l'appunto, condizioni di validità. Si pensi alla regola degli

³⁰³ I fenomeni che, infatti, F. MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, cit., pp. 1 e ss., indica come validità parziale quantitativa e qualitativa di norme riguardano, per un verso, ipotesi in cui uno stesso atto produce più norme e, per altro verso, della rilevanza di tutti gli elementi della fattispecie ai fini della qualificazione di validità/invalidità.

Nel primo caso (validità parziale *dell'atto*), le singole norme sono autonomamente qualificabili come valide o invalide. E il diritto positivo può estendere la loro qualificazione di invalidità a tutte le altre norme previste dall'atto, in virtù di un criterio di importanza della singola norma nell'economia dell'atto, in funzione dell'interesse dell'autore o degli autori (non risulta che avvenga il contrario, cioè che la validità della norma "principale" salvi dall'invalidità le altre norme contenute nell'atto): l'esempio tipico è l'art. 1419 c.c..

Nel secondo caso (validità parziale *della norma*), si pone il problema di valutare la rilevanza di tutti gli elementi della fattispecie ai fini della qualificazione di validità. Il che è un problema (di comprensione) del parametro di diritto positivo: se, cioè, ogni elemento della fattispecie è condizione ugualmente necessaria alla validità dell'atto (il fenomeno potrebbe essere valutato anche in un'altra dimensione: esclusa la necessità che l'invalidità conduca all'inefficacia, potrebbe trattarsi di norme invalide ma che, ciononostante, rimangono efficaci - sul punto, si veda A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità*, cit., p. 27, ove si avverte che non vi può essere autonomizzazione completa della validità/invalidità dall'efficacia/inefficacia, pena la riduzione a nulla della prima; di recente, M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., pp. 113 e ss.- parte I, cap. II, par. 6, nonchépp. 275 e ss.- parte II, cap. V). Oppure è un problema di distinzione della validità-esistenza, cioè dell'appartenenza della norma all'ordinamento (il vigore, secondo la denominazione di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma- Bari, VIII ed., 2004, pp. 353 e s.) e della validità in senso stretto, ossia la conformità della norma a tutte le condizioni previste dal parametro. E, allora, il problema si risolve alla luce della distinzione fra norme eidetico-costitutive e norme anankastico-costitutive.

scacchi sulla mossa dell'alfiere: 'l'alfiere deve muovere solo in diagonale' è formulata come se fosse una regola regolativa, di imposizione di obbligo ad una condotta³⁰⁴. E, in certi termini, è così per chi gioca a scacchi, il quale ragiona in termini di possibilità del gioco e ha presente ciò che può fare e non può fare all'interno del gioco. Ma per l'arbitro di una partita a scacchi, la percezione della norma diviene diversa: 'la mossa dell'alfiere in diagonale è valida'. Quello che al giocatore sembra un obbligo, una conseguenza del voler muovere l'alfiere, per l'arbitro è l'antecedente della norma sulla validità.

Poiché la nostra prospettiva è quella del giudice (dell'arbitro, nell'esempio sugli scacchi), la qualificazione di validità/invalidità è da considerarsi conseguenza di altre qualificazioni, consistenti nella sussunzione di atti e norme nella fattispecie della norma che ha come apodosi la validità/invalidità.

Pertanto, la qualificazione necessaria a mettere in moto l'isomorfia della validità/invalidità non si distingue, almeno logicamente, da quelle già indagate: si tratta di una sussunzione dell'atto (validità/invalidità pragmatica) o della norma (validità/invalidità sintattica) nella definizione di atto o norma valida o invalida, ossia nella fattispecie astratta che condiziona la conseguenza giuridica della validità/invalidità.

Il giudizio di validità/invalidità è, dunque, un giudizio in sé predicativo o qualificativo³⁰⁵, dipendente, però, da un altro giudizio predicativo, configurando un caso di qualificazione (deontica) dipendente da un'altra qualificazione³⁰⁶.

10. La norma di validità/invalidità come norma d'azione.

³⁰⁴ G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, cit., pp. 254 e ss..

³⁰⁵ I. TEBALDESCHI, *Validità normativa e logica giuridica*, cit., p. 63.

³⁰⁶ Ipotesi già vista *supra*, parte I, cap...., par....

Si è accennato, in precedenza, alla possibilità che la meta-norma di mutamento conferisca il potere ad un fine, cioè che imponga, permetta o facoltizzi il perseguimento di un obiettivo, attraverso l'esercizio del potere di produzione di norme (prescrittive o thetiche).

Questo genere di norma può essere denominato 'regola di fine', in contrapposizione alla 'regola di azione'.

Le regole di fine riguardano azioni future e qualificano deonticamente come obbligatorio, facoltativo, permesso o vietato uno stato-di-cose materiale, deontico o assiologico da raggiungere tramite l'azione del soggetto cui la norma è rivolta (ad esempio: la norma attributiva di un potere amministrativo discrezionale); le regole d'azione, invece, hanno ad oggetto azioni passate le quali sono direttamente oggetto di qualificazione deontica³⁰⁷.

Le regole d'azione hanno la struttura del giudizio ipotetico 'se F_A , allora C_A ' o, il che è lo stesso, ' F_A è obbligatorio/ permesso/ vietato...', ove la fattispecie astratta descrive una modalità di condotta. Sicché, verificatasi la condotta F_C , il giudice la sussume nella classe di condotte individuata dalla fattispecie astratta³⁰⁸ attraverso il procedimento abduittivo e analogico già visto e grazie alla comprensione "reciproca" del fatto e della norma.

La regola di fine, invece, attribuisce al titolare di un potere *lato sensu* normativo di perseguire uno stato-di-cose, qualificando deonticamente quest'ultimo, lasciando alla scelta del legittimato l'individuazione del mezzo deontico per il perseguimento di quel fine, lasciandogli, cioè discrezionalità o libertà, a seconda che il fine sia qualificato, rispettivamente, come obbligatorio, doveroso o permesso, oppure come vietato. Il decisore, quindi, deve tener conto di un'ulteriore relazione: oltre

³⁰⁷ M. ATIENZA- J.R. MANERO, *Illicitos atípicos*, cit., pp. 15 e ss.; M. ATIENZA, *El derecho*, cit., pp. 172 e ss..

³⁰⁸ M. ATIENZA, *El derecho*, loc. ult. cit..

a quella fra fattispecie e conseguenza giuridica, v'è la relazione causale fra il mezzo utilizzato (cioè l'azione) e il fine da realizzare, caratterizzata dalla ponderazione fra i gradi di realizzazione del fine e di sacrificio di risorse, di altri fini/ valori/ interessi che le diverse soluzioni ipotizzabili comportano. L'esito di questa fase ragionamento è una regola per il caso concreto che conduce alla decisione³⁰⁹.

Applicando a questi casi le superiori conclusioni, la norma costitutiva impone, quale occasione della possibilità dell'azione normativa, uno stato-di-cose materiale³¹⁰, deontico o assiologico che può consistere nel risultato (stato-di-cose deontico) o nella conseguenza (stato-di-cose materiale o assiologico) dell'azione normativa.

Nel primo caso, è difficile immaginare una qualche forma di discrezionalità della decisione: lo stato-di-cose deontico è necessariamente preceduto da quel determinato *type* di azione normativa, quest'ultima è condizione necessaria e sufficiente dello stato-di-cose deontico. Nel secondo, invece, si tratta dell'imposizione di un fine, in grado di influire sulla validità (possibilità) dell'azione normativa: come se lo stato-di-cose 'abbassamento della temperatura' fosse condizione di possibilità dell'apertura della finestra.

In altri termini, l'azione normativa non è condizione né necessaria né sufficiente del venire in essere dello stato-di-cose materiale o assiologico individuato come fine dalla norma. E, dunque, molteplici sono le modalità d'azione attraverso le quali lo stato-di-cose è realizzabile. Fra di esse, il soggetto "abile" sceglie discrezionalmente, ovviamente all'interno delle abilità costituite dalla norma di mutamento.

³⁰⁹ M. ATIENZA, *El derecho*, loc. ult. cit..

³¹⁰ M. ATIENZA-J.R. MANERO, *op. ult. cit.*, p. 102.

Orbene, queste norme si presentano in questa forma solo al soggetto legittimato ad esercitare il potere giuridico, non al giudice. Per il giudice della validità, la qualificazione deontica non si appunta sullo stato-di-cose finale (il risultato) o sulla conseguenza, ma sull'azione normativa passata: è l'atto ad essere valido o invalido, non il fine³¹¹, a prescindere da come il giudizio venga concretamente condotto³¹².

La norma di validità/invalidità, dunque, è norma d'azione³¹³.

³¹¹ È lo stesso discorso già visto prima: un conto è la meta-norma per chi esercita il potere, un conto è la meta-norma per chi giudica della validità dell'esercizio del potere.

³¹² Cfr. *infra*, cap. II, par...

³¹³ M. ATIENZA, *op. ult. cit.*, p. 180. Ciò non significa che il giudice non applichi mai norme di fine. Però, gli esempi addotti sono riconducibili a quella parte della funzione del giudice in un certo senso "amministrativa" della giustizia (come la calendarizzazione delle udienze) o amministrativa in senso quasi stretto (come il procedimento di separazione o di divorzio- esempio fornito proprio da M. ATIENZA, *El derecho*, pp. 176 e s.). Il giudice, cioè, interviene in una controversia sempre "a bocce ferme", su azioni già compiute o, al più, ad uno stato iniziale di compimento, ma per le quali si può già fornire una definizione al passato.

CAPITOLO III

IL MODELLO TEORICO DEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITA'

1. Due prospettive metodologiche.

Dalla precedente analisi della validità possiamo ricavare alcune considerazioni per il giudizio di validità/invalidità: che è peculiare per l'oggetto, in quanto riguarda fatti istituzionali, cioè norme (in senso lato), strutturate in un duplice livello linguistico; che l'oggetto del giudizio è eterogeneo, perché riguarda status deontici o enunciazioni deontiche (linguistiche e metalinguistiche); che la validità/invalidità è una qualificazione deontica dipendente da altre qualificazioni; che la meta-norma è, al cospetto del giudice, norma d'azione, mentre per chi esercita il potere essa può assumere la struttura della norma di fine.

L'indagine sul giudizio di validità può proseguire secondo due strade, metodologicamente diverse: per un verso, ci si può chiedere quale tipo di giudizio richiedano le diverse scomposizioni analitiche della validità, trovando i diversi livelli di qualificazione e che cosa viene equiparato in ciascuno di essi; per altro verso, si può guardare all'ermeneutica e alla logica del giudizio di validità, ove si deve semplicemente individuare la specialità del giudizio di validità rispetto al modello di giudizio elaborato in precedenza.

Le due prospettive sono, ad avviso di chi scrive, complementari: l'analisi è da sola insufficiente a fornire un quadro metodologicamente naturalista del giudizio; l'ermeneutica e la logica non sarebbero sufficientemente solide senza l'analisi. E, dunque, sono entrambe euristicamente feconde. L'indagine, dunque, va sdoppiata secondo questi due punti di vista.

Un'ultima notazione: l'aver escluso che principi, clausole generali e standards possano incidere sul modello logico ed ermeneutico della

decisione³¹⁴ ci esime dal ripetere, a proposito del giudizio di validità, la medesima indagine. Sicché, quando ci si riferirà al parametro di validità, esso dovrà essere inteso indifferentemente quale regola o principio o norma contenente una clausola generale o uno standard.

Sezione I

Analisi del giudizio di validità.

2. Il paradigma analitico del giudizio di validità.

Alla luce dei risultati appena sintetizzati, proviamo ad incrociare l'analisi del concetto di validità con il modello di decisione elaborato nella prima parte, precisando che il termine 'qualificazione' *tout court*, in linea con la prima parte della ricerca, verrà riservato alla sussunzione dell'oggetto del giudizio nella fattispecie, diversamente dal termine 'qualificazione deontica', con il quale ci si riferirà alla conseguenza giuridica.

La validità, si è visto, deve essere distinta a seconda dell'oggetto, in validità pragmatica (dell'atto) e validità sintattica: nel primo caso si tratta di verificare la sussistenza dell'occasione e dell'abilità, in una parola della possibilità dell'azione normativa, cioè di un mutamento causato da un performativo thetico; nel secondo caso, il giudizio riguarda la coerenza di uno stato-di-cose deontico al sistema.

La validità formale riguarda sempre il livello performativo metalinguistico, ossia l'enunciazione deontica che produce il mutamento, l'atto inteso come approvazione e promulgazione, adozione, accoglimento o rigetto della domanda, accordo. È, dunque, sempre validità pragmatica. La validità materiale, invece, riguarda il livello linguistico che può essere performativo (la posizione di una norma thetica, come l'approvazione e

³¹⁴ Cfr. parte I, cap..., par...

promulgazione di una norma abrogativa) o deontico (la posizione di una prescrizione, come l'adozione di un'ordinanza di demolizione). Sicché la validità materiale può essere tanto validità pragmatica, quanto validità sintattica.

Ergo, è possibile distinguere un giudizio di validità pragmatica formale e sostanziale e un giudizio di validità sintattica (necessariamente sostanziale).

3. Il giudizio di esistenza.

Le norme costitutive che pongono condizioni di validità pragmatica, formale o materiale, presuppongono, però, l'appartenenza dell'atto-*token* all'atto-*type*, la riconoscibilità di un determinato documento, emissione di voce o gesto come atto giuridico di quel genere³¹⁵. Si presuppone, nell'esempio della norma sulla validità formale del testamento olografo (l'autografia dell'intero documento), che quel dato documento sia un testamento, abbia il valore convenzionale di testamento, in quanto fatto istituzionale.

In altri termini, il giudizio di validità presuppone sempre l'esistenza dell'atto come performativo metalinguistico ed il relativo giudizio, non solo in termini assoluti, se l'atto esiste come fatto istituzionale (il contratto), ma anche (e soprattutto) in termini relativi, se l'atto esiste come (*scilicet*, è) il tale fatto istituzionale (il provvedimento amministrativo) o il talaltro fatto istituzionale (la legge). In questo passaggio si annida un'altra qualificazione, una relazione di appartenenza del performativo individuo al

³¹⁵ Presuppongono, in particolare, l'intensione dell'atto (profilo semiotico), cioè il suo valore istituzionale: cfr. *supra*, in questa parte, cap. I, par.3.

performativo generico: una sussunzione da operare fra l'enunciazione deontica e la parte descrittiva della norma costitutiva ontica³¹⁶.

4. La qualificazione del tipo di atto thetico.

Da non confondere con il giudizio di esistenza è la qualificazione dell'enunciazione deontica in termini "intragenerici": se l'atto, esistente come il tale fatto istituzionale (ad es.: provvedimento), è un *tipo* di quell'atto e non un altro (ad es.: se è revoca, annullamento d'ufficio, autorizzazione o ordinanza)³¹⁷. Il tipo è una classe, definita attraverso una formulazione linguistica: una fattispecie³¹⁸. Ed entro questa definizione³¹⁹ viene sussunto l'atto-individuo³²⁰.

Questa qualificazione è, come quella di esistenza, presupposta al giudizio di validità pragmatica, giacché le condizioni di validità differiscono da un tipo all'altro³²¹, ferme restando le condizioni di esistenza³²².

³¹⁶ Si evita, in proposito, di parlare di protasi e apodosi o di fattispecie astratta e conseguenza giuridica, giacché la norma costitutiva ontica si caratterizza per il fatto di non contenere modi deontici, di non prescrivere alcunché, semplicemente costituendo la convenzione istituzionale al fondamento dell'atto giuridico: è, cioè, anch'essa un atto linguistico performativo.

³¹⁷ Eppure, questi due giudizi si intrecciano spesso: R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., tomo II, p. 458.

³¹⁸ Per il rapporto inverso fra fattispecie e tipo, cfr. *supra*, parte I, cap. III, par. 5.

³¹⁹ Si tratta di definizione perché il tipo è anch'esso il frutto di una norma costitutiva che introduce una convenzione semantica e di valore di un determinato fatto naturale, come fatto a contenuto ideale.

³²⁰ G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., pp. 112 e ss., esclude che si tratti in questi casi di sussunzione, sostenendo che il procedimento sia caratterizzabile come "metodo tipologico": mentre la sussunzione è accertamento degli elementi della fattispecie e riscontro di questi nel fatto/atto, il metodo tipologico è ricostruzione degli elementi del tipo anche a partire dal fatto/atto, in virtù della vaghezza dei suoi confini e della sua elasticità. L'idea che qui si è illustrata della sussunzione (cfr. parte I) non è diversa da quello che De Nova chiama "metodo tipologico": si tratta di un procedimento spiraliforme di confronto e comprensione "reciproca" fra fattispecie (non a caso definita "tipo"- cfr. parte I, cap. III, par. 5) e fatto/atto, la prima da concretizzare e il secondo da costruire, in modo da portarli in reciproca corrispondenza al livello del limite dell'indiscernibile.

³²¹ R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., tomo II, p. 458, rilevano questo ruolo della qualificazione nel tipo anche in relazione al contratto, atto per eccellenza atipico.

³²² Si può affermare l'esistenza di un nucleo minimo di condizioni di esistenza e non di validità dei diversi tipi di ciascun atto, senza dover necessariamente convenire con l'idea dei tipi e sottotipi, secondo la quale i tipi e i sottotipi sono progressivi arricchimenti di un modello originario, mediante l'aggiunta di nuovi elementi della fattispecie, su cui F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 232. Idea notevolmente disputata nell'ambito della dogmatica civilista (sostanzialmente l'unica ad aver dedicato attenzione al

Il tipo è, infatti, costruito sulla base di una diversa strutturazione della fattispecie dell'atto, cui vengono riconnessi effetti giuridici differenti: secondo la precedente terminologia, sono diverse le occasioni dell'atto ed il suo risultato (oltre che le conseguenze). E la qualificazione del tipo può rilevare nell'uno e nell'altro senso³²³.

Diversamente dal giudizio di esistenza, quello "tipologico" attiene al livello linguistico, ossia al contenuto dell'enunciazione, alla norma performativa o deontica prodotta da quella.

5. Il giudizio di validità pragmatica formale.

Nel porre (o nell'essere) condizioni di possibilità, ossia di validità dell'azione normativa, le norme costitutive descrivono quali sono i comportamenti materiali necessari per la validità del performativo: dalla forma dell'enunciazione (scritta o orale o libera), alla successione di comportamenti precedenti o concomitanti all'enunciazione, a loro volta performativi (la successione di approvazione e di promulgazione per la legge, ossia una successione prestabilita di performativi).

Sono, cioè, stabilite occasioni dell'azione normativa, consistenti in stati-di-cose materiali: l'aver redatto un certo documento, l'aver votato in un certo modo la proposta di legge, l'aver posto in essere determinati comportamenti in una data sequenza e (eventualmente) tenendo conto di prefisse scansioni temporali (il procedimento), e così via.

Questi stati-di-cose (*tout court*) sono descritti dalle norme costitutive in maniera da creare un modello definitivo, una fattispecie astratta che non si

tema nell'ambito della teoria dell'atto giuridico): cfr. l'ampia ricostruzione di F. GABRIELLI, *Tipo contrattuale*, in *Enc. giur.*, Roma, XXXI, 1999, pp. 10 e ss..

Semplicemente, si tratta di classi contenute l'una nell'altra: i singoli e distinti tipi di un determinato atto sono classi appartenenti a quella superiore del *type* di atto. In termini analoghi, R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., tomo II, p. 442.

³²³ Cfr. l'ampia casistica riportata da R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., tomo II, pp. 445 e ss., ove la qualificazione del contratto è rivolta a cogliere gli effetti dell'atto, più che le condizioni di validità.

differenzia in nulla dalle fattispecie astratte delle norme primarie: la parte definitoria ha funzione apofantica e significa uno stato-di-cose fattuale. Una meta-norma di validità pragmatica formale ha, cioè, una struttura ipotetica del tipo: ‘se il testamento olografo è scritto per intero, datato e sottoscritto di mano dal testatore è valido’ (art. 602 c.c.).

La qualificazione, in questo caso, è la sussunzione di un fatto concreto, inteso come stato-di-cose materiale in una classe di fatti³²⁴.

6. Il giudizio di validità pragmatica materiale.

Accanto alle condizioni di validità riguardanti le modalità di espressione del performativo thetico, le meta-norme definiscono (ossia, pongono) occasioni dell’azione deontica consistenti in stati-di-cose fattuali, deontici e/o assiologici/antropologici (valori/interessi).

Di questo stampo possono essere stati-di-cose iniziali o finali rispetto al mutamento cagionato dall’enunciazione thetica e riguardare tanto l’enunciazione metalinguistica tanto il livello linguistico dell’atto, ossia la norma thetica da questo prodotta³²⁵.

Mentre gli stati-di-cose iniziali o precedenti non riguardano l’enunciato performativo in sé o quanto da esso prodotto, il risultato o la conseguenza dell’azione deontica scaturiscono da questa, cioè dal mutamento che ne costituisce il significato.

³²⁴ Analogamente, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 916.

³²⁵ Ad esempio, per annullare validamente un provvedimento amministrativo in autotutela, l’atto da annullare deve essere illegittimo. È uno stato-di-cose deontico (l’invalidità dell’atto da annullare) precedente l’azione deontica ‘invalidazione’, norma thetica prodotta dall’enunciazione deontica ‘provvedimento amministrativo’.

È uno stato-di-cose assiologico/antropologico iniziale di una norma thetica, invece, il sopravvenuto motivo di interesse pubblico (alternativamente) necessario alla validità di una revoca.

Stato-di-cose assiologico/antropologico, condizione di validità di un qualunque provvedimento amministrativo, quale enunciazione deontica metalinguistica, è l’interesse pubblico, caso in cui la conseguenza di un’azione deontica viene elevata ad occasione.

La distanza fra pareti finestrate superiore a dieci metri è condizione di validità del permesso di costruire e consiste in uno stato-di-cose fattuale precedente l’azione deontica.

Sicché, nel primo caso, la qualificazione si autonomizza rispetto all'interpretazione del performativo, sulla falsa riga del giudizio di validità pragmatica formale; nell'altro, invece, il giudizio di validità pragmatica materiale dipende dall'interpretazione del performativo.

Accanto a questa distinzione fra qualificazioni dipendenti o meno dall'interpretazione del performativo, v'è quella discendente dalla diversa dimensione della realtà cui appartiene lo stato-di-cose da sussumere: se stato-di-cose fattuale, deontico o assiologico/antropologico.

Questa triade può essere ridotta ad una diade, per quanto riguarda le conseguenze dell'azione deontica, tenendo presente la corrispondenza fra norme deontiche, valori e interessi³²⁶ e alla luce del rapporto di mezzo a fine che, nel diritto, si instaura fra il deontico, da un lato, e l'assiologico e l'antropologico dall'altro: il mutamento dello stato-di-cose assiologico o antropologico per mezzo di un'azione deontica transita sempre per uno stato-di-cose deontico, risultato dell'azione. Detto altrimenti, lo stato-di-cose assiologico e antropologico costituisce il fine (e la giustificazione) dello stato-di-cose deontico.

Almeno per quanto riguarda gli stati-di-cose "successivi", dunque, la sussunzione può avere ad oggetto uno stato-di-cose fattuale o deontico, nella sua piena comprensione finalistica.

Abbiamo, dunque, cinque possibili oggetti da sussumere nella fattispecie della meta-norma pragmatica materiale: stati-di-cose fattuali, deontici o assiologici/antropologici iniziali o precedenti (*rectius*: presupposti); stati-di-cose fattuali o deontici (pienamente compresi) finali o consequenziali.

³²⁶ Ancora parte I, cap. III, par. 4.

7. Dimensione finalistica della validità pragmatica e giudizio di validità.

A) La dimensione finalistica della validità pragmatica evoca, nuovamente, la norma di fine, quale norma attributiva del potere.

Gli autori che hanno elaborato la distinzione fra norma d'azione e norma di fine³²⁷, pur convenendo sul fatto che il giudice guardi alla meta-norma come norma d'azione³²⁸, ritengono che il giudice non possa che indagare il procedimento intellettuale attraverso cui l'autore dell'atto ha deciso quale azione deontica porre in essere per perseguire il fine qualificato deonticamente dalla meta-norma (di fine)³²⁹. Di modo che, l'atto thetico posto in essere sarà valido se il fine è stato perseguito e se la ponderazione per la scelta della soluzione attuativa è stata operata correttamente, alla stregua di criteri che divengono condizioni di validità, cioè fattispecie dell'atto o della norma valida.

La ricostruzione è, dal punto di vista teorico-generale, poco analitica ed eccessivamente riduttiva.

Il giudizio sul profilo "finalistico" del performativo thetico può strutturarsi, infatti, in tre diversi modi.

I) Per un verso, può riguardare l'esistenza dello stato-di-cose finale o consequenziale previsto dalla norma quale (parte dell')occasione dell'azione deontica: la madre che aveva chiesto al proprio figlio di rinfrescare la stanza si duole del mancato raggiungimento del fine, perché la temperatura della stanza è rimasta invariata o è aumentata, a prescindere dal motivo che ha cagionato il mancato raggiungimento di esso.

Possiamo qui denominarlo *sindacato di risultato*. In questo caso, il giudizio avviene tramite la sussunzione dello stato-di-cose fattuale,

³²⁷ M. ATIENZA-J.R. MANERO, *Ilícitos*, cit.; M. ATIENZA, *El derecho*, cit..

³²⁸ M. ATIENZA, *El derecho*, cit., p. 180.

³²⁹ M. ATIENZA, *op. ult. cit.*, p. 180.

deontico o assiologico/antropologico nella sua descrizione presente nella meta-norma.

Il sindacato di risultato può avvenire in concreto, accertando l'effettiva realizzazione del fine, qualificato deonticamente dalla meta-norma. Esso è, per definizione, possibile se lo stato-di-cose indicato dalla meta-norma costituisce il risultato (deontico) dell'azione deontica, giacché esso viene ad esistenza proprio per mezzo di essa.

Questa indagine, però, è spesso impedita quando lo stato-di-cose "finale" è rappresentato da una conseguenza dell'azione deontica, in ragione della non immediatezza della conseguenza rispetto all'azione deontica: lo stato-di-cose assiologico o antropologico che costituisce la conseguenza dell'atto thetico non si realizza al momento del venire ad esistenza dello stato-di-cose deontico (il risultato dell'atto) o, comunque, non entro il margine di tempo in cui la validità dell'atto viene in discussione. E, così, l'effettivo raggiungimento del fine (obbligato, facoltativo, permesso o vietato) non è sindacabile nella maggior parte delle ipotesi.

In questi casi il sindacato di risultato può avvenire in astratto, prefigurando la conseguenza dell'azione deontica, prevedendo l'andamento della catena causale che il risultato dell'atto mette in moto.

II) Oppure, a prescindere dal raggiungimento del fine e dalla sua verificabilità al momento del giudizio, il giudizio "finalistico" può riguardare la scelta del mezzo per conseguire lo stato-di-cose deontico (almeno) desiderato: sindacare il giudizio di preferenza formulato dall'autore dell'atto per scegliere il mezzo.

Questa scelta, si è detto³³⁰, implica, da un lato, un momento di considerazione della relazione di causalità fra l'atto, il suo risultato e la sua conseguenza e, dall'altro, la ponderazione fra gli interessi e i valori che le diverse misure di realizzazione del fine possono intaccare.

E, conseguentemente, il giudizio di validità può interessare la corretta considerazione della relazione di causalità, sotto il profilo dell'idoneità del mezzo al fine, della piena conoscenza degli stati-di-cose che co-determinano la conseguenza assieme all'atto e di quelli precedenti che si intende mutare, e così via; come può interessare la corretta ponderazione fra interessi e valori, sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità dell'intervento.

Possiamo denominarlo come *sindacato sulla scelta*.

In questo giudizio, è massima la differenza di struttura che la norma secondaria assume rispetto a chi esercita il potere e a chi giudica della validità: il primo ha l'obbligo, facoltà o permesso di perseguire un fine, tramite una misura da scegliere; il secondo verifica la corrispondenza di quel procedimento intellettuale di scelta a criteri indicati dalla meta-norma³³¹, la quale è, dunque, norma d'azione.

Criteri che consistono in definizioni di fattispecie entro cui sussumere gli elementi del ragionamento decisorio e giustificativo della scelta, di volta in volta rilevanti. Da questa sussunzione dipende la qualifica deontica di validità o invalidità pragmatica.

Il giudice, cioè, non ripete la ponderazione, ma verifica la presenza delle condizioni di validità che costituiscono la protasi di una norma formulata in termini ipotetici, del tipo: 'se lo stato-di-cose materiale/deontico/assiologico è stato tenuto in considerazione, etc, allora

³³⁰ *Supra*, parte II, cap. I, ult. par..

³³¹ Ovviamente, la meta-norma è frutto, come si vedrà, di comprensione e, dunque, non necessariamente la singola norma secondaria pone o ripete tutte le condizioni di validità di questo tipo.

l'atto è valido'; 'se l'azione deontica posta in essere è idonea a raggiungere lo stato-di-cose obbligatorio, permesso o facoltativo, allora l'atto è valido', etc.³³².

III) Infine, sempre in astratto, il giudice può essere abilitato a ripetere il giudizio di preferenza, decidendo di nuovo "l'affare" in base alla relazione di causalità e ponderando nuovamente i valori e gli interessi in gioco³³³.

Lo si può denominare *sindacato di scelta*.

La qualificazione, in questo caso, avviene alla stregua dell'esito dei due giudizi di preferenza: se l'esito del primo giudizio è equiparabile (in senso logico) a quello del giudizio "di secondo grado", che assurge a fattispecie della meta-norma, l'atto potrà essere qualificato deonticamente come valido; diversamente, sarà invalido.

La ripetizione della valutazione, comunque, non comporta una sostituzione: il fatto che il parametro sia costituito dalla scelta operata dal giudice della validità non implica che questo sia, per ciò solo, abilitato a sostituire il titolare del potere nella produzione dell'atto thetico e dei suoi effetti, deontici, antropologici e assiologici.

Né la norma sulla validità diventa norma di fine: la qualifica deontica di validità/invalidità, infatti, riguarda sempre un'azione passata, sebbene la sua fattispecie astratta sia rappresentata dal risultato del giudizio di preferenza svolto dal giudice alla stregua della norma di fine.

B) La differenza fra il sindacato di risultato e gli altri due tipi di giudizio di validità è, per così dire, di genere: il primo riguarda l'esistenza di stati-di-cose, gli altri l'attività intellettuale di scelta, il giudizio di preferenza.

³³² Una maggiore precisione può aversi, ad avviso di chi scrive, solo a livello dogmatico, per l'estrema ampiezza di criteri logicamente possibili per ciascun tipo di atto e, come si vedrà, in dipendenza dal quadro istituzionale (per gli atti di diritto pubblico) e ideologico (per gli atti di diritto privato) di ciascun ordinamento concreto.

³³³ Quest'ultima eventualità è scartata da M. ATIENZA, *El derecho*, cit., pp. 177 e ss..

La differenza fra il sindacato sulla scelta e il sindacato di scelta, invece, è solo specifica. Entrambi riguardano la correttezza dell'attività intellettuale di formulazione del giudizio di preferenza. Ma il sindacato sulla scelta ne coglie aspetti logici, teleologici, causali, e così via, laddove quello di scelta opera nuovamente il giudizio di preferenza (pur senza sostituirlo).

Eccezion fatta per la qualificazione deontica di divieto del fine, per la quale è ipotizzabile solo il sindacato di risultato, in presenza di una meta-norma di fine, le tre forme di sindacato sono tutte astrattamente possibili, mentre il sindacato di risultato in concreto risulta precluso dalla discrepanza fra il momento del giudizio di validità e la realizzazione del fine costituito da una conseguenza dell'azione deontica.

È agevole riscontrare che non tutte le forme di sindacato sono, però, in concreto esercitate o ammesse da un ordinamento in relazione ad un determinato atto *thetic*o.

Il giudizio di validità pragmatica, nella sua dimensione finalistica, infatti, entra in contatto con la scelta dell'autore dell'atto, libera (quando il fine viene definito solo in negativo tramite il divieto) o discrezionale (quando il fine è individuato in positivo con l'obbligo, il dovere o il permesso) che sia.

Mentre la scelta libera, per effetto della struttura della meta-norma che la legittima, ammette strutturalmente solo il sindacato di risultato, quella discrezionale può essere sottoposta a tutte le forme di sindacato "teleologico".

La possibilità dell'una o dell'altra forma di sindacato è il frutto di un'opzione ordinamentale di carattere "istituzionale" per la regolazione del rapporto fra autore dell'atto *thetic*o e giudice della validità.

La forma minima di sindacato, cioè il sindacato di risultato, non impinge la scelta dell'autore dell'atto, ma solo l'efficacia (in senso

economico) della sua azione: è garanzia della norma costitutiva e, quindi, ribadisce la inevitabile sottoposizione dell'autore dell'atto ad essa.

Imporre la revisione della decisione attraverso il sindacato sulla scelta, invece, importa un controllo "esterno" sulla scelta e, per così dire, in negativo, riservando un ambito di scelta all'autore dell'atto.

Sottoporre la scelta discrezionale alla revisione di un giudice, attraverso il sindacato di scelta, significa sancire la superiorità di questo sull'autore dell'atto, in relazione alla decisione di porre in essere l'azione deontica: solo ove il giudizio di preferenza dell'autore dell'atto collimi con quello del giudice, l'atto sarà valido.

Optare per l'una o l'altra forma di sindacato, dunque, pone un diverso rapporto "istituzionale" fra l'autore dell'atto e il giudice della validità, definendo i limiti delle rispettive sfere riservate.

8. Dimensione "iniziale" del giudizio di validità pragmatica materiale e qualificazione.

A) L'autore dell'atto opera una qualificazione per verificare la ricorrenza degli stati-di-cose iniziali o precedenti, per vagliare la possibilità dell'azione deontica. Il giudizio di validità pragmatica materiale attinente a questa dimensione risente della rilevanza di questa qualificazione.

I) Per un verso, il giudice della validità può ripetere la qualificazione, giacché gli stati-di-cose sono (o devono essere) precedenti all'enunciazione del performativo thetico. Si tratta di un *sindacato di qualificazione*.

In questo tipo di giudizio la qualificazione avviene sussumendo uno stato-di-cose fattuale, deontico, assiologico o antropologico nella classe descritta dalla meta-norma, come avviene per la qualificazione di un fatto bruto. Dalla corrispondenza o meno dello stato-di-cose a quello descritto

dalla classe deriva la conseguenza deontica della validità o invalidità dell'atto.

II) Per altro verso, può sindacare la correttezza della qualificazione operata dall'autore dell'atto. È un *sindacato sulla qualificazione*.

L'oggetto della sussunzione è, in questo caso, l'operazione sussuntiva posta in essere dall'autore dell'atto: è, cioè, la classificazione di un'operazione classificatoria, si qualifica una qualificazione. E, seguendo il modello di qualificazione esposto in precedenza, l'unico modo per verificare una qualificazione è sottoporre a controllo di ragionevolezza la posizione del limite dell'indiscernibile che ha determinato l'equiparazione tra ente e classe. Posizione che discende da un giudizio di preferenza da argomentare, si tratti di qualificazione entro una fattispecie descritta da una norma o di una qualificazione valutativa in senso ampio o entro una classe "scientifica".

Pertanto, se il primo tipo di giudizio è indipendente dalla giustificazione della qualificazione, il secondo è da esso inseparabile, poiché la correttezza della qualificazione, cioè della ponderazione che ne è alla base, dipende dal consenso fondato che l'argomentazione della soluzione è capace di fornire. Ossia dipende dalla sua falsificabilità argomentativa.

Il sindacato sulla qualificazione consiste, dunque, nella sussunzione della giustificazione della qualificazione entro le regole di giustificazione accettate dalla comunità di riferimento del sistema culturale cui appartiene il concetto utilizzato per la sussunzione dall'autore dell'atto (la comunità giuridica e, in un certo senso, la comunità tutta, per il sistema giuridico; la società per un giudizio valutativo in senso lato; o la comunità scientifica della scienza utilizzata per la qualificazione- fisica, ingegneria, statistica, economia, urbanistica, storia dell'arte, etc.). Senza rispetto di queste,

infatti, la qualificazione non può aspirare a generare il consenso fondato, necessario alla sua giustezza³³⁴.

E, una volta superato questo profilo, consiste nella ragionevolezza delle conseguenze di quella qualificazione, ossia nella non-incompatibilità di queste con l'interesse che ha mosso la qualificazione. Si tratta, dunque, di verificare la rispondenza di quella qualificazione al suo fine, di sussumerne le conseguenze entro le aspettative (nel nostro caso, imposte) che l'hanno generata.

È necessario, cioè, sussumere uno stato-di-cose antropologico, prodotto dall'atto thetico, grazie alla qualificazione in questione (che ne costituisce condizione necessaria di validità), entro lo stato-di-cose assiologico cui la qualificazione mira. Si pensi all'esempio della qualificazione di una pianta come salice piangente: bisogna verificare se l'interesse analgesico che ha mosso l'analogia attributiva risulta soddisfatto dall'equiparazione posta in essere. E ciò avviene alla luce dell'esito dell'azione (complessa) di estrazione ed assunzione degli elementi essenziali della corteccia della pianta: se il dolore diminuisce o scompare, l'interesse è stato realizzato e, dunque, la qualificazione è stata ragionevole, altrimenti non lo è stata.

Nell'ipotesi in cui non sia possibile vagliare la realizzazione dello stato-di-cose antropologico, già vista per il sindacato di risultato, il giudizio circa la ragionevolezza della qualificazione deve essere svolto alla stregua della prefigurazione dell'interesse cui l'azione (deontica) condurrà, grazie alla previsione della catena causale da essa messa in moto³³⁵.

³³⁴ Cfr. *supra*, parte I, cap..., par..., note....

³³⁵ Il sindacato relativo alla dimensione iniziale della validità pragmatica è, all'evidenza, isomorfico rispetto a quello "teleologico". V'è un sindacato che attiene alla sussistenza del risultato della qualificazione (in concreto e in astratto), cioè l'interesse che la muove; v'è un sindacato sulla qualificazione, attinente al metodo del sistema culturale cui appartiene il concetto classificatorio; v'è un sindacato integralmente sostitutivo della qualificazione condotta dall'autore dell'atto. *Mutatis mutandis*, queste modalità di giudizio corrispondono al sindacato di risultato, sulla scelta e di scelta.

Tale sindacato sulla qualificazione può, inoltre, riscontrarsi come mero sindacato sull'interpretazione³³⁶ o come mero giudizio di sussistenza degli stati-di-cose da qualificare. Può, cioè, essere scisso nei due “momenti” della qualificazione, concentrando l'attenzione del giudizio sulla correttezza dell'interpretazione/concretizzazione della norma o sull'accertamento puro dello stato-di-cose qualificato. Mentre quest'ultima indagine è di tipo fenomenico (anche se non esclusivamente materiale, giacché può riguardare stati-di-cose idealmente essenti), la prima è un'indagine nuovamente attinente alla ragionevolezza: secondo quanto si è detto, caduta la possibilità di ritenere corretta l'interpretazione (solo) per la conformità al metodo, essa può essere valutata solo sotto il profilo delle sue conseguenze assiologiche e antropologiche.

B) Accordare al giudice un sindacato di qualificazione o sulla qualificazione, come visto per il sindacato teleologico, significa definire la riserva dell'autore dell'atto circa la qualificazione dei fatti rilevanti come stati-di-cose iniziali o presupposti ed è, almeno dal punto di vista teorico-generale, una scelta ordinamentale, indipendente dalla natura della classe (se definita tramite elementi materiali o valutativi) e dell'elemento da qualificare (se stato-di-cose fattuale, deontico, antropologico o assiologico) secondo la meta-norma.

9. La dimensione soggettiva della validità pragmatica e giudizio di validità.

La meta-norma, nel costituire la possibilità dell'azione deontica, costituisce anche l'abilità dell'agente, ossia definisce quali siano le

La corrispondenza può essere agevolmente spiegata: è la presenza di un momento di scelta in entrambe le operazioni intellettive che conduce ad una struttura simile queste due forme di giudizio. Scelta che, per la qualificazione, riguarda la posizione dell'indiscernibile; nella dimensione teleologica, riguarda il mezzo deontico.

³³⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., pp. 75 e ss..

condizioni di validità dell'atto thetico dal punto di vista soggettivo. Ciò accade avendo riferimento a qualità naturali del soggetto, come per la capacità giuridica o di agire³³⁷, o per semplice scelta (discrezionale) del legislatore, come per l'attribuzione e la competenza.

Anche in questo caso, la meta-norma assume per l'autore dell'atto una struttura diversa da quella in cui è utilizzata dal giudice della validità: per il primo è una norma, dal punto di vista della logica deontica, di permesso all'esercizio del potere di mutamento³³⁸; per il secondo è una norma d'azione del tipo 'se l'atto A è posto in essere dal soggetto X, allora è valido'.

³³⁷ A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, pp. 8 e ss.. Secondo una teoria, invero piuttosto risalente, alla capacità giuridica e di agire dovrebbe essere aggiunta, quale condizione di validità soggettiva degli atti giuridici, la legittimazione. Dal diritto processuale, di cui costituisce nozione consolidata (almeno per chi non accede alla teoria dell'azione "in concreto"), la legittimazione transita, ad opera di Carnelutti, dapprima nella teoria del reato (F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, part. pp. 75 e 135- cfr. le riserve di E. BETTI, *Recensione a CARNELUTTI, Teoria generale del reato*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 836) e poi nella teoria del negozio giuridico (F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 238 e s.). L'idea, suffragata dalle pagine di E. BETTI, *Teoria del negozio*, cit., pp. 225 e ss., aveva il fine di introdurre un passaggio intermedio tra la concretezza del singolo negozio e l'astrattezza della capacità (giuridica e di agire)- cfr. A. DI MAJO, *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, Milano XXIV, 1974, p.53; P. RESCIGNO, *Legittimazione*, in *Dig. disc. priv.- sez. civ.*, Torino, X, 1993, p. 519. Nella sostanza, si trattava dell'autorizzazione dell'ordinamento alla conclusione del singolo negozio (come rileva G. PALERMO, *Legittimazione*, in *Enc. giur.*, Roma, XVIII, 1996, pp. 1 e s.).

La nozione, più che criticata per la sua validità scientifica, cade sotto i colpi del rasoio di Ockham: la si ritiene un'inutile complicazione degli elementi del negozio, giacché viene a sovrapporsi, a seconda delle ipotesi, all'autonomia contrattuale, al potere dispositivo, al potere di agire, e così via (concordano sul punto: A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, pp. 55 e ss.- il quale accenna ad una qualche utilità del concetto dal punto di vista della valutazione dei concreti interessi delle parti; P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, pp. 519 e ss.; G. PALERMO, *op. ult. cit.*, pp. 3 e ss.). In sostanza, il transito della nozione in teoria generale viene fermato dall'irrilevanza nella teoria del negozio giuridico.

Diversa è la nozione di legittimazione elaborata dalla dottrina amministrativista, in particolare da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 253 e s., quale dimensione soggettiva dell'atto giuridico, dipendente dall'avverarsi di un fatto giuridico, il quale permette l'esercizio del potere già sussistente in capo al soggetto. Su quest'idea, Giannini tenta di costruire una nozione di teoria generale: quella dei fatti di legittimazione, quali fatti riferibili al soggetto e attinenti all'imputazione dell'atto, diversamente dai presupposti, fatti non afferenti al soggetto. La mancanza dei primi impedisce l'esercizio di un potere ricompreso nella situazione giuridica soggettiva; il difetto dei secondi, invece, permette l'esercizio della situazione giuridica soggettiva, purché non si sostanzii in un atto.

³³⁸ Sia essa derivante dalla combinazione dell'autonomia contrattuale con l'assenza di norme di divieto o dall'espressa (e necessaria) attribuzione del potere di mutamento, come accade per i poteri "pubblicistici".

I passaggi del giudizio su questo genere di condizioni di validità che emergono *ictu oculi*, sono, allora, la qualificazione dell'atto in termini di esistenza e di tipo³³⁹ e l'instaurazione della relazione di identità tra il soggetto indicato nella fattispecie della meta-norma e l'effettivo autore dell'atto.

La "indicazione" del soggetto autorizzato alla produzione dell'atto *thetico* può avvenire in diversi modi: 1) attraverso la descrizione del soggetto (in senso lato) capace, come per i maggiorenni per la capacità di agire; 2) all'opposto, mediante l'utilizzo di un nome proprio, come per l'attribuzione del potere di promulgare le leggi al Presidente della Repubblica; 3) con una soluzione composita, in cui si utilizza una descrizione, non necessariamente attinente a qualità propria del soggetto, e un nome proprio, come per l'attribuzione del potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti al Sindaco³⁴⁰.

Nel primo caso si tratta di sussunzione del soggetto autore dell'atto nella classe definita dalla fattispecie; nel terzo v'è una sussunzione dell'autore nella classe definita, la quale, però, non esaurisce la struttura del giudizio; nel secondo non v'è alcuna sussunzione. Le differenze fra queste tre forme di meta-norma e, conseguentemente, di giudizio, derivano dalla struttura semantica della fattispecie.

Altro passaggio necessario in questo giudizio è, poi, l'imputazione di un atto al suo autore, il passaggio dall'azione all'agente. La "percezione" dell'autore dell'atto consiste nella conoscenza di uno stato-di-cose fattuale: che il soggetto X ha eseguito il performativo *thetico*. Di questo stato-di-cose fattuale, la dimensione soggettiva è un aspetto, il quale va rapportato

³³⁹ Su cui si è già detto *supra*, par....

³⁴⁰ Ove il nome proprio dell'organo individua tanti soggetti (in senso lato) quanti sono i Comuni italiani (differentemente dal 'Presidente della Repubblica' che si riferisce ad una sola persona per volta in un dato momento), fra i quali "scegliere" attraverso il criterio territoriale.

alla fattispecie della meta-norma che impone una condizione di validità pragmatica soggettiva.

La conformazione di quest'attività cognitiva dipende, però, dalla forma di esternazione dell'enunciato performativo.

a) Se l'esternazione avviene tramite gesti o comportamento concludente³⁴¹ oppure tramite enunciazione verbale di una determinata formula, lo stato-di-cose fattuale viene conosciuto come tale, alla stregua di un fatto bruto.

b) Se l'enunciato performativo è, invece, riportato in documento, che ne costituisce per l'ordinamento l'enunciazione, l'imputazione ad un autore avviene tramite una serie di elementi, come l'intestazione, le generalità e la sottoscrizione.

L'accertamento del fatto che il soggetto X ha compiuto l'azione deontica passa, perciò, per l'interpretazione di espressioni di riferimento extralinguistico definito singolare³⁴², consistenti tanto in descrizioni (l'intestazione e le generalità), eventualmente supportate da un atto di certezza giuridica (come gli estremi o la copia di un documento di identità), quanto nel nome proprio (nelle generalità e nella sottoscrizione)³⁴³.

L'identità dell'autore dell'atto, dunque, è il frutto di comprensione (testuale) di queste parti dell'atto. Ed essa va poi messa in relazione con la fattispecie della meta-norma.

10. Validità pragmatica e stati-di-cose deontici.

³⁴¹ Cfr. *supra*, in questa parte, cap. I, par...

³⁴² Cfr. la classificazione dei riferimenti fatta da J.R. SEARLE, *Speech Acts*, cit., pp. 107 e ss., fra riferimenti definiti ('l'uomo') e indefiniti ('un uomo') e fra riferimenti singolari ('l'uomo che è appena entrato dalla porta'- definito singolare) e plurali ('gli uomini alti 1,90 m'- definito plurale).

³⁴³ Secondo J.R. SEARLE, *op. cit.*, p. 224, le descrizioni (definite) e i nomi propri sono in realtà alternativi, nel senso che i secondi sono fatti per sostituire le prime, in base ad una convenzione fra i parlanti. La convenzione per i nomi propri, all'interno degli atti giuridici, viene "rafforzata" o posta dalla contemporanea presenza della descrizione definita e del nome proprio dell'autore dell'atto.

L'aver messo in luce che il performativo thetico è azione deontica e che la sua validità dipende (anche) dalla ricorrenza dell'occasione, eventualmente consistente in due stati-di-cose deontici, quello iniziale in atto e quello finale in potenza, rende necessario chiarire che gli stati-di-cose deontici, in questi casi, non assumono il ruolo di soggetto della predicazione di validità/invalidità, ma di, per così dire, contesto di possibilità dell'atto.

In altre parole, pur risultando decisivi per la definizione meta-normativa dell'atto valido, non sono essi stessi validi o invalidi, ma solo presenti o meno: la validità o invalidità si appunta sempre in capo all'atto, non sullo stato-di-cose precedente o successivo.

11. Giudizio di validità sintattica

Diversamente è nel giudizio di validità sintattica, ove l'oggetto della qualificazione deontica è lo stato-di-cose deontico, quale contenuto di pensiero³⁴⁴, che avviene senza intermediazione delle occasioni e si rivolge direttamente al soggetto della predicazione.

La particolarità del giudizio di validità sintattica è evidente: mentre per la validità pragmatica materiale si guarda a fattori che attengono all'atto, ma che non sono il mutamento che l'azione deontica significa, per la validità sintattica oggetto della sussunzione e della qualificazione deontica coincidono.

Oggetto della sussunzione entro la fattispecie della meta-norma è già lo stato-di-cose deontico che è, al contempo, il soggetto della predicazione deontica di validità.

Questa validità si caratterizza, si è detto, perché deriva dalla coerenza statica del deontico, ossia dalla contemplazione del deontico esistente e dei

³⁴⁴ Cfr. O. WEINBERGER, *Die Norm*, cit., p. 47, secondo cui l'atto è un fatto materiale a contenuto ideale.

suoi rapporti di *compatibilità* o, *rectius*, di *non-incompatibilità* deontica ed assiologica rispetto agli *status* deontici, per l'appunto, materialmente o assiologicamente superiori³⁴⁵.

Orbene, questa sussunzione avviene fra due interpretazioni.

Gli stati-di-cose deontici sono, infatti, il frutto della comprensione di enunciati deontici contenuti in enunciazioni thetiche (ad es.: le disposizioni di una legge) oppure di enunciati che ne registrano la vigenza (ad es.: le raccolte di usi, la tradizione orale delle norme di una tribù), cioè di insiemi di simboli grafici, fonetici o gestuali in grado di esprimere il riferimento alla realtà deontica, al mondo del dover-essere.

Si tratta del venire in corrispondenza ermeneutica di due comprensioni, l'una da costruire, l'altra da concretizzare, per porre in rapporto di equiparazione le due rappresentazioni intellettive, le due conoscenze degli stati-di-cose deontici della meta-norma e della norma.

Sezione II

Semantica ed ermeneutica del giudizio di validità.

12. Interpretazione e giudizio di validità.

Nel giudizio di validità, ad eccezione delle ipotesi già riscontrate di sussunzione di stati-di-cose che prescindono dalla comprensione di enunciati deontici o performativi, l'aspetto circolare della qualificazione è

³⁴⁵ Fra gli altri, R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., pp. 95 e ss. distingue quattro generi di gerarchie normative: a) gerarchie formali o strutturali sono quelle che intercorrono fra norme sulla produzione e norme da quelle disciplinate (la Costituzione rispetto alle norme primarie, la legge delega rispetto al decreto delegato); b) gerarchie materiali o sostanziali intercorrono fra due norme allorché una terza imponga l'invalidità di una allorché confligga con l'altra ed hanno carattere contenutistico; c) gerarchie logiche o linguistiche, qualora una norma verte su un'altra norma, elevandosi a meta-linguaggio rispetto ad essa (norma di abrogazione); d) gerarchie assiologiche, qualora l'interprete attribuisce ad una norma un'importanza assiologica maggiore rispetto ad un'altra (i principi costituzionali supremi, rispetto alle altre norme costituzionali, ritenuti spesso immuni anche da una modifica costituzionale e da un intervento normativo comunitario- i c.d. controlimiti).

Le gerarchie formali e logiche riguardano, però, la validità pragmatica: hanno ad oggetto l'azione deontica nelle sue modalità di produzione, anche se non in senso solo formale (quelle che si sono denominate occasioni dell'atto) e come livello meta-linguistico di produzione di norme.

ancora più evidente, in ragione della specularità delle attività intellettive che contrassegnano la costruzione e la concretizzazione.

La selezione degli elementi del fatto rilevanti ai fini della sussunzione entro la classe definita dalla fattispecie della meta-norma è, nei casi non eccettuati, una selezione di significati di enunciati performativi o deontici. Il limite dell'indiscernibile, ossia il "punto" di equiparazione fra fattispecie e elemento da qualificare è, allora, rappresentato non solo da una quantità di appartenenza dell'elemento considerato alla classe (la misura della ricorrenza dei caratteri distintivi della classe), quanto dall'interpretazione di quell'elemento, cioè dall'interpretazione dell'atto e/o del suo contenuto (nel giudizio di validità pragmatica) o della norma (nel giudizio di validità sintattica)³⁴⁶.

13. Interpretazione dell'atto thetico.

La dottrina tradizionale ripete le convinzioni sull'interpretazione generale e giuridica anche per l'interpretazione degli atti thetici diversi dalla legge. E, così, a parte chi vede in questa attività la ricerca della volontà espressa in essi³⁴⁷, si riscontra l'unanime attribuzione di un ruolo determinante ai criteri ermeneutici legali³⁴⁸. Conseguentemente, la dottrina

³⁴⁶ Il legame fra giudizio di validità e interpretazione è colto da M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., p. 200, che vi dedica un cenno, rilevando che la connessione esistente fra gli istituti francesi del contenzioso di interpretazione e del contenzioso di annullamento è proprio l'interpretazione; nonché da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 921 e ss., a proposito del giudizio di legittimità costituzionale.

³⁴⁷ Ad esempio, M.S. GIANNINI, *op. cit.*, pp. 63 e ss. (per l'impostazione teorico-generale) e pp. 271 e ss. (per la conseguente impostazione dogmatica dell'interpretazione dell'atto amministrativo).

³⁴⁸ In tal senso sono le trattazioni generali di M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., pp. 111 e ss.; E. BETTI, *L'interpretazione della legge*, cit., pp...; F. PETRILLO, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Torino, 2011, pp. 123 e ss.; oltre che (e forse più comprensibilmente) le trattazioni limitate a taluni generi di atti giuridici, fra cui, sul contratto, C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983 (rist. anastatica con appendici della prima edizione del 1938); F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1993, vol. II, tomo I, pp. 393 e ss.; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., tomo II, pp. 375 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, cit., pp. 407 e ss.; sul provvedimento amministrativo, di recente, L. MACCARONE, *Sull'interpretazione nel diritto amministrativo*, Napoli, 2007, pp. 132 e ss..

si impegna a ricercare una gerarchia fra di essi³⁴⁹, a distinguerli fra criteri soggettivi ed oggettivi³⁵⁰ e, eventualmente, ad estendere le norme sull'interpretazione di un genere di atto ad atti privi di regole ermeneutiche³⁵¹.

Le superiori considerazioni a proposito dell'impostazione volontaristica e legalistica dell'interpretazione travolgono anche questi corollari.

La strada feconda è, ancora una volta, quella di combinare semantica ed ermeneutica.

Se l'atto thetico è costituito almeno da un enunciato performativo al livello meta-linguistico, il quale può contenere, al livello linguistico, un enunciato deontico o un altro enunciato performativo, si può distinguere, allora, l'interpretazione-comprensione del performativo thetico meta-linguistico o linguistico e quella dell'enunciato deontico linguistico, pur senza addentrarci nell'interpretazione dei singoli generi di atto.

14. Semantica dell'enunciato performativo e interpretazione dell'atto thetico.

Posto che il senso di un enunciato è sempre il suo riferimento extralinguistico³⁵², negli enunciati 'il Sindaco del Comune X ordina...', 'la Camera dei Deputati e il Senato della Repubblica approvano; il Presidente della Repubblica promulga...', 'Tizio e Caio convengono...' e così via, quale è il riferimento extralinguistico che fornisce il senso³⁵³?

³⁴⁹ Anche in una prospettiva teorico generale: cfr. ad esempio, E. BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 151 e ss..

³⁵⁰ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*; C.M. BIANCA, *Il contratto*, loc. ult. cit.;

³⁵¹ Come per l'atto amministrativo: E. BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 235 e ss.; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., pp. 197 e ss..

³⁵² Cfr. parte I, cap. II, parr. 2 e 9.

³⁵³ Diviene, cioè, necessaria un'analisi semantica dell'enunciato performativo, sulla falsa riga di quanto si è compiuto nel cap. II della prima parte a proposito dell'enunciato deontico.

Nonostante la struttura logico-sintattica di questi enunciati non differisca da quella degli enunciati apofantici e deontici, la loro diversa funzione linguistica si riflette in un diverso modo di significare.

L'ordinare, l'approvare, il promulgare, etc. non significano alcuno stato-di-cose fattuale: mentre la fattispecie di una norma primaria ha riferimento extralinguistico in uno stato-di-cose fenomenico (la rapina è un fenomeno tangibile), l'enunciato performativo che compone l'atto thetico non ha questo riferimento fisico, giacché è un fare attraverso il dire. Il performativo è puramente intellettuale.

Allo stesso modo questi enunciati non significano alcuno stato-di-cose deontico: mentre l'apodosi di una norma di condotta ha riferimento extralinguistico in uno stato-di-dover-essere (il divieto- della rapina), in una prescrizione, l'enunciato performativo non impone a nessuno di fare alcunché, ma fa direttamente³⁵⁴.

Gli enunciati performativi, infatti, attuano ciò che l'enunciato significa. *Ergo*, l'enunciato performativo significa ciò che attua. Ossia, il performativo significa il *mutamento* che provoca, il *passaggio* dallo stato-di-cose iniziale a quello finale³⁵⁵.

A questo referente dell'enunciato performativo si è anche ritenuto di poter attribuire il nome di stato-di-cose thetico³⁵⁶. Ora, pur ammettendo che una classificazione di tal genere possa essere estranea all'ontologia³⁵⁷, la denominazione appare fuorviante: non di stato-di-cose si tratta, ma di un passaggio da uno stato-di-cose ad un altro, di un mutamento.

Nel caso del performativo thetico, l'azione significata è un'azione deontica, puramente intellettuale, in grado di produrre una modificazione

³⁵⁴ Cfr. *supra*, parte II, cap. I, par....

³⁵⁵ G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, cit., *passim*.

³⁵⁶ C. ZNAMIEROWSKI, *Podstawowe pojęcia*, cit., pp. 148 e ss..

³⁵⁷ C. ZNAMIEROWSKI, *op. cit.*, p. 148.

delle realtà-idealmente essenti che sono gli stati-di-cose deontici e, al pari di questi, è reale in quanto possono esserle significativamente attribuite coordinate temporali. In quanto appartenente alla realtà idealmente essente, l'azione deontica è reale solo nella rappresentazione che ciascuno ne fa a sé stesso e assume senso solo se comunicata³⁵⁸.

La possibilità di quest'azione è, però, posta dalle norme costitutive ontiche che riconnettono al fatto bruto dell'emissione del fonema, del grafema o del pragmemma il valore giuridico consistente nel risultato del mutamento, ossia nell'effetto giuridico. Il significato istituzionale può essere ricostruito, infatti, solo in base alla convenzione posta dalla norma costitutiva, ossia solo verificata la ricorrenza degli stati-di-cose fattuali che compongono il comportamento materiale definito da quella norma.

La comprensione del performativo thetico dipende, allora, dall'individuazione sussuntiva delle occasioni dell'azione deontica: è solo in base ad esse che ci si può rappresentare il mutamento deontico, quale passaggio da uno stato-di-cose deontico ad un altro.

All'interno dell'interpretazione del performativo thetico si "intromette" un momento sussuntivo, ermeneuticamente spiraliforme, abduittivo e analogico, fra la norma costitutiva ontica e gli stati-di-cose (fattuali, deontici, assiologici o antropologici) che essa eleva ad occasione dell'azione deontica.

Detto altrimenti, l'interpretazione del performativo thetico coincide con i giudizi di esistenza e tipologico: è la qualificazione di un atto-individuo come *token* di un dato *type* di atto. E ciò tanto che si faccia riferimento all'enunciato performativo meta-linguistico, quanto alla norma thetica linguistica.

³⁵⁸ Cfr. *supra*, parte I, cap. II, par. 9.

15. Semantica dell'enunciato deontico e interpretazione dell'atto thetico.

Sulla comprensione dell'enunciato deontico si è già detto: esso consiste nella conoscenza dello stato-di-cose deontico significato dall'enunciato, grazie alla comunicazione/rappresentazione/comunicazione³⁵⁹.

L'interpretazione dell'enunciato deontico (eventualmente) contenuto dal performativo thetico è, dunque, la conoscenza della prescrizione prodotta dall'autore dell'atto, degli effetti dell'atto non per come predisposti dalla norma costitutiva ontica, ma per come delineati dall'autore stesso³⁶⁰.

Mentre la comprensione del performativo thetico e della norma thetica *dipendono* dalla qualificazione tipologica (in senso ampio: di esistenza e propriamente tipologica), l'interpretazione dell'enunciato deontico *può condurre* ad una qualificazione propriamente tipologica³⁶¹.

16. Scelta del criterio ermeneutico e posizione del limite dell'indiscernibile nell'interpretazione dell'atto sottoposto a giudizio di validità.

Per quanto ci interessa, l'interpretazione dell'atto thetico o della norma non è fine a sé stessa, ma orientata alla qualificazione rispetto alla classe

³⁵⁹ Ancora *supra*, parte I, cap. II, par. 9.

³⁶⁰ Ed è questa l'interpretazione dell'atto cui si è sempre dedicata la riflessione teorica: C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit.; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit.; E. BETTI, *Interpretazione*, cit.; R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., tomo II, pp. 375 e ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, II ed., 1993, vol. II, tomo I, pp.393 e ss.

³⁶¹ In questo senso può essere intesa la precedenza dell'interpretazione rispetto alla qualificazione tipologica dell'atto che la dottrina ha sempre affermato, avendo presente solo il contenuto deontico dell'atto thetico: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., pp. 75 e ss.; E. BETTI, *Interpretazione*, cit., pp. 146 e ss.; R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., tomo II, pp. 375 e ss. *passim*; F. GABRIELLI, *Tipo contrattuale*, cit., pp. 7 e s.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., vol. II, tomo I, pp. 402 e ss..

definita dalla meta-norma³⁶². Essa, dunque, è sempre inserita in una analogia attributiva, quale costruzione del caso. Analogia attributiva che avviene alla luce del principio di identità degli indiscernibili.

Il limite dell'indiscernibile, si è detto, è determinato da una scelta, da una ponderazione fra principi/valori/interessi, la quale deve essere esente da irragionevolezza, parametrata sull'interesse che muove la scelta medesima. A valle di questa scelta si individua in quale modo la meta-norma e l'atto thetico o la norma devono essere ermeneuticamente ricostruiti e portati intellettivamente in corrispondenza³⁶³.

La posizione del limite dell'indiscernibile in questa analogia attributiva, allora, definisce due orizzonti ermeneutici, l'uno nei confronti dell'altro, anticipando la qualificazione deontica di validità/invalidità.

La peculiarità della ponderazione che la determina è che, oltre ai valori sottesi alla singola meta-norma o al singolo sistema³⁶⁴, si registrano sempre due prospettive assiologiche.

In primo luogo, l'atto thetico è sempre posto per un fine. E questa finalità è un assetto di interessi, che diviene rilevante per il giudice nella misura in cui è rilevante la volontà dell'autore o degli autori dell'atto. Sicché, nella posizione dell'indiscernibile bisogna tener conto degli interessi avuti di mira dalla parte o dalle parti, cioè della conseguenza antropologica dell'azione deontica. Profilo che trova il proprio corrispettivo assiologico nel valore della conservazione della volontà espressa dall'autore dell'atto.

³⁶² Ad eccezione delle ipotesi, già rilevate, in cui la validità pragmatica non dipende dall'interpretazione dell'atto (validità pragmatica "iniziale") o in cui dall'interpretazione dell'atto si ricavano elementi da sussumere nella fattispecie della meta-norma (come per la validità pragmatica soggettiva).

³⁶³ Cfr. *supra*, parte I, cap. III, par. 3.

³⁶⁴ Si allude, ad esempio, alla rilevanza della buona fede e al *favor debitoris* per l'interpretazione dei contratti, su cui già C. GRASSETTI, *op. cit.*, pp. 189 e ss., nonché l'esempio fornito alle pp. 228 e s..

D'altro canto, la qualificazione dell'atto-individuo in termini di esistenza come il tale atto (provvedimento, contratto, legge, etc.) e in termini di tipo di quel tale atto, in quanto necessaria alla selezione delle condizioni di validità, assume rilievo capitale rispetto alla qualificazione deontica di validità/invalidità pragmatica³⁶⁵.

Allo stesso modo, la comprensione dell'enunciato deontico è determinante per la validità sintattica e, se finalizzata alla qualificazione tipologica di un atto thetico che produce una prescrizione, alla validità pragmatica.

Non v'è chi non abbia avuto esperienza di giudizi di validità in cui, classificato il tale atto in un tipo, anziché in un altro, se ne ricavava la validità oppure l'invalidità pragmatica³⁶⁶; o chi non abbia sperimentato che diverse interpretazioni di un enunciato deontico conducono a giudizi di validità sintattica opposti³⁶⁷ e/o opposti giudizi di validità pragmatica dell'atto che ha prodotto quella norma deontica.

Interviene, dunque, nell'ambito del giudizio di preferenza per la posizione del limite dell'indiscernibile, anche il valore della conservazione della validità dell'atto e/o della norma prodotta che fonde giudizi di esistenza, tipologico e di validità in senso stretto in questa chiave ermeneutica anticipatoria e abduttiva.

La ponderazione fra questi due valori non è agevole, in quanto non è detto che l'autore dell'atto sia disposto ed interessato a conservare la validità e l'efficacia di un atto o di una prescrizione da lui prodotti, qualora la qualificazione o interpretazione di essi conducano alla realizzazione di

³⁶⁵ Fino a confondersi con essa: cfr. R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., tomo II, p. 458.

³⁶⁶ Per il diritto amministrativo, ad esempio, un provvedimento di secondo grado può essere giudicato valido o invalido se ricondotto al tipo dell'annullamento d'ufficio o della revoca.

³⁶⁷ Si pensi, per tutti, all'interpretazione costituzionalmente conforme. Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 921 e ss..

assetti assiologici e antropologici diversi da quelli che egli aveva di mira³⁶⁸. Ed essa varia molto da atto ad atto³⁶⁹ e da ordinamento ad ordinamento³⁷⁰, giacché influenzata dall'ideologia dominante³⁷¹.

Non deve, peraltro, stupire che quelli che qui sono segnalati come valori, corrispondano a criteri interpretativi legali nelle impostazioni tradizionali: questa posizione dell'indiscernibile è, infatti, tutta interna alla comprensione linguistica (e quasi esclusivamente) testuale³⁷².

Ridotti ad omogeneità dimensionale (nella dimensione assiologica) le due prospettive necessarie e segnalata la presenza dei valori sottesi alle meta-norme, un discorso teorico-generale su questo giudizio di preferenza non può che concludersi con la considerazione che la ponderazione dipende, ovviamente, dal contesto culturale, ideologico e ordinamentale del decisore. In una parola dalla tradizione, sulla cui base la ponderazione va argomentata³⁷³.

17. Giudizio di esistenza.

³⁶⁸ Molto nitidamente, C. GRASSETTI, *op. cit.*, p. 178.

³⁶⁹ Per la legge o, meglio, per le norme da essa prodotte, per esempio, la volontà del legislatore è sistematicamente obliterata rispetto alla conservazione della loro validità costituzionale (sintattica), come rileva anche E. BETTI, *Interpretazione*, cit., pp. 163 e ss.. Ondivago è, invece, l'orientamento a proposito del contratto: R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., tomo II, pp. 467 e s., ritengono prioritaria la regola rispetto alla volontà delle parti, almeno a proposito della qualificazione tipologica; diversamente F. GALGANO, *op. loc. cit.*, ritiene la preminenza della volontà delle parti.

³⁷⁰ Ad esempio, negli ordinamenti di *common law*, particolarmente in quello statunitense, il contratto è interpretato e qualificato esclusivamente in base alla volontà delle parti contraenti, all'opposto avviene nell'ordinamento tedesco: cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., pp. 35 e ss..

³⁷¹ Di evidente matrice liberale è la garanzia della volontà privata nell'interpretazione del contratto, tipica dell'ordinamento statunitense; diversamente la forte tensione alla riconduzione al tipo di qualunque contratto, caratteristica del nostro ordinamento, tanto da far parlare di tipicità in relazione alle prestazioni e non al contratto, in modo da permettere che la disciplina dei tipi sia combinabile (R. SACCO- G. DE NOVA, *op. cit.*, tomo II, p. 464).

³⁷² Che non si tratti propriamente di criteri ermeneutici sembra, però, già chiaro a C. GRASSETTI, *op. cit.*, pp. 161 e ss., il quale parla di *principi* di conservazione, buona fede, *favor debitoris*, etc. nell'interpretazione dei negozi giuridici. Egli, poi, ritiene che l'inevitabile conflitto fra questi possa essere risolto una volta per tutte tramite una gerarchia funzionale fra questi principi (pp. 229 e ss.).

³⁷³ Sempre tenendo presente che la ripetizione della ponderazione, conduce ad una stabilizzazione del giudizio di preferenza, individuando delle condizioni di prevalenza di un valore rispetto ad un altro: cfr. *supra*, parte I, cap..., par...

Il giudizio di esistenza, si è detto, consiste nella sussunzione di un atto individuo nella definizione di un atto generico, contenuta nella norma eidetico-costitutiva ontica.

V'è, cioè, da mettere in relazione di equiparazione due universi ermeneutici omogenei quanto all'oggetto: non un fatto materiale ed un enunciato, da costruire e concretizzare, alla luce di un'anticipazione di senso di entrambi determinata da una posizione assiologica, ma due enunciati. E, tuttavia, eterogenei quanto alla funzione all'interno del giudizio e all'operazione intellettuale cui sottostanno: l'enunciato della meta-norma ontica va concretizzato, quello dell'enunciazione *thetica* va costruito.

In questi casi, la costruzione del fatto (non bruto, ma) istituzionale avviene tramite una comprensione linguistica, la maggior parte delle volte testuale. Ciò che viene equiparato alla luce del limite dell'indiscernibile non sono uno stato-di-cose fattuale e il senso di un enunciato, costruito e concretizzato l'uno alla luce dell'altro, ma i sensi di due enunciati. Vengono poste in relazione due interpretazioni, particolarmente quella di una *definizione* e del performativo *thetico*.

La norma eidetico-costitutiva ontica, per definire il fatto istituzionale, delinea una classe di stati-di-cose fattuali, come il pronunciare o lo scrivere determinate formule o fare dei gesti. Essa, dunque, acquista senso una volta stabilita la relazione con quegli stati-di-cose. E a questi stati-di-cose fornisce un nuovo senso, quello istituzionale.

La sussunzione di questi stati-di-cose nella classe individuata dalla norma costitutiva ontica, infatti, mette in moto la relativa isomorfia, grazie alla quale si imputa anche a quel singolo fatto materiale la proprietà, cioè il valore istituzionale del *type* di atto: provvedimento, legge, contratto, etc..

Sicché, non sembra azzardato sostenere che il giudizio di esistenza si risolve nella sussunzione di un fatto (magari con “coloriture” finalistiche) in una classe descritta dalla norma costitutiva ontica. E, pertanto, non si discosta dal modello di giudizio elaborato in precedenza³⁷⁴.

18. Il giudizio tipologico.

Mentre il giudizio di esistenza attiene al livello meta-linguistico dell’atto thetico, quello tipologico riguarda il livello linguistico, ossia il contenuto di quell’atto (sia esso una norma thetica o deontica). E il differente oggetto comporta un differente procedimento di qualificazione.

Da un lato (qualificazione tipologica della norma deontica) l’equiparazione deve essere posta fra la definizione del tipo³⁷⁵ (spessissimo non enunciata espressamente dal legislatore né riconducibile ad una sua produzione³⁷⁶), (parte di) un enunciato, e l’enunciato deontico che l’atto thetico pone. Sicché si tratta di far venire in corrispondenza due comprensioni testuali: la costruzione del caso è rappresentata da un’interpretazione, al pari della concretizzazione della norma. E, in particolare, due comprensioni di stati-di-cose deontici, di cui il primo è parte della definizione del tipo, il secondo è il contenuto deontico dell’atto.

Nel far venire in contatto questi due universi di comprensione, ovviamente, la conoscenza (intersoggettiva) degli stati-di-cose deontici non deve arrestarsi alla percezione meramente formale di essi, ma spingersi all’indagine del loro afflato finalistico (che ne costituisce al contempo la

³⁷⁴ Sembra, invece, eccessivo identificare l’esistenza o il vigore con la validità formale, come fa L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 532, premessa da cui l’A. trae che, per l’appunto, giudizio di esistenza (o di vigore, secondo la sua denominazione) si sostanzia nell’accertamento della sussistenza di fatti, come il giudizio di validità formale (pp. 915 e ss.). Per quanto la conclusione ci trovi d’accordo, sembra che la premessa vada precisata, nel senso che l’esistenza (e il relativo giudizio) attiene all’enunciazione, dunque alla forma, ma che non tutte le condizioni di validità formale sono condizioni di esistenza.

³⁷⁵ Anch’essa costitutiva ed a struttura ontica.

³⁷⁶ R. SACCO-G. DE NOVA, *op. cit.*, tomo II, pp. 452 e ss.

giustificazione): il profilo assiologico e antropologico (ossia i valori e gli interessi, quali concetti corrispondenti in queste due diverse sfere)³⁷⁷.

Dall'altro (qualificazione tipologica della norma *thetica*) l'equiparazione è fra la definizione del tipo e l'enunciato performativo contenuto dal performativo *thetico* (nell'approvazione della norma abrogativa, la norma abrogativa).

E, poiché il performativo ha come riferimento extralinguistico il mutamento deontico, la sua qualificazione non può che avvenire in base alle occasioni dell'atto, quali stati-di-cose fattuali, deontici o assiologici iniziali e finali dell'azione deontica. Su di essi, dunque, opera il decisore, selezionando gli elementi rilevanti per la costruzione del caso, portandoli in corrispondenza alla definizione del tipo.

A questo punto diviene necessaria l'analisi della definizione del tipo. Essa dipende, però, da un'indagine strettamente dogmatica circa il criterio prescelto per la sistemazione in tipi³⁷⁸. E senza un'idea della struttura e del contenuto del parametro il discorso teorico generale deve arrestarsi, consegnando l'approfondimento al versante dogmatico della ricerca.

19. Il giudizio di validità formale.

La qualificazione deontica di validità dipende, nel giudizio di validità formale, dalla ricorrenza degli stati-di-cose fattuali individuati nella fattispecie della meta-norma.

³⁷⁷ Sulla distinzione tra dimensione deontica, assiologica e antropologica e sulla corrispondenza fra norme, valori e interessi in queste dimensioni, si veda *supra*, parte I, cap. III, par. 4.

³⁷⁸ Tema altrettanto agitato nella (sola) dogmatica civilista, che si divide fra chi ritiene che sia la causa del contratto a determinare i diversi tipi ("frangia" ulteriormente distinta a seconda della concezione oggettiva o soggettiva della causa) e chi, invece, apre verso un'idea di social-tipicità dei contratti e, in ultima analisi, verso il criterio dell'operazione economica (cfr. F. GABRIELLI, *Tipo contrattuale*, pp. 7 e ss.). Ai nostri fini è, però, più significativo sottolineare che il legislatore e il decisore adottano criteri differenti, a seconda della necessità: G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., pp. 59 e ss.; R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., tomo II, pp. 461 e ss..

Il giudizio di validità pragmatica formale non si differenzia da quello necessario per riconnettere una qualunque altra qualificazione deontica primaria ad un fatto³⁷⁹: si tratta di una sussunzione di uno fatto ermeneuticamente ricostruito in una fattispecie concretizzata, attraverso il procedimento ermeneutico spiraliforme e analogico-abduttivo dipendente dalla posizione valutativa del limite dell'indiscernibile.

20. Il giudizio di validità pragmatica materiale.

La fattispecie della meta-norma pragmatica materiale può, come si è visto, delineare stati-di-cose fattuali, deontici o assiologici/antropologici quali occasioni dell'azione deontica. La sovrapposizione fra stati-di-cose deontici e assiologici/antropologici quali risultati e conseguenze dell'atto thetico, ci ha condotti ad individuare cinque possibili configurazioni di occasioni dell'atto thetico: stati-di-cose fattuali, deontici o assiologici/antropologici iniziali o presupposti; stati-di-cose fattuali o deontici finali o consequenziali.

Gli stati-di-cose fattuali non sollevano questioni diverse da quelle già risolte, sia che rilevino quali antecedenti o conseguenti (in senso lato) dell'atto: sono fatti da costruire, in corrispondenza alla concretizzazione della norma.

Diversamente è per gli stati-di-cose deontici e per quelli assiologici/antropologici.

a) Gli stati-di-cose deontici finali sono il prodotto dell'azione deontica: la prescrizione che il performativo thetico produce oppure, ma il profilo non sembra assumere rilievo nella concretezza degli ordinamenti, ciò che

³⁷⁹ I. TEBALDESCHI, *op. cit.*, p. 68, il quale, però, considera la decisione in termini sillogistici puri; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 921 e ss..

resta di una prescrizione a seguito di una norma *thetica* (l'abrogazione, la revoca, l'annullamento, la convalida).

Nell'uno e nell'altro caso, lo *status* deontico è il risultato ermeneutico di un enunciato deontico. Sicché, la qualificazione avviene mettendo in relazione due stati-di-cose deontici, risultanti dall'interpretazione-comprensione di enunciati deontici, l'uno da costruire (quello contenuto o risultante dall'enunciato performativo), l'altro da concretizzare (la meta-norma). E l'interpretazione del performativo rileva, nel primo caso, come interpretazione del contenuto del performativo (la disposizione, il disposto, l'ordinato, etc.); nel secondo come interpretazione del performativo in sé, come conoscenza del mutamento attuato, al fine di conoscerne il suo risultato (lo stato-di-cose deontico).

Attraverso questi stati-di-cose deontici e la loro comprensione è possibile cogliere gli stati-di-cose assiologici e antropologici consequenziali: dalla norma si passa al valore e all'interesse, come accade nell'interpretazione della norma, quando questa funge da criterio di qualificazione.

La qualificazione, per gli stati-di-cose finali o consequenziali, è un'analogia attributiva fra due interpretazioni di prescrizioni.

Il significato del performativo, dunque, rileva per la validità pragmatica materiale solo al fine di ricostruire lo stato-di-cose deontico finale, il risultato del mutamento provocato dall'azione deontica. E, ulteriormente, da questo ricostruire lo stato-di-cose assiologico e antropologico.

b) Quando, invece, gli stati-di-cose deontici, assiologici e antropologici vengono in rilievo in quanto stati-di-cose iniziali o presupposti, rilevano di per sé stessi, senza connessioni finalistiche.

La legittimità dell'atto da annullare è uno stato-di-cose deontico, per il quale non viene in rilievo il suo fine assiologico e/o antropologico; il

sopravvenuto mutamento della situazione di fatto o il sopravvenuto interesse pubblico non si prendono in considerazione in quanto frutti di uno stato-di-cose o di un mutamento deontico.

Sicché, questi stati-di-cose vengono in luce di per sé stessi. E tutti a seguito di una qualificazione o, che dir si voglia, valutazione dell'autore dell'atto.

Lo stato-di-cose deontico sorge al ricorrere di un fatto, descritto dalla norma che lo contempla nell'apodosi (ma meramente in potenza)³⁸⁰. E, per riconoscerne l'esistenza, va verificata la corrispondenza fra fatto concreto e fattispecie astratta, attraverso una qualificazione.

Lo stato-di-cose assiologico e quello antropologico sono concetti intellettivi, proiezioni mentali di una situazione concreta, dalla quale essi sono rappresentabili creativamente, secondo il già indagato procedimento di comunicazione/rappresentazione/comunicazione. E sorgono dalla corrispondenza di taluni atteggiamenti del fatto e condotte umane con gli ideal-tipi che l'agente si costruisce, fortemente influenzato dalla tradizione in cui è immerso.

Sicché, la sussistenza di questi stati-di-cose iniziali o precedenti è frutto di una qualificazione/valutazione di dati sensibili, di stati-di-cose fattuali.

21. Dimensione finalistica della validità pragmatica e giudizio di validità.

Quando la meta-norma pragmatica pone, quale condizione di validità, uno stato-di-cose finale o consequenziale, si è visto che possono darsi tre diverse forme di sindacato: di risultato, sulla scelta e di scelta.

³⁸⁰ Quale che sia l'idea della dinamica giuridica che si intende accogliere (cfr. *supra*, parte I, cap...., par..., in nota), non è contestabile che la qualificazione deontica contenuta della norma rimanga in potenza, fino a che il fatto descritto dalla fattispecie astratta non si realizzi.

Queste tre forme di sindacato sono accomunate dalla stessa struttura della meta-norma e dalla necessità, ovviamente, che questa sia compresa. Orbene, rintracciare la sua prospettiva finalistica non significa comprendere il fine della meta-norma, ma il fine dell'atto thetico previsto da questa³⁸¹, ossia quella parte dell'occasione dell'azione deontica costituita da quella norma che consiste nel suo fine.

Diverso, però, è il ruolo di questo fine nel giudizio di validità, a seconda di quale forma il sindacato assuma. Come diverso è l'oggetto della qualificazione necessaria in ciascun sindacato "finalistico" e, conseguentemente, diverso il procedimento intellettuale attraverso cui è operato. Procediamo, dunque, partitamente.

I) Per il sindacato di risultato, lo stato-di-cose (fattuale, deontico, antropologico o assiologico) finale o consequenziale è descritto dalla fattispecie della norma sulla validità di quella determinata azione deontica o, almeno, di quella particolare condizione di validità. Sicché, il fine di cui si parla è il riferimento extralinguistico della fattispecie, il suo significato, da equiparare con lo stato-di-cose fattuale, deontico, antropologico o assiologico realizzatosi effettivamente.

Se per gli stati-di-cose fattuali non si pongono problemi di sorta, il quesito su come comprendere gli stati-di-cose finali concretamente realizzatisi v'è per gli stati-di-cose deontici, antropologici e assiologici.

Gli stati-di-cose deontici sono frutto della comprensione degli enunciati deontici prodotti dall'atto (qualora l'atto thetico produca una norma deontica) o che "rimangono" a valle di questo (qualora l'atto thetico ponga una norma thetica): la parte della disposizione "sopravvissuta" ad

³⁸¹ Cfr., sebbene solo a proposito della norma attributiva di potere amministrativo, M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., pp. 298 e ss..

un'abrogazione parziale, l'enunciato deontico contenuto nell'atto convalidato (ove la convalida è l'atto di cui verificare la validità) e simili.

Gli stati-di-cose assiologici e antropologici saranno, invece, o l'esito della comprensione teleologica di quegli stessi enunciati deontici prodotti, direttamente o indirettamente, dall'atto thetico. Oppure, ma solo se si tratta di performativo che pone una norma thetica, per mezzo di una valutazione diretta degli stati-di-cose fattuali derivanti dall'azione deontica si ricostruisce una qualificazione di fatti materiali alla stregua di criteri assiologici o antropologici, di varia estrazione, che consente la rappresentazione intellettuale dei valori e degli interessi ad essi connessi.

In ogni caso, comunque, la conoscenza degli stati-di-cose fattuali, deontici, antropologici o assiologici da sussumere entro la fattispecie della meta-norma deriva dalla comprensione del performativo thetico, cioè del mutamento. V'è, dunque, il profilo caratterizzante del giudizio di validità: l'analogia attributiva che si muove a spirale fra due comprensioni linguistiche.

II) Per il sindacato sulla scelta la comprensione del fine della meta-norma assume un ruolo "preliminare", giacché consente al giudice di individuare il rapporto di causalità ed il "micro-cosmo" dei rapporti antropologici e assiologici coinvolti nella scelta.

La qualificazione avviene, però, in virtù dei criteri indicati dalle meta-norme per la verifica della correttezza della scelta. Anch'essi, quali (parti) di enunciati deontici, necessitano di comprensione. La qualificazione in questione, dunque, è analogia attributiva fra due comprensioni: quella fra enunciati deontici e il giudizio di preferenza che ha determinato la scelta dell'indiscernibile.

Decisiva per un discorso ermeneutico e semantico su questo sindacato è, però, l'analisi del contenuto delle meta-norme, *id est* dei criteri che esse

individuano per la verifica della correttezza della scelta. A seconda che riguardino il rapporto di causalità fra mezzo deontico e fine, la ponderazione assiologica o antropologica sottesa alla scelta o la sua giustificazione, la struttura dell'analogia può mutare. Ma, all'evidenza, si tratta di un discorso prettamente dogmatico.

III) Nel sindacato di scelta, infine, la comprensione del fine della meta-norma è identica a quella che ha posto in essere l'autore dell'atto per formulare il giudizio di preferenza che lo ha condotto alla scelta di quell'azione deontica che ora viene sindacata e, anche in questo caso, preliminare rispetto al sindacato.

La decisione sulla validità dell'atto avviene a valle della ripetizione del giudizio di preferenza da parte del giudice e, in particolare, è l'esito dell'analogia attributiva fra l'esito del giudizio di preferenza dell'autore e quello del giudice, laddove quest'ultimo viene posto come paradigma della corretta scelta.

Si tratta, dunque, del venire in corrispondenza di due azioni deontiche, l'una scelta e posta effettivamente in essere dall'autore dell'atto; l'altra scelta e prefigurata intellettivamente dal giudice³⁸². Vengono in corrispondenza due comprensioni di atti thetici, tanto nella loro dimensione meta-linguistica (sempre performativa), quanto nella loro dimensione linguistica (performativa o deontica che sia).

22. Dimensione “iniziale” della validità pragmatica e giudizio di validità.

Per il giudizio circa le condizioni di validità pragmatica consistenti in stati-di-cose iniziali o presupposti, si sono distinti due tipi di sindacato: di

³⁸² Sempre che questi non sia direttamente titolare del potere di sostituire l'atto prodotto: in caso contrario, infatti, il giudice oltre a qualificare come invalido l'atto, rimuovendolo, ne produrrà uno nuovo. E, dunque, oltre a prefigurare la propria scelta d'azione deontica, la porrà in essere.

qualificazione e sulla qualificazione, a seconda che la qualificazione dello stato-di-cose concreto nella descrizione della meta-norma operata dall'autore dell'atto sia ripetuta o meno.

Anche in questa dimensione della validità è necessaria la comprensione della meta-norma (o di quella parte di essa che riguarda la condizione di validità pragmatica in questione), in particolare della sua fattispecie, composta dalla descrizione di quello stato-di-cose iniziale o presupposto, che ne costituisce il riferimento extralinguistico e, dunque, il significato.

Ed anche in questa dimensione della validità quest'interpretazione assume ruoli differenti nel sindacato di qualificazione e sulla qualificazione.

I) Nel sindacato di qualificazione, l'interpretazione della fattispecie della norma che indica quale è lo stato-di-cose iniziale o finale consiste nella concretizzazione della norma da utilizzare nell'equiparazione.

Se lo stato-di-cose iniziale è fattuale, la comprensione di questo avviene come descritto nella prima parte della ricerca.

Se, invece, si tratta di uno stato-di-cose deontico, esso deve essere compreso tramite la triade comunicazione/rappresentazione/comunicazione dell'enunciato deontico³⁸³ che vi fa riferimento.

Per gli stati-di-cose antropologici ed assiologici si può ripetere quanto già detto a proposito della dimensione teleologica della validità pragmatica: essi si comprendono tramite la comprensione degli stati-di-cose deontici di cui dovessero essere il fine o tramite la valutazione degli stati-di-cose fattuali, alla stregua del criterio di individuazione del valore o dell'interesse.

³⁸³ Sia esso il livello linguistico di un atto thetico o l'enunciato che riporta la vigenza di una norma athetica.

II) Nel sindacato sulla qualificazione attinente alla giustificazione della qualificazione, l'interpretazione della meta-norma assume rilievo "preliminare", onde vagliare quali siano principi, valori e interessi sottesi alla qualificazione operata dall'autore dell'atto, cioè quanto deve essere tenuto in considerazione nell'argomentare la posizione del limite dell'indiscernibile.

La comprensione necessaria all'equiparazione è, però, quella delle regole argomentative (*id est* del metodo) del sistema cui appartiene il concetto classificatorio utilizzato per la qualificazione, sia esso un concetto giuridico, assiologico, antropologico o scientifico, per il livello giustificativo.

Data la natura normativa o contro-fattuale del metodo³⁸⁴, le regole di giustificazione consistono in enunciati deontici, da comprendere tramite la triade comunicazione/rappresentazione/comunicazione, in cui la fattispecie è rappresentata da descrizioni della struttura e del contenuto della giustificazione, entro cui sussumere gli enunciati in essa presenti, anch'essi da comprendere.

Si tratta, allora, del venire in corrispondenza di due comprensioni testuali, ove, dunque, l'interpretazione della giustificazione della qualificazione assume il posto del fatto da costruire. Sicché, può aggiungersi ora, perché possa darsi un sindacato sulla qualificazione è necessario che la qualificazione sia giustificata³⁸⁵.

Quando il sindacato sulla qualificazione riguarda la realizzazione dell'interesse che spinge alla qualificazione, si tratta di sussumere, in concreto o in astratto, uno stato-di-cose antropologico, derivante dalla

³⁸⁴ Cfr. *supra*, parte I, cap....

³⁸⁵ Nel caso in cui al giudice sia impedito il sindacato di qualificazione, può darsi che la mancanza della giustificazione rilevi quale vizio di validità *ex se*, salvo che l'autore si uniformi ad un diffuso consenso quanto alla posizione del limite dell'indiscernibile (cfr. *supra*, parte I, cap....- decisioni "facili").

comprensione finalistica (eventualmente tramite prefigurazione della catena eziologica avviata o fatta progredire dall'atto) dell'azione deontica, cioè del performativo thetico e del suo contenuto (eventualmente prescrittivo), nella descrizione di quello, ricavabile dall'interpretazione della (parte della) meta-norma che impone quella determinata condizione di validità. Sicché l'interpretazione della meta-norma è determinante nella qualificazione necessaria al giudizio di validità.

Anche in questo caso, poi, si tratta del venire in corrispondenza di due comprensioni: della meta-norma nella concretizzazione, dell'atto thetico nella costruzione.

Qualora il sindacato sulla qualificazione, infine, si presenta "scomposto" in quello sulla sussistenza del fatto qualificato e sull'interpretazione della norma, v'è, rispettivamente, un semplice accertamento dell'esistenza del fatto o la sussunzione delle conseguenze assiologiche e/o antropologiche dell'interpretazione entro quelle accettabili alla luce della *ratio* della norma e delle direttive assiologiche ordinamentali.

23. Dimensione soggettiva della validità pragmatica e giudizio di validità.

A proposito del giudizio sulla dimensione soggettiva della validità pragmatica si sono distinte tre conformazioni della fattispecie della meta-norma: descrizione, nome proprio o mista. E, accanto a queste, due possibili modi di conoscere chi sia l'autore dell'atto, cioè di conoscere il fatto concreto che X ha compiuto l'azione deontica, a seconda che l'atto thetico sia enunciato in forma scritta o meno: nel primo caso (forma scritta), si tratta della comprensione delle descrizioni definite singolari e del nome proprio che figurano nell'atto (intestazione, generalità,

sottoscrizione); nel secondo, la riferibilità è appresa tramite i sensi (vista e udito), sotto cui cade l'enunciazione verbale o il comportamento materiale corrispondente.

A) Iniziamo dalla semantica ed ermeneutica del parametro. Per l'interpretazione-comprensione della meta-norma quando il soggetto titolare del potere di mutamento è definito tramite descrizione non c'è differenza rispetto all'interpretazione di una fattispecie che descrive un fatto bruto: si tratta della definizione di una classe, da concretizzare fino a portarla in corrispondenza del soggetto autore dell'atto, di cui, al contempo, si sono selezionate le caratteristiche rilevanti (la costruzione del fatto); il tutto alla luce della precomprensione, la quale ha individuato la soglia dell'indiscernibile sulla quale porre in equiparazione i due termini dell'analogia³⁸⁶.

Non è così quando nella fattispecie entra un nome proprio. Quest'ultimo, infatti, ha come significato sempre il riferimento extralinguistico, ma esso è rappresentato da un solo ente: quando i parlanti utilizzano un nome proprio lo fanno per evitare di ripetere tutti gli elementi distintivi di quell'individuo attraverso una sua descrizione³⁸⁷. Il nome proprio, dunque, ha *un solo* referente, reca un riferimento definito singolare³⁸⁸.

Il significato del nome proprio, pur non essendo proprio delle parole o oggettivo (in quanto coincide sempre con l'entità extralinguistica), è privo di qualunque specie di vaghezza: non si tratta della definizione di una classe, ma del riferimento ad un individuo.

³⁸⁶ Ovvio che, quando la fattispecie contiene un concetto analitico (come l'aver compiuto diciotto anni), il modello muti, divenendo un giudizio meramente identitario e tautologico, nei termini già rilevati nella parte I, cap...., par...

³⁸⁷ J.R. SEARLE, *op. cit.*, p. 224.

³⁸⁸ J.R. SEARLE, *op. cit.*, pp. 207 e ss..

Sicché, la norma sulla dimensione soggettiva della validità pragmatica non deve essere concretizzata, perché la fattispecie è già minimamente estesa e massimamente intensiva, in quanto fa riferimento ad un solo individuo. Correlativamente, l'autore dell'atto non deve essere compreso quale parte di una classe, non devono essere selezionati i suoi elementi rilevanti. Né, per lo stesso motivo, v'è analogia attributiva alla luce del principio degli indiscernibili, ma relazione L-identità/L-non-identità tra la fattispecie composta dal nome proprio e l'autore dell'atto³⁸⁹.

Quando v'è, invece, una definizione mista le due diverse modalità di relazione si associano. E, a seconda del contenuto della meta-norma e della struttura della contestazione circa la validità dell'atto (se controllo officioso "a tutto campo" o impugnazione), è possibile anche riscontrarne una soltanto o utilizzare una sola dimensione (magari perché è più evidente il vizio).

B) Sul versante della conoscenza dell'autore dell'atto, quando l'azione deontica è posta in essere tramite enunciazione verbale, gesti o comportamenti concludenti, lo stato-di-cose fattuale viene percepito già in quanto tale, attraverso la conoscenza sensibile. Sicché il soggetto che ha (in senso lato) enunciato il performativo, quale parte dell'evento caduto sotto i sensi di almeno un'altra persona³⁹⁰, dovrà essere posto in relazione alla definizione del soggetto abilitato dalla norma, secondo sussunzione o relazione di L-identità. Il suo accertamento consiste, dunque, nella costruzione (della parte soggettiva) del fatto, rispetto alla fattispecie della meta-norma, reciprocamente comprese.

³⁸⁹ Esemplicando, la conclusione di quest'attività intellettuale non è un giudizio del tipo 'Socrate è un uomo', ma del tipo 'Socrate è il filosofo greco, maestro di Platone, morto suicida...'. Il che può essere reso, in base alla convenzione che regge l'uso del nome proprio, in 'Socrate è Socrate'.

³⁹⁰ Questo solleva, in verità, il problema della prova di tali azioni deontiche. La questione, non essendo determinante ai fini della terza parte di questa ricerca, viene tralasciata.

Nel molto più frequente caso in cui l'azione deontica è compiuta in forma scritta, le espressioni di riferimento definito singolare contenute nell'atto (intestazione, generalità, sottoscrizione) devono essere interpretate, le une alla luce e per mezzo delle altre, in modo da rintracciare l'unico loro referente, *id est* l'autore dell'atto³⁹¹. Quest'interpretazione è indipendente dal giudizio di validità e dal suo parametro. Le espressioni che contengono il riferimento all'autore dell'atto, come per la fattispecie della meta-norma contenente un nome proprio, non rappresentano una classe attraverso l'indicazione delle sue proprietà, ma un individuo. Proprio grazie a quel riferimento si trae l'elemento da porre in relazione di L-identità con la fattispecie.

L'interpretazione dell'atto ai fini di ricostruire l'identità del suo autore, dunque, non entra nel giudizio quale elemento, come si è visto per altre partizioni del giudizio di validità pragmatica e per la validità sintattica, ma è un'implicazione necessaria del giudizio di validità pragmatica soggettiva.

Il giudizio di validità pragmatica soggettiva si svolge, in definitiva, sempre tra un individuo (conosciuto tramite interpretazione delle espressioni che vi fanno riferimento definito singolare nell'atto o tramite la percezione dell'azione deontica) e la fattispecie della meta-norma. A seconda della struttura semantica di questa, si avrà un'analogia attributiva alla luce del principio di identità degli indiscernibili (se la fattispecie è composta da una descrizione), un'identità (se la fattispecie è composta da un nome proprio) o una combinazione di questi due momenti, con molteplici varianti (se la fattispecie risulta costituita da una descrizione e da un nome proprio).

³⁹¹ Si tralascia, a questo livello di astrazione, l'eventuale dissociazione fra autore dell'atto e soggetto cui imputarne gli effetti, come nella rappresentanza o nell'immedesimazione organica.

24. Interpretazione dell'enunciato deontico e giudizio di validità sintattica.

Per la validità sintattica il discorso può rapidamente esaurirsi, facendo riferimento a quanto detto per la comprensione degli enunciati deontici e a proposito della relazione tra le interpretazioni di questi e delle corrispondenti meta-norme: si tratta di conoscere stati-di-cose deontici³⁹² e di verificarne la non-incompatibilità, portandoli ermeticamente in reciproca corrispondenza. È una pura analogia attributiva tra due interpretazioni-comprensioni.

Si può notare, comunque, che il giudizio di validità sintattica è privo della dimensione finalistica, quale parte dell'occasione dell'atto. Ma, ciononostante, la prospettiva strumentale del diritto non ne è esclusa: lo stato-di-cose deontico, anche in sé riguardato, mantiene la sua funzionalità alla realizzazione di valori ed interessi.

Proprio perché perde la dimensione dell'azione deontica, dunque dell'intenzionalità dell'autore, il giudizio di validità sintattica è quello che più si presta alla soluzione delle antinomie tramite interpretazione conforme³⁹³: senza la dimensione assiologica-antropologica del fine concreto dell'autore, la posizione del limite dell'indiscernibile avviene principalmente alla luce della conservazione della norma³⁹⁴.

25. Interpretazione dell'autore dell'atto e giudizio di validità.

³⁹² La conoscenza degli stati-di-cose deontici cui fanno riferimento le norme da giudicare nella loro validità sintattica non si interseca con la qualificazione tipologica, in virtù del fatto che in questo giudizio la norma è riguardata *ex se*, senza riferimento alcuno all'atto, unico soggetto della predicazione del tipo.

³⁹³ Anzi, secondo una parte della riflessione teorica, ogni soluzione di antinomie è questione interpretativa: per tutti, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 143 e ss..

³⁹⁴ Come accade, in effetti, per il giudizio di legittimità costituzionale, ove uno dei requisiti di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale è il tentativo di interpretazione conforme a Costituzione: cfr.....

L'autore dell'atto, nel momento in cui si accinge ad esercitare il potere attribuitogli da una norma secondaria, la interpreta al fine di "applicarla". In primo luogo, deve comprendere quali comportamenti deve tenere per compiere l'atto thetico che ha intenzione di porre in essere. E, in tal caso, comprende le meta-norme di validità pragmatica formale. Lo stesso fa per le condizioni di validità pragmatica materiale, in quanto occasioni dell'atto: deve comprendere quali sono gli stati-di-cose iniziali e/o presupposti per la validità dell'azione deontica che vuole compiere, per verificarne l'esistenza, attraverso la qualificazione entro le classi definite dalla norma costitutiva; deve comprendere quali sono gli stati-di-cose finali e consequenziali di quell'atto, per verificare se corrispondono al fine che egli intende realizzare e, viceversa, se il fine che intende realizzare o che prevede che si realizzerà collima con quello prescritto dalla norma secondaria (in questo caso di fine). Ugualmente è ragionevole attendersi che l'autore dell'atto interpreti le norme già presenti nel sistema e che sono, in qualunque senso, superiori rispetto alla norma deontica che sta per introdurre, per verificarne la non-incompatibilità.

L'interpretazione di tutte queste norme è compiuta anche dal giudice, sebbene egli le utilizzi come norme sulla validità. Ciò non significa, però, che ogni interpretazione delle norme costitutive, elaborata dall'autore dell'atto, sia rilevante nel giudizio di validità, cioè divenga oggetto del sindacato giudiziale.

Non sembra che possa mai esserlo nel giudizio di validità sintattica. Il passaggio ermeneutico per l'autore dell'atto non è affatto necessario, né in qualche modo influente sul contenuto dell'atto: è ben possibile che l'autore dell'atto ponga deliberatamente prescrizioni sintatticamente invalide, avendo compreso le norme superiori, o che le ponga senza rendersi conto della loro invalidità sintattica, per aver omesso il passaggio interpretativo

della meta-norme di validità sintattica. E, comunque, l'invalidità non deriva dall'omissione di questo momento o dall'intenzionalità dell'invalidità, ma dall'incompatibilità dello stato-di-cose deontico con quelli ad esso superiori, nella comprensione che di essi ha il giudice.

Nel giudizio di validità pragmatica, poi, solo nel caso in cui all'autore dell'atto sia rimessa una qualche riserva assoluta di qualificazione di uno stato-di-cose rilevante come occasione dell'atto, l'interpretazione diviene oggetto di sindacato³⁹⁵, quale momento della qualificazione riservata. Altrimenti, infatti, il giudice è pienamente capace di sostituire la propria interpretazione delle meta-norme e la propria qualificazione degli stati-di-cose come occasioni dell'atto a quelle dell'autore³⁹⁶.

³⁹⁵ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., pp. 75 e ss.. Cfr. *supra*, in questo capitolo, par...

³⁹⁶ La situazione è spesso vista come il corollario del principio *iura novit curia*.