

IN LIMINE

I saggi della presente raccolta rappresentano la continuazione di un discorso che ha radici lontane, che ha trovato dapprima motivazioni in un paese che viveva le illusioni pandemocratiche della partecipazione diffusa, e che poi ancora si trovava ignaro dei venti di una crisi di là da venire che, oltre a essere economica, avrebbe finito per investire ogni ordine di valori.

In *La discrezionalità amministrativa* (Cedam, 1986), il buon amministrare s'identificava con una volontà dialogica incentrata sulla distanza temporale e sulla storicità del comprendere.

E l'intera impostazione ruotava intorno al meccanismo della comprensione, destinato a guidare l'interprete nella ricerca di senso, e nella valorizzazione della fase preventiva di apertura al mondo, che per se stessa sarebbe presente ancor prima della comprensione di singoli punti del discorso da interpretare.

Se il problema, allora, era quello di definire la natura dei confini tra interpretazione e discrezionalità, la teoria dell'esperienza ermeneutica, e specie l'influenza esercitata dal pensiero gadameriano, hanno costituito il filo rosso di una dogmatica fiduciosa nelle sorti progressive di una modernità atta ad estendere l'idea di una democrazia amministrativa fondata sulla collaborazione attiva dei cittadini e sulla sussidiarietà.

Nei tre lavori riuniti che formano il successivo volume dal titolo *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo* (Giuffrè, 2001), il ragionamento si ispessisce, e il tentativo è quello di mantenere alla dogmatica l'arduo compito di tener fermi gli istituti tradizionali, solo adattandoli alle esigenze di una società in rapida trasformazione, vieppiù in attesa di un intervento risolutivo del legislatore.

Il metodo giuridico diviene oggetto di un confronto radicale tra gli opposti orientamenti del giuspositivismo e dell'ermeneutica.

Del primo, pur paventandosi il rischio di un modello troppo astratto di scienza giuridica, destinato ad avere effetti paralizzanti sul concreto lavoro dell'interprete, si mette alla prova qua e là lo strumentario di base.

Per altro verso, senza apparente soluzione di continuità, la lezione analitica, considerata nella proiezione del realismo, serve a munire l'argomentazione di quelle cautele che, sgomberato il campo da possibili derive ideologiche, possano essere funzionali a registrare gli usi linguistici effettivi, l'ambiguità e l'indeterminatezza delle espressioni linguistiche.

Si tratta di un esercizio del metodo giuspositivistico, che si fonda sul tentativo di superare immaginari steccati provando a verificare nella analisi dei ragionamenti svolti da dottrina e giurisprudenza intorno a figure classiche quali quelle della discrezionalità e dell'interesse legittimo, un amalgamento tra atteggiamenti diversi, ritenuti fin troppo distanti, specie ove apprezzati alla luce della riscoperta della ragione pratica.

Quanto all'ermeneutica, quel che viene in evidenza è ora il superamento della prospettiva gadameriana orientata ad una "urbanizzazione" dell'attività di comprensione attraverso il linguaggio.

Se nell'opera gadameriana, si assisteva infatti ad una generalizzazione del carattere linguistico di ogni esperienza e conoscenza, confidando esclusivamente nell'attitudine del dialogo e della reciproca appartenenza di soggetto ed oggetto ad un orizzonte unitario, a "gettare ponti" tra linguaggio ed esperienze diverse, tutto ciò non pare più sufficiente.

Quel che si contesta, non è tanto il raccordo possibile ed anzi auspicato, con gli sviluppi della metodologia o con spiegazioni di tipo epistemologico, quanto la mancata radicalizzazione del discorso sull'essere.

Con ciò, potrebbe dirsi, si inaugura pure la stagione delle "avventure della differenza", e molteplici divengono le strade che si aprono ad uno sguardo attento al divenire del mondo.

Si tratta di itinerari del pensiero fotografati in uno stadio intermedio, tra argomentazione e narrazione (*Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Giappichelli, 2011), in cui compaiono e scompaiono libertà e nuovi localismi nella prospettiva di un mondo liberalizzato; e in cui ordine giuridico e prassi sociale si confrontano, mentre l'ambito della tecno-scienza si prende defi-

nitivamente la scena e si assiste all'oltrepassamento delle tradizionali frontiere della biologia e a un'idea di vita non più presentabile nei termini cui eravamo abituati fino a qualche tempo fa.

Nel nuovo scenario, diverse razionalità – prassi sociali giocano e interagiscono l'una con l'altra, rivelando tratti insieme particolari e universali, e svelando il dilemma del binomio autorità-consenso, ricostruito ripercorrendo quei tratti di storia del pensiero che soli possono giustificare il ruolo della dogmatica nell'attuale momento storico.

Rapporto amministrativo, procedimento, tematica risarcitoria, principio del contraddittorio divengono i luoghi argomentativi di una nuova relazione intercorrente tra cittadino e amministrazione, ove proprio la specialità di un diverso diritto amministrativo viene a confronto con il diritto privato. Soprattutto la prospettiva partecipativa è sviscerata dall'interno, entrando in tensione nel contatto con l'esaltazione di una dimensione policontesturale, laddove rileva la difesa del ruolo del soggetto nella sua concretezza – per il tramite dell'autosservazione del corpo e della mente – a fronte della “matrice anonima di un medium comunicativo autonomizzato” (Teubner).

E da tale punto di vista, pure categorie storiche quali quelle di formalismo e realismo, anziché prender le vesti di precise opzioni metodologiche e culturali, vengono riconosciute quasi come formule retoriche ove misurare in concreto il farsi stesso del fenomeno della giuridicità.

Giunti a tal punto sorgono alcune domande, che sono poi quelle che ci siamo posti all'inizio del presente lavoro, che per molti versi rimanda e va letto in uno con il precedente.

Come provare a ricucire le fila di un discorso che, in quanto frammentario e composito non parrebbe più in grado di divenire oggetto del tradizionale sapere dogmatico.

Quale possibile itinerario per un approccio differente ai problemi, che sia in grado di prendere le distanze sia dalla reviviscenza di qualche incarnazione del relativismo e di indebolimento del pensiero, sia per altro verso dalle tentazioni manifeste di un nuovo realismo, in sé opposto alla prospettiva *post*-moderna secondo cui l'interpretazione prevarrebbe sui fatti, ma un po' evanescente nel passaggio dalla *pars destruens* alla *pars costruens*.

A tali interrogativi vorrebbero rispondere i quattro saggi della

presente raccolta, tutti, in modi e con contenuti diversi rivolti a dar conto delle possibili metamorfosi di un potere – amministrativo, legale, globale – che si esprime in forme linguistiche peculiari.

Così il primo saggio prova a rileggere un tema classico quale quello delle valutazioni tecniche e delle scelte politiche della pubblica amministrazione, ma alla luce di una particolare impostazione della tematica della vaghezza, e di una diversa prospettazione del legame tra pensiero e linguaggio, e in ultima analisi di una differente concezione della dialettica interpretativa.

Nella prima sezione, dopo un breve *excursus* sul paradosso del sorite, l'esame del nesso intercorrente tra interpretazione e discrezionalità ci porterà a ripercorrere taluni itinerari della dottrina novecentesca, sfatando l'illusione della facile scindibilità dei concetti giuridici indeterminati dalle opzioni di ordine politico.

Anziché supporre che i primi siano in grado di vincolare univocamente le scelte della pubblica amministrazione, ovvero per contro considerare i fatti esclusivamente nel prisma inesauribile del soggetto interpretante, quel che si propone è di tornare a riflettere su taluni fondamenti della tradizione filosofico-metafisica.

È da tale rilettura che sarà necessario prendere le mosse per un ripensamento della questione della vaghezza e del rapporto intercorrente tra ontologia e metodologia, così come del concetto stesso di precomprensione (sezione seconda).

La precomprensione di cui parlava l'ermeneutica filosofica – e il pensiero va all'impostazione data da Gadamer alla tematica di linguaggio e scrittura – esige la presenza di un interprete mediatore tra attualità e tradizione, nella prospettiva di una ontologia radicata esclusivamente nella identificazione dell'essere con il linguaggio.

Ora la precomprensione rimanda a un luogo prelogico di ogni comprensione.

Come vedremo, è l'idea di relazione e di differenza immanente all'essente, che è anche qualcosa eccedente ogni finitezza del suo apparire, a confermare la necessità di un ascolto senza pregiudizi, che superi ogni paradigma individualistico, valorizzando una cultura della responsabilità, per se stessa opposta all'idea di un ordine globale interamente regolato, espressione di qualche pericolosa logica identitaria.

Infine nella terza sezione della prima parte si assiste ad un

confronto con la prassi giurisprudenziale e con la prospettiva delle scienze sociali.

In tal senso un breve *excursus* sulla nozione di “merito” in uno con quella di interesse pubblico, offrirà l’opportunità di un approccio diverso, attento alle “ragioni ultime” delle scelte (lontane da eccessive categorizzazioni della logica).

Nell’epoca in cui ci troviamo a vivere, differenti e talora convergenti appaiono gli itinerari del pensiero.

La seconda parte del lavoro è dedicata all’esame della possibilità di adeguare le definizioni e le rappresentazioni di un diritto amministrativo rinnovato, alle sfide imposte dalla necessità di superare un punto di vista riduzionistico rispetto ai sistemi sociali e giuridici e di volger lo sguardo ai paradigmi della complessità.

Il primo saggio della seconda parte prende spunti di riflessione da una recente opera di Marcello Clarich, che ha acquisito una posizione rilevante nella cultura giuridica del nostro paese.

Si tratta di un lavoro che propone un *excursus* completo e approfondito delle problematiche del diritto amministrativo del nostro tempo.

Rapporto amministrativo, provvedimento, procedimento, responsabilità, profili organizzatori, sono tutti aspetti rivisitati tenendo conto dell’esigenza di “trovare gli opportuni punti di mediazione e assicurando le necessarie garanzie”.

Qui, legge parità e potere esprimono le tensioni interne a un sistema, per la comprensione del quale è d’uopo appunto ricorrere al paradigma della complessità: ordine e disordine finiscono per coesistere in modo insieme complementare e all’apparenza contraddittorio.

Ne risulta un quadro composito, ove fitto si fa il dialogo del diritto con i linguaggi delle discipline sociali, politiche ed economiche.

Il saggio successivo affronta un tema scottante, quello della applicabilità delle metodologie economiche al mondo del diritto pubblico, e lo fa prendendo spunto da alcuni contributi importanti di Giulio Napolitano. Anche in questo caso la specialità e le missioni di un diritto amministrativo in via di trasformazione, inducono a operare un confronto tra prassi e teoria, nel tentativo di svelare gli effetti delle regole sulle condotte individuali e sul benessere collettivo.

Infine l'ultimo saggio coglie l'occasione di una riflessione a margine dell'opera di un civilista, Aurelio Gentili, per proporre una comparazione con metodi e approcci tipici della cultura amministrativistica.

In tale prospettiva il profilo della legalità e quello di una sovranità basata sul diritto che vada al di là degli schemi nazionali si scontrano e quasi si esaltano a contatto con l'idea di un diritto inteso come discorso.

Quel che conta è il mantenimento, fin dove è minimamente giustificabile, dei fondamenti di ordine logico, specie facendo riferimento al principio di non contraddizione.

Oltre e al di là del tradizionale ragionamento deduttivo, non si sfocia nella terra di nessuno del mero relativismo o di un problematico nichilismo, bensì nella difesa, apparentemente inconciliabile, dell'idea di un diritto inteso come discorso, che mette al centro la credenza nella teoria dell'argomentazione, nelle virtualità della ragione pratica e nel ruolo creativo rivestito dalla scienza giuridica.

E proprio tale posizione risulta curiosamente consonante con taluni indirizzi della scienza amministrativistica connotati dal timbro del realismo, già discussi nella prima parte del presente lavoro.

Il riferimento al proposito è ai contributi di Federico Cammeo, la cui opera intreccia originalmente discorso pratico generale e discorso giuridico, valorizzando le finalità euristiche del ragionamento giuridico.

Ovvero ai più recenti lavori di Fabio Merusi, anch'essi aperti a una visione transnazionale che, facendo leva sulla "natura delle cose", sottolinea la "convivenza necessaria ma cangiante" di ragionevolezza e discrezionalità.

La scienza giuridica attraversa un'epoca di pluralità di metodi.

Essa, pur conservando il linguaggio e l'apparato dogmatico, è costretta sempre più spesso a tener conto di interessi, prassi, bisogni, fatti istituzionali tra loro contrastanti.

Quel che risulta indispensabile è "tentare di intrinsecare strutturalmente questa o quella tecnica. Insomma, e con altre parole: organizzare la complessità".

PARTE PRIMA

**IL LINGUAGGIO E LE REGOLE
TRA VALUTAZIONI TECNICHE
E SCELTE POLITICHE**

SEZIONE I

ITINERARI NOVECENTESCHI IN TEMA DI POTERE AMMINISTRATIVO E VALUTAZIONI TECNICHE

1. *Profili introduttivi alla tematica della vaghezza. Il paradosso del sorite*

Il tema della vaghezza, traendo spunto dai fenomeni della vita reale, talora sollecita domande apparentemente inconcludenti, ovvero prive di risposte plausibili.

Come si possa stabilire l'istante esatto in cui da uno *status* si passi ad un altro (ad esempio da bambino a uomo); come si possa determinare la misura esatta di una quantità al fine di definire il passaggio da una situazione ad un'altra (ad esempio da povertà a ricchezza; da calvo a non calvo).

Benché apparentemente senza senso, interrogativi di questo tipo trovano un tentativo di risposta nella discussione intorno al c.d. paradosso del sorite, da cui ha preso origine proprio il problema filosofico della vaghezza.

Ma cos'è un paradosso? Riportando una recente formulazione, esso è “un argomento il quale, muovendo da premesse intuitivamente vere, e attraverso deduzioni intuitivamente accettabili, conclude in un enunciato assurdo o palesemente controintuitivo”¹.

Se pur vengono rispettate le regole di inferenza logica e la veri-

¹ F. BERTO, *Paraconsistenza e dialeteismo*, in F. PUPPO (a cura di), *La contraddizione che noi consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, Milano, 2010, p. 118; F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Padova, 2012, p. 25.

tà delle premesse, la conclusione risulta inaccettabile e dunque palesemente falsa.

Così, riportando uno degli esempi richiamati più sopra, difficile sarebbe sostenere che è falso che una persona con un solo capello sia calva. Conseguentemente, visto che un solo capello non fa alcuna differenza, sarebbe facile affermare che nemmeno è falso che una persona con due capelli sia calva e così via di seguito. Ma nessuno, pur nel rispetto della medesima regola di inferenza, sarebbe disposto ad accettare l'asserzione che è vero allora che una persona con centomila capelli sia calva – tale è la tesi estrema del paradosso soritico – ciò che sarebbe controintuitivo.

Viene dunque da chiedersi che effetto sortirebbe accogliere una concezione così radicale da sfidare il senso comune.

Al proposito potrebbe sostenersi, infatti, che le conclusioni paradossali vengono fatte discendere in modo corretto da presupposti determinati.

Che, pertanto, il ragionamento soritico sarebbe corretto, dimostrando che è il modo in cui pensiamo i termini vaghi a essere incoerente, di talché forse la realtà fuori di noi non è come noi la immaginiamo, e che i termini vaghi non hanno estensione.

In altre parole, sarebbe come dire che la realtà fuori di noi non corrisponde a ciò che pensiamo e vediamo.

Se il mucchio non sussiste, neppure a fronte dell'evidente esistenza di una quantità indefinita di oggetti reali, neppur avrebbe un senso ricorrere al concetto della vaghezza, venendo in discussione l'utilità del ricorso stesso allo strumento linguistico².

A tale estrema conclusione si è pervenuti affermando, ad esempio, che la molteplicità ed il movimento non esistono, ciò contrariamente al senso comune³.

A ben vedere la tentazione e quasi il gusto radicale di presentare una proposta difforme da ciò cui comunemente crediamo, potrebbe essere una delle motivazioni che ha spinto i filosofi contemporanei a tornare a riflettere sul vecchio paradosso del

² UNGER, *There Are no Ordinary Things*, Synthese, 41.2, p. 117 ss.; WHEELER, *On That Which is Not*, *ibidem*, p. 155 ss.

³ Cfr. sul punto con attenzione al nichilismo, F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Padova, 2012, p. 25.

sortite, seppur con esiti radicalmente nichilistici⁴.

E peraltro, a fronte della tentazione di presentare una “ontologia alternativa a quella del senso comune”, quel che è prevalso è stata la sentita esigenza di argomentare criticamente la ripulsa della sfida di fondo annessa al paradosso soritico⁵.

Un primo tentativo di risposta è arrivato, non a caso, innanzitutto da parte di quelle concezioni che, focalizzando l’attenzione sulle modalità di rappresentazione per il tramite del linguaggio, hanno finito per respingere ogni deriva di tipo nichilistico, discutendo intorno agli strumenti offerti dalla logica classica.

Per ora non sarebbe possibile dar conto dell’intero dibattito sul tema, che pare lungi dal trovare compimento, e dunque ci si limita a pochi cenni⁶.

Per i fini che ci interessano, basti dire come nella prospettiva semantico-linguistica il fenomeno della vaghezza investe la questione del significato, il che induce a superare un principio fondamentale della logica classica, quello di bivalenza.

Diverse appaiono le modalità in cui viene definito il significato dei predicati vaghi, e si va dalla teoria dei gradi di verità, alla teoria del supervalutazionismo o a quella probabilistica, tutte basantesi sulla critica delle regole vero-funzionali (qualsiasi possano essere le regole vero-funzionali privilegiate)⁷.

È da dire che soprattutto la teoria dei gradi di verità ha avuto negli ultimi tempi una grande risonanza nel campo delle scienze sociali, e anche in ambito giuridico-dogmatico essa ha contribuito a sbloccare una sorta di *empasse* tra i fautori della cultura delle regole prescrittive e quelli favorevoli a valorizzare il polo delle scelte⁸.

Altro orientamento presente nel dibattito contemporaneo è

⁴ Per un’attenta e lucida analisi del paradosso del sorite, che dà conto dei presupposti megarici del nichilismo logico, vedi ancora PUPPO, *op. ult. cit.*, p. 67 ss.

⁵ Cfr. PAGANINI, *La vaghezza*, Roma, 2008, p. 25 ss.

⁶ La questione verrà ripresa più avanti nella seconda sezione, paragrafo 2.2.

⁷ Cfr. ancora PAGANINI, *op. ult. cit.*, p. 34 ss.

⁸ Vedi sul punto, con particolare attenzione alla logica “fuzzy”, le puntualizzazioni di MERUSI in *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, p. 70 ss. Si rimanda anche alle riflessioni di T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996, in particolare p. 159 ss.

rappresentato dalle teorie epistemiche, così dette perché fondate sui limiti conoscitivi degli esseri umani.

Qui si distingue un indirizzo realista, per il quale esisterebbe un qualcosa che, pur oggetto di verità, si sottrae alle capacità dimostrative dei sistemi funzionali in quanto sarebbe al di là delle nostre capacità di conoscenza, e al quale sarebbero comunque applicabili i canoni della logica classica⁹; da un altro antirealista per il quale se pur sarebbe sempre possibile stabilire in linea di principio ciò che è vero e ciò che è falso, ciò nonostante sussisterebbe un divario con la realtà fattuale, divario superabile solo tramite una logica intuizionista¹⁰.

Al proposito non va sottaciuta una particolare declinazione dell'indirizzo antirealista, di tipo più propriamente nominalista, che ha inteso ricorrere allo strumento delle definizioni linguistiche al fine di compensare l'assenza di conoscenza dei fatti nelle zone incerte e per così dire di penombra, e che oltretutto non ripudia gli strumenti della logica classica.

Per tale impostazione, toccherebbe alla semantica il ruolo di definire approssimativamente la zona di penombra, e alla pragmatica di precisare l'area di incertezza¹¹.

Se il linguaggio non è “il calco di una realtà preesistente” af-

⁹ WILLIAMSON, *Vagueness*, Routledge, London, 1994.

Ragionando sui fondamenti della matematica, una particolare impostazione osserva come possano esistere – assumendo quale premessa il principio di coerenza – proposizioni che, benché ritenute vere contenutisticamente, risulterebbero indimostrabili dal punto di vista assiomatico-formale. La vaghezza, anziché divenire il riflesso della mancanza di coerenza, è diretta conseguenza della indimostrabilità di un sistema formale, ponendo in alternativa i concetti di verità e di coerenza (vedi sul punto, GÖDEL, *Discussione sulla fondazione della matematica*, trad. it. di Ballo in GÖDEL, *Opere, Vol. I (1929-1936)*, Torino, 1999; TARSKI, di cui vedi in termini sintetici, *Verità e dimostrazione*, trad. it. CASARI, *La filosofia della matematica del '900*, Sansoni, Firenze, 1973, p. 81, con una distinzione tra diversi livelli di linguaggio. Per una discussione dell'intera problematica, con ampi riferimenti bibliografici vedi ora PUPPO, *op. cit.*, p. 115 ss.).

¹⁰ H. PUTNAM, *Vagueness and alternative logic*, *Erkenntnis*, 1983, 10, p. 297 ss.

¹¹ Cfr. LUZZATI, *La vaghezza delle norme: una analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, ID., *Rincominciando dal sorite*, in MANZIN-SOMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense: il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, 2006, p. 29 ss.

ferma per esempio Luzzati “esso è costituito invece da convenzioni”¹².

Tali convenzioni non risponderebbero ad alcun criterio di verità. Esse potranno peraltro rivelarsi utili rispetto al fine perseguito, di tal che sarà necessaria una motivazione che tenga conto della loro asserita efficacia rispetto all’obiettivo finale.

Va sottolineato, sul punto, come ricerca semantica e prospettiva pragmatica, oltre che una diversa concezione delle regole, finiscono anche in tal caso per offrire qualche giustificazione a tematiche giuridiche ben conosciute in ambito amministrativo come quella dell’amministrazione di risultato¹³ o quella dei vizi formali¹⁴.

Infine si accenna ad un’ultima prospettiva, su cui avremo modo di tornare in maniera più estesa nella seconda sezione del presente saggio.

Si tratta in effetti di più indirizzi diversi tra loro, che hanno quale denominatore comune quello di tener conto della realtà in cui ci troviamo a vivere, prendendo per oggetto un qualcosa o un mondo connotato dai caratteri di vaghezza.

Così per i sostenitori della vaghezza ontologica esisterebbero oggetti indeterminabili in sé, senza che venga necessariamente in discussione il ruolo svolto dal soggetto conoscente o il significato dei termini vaghi¹⁵.

¹² LUZZATI, *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto*, Torino, 2010.

¹³ Sull’amministrazione di risultato, si veda esemplificativamente IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall’interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 299 ss.; ID., *Costruzione del “futuro” delle decisioni e giustizia nell’amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Economia, diritto e politica nell’amministrazione di risultato*, Torino, 2003, p. 3 ss.; ROMANO TASSONE, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno di Palermo, 27/28 Febbraio 2003*, Torino, 2004; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2005, p. 103 ss.; CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 107 ss.; SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; GIOIOSA, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012, con ampia meditazione della problematica.

¹⁴ Tra la copiosa bibliografia riferimento d’obbligo è CIVITARESE MATTEUCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006.

¹⁵ PAGANINI, *op. ult. cit.*, p. 103 ss., che discute l’ipotesi che ci possa essere

Quando poi l'“ente” diviene addirittura oggetto di una rivisitazione del discorso filosofico-metafisico, esso, vivendo nel mondo, nel connubio tra pensiero e linguaggio, rivela una dinamicità costitutiva composta di finito e infinito, ponendo alla riflessione dei filosofi i grandi interrogativi relativi al rapporto tra essere e ente¹⁶.

Dopo tale succinta sintesi di alcune questioni annesse alla tematica della vaghezza, è importante insistere sulle ricadute sul piano giuridico.

Naturalmente la cultura giuridica traduce i contenuti del dibattito in forme peculiari.

Un profilo centrale è senz'altro quello dei concetti giuridici indeterminati, la cui nozione si pone in un rapporto ambiguo con quella di interesse pubblico, stabilendo eventuali intrecci tra giudizio di opinabilità e scelte di opportunità.

In questa prima sezione, con attenzione al contenuto delle valutazioni amministrative, vedremo di ricapitolare i punti controversi del dibattito dottrinale novecentesco, indulgiando sulla concezione manifestata da vari Autori circa il connubio tra semantica e pragmatica, circa la natura delle disposizioni normative (precise – imprecise, semplici – complesse), e in ultima analisi sulla visione della interpretazione presupposta.

2. Vaghezza del linguaggio e cultura del diritto amministrativo

Nel tracciare un primo *excursus* su alcuni itinerari dottrinali, si prende quale paradigma il paradosso del sorite da cui, come abbiamo riscontrato poco sopra, ha preso origine il problema filosofico della vaghezza.

Il tema del mucchio è stato affrontato da quei giuristi tedeschi che hanno ragionato intorno alle modalità di sottoposizione dell'amministrazione alla legge, alla ricerca di un temperamento tra astratta legalità e giudizi di opportunità dell'amministrazione.

vaghezza del mondo “indipendentemente dal nostro linguaggio dalla nostra conoscenza e dal nostro pensiero”. In generale vedi anche MORUZZI, *Vaghezza. Confini, cumuli e paradossi*, Roma-Bari, 2012.

¹⁶CACCIARI, *Labirinto filosofico*, Milano, 2014, p. 41 ss.

A proposito della fattispecie disciplinata da un regolamento del Baden, che impediva agli zingari di muoversi in orde, facile appariva asserire che uno zingaro solo non poteva costituire un'orda a differenza di cinquanta che l'avrebbero sempre costituita. Con riferimento ai numeri intermedi, la posizione della dottrina tedesca si mostra peraltro perplessa. E si va dalla ambiguità inerente la nozione di valore quale teorizzata da Walter Jellinek, alla assegnazione di uno spazio riservato all'autorità amministrativa, ipotizzato da Ule, che pur finisce per appellarsi a non meglio definite condizioni di responsabilità da parte della pubblica amministrazione, in sede di apprezzamento di particolari circostanze.

In particolare l'intera costruzione di Jellinek è incentrata sulla creazione della categoria giuridica del concetto giuridico indeterminato, talora basato a livello di fattispecie astratta sulla volontà attributiva del potere discrezionale, talaltra, in presenza di indeterminatezza non voluta, oggetto di un approccio meramente interpretativo¹⁷.

Nel primo caso i concetti indeterminati vengono assimilati alle ipotesi in cui vi sia una vera e propria attribuzione di discrezionalità da parte del legislatore.

Nel secondo caso, andrebbe cercata comunque la volontà del legislatore e all'autorità amministrativa non residua alcun potere di scelta in termini di valutazione d'opportunità.

Resta peraltro aperta la questione, ove si abbia un testo assolutamente inidoneo a trasmettere qualsivoglia volontà. In tali casi Jellinek pare rimandare a un non meglio precisato potere di creazione del diritto, ad opera della pubblica amministrazione. Nelle ipotesi in cui "l'incertezza o l'ambiguità della legge non erano peraltro nell'intenzione del legislatore, all'autorità amministrativa non spetta alcun potere di scelta in termini di valutazione dell'opportunità, ma spetta semplicemente di assumere *una* decisione che è l'unica e giuridicamente corretta e quindi legittima"¹⁸.

¹⁷ W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913; *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931.

¹⁸ Così DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, p. 49. Nel caso di giudizio problematico sarebbe la società a dover trovare la forza di trasformare la indeterminatezza, laddove il giudice avrebbe il dovere di "interpretare l'obiettivo che la determinazione normativa tende ad assi-

In un approccio di stampo rigorosamente positivistico il vuoto del diritto, pur residuale, deve far capo in qualche modo ad una volontà legislativa, pur mediata dalla incidenza di criteri sociali.

E così, venendo al sorite, nel caso degli zingari richiamati dal regolamento del Baden, in assenza di concetti tecnici o dell'applicabilità di regole sociali per la determinazione esatta dell'orda, non resterebbe che affidarsi al ruolo creativo dell'interprete, l'unico in grado di offrire una decisione legittima.

In termini solo parzialmente diversi, Ule ripresenta il medesimo quesito, spostando l'intera problematica sul versante del controllo e del sindacato, supponendo, in determinate ipotesi, l'amministrazione libera di stabilire l'apprezzamento delle concrete circostanze, in quanto responsabile e oltretutto dotata di conoscenze specifiche¹⁹.

Si tratta di una risposta di tipo realista, che ancora una volta non incide sulla struttura del giudizio, che viene lasciato in ultima analisi in balia della decisione dell'autorità amministrativa.

Alla specifica conoscenza dell'amministrazione delle circostanze concrete, finisce per venire demandato il compito di stabilire la giustezza della decisione finale.

Sessant'anni dopo il tema del mucchio troverà nuova fortuna in un lavoro non dimenticato di Filippo Satta, che prendendo ancora una volta come esempio l'orda di zingari, pare voler inaugurare il penultimo decennio del '900 all'insegna di una sdrammatizzazione dell'intera problematica, ridefinendo in modo originale i confini stessi dell'attività discrezionale e di quella vincolata²⁰.

Torniamo al caso offerto dal regolamento del Baden, per il qua-

curare" nonché "secondo l'uso locale delle parole, e in caso estremo, applicando il principio in *dubio pro reo*" (W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, cit., p. 159). Sul punto vedi COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, p. 227 ss. Tuttora attuali restano, con attenzione alla struttura del ragionamento giuridico, le considerazioni critiche di GIANNINI in *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 34 ss.

¹⁹ ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955. ID., *Verwaltungsprozeßrecht*, München, 1987.

²⁰ F. SATTA, *Introduzione a un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980, pp. 110 ss. e 195 ss.

le sarebbe vietato agli zingari di muoversi in orde, tipico concetto indeterminato quest'ultimo, la cui vaghezza impedirebbe di stabilire con precisione il numero intermedio, che possa essere in grado di definire, appunto, il concetto di orda.

A fronte di cotanta vaghezza, Satta sposta decisamente la soluzione sul piano concreto.

Abbandonato l'approccio positivistico della dottrina tedesca, tutto incentrato sulla ricerca diretta o indiretta della volontà del legislatore, e pur senza accedere alla teoria dello spazio libero riservato all'autorità, la questione viene posta sul piano meramente pragmatico.

Spetterà alla pragmatica il compito di valutare il grado di precisione necessario ad un certo scopo, per trovare una soluzione fortemente dettata dalla "natura delle cose".

Così, si conclude, "cinque zingari urlanti, armati, a cavallo, possono costituire un'orda che non è configurabile in cinquanta di loro che si spostano pacificamente in corriera"²¹.

La soluzione offerta da Satta si presta a talune riflessioni critiche.

Non vi è dubbio, in primo luogo, che la scelta di risolvere la questione dal lato concreto, ricorrendo ad un criterio di utilità, non potrebbe non presupporre il ricorso allo strumento argomentativo, onde evitare che la scelta finisca per poggiare esclusivamente su un atto di forza.

Da questo punto di vista, l'intero lavoro di Satta pare effettivamente aperto ai contributi che potranno venire in sede istruttoria dai soggetti interessati ad una decisione, di talché, si deve supporre, essa non potrà non avvalersi di rigorose motivazioni offerte dall'organo destinato ad emanare l'atto finale.

Se però si va più a fondo nell'analisi della costruzione, ci si avvede che la stessa finisce per ipotizzare l'assenza di valutazioni di opportunità in un numero assai ampio di ipotesi, che vengono accostate l'una all'altra, e che rappresentano fattispecie invero troppo diverse tra loro.

Così, in molti casi tipici di presunta discrezionalità, quel che

²¹ F. SATTA, *op. ult. cit.*, p. 203. Sul ruolo della pragmatica rispetto alla semantica, vedi *supra* la posizione di Luzzati e note 11 e 12; il punto verrà ripreso nel paragrafo 2.2 della seconda sezione.

risulterebbe mancante è proprio il nucleo centrale della stessa, la ponderazione di interessi contrastanti.

Ma tutto ciò non si evince da un ragionamento che tenga conto di circostanziate argomentazioni sottese ai singoli casi, bensì pare affermazione apodittica, che porta alla formazione di un'unica indistinta categoria.

In tal modo, verrebbe da dire, quel che viene bypassato finisce per essere proprio quel motivato profilo pragmatico, suggestivamente tirato in ballo, pur solo in linea di principio, con riferimento all'orda degli zingari urlanti, che aveva portato Satta ad abbandonare qualsiasi tentazione di ordine legalistico.

Se ci siamo soffermati su alcuni spunti desumibili su un'opera non recente di Filippo Satta, è perché essa ci sembra paradigmatica di un certo modo di intendere i concetti giuridici indeterminati e la questione della vaghezza nel suo insieme.

La spiegazione di tale impostazione va rintracciata innanzitutto in un particolare contesto storico e culturale, che può offrire una giustificazione anche allo svolgersi del dibattito successivo.

Il riferimento è al mutato rapporto tra Stato e Comunità, sottoposto nel nostro paese a partire dagli anni '70 del secolo scorso, a quelle trasformazioni che troveranno poi espressione nella legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo.

È da lì che bisogna partire per intendere il tentativo, operato dal Satta, di restringere l'intera categoria della discrezionalità, facendo ricorso a non meglio precisati criteri di obiettività e di imparzialità, onde evitare che la pubblica amministrazione finisca per incorrere in qualsiasi genere di arbitrio.

Per un verso si accede ad una visione "demarchica" dell'istituzione, incentrata sul valore messianico di una comunità che, sola, potrebbe contribuire a superare l'ordine meramente legalistico.

Per altro verso, estremizzando, l'auspicio è che la pubblica amministrazione, del tutto al di fuori della sfera politica, possa davvero "applicare" il diritto, con l'esclusione di qualsiasi libertà di scelta.

Si tratta, in quest'ultimo caso, di una visione radicalizzata del contesto istituzionale, il cui esito potrebbe peraltro essere quello di un risuscitamento dei fantasmi più antichi.

Torna in primo piano, infatti, il coniugio tra dovere e interesse pubblico, già evocato in seno alla dottrina tedesca nella seconda

metà dell'800²²: il potere discrezionale non sarebbe libero, ma doveroso, dovendo ogni funzionario agire nel modo ottimale con esclusione di ogni spazio di libertà.

E poi ancora, di seguito, l'idea che possa la stessa realtà offrire, magicamente, l'unica soluzione esatta, in quanto obiettiva, avvicinando dunque il procedimento logico di attuazione della legge a quello del giudice²³.

Sono tutti questi, del resto, spunti ricorrenti nel dibattito successivo, e che ciclicamente mireranno a riproporre un'immagine un po' asettica dell'amministrazione; un'amministrazione il cui giudizio si vorrebbe svincolato da influenze di ordine politico, e in grado dunque di svolgersi in modo imparziale e obiettivo.

In una prospettiva ormai nettissima di un diritto che si vorrebbe paritario, ad esempio, taluno ripropone ora la tesi dell'esistenza di una ponderazione di interessi senza vera possibilità di scelta²⁴.

²²BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886; va osservato come l'impianto dell'opera di Bernatzik sia pervaso da una sorta di meccanico logicismo. "Poiché" rileva Bernatzik "la norma giuridica si limita esclusivamente a ordinare o a proibire, e poiché la stessa *deduzione finale* [...] segue regole non giuridiche ma logiche, si deve da ciò *dedurre* che il caratteristico segno distintivo della cosiddetta discrezionalità libera deve esser individuato solo nelle premesse di fatto" (BERNATZIK, *op. ult. cit.*, p. 42, il corsivo è nostro). Il passo è giustamente citato da COGNETTI in *op. ult. cit.*, p. 71, secondo cui il giudizio autonomo delle autorità amministrative avviene mediante "l'uso di criteri ricavabili da *una propria* impostazione logica, non che da *una propria* conoscenza, valutazione, interpretazione e qualificazione dei fatti posti a fondamento delle scelte discrezionali" (*op. ult. cit.*, p. 72).

²³Cfr. TEZNER, *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, in *Zeitschrift Privat- und öffentliches Recht*, 1892, p. 237 ss.; ID., *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Leipzig, Wien, 1924. Anche il rovesciamento come noto operato da Tezner della posizione assolutistica del potere amministrativo di Bernatzik non è esente da un'accusa di logicismo, evidente nel presupposto della meccanica e incondizionata determinabilità dei concetti giuridici indeterminati. Ogni margine di vaghezza è escluso da una concezione basata sulla meccanica sussumibilità del fatto sotto le norme. Sul punto, e sull'esistenza di una sorta di circolo vizioso addebitato alla costruzione di Bernatzik, vedi ancora COGNETTI, *op. ult. cit.*, p. 200 ss.

²⁴CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008.

Similmente altri tratta la zona cosiddetta vincolata come qualcosa di artificiale, modellabile e funzionale alla tutela dei diritti e all'esigenze di ordine processuale, ma senza una presa di posizione circa la questione della vaghezza, e gli annessi profili di ordine epistemologico²⁵.

Di qui il passo è breve per negare alla radice che residui alcuna libertà, affermando anzi l'intervenuto assorbimento del merito nella legittimità²⁶.

Né, osservando l'agire amministrativo dal lato della tecnica, il quadro sembra mutare granché.

Qui, quando il momento finale della scelta tra tutte le soluzioni tecnicamente plausibili viene mantenuta in capo all'amministrazione, ciò avviene a prezzo di una scissione tra mondo dei valori e mondo degli interessi pubblici²⁷; ma l'incursione nella cultura dei valori meriterebbe forse più ampi approfondimenti, se non altro per scoprire i rapporti sotterranei intercorrenti con gli interessi della politica.

Per altro verso, va anche aggiunto che proprio le incertezze tecnico-scientifiche hanno contribuito a rendere ancor più complesso un quadro normativo, che quanto più aspira ad eliminare la vaghezza, ad esempio per il tramite del ricorso a linguaggi specializzati, tanto più si apre a paradossi ed antinomie.

Ed infatti, si dice, "il linguaggio naturale, quello cioè non formalizzato, sembra non patire problemi soverchi in presenza di paradossi e antinomie, che, invece hanno seriamente messo in crisi i linguaggi sviluppati all'interno dei sistemi di logica formale. I quali ultimi furono concepiti, per ironia della sorte, proprio con l'obiettivo di voler tendere all'eliminazione, al massimo grado possibile, della vaghezza, ricercando chiarezza e precisione".

Dal che viene fatta discendere una conclusiva osservazione. Vale a dire che "tanto più un linguaggio ambisce a lasciare le lande della vaghezza cui naturalmente è consegnato, tanto più patisce

²⁵ Cfr. sul punto L. BENVENUTI, *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, 2011, p. 135 ss.

²⁶ Cfr. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

²⁷ Cfr. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, su cui vedi testo e note seguenti.

[...] i problemi implicati dai paradossi e dalle antinomie”²⁸.

Ecco, proprio questa constatazione sembra cogliere un punto importante del dibattito inerente il ruolo dei concetti giuridici indeterminati, vieppiù specializzati, tecnicizzati, ma troppo spesso ritenuti per se stessi in grado di vincolare effettivamente e in modo univoco la pubblica amministrazione.

Ebbene, se penso a nozioni come quella di mercato rilevante o di *roaming*, mi chiedo fino a che punto proprio tali formule possano offrire risposte incontestabili all’interprete.

Né la formula britannica per determinare un tetto alle tariffe di alcuni servizi (specie quelli che mantengono le caratteristiche di monopolio naturale) vale a dire $RPI - X$ (dove RP sta per Prezzi al consumo delle famiglie e X rappresenta una grandezza che tiene presente i futuri guadagni dell’impresa, prevedendo peraltro interventi correttivi), potrebbe per se stessa eliminare ogni residuo margine di soggettività.

Nella preparazione del modello, è necessario comunque scegliere la grandezza ritenuta più opportuna, e poi stabilire l’intervallo di regolazione, soprattutto l’entità dei costi da trasferire direttamente ai consumatori, inserendo un indicatore di qualità dei servizi forniti, tutte operazioni che ovviamente presuppongono prese di posizione più generali in ordine ai contenuti della politica economica prescelta: il che sarà possibile proprio grazie “anche alla discrezionalità che la legislazione riconosce ai regolatori”²⁹.

E non è forse vero, che proprio per il tramite di tali concetti e nozioni si insinua ancor più surrettiziamente la presenza di un tasso di politicità che si vorrebbe escluso dallo spazio di azione delle norme tecniche o dei concetti indeterminati, riapparendo ad esempio nella scelta di implementazione del modello?

Qui, dunque, l’obiettivo di limitazione della vaghezza, l’ansia di precisione e chiarezza non riesce a nascondere del tutto la presenza di una componente soggettiva che emerge proprio in costanza dell’adozione di un linguaggio tecnico.

²⁸ Cfr. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, cit., p. 7.

²⁹ MARZI-PROSPERETTI-PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, 2001; sul punto, MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, p. 175 ss.

E naturalmente non va dimenticato al proposito, il rilievo assegnato a livello europeo ai diritti fondamentali, per se stessi da considerare, e giustamente, incompatibili con l'espressione della discrezionalità in senso proprio.

E si tratterà allora, ancora una volta, di argomentare caso per caso sulla singola fattispecie, senza però riprodurre una categoria esaustiva di valutazioni tecniche, e senza espungere aprioristicamente la nozione di discrezionalità³⁰.

3. *Il problema delle valutazioni amministrative nel pensiero di Federico Cammeo*

Si vuol ora provare a rivisitare concetti controversi quali quello di valutazione amministrativa e potere discrezionale, focalizzando l'attenzione innanzitutto sulla cultura primo novecentesca.

È in quel periodo infatti, che taluni degli spunti relativi alla vaghezza delle regole, emersi anche in seno alla dottrina tedesca, su cui abbiamo avuto appena modo di indugiare, vengono rimeditati nella prospettiva del realismo.

È una fase caratterizzata dal rifiuto di una troppo rigida definizione di nozioni quale quella di discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, il che, come vedremo, anziché assumere valenze di ordine negativo, dovrebbe venire inteso come ripulsa di un troppo formalistico ingabbiamento della materia.

Il riferimento va ad alcuni noti lavori di Cammeo, la cui opera, fin da subito, si è prestata a fraintendimenti e ambiguità.

Norme precise, imprecise o straordinariamente late e indeterminate rappresentano l'universo regolatorio entro il quale vengono collocate di volta in volta le diverse fattispecie, semplici, complesse o meno complesse, in una sequenza di tipo quantitativo che risulta immune da un eccessivo ingabbiamento categoriale.

In una prima versione, ove una norma risulti assente, ovvero essa sia "straordinariamente" vaga e indeterminata, sarebbe impos-

³⁰ MERUSI, *op. ult. cit.*; ID. con ulteriori approfondimenti, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, p. 63 ss.

sibile stabilire a priori il sindacato di legittimità; e sarà a partire dai singoli casi, dalla ricognizione circa la forma e le risultanze degli atti, che diverrebbe praticabile l'estensione della copertura giurisdizionale³¹.

Ciò posto, il ragionamento si focalizza allora sulle ipotesi dei fatti complessi, che aprono la questione definitoria della discrezionalità tecnica, presupponente un giudizio attinente alla ragione e non alla volontà.

A differenza della discrezionalità pura, che implicherebbe un semplice atto di scelta, nelle ipotesi di giudizi complessi, per se stessi indeterminati, la presenza di una componente soggettiva, pur maggiormente spiccata rispetto ai fatti semplici, non impedirebbe un controllo di legittimità: la differenza tra un giudizio su un fatto semplice e quello su un fatto complesso apparentemente è solo di tipo quantitativo.

In tale prima fase, quel che va sottolineato è la prospettiva metodologica che, con riferimento ai profili di vaghezza degli enunciati normativi, mira a offrirci un approccio "sperimentale" e di natura pragmatica dell'intera problematica, senza accedere a superflui concettualismi.

Tale orientamento resta confermato da alcune pagine del *Commentario*, coeve alla nota del 1902, che prende le mosse proprio dal piano concreto degli interessi, offrendo una ricognizione di sintesi di diritti soggettivi, interessi legittimi e interessi semplici, corredata da esempi desumibili dalla legislazione vigente, misurata nella prospettiva *de iure condito* e *de iure condendo*.

Ne risulta la consapevolezza della relatività di ogni soluzione.

Se la premessa, si dice in un passo, "non solo è generale, ma è per di più tanto ampia da essere imprecisa e da dover essere integrata, per poterne trarre una deduzione da una serie numerosa di altre premesse minori sempre più ristrette, che esigono una estesa applicazione di criteri di apprezzamento puramente subiettivi, e quindi una grande variabilità di conclusioni, il procedimento logico e di conseguenza il procedimento giuridico non ha più quel vigore che si conviene alla funzione giurisdizionale". Pertanto, si con-

³¹ CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, p. 276 ss.

clude, “tanto vale lasciare all’amministrazione il giudizio, quanto l’attribuirlo ad un organo speciale, che non potrebbe, data la incertezza del giudizio medesimo, portarvi maggiore esattezza, anche se per funzione e per costituzione tale organo possa essere guidato da maggiore imparzialità”³².

In altro luogo, si dubita della possibilità di segnare con nettezza “il punto esatto” in cui una norma cessa di essere imprecisa, né la presenza di circostanze di fatto tecnico-amministrative, che rimandano a un procedimento logico complesso, appaiono sufficienti a escludere la possibilità di eliminazione della vaghezza.

Per un verso si tratta di un approccio realista e disincantato, che finisce per lasciare ad esempio alla politica del diritto di stabilire se il giudizio tecnico sia riservato esclusivamente all’amministrazione attiva, ovvero possa essere affidato alle cure del sindacato del giudice.

Per altro verso, pur con tutti i distinguo e le cautele di cui si è appena detto, resta confermata la tesi di fondo sostenuta *ab origine* nella nota del 1902: il fatto complesso può divenire oggetto di sindacato di legittimità, seppur incerta risulta in ultima analisi l’identificazione delle modalità di intervento del giudice.

Vi è peraltro una successiva prospettazione indicata dall’Autore.

Si tratta di altre pagine del *Commentario*, ove almeno all’apparenza si propone una differente intavolazione della materia.

Qui, fatto semplice e fatto complesso, non risultano contrapposti l’uno all’altro, né sviscerati dall’interno per scoprirne l’intima essenza.

Fatto semplice diviene quello “accertabile con criteri di comune cultura o con criteri giuridici, o anche con criteri più complessi, quando essi non coinvolgono apprezzamento intorno a ciò che è utile o dannoso dal punto di vista speciale della pubblica amministrazione”³³.

A sua volta fatto costituente ipotesi di discrezionalità tecnica è quello valutabile secondo criteri tecnici, ma ora in relazione all’in-

³²CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, (s.d.), p. 133.

³³CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 773.

teresse specifico della pubblica amministrazione³⁴.

Cambia soprattutto il regime della sindacabilità.

A seguito del collegamento istituito con la valutazione del pubblico interesse, le ipotesi di discrezionalità divengono insindacabili³⁵.

Ancora una volta, peraltro, l'Autore preferisce non accedere a una scelta troppo radicale, considerando l'insindacabilità come una sorta di adesione forzata a una interpretazione di origine giurisprudenziale, talmente consolidata da costituire fonte consuetudinaria del diritto.

E comunque, si conclude, l'assenza di controllo giurisdizionale sarebbe un fenomeno contingente, essendo sempre possibile, ove si trovasse un giudice speciale idoneo, trasformare in attività vincolata quella dove ci sono norme tecniche assenti nel caso di discrezionalità pura.

Rispetto a tale ricostruzione, va sottolineato come almeno all'apparenza, il criterio di intavolazione sostanziale della materia risulta diverso dalle precedenti versioni, ove si contrapponeva fatto semplice e fatto complesso, identificando quest'ultimo con la discrezionalità tecnica.

In realtà, la sostanza della operazione è quella di porre fatto semplice e fatto complesso in un continuum logico, confermando quel che si era detto in precedenza circa la difficoltà di segnare il punto esatto in cui una norma cessa di essere precisa, e la differenza dei rispettivi giudizi solo sul piano quantitativo e non qualitativo.

Quanto alla identificazione del fatto costituente discrezionalità tecnica sulla base della presenza di criteri tecnici in relazione all'interesse specifico della pubblica amministrazione, tale definizione è senz'altro diversa da quella proposta dalle precedenti versioni; ma seppur la conseguenza risulta essere quella della insindacabilità del fenomeno, tale esito viene fortemente attenuato dalla convinzione della sua contingenza.

Con il *Corso di diritto amministrativo*, la materia subisce una definita torsione.

³⁴ CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 774.

³⁵ CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 774 e *Corso di diritto amministrativo*, I ed., Padova, 1960 (ristampa a cura di G. Miele), 1911-1914.

Accanto alla condivisione dell'assunto di una discrezionalità tecnica divenuta insindacabile, si assiste qui ad un tentativo di rarefazione dell'intera problematica, che finisce per anticipare spunti di teoria generale della dottrina a venire.

Quel che conta sono ancora una volta le modalità di svolgimento del ragionamento giuridico, che però viene considerato nei suoi termini estremi. Da un lato, l'interprete si trova a fare i conti con quelli che la dottrina anglosassone ha chiamato i *soft cases*, e i fatti semplici divengono quelli che esistono o non esistono. Dall'altro lato, i fatti complessi in quanto vaghi obbligano al ricorso a un procedimento circolare, consistente nella verifica di un giudizio quantitativo svolto in relazione all'interesse pubblico³⁶.

3.1. Segue: *L'opera e i suoi interpreti*

È giunto il momento di provare a formulare una valutazione complessiva dell'opera di Cammeo, che a mio avviso, come si è detto, offre una interpretazione in senso realistico di alcuni spunti rintracciabili specie nella dottrina tedesca; e che si presta peraltro a riflessioni più generali in ordine al ruolo della scienza giuridica e agli strumenti di cui si deve munire l'interprete, nel momento in cui si trovi a contatto con la vaghezza delle norme e in costanza di casi semplici o di casi difficili.

Una prima considerazione riguarda la posizione assunta dall'Autore nell'ambito della cultura primo novecentesca; qui il dibattito si presenta ampio e da versanti opposti sono stati lumeggiati i vari aspetti che definiscono la figura.

Così, ad esempio, si è scavato sul periodo di formazione e sugli scritti giovanili, in particolare sull'apprendistato alla scuola del Mortara; si è indugiato sull'apprendimento dell'ordine concettuale pandettistico, provando a puntualizzare le peculiari modalità di ricezione di quel metodo; sull'originalità di sintesi che ha posto su basi nuove la specialità del diritto amministrativo (pur considerato alla luce della dottrina dello *Staatrecht*).

Ancora, in altra non contrastante direzione, si sono approfonditi i presupposti costituzionali; ovvero si sono prese in esame te-

³⁶CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 193.

matiche specifiche, affrontate originalmente, e che avranno ampi sviluppi negli anni a venire: penso a quella dell'equità, dei servizi pubblici, delle discrezionalità e dell'interesse legittimo, del potere regolamentare.

Infine, con una indagine filologicamente misurata alla collocazione del pensiero dell'Autore nel suo tempo, si assiste a una minuta esegesi delle pagine e dell'impianto generale del *Commentario*, di cui si rintracciano ascendenze culturali ma anche motivazioni politiche³⁷.

Si tratta di contributi e riflessioni importanti, che inducono a interrogarsi una volta di più su quale possa essere davvero la cifra nascosta di uno stile irripetibile, talora frainteso, tal'altra preso addirittura a modello per operazioni volte a munire di paternità qualche nuova sperimentazione del presente.

Si è detto giustamente che "la sua attenzione ai casi derivava dalla profonda convinzione che solo così la scienza giuridica fosse utile, in quanto non dava solo soluzioni ma, e principalmente, era l'*humus* su cui costruire solidi principi generali"³⁸.

In realtà se è certo che la peculiarità dello stile di Cammeo consisteva nel privilegiare un approccio induttivo a partire dal contatto con la vaghezza del mondo reale, per impostare la soluzione di un singolo problema, difficile è stabilire il ruolo della logica e dello strumento deduttivo di matrice pandettistica.

Così come seppur la pratica forense era di ausilio alla dottrina, valeva anche viceversa.

Vero è che, se noi avviciniamo quasi a campione varie parti del *Commentario* – l'opera ove in modo più trasparente emerge lo stile fondamentale dell'Autore – quel che pare volersi privilegiare è un procedimento di tipo circolare, ove la soluzione del problema interviene a seguito di una complessificazione del ragionamento giuridico.

Come ben si è detto, elementi desumibili dal diritto comparato, conoscenze di natura tecnica, motivi di carattere storico e sociale, vengono accostati al richiamo delle prassi giurisprudenziali,

³⁷ Per i vari profili di cui al testo si rimanda ai saggi del volume AA.VV., *Per Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini*, 22, Milano, 1993.

³⁸ Cfr. MORBIDELLI, *Federico Cammeo: l'itinerario culturale e di vita* in AA.VV., *Per Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini*, cit., p. 67.

e il ricorso allo strumento deduttivo è di ausilio ad un percorso argomentativo complesso e composito.

Ciò precisato, vi è un altro profilo da puntualizzare.

Nel *Commentario* sono talora presenti incongruenze o discrepanze tra le singole parti, che hanno indotto a chiedersi le ragioni di una apparente incompiutezza o provvisorietà delle soluzioni proposte.

Al proposito, tra le tante giustificazioni che si è provato a dare, va pure aggiunta una annotazione che ha a che fare con il carattere dell'uomo, in cui "la concretezza si saldava e si esaltava con la curiosità". Ed è proprio a causa di tale animo curioso o forse "di scopritore o meglio ancora di giuridicizzatore di nuove provincie", che largo spazio trovano nel *Commentario* le indagini sui fatti fisici o sui fatti in genere; e vi è quasi un attardarsi in puntigliose ricostruzioni storiche e dei presupposti economici degli istituti, nella raccolta di statistiche, documenti e rapporti tecnici³⁹.

Si starebbe per dire che il percorso argomentativo che accompagna l'Autore nella ricerca di una data soluzione per un singolo caso, vive della cura minuziosa del particolare, con una apertura *ante litteram* alle nuove scoperte della tecnica allora affacciatisi nell'orizzonte primo novecentesco.

Ma tale gusto per l'indagine meticolosa e quasi di tipo sperimentale impedisce o comunque rende difficoltosa e poco produttiva la ricerca delle definizioni e delle geometrie ad ogni costo, la chiusura di un problema particolare entro schemi precostituiti.

Da tale punto di vista, la discrepanza o apparente incompiutezza di alcune parti del *Commentario*, diviene qualcosa di cercato, e comunque la conseguenza di un'indagine che privilegia i fatti e le supposizioni di carattere scientifico quale modo davvero rigoroso per raccontare le incongruenze della realtà.

3.2. Segue: *Discorso giuridico e discorso pratico generale: le finalità euristiche del ragionamento giuridico*

Quest'ultime considerazioni offrono allora il destro per alcune riflessioni di natura più ampia.

³⁹Cfr. MORBIDELLI, *op. ult. cit.*, p. 93 ss.

Un primo aspetto riguarda il rapporto intercorrente tra discorso giuridico e discorso pratico generale.

Un altro attiene alla concezione dell'Autore in ordine alla tematica interpretativa.

Si tratta di questioni su cui avremo modo di tornare più avanti, ma che meritano fin da ora qualche breve puntualizzazione.

Quanto al primo profilo, è facile riscontrare nell'opera un trascorrere dall'uno all'altro piano, senza soluzione di continuità.

Se il discorso comune è in grado di offrire spunti significativi per comprendere il significato più recondito di un testo normativo, o di un problema specifico, il linguaggio specializzato e la tecnica, in ogni possibile declinazione, vengono messi al servizio dell'argomentare dell'interprete, il cui compito diviene quello, nei casi di vaghezza, di tracciare il confine che non c'è.

Quanto alla problematica interpretativa, messo al centro il momento della *applicatio*, e provando a tenere sotto controllo le proprie presupposizioni, Cammeo pare far proprio la regola aurea dell'ermeneutica di porsi in posizione di ascolto verso l'esterno, valorizzando le capacità euristiche del ragionamento giuridico.

Una riprova di quanto si è appena detto, viene proprio da un raffronto ravvicinato con la vicenda della discrezionalità amministrativa.

Al proposito si vuol riprendere in termini riassuntivi e sintetici alcuni spunti emergenti dall'analisi svolta più sopra.

Un primo dato significativo è costituito dalla cautela e quasi ritrosia nell'offrire una qualificazione in via definitiva del fenomeno della discrezionalità tecnica e del ruolo del sindacato del giudice.

Si è osservato peraltro, richiamando la nota del 1902, come, con specifico riferimento alla fattispecie ivi giudicata, "il giudizio sul fatto complesso identificato dalla norma imprecisa (che nelle ipotesi considerate è l'urgenza e questo dimostra la particolare forzatura dell'esempio assunto), con possibilità di prova" sarebbe "ammesso senza riserve e con affermazioni decise"⁴⁰.

Tale asserzione non pare del tutto convincente.

Va infatti tenuto presente come anche tale nota contiene una

⁴⁰ ANDREANI, *La valutazione del fatto nel giudizio amministrativo e gli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione nel pensiero di F. Cammeo*, in AA.VV., *Per Federico Cammeo*, cit., p. 486.

presa di posizione in merito al caso considerato, ma senza alcuna evidenza di perentorietà; anzi pervenendo alla scelta di sottoporre le fattispecie discusse al sindacato del giudice, solo alla luce di un confronto serrato con altre possibili opzioni. E tali possibili opzioni sembrano in ultima analisi almeno altrettanto argomentabili quanto quella prescelta.

Qui la questione viene davvero lasciata nelle mani di un ipotetico interprete, che dovrà di volta in volta saper offrire le motivazioni circa la decisione del caso.

Per altro verso vi è da aggiungere come sia le puntualizzazioni sui fatti semplici e complessi, sia le riflessioni in materia di prove finiscono per segnare “un elemento quantitativo di distinzione in ordine alla latitudine della potestà giurisdizionale. E proprio su questi elementi quantitativi, si colloca l’incertezza nella determinazione della effettività dell’ordinamento”⁴¹.

Volendo dunque trarre una conclusione in ordine alla discrezionalità, si può ben dire che la scelta di Cammeo sia quella di presentare tutti i nodi di fondo della complessa problematica, per così dire nella loro effettività, intrecciando strettamente analisi semantica e prospettiva pragmatica.

Non a caso vi è, da parte dell’Autore, un ripetuto insistere che, in fondo, sarebbe questione di politica del diritto la scelta in un senso o nell’altro: ad esempio la estensione o meno della possibilità di sindacato, così come lo stabilire espressamente che il giudizio tecnico di fatto sarebbe riservato esclusivamente all’amministrazione attiva.

Da tale punto di vista si assiste, con Cammeo, ad una presentazione sintetica di tutti i temi che la scienza giuridica e la giurisprudenza successiva si troveranno a dover affrontare: da quello della riserva di amministrazione, a quello del ruolo giocato dagli interessi, a quello della misura di penetrazione del sindacato.

Inoltre vengono per così dire lambiti altri profili che formeranno oggetto di riflessione nel dibattito filosofico-giuridico futuro, quale quello dello statuto delle regole e della definizione del ruolo dell’interprete tra zona di luce e zona di penombra.

⁴¹ Cfr. ancora ANDREANI, *op. ult. cit.*, p. 487.

4. *Introduzione alla dogmatica novecentesca. La tesi dell'assorbimento delle valutazioni tecniche nella valutazione discrezionale*

Continuiamo nel nostro *excursus* di storia del pensiero.

Vi è da osservare, al proposito, come fin da subito la dottrina si è trovata a tentare di chiudere entro schemi prefissati una materia che Cammeo ha immaginato dai contorni sfumati.

E qui sovengono fin dall'inizio i chiarimenti, ad esempio di un autore come Presutti, così attento alle proiezioni della scienza amministrativistica al di fuori dei recinti del diritto positivo, ma nel contempo difensore dell'idea di un sistema amministrativo presidiato e affinato dagli strumenti della dogmatica⁴².

Se da Cammeo le principali questioni riguardanti il fenomeno della discrezionalità vengono per così dire scrutate nella loro nuda effettività, quasi oggetto di un approccio di tipo sperimentale, sarà compito della dottrina successiva tastare il terreno nelle diverse direzioni aperte dal Commentario.

Ma si dovrà attendere gli anni '80 del secolo scorso per scorgere i presupposti di una diversa consapevolezza in ordine alla questioni di base.

Vorrei provare a ripensare a talune prospettive del dibattito successivo, pur nella consapevolezza che delle varie tesi dottrinali è già stata offerta da altri una ricostruzione compiuta⁴³.

Lungo tutto il corso del novecento, e dunque fino alla rimediatazione della problematica intervenuta a partire dagli anni '80, vi è quasi un fare a gara nella definizione del contenuto degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione, di cui ora si predica l'autonomia, ora si qualifica la relazione con i profili di pubblico interesse, in modi che occultano le ragioni ultime che stanno alla base delle singole scelte dogmatiche.

Vero è che sullo sfondo sta come sempre l'irrisolta questione dei profili epistemologici della vaghezza, perché da un lato non

⁴² Cfr. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911.

⁴³ Il riferimento è a MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; e a DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 1995.

sempre è facile definire i contorni precisi delle fattispecie in cui siano rinvenibili tutti gli elementi indicati dalla norma attributiva; dall'altro spesso la norma definisce i presupposti e i requisiti mediante l'uso di formule linguistiche tali da non permettere di accertare in modo univoco il loro verificarsi in concreto.

Per queste evenienze se non risulta facile distinguere, ad esempio, tra concetti empirici e descrittivi e concetti normativi e di valore, si potrebbe prefissare, a monte, i criteri utili per restringere la vaghezza del linguaggio.

Ma è anch'essa soluzione che, come vedremo, oltre a essere per se stessa oggetto di discussione, esula dall'orizzonte degli studi primo novecenteschi⁴⁴.

All'inizio lo sguardo è piuttosto rivolto all'espressione "discrezionalità tecnica".

E un primo profilo di ordine meramente terminologico riguarda l'attitudine stessa dell'espressione "discrezionalità tecnica" a rappresentare i nodi che investono il rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione, nelle ipotesi in cui la fattispecie richieda un potere di valutazione di fatto, ovvero di apprezzamento tecnico da parte del soggetto pubblico.

Si tratta di questione che viene ciclicamente riproposta, e che in fondo testimonia anch'essa della difficoltà di individuare una zona dai confini incerti e vaghi, tutto sommato diversa "tanto dalla discrezionalità amministrativa che dalla attività meramente tecnica, pur avendo qualche cosa in comune con ambedue"⁴⁵.

Senza poter in questa sede indugiare sui profili di ordine linguistico-terminologico, e passando ai contenuti sostanziali, due sono le prospettive che emergono dal serrato dibattito dottrinale.

Secondo un primo filone di pensiero, vi sarebbe un fenomeno

⁴⁴ Per la distinzione tra concetti empirici e normativi o di valore, vedi da ultimo CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 110 ss., su cui vedi il secondo saggio della presente raccolta. Quanto alla tematica della riduzione della vaghezza, cfr. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Una analisi del linguaggio giuridico*, cit., p. 83 ss.

⁴⁵ SORACE, *La giurisdizione nelle controversie relative alla stima del valore dei beni: aspetti problematici*, in AA.VV., *Il processo amministrativo. Scritti in onore di G. Miele*, Milano, 1979, p. 552. Il passo è anche riportato da MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., p. 37.

di attrazione dell'apprezzamento discrezionale nei confronti della valutazione tecnica, con la conseguenza dell'assorbimento di quest'ultima nella sfera di azione del primo.

La presenza del pubblico interesse finirebbe dunque per fagocitare i contenuti di tale valutazione, di cui nelle posizioni più estreme sarebbe difficile segnare contorni precisi.

Tale orientamento ha subito nel tempo molteplici metamorfosi, controbattute con virulenza dalle dottrine favorevoli, per contro, a riconoscere una sfera inattuabile in capo alla pubblica amministrazione.

Altro indirizzo, i cui antecedenti vengono fatti risalire a talune parti dell'opera di Cammeo, con un parziale riscontro nel dibattito primo-novecentesco, mira a circoscrivere una sorta di *tertium genus* tra vincolatezza e discrezionalità, assegnando una competenza esclusiva per talune materie alla pubblica amministrazione, dubitandosi in taluni casi della attribuibilità alla giurisdizione di un pieno potere di sindacato.

Pure tale filone di pensiero, anch'esso declinato nel tempo in modi diversi, ha trovato ferma opposizione in ambito dottrinale, tra l'altro per il denunciato pericolo di elusione del principio di legalità.

Enunciati i termini del dibattito, proviamo a focalizzare l'attenzione sul primo dei due orientamenti, seguendone gli interni svolgimenti, per prendere posizione su alcuni punti specifici.

Iniziamo dalla dottrina più antica.

Essa, come ben si è detto, "affronta il tema della discrezionalità tecnica sulla base di uno schema consistente in una alternativa: ciò che è discrezionale e ciò che tale non è"⁴⁶.

La discrezionalità diviene dunque un'unica categoria connotata sempre e comunque dal collegamento con l'interesse pubblico, destinata ad attrarre anche ipotesi in cui sarebbe presente un apprezzamento meramente soggettivo di interessi collettivi.

Da tale punto di vista, vano sarebbe affaticarsi a cercare le ragioni ultime per cui questa o quella ipotesi particolare rientrerebbe nell'ambito di ciò che è discrezionale; così come difficile appare giustificare perché in taluni casi l'ampiezza del margine sogget-

⁴⁶ MARZUOLI, *op. ult. cit.*, p. 25.

tivo di apprezzamento venga ritenuto irriducibile alla valutazione del pubblico interesse.

In questa prima fase, con evidente estremizzazione della problematica, quel che conta è una sorta di richiamo all'ordine, sotto l'egida di una concezione statalistica che finisce per permeare ogni espressione del potere amministrativo⁴⁷.

Le prospettive successive, tutto sommato si trovano a cercare di offrire una risposta ai nodi rimasti irrisolti in seno al dibattito primo novecentesco, e ciò serve a spiegare l'esame puntiglioso cui sono fatte oggetto le ipotesi in cui la valutazione tecnica è ritenuta connessa ad una ponderazione degli interessi.

Soffermandoci su una versione che in realtà è paradigmatica di un certo modo di intendere la categoria della discrezionalità⁴⁸, l'assorbimento della valutazione tecnica nella valutazione discrezionale si verificherebbe nei seguenti casi: quando all'amministrazione compete di valutare il fatto, e poi di decidere intorno al modo migliore di provvedere alla luce di tale valutazione (pericolosità di un edificio, decisione sul provvedimento da adottare: se demolire o altro); quando la valutazione tecnica concerne un fatto che per se stesso non è suscettibile di valutazione esclusivamente tecnica, ma è oggetto anche di valutazioni amministrative (la necessità e l'urgenza concetti vaghi quant'altri mai, quali presupposti delle ordinanze sindacali in materia di edilizia); quando, infine, la valutazione sia inseparabile da quella amministrativa, come nel caso di attività amministrativa di carattere tecnico (costruzione di opere e così via).

Accanto a tali ipotesi, sussistono quelle in cui sarebbe invece assente un vero e proprio legame tra valutazione tecnica e interesse pubblico, di tal che non si potrebbe parlare di discrezionalità in senso proprio.

Tra le fattispecie richiamate al proposito, vengono accostate quella in cui vi sia un accertamento dell'esistenza di una malattia infettiva in ordine al provvedimento amministrativo più adatto, e altra in cui vi sia a monte la qualificazione dello strumento tecnico scelto dall'amministrazione per l'esecuzione di un'opera.

⁴⁷ RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p. 365 ss.

⁴⁸ ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, 1978, p. 248 ss.

Una breve riflessione.

Ho sempre pensato che solo un esame puntiglioso, supportato da una casistica concreta, possa contribuire a far luce sui meccanismi interni della discrezionalità, ma esso non sia decisivo, in assenza di un vero chiarimento in ordine al meccanismo intrinseco della comprensione.

Riportiamo un esempio tra i tanti, quello in cui la valutazione di pericolosità di un edificio costituisce la premessa per la decisione sul provvedimento da adottare.

Qui andrebbero specificate ulteriormente le motivazioni per cui tale valutazione sulla pericolosità risulterebbe inscindibile dalla scelta finale.

E tale spiegazione non potrebbe prescindere da un esame altrettanto dettagliato dei *topoi* argomentativi sottesi alla singola decisione.

In assenza di tali precisazioni, la tesi dell'assorbimento non potrebbe aver minor valore dell'altra opposta, di tal che fin troppo perentorio potrebbe apparire il rilievo che "se la valutazione tecnica è estranea alla valutazione del pubblico interesse, non si vede perché il relativo sindacato debba comportare una valutazione del pubblico interesse"⁴⁹.

Il discorso a tal punto dovrebbe dilungarsi su quelle "ragioni ultime" che presiedono, ad avviso di chi scrive, a qualsiasi scelta interpretativa, e che si trovano mediate dalle argomentazioni, non sempre esplicitate, funzionali al singolo caso.

Rimandando a una parte successiva una presa di precisione su tale questione, unitamente a quella sulla natura della vaghezza, è d'uopo qualche ulteriore riflessione sul primo orientamento, vale a dire quello che sostiene l'attrazione dell'apprezzamento discrezionale nei confronti della valutazione tecnica.

E vengono in primo piano, a tal punto, altre diverse ricostruzioni del rapporto intercorrente tra valutazioni tecniche e discrezionalità amministrativa.

Si pensi a quella dottrina che in modo molto netto ha denunciato il carattere per così dire apparente della problematica della discrezionalità tecnica, prendendo le distanze dalla presunta og-

⁴⁹ Così invece MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., p. 50.

gettività della tecnica; e che poi, posta di fronte alla eventualità dell'esistenza di una valutazione tecnica non univoca, in cui le varie soluzioni potrebbero assumere valore equivalente, opta per la centralità della questione amministrativa, risolvendo ogni dubbio residuo mediante il ricorso alla nozione di pubblico interesse⁵⁰.

Anche qui chiarezza andrebbe fatta, innanzi tutto, sul punto dei ragionamenti dell'organo pubblico, chiedendosi ad esempio se "quel che in linea di fatto può accadere [...] possa assumere il livello di rilevanza giuridica"⁵¹.

Ancora una volta, e in modo esplicito, viene in evidenza il ruolo giocato dalle concrete argomentazioni in occasione di fattispecie connotate dalla vaghezza, e non si capisce se il piano su cui ci si pone sia quello descrittivo ovvero prescrittivo.

Laddove, su altri fronti, le frequenti divagazioni sul merito amministrativo divengono il passe-partout ove si trovano a convergere posizioni differenti, e ogni soluzione appare magicamente possibile.

La dottrina meno recente, dunque, si è trovata in difficoltà, specie nel tentativo di riempire di contenuti concreti la categoria delle valutazioni tecniche, optando comunque in ultima analisi per un assorbimento delle stesse nella sfera di azione della seconda.

Ma proprio tali difficoltà devono indurre a qualche riflessione ulteriore.

Molte delle questioni non risolte dalla dottrina più antica, continueranno infatti a riproporsi in tempi vicini a noi, e può essere utile aprire una parentesi e operare un confronto con alcuni orientamenti che pure hanno giustificato l'attrazione dell'apprezzamento discrezionale nei confronti della valutazione tecnica, ma tramite il ricorso a più sofisticati argomenti.

⁵⁰ BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.

⁵¹ È la domanda posta da ORSI BATTAGLINI, *La determinazione del prezzo di riscatto delle case popolari: procedimento e tutela giurisdizionale*, in *Riv. giur. edil.*, 1968, p. 216, nota 99; il passo è richiamato da MARZUOLI, *op. ult. cit.*, p. 52.

4.1. Segue: *Analogie e differenze rispetto a una impostazione recente*

E il pensiero va a un noto lavoro di Cintioli⁵², che affronta il tema del giudizio amministrativo tra tecnica e mercato, dapprima proiettandolo in una prospettiva generale, per poi calarlo nel sistema dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione, verificati anche nella lente della prassi giurisprudenziale.

Dal primo punto di vista, quel che risulta è una diversa immagine dell'amministrazione, che induce a passare in rassegna alcuni dei grandi problemi dell'ordinamento: in particolare la crisi del sistema delle fonti, il rapporto tra norme di principio, clausole generali e precetti; la relazione tra diritto e mercato e tra tecnica e diritto.

Sullo sfondo la convinzione circa la vaghezza del dettato normativo, induce l'Autore a ricorrere a soluzioni di ordine pragmatico, invocando il diritto vivente, con la preminenza dei principi di diritto a scapito delle semplici regole, e dunque un diverso ruolo del giudice cui è destinato il compito di comporre e ordinare i valori, di approdare a soluzioni miti.

Circa il piano dei rapporti tra giurisdizione e amministrazione, quel che si propone è peraltro una complessiva difesa del modello del sindacato debole, imperniato su un uso dello strumento della ragionevolezza, quale affidato all'ordine giudiziario, e su un riscontro del grado di politicità delle determinazioni amministrative.

Si afferma dunque la prospettiva di una estesa riserva di amministrazione nei confronti della giurisdizione, e quindi di limiti alla giurisdizione rispetto al potere amministrativo: anche qui, come in parte della dottrina del passato, si giustifica l'attrazione dell'apprezzamento discrezionale nei confronti della valutazione tecnica.

Opinabilità e opportunità, secondo l'Autore, si confondono e sovrappongono formando inestricabili intrecci; e dunque "l'interpretazione di merito, nella sua essenza trascende la mera attività

⁵² CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005.

interpretativa come ricezione e tende a divenire attività attiva, nella quale oltre e al di là dell'atto si accerta l'esistenza di fatti ir-riflessi"⁵³.

Ulteriore convergente punto di vista attiene alla verifica dei ragionamenti concretamente svolti dalla pubblica amministrazione, considerati nell'ottica delle pronunce giurisprudenziali, e ai contenuti di un potere di sindacato di cui si fatica a definire i confini.

Al proposito viene privilegiata una analisi polivalente della casistica concreta.

Per un verso si mira a circoscrivere con esattezza le ipotesi che consentono un controllo intrinseco del giudice e l'assunzione di un sindacato di tipo forte. Tra esse rientrano senz'altro quelle relative alla valutazione della dipendenza da causa di servizio dell'infermità di un dipendente pubblico. Qui, a differenza del passato, si esprime la convinzione che "il giudizio tecnico e quello probabilistico sono supportati da leggi statistiche che garantiscono l'affidabilità del giudizio finale"⁵⁴. In questo caso, peraltro, verrebbe da aggiungere, la questione non è riducibile – come invece emerge dalla tesi in questione – ad un problema di attendibilità della soluzione, e sarebbe preferibile prospettare piuttosto l'eventualità di un giudizio di condivisibilità.

Per altro verso, su un fronte opposto, si predilige come regola generale un sindacato di tipo debole, supportato dalla ricerca del "caso per caso", che valorizza il ruolo dell'interesse pubblico e che opera un bilanciamento tra diversi valori costituzionali, all'insegna del principio di effettività della tutela.

La ridotta intensità del sindacato chiama in causa altri profili ed esigenze, ben rappresentati dagli artt. 9, 32, 97, 41 della Carta fondamentale.

In tal modo, lo stesso principio di legalità perde ogni riferimento di tipo statico.

Non più alla legge atomisticamente considerata, bensì ad altri indici è opportuno ricorrere e ancora una volta livello semantico e prospettiva pragmatica finiscono per intrecciarsi.

⁵³ CINTIOLI, *op. ult. cit.*, p. 9.

⁵⁴ CINTIOLI, *op. ult. cit.*, p. 202.

Tra essi, si cita la logica del risultato “la quale si combina con la componente tecnica del concetto normativo”.

In particolare, la qualità tecnica, la competenza e la speciale posizione di un organo potrebbero finir per escludere la proiezione sostitutiva del controllo; mentre il legame tra organo, tecnica e indirizzo politico sarebbe in grado di aumentare il tasso di politicità della vicenda.

Se dal punto di vista dei valori e da quello della diffusione soggettiva, l'interesse pubblico preso in cura dall'amministrazione risulta preminente, “la questione tecnica potrà presentare un più facile collegamento con l'opportunità amministrativa”⁵⁵.

Le argomentazioni appena esposte inducono a qualche riflessione critica.

In primo luogo va rilevato come l'Autore a differenza del passato metta in evidenza i grandi problemi dell'ordinamento, che lo inducono a non peregrine considerazioni sulla crisi del sistema delle fonti e sulla possibile commistione tra opinabilità e opportunità.

Così pure le riflessioni sul diritto vivente e sulla diffusione di un diritto più mite, risultano condivisibili, nella misura in cui mettono in discussione gli *idola* della vecchia dogmatica.

E peraltro, quanto ai rapporti tra giurisdizione e amministrazione, e alla difesa del modello di sindacato debole con annessa ammissione di una riserva a favore dell'amministrazione, va sottolineato come, messa in secondo piano una immagine di amministrazione presidiata dalla effettività della tutela, non sempre facile appare circoscrivere ipotesi e contenuti di tale controllo per via giudiziaria.

In tal senso il ricorso a molteplici indici, chiamati in causa quasi per compensare la ridotta intensità dei poteri del giudice, non sembra sufficiente a sgomberare il campo da una sensazione di vaghezza circa i criteri impiegati.

Pur senza accedere ad estemporanee mitizzazioni, va detto che il valore della certezza conserva tuttora un proprio statuto discorsivo, che non è commendevole forzare all'eccesso o almeno senza adeguate compensazioni.

⁵⁵ CINTIOLI, *op. ult. cit.*, p. 255.

L'affidamento al giudice di un potere esclusivo di mediazione e scelta tra disparati valori presenti nella carta costituzionale, può sfociare in una improvvida arbitrarietà della decisione, compensata solo dal ricorso allo scudo del principio di ragionevolezza.

A conferma di ciò stanno le considerazioni in materia di consulenza tecnica.

Non si vuol qui contestare il fatto che talora il giudice amministrativo si trovi ad essere in possesso di un *background* culturale che lo pone al passo dei tempi.

Quel che piuttosto va sottolineato è come spesso esso preferisca limitare il ricorso ad una consulenza tecnica d'ufficio, fidando nella proprie private conoscenze o nell'apporto dei cosiddetti fatti notori, senza giovarsi dell'arricchimento che potrebbe venire dal ricorso esterno a conoscenze tecniche privilegiate⁵⁶. Si tratta di una posizione di chiusura, che a tratti si è tradotta nel suo contrario, in atteggiamenti decisionistici azzardati, confermando il ruolo, talora ondivago, della giurisprudenza.

5. *Esame critico dell'orientamento favorevole a riconoscere una sorta di tertium genus tra vincolatezza e discrezionalità*

Nelle pagine precedenti si sono definiti i termini del dibattito quale si è svolto lungo il corso del novecento, in ordine alla determinazione del contenuto degli apprezzamenti tecnici della amministrazione, di cui ora si predica il loro assorbimento nella sfera di azione della discrezionalità e dell'interesse pubblico, ora la loro completa autonomia, assegnando allora una eventuale competenza esclusiva alla pubblica amministrazione.

Dopo aver operato, con attenzione alla prima tendenza, una sorta di confronto tra le dottrine novecentesche e taluni sviluppi

⁵⁶Sul punto vedi in generale le riflessioni di TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche. Formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, p. 438 ss. Si rimanda anche a L. BENVENUTI, *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, cit., p. 176; ID., *op. cit.*, p. 180, specie nota 65.