

Michele Trimarchi

La validità
del provvedimento amministrativo

Profili di teoria generale



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

Volume pubblicato a seguito del giudizio favorevole di due revisori

Volume pubblicato con il contributo dell'Università LUISS Guido Carli, Roma.

© Copyright 2013

EDIZIONI ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

PDE, Via Tevere 54, I-50019 Sesto Fiorentino [Firenze]

ISBN 978-884673761-8

PREMESSA

Una profonda “crisi” attraversa oggi la categoria della validità: presso i giuristi in generale, e nel settore del diritto amministrativo in particolare.

L’alternarsi di momenti di fulgore a periodi di decadenza è un fatto fisiologico nelle vicende dei concetti giuridici, trattandosi di creazioni dell’uomo che vivono nella realtà della storia.

Ma la “crisi” che riguarda la validità presenta caratteri peculiari: non dipende da fattori ideologici, diversamente dalle “crisi” del negozio giuridico e – in una certa misura – del soggetto, né da fattori “di sistema”, ossia dall’incapacità di tradurre in termini concettuali valori emergenti negli ordinamenti contemporanei.

È una crisi silenziosa, che si traduce nell’atteggiamento di disinteresse assunto dalla dogmatica con riguardo alla categoria. L’attenzione è tutta concentrata sull’invalidità, concepita (non tanto come il doppio negativo della validità quanto) come la figura di genere che riunisce le forme di reazione agli atti giuridici difformi dal modello; ad occuparsi della validità sono così rimasti quasi esclusivamente i filosofi del diritto.

Tale disinteresse è spiegato, almeno in parte, dall’immagine che la giurisprudenza ha di sé stessa.

In primo luogo, quella di una scienza a propensione induttivistica che muove dal materiale empirico, rappresentato dal diritto positivo, per risalire, tramite astrazione, ai concetti (che servono, a loro volta, a sistematizzare e ordinare il dato). Questo fattore metodologico, unito alla circostanza che il diritto positivo pone all’immediata attenzione dell’interprete non il tema della validità degli atti giuridici ma quello delle reazioni a fronte delle anomalie della fattispecie, induce la dogmatica giuridica a concentrarsi sull’invalidità e a concepire la validità tutt’al più in termini residuali, come qualificazione che spetta all’atto che non è nullo né annullabile.

In secondo luogo, l’immagine di una scienza pratica, che bada cioè a risolvere i problemi della vita: tra i quali, com’è ovvio, non vi è quello di definire in modo rigoroso il concetto della validità giuridica.

Ai fattori metodologici della crisi se ne sommano altri, più propriamente teorici, che emergeranno nel corso della ricerca. In questa sede merita segnalarne in particolare uno. Ossia che, identificata nello stato di conformità della norma o dell’atto al suo paradigma – secondo la concezione largamente più diffusa –, la validità non sembra presentare aspetti di particolare complessità e problematicità. Il che può spiegare, se non giustificare, la scarsa propensione della dottrina a occuparsene.

Se in altri settori dell'ordinamento la crisi della validità è presente ma silenziosa, in diritto amministrativo è, almeno talvolta, limpidamente dichiarata: pertanto, se ne possono individuare con maggiore facilità le ragioni specifiche. A livello di prima approssimazione, si può osservare che esse derivano tutte dalla "specialità" del provvedimento amministrativo rispetto alla figura dogmatica nel cui contesto la teoria della validità è stata elaborata, ossia il negozio giuridico di diritto privato. Sarebbe cioè l'irriducibile differenza intercorrente tra un tipo di atto consegnato ai soggetti per regolare i propri interessi entro le forme richieste dall'ordinamento e un tipo di atto affidato all'amministrazione, sotto il vincolo del principio di legalità, per realizzare gli interessi pubblici, a non consentire l'exportazione della teoria della validità, elaborata a proposito del primo, nell'alveo del secondo.

La ricerca che si introduce è animata e percorsa dalla convinzione che non sia opportuno assecondare la deriva rimozionista, né sul piano generale né con riguardo al provvedimento amministrativo.

La ritrosia della dogmatica giuridica in tema di validità ha infatti determinato una poco sostenibile frattura tra le proposizioni dei filosofi, derivanti per lo più dalla concezione del diritto di volta in volta formulata o accolta, e quelle dei giuristi, tutte spostate sul terreno dei rimedi all'invalidità.

In questo lavoro si tenta dunque di ricomporre tale frattura, nella consapevolezza della differenza fondamentale che intercorre tra la posizione di (e i vincoli che gravano su) chi si occupa della validità giuridica a livello filosofico e chi si prefigge il più modesto obiettivo di costruire un ponte tra teoria e pratica del diritto. Il primo deduce la propria concezione della validità dalla propria concezione del diritto: e si distinguono così, per fare alcuni esempi, la validità del normativista, la validità del giusnaturalista o la validità del realista. Il secondo ha un minore obbligo di fedeltà nei confronti di un paradigma concettuale, ma ha la necessità di commisurare le proprie affermazioni alla realtà dell'ordinamento.

Non è in ragione di un facile sincretismo metodologico, dunque, che nel corso del lavoro ci si è permessi di proporre soluzioni talvolta spurie, di operare commistioni al limite dell'eterodossia tra suggestioni provenienti da indirizzi teorici o filosofici tra loro molto diversi e talvolta concorrenti. Ciò è piuttosto dipeso dall'aver utilizzato come bussola della ricerca – o, se si vuole, come sua idea regolativa – non una "filosofia del diritto" ma l'ordinamento giuridico, colto nella duplice dimensione assiologica e normativa.

Ne è derivato il rifiuto di irretire il problema della validità in quello della conformità (che ne rappresenta solo una parte, da identificare con la validità formale) e l'esigenza di tenerne in considerazione la dimensione assiologica: la quale, però, essendo i valori in gioco entità appartenenti all'ordinamento giuridico – e non punti di riferimento esterni ad esso – non si confonde con grandezze quali la giustizia o l'effettività.

All'estensione della validità oltre i confini della logica della conformità è corrisposta, peraltro, la sua delimitazione sul versante dell'efficacia, ottenuta tramite la

riconduzione di quest'ultima al tema del riconoscimento sociale del diritto.

Concepita come categoria di teoria generale, la validità non è espressione dei valori dell'autonomia privata e interessa tutti gli atti precettivi, tra i quali non fa eccezione il provvedimento amministrativo.

La dottrina amministrativistica, d'altronde, pur in modo non sempre dichiarato, si è spesso dedicata al tema della validità del provvedimento. Lo ha fatto, sotto diversi angoli concettuali, quando ne ha scomposto la struttura in una pluralità di elementi, quando ha analizzato la portata del principio di legalità, quando ne ha affermato il superamento e ha abbracciato logiche efficientistiche, quando ha costruito i concetti di legittimità e di merito e i relativi vizi, quando si è soffermata sui limiti giuridici della discrezionalità amministrativa e persino quando si è occupata delle situazioni giuridiche del cittadino a fronte degli atti dell'amministrazione.

Ad uno studio sulla validità del provvedimento amministrativo, dunque, non è richiesto tanto di inoltrarsi in una "foresta vergine", quanto di ricomporre un mosaico frammentato, di raccoglierne i tasselli fondamentali e di innestarli in un quadro teorico consolidato che trascende i limiti della teoria del provvedimento, distinguendo rigorosamente i profili che attengono propriamente alla validità, da quelli, logicamente successivi e assiologicamente dipendenti, che ineriscono al regime delle reazioni dell'ordinamento a fronte dell'invalidità (intesa come mancanza di validità).

Da una operazione di questo tipo deriva non già, come potrebbe a prima vista sospettarsi, la sovrapposizione di diverse strutture concettuali, e dunque una complessiva complicazione del quadro di riferimento, quanto una notevole semplificazione dei concetti in campo ed un invito alla radicalizzazione del linguaggio.

Si è ritenuto che la ricerca, per la sua posizione di mediazione tra teoria e prassi, dovesse essere divisa in due parti. La prima è dedicata alla teoria della validità e ai rapporti tra l'(in)validità e l'(in)efficacia degli atti giuridici in generale. La seconda è dedicata invece alla validità del provvedimento amministrativo.

Tra le due parti tuttavia non sussiste soluzione di continuità, dal momento che la seconda costituisce una integrazione e specificazione della prima con riferimento al provvedimento amministrativo.

La connessione emerge in primo luogo a livello metodologico, nel senso che i risultati conseguiti nella prima parte della ricerca sono stati utilizzati in seguito come criteri ordinatori del frammentato dibattito intorno ai problemi specifici della validità del provvedimento e, conclusivamente, come criteri di valutazione delle diverse posizioni espresse dalla dottrina.

Ma anche sul piano della struttura e dell'organizzazione la seconda parte è debitrice dei risultati conseguiti nella prima.

Non è inutile in questa sede dar conto di ciò, cominciando con l'osservare che le considerazioni che aprono la seconda parte, relative all'inquadramento del provvedimento amministrativo tra i fatti giuridici e alla possibilità/opportunità di formulare una teoria generale della validità del medesimo, rappresentano l'ideale prosecuzione

della delimitazione dell'ambito della validità in rapporto ai fatti giuridici in generale, così come operata nella prima parte.

Nel secondo e nel terzo capitolo della seconda parte i problemi connessi alla validità del provvedimento amministrativo vengono ordinati secondo la dicotomia, tracciata in sede di teoria generale, tra validità assiologica e validità formale. Questo approccio ha consentito di guadagnare una prospettiva di ampio respiro, imponendo tra l'altro la rilettura di alcuni aspetti della teoria del provvedimento amministrativo ritenuti tradizionalmente indipendenti dalla tematica della validità.

Il quarto capitolo della seconda parte, in cui è affrontata in termini critici la questione se la validità del provvedimento coincide con la sua idoneità a realizzare l'interesse pubblico ovvero si esprime nel rispetto delle situazioni soggettive coinvolte nel rapporto amministrativo, sviluppa interrogativi specifici del diritto amministrativo autoritativo. Ma le direttrici teoriche individuate nella prima parte del lavoro riemergono in sede ricostruttiva, dove la dimensione assiologica e quella formale della validità si rivelano strumenti utili a prendere posizione nel dibattito e a tentare una mediazione tra concezioni che, per quanto contrapposte, paiono contenere tutte nuclei di "verità".

Il quinto capitolo della seconda parte è dedicato ai rapporti tra (in)validità ed (in)efficacia. Alla luce di quanto emerso nella prima parte della ricerca, si è evitato di utilizzare paradigmi concettuali consolidati, come ad esempio la distinzione tra nullità e annullabilità, per dedurre meccanicamente da essi conseguenze in ordine all'efficacia del provvedimento invalido. Al contrario, si è provato, per un verso, a storicizzare le categorie e, per altro verso, a non perdere mai di vista la configurazione generale data nella prima parte del lavoro ai rapporti tra (in)validità ed (in)efficacia.

In conclusione, come questi brevi cenni consentono di notare, la seconda parte del lavoro è stata concepita nel modo che è parso più utile a mettere a frutto i risultati conseguiti nella prima. Ciò spiega, e forse in parte giustifica, l'omessa trattazione di taluni profili specifici della validità del provvedimento amministrativo. Questa è infatti la conseguenza della scelta metodologica di privilegiare l'unità e la compattezza della trattazione, eventualmente a discapito della sua esaustività; si ritiene, peraltro, che i paradigmi concettuali proposti possono tornare utili per l'impostazione di almeno alcune delle questioni specifiche di cui si è omessa la trattazione.

La convinzione che la prospettazione di masse problematiche informi, all'interno delle quali le singole questioni non sono accuratamente distinte e ordinate, osti ad un effettivo approfondimento dei temi ha imposto di tenere nella massima considerazione lungo tutto il corso della ricerca l'esigenza analitica.

L'insistenza su distinzioni e classificazioni che alle volte potrebbero apparire pedanti non dipende dunque dal desiderio di proporre nuovi dogmi quanto dalla necessità di esporre ordinatamente i problemi, evitando sovrapposizioni, e di elaborare proposte ricostruttive il più possibile adeguate.

L'adozione del metodo analitico, imponendo l'utilizzo di strumenti esplicativi il più

possibile neutrali e idonei a ridurre il livello di distorsione della realtà implicito nell'astrazione, ha inoltre consentito di espungere dalle argomentazioni considerazioni di tipo prescrittivo.

Tanto più complesse si facevano le tematiche da affrontare, tanto più necessario è parso utilizzare il Rasoio di Occam.

Il lavoro non tiene probabilmente nella dovuta considerazione il punto di vista dell'ermeneutica giuridica e della teoria discorsiva del diritto, che pur hanno detto molto e molto hanno da dire sui temi oggetto dell'indagine. Si tratta di una scelta imposta dalla circostanza che questi indirizzi teorici, più che proporre una revisione o un aggiornamento della teoria della validità come tradizionalmente concepita e praticata da filosofi e giuristi, tendono a negare l'utilità concettuale della stessa categoria, considerata come una delle principali espressioni della grande mistificazione positivista, ossia dell'idea che le norme preesistano all'interpretazione e che, come tali, possano essere oggetto di qualificazioni rispetto all'ordinamento.

Si conceda pure che si tratta di una mistificazione. Resta il fatto, però, che non è consigliabile scardinare le fondamenta di un sistema che, pur difettoso, ha comunque il pregio di interpretare talune esigenze fondamentali, se non si è nelle condizioni di sostituire ad esso un nuovo sistema, che dia diverse risposte alle domande tradizionali. In ciò l'ermeneutica e la teoria discorsiva del diritto paiono carenti: in un diritto che si fonda sull'interpretazione come funzione creatrice, che ne è dell'idea del limite di cui la teoria della validità è diretta espressione? Le risposte non sembrano convincenti. Spesso indulgono ad un proceduralismo esasperato, che nei fatti si traduce nel più arido dei formalismi. Nel migliore dei casi non rinunciano ad un criterio sostanziale di validità delle decisioni ma peccano per astrattezza, rinvenendo questo nella capacità della decisione di suscitare consenso presso i destinatari, un consenso formato su buone ragioni o sul riconoscimento intersoggettivo che presuppone una improbabile platea composta da agenti razionali.

La teoria della validità è fondata sull'idea che le singole prescrizioni si inseriscano in un ordinamento: per un verso lo modificano, ma per altro verso quello esprime una istanza di selezione nei loro riguardi che poi resta al legislatore decidere se raccogliere o meno. Una illusione? Forse sì, come probabilmente è una illusione quella di chi postula contesti sociali omogenei, in cui il consenso si possa formare intorno a buone ragioni. Tra le due illusioni sembra a chi scrive che la prima continui a dare maggiori garanzie in termini di civiltà giuridica.