

L'interpretazione della norma amministrativa

Sommario. - 1. Il dibattito sull'interpretazione della legge nel diritto amministrativo. - 2. Il recupero del valore prioritario della legge. - 3. Il livello di rilevanza del fatto. - 4. La critica all'identificazione della norma con la sua interpretazione. - 5. L'importanza del criterio sistematico e il valore della Costituzione. - 6. L'importanza della dogmatica. - 7. Il tema dei 'principi'.

1. I contributi recenti sull'interpretazione delle norme nel diritto amministrativo pongono in evidenza diversità di concezioni sia su un piano generale, riferite al tema complessivo dell'interpretazione in ambito giuridico, sia su un piano particolare, riferite specificamente al diritto amministrativo. Nello stesso tempo l'attenzione che, nella nostra disciplina, si riscontra oggi per questo tema¹ testimonia una maggiore sensibilità rispetto ad un passato recente. A lungo il tema dell'interpretazione giuridica sembra essere rimasto un po' sottovalutato negli incontri nella nostra disciplina² e a questa situazione ha fatto riscontro una certa banalizzazione del discorso giuridico in generale. La linea di confine fra la ragione giuridica e quella estranea al diritto è risultata spesso attenuata, se non addirittura rifiutata³. Ritornare al tema dell'interpretazione giuridica assume perciò oggi un valore particolare. Vi è una nuova consapevolezza che il tema dell'interpretazione è

¹ Fra i contributi recenti cfr. F. Saitta, Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo, Napoli 2023, la cui prima parte è dedicata ai problemi generali dell'interpretazione, con particolare riferimento al diritto amministrativo; AA.VV., Il confronto nel metodo giuridico, Napoli 2023 (ivi contributi di V. Cerulli Irelli, Mazzamuto, Ramajoli, Cortese, Francario); AA.VV., Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto (a cura di E. Bruti Liberati e di M. Clarich), Pisa 2022 (ivi i temi dell'interpretazione delle norme sono affrontati in particolare nei contributi di S. Civitarese Matteucci, A. Pioggia, E. Bruti Liberati); P.L. Portaluri, La cambiale di Forsthoff, Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo, Napoli, 2021 (su cui cfr. la recensione di B. Sordi, in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. LI, 2022, p. 414 ss.); G. Corso, Tra legge e fattispecie: la prospettiva del diritto amministrativo, in Ars interpretandi 2019, p. 71 ss.

Un'attenzione per vari aspetti convergente con quella rilevata nel diritto amministrativo si riscontra in particolare nei contributi di M. Luciani, Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri, Milano 2023 (su cui cfr., in termini adesivi, P. L. Portaluri, Il declino della legge e l'ascesa della giurisdizione, in Il Sole - 24 Ore del 23 settembre 2023); Interpretazione conforme a Costituzione, in Enc.diritto - Annali, Milano, 2016, vol. IX, 391 ss.; da ultimo Vittorio Scialoja e la legge, in Diritto e società 2023, p. 431 ss.

² M. Mazzamuto, Il confronto con la dottrina classica, in Il confronto nel metodo giuridico cit., p. 21 ss., specialmente p. 22, lamenta il "quadro desolante" della letteratura amministrativistica rispetto alle analisi della dottrina 'classica'. Nella dottrina 'classica' richiamata da Mazzamuto il tema dell'interpretazione giuridica e del metodo accompagnava costantemente la riflessione: nasce perciò l'impressione che alla banalizzazione di tale dottrina e delle sue ragioni sia seguita, nel diritto amministrativo d'oggi, anche una sottovalutazione dei temi che essa affrontava.

³ In generale, L. Mengoni, Le ragioni del diritto. Teoria ed esperienze applicative, in Scritti, vol. I, Metodo e teoria giuridica (a cura di Castronovo, Albanese, Nicolussi), Milano 2011, p. 5: "Uno degli aspetti più preoccupanti della società in cui ci tocca vivere è il rifiuto delle ragioni del diritto". Sempre di L. Mengoni, cfr. Diritto e politica nella dottrina giuridica, ivi, p. 149 ss.

essenziale per ogni discorso che ambisca ad avere un senso sul piano ‘giuridico’⁴ e le difficoltà a pervenire ad una concezione condivisa non tolgono assolutamente nulla a tale consapevolezza.

Il primo punto è rappresentato dall’interpretazione della legge, ed è a tale profilo che allude evidentemente il titolo assegnato al mio intervento, rispetto al quale l’aggettivo – ‘amministrativa’ – allude all’ambito in cui la riflessione si colloca, ma non ad una tipologia particolare di norme. Nello stesso tempo il riferimento alla ‘norma’, invece che alla legge, non vale solo a rispecchiare una circostanza usuale, rappresentata dall’utilizzo comune del termine ‘legge’ per rappresentare ogni fonte del diritto⁵, ma vale anche a sottolineare l’importanza che nel diritto amministrativo rivestono norme giuridiche che non sono espresse nel diritto positivo.

Inoltre, e questa circostanza rappresenta una ragione ulteriore di interesse per il tema in esame, nella nostra disciplina alcuni contributi recenti hanno riproposto con vigore la necessità di recuperare e di porre al centro l’esigenza di una corretta interpretazione della legge (legge da intendersi, ovviamente, nell’accezione ampia che ho appena ricordato)⁶. Questi contributi, che sembrano ascrivibili a quell’indirizzo spesso etichettato un po’ sbrigativamente come neopositivismo giuridico, hanno preso posizione reagendo a concezioni di vario ordine, talvolta invocate ma ancora più spesso praticate, che hanno invece come denominatore comune una prospettiva accentuatamente di ‘realismo giuridico’.

Le concezioni realistiche, sulle quali si sono appuntate le critiche espresse nei contributi recenti cui ho fatto cenno, privilegiano per le tematiche interpretative l’aderenza alle soluzioni effettivamente accolte, in particolare a quelle condivise dalla giurisprudenza, e ciò sulla base di diverse considerazioni. Viene invocata l’esigenza di assicurare una risposta appropriata ad esigenze di ordine sociale che, nonostante la loro importanza, non sono ancora ‘filtrate’ da interventi legislativi, e viene affermata la necessità che l’ordinamento, attraverso la giurisdizione, sia comunque in grado di ‘governare’ il cambiamento verso questi interessi, introducendo un ordine giuridico per la loro valutazione e per la loro tutela. Viene invocata, inoltre, l’esperienza storica, che nel diritto amministrativo non solo italiano ha visto riconoscere spesso alla giurisprudenza la capacità di elaborare principi in una logica pretoria. Viene invocata, infine, anche per ragioni pratiche, l’esigenza della prevedibilità delle soluzioni interpretative e, come è ovvio, la prevedibilità delle soluzioni

⁴ “Il sopravvenuto ‘contenutismo’ dello Stato di diritto, che si accresce di programmi e attese, di riconoscimenti e garanzie, trae in primo piano il problema dell’interpretazione, ossia il rapporto tra il giudice e l’odierna fisionomia dell’oggetto interpretato. ... La salvezza, perduta o minacciata dall’irrompere delle istanze più diverse, delle esigenze collettive più inattese e varie, risiede nel metodo interpretativo, che così assume la decisiva importanza di una scelta costituzionale” (N. Irti, Risiede nel linguaggio l’estrema salvezza dello Stato di diritto, in Il Sole 24 Ore del 24 ottobre 2023).

⁵ Cfr. G. Tarello, L’interpretazione della legge, Milano 1980, p. 5 ss. e p. 11 ss.

⁶ Mi riferisco ai contributi di F. Saitta, di P.L. Portaluri e di G. Corso richiamati nella nota n.1.

coinvolge soprattutto il ruolo della giurisprudenza. La prevedibilità ha assunto una rilevanza generale, come d'altronde è testimoniato dal riconoscimento sempre più ampio del 'prospective overruling' nella giurisprudenza⁷, e finirebbe così con l'assorbire anche la certezza del diritto. In ogni caso l'interpretazione della legge non è tanto un'operazione speculativa, e non ha solo un'evidente dimensione pratica: richiede di essere svolta considerando il ruolo dell'interprete e, in particolare, di chi nell'ordinamento svolge istituzionalmente il compito di interprete, ossia il giudice.

A questi argomenti farò cenno anche più avanti. Merita, però, di essere considerato fin d'ora quello fondato sull'esigenza di prevedibilità. Spesso prevedibilità e certezza del diritto sono utilizzate come sinonimi ed i predicati dell'una sono associati anche all'altra: in effetti i due termini in molti contesti si integrano a vicenda. La certezza del diritto comporta anche una prevedibilità rispetto all'applicazione della norma e la prevedibilità in questo modo contribuisce a fondare la condizione di affidamento del cittadino che oggi viene giustamente riconosciuta come una componente primaria nel rapporto con l'ordinamento. La prevedibilità, però, non si sovrappone pienamente alla certezza. Nel tema della certezza del diritto una componente essenziale è anche la correttezza dell'interpretazione. Un'interpretazione costante, ma scorretta, può assicurare le esigenze di prevedibilità, ma non realizza le ragioni della certezza⁸.

Nelle concezioni 'realistiche', invece, per l'interpretazione della legge sarebbe decisivo il confronto con la giurisprudenza, come espressione autorevole di un diritto calato nella prassi e nell'esperienza: a questa stregua la giurisprudenza delle Corti superiori, quando abbia assunto caratteri di costanza, rappresenterebbe un diaframma necessario e ineludibile anche rispetto alla legge. Le disposizioni recenti sulla nomofilachia degli organi di vertice delle Corti superiori sono spesso lette in questa logica, a costo anche di lasciare in secondo piano il profilo fondamentale rappresentato dalla valutazione della condivisibilità della soluzione accolta, che invece nelle stesse disposizioni è doverosamente e puntualmente rappresentato⁹.

⁷ In argomento cfr. M. Condorelli e L. Pressacco, Overruling e prevedibilità della decisione, in Questione giustizia 2018, n. 4; per la giurisprudenza amministrativa, cfr. ancora M. Condorelli, Il nuovo prospective overruling, "dimenticando" l'adunanza plenaria n. 4 del 2015, in Foro it. 2018, III, 163.

⁸ Si consideri l'interpretazione ultracinquantennale della Cassazione sull'art. 2043 c.c. secondo cui il codice civile avrebbe limitato alle lesioni di diritti soggettivi la tutela risarcitoria. Rispetto a questa giurisprudenza le esigenze della prevedibilità erano pienamente osservate, grazie alla costanza della soluzione interpretativa. Dubito, però, che si possa inquadrare la medesima vicenda nella logica della certezza del diritto: la dottrina a lungo si era battuta contro l'interpretazione della Cassazione e in fondo la stessa Cassazione nel 1999, pur con arditi compromessi, aveva dovuto riconoscere che l'interpretazione pregressa non era sostenibile.

⁹ Cfr. art. 99, comma 3, cod.proc.amm.: su questa disposizione si vedano i contributi di vari autori raccolti in Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica (a cura di F. Francario e di M.A. Sandulli), Napoli 2018. Per le altre giurisdizioni, cfr. art. 374, comma 3, c.p.c. per la giurisdizione civile e art. 117 cod.giust.contab. per la Corte dei conti.

Oggi, come ho già accennato, concezioni ‘realistiche’ del genere sono state poste più apertamente in discussione e in esse viene colto negativamente un segno della trasformazione dallo Stato di diritto in un modello parzialmente diverso, talvolta designato come Stato giurisdizionale¹⁰. A fondamento della critica sono state invocate ragioni che superano anche le esigenze, di per sé evidenti, di correttezza dell’interpretazione e di condivisibilità dell’argomentazione giuridica. Sono invocate infatti ragioni che assumono una indubbia rilevanza istituzionale.

In estrema sintesi, soltanto una concezione rigorosa dell’interpretazione assicura la distinzione fondamentale fra il dettare le regole e l’applicarle, e rispetta perciò il disegno costituzionale che rimette al giudice l’applicazione delle regole e non la loro creazione¹¹. Solo in questo modo possono essere osservati alcuni principi fondanti dell’ordinamento costituzionale, come il principio democratico. Rispetto alla funzione giurisdizionale ce lo ricorda anche l’art. 101 Cost., secondo cui il giudice è soggetto “soltanto” alla legge: l’avverbio ‘soltanto’ certamente sottolinea il valore dell’indipendenza del giudice, ma non ammette alcun cedimento in termini di sufficienza e di autoreferenzialità.

2. Le considerazioni appena illustrate inducono a recuperare con vigore il valore prioritario della legge e, quindi, l’esigenza di una interpretazione corretta delle norme. Alla base vi è un’esigenza di ordine istituzionale.

In un volume recente¹², che ha suscitato un vivace dibattito nella nostra disciplina, è stato presentato un catalogo di deviazioni dalla legge riscontrabili nella giurisprudenza amministrativa anche in un ambito – quello processuale – rispetto al quale l’aderenza alla legge è fondamentale (l’importanza dell’aderenza alla legge, in ambito processuale, è significativamente sottolineata anche

¹⁰ Sul punto, si richiamano in particolare i contributi di F. Saitta e di G. Portaluri richiamati nella nota n. 1.

¹¹ Esprimo una convinzione che probabilmente Paolo Grossi (col quale ebbi una garbata polemica sul punto) ascriverebbe all’‘assolutismo giuridico’ (cfr. P. Grossi, in L’invenzione del diritto, Bari 2017, particolarmente Ultima verba, p. IX ss., L’invenzione della Costituzione: l’esperienza italiana, p. 63 ss. e L’invenzione del diritto: a proposito della funzione del giudice, p. 114 ss., ma v. già P. Grossi, Mitologie giuridiche della modernità, Milano, 3° ediz., 2007). Per Grossi la norma non può essere disgiunta dalla sua interpretazione (cfr. Ultima verba, p. XIII ss.; L’invenzione del diritto: a proposito della funzione del giudice, p. 114 ss., specialmente p. 123 ss.). Si tenga però presente che il Maestro fiorentino, nelle sue ultime opere, nega che alla giurisprudenza possa assegnarsi propriamente un ruolo ‘creativo’ del diritto, perché la creazione del diritto è da lui intesa come un fenomeno più ampio e complesso (cfr. op.ult.cit. p. 125 ss., con precisazioni sulla distinzione fra ‘invenzione’ e ‘creazione’, distinzione richiamata anche in L’invenzione della Costituzione: l’esperienza italiana, p. 67 ss.; più di recente P. Grossi, Della interpretazione come invenzione. (La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo dell’interpretazione), in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. XLVII, 2018, p. 9 ss.

¹² F. Saitta, Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo, cit. Il volume è stato oggetto di dibattiti in varie sedi accademiche: p. es. a Trento il 27 ottobre 2023, con A. Cassatella, G.D. Falcon, B. Marchetti e A. Pajno. E’ stato recensito su. Jus 2023, p. 343 ss., e da P.L. Portaluri, Il declino della legge e l’ascesa della giurisdizione, in Il Sole 24 Ore del 23 settembre 2023.

dall'art. 111 Cost. sul giusto processo¹³). Come esempi di deviazione dalla legge sono stati segnalati nello stesso volume la modulazione degli effetti della sentenza di annullamento nelle vertenze diverse da quelle sui contratti pubblici, l'individuazione del termine per ricorrere nel rito sugli appalti alla luce del codice dei contratti del 2016 (con soluzioni criticabili, ma ciò nonostante avallate dalla stessa Corte costituzionale), l'introduzione di margini di appellabilità per il decreto cautelare monocratico, l'assoggettamento della parte privata ad un onere della prova (che la legge pone invece a carico dell'amministrazione) circa l'utilità o l'inutilità della sua partecipazione al procedimento ai fini della 'non annullabilità' del procedimento, l'utilizzo sempre più frequente della formula dell'abuso del processo a fini decisorii (e cioè al fine di stabilire la soccombenza di una parte, e non semplicemente al fine della liquidazione delle spese processuali). Su questi punti la giurisprudenza maggioritaria sembra aderire a indirizzi che non sono riconducibili alle previsioni della legge.

Recuperare il valore prioritario della legge significa dunque affermare con chiarezza le ragioni di una interpretazione rigorosa. Su questo punto, mi sembra, le critiche che ho richiamato all'inizio sono unanimi. Le posizioni diventano però meno nette nel momento in cui alla critica a soluzioni non condivise segue una proposta concreta. Eppure proprio in questo contesto emerge, a mio parere, anche la specificità del diritto amministrativo.

Interpretare, in ogni contrasto scientifico, significa ricomporre in un ordine elementi e dati che sono di per sé frammentari e che perciò illuminano solo alcuni aspetti della realtà che si indaga, e la frammentarietà – condizione di per sé frequente nel confronto fra la norma e il fatto – era ed è tuttora una caratteristica precipua nel diritto amministrativo. Emilio Betti, nel suo monumentale trattato sull'interpretazione, ha sostenuto con vigore che una prospettiva del genere non è sufficiente per la scienza giuridica, perché nella scienza giuridica l'interpretazione è proiettata verso una dimensione precettiva e non meramente cognitiva¹⁴. Va osservato, però, che affermare che la dimensione cognitiva non sia sufficiente non vuole dire che essa non sia necessaria. L'interpretazione delle norme, nel diritto amministrativo, molto spesso richiede innanzi tutto un'indagine per ricercare e individuare la norma rilevante rispetto a una determinata vicenda. Si tratta di un'indagine talvolta molto complessa che comporta l'utilizzo di strumenti che sono invece marginali nei settori disciplinati dai codici o da testi organici: si pensi alla frequenza con la quale nel diritto amministrativo, per cercare di capire la ragione e la portata originaria di una norma, risulta necessaria l'indagine sulle origini e sulle ragioni storiche di una disposizione o la ricostruzione della sua

¹³ Una lettura diversa, e a mio parere meno convincente (perché non sembra riconoscere il rilievo decisivo del riferimento alla 'legge' nell'art. 111 Cost.), è proposta da F. Merusi, Sul giusto processo amministrativo, in Foro amm.-Cons. Stato 2011, 1353 ss.

¹⁴ E. Betti, Teoria generale della interpretazione, vol. II, Milano 1955, p. 789 ss.

elaborazione nei lavori parlamentari. A ben vedere, in questo modo di risalire da un frammento ad una norma utile per valutare un fatto sta un motivo di fascino della nostra disciplina.

3. Il tema dell'interpretazione della norma 'amministrativa' presenta svolgimenti e declinazioni che si identificano con le vicende stesse del diritto amministrativo: assumono rilievo profili che attengono all'identificazione delle norme e al riconoscimento del loro carattere 'giuridico', questioni che attengono al metodo per l'indagine giuridica, ragioni che attengono alla conoscenza dei contenuti specifici del diritto amministrativo e alla rappresentazione del suo ambito proprio. Le vicende della nostra disciplina testimoniano la sua costante sensibilità a esigenze che possono essere apprezzate pienamente solo in una prospettiva storica e comunque extra-giuridica e anche questo elemento ha inciso sensibilmente sul dibattito sull'interpretazione delle norme.

Nella nostra disciplina l'interpretazione delle norme si svolge in un quadro soggetto a continue variazioni e il confronto fra norma e fatto, o, se si vuole, fra testo e contesto¹⁵, non può ignorarlo. La comprensione della norma non è possibile, se si ignorano i caratteri del fatto su cui essa intende intervenire. Ciò non significa, però, che il fatto condizioni l'interpretazione della norma e, in particolare, che una valutazione assiologica del fatto possa determinare, per l'interprete, la portata della norma. Conclusioni del genere finirebbero col negare il carattere 'regolatore' proprio della norma: la norma ha come ragione la regolazione di fatti, spesso di fatti non ancora previsti, e la certezza del diritto implica anche che una qualificazione giuridica di un fatto noto sia pienamente possibile sulla base della norma. D'altra parte nel diritto amministrativo, come in qualsiasi settore del diritto pubblico, le ragioni dell'interpretazione sono particolarmente associate a quelle della certezza, perché alla base del diritto pubblico, in tutte le sue declinazioni, vi è una esigenza essenziale di garanzia, come era stato osservato già ben prima che venisse elaborata la concezione dello Stato di diritto¹⁶.

Il tema dell'interpretazione delle norme nel diritto amministrativo non può essere affrontato pienamente se non attingendo a tutti questi profili. E' un'opera che pertanto accompagna ogni svolgimento della nostra disciplina.

4. Gli studi sull'argomentazione e sull'ermeneutica hanno scandagliato a fondo i fattori che condizionano normalmente l'interprete di un testo: rappresentano indirizzi nodali di riflessione nella

¹⁵ Parafrasando N. Irti, Testo e contesto - Una lettura dell'art. 1362 c.c., Padova, 1996.

¹⁶ Cfr. B. Spinoza, Trattato teologico-politico, a cura di R. Cantoni e F. Fagnani, (1° ediz. Torino 1997), 2° ediz. Torino 2005, p. 533.

cultura moderna¹⁷. Il tema della conoscenza scientifica, che in fondo riconduce al problema ineludibile della verità, è strettamente legato a questi indirizzi e anche la scienza giuridica ne è ampiamente tributaria.

La prospettiva di un'interpretazione 'neutrale', da intendersi nei termini di indifferenza rispetto alle ragioni 'esterne' e in particolare a quelle personali dell'interprete, viene frequentemente criticata: alle difficoltà incontrate da ogni concezione dualistica, che distingue in modo netto il ruolo dell'interprete dall'oggetto dell'interpretazione, anche nell'ambito giuridico si è cercato di porre rimedio dando spazio a concezioni tendenzialmente monistiche, che propongono di identificare la norma con la sua interpretazione¹⁸. Espressioni di questa visione monistica emergono anche in varie concezioni, come in quelle che sottolineano l'efficacia degli argomenti non strettamente logici¹⁹ o in quelle che hanno posto in evidenza le interrelazioni biunivoche fra interprete e testo sviluppando la nozione di 'precomprensione'²⁰. In questo modo, mi sembra, si sta cercando di costruire una nuova oggettività su ragioni che attengono pur sempre all'ordine soggettivo. La norma in quanto tale finisce col risultare come il 'noumeno', che non si può fare a meno di postulare, ma di cui anche si deve saggiamente rinunciare a conoscere le caratteristiche reali.

Queste espressioni di taglio monistico mi sembrano importanti e utili, ma non penso esauriscano il tema dell'interpretazione giuridica. Esse piuttosto contribuiscono a comprendere quali limiti debbano essere superati quando si persegue l'obiettivo di una interpretazione corretta. La ragione di ordine soggettivo è comune ad ogni operazione interpretativa, ma proprio perché ne acquisiamo consapevolezza dobbiamo essere meglio nelle condizioni di escluderla. In altre parole, in queste espressioni monistiche penso si debbano identificare modelli a cui non rassegnarsi.

Considerazioni analoghe valgono, anche se su un piano molto diverso, per il peso che nel contesto del diritto amministrativo assume per l'interpretazione della norma l'argomento

¹⁷ H.G. Gadamer, in Wahrheit und Methode (traduz. it. Verità e metodo, Milano 1983), rileva ripetutamente che queste riflessioni hanno permeato la cultura occidentale, per lo meno a partire dall'opera di Schleiermacher.

¹⁸ Cfr. P. Grossi, Mitologie giuridiche della modernità, 2° ediz., Milano 2005, p. 69-70: l'illustre Maestro fiorentino, nel criticare G. Corso, In che senso il diritto positivo costituisce un vincolo per il giurista, in Diritto positivo e positività del diritto (a cura di G. Zaccaria), Torino 1991, p. 42 ss., gli imputa di "ripetere con ostinatezza quella separazione fra norma e interpretazione che ha spesso condannato a morte per soffocazione zone delicate del settore normativo". Naturalmente molto dipende da ciò che si intenda per 'separazione': nel contesto delle sue riflessioni, Paolo Grossi sembra intenderla anche come 'distinzione', nel senso che una norma non avrebbe una vita propria, distinta dalla sua interpretazione. Questa critica alla posizione di Corso, per le ragioni già esposte nel testo, non mi sembra però convincente.

¹⁹ Si pensi alla c.d. nuova retorica prospettata da C. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica, Torino, 1966, con prefazione di N. Bobbio, e dallo stesso C. Perelman, in Logica giuridica. Nuova retorica, Milano 1979, con presentazione di A., Giuliani.

²⁰ Nelle diverse prospettive coltivate, da M. Heidegger a H.G. Gadamer.

rappresentato dalla ricerca di una soluzione orientata all'interesse pubblico²¹. L'introduzione di questo argomento non convince: il punto di equilibrio fra l'interesse pubblico e gli altri interessi non è rimesso all'interprete, ma è dettato dalla legge. Se la legge provvede in tal senso, l'interprete non può che adeguarsi; se la legge non provvede, è perché ammette una discrezionalità amministrativa, e ciò significa assegnare a un'amministrazione – e solo ad essa – la selezione fra gli interessi in gioco. In un caso e nell'altro, l'interprete non può introdurre una propria scala di interessi. Questa conclusione va rappresentata e perseguita anche rispetto alla giurisdizione amministrativa: il giudice amministrativo, nel nostro ordinamento, nonostante quanto viene spesso proclamato, non è giudice dell'interesse pubblico, ma è giudice della legittimità. Le due formule vanno tenute distinte; confonderle significa deviare dalla legge e da un ordine costituzionale.

5. Alcuni criteri praticati comunemente nell'interpretazione della legge meritano invece di essere precisati, sostenuti e valorizzati.

Mi riferisco, in particolare, all'importanza del criterio sistematico. L'importanza di questo criterio non va sottovalutata, come invece ritiene chi lo riconduca ad una visione organicistica del diritto che ormai da tempo è tramontata. L'interpretazione giuridica ha ad oggetto, più ancora che le singole norme, le relazioni fra le norme. Questo è, appunto, il campo e la ragione stessa del criterio sistematico.

L'importanza del criterio sistematico emerge oggi a maggior ragione in un contesto normativo frammentario come è quello del diritto amministrativo: il criterio sistematico è infatti il riflesso irrinunciabile e immanente di una coerenza complessiva. Le esigenze di coerenza sono alla base di ogni ragionamento scientifico nell'età moderna²². La coerenza è un canone essenziale per ricostruire un ordine, e il sistema giuridico richiede all'interprete innanzi tutto un'attività ordinatrice, perché non ammette la coesistenza di norme contraddittorie. Di conseguenza la coerenza, che

²¹ Questo criterio è emerso in modo netto in varie decisioni epocali del Consiglio di Stato. Si pensi, limitando gli esempi all'ambito urbanistico, alla soluzione accolta da Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 1984, n. 7, sugli effetti della decadenza di un vincolo di inedificabilità, o da Cons. Stato, ad. plen. 8 gennaio 1986, n. 1, sulla disciplina urbanistica applicabile nel caso di annullamento di un diniego illegittimo di un titolo edilizio, o alla posizione espressa da quella giurisprudenza – oggi maggioritaria – che nega la possibilità che si formi il silenzio-assenso si richieste del cittadino per interventi non conformi alla legge. Si pensi, ancora, alla giurisprudenza amministrativa sulla 'non annullabilità' di atti illegittimi, quando in gioco siano ragioni importanti di interesse pubblico (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 275), o sulla modulabilità nel tempo degli effetti della pronuncia di annullamento (Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, in Foro it. 2018, III, 163, con nota critica di M. Condorelli, Il nuovo prospective overruling, «dimenticando» l'adunanza plenaria n. 4 del 2015; per riferimenti cfr. anche Cons. Stato, ad. plen., 9 novembre 2021, n. 18 e n. 19, in relazione alla protrazione della data di scadenza delle concessioni balneari).

²² Nel senso che in Cartesio il valore intrinseco della coerenza avrebbe superato quello estrinseco dell'essenza o della metafisica di molta filosofia precedente, cfr. P. Cristofolini, Introduzione a R. Descartes, I principi della filosofia, Torino 1967 (Principia philosophiae, Amsterdam 1644), p. 34 ss.

richiede una verifica all'interno del sistema, contribuisce anche ad assicurare razionalità e verificabilità all'interpretazione delle norme.

Il criterio sistematico impegna quotidianamente l'interprete della legge nel diritto amministrativo, con una difficoltà ulteriore, rappresentata dalla ben nota variabilità della legislazione. Emilio Betti, nei suoi scritti sull'interpretazione, si dimostrava ben consapevole della variabilità delle norme e per questo sottolineava che l'interpretazione ha ad oggetto il diritto 'vigente', ossia il diritto così come esso è oggi, nell'attualità²³. Il diritto amministrativo è in continua evoluzione. Di conseguenza, nonostante sia diffusa fra i pratici anche l'opinione contraria, il criterio sistematico non può essere letto come un criterio 'storico'²⁴: infatti richiede sempre una lettura che consideri il contesto in cui si colloca la norma e valuti in una prospettiva storica la relazione fra le norme. L'interpretazione delle norme, in quanto storica, è anche, in questo senso, evolutiva. Interpretazione evolutiva non significa – come invece spesso si è ritenuto - che la ragione ideologica abbia titolo per inserirsi nella lettura della legge. Si tratta invece, come sosteneva Santi Romano in una voce dei suoi "Frammenti"²⁵, di raccogliere i diversi fili dell'intero ordinamento, appunto di ricomporre i frammenti nell'ordine che si ricava dalle norme, e non certo dalle aspirazioni o dai 'valori' propri dell'interprete.

E' un ordine che oggi deve corrispondere innanzi tutto con i principi costituzionali: il diritto amministrativo, anche nelle operazioni interpretative, non vive di luce propria, ma vive illuminato dalla Costituzione repubblicana. E qualsiasi ragione di sistema, a maggior ragione se il sistema attinga ai principi costituzionali, implica una capacità di adattamento che si riflette anche sull'attività interpretativa. L'interpretazione della Costituzione diventa un fattore decisivo anche per l'interpretazione delle leggi nel diritto amministrativo. Una cosa, però, è l'adeguamento a principi identificati puntualmente dalla norma costituzionale, altra cosa è muoversi con libertà accampando come giustificazione il richiamo ai principi. Se l'adeguamento ai principi costituzionali non è possibile, perché la legge ha una portata oggettivamente divergente, non si profila per l'interprete uno spazio per un diritto libero, ma l'unico rimedio consentito (nei limiti in cui esso sia praticabile) è rappresentato dalla questione di legittimità costituzionale.

Non ritengo che questa soluzione esponga l'interprete ad una critica di 'passività'. Innanzi tutto, su un piano generale, l'interpretazione che sia risultato di una ricerca critica ha sempre un

²³ E. Betti, Teoria generale dell'interpretazione cit., p. 833.

²⁴ E' ancora attuale, perciò, anche nella nostra disciplina, il noto insegnamento di Savigny ("Zum Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1840, p. 48, ristampa, Göttinga 2016), sulla necessaria complementarità del metodo sistematico e di quello storico (cfr. Larenz, Storia del metodo nella scienza giuridica, Milano 1966, p. 9 ss.; Wilhelm, Metodologia giuridica nel secolo XIX, Giuffrè 1974, p. 21 ss.). E' una complementarità che comporta una essenziale identità dei due metodi: il diritto nasce segnato dal tempo (cfr. L. Mengoni, Diritto e tempo, in Scritti vol. I, cit., p. 12 ss).

carattere di novità. Anche se si risolve nella conferma di una soluzione nota, contribuisce a pieno titolo alla comprensione del diritto, perché consente l'acquisizione di una nuova consapevolezza²⁶. Inoltre l'interprete, a maggior ragione nel diritto amministrativo, non recepisce mai passivamente l'esito dell'indagine, ma è chiamato ad integrarla con una progettualità che ha necessariamente una dimensione sociale. Nell'interpretazione giuridica ricerca e progettualità procedono insieme: si collocano, però, su piani distinti e i loro prodotti non devono essere confusi.

6. A conclusione dell'opera di ricomposizione demandata all'interprete, appare utile – anche nel diritto amministrativo – un confronto con la dogmatica. La dogmatica non va esorcizzata, come invece ancora oggi è di moda nella nostra disciplina, ma va intesa correttamente: non è una riflessione speculativa che ambisca a integrare l'ordinamento sulla base dei concetti, ma cerca di rappresentare il quadro di riferimento utile appunto per verificare la compatibilità delle soluzioni proposte con ragioni verificate e condivise²⁷.

Il rifiuto della dogmatica appare un riflesso di una concezione che permea a vari livelli l'indagine nel diritto amministrativo. La dogmatica viene esorcizzata invocando in particolare l'argomento rappresentato dalla rilevanza sistemica del 'fatto' nell'interpretazione della norma. Si è già osservato, però, che in questo modo si capovolge l'ordine logico fra la norma e il fatto: la conoscenza del fatto è necessaria per identificare la rilevanza della norma rispetto al caso concreto, ma non può modificare il significato della norma stessa²⁸.

Queste considerazioni devono comportare un atteggiamento di prudenza rispetto al riconoscimento dei c.d. nuovi diritti, quando siano intesi come interessi che suscitano ampia condivisione sociale, ma che non sono ancora riconosciuti dalla legge. Mi sembra questo uno dei maggiori problemi sia di ordine pratico che di ordine istituzionale e con esso oggi, con tutte le implicazioni rilevanti per la nostra disciplina, si confronta l'interprete ad ogni livello. In modo particolare si confronta la giurisprudenza, alla quale i portatori dei 'nuovi diritti' chiedono quotidianamente un riconoscimento autorevole. Rispetto alla giurisprudenza amministrativa il tema dei nuovi diritti ha assunto un rilievo specifico in varie prospettive, ma rispetto ad una in particolare:

²⁵ Santi Romano, Interpretazione evolutiva, in Frammenti di un dizionario giuridico, Milano 1947, p. 119 ss., particolarmente p. 124.

²⁶ La ricerca nella matematica di nuove dimostrazioni di teoremi noti dimostra ampiamente questa conclusione.

²⁷ In questo senso cfr., con riferimento al diritto privato, C: Castronovo, Dogmatica e metodo: Angelo Falzea e Luigi Mengoni, in Europa e diritto privato, 2023, p. 599 ss.

²⁸ Di buon grado mi riconosco fra quanti, "cultori del diritto positivo, ancora tutti involuppati nel loro protettivo mantello di normativismo legalista", sono destinatari delle critiche di P. Grossi, Mitologie giuridiche della modernità, 2° ediz. cit., p. 72.

mi riferisco alla legittimazione ricorrere²⁹, condizione rispetto al quale oggi peraltro la giurisprudenza appare significativamente più prudente che in passato, almeno in alcuni contesti (si pensi al tema emblematico delle azioni edilizie³⁰).

Il giudice amministrativo, in termini più diretti di altri, è destinatario di istanze sociali, ma non possiamo dimenticare che egli è sempre e solo 'giudice'. Di conseguenza gli strumenti di cui dispone sono quelli rappresentati dalla legge; oltre non può andare.

7. Infine, ultimo ma certamente non il più piccolo, l'interpretazione delle 'norme amministrative' deve confrontarsi con il tema rappresentato dai c.d. principi generali. Il loro valore normativo è incontestato e d'altra parte hanno rappresentato in passato - e spesso rappresentano tuttora - un carattere fondamentale della relazione fra cittadino e amministrazione, fino a qualificarla in modo essenziale. Il valore di questi principi è sottolineato dal riconoscimento, in molti casi, di un rango super-primario, che li garantisce anche rispetto al legislatore. La loro intangibilità rispecchia, a ben vedere, la convinzione che alcuni valori ispiratori del nostro ordinamento si ambientano nel diritto amministrativo e che anche il legislatore non può sovvertirli: ciò induce a sostenerne una collocazione nell'ordine costituzionale.

E' stato scritto, recentemente, che i principi generali garantiscono anche la contemporaneità del diritto³¹: la circostanza che questa affermazione provenga da uno studioso del diritto privato sottolinea maggiormente, quasi per giustapposizione, il suo peso rispetto al diritto amministrativo, che tanto di più deve nella sua elaborazione ai principi generali. E nel diritto amministrativo con particolare evidenza i principi generali spesso non sono stati una sintesi di regole dedotte dall'esame del diritto positivo: integrano invece la disciplina positiva stessa. Storicamente molti di essi non sono stati neppure una creazione propriamente giurisprudenziale. Chi li ha studiati a fondo ha rinvenuto elaborazioni remote, che precedono ampiamente l'istituzione della Quarta Sezione: basti pensare ai canoni fondamentali dell'eccesso di potere, rappresentati sì nella prima giurisprudenza sul ricorso

²⁹ Cfr. L. De Lucia, La cittadinanza presa sul serio. Legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo e tutela degli interessi diffusi e collettivi, in Politica del diritto 2022, p. 85 ss.

³⁰ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22.

³¹ G. Vettori, Effettività fra leggi e diritto, Milano 2020, p. 48.

straordinario, ma a loro volta riflesso di concezioni giuridiche precedenti³². Il collegamento è con principi consolidati come ragione giuridica nella nostra cultura³³.

Oggi probabilmente il quadro è evoluto e si può ritenere che nuovi principi possono ricavarsi solo dal diritto positivo. Il giudice amministrativo, però, anche di fronte a questi nuovi principi è tenuto a conservare rispetto alla norma la stessa condizione che ho richiamato all'inizio, di interprete fedele di regole date.

Con ciò non si possono avvalorare le conclusioni del c.d. testualismo³⁴: il richiamo al canone sistematico e ai margini per una interpretazione evolutiva le smentiscono. Inoltre il testualismo è zoppicante e impraticabile là dove le norme siano frammentarie, come è nel diritto amministrativo. Ed infine non si può avvalorare, nella nostra materia, un modello di interpretazione meccanica e solo deduttiva: una cosa è un modello del genere, altra cosa è l'esigenza di fedeltà alla norma.

Fedeltà alla norma non significa solo fedeltà a un testo. Quando la Quarta sezione ammise il ricorso contro il silenzio-rigetto³⁵ certamente non si basò sul testo di una disposizione positiva: la legge Crispi contemplava solo la domanda di annullamento di un provvedimento³⁶. Tuttavia la Quarta Sezione applicò ugualmente la legge Crispi, che intendeva assicurare una tutela contenziosa contro l'amministrazione che fosse in una posizione di potere. Di conseguenza in questa giurisprudenza è riscontrabile certamente non l'aderenza a una disposizione, ma comunque la comprensione e un'aderenza piena alla legge.

Aldo Travi

³² Cfr., per l'elaborazione di talune figure dell'eccesso di potere prima dell'istituzione della Quarta sezione, A. Corpaci, La giurisprudenza del Consiglio di Stato, in Le riforme crispine, vol. II, Giustizia amministrativa, Milano 1990, p. 77 ss.

La circostanza che queste figure identificassero ragioni di illegittimità già in tempi precedenti (come testimoniano, per esempio, i pareri resi sui ricorsi straordinari già prima del 1889) va ascritta, a mio parere, alla ragione richiamata nel testo.

³³ Cfr., in generale, M. Dogliani, (Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico, in Scritti in onore di Alessandro Pace, Napoli 2022, e in Costituzionalismo.it, n. 2/2010.

³⁴ Mi riferisco in particolare al 'testualismo' praticato in alcuni ambienti del diritto pubblico nordamericano: su questa tendenza cfr. di recente F. Benatti, Essere giudice oggi. L'esperienza di Justice Scalia, Sesto S. Giovanni, 2023.

³⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 agosto 1902, n. 429, in Giur. it. 1902, III, 344.

³⁶ Lo osservò puntualmente U. Borsi, Il silenzio della pubblica amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa, in Giur. it. 1902, IV, 252, nel suo intervento critico sull'indirizzo elaborato dalla Quarta sezione.