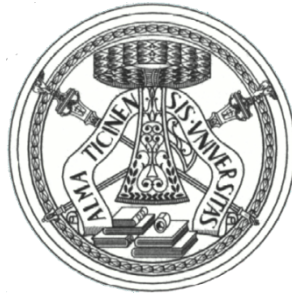


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA



**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO, GIUSTIZIA
PENALE E INTERNAZIONALE
XXXI CICLO**

*La vaghezza nelle norme attributive del potere amministrativo
Analisi giuridica e linguistica pragmatica*

Relatore:

Chiar.mo Prof. Bruno Tonoletti

Coordinatore:

Chiar.ma Prof.ssa Cristina Campiglio

Tesi dottorale di
Marzia Saddemi

Anno Accademico 2017/2018

INDICE

Introduzione	1
---------------------------	----------

CAPITOLO I

LA NORMA GIURIDICA NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

1. LA NORMA GIURIDICA NELLA TEORIA GENERALE DELLA NORMA	5
2. LA NORMA GIURIDICA NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO	17
2.1. LA NORMA ATTRIBUTIVA DEL POTERE, LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E L'INDETERMINATEZZA SEMANTICA: IL NECESSARIO CONTRIBUTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE QUALE RIFLESSO DELLA NATURA DEL POTERE AMMINISTRATIVO	25
3. LA NORMA ATTRIBUTIVA DEL POTERE DISCREZIONALE: IL RUOLO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE	30
4. I CONCETTI GIURIDICI INDETERMINATI: PREMessa INTRODUTTIVA	38
4.1. I CONCETTI GIURIDICI INDETERMINATI NELL'ORDINAMENTO TEDESCO: IL RUOLO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE SULLA LORO DETERMINAZIONE	41
4.2 LA "TEORIA DELL'UNICA SOLUZIONE GIUSTA" E LA "TEORIA DELLO SPAZIO DI LIBERA VALUTAZIONE"	45
4.3. I CONCETTI GIURIDICI INDETERMINATI NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE	50
5. DALLA NORMA ATTRIBUTIVA DEL POTERE ALLE NORME ATTRIBUTIVE DEL POTERE: INDETERMINATEZZA E TIPOLOGIE DI POTERE AMMINISTRATIVO	64

CAPITOLO II

LA VAGHEZZA, RIFLESSI SULLA NORMA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

1.	ANALISI LINGUISTICA DELLA NORMA GIURIDICA.....	68
2.	INDETERMINATEZZA NORMATIVA, CONCETTI GIURIDICI INDETERMINATI, VAGHEZZA	70
2.1.	RIFLESSI SULLA NORMA ATTRIBUTIVA DEL POTERE.....	76
3.	LA VAGHEZZA SEMANTICA: INTRODUZIONE.....	77
4.	LA VAGHEZZA NELLA PROSPETTIVA DEI FILOSOFI DEL LINGUAGGIO.....	80
5.	LA VAGHEZZA NELLA PROSPETTIVA DEI LINGUISTI.....	86
6.	LA VAGHEZZA DELLA NORMA ATTRIBUTIVA DEL POTERE	95
7.	LA VAGHEZZA ED I FENOMENI CONTIGUI.....	100
8.	LA PRAGMATICA.....	106
8.1.	COME LE PAROLE INCIDONO SUL MONDO: LA DIMENSIONE SOCIALE DEL LINGUAGGIO	108
8.2.	COME IL MONDO INCIDE SULLE PAROLE: IL RUOLO DEL “CONTESTO” NELLA DEFINIZIONE DEL SIGNIFICATO	109
9.	IL RUOLO DEL CONTESTO NELL’ATTIVITÀ INTERPRETATIVA DELLA NORMA ATTRIBUTIVA DEL POTERE	114
10.	CONCLUSIONI.....	123

CAPITOLO III

VAGHEZZA, CONTESTO ED INTERPRETAZIONE. ANALISI PRAGMATICA, *DE IURE CONDITO*, DELLA NORMA ATTRIBUTIVA DEL POTERE

1.	PREMESSA INTRODUTTIVA	125
----	-----------------------------	-----

2. L'ART. 95, D.LGS. 18 APRILE 2016 N. 50 E I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO: L'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA E IL PREZZO PIÙ BASSO.....	128
2.1. IL CRITERIO DEL PREZZO PIÙ BASSO E GLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE CON CARATTERISTICHE STANDARDIZZATE: VAGHEZZA, CONTESTO E INTERPRETAZIONE.....	135
3. LA LICENZA PER PORTO D'ARMI. INTRODUZIONE.....	147
3.1. LA NOZIONE DI "NON AFFIDAMENTO" CIRCA IL NON ABUSO DELLE ARMI: VAGHEZZA, CONTESTO ED INTERPRETAZIONE	154
Riflessioni conclusive.....	161
Bibliografia.....	171
Giurisprudenza citata.....	189

Introduzione

Il presente lavoro si inserisce nell'ambito del progetto di Ateneo nato dalla collaborazione tra l'Università degli Studi di Pavia ed il Senato della Repubblica su "La lingua del diritto" e prende ispirazione da un'intuizione della dottrina che con questa ricerca ci siamo posti l'obiettivo di verificare ed approfondire¹.

La premessa teorica da cui prende le mosse la ricerca è la consustanzialità che caratterizza il linguaggio giuridico e quello comune.

Tra la lingua e il diritto vi è un legame indissolubile infatti, come efficacemente evidenziato dai linguisti, «il diritto non si serve di lingua, ma è fatto di lingua»².

Questo stretto legame che avvince la lingua del diritto al linguaggio comune fa sì che le caratteristiche del linguaggio ordinario siano caratteristiche proprie anche del linguaggio normativo. Ne consegue che la vaghezza che connota il linguaggio comune permea in quello normativo, divenendo una caratteristica propria anche delle norme giuridiche.

La vaghezza non è qui intesa come mero sinonimo di incertezza, indeterminatezza della norma giuridica ma è una precisa categoria linguistica che delinea una caratteristica propria del significato dei termini e degli enunciati.

Un termine può dirsi vago quando il suo uso presenta, oltre ad ipotesi sicure a cui il termine si applica, casi limite rispetto ai quali vi è incertezza circa la loro riconducibilità nella sfera semantica del termine³. Il significato del termine vago è dunque costituito da un nucleo duro, certo e da una frangia che mette in crisi il

¹Il riferimento è all'intuizione del Prof. Bruno Tonoletti espressa nel saggio B. TONOLETTI, *Testi giuridici ed efficienza della Pubblica Amministrazione*, in *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura giuridica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e la giustizia. Atti del convegno di presentazione del progetto di ricerca e formazione*, Roma, 2017, pp. 263 ss., il quale per primo ha evidenziato l'incidenza della vaghezza della norma attributiva del potere sull'effettiva estensione del potere amministrativo risultante nel momento della sua concreta applicazione.

²M. CORTELLAZZO, *Lingua e diritto in Italia, il punto di vista dei linguisti*, L. SCHENA, (a cura di), *La lingua del diritto. Difficoltà traduttive. Applicazioni didattiche*, Roma, 1997, p. 36.

³A. BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, in *Digesto civ.*, 1994, XI, pp. 30 ss., ora in A. BELVEDERE, *Scritti Giuridici*, Padova, 2016, I, pp. 352.

destinatario del messaggio comunicativo, rendendolo incapace di stabilire se i casi che l'esperienza empirica presenta rientrano o meno nella sfera di significato del termine.

La vaghezza non è una caratteristica che può o meno esserci, c'è sempre, solo in misura minore o maggiore⁴. Ne consegue che, a fronte del nesso che lega il linguaggio comune a quello del diritto, la vaghezza costituisce una caratteristica ineliminabile anche del linguaggio normativo.

La ricerca si pone l'obiettivo di indagare la vaghezza delle norme attributive del potere amministrativo. Si assumerà dunque, nell'analisi della norma attributiva del potere, una prospettiva inedita negli studi di diritto amministrativo, ovvero quella linguistica.

Guardare la norma di diritto amministrativo con gli occhi del linguista e, in particolare, studiare la vaghezza che connota la formulazione linguistica delle norme attributive del potere, costituisce un approccio particolarmente interessante perché ci permetterà di evidenziare l'esistenza di spazi creativi in capo alla Pubblica Amministrazione diversi da quelli tradizionalmente riconosciuti dagli studi tradizionali, ovvero la discrezionalità amministrativa e i concetti giuridici indeterminati.

Tali spazi creativi, pur derivando da una mera scelta linguistica del legislatore e non dalla concessione volontaria di margini di adattamento della norma astratta al caso concreto in capo alla Pubblica Amministrazione, hanno una concreta incidenza sull'effettiva estensione del potere amministrativo⁵.

Evidenziata la centralità della vaghezza nella formulazione linguistica della norma attributiva del potere amministrativo, si analizzeranno i riflessi che le regole poste dalla pragmatica producono nella vita applicativa delle norme attributive del potere.

La vaghezza, dal punto di vista linguistico, determina una *impasse* comunicativa. Il destinatario del messaggio veicolato da un termine vago non è, come già anticipato, in grado di stabilire a priori se lo stato di cose che la realtà concreta

⁴C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 5.

⁵In tal senso B. TONOLETTI, *op. cit.*, pp. 263 ss.

presenta sia sussumibile o meno nella sua portata semantica. Tale difficoltà interpretativa può essere superata attivando le strategie di gestione della vaghezza studiate dalla pragmatica⁶. Precisamente, affinché il destinatario di un messaggio comunicativo formulato con termini vaghi riesca a comprenderne il significato, deve gestire la vaghezza chiamando in causa il contesto. È il contesto che permette di ridurre l'indeterminatezza semantica del termine vago. Grazie a questa operazione la comunicazione andrà a segno.

La gestione della vaghezza con l'attivazione di strategie pragmatiche è un'operazione che pone in essere sia il destinatario del messaggio comunicativo ordinario sia quello della norma giuridica ovvero, nel caso della norma attributiva del potere, la Pubblica Amministrazione e il giudice amministrativo.

Con il presente studio intendiamo dimostrare che, per effetto della vaghezza che contraddistingue la formulazione linguistica delle norme amministrative, la norma concreta risultante al momento della sua interpretazione - applicazione è qualcosa di diverso da quella astrattamente prevista dal legislatore.

È infatti grazie alla vaghezza e alla sua gestione attraverso le regole della pragmatica, ovvero il contesto, che la norma attributiva del potere risulterà, in sede interpretativa, connotata da elementi aggiuntivi non desumibili dalla mera portata semantica dei termini che la compongono. Ma non solo. In virtù della vaghezza e dell'influenza del contesto sono possibili oscillazioni dell'ampiezza del potere pubblico. La Pubblica Amministrazione, destinataria e interprete primario della norma attributiva del potere, sfruttando le maglie della vaghezza, riesce infatti a determinare una maggiore o minore ampiezza del potere pubblico. Tali oscillazioni possono dare vita a situazioni di conflitto con i soggetti destinatari dell'azione amministrativa della cui soluzione si dovrà far carico il giudice amministrativo, interprete ultimo della norma amministrativa.

Si cercherà di evidenziare, in definitiva, che la vaghezza garantisce alla Pubblica Amministrazione la possibilità di apporti creativi fuori dai cardini del principio di

⁶La pragmatica è una branca della linguistica che studia l'uso che gli utenti del linguaggio fanno delle frasi nelle situazioni concrete, come questi si servono degli apparati combinatori ed interpretativi in una particolare situazione comunicativa, C. BIANCHI, *La pragmatica del linguaggio*, Bari, 2003, pp. 5 ss.

legalità. Apporti non ancora indagati e che esistono grazie alla peculiare struttura delle norme attributive del potere.

La prima parte della ricerca sarà quindi volta ad analizzare la struttura delle norme attributive del potere su cui si innestano i tradizionali contributi innovativi che l'ordinamento garantisce alla Pubblica Amministrazione: la discrezionalità amministrativa e l'indeterminatezza semantica, a cui si aggiungono quelli derivanti dalla vaghezza linguistica.

È infatti attraverso l'analisi della struttura e del funzionamento della norma attributiva del potere che si comprenderà l'importanza del ruolo di intermediazione tra la norma e il fatto svolto dalla Pubblica Amministrazione e, dunque, l'importanza che la vaghezza ha nell'economia della norma amministrativa.

L'analisi proseguirà assumendo una prospettiva più propriamente linguistica. Verrà analizzata la vaghezza e le sue origini filosofiche, nonché i riflessi di tali orientamenti sulla nozione linguistica di vaghezza.

Si procederà poi allo studio della pragmatica e dunque delle regole che governano la gestione della vaghezza.

L'ultima parte del lavoro sarà dedicata ad un approccio più concreto alla tematica. Si analizzeranno alcune norme attributive del potere formulate con termini vaghi e, alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali, si evidenzierà il ruolo che il contesto svolge nella concreta determinazione dell'estensione del potere amministrativo.

In conclusione d'opera si esporranno alcune riflessioni sul ruolo del contesto nella determinazione dell'estensione del potere in una prospettiva *de iure condendo*.

CAPITOLO I

LA NORMA GIURIDICA NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Sommario: 1. La norma giuridica nella teoria generale della norma. 2. La norma giuridica nel diritto amministrativo. 2.1. La norma attributiva del potere, la discrezionalità amministrativa e l'indeterminatezza semantica: il necessario contributo della Pubblica Amministrazione quale riflesso della natura del potere amministrativo. 3. La norma attributiva del potere discrezionale: il ruolo della Pubblica Amministrazione. 4. I concetti giuridici indeterminati: premessa introduttiva. 4.1. I concetti giuridici indeterminati nell'ordinamento tedesco: il ruolo della Pubblica Amministrazione e il controllo giurisdizionale sulla loro determinazione. 4.2. La «teoria dell'unica soluzione giusta» e la «teoria dello spazio di libera valutazione». 4.3. I concetti giuridici indeterminati nell'ordinamento nazionale. 5. Dalla norma attributiva del potere alle norme attributive del potere: indeterminatezza e tipologie di potere amministrativo. Conclusioni.

1. La norma giuridica nella teoria generale della norma

Lo studio della norma attributiva del potere deve prendere le mosse da una riflessione sul generale concetto di norma giuridica.

La norma attributiva del potere, come emergerà dalla trattazione, ha dei connotati peculiari che la distinguono dalle comuni norme sostanziali e processuali. Tali connotati riflettono i complessi rapporti tra potere e legge tipici del diritto amministrativo.

Indagare l'essenza della norma attributiva del potere ci porta ad analizzare il suo rapporto con il *genus* norma giuridica e dunque a verificare l'esistenza di una nozione generale di norma giuridica capace di ricomprendere tutti i fenomeni normativi a cui tale termine si applica, comprese le norme di diritto amministrativo.

Solo escludendo la sussistenza di una nozione generale e onnicomprensiva di norma giuridica, si comprende e giustifica l'analisi della norma attributiva del potere e lo studio dei suoi caratteri tipici.

L'individuazione di una nozione generale di norma giuridica costituisce una delle questioni più dibattute negli studi di teoria generale del diritto.

Gli studi sulla norma giuridica iniziano a svilupparsi con l'avvento del giusnaturalismo moderno¹, il cui esito più rilevante sarà la codificazione e l'affermazione del positivismo giuridico. La vigenza dei codici, togliendo ogni funzione al diritto naturale, ne determina infatti la sua eclissi.

Dalla concezione statualistica del diritto emerge quella che sarà la tradizionale concezione della norma elaborata dalla scienza giuridica, ossia quella imperativistica².

¹In epoca classica, secondo la concezione giusnaturalistica antica il mondo è un insieme di fatti e di valori ed il diritto è ricavabile dalla natura stessa delle cose. Per gli antichi la coerenza del comportamento al diritto naturale non si impone ma si deduce dalla natura. Il concetto di norma è dunque naturale e si sostanzia in proposizioni descrittive di ciò che è insito nella natura. Sul punto si rinvia a M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, 2000, pp. 15 ss.; S. GIVONE, F.P. FIRRAO, *Filosofia. Dalle origini al medioevo*, Firenze, 2012, pp. 31 ss. Sul superamento del diritto naturale e l'affermazione della primazia della legge si veda G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, pp. 6 ss.; M. BARBERIS, *op. cit.*, pp. 23 ss.; ID., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2008, pp. 3 ss.; S. GIVONE, F.P. FIRRAO, *Filosofia. L'età moderna*, Firenze, 2012, pp. 325 ss. L'imposizione del dominio della legge si fa risalire alla fine del 1500 quando emersero le prime teorie esclusivistiche del diritto legate all'assolutismo politico (in particolare la dottrina di Grozio e di Hobbes). A seguito delle scoperte scientifiche, geografiche e la fine dell'unità politica e religiosa, i valori che prima venivano rinvenuti nella natura, sono ricercati nella ragione umana. Il fondamento dei legami socio-politici diventano la ragione e la volontà dell'uomo, ossia il contratto sociale.

²A. THON, *Rechtsnorm und subjectives recht: Untersuchungen zur allgemeinen rechtslehre*, Weimar, 1878, trad. it. a cura di A. LEVI, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1939, pp. 16, 17 secondo cui «Deve essere affermato con assoluta risolutezza che anche le conseguenze giuridiche della trasgressione della norma, sia che si propongano per iscopo la punizione del trasgressore, sia che servano ad altri fini, non consistono se non nell'entrare in vigore di altri imperativi oppure nel venire meno d'imperativi fino allora vigenti. L'intero diritto di una società non è altro che un complesso di imperativi i quali sono l'uno all'altro inanellati che la disobbedienza agli uni costituisce sovente il presupposto di ciò che da altri è comandato»; R. JHERING, *Der zweck im recht*, Leipzig, 1877, trad. it. a cura di M.G. LOSANO, *Lo scopo del diritto*, Torino, 1972; J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determinated and the Uses of the study of jurisprudence*, London, 1954, trad. it. a cura di M. BARBERIS, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995; G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913, pp. 7, 11, 58; V. MICELI, *La norma giuridica*, Palermo, 1906, pp. 131 ss. la definisce «norma esterna, completamente obbiettivata, bilaterale che riceve esterna coazione da parte di un potere». Per norma esterna, completamente obbiettivata «intendiamo dire che essa si riferisce ai rapporti esteriori, disgiunta dalle volontà che la devono obbedire che si impone ad esse quale una volontà estranea e superiore, quale un comando imprescindibile, che esiste indipendentemente da esse».

Per la teoria imperativista la norma giuridica è un atto di volontà che si sostanzia in un imperativo, in un comando emesso da una volontà superiore, il legislatore, che impone al destinatario un obbligo positivo (*facere*) o negativo (*non facere*).

Dal punto di vista strutturale la norma giuridica è scindibile in due proposizioni: una descrittiva che detta la regola di comportamento e una prescrittiva della sanzione posta carico di chi trasgredisce la prima³.

La norma giuridica secondo questa teoria ha quali caratteri essenziali: l'esteriorità, l'imperatività, la bilateralità e la coercibilità.

Tali caratteristiche prestano il fianco ad una serie di rilievi critici⁴ tuttavia, ai fini che qui interessano, il limite principale va individuato nella sua incompletezza⁵.

³M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, p. 5.

⁴Per un approfondimento sui limiti della teoria imperativistica si rinvia a F. MODUGNO, *Norma giuridica*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1978, XXVII, pp. 345 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, pp. 6 ss.; G. GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1984, p. 29. In estrema sintesi, la concezione imperativistica della norma giuridica è in primo luogo criticabile perché ignora la distinzione tra disposizione e norma facendo coincidere la volontà attuale del legislatore con l'atto normativo (disposizione) e non con il prodotto interpretativo dello stesso (norma). In secondo luogo, la teoria in esame costringe a negare carattere giuridico alle norme prive di sanzione. Precisamente, il requisito della coercibilità della norma impone la previsione da parte dell'ordinamento, da un lato di meccanismi volti ad impedirne la violazione (coattività del diritto), dall'altro della sanzione ossia di una reazione da parte dell'ordinamento a seguito della sua trasgressione. La coercibilità non è però una caratteristica di tutte le norme giuridiche. Il carattere della coercibilità sarebbe rinvenibile, formalmente, solo nelle norme penalistiche. Peraltro anche la norma secondaria a sua volta dovrebbe essere garantita da un'altra norma che minacci la sanzione in caso di suo mancato rispetto. Tale situazione o determina una spirale potenzialmente senza fine oppure impone che la giuridicità dell'ultima norma vada predicata per ragioni diverse. La concezione imperativistica presuppone poi una concezione personalistica della suprema autorità pubblica. Il comando deriva da una volontà psicologica che vuole imporsi su altre volontà. La bilateralità della norma determina la necessità che esistano due soggetti o meglio due centri di volontà: chi emette il comando e chi lo deve ricevere. Senonché la bilateralità della norma, quale riflesso dell'imperatività, si presta ad un'obiezione di fondo. La riferibilità del comando alla volontà del soggetto che lo emana, logicamente ammissibile in epoca monarchica, mal si attaglia al processo legislativo degli stati moderni ove la legge è il risultato di un *iter* in cui intervengono soggetti diversi, con la conseguenza che la stessa non può riferirsi alla volontà esclusiva di un determinato soggetto. Ma non solo. Dal punto di vista dei destinatari, le norme giuridiche sono generali ed astratte, ossia si riferiscono ad un insieme di soggetti solo astrattamente individuati. Le norme giuridiche contengono, nella generalità dei casi, previsioni "volizione preliminare" con la conseguente mancanza, fino alla loro applicazione, di uno specifico destinatario. Sul punto si rinvia a V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. Introduzione al diritto costituzionale: gli ordinamenti giuridici, Stato e costituzione, formazione della Repubblica italiana*, Padova, 1970, I, p. 10; S. ROMANO, *Norme giuridiche (destinatari delle)*, in S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 135 ss., secondo cui l'ordinamento giuridico e le norme giuridiche non hanno destinatari.

⁵Definisce la teoria imperativistica «vera ma parziale» N. BOBBIO, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo* in N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 33; ID.,

Definire la norma giuridica in termini di comando significa infatti lasciare fuori tutta una serie di norme che non esprimendo comandi non sono riducibili alla tipologia della prescrizione.

Sulla base delle coordinate espresse dalla teoria in esame, sprovviste del carattere della giuridicità sarebbero dunque le norme che contengono le definizioni giuridiche, le norme che attribuiscono *status* giuridici, le norme abrogatrici, le norme di interpretazione autentica, le norme processuali, nonché le norme permissive e quelle attributive di poteri.

La nozione imperativistica della norma giuridica si scontra in definitiva con un dato incontestabile: se nell'universo giuridico esistono comandi, il diritto non si compone solo di comandi.

Tale consapevolezza spiega il superamento della teoria imperativistica e l'emergere di ulteriori teorie della norma giuridica tra cui di primaria rilevanza è la teoria del prescrittivismo ipotetico che si diffonde in Europa nel corso del XX secolo ad opera di Hans Kelsen.

Il punto di partenza del pensiero di Kelsen è una visione dicotomica della realtà. Da un lato c'è il *Sein*, ossia il mondo dei fatti o dell'essere, dall'altro c'è il *Sollen*, ossia il mondo delle norme o del dover essere. Si tratta di due mondi separati che non ammettono reciproche contaminazioni⁶.

Ciò determina una concezione formale del diritto che, inteso quale sistema di norme, non può trarre il fondamento della sua validità dal mondo dei fatti. La

Norma giuridica, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1956, XI, p. 331; C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Fabriano, 1930, pp. 35 ss.; V. CRISAFULLI, *op. cit.*, pp. 1 ss., spec. 27 ss., rileva «non tutta l'esperienza di un ordinamento statale [...] è riconducibile al "rapporto", come connessione tra diritto e obbligo; non tutte le norme che formano un ordinamento statale si concretano nell'attribuzione di diritti ed obblighi, e meno ancora nella simultanea attribuzione di un diritto e di un obbligo reciprocamente interdipendenti: questo, in breve, il nucleo argomentativo che si può correttamente opporre alla teoria della bilateralità». In opposizione alla teoria di J. Austin rileva che non tutte le norme giuridiche siano riducibili alla categoria degli ordini esistendo norme che assolvono ad una funzione diversa essendo mezzi per realizzare i desideri dei cittadini H.L.A. HART, *The concept of law*, London, 1961, trad. it. a cura di M. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Torino, 1991, pp. 23 ss.

⁶M. BARBERIS, *Un'introduzione storica*, cit., p. 158.

validità della norma va infatti desunta da un'altra norma ad essa superiore⁷. Tale ricerca non potendo protrarsi all'infinito si concluderà con l'individuazione di una norma fondamentale (*Grundnorm*), la quale è presupposta e non posta dall'Autorità⁸.

Nella costruzione sistematica di Kelsen è centrale il concetto di norma giuridica. Nel mondo dei fatti il criterio ordinatore dei comportamenti è il principio di causalità (*Müssen*) per cui "dato A, è B", mentre nel mondo delle norme il criterio ordinatore è quello di imputazione (*Zurechnung*) per cui "dato A, deve essere B"⁹.

La norma giuridica è formulata in modo che date certe condizioni debba derivarne una certa conseguenza giuridica. Posto che B non è la conseguenza causale ma imposta di A, occorre che qualcuno la metta in atto. Tale soggetto sarà

⁷Nel pensiero dell'Autore il sistema giuridico è costruito in modo gerarchico ossia sulla base di una costruzione per gradi che vede al vertice della piramide normativa la norma fondamentale (*Stufenbau der Rechtsordnung*).

⁸H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it. a cura di M. G. LOSANO, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, pp. 217 ss. «La norma fondamentale è la fonte comune della validità di tutte le norme appartenenti allo stesso ordinamento, è il fondamento comune della loro validità. Questa norma fondamentale organizza in unità una pluralità di norme, costituendo il fondamento della validità di tutte le norme appartenenti a questo ordinamento» Kelsen prosegue la ricerca del fondamento di validità delle norme distinguendo tra sistemi normativi statici e dinamici. Nei sistemi statici «tutte le norme di un ordinamento esistono già nel contenuto della norma presupposta e possono da questa essere dedotte con una operazione logica, con una conclusione dal generale al particolare. Questa norma presupposta come fondamentale, fornisce tanto il fondamento della validità quanto il contenuto della validità (*Geltungsinhalt*)». Nei sistemi dinamici invece «La norma fondamentale presupposta non contiene altro che l'istituzione di una fattispecie produttiva di norme, l'autorizzazione di un'autorità legiferante o una regola che determina come si devono produrre le norme generali ed individuali dell'ordinamento riposante su questa norma fondamentale [...]. La norma fondamentale fornisce soltanto il fondamento di validità non però anche il contenuto delle norme che costituiscono questo sistema». Si spiega così la concezione formale del sistema normativo sganciato dal contenuto il quale, attenendo agli aspetti ideologici, va ricondotto al mondo del *Sein*.

⁹H. KELSEN, *op. cit.*, pp. 94 ss., «Nella descrizione di un ordinamento normativo che regoli il reciproco comportamento umano si applica un criterio ordinatore diverso dal principio di causalità, il quale può essere denominato imputazione. Per mezzo di un'analisi del pensiero giuridico si può infatti mostrare come, nelle proposizioni giuridiche in cui la scienza del diritto descrive il suo oggetto, cioè il diritto sia nazionale sia internazionale, si fa uso di un principio che è analogo a quello di causalità e tuttavia si differenzia da quest'ultimo in modo caratteristico [...]. Nella proposizione giuridica non si afferma come nella legge naturale che, dato A è B, bensì che dato A deve essere B anche se poi, effettivamente, B non ha luogo. Il fatto che il collegamento degli elementi della proposizione giuridica sia diverso dal collegamento degli elementi della legge naturale deriva dal fatto che il collegamento nella proposizione giuridica è posto in essere da una norma stabilita dall'autorità giuridica, stabilita cioè con un atto di volontà, mentre il nesso di causa e effetto, espresso nella legge naturale, è indipendente da qualsiasi intervento di questo genere».

il giudice.

La norma giuridica viene dunque costruita da Kelsen come una proposizione precettiva semplice avente la forma del giudizio ipotetico in forza del quale, se un soggetto si comporta in un certo modo un altro, il giudice, dovrà comminargli una sanzione¹⁰. Posto che la coercibilità è un elemento essenziale della norma, la sanzione viene assorbita nel suo corpo.

Ora, se la norma si sostanzia nella struttura logica “se A allora il giudice deve B”, la stessa ha nuovamente funzione prescrittiva¹¹. La teoria della norma giuridica elaborata da Kelsen soffre dunque gli stessi limiti applicativi di quella imperativistica, escludendo dal suo spazio applicativo tutte le norme che non sono riducibili al concetto di prescrizione.

Sulla scorta del fallimento della teoria della norma come giudizio ipotetico emerge nella dottrina italiana una terza concezione che qualifica la norma giuridica come un giudizio di valore¹².

Secondo tale teoria la norma giuridica svolge la funzione di qualificare un certo fatto o comportamento come condizione necessaria per il verificarsi di determinati effetti giuridici. Tali effetti si sostanziano nel sorgere di obblighi o poteri in capo ai privati o agli organi giudiziari.

¹⁰Sulla costruzione della norma giuridica come giudizio ipotetico F. MODUGNO, *op. cit.*, pp. 336 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA, U. NATOLI, *Diritto civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1991, pp. 15 ss.; V. CRISAFULLI, *op. cit.*, pp. 11 ss.

¹¹Lo stesso Autore ammette l'uso prescrittivo delle norme giuridiche. In tal senso H. KELSEN, *op. cit.*, pp. 87 ss. «La scienza giuridica deve conoscere il diritto e sulla base di questa conoscenza, deve descriverlo. Gli organi giuridici, invece, in quanto autorità giuridica devono anzitutto produrre il diritto, affinché esso possa poi essere conosciuto e descritto dalla scienza giuridica. [...]le proposizioni normative (*Soll – Sätze*) formulate dalla scienza giuridica (le quali descrivono il diritto e non obbligano o autorizzano alcuno ad alcunché) non possono essere vere o false, mentre le norme (*Soll-Normen*) statuite dall'autorità giuridica (le quali obbligano o autorizzano alcuno ad alcunché) non possono essere vere o false, ma possono soltanto essere valide oppure no»; H. KELSEN, *General theory of law and state*, Harvard University Press, 1945, trad. it. a cura di S. COTTA, G. TREVES, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, p. 45 «Le norme giuridiche emanate dalle autorità che producono il diritto sono prescrittive mentre le regole del diritto formulate dalla scienza del diritto sono descrittive».

¹²M. GIULIANO, *Norma giuridica diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, Bologna, 1952, pp. 12 ss.; T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Roma, 1938, pp. 32 ss.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, pp. 14 ss.; R. AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950, pp. 67 ss.

La struttura logica della norma costruita come giudizio di valore si sostanzierebbe infatti nella formula “dato A (fatto o comportamento), allora X deve (obbligo) o può (potere) fare B”, che però finisce nuovamente per coincidere con la costruzione della norma come giudizio ipotetico teorizzata da Kelsen (dato A, è B)¹³. Ne consegue che neppure la teoria della norma come giudizio di valore riesce a elaborare una definizione di norma comprensiva di tutte le sue espressioni concrete¹⁴.

La concezione imperativistica e quelle anti - imperativistiche (norma come giudizio ipotetico e di valore) paiono dunque accumulate dallo stesso limite: forniscono una nozione di norma giuridica capace di ricomprendere solo quelle dotate di capacità prescrittiva. Da tale circostanza deriva l'emergere di ulteriori teorie sulla norma che pongono però l'attenzione sulla funzione descrittiva.

In questa prospettiva si collocano la concezione realistica del diritto e quella della norma giuridica come norma tecnica.

Quest'ultima teoria è elaborata da Ravà il quale ritiene che le norme giuridiche appartengono alla categoria delle norme tecniche¹⁵.

Le norme tecniche derivano dalle leggi della natura e non esprimono prescrizioni ma descrivono i rapporti di derivazione tra una causa e un effetto.

La norma tecnica è formulata nel senso che, se si vuole raggiungere un certo effetto (B), si deve porre in essere un certo comportamento (A)”. La norma tecnica si esprime della formula logica “se vuoi B - ad esempio accendere la luce - devi porre in essere A - premere l'interruttore”. Se la norma tecnica viene violata la sanzione è naturale ossia il non raggiungimento dello scopo. La doverosità della norma tecnica è quindi teleologica.

Per l'Autore il diritto ha come obiettivo la conservazione della società. Per

¹³Sulla parzialità della teoria della norma come giudizio di valore N. BOBBIO, *Studi*, cit., pp. 36 ss.; G. GAVAZZI, *op. cit.* p. 30.

¹⁴Per una critica alla teoria della norma giuridica come giudizio di valore si rinvia E. DI ROBILANT, *Osservazioni sulla norma giuridica come giudizi di valore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, pp. 1377 ss.

¹⁵A. RAVÀ, *Diritto e Stato nella morale idealista*, Padova, 1950, pp. 32 ss.

perseguire tale fine la norma giuridica descrive la necessità di una certa condotta. Se la norma giuridica è violata il fine non può raggiungersi. La sanzione, ossia il dissolvimento della società, è naturale. L'organizzazione sociale deve allora impedire la violazione del diritto. La natura tecnica delle norme giuridiche spiega dunque la coercibilità del diritto.

La norma giuridica si esprime nella formulazione logica propria delle norme tecniche, ossia “se non si vuole B (sanzione), non si deve porre in essere A (condotta)”. La norma giuridica non esprime dunque una volontà prescrittiva ma descrive l'esistenza di un rapporto causa – effetto.

L'emancipazione dalla tradizionale funzione prescrittiva della norma è però, anche in questa teoria, nella sostanza più professata che reale. Lo schema della norma giuridica come norma tecnica seppur pare bene attagliarsi alle norme sulla legittimità degli atti come quelle che prescrivono, al fine di porre in essere un atto valido e/o efficace, oneri di forma (ad esempio, quelle sulla donazione o sul testamento), termini (ad esempio, quelle sulla conclusione del contratto) o l'intervento di certi soggetti od organi (ad esempio, il visto della Corte dei Conti per i regolamenti governativi)¹⁶, non è del tutto convincente per due ordini di ragioni. In primo luogo perché non tutte le norme giuridiche hanno ad oggetto comportamenti. In secondo luogo perché anche la teoria della norma giuridica come norma tecnica finisce per ridurre il concetto di norma alla prescrizione.

Se la norma giuridica si sostanzia nello schema “se non vuoi B, non devi porre in essere A”, la stessa prescrive comunque un comportamento¹⁷ con la conseguenza che neanche essa è capace di superare il limite già riscontrato in tutte le precedenti teorie sulla norma giuridica.

Connessa alla concezione della norma giuridica come norma tecnica è la concezione realistica del diritto.

¹⁶Sull'applicabilità dello schema della norma tecnica alle sole norme sulla legittimità degli atti V. CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 13.

¹⁷M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 3, evidenzia che «le norme di questo genere sono espressione di una volontà prescrittiva che vuole subordinare la produzione di certi effetti giuridici al rispetto delle modalità che essa definisce».

Il realismo giuridico è una corrente giusfilosofica che si diffonde dopo la Seconda guerra mondiale nel Nord America, Nord Europa ed Italia¹⁸.

Il punto di partenza di tale movimento è la visione scientifica del diritto. Se l'oggetto di analisi della scienza possono essere solo i fenomeni naturali che si esprimono nella realtà fenomenica, ciò deve valere anche per la scienza giuridica. La scienza giuridica deve concentrare la sua analisi sulle decisioni dei giudici. L'attenzione viene quindi spostata dalla norma giuridica in sé considerata alla sua concreta applicazione in sede giudiziaria.

Nella prospettiva realistica la norma non prescrive ciò che deve essere ma predice ciò che di fatto sarà, ossia quale sarà la decisione del giudice¹⁹.

Ciò posto, appare chiara la connessione tra la concezione realistica del diritto e la nozione di norma giuridica quale norma tecnica. La norma tecnica si esprime della formula logica "se non vuoi l'effetto B, non devi porre in essere la condotta A", la concezione realistica del diritto si esprime della formula logica "se non vuoi la decisione del giudice B, non devi porre in essere la condotta A".

La concezione realistica della norma come è facile intuire, plasmandosi sul paradigma della norma tecnica, neanche essa si emancipa dal ridurre la norma ad espressione di una mera volontà prescrittiva. Inoltre è una teoria che limita la visione del fenomeno giuridico al solo momento applicativo del diritto, tralasciando

¹⁸Per una disamina della concezione realistica americana si rinvia a G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962; il realismo giuridico scandinavo nasce all'inizio del '900 all'Università di Uppsala e prende le mosse dalla tesi della realtà di Axel Hägerström in forza della quale la conoscenza deve vertere, in una prospettiva antimetafisica, direttamente sulla realtà. Un importante esponente del realismo giuridico scandinavo è Alf Ross. Una sintesi del suo pensiero si rinviene in A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1958, trad. it. a cura di G. GAVAZZI, *Diritto e giustizia*, Torino, 1990. Per una disamina generale del realismo scandinavo M. BARBERIS, *Un'introduzione storica*, cit., pp. 167 ss. Sul realismo giuridico italiano, il cui massimo esponente è Giovanni Tarello, S. FAVARO, *L'ineluttabilità dell'interpretazione normativa e la nuova positività: riflessioni per l'inquadramento del dibattito sull'interpretazione giuridica nel Novecento italiano*, in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2009, n. 2, consultabile sul sito <http://www.rivistatigor.scfor.units.it>

¹⁹A. ROSS, *op. cit.*, p. 49, «il contenuto delle proposizioni della scienza giuridica si riferisce alle azioni delle corti in certe circostanze»; osserva F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 340, «questa consapevolezza, storicamente venuta per ultima, coglie nel diritto un aspetto originario imprescindibile, se è vero che l'idea di diritto, se è effettivamente tale, non può non concretarsi nella realtà effettiva (*Wirllichkeit*), e se è vero che la sua forma positiva (oggettività), per non essere vuota, non può andar disgiunta da una reale presenzialità del suo contenuto (positività)».

quello legislativo: la concezione realistica del diritto pone l'attenzione sul *posterius* e non sul *prius*, dimenticando dunque che è l'esistenza della norma giuridica ad imporre al giudice di decidere in un certo modo²⁰.

Il recupero dell'importanza dell'aspetto normativo si ha, almeno in parte, con la teoria istituzionalistica di Santi Romano²¹.

L'Autore, influenzato dalle teorie elaborate in seno alla Scuola Storica fondata da Friedrich von Savigny, rifiuta l'idea che il diritto sia riducibile esclusivamente alla legge. La definizione del diritto come mera norma giuridica è «inadeguata e insufficiente»²². Il fenomeno giuridico non può appiattirsi sul concetto di norma giuridica sostanziandosi, anche e prima ancora, nell'esistenza di un corpo sociale organizzato, ossia nell'istituzione²³.

Per l'Autore il diritto e l'istituzione non sono due fenomeni distinti ma coincidenti: l'istituzione è infatti la prima ed originaria manifestazione del diritto. Alla luce di ciò, il momento normativo assume una connotazione peculiare essendo subordinato e strumentale all'esistenza dell'istituzione. Nella teoria istituzionalistica, a fronte della coincidenza tra il diritto e l'istituzione, «le norme e i precetti con cui esso opera ne costituiscono un aspetto derivato e secondario»²⁴.

²⁰Nelle posizioni più radicali, svalutando l'aspetto normativo del diritto, il realismo giuridico americano riduce il diritto a profezia di ciò che le Corti faranno di fatto, alla mera creazione dei giudici, in tal senso J. FRANK, *Law and the modern mind*, London, 1949. Una posizione mediana si ritrova in A. ROSS, *op. cit.*, secondo cui la validità della norma presuppone due elementi: la ripetizione del comportamento osservabile empiricamente e il senso di obbligatorietà che accompagna la loro applicazione il quale presuppone un sistema di norme valide.

²¹Per un approfondimento sulla teoria istituzionalistica si rinvia a S. ROMANO, *Frammenti*, cit., pp. 220 ss.; A. CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1967, pp. 125 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e gli insegnamenti di Santi Romano*, Milano, 1967.

²²S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962, p. 5.

²³Per istituzione Romano intende «ogni ente o corpo sociale» che abbia «un'esistenza obbiettiva e concreta», che sia «manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo», che sia «un ente chiuso, che può venire in considerazione in sé e per sé, perché ha una propria individualità» e che sia «un'unità ferma e permanente che cioè non perda la sua identità con il mutare dei singoli suoi elementi» in tal senso S. ROMANO, *L'ordinamento*, cit., pp. 35 ss.

²⁴S. ROMANO, *L'ordinamento*, cit., p. 50; La circostanza che il diritto sia qualcosa di più e di diverso dal mero insieme delle norme giuridiche è dimostrato dal fatto che «l'ordinamento giuridico, così comprensivamente inteso, è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto muove, quasi come pedine di uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura[...]» si può anzi

Il diritto si manifesta dunque in due momenti. Il primo, originario, è l'istituzione che nasce dalla realtà fenomenica. L'istituzione esiste perché esiste e dal momento in cui ha vita. Il secondo, sussidiario, è quello normativo che presuppone la nascita dell'istituzione.

Il diritto è, in definitiva, l'organizzazione sociale che poi pone la norma giuridica.

La concezione istituzionalistica, concentrando l'attenzione sulla sua natura derivata e strumentale della norma, da un canto, riesce a spiegare il carattere essenziale della coercibilità²⁵ dall'altro, continua, sulla scia delle precedenti elaborazioni teoriche, a non individuare una nozione di norma giuridica realmente onnicomprensiva di tutte le sue concrete forme di manifestazione nell'universo giuridico.

Alla luce di questo breve e sommario *excursus* sulle varie teorie che si sono occupate di definire la norma giuridica si possono sviluppare alcune riflessioni conclusive.

Tutte le ricostruzioni dogmatiche di cui si è dato atto, nonostante le diverse ricostruzioni della norma e peculiarità, sono sempre rimaste di fatto ancorate alla funzione prescrittiva della norma. È però un dato incontestabile della realtà giuridica che non tutte le concrete manifestazioni della norma siano riconducibili a tale schema.

Tali pretese ricostruzioni unitarie della nozione di norma sono dunque fallite perché costituiscono mere semplificazioni di un universo giuridico che è fortemente variegato. Il riferimento è, come anticipato, alle norme definitorie, attributive di *status*, abrogatrici, di interpretazione autentica, processuali, permissive, attributive di poteri. L'esistenza di tali tipologie di norme ha indotto la dottrina ad elaborare

ben dire che ai tratti essenziali dell'ordinamento giuridico le norme conferiscono quasi per riflesso: esse, almeno alcune, possono anche variare senza che quei tratti si mutino e, molto spesso, la sostituzione di certe norme con altre è piuttosto l'effetto anziché la causa di una modificazione sostanziale dell'ordinamento», ID., *L'ordinamento*, cit., p. 16.

²⁵S. ROMANO, *L'ordinamento*, cit., p. 23, la definisce «immanente e latente negli stessi ingranaggi, nell'apparato organico dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso».

ulteriori classificazioni distinguendo, ad esempio, tra norme primarie e norme secondarie, tra norme materiali e norme strumentali, tra norme in senso stretto e norme in senso ampio, tra norme come prescrizione e norme a sé stanti, tra norme prescrittive e norme costitutive²⁶.

Alla luce di tali sforzi ermeneutici si può trarre una conclusione. Fuori dal nucleo essenziale della norma, che si sostanzia nei caratteri della generalità, dell'astrattezza e dell'innovatività²⁷, non si può procedere a ricostruzioni concettuali unitarie, le quali si sostanzierebbero in prospettive parziali, incapaci di contenere la ricchezza dell'esperienza giuridica.

Posto che l'esperienza normativa, relativamente alle norme giuridiche, non può essere imbrigliata in rigide classificazioni, l'analisi va condotta assumendo una diversa prospettiva.

Tale prospettiva è quella dell'oggetto della normazione essendo questo, a nostro avviso, che influenza, performandole, le caratteristiche e la struttura della norma giuridica.

Percorrendo tale strada le norme giuridiche, nella loro varietà, sono riconducibili ad una molteplicità di modelli astratti ciascuno con caratteristiche peculiari in relazione alla funzione che devono assolvere nel sistema giuridico.

Tale considerazione è il punto di partenza per l'analisi della norma giuridica nel diritto amministrativo.

²⁶La distinzione tra norme primarie e norme secondarie si deve a H.L.A. HART, *op. cit.*, pp. 33 ss.; N. BOBBIO, *Studi*, cit., pp. 175 ss.; N. BOBBIO, *Contributo ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 204, 230, 233 ss.; G. GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, 1967, pp. 40 ss.; la famosa distinzione tra norme materiali e norme strumentali si deve a F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. 43 ss.; sulle norme costitutive G. CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, in G. CARCATERRA, *Saggi di filosofia del diritto: anno accademico 1988-1989*, Roma, 1989, pp. 121 ss.

²⁷Caratteri pacificamente riconosciuti a tutte le norme giuridiche. Si rinvia a V. CRISAFULLI, *Lezioni*, I, cit., pp. 16 ss.

2. La norma giuridica nel diritto amministrativo

Teorizzata l'inesistenza di uno schema unitario di norma giuridica si deve procedere nell'analisi della struttura propria delle norme caratterizzanti il sistema del diritto amministrativo, ossia le norme attributive del potere²⁸.

L'analisi della norma amministrativa non può che prendere le mosse dagli studi di Enrico Guicciardi a cui si deve la famosa dicotomia tra norme di relazione e norme di azione.

Nella prima parte del suo pensiero Guicciardi non parla espressamente di norme di azione e di norme di relazione ma di norme che il sistema giuridico impone alla Pubblica Amministrazione nell'interesse del cittadino e nell'interesse pubblico²⁹.

Le norme imposte nell'interesse del privato regolano i rapporti intersoggettivi tra la Pubblica Amministrazione ed i cittadini, fissando la linea di confine tra il potere pubblico ed i diritti soggettivi dei privati. La loro violazione determina la lesione di un diritto soggettivo che può essere restaurata davanti al giudice ordinario³⁰.

Le norme imposte nell'interesse pubblico stabiliscono le modalità con cui la Pubblica Amministrazione deve adempiere ai suoi doveri ed esercitare i suoi diritti, infatti «a differenza di quanto avviene nei rapporti interindividuali, all'ordinamento giuridico non è indifferente il se e il come l'Amministrazione eserciti i suoi diritti o adempia ad i suoi doveri, appunto perché ogni singolo esercizio od adempimento degli uni o degli altri è dall'ordinamento previsto come il più conforme all'interesse della generalità dei cittadini»³¹.

La violazione da parte dell'Amministrazione di norme poste a presidio del solo

²⁸La complessità del diritto amministrativo attuale impone di limitare l'analisi solo alle norme attributive del potere. Resteranno fuori dall'indagine le norme processuali e quelle di azione.

²⁹E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, pp. 51 ss. ora in E. GUICCIARDI, *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, pp. 11 ss.

³⁰E. GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 11.

³¹E. GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 14.

interesse pubblico non produce conseguenze dirette nella sfera giuridica del cittadino. Tuttavia l'interesse del cittadino «in fatto [...] può risentire uno svantaggio dall'inosservanza di una di quelle norme», sicché «di lui l'ordinamento giuridico si vale come quello strumento atto a segnalare e promuovere la restaurazione dell'interesse pubblico leso, nel caso che non abbiano funzionato i controlli attraverso i quali si realizza l'autotutela dell'Amministrazione»³².

Il cittadino, se è violata una norma imposta nell'interesse pubblico, può dunque ricevere tutela innanzi al giudice amministrativo solo perché formalmente agisce per la tutela di un interesse non suo³³. La *causa petendi* attiva che legittima il ricorso al giudice amministrativo non è quindi la lesione del suo interesse legittimo ma «l'affermazione dell'esistenza di una norma posta a tutela dell'interesse pubblico»³⁴.

Dalla ricostruzione sistematica dell'Autore emerge una concezione processuale dell'interesse legittimo³⁵: «l'interesse legittimo del cittadino, preteso interesse materiale oggetto del giudizio amministrativo, si riduce ad un interesse di ordine processuale, in cui il ricorrente trova non già titolo a far valere il ricorso, ma semplicemente legittimazione per proporlo». L'interesse legittimo non è dunque interesse ad agire ma mero «fatto di legittimazione al processo»³⁶.

L'esplicito riferimento alle norme di azione e alle norme di relazione si rinviene

³²E. GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 12.

³³Di fatto il cittadino agisce per tutelare il suo interesse «è ovvio infatti che il cittadino non affronterebbe il rischio e le spese, piuttosto considerevoli, nel giudizio se non se ne ripromettesse la soddisfazione di un interesse personale» ma giuridicamente agisce a tutela dell'interesse pubblico. La norma di legge che il giudice amministrativo è chiamato ad applicare «non è posta per tutelare l'interesse individuale ma pubblico: ed è la difformità dell'atto amministrativo impugnato da quest'ultimo, e non dal primo, che si pone quale *causa petendi* passiva del ricorso». In definitiva, soltanto la Pubblica Amministrazione «è quindi parte in senso materiale del giudizio amministrativo; mentre il cittadino, che ricorre giuridicamente parlando dell'interesse pubblico e solo in linea di fatto profitterà dell'occasione [...], è in esso parte soltanto in senso formale». E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, p. 62-63.

³⁴E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali*, cit., p. 12.

³⁵Per un approfondimento si rinvia a F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, pp. 119 ss., spec. 127 ss.

³⁶M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. processuale*, 1964, p. 22.

nelle elaborazioni teoriche successive³⁷. Si tratta tuttavia di una precisazione definitoria che non incide sulla generale ricostruzione del sistema in precedenza proposta³⁸. Le norme di azione e le norme di relazione si pongono dunque sulla scia della dicotomia norme poste nell'interesse pubblico - norme poste nell'interesse del privato.

Le norme di relazione, dette anche materiali, sono infatti quelle che regolano i rapporti tra la Pubblica Amministrazione e il cittadino dirimendone i conflitti di interessi³⁹. Le norme di relazione fissano il perimetro entro cui esiste il potere pubblico oltre il quale vi è la sfera giuridica invalicabile dei privati. In altri termini le norme di relazione, individuando le distinte sfere giuridiche dei privati e della Pubblica Amministrazione, determinano la nascita o di poteri cui sono connessi diritti soggettivi pubblici in capo all'Amministrazione o diritti soggettivi dei cittadini. Nel primo caso la norma è posta a tutela dell'interesse pubblico, nel secondo nell'interesse individuale⁴⁰.

L'attività amministrativa posta in essere in violazione della norma di relazione costituisce un fatto illecito⁴¹.

Se la norma di relazione stabilisce quando vi è potere amministrativo o diritto soggettivo del cittadino, la norma di azione, detta anche strumentale, pone la disciplina dell'azione amministrativa ovvero le regole che l'Amministrazione deve rispettare affinché la sua azione persegua efficacemente l'interesse pubblico⁴². La

³⁷E. GUICCIARDI, *La giustizia*. cit., pp. 30 ss.; ID., *Norme di relazione e norme d'azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in E. GUICCIARDI, *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, pp. 55 ss., spec. 58 ss.

³⁸Resta dunque inalterato il sistema delle tutele e la ricostruzione dell'interesse legittimo in chiave processuale proposti in precedenza dall'Autore.

³⁹E. GUICCIARDI, *La giustizia*. cit., p. 30.

⁴⁰E. GUICCIARDI, *La giustizia*. cit., p. 32.

⁴¹E. GUICCIARDI, *Norme di relazione e norme d'azione*, cit., p. 59 rileva che «Se è una norma di relazione, l'atto amministrativo che l'ha violata si pone come inadempimento di un proprio obbligo da parte dell'Amministrazione verso il cittadino, e quindi come lesione del corrispondente diritto soggettivo di questi: dunque, come atto illecito, la cui sanzione è il risarcimento del danno, attuabile dal giudice ordinario».

⁴²Le norme che pongono tali doveri strumentali regolano i momenti fondamentali dell'azione amministrativa che sono riassunti nel trinomio: organizzazione (indicano gli organi amministrativi e le relative competenze), contenuto (assistono l'amministrazione nella formazione della sua volontà

norma di azione si rivolge alla Pubblica Amministrazione la quale è vincolata al loro rispetto pena l'illegittimità della sua azione⁴³. Le norme di azione possono in definitiva definirsi delle norme guida che regolano l'uso del potere spettante alla Pubblica Amministrazione in virtù della norma di relazione.

È importante evidenziare che nella prima parte del pensiero di Guicciardi le norme di relazione non sono norme attributive del potere. La norma di relazione non attribuisce ma limita il potere pubblico, concepito come un potere dello Stato originario, pre – giuridico⁴⁴. La norma di relazione ha dunque il compito di limitare, arginare un potere che è per sua natura illimitato, costituendo un confine superato il quale vivono i diritti soggettivi dei cittadini⁴⁵.

Questa impostazione viene ad un certo punto rimeditata e, in coerenza con il principio di legalità dell'azione amministrativa, Guicciardi giunge a qualificare la norma di relazione come norma attributiva del potere amministrativo⁴⁶.

Tuttavia qualificare la norma di relazione come attributiva del potere non è sufficiente per ritenere la costruzione del sistema normativo teorizzata da Guicciardi totalmente soddisfacente.

Le critiche mosse alla teoria di Guicciardi sono state invero molteplici⁴⁷ ma ciò

al fine di assicurare la rispondenza della volontà allo scopo pubblico), procedimento (disciplinano le modalità con cui la volontà si deve formare), in tal senso E. GUICCIARDI, *La giustizia*, cit., p. 13.

⁴³E. GUICCIARDI, *Norme di relazione e norme d'azione*, cit., p. 59 rileva che «Se è una norma di azione, l'atto amministrativo che l'ha violata si pone come violazione di un dovere giuridico imposto all'Amministrazione per assicurare la conformità all'interesse pubblico dell'esercizio, che essa fa, dei suoi poteri, e quindi come esercizio del potere in modo difforme dall'interesse pubblico: dunque come atto invalido per illegittimità, la cui sanzione è l'annullamento, attuabile dal giudice amministrativo».

⁴⁴La questione è approfonditamente affrontata da G. FALCON, *Norme di relazione e norme d'azione (tradizione e vicende della giustizia amministrativa nella dottrina di Enrico Guicciardi)*, in *Diritto e società*, Firenze, 1974, pp. 379 ss.

⁴⁵E. GUICCIARDI, *La giustizia*, cit., p. 32 «la potestà d'imperio dello Stato verso i cittadini viene concepita come potenzialmente illimitata, e spetta appunto alle norme di relazione il compito di limitarla in concreto, determinando positivamente l'estensione della sfera giuridica dello Stato nei confronti di quella del cittadino».

⁴⁶E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, pp. 453 «la norma che attribuisce un potere giuridico all'Amministrazione è una norma di relazione, mentre quella che disciplina l'uso di tale potere è una norma di azione».

⁴⁷Per un'analisi dei limiti della teoria di Guicciardi si rinvia a F. VOLPE, *Norme di azione, norme di relazione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, pp. 46 ss.; nonché F.G. SCOCA, *op. cit.*, pp. 134 ss.

che a nostro avviso impedisce di utilizzare la dicotomia norma di azione – norma di relazione al fine di individuare un modello strutturale generale di norma attributiva del potere, è la rigida ed unilaterale visuale prospettica in cui si muovono tali categorie normative.

La norma di relazione è infatti concepita come norma imposta nel solo interesse pubblico se è attributiva del potere o nel solo interesse del privato se è costitutiva di diritti soggettivi in capo al cittadino; la norma di azione è invece sempre e solo imposta nell'interesse pubblico⁴⁸.

Questa impostazione non è coerente con le più moderne elaborazioni teoriche in tema di interesse legittimo nonché con il quadro normativo e sistematico attuale.

L'interesse legittimo è oggi infatti concepito come una situazione giuridica sostanziale, differenziata e direttamente qualificata dall'ordinamento giuridico, ossia dalla norma attributiva del potere. La norma attributiva del potere (di relazione) non prende dunque in considerazione il solo interesse pubblico ma guarda, considerandolo, anche l'interesse del privato⁴⁹. Neppure le norme di azione possono poi dirsi rivolte esclusivamente alla cura dell'interesse pubblico. Ad esempio la Legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo si rivolge sicuramente alla Pubblica Amministrazione dettando le direttive per la sua azione, tuttavia non si può ignorare come la procedimentalizzazione dell'attività amministrativa costituisca una garanzia per il cittadino e dunque, quanto meno in via indiretta, sia posta a presidio anche dei suoi interessi.

Ne consegue che il binomio norma di azione e norma di relazione può reggere a fini meramente descrittivi ma non è appagante nella sostanza in quanto la norma di relazione, attribuendo il potere alla Pubblica Amministrazione per il perseguimento

⁴⁸Per una critica alla visione dicotomica di Guicciardi si rinvia a A. AMORTH, *Una nuova sistematica della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubblico*, 1943, pp. 64 ss., spec. 76 ss.

⁴⁹Sulla ricostruzione della nozione di interesse legittimo A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, I, pp. 97 ss.; F.G. SCOCA, *op. cit.*, spec. pp. 220 ss.; M. NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 1983, pp. 106 ss., spec. 121-122 a cui si deve l'elaborazione della nozione di interesse legittimo direttamente qualificato dalla norma attributiva del potere che prende in considerazione anche gli interessi dei privati. Per Nigro l'interesse legittimo «non solo quindi non prescinde dalla considerazione degli interessi privati, ma consiste proprio nella presa in considerazione di essi insieme con uno o più interessi pubblici».

di un interesse pubblico, lo prende in considerazione non isolatamente ma congiuntamente all'interesse del privato, così come le norme di azione, pur rivolte direttamente alla Pubblica Amministrazione, indirettamente costituiscono una garanzia anche per gli interessi dei privati⁵⁰.

L'individuazione di un modello strutturale generale di norma attributiva del potere può allora essere resa più agevole utilizzando le categorie dogmatiche elaborate da Francesco Carnellutti a cui si deve la distinzione tra norme materiali e norme strumentali⁵¹.

Nella teoria dell'Autore le norme materiali sono quelle che risolvono *ex se* un conflitto di interessi che nasce nella realtà fenomenica. Tali norme, dettando un comando, fanno nascere in capo ai protagonisti del conflitto due opposte posizioni: una di diritto e l'altra di obbligo.

La norma strumentale non risolve invece il conflitto di interessi ma disciplina i mezzi per ottenere, mediante il comando, la sua composizione. Precisamente, la norma strumentale attribuisce ad un soggetto terzo, fissandone le condizioni, il potere di emettere un comando da cui deriverà per il destinatario un obbligo.

⁵⁰Propone una rilettura della dicotomia norme di azione - norme di relazione più coerente con il quadro sostanziale e processuale attuale F. VOLPE, *op. cit.*, Padova, 2004, pp. 80 ss, pp. 180 ss. secondo cui le norme di relazione si individuano alla luce degli effetti che producono. Sono norme di relazione (di potere) quelle che si limitano a costituire un potere in capo ad un soggetto attribuendogli la capacità di produrre effetti giuridici. Le norme di relazione sono avalutative perché non sono in grado di fondare un giudizio di conformità dell'atto amministrativo ma solo in relazione alla sua esistenza. Sono invece norme di azione quelle che disciplinano l'esercizio del potere esprimendo delle valutazioni di conformità o di difformità. Le norme di azione continuano a disciplinare l'esercizio dinamico del potere ma sono anche idonee a disciplinare i rapporti giuridici tutelando l'interesse del privato. Le norme di azione non costituiscono una categoria unitaria ma possono essere classificate alla luce delle posizioni giuridiche di libertà o di dovere che creano in relazione all'esercizio del potere. Inoltre le norme d'azione possono distinguersi tra norme che costituiscono doveri giuridici e norme che costituiscono obblighi giuridici.

⁵¹F. CARNELUTTI, *op. cit.*, pp. 43 ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1986, I, pp. 93 ss. In senso analogo si pone la classificazione delle norme giuridiche proposta da E. ALLORIO, *op. cit.*, pp. 26 ss., il quale distingue tra norme sulla valutazione giuridica (statiche) che fissano le regole del comportamento umano e norme sulla produzione giuridica (dinamiche) che manifestano la loro proprietà caratteristica nel conferire poteri. Per una ricostruzione delle differenze che intercorrono tra le "norme di organizzazione" e le "norme di comportamento" ovvero tra le classificazioni affini che distinguono tra norme primarie e norme secondarie, norme autonome e norme non autonome, norme materiali e norme strumentali, norme formali e norme materiali S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, XII, pp. 696 ss., spec. 725 ss.

Nella sistematica di Carnelutti la norma attributiva del potere può essere qualificata come una norma strumentale.

È importante evidenziare che nella logica dell'Autore le norme materiali sono le norme di diritto sostanziale mentre le norme strumentali sono quelle di diritto processuale⁵². Ne consegue che la norma strumentale è quella che attribuisce al giudice il potere di risolvere il conflitto di interessi facendo applicazione di un'altra norma, ossia quella sostanziale.

La norma attributiva del potere pubblico nel campo del diritto amministrativo non opera però in questi termini. La norma nel diritto amministrativo attribuisce alla Pubblica Amministrazione il potere di risolvere un conflitto di interessi che non può essere lasciato alla spontanea composizione dei privati. Tuttavia l'Amministrazione non risolve il conflitto come fa il giudice, ossia applicando una diversa norma sostanziale ma la soluzione al conflitto di interessi si rinviene, almeno in termini astratti, nella stessa norma attributiva del potere.

Ne consegue che la norma attributiva del potere, da un canto delega alla Pubblica Amministrazione la risoluzione di un conflitto di interessi, dall'altro, astrattamente, contiene già i termini in cui tale conflitto dovrà essere risolto, spettando all'Amministrazione, alla luce delle peculiarità del caso concreto, procedere alla sua attuazione.

La Pubblica Amministrazione ha dunque il compito di concretizzare la disposizione astratta elaborando così la norma del caso concreto.

Utilizzando le categorie di Carnelutti possiamo dunque concludere che la norma attributiva del potere è sia strumentale, in quanto devolve la risoluzione del conflitto di interessi alla Pubblica Amministrazione, sia astrattamente materiale, spettando all'Amministrazione la concretizzazione dell'assetto di interessi soltanto

⁵²A proposito delle norme strumentali l'Autore si riferisce sì alle norme amministrative ma a quelle che disciplinano il processo amministrativo, F. CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., pp. 159 ss. Sulla natura strumentale delle norme processuali si veda la dottrina processualista tra cui F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale, con l'indicazione di tutte le modificazioni legislative posteriori all'8-9-1943, fino al 28-2-1945*, Roma, 1946, pp. 116 ss.; A. DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966, pp. 1 ss.; S. RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1956, pp. 17 ss.

astrattamente definito dalla norma.

Tale ricostruzione evidenzia il peso che la Pubblica Amministrazione ha nell'economia della norma attributiva del potere.

La norma attributiva del potere “funziona” infatti grazie all'apporto della Pubblica Amministrazione. È la struttura delle norme attributive del potere che impone, sempre e necessariamente, un'attività di mediazione da parte della Pubblica Autorità.

Tuttavia se si analizza nel dettaglio il rapporto che lega la Pubblica Amministrazione alla norma attributiva del potere, emerge che il contributo dell'Amministrazione opera anche su ulteriori piani.

In primo luogo il contributo dell'Amministrazione assume rilevanza quando la stessa è chiamata a dare attuazione ad una norma attributiva di potere discrezionale.

È l'essenza stessa della discrezionalità amministrativa a richiedere un contributo creativo dell'Autorità Pubblica. Quando la Pubblica Amministrazione esercita un potere discrezionale pone infatti in essere «qualche cosa che prima non esisteva e da cui deriveranno effetti giuridici»⁵³.

In secondo luogo la sussistenza di un contributo originario dell'Amministrazione nell'applicazione della norma attributiva del potere emerge innanzi alla presenza di profili di indeterminatezza normativa. L'indeterminatezza semantica della fattispecie è un fenomeno che involge l'intero ordinamento giuridico e che nell'ambito del diritto amministrativo viene ricondotta, tradizionalmente, alla categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato.

L'utilizzo di tali concetti attiene ad una tecnica legislativa che non descrive la fattispecie in maniera tassativa ma rinvia, per la loro determinazione, all'attività dell'interprete. Nel diritto amministrativo l'interprete del concetto giuridico indeterminato è la Pubblica Amministrazione. Il concetto giuridico indeterminato deve infatti essere, *in primis*, interpretato ed applicato dalla Pubblica Amministrazione e, solo eventualmente e comunque successivamente, dal giudice

⁵³M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939, p. 91.

amministrativo chiamato a sindacare l'esercizio del potere⁵⁴.

Emerge, in tale prospettiva, il secondo apporto "creativo" dell'Amministrazione in relazione alla norma attributiva del potere.

È bene sin d'ora precisare che i due differenti contributi della Pubblica Amministrazione relativi al potere discrezionale e all'indeterminatezza semantica, i quali si innestano sulla generale attività di mediazione che l'Autorità pubblica pone in essere in forza della struttura delle norme attributive del potere, possono, ma non necessariamente devono, coesistere.

La norma può infatti essere formulata con l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati e attribuire un potere discrezionale, ovvero tali concetti potrebbero costituire semplicemente il presupposto di una attività vincolata o imporre per la

2.1 La norma attributiva del potere, la discrezionalità amministrativa e l'indeterminatezza semantica: il necessario contributo della Pubblica Amministrazione quale riflesso della natura del potere amministrativo

Il sistema normativo del diritto amministrativo richiede per il suo funzionamento l'intervento dell'Amministrazione. Tale intervento opera su più livelli.

Se in generale è la struttura stessa delle norme attributive del potere a richiedere la mediazione della Pubblica Amministrazione, quando la norma è attributiva di potere discrezionale o è formulata con concetti giuridici indeterminati, il contributo diventa creativo: l'Amministrazione pone in essere un *quid novi* rispetto alla previsione normativa astratta.

Prima di procedere ad analizzare i differenti contributi che la Pubblica

⁵⁴F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, pp. 97 ss., il quale rileva la differenza con il diritto civile ove è il giudice civile ad attuare la clausola generale (altra categoria giuridica che ruota attorno all'indeterminatezza del testo della norma), traendo la regola del caso concreto. Mentre nel diritto amministrativo «spetta anzitutto all'amministrazione interpretare e applicare tale concetto».

Amministrazione pone ad integrazione della norma attributiva del potere, è necessario comprendere perché nel sistema del diritto amministrativo siano previsti tali margini di adattamento della norma al caso concreto in capo all' Autorità Pubblica. È dunque importante evidenziare quali siano le ragioni storiche e sistematiche da cui dipende il peculiare rapporto che lega la Pubblica Amministrazione alla legge e, conseguentemente, la struttura *sui generis* del sistema normativo in esame.

La struttura della norma attributiva del potere, la discrezionalità amministrativa e l'indeterminatezza semantica sono elementi che connotano il sistema del diritto amministrativo costituendo il riflesso della naturale inattitudine del potere amministrativo ad essere imbrigliato completamente dalla disciplina legislativa⁵⁵. Come rileva efficacemente V.E. Orlando, «è la stessa materia che si rifiuta ad essere disciplinata in forma di criteri normativi o di regole assolute»⁵⁶.

Se si analizza il sistema del diritto amministrativo da una prospettiva storica emerge la sua naturale refrattarietà alla soggezione legislativa e, *a fortiori*, all'espressione massima del primato della legge, ossia la codificazione.

La storia del diritto amministrativo è infatti la storia del raggiungimento di un punto di equilibrio tra la concezione sovrana del potere esecutivo, retaggio del principio monarchico⁵⁷, e l'affermazione dello Stato di Diritto.

L'affermazione dello Stato di Diritto e della legalità in senso sostanziale avviene nel nostro ordinamento giuridico "a due velocità".

⁵⁵Per un approfondimento sul potere giuridico nell'ambito del diritto pubblico si rinvia a G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, spec. pp. 32 ss.

⁵⁶V. E. ORLANDO, *Ancora sul metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano. Filosofia e teoria generale del diritto*, Padova, 1940, I, p. 8.

⁵⁷Rileva S. CASSESE, *Verso un nuovo diritto amministrativo*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, I, pp. 12 ss. con riferimento alla storia del diritto amministrativo che questo «Nacque per sottrarre al diritto comune o generale le decisioni del re, come mezzo per assicurare un diritto speciale a chi governava, nel corso di un secolo ha fatto un percorso completamente opposto, è diventato il mezzo per difendere i cittadini nei confronti dell'Amministrazione».

Quando nel diritto amministrativo si manifestano le prime timide affermazioni del principio di legalità negli altri settori del diritto si apre l'epoca delle codificazioni, ossia la fase di massima espressione della primazia della legge⁵⁸.

Il processo di codificazione che prende le mosse in Europa nel XVIII secolo costituisce da un canto, una reazione alla situazione di “particolarismo giuridico” ereditata dal periodo medievale che determina a livello legislativo una mancanza di unitarietà e coerenza delle leggi vigenti in una data sfera spazio – temporale⁵⁹ dall'altro, il risultato dell'affermazione del giusrazionalismo in luogo del diritto naturale, consacrando la nascita del positivismo giuridico⁶⁰.

Un'analisi approfondita del fenomeno non è possibile nella presente analisi tuttavia alcune brevi considerazioni saranno utili per comprendere il fondamento sistematico della peculiare struttura delle norme amministrative e dei differenti spazi di libertà che il sistema garantisce alla Pubblica Amministrazione⁶¹.

Come anticipato, l'avvento dei codici trae le sue origini dal superamento del diritto naturale e dall'affermazione del giusrazionalismo il quale vede nella ragione, e non più nella natura, il criterio in grado di individuare le regole di convivenza sociale. Nella prospettiva di rafforzamento degli Stati nazionali, il depositario della ragione viene individuato nel Sovrano con la conseguenza che è solo lo Stato, nella persona del Principe, ad essere in grado di decifrare la natura delle cose e di trasformarla in regole universali ed eterne. Per tale via si legittima, superando il particolarismo giuridico, un nuovo modo di produzione del diritto che vede nella sovranità statale l'unica fonte legittima e nella legge l'unica forma possibile della sua manifestazione.

Ciò posto, l'avvento dei codici costituisce una naturale conseguenza. La

⁵⁸Il riferimento è alla Legge 20 marzo 1865 n. 2248. Sul punto si rinvia a M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, II, pp. 347 ss., spec. 354 ss.

⁵⁹G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1998, pp. 28 ss; ID., *Codificazione*, in *Digesto civ.*, 1993, pp. 468 ss.

⁶⁰F. VIOLA, M. URSO, *Scienza giuridica e diritto codificato*, Torino, 1989, pp. 57 ss.

⁶¹Per un approfondimento sull'evoluzione storica che ha portato all'avvento dei codici si rinvia a C.A. CANNATA, A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, 1989, II, pp. 221 ss.

codificazione, creando un sistema chiuso, unitario, razionale e universale di regole, che non lascia o quanto meno non dovrebbe lasciare, in via astratta, spazio ad altre forze creatrici di diritto, costituisce la massima espressione del positivismo giuridico.

Come rileva Paolo Grossi il codice viene inteso come «unica fonte capace di esprimere la volontà generale ed è in grazia di siffatta qualità che il suo primato si impone, che il sistema si serra in un assetto gerarchico con la inevitabile devitalizzazione di ogni altra produzione giuridica»⁶².

Nel positivismo giuridico il primato della legge è imposto dalla sua fonte, ossia dal fatto di essere espressione della volontà del legislatore. Ne consegue che a rilevare è il mero momento di produzione legislativa mentre perde qualunque importanza la fase applicativa, tant'è che l'unica forma di interpretazione ammessa è quella esegetica. In tal senso Grossi rileva che l'idea del Codice «è profondamente turbata da una visione di una norma che vive oltre la sua produzione ed elasticamente si modifica a seconda del percorso, che, insomma, continuamente si produce ricevendo i messaggi dei diversi terreni storici su cui si adagia»⁶³

La creazione di un diritto cristallizzato nella forma della legge, devitalizzato nel suo momento applicativo, costituisce la ragione profonda per cui il diritto amministrativo non ha mai conosciuto la codificazione⁶⁴.

⁶²P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in P. CAPPELLINI, B. SORDI, (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, p. 585.

⁶³P. GROSSI, *op. cit.*, p. 593.

⁶⁴In generale, sulla posizione anti - codificatoria centrale è il pensiero di Von Savigny, il quale influenza, ritardandola, l'opera di codificazione in Germania. Il pensiero dell'Autore si incentra sulla comparazione tra il diritto e il linguaggio: proprio come la lingua, il diritto nasce da quello che i romantici chiamano lo spirito del popolo e della nazione (*Volksgeist*). Savigny distingue tre stadi del diritto. Nel primo stadio, il diritto nasce dai costumi e dalle credenze popolari (diritto consuetudinario). In conseguenza dei più generali processi di divisione del lavoro verrebbe rielaborato e perfezionato dai giuristi, unici interpreti autorizzati dello spirito del popolo. In tal modo dal diritto consuetudinario si passa al diritto scientifico. Infine, in uno stadio meramente eventuale, il diritto verrebbe formulato da un legislatore, divenendo così diritto legislativo. Per Savigny il diritto non è dunque prodotto né dalla natura né dalla ragione ma dalla storia, sicché il codice, cristallizzando il diritto esistente in quello specifico momento storico, impedirebbe il compimento della seconda fase evolutiva del diritto. Si rinvia a F.C. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Recht*, Berlin, 1840

, trad. it. a cura di V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886, I; P. CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni Fiorentini*, 1980, pp. 110 ss.; C.

Vi è infatti radicata nel sistema del diritto amministrativo l'idea che alla Pubblica Amministrazione, ancorché incasellata nello Stato di Diritto, debba essere garantito un margine di libertà. Se infatti la Pubblica Amministrazione è la custode della cura dell'interesse pubblico attribuitole dalla legge, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, tale interesse non è quello astrattamente previsto dalla norma ma è quello che nasce dal bilanciamento dei diversi interessi astratti plasmatis sul caso concreto.

A giustificazione del margine di libertà garantito all'Amministrazione vi è dunque, sullo sfondo, l'idea di un'intima relazione tra l'interesse pubblico e le circostanze fattuali concrete. Relazione che può essere colta ed apprezzata non a priori dalla legge ma solo dalla Pubblica Amministrazione a cui dunque deve essere garantito uno spazio di azione flessibile nel governo della norma giuridica, in relazione ai fatti e all'interesse pubblico da perseguire.

È solo la Pubblica Amministrazione infatti ad essere in grado di svolgere un sapiente temperamento tra la norma astratta e il caso concreto e dunque a dare piena attuazione al perseguimento dell'interesse pubblico.

La necessità di mantenere uno spazio di libertà nell'azione amministrativa è stata dunque il motivo che ha reso il diritto amministrativo refrattario alla soggezione al principio di legalità in senso sostanziale⁶⁵ ed impermeabile alle spinte codificatorie.

Senonché l'azione amministrativa ha dovuto, con l'avvento della Costituzione,

CASTRONOVO, *Savigny, i moderni e la codificazione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2001, pp. 219 ss. Sulla mancata codificazione nel diritto amministrativo si rinvia a V. E. ORLANDO, *Del metodo di diritto pubblico*, in V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale: scritti vari (1881-1940)*, Milano, 1940, p. 18, il quale rileva che, dal punto di vista sistematico, il diritto privato è espresso in norme che trovano una unitaria sistematizzazione dei codici mentre ciò non è nel diritto amministrativo «il diritto pubblico non si codifica, non solo per la ragione, gravissima certo, ma di indole transitoria, della poca elaborazione che esso ha avuto, ma soprattutto perché l'indole medesima di quei rapporti non si presta, non che ad una codificazione, spesso nemmeno ad una dichiarazione legislativa». Sul dibattito nella dottrina amministrativista in ordine al tema della codificazione si veda C. MOZZARELLI, S. NESPOR, *La codificazione nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, III, pp. 1087 ss.; M. RAMAJOLI, *op. cit.*, pp. 351 ss.; EAD., *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, II, pp. 346 ss., ove viene evidenziata l'influenza di Von Savigny sul pensiero di V. E. Orlando, sostenitore della posizione anticodificatoria nel diritto amministrativo.

⁶⁵Sui controversi rapporti tra Pubblica Amministrazione e legge e sulla ostilità all'affermazione della legalità in senso forte-sostanziale si rinvia al §4.1, spec. nt. 101.

necessariamente incardinarsi nello Stato di Diritto.

In questa prospettiva, la discrezionalità amministrativa, la peculiare struttura della norma attributiva del potere e l'indeterminatezza semantica della norma costituiscono "spie" di tale esigenza di libertà, ovvero un giusto compromesso tra la libertà richiesta in capo all'Amministrazione e il principio di legalità.

3. La norma attributiva del potere discrezionale: il ruolo della Pubblica Amministrazione

Entrando nel merito della prima forma di contributo "creativo" della Pubblica Amministrazione è necessaria una precisazione preliminare relativa alla tematica della discrezionalità amministrativa.

Il nostro ordinamento ha "bisogno" di un margine di libertà rimesso alla Pubblica Amministrazione. Tale "bisogno" di discrezionalità non nasce solo dal fatto che una disciplina legislativa troppo rigida osterebbe, alla luce della varietà dei casi concreti, all'effettiva cura dell'interesse pubblico che la Pubblica Amministrazione deve perseguire e tutelare. La rigidità della norma minerebbe infatti l'esigenza di flessibilità, di adeguamento al caso concreto imposto dal principio del buon andamento dell'azione amministrativa.

La discrezionalità si impone, anche e soprattutto, per una ragione di sistema.

La legge distribuisce la cura dei vari interessi pubblici tra i diversi organi della Pubblica Amministrazione. Ogni Amministrazione è dunque preposta alla cura di uno specifico interesse pubblico. Senonché, «distribuzione non significa ripartizione in compartimenti chiusi, poiché un determinato interesse pubblico non esiste mai isolato nel mondo sociale»⁶⁶. Ne consegue che «assegnando la cura di quell'interesse a un organo, gli si deve allora permettere anche di tenere conto di altri interessi che con quello concorrono o che a quello accedono. Di qui la necessità

⁶⁶M.S. GIANNINI, *Il potere.*, cit., p. 77

di discrezionalità»⁶⁷.

Chiarito perché il sistema di diritto amministrativo non può prescindere dalla discrezionalità amministrativa, è necessario analizzarne alcuni profili al fine di comprendere la ricostruzione data di norma attributiva del potere.

L'analisi percorrerà il pensiero di due Autori i cui contributi hanno maggiormente inciso sulla tematica in esame: Massimo Severo Giannini e Feliciano Benvenuti.

A Giannini si deve il merito di aver chiarito perché esiste e in cosa consiste la discrezionalità amministrativa.

La legge attribuisce alla Pubblica Amministrazione un interesse pubblico primario da tutelare. Se tale interesse fosse una monade nell'universo giuridico la scelta discrezionale sarebbe quella che comporta la massimizzazione dello stesso.

Posto che così non è, la cura dell'interesse pubblico primario impone da parte dell'Autorità Pubblica un bilanciamento tra i vari interessi in gioco: l'interesse pubblico primario e quelli secondari, pubblici e privati.

Gli interessi pubblici secondari incidono dunque sulla misura dell'interesse pubblico primario esercitando sullo stesso un effetto modificativo o impeditivo⁶⁸ con la conseguenza che il provvedimento finale avrà «per motivo il pubblico interesse specifico indicato direttamente o indirettamente dalla legge, così come atteggiato in concreto dagli interessi secondari»⁶⁹.

Nella teoria di Giannini la discrezionalità amministrativa è quindi valutazione e ponderazione dei diversi interessi in gioco: è attività volitiva nella parte in cui l'Amministrazione assegna la misura del valore che i vari interessi in gioco hanno ed è intellettuale nella parte in cui procede alla ponderazione degli stessi.

Ciò posto, è necessario procedere oltre con il ragionamento ed analizzare il concreto estrinsecarsi del potere discrezionale.

A tal fine è essenziale studiare il contributo di Benvenuti il quale, completando

⁶⁷M.S. GIANNINI, *Il potere.*, cit., p. 77.

⁶⁸Quasi letteralmente M.S. GIANNINI *Il potere.*, cit., p. 78.

⁶⁹M.S. GIANNINI, *Il potere.*, cit., p. 79.

la teoria di Giannini, segna il punto di arrivo odierno nella ricostruzione della discrezionalità, ossia il suo collegamento con la funzione amministrativa.

Il punto di partenza del pensiero di Benvenuti è l'*impasse* in cui cadeva la giurisprudenza e che la dottrina non aveva mai *ex professo* affrontato, relativa al sindacato giurisdizionale sulle scelte discrezionali.

Nella ricostruzione di Giannini lo sviamento di potere, avendo come punto di riferimento l'interesse pubblico primario individuato dalla norma attributiva del potere e dunque da un parametro legale, veniva ricondotto al vizio di violazione di legge, ravvisandosi un difetto della causa dell'atto.

Invece le situazioni attinenti al «modo con cui un atto amministrativo provvede ad una situazione specifica di pubblico interesse»⁷⁰, per il tramite di alcune figure sintomatiche come, ad esempio, la manifesta ingiustizia, la diversità di trattamento, l'illogicità manifesta, la contraddittorietà tra dispositivo e motivazione nonché la violazione di norme interne, venivano ricondotte al vizio di eccesso di potere.

Tali situazioni non erano però correlate alla norma attributiva del potere sicché risultava difficile individuare il parametro legale che il giudice avrebbe dovuto considerare nell'esercizio del sindacato di legittimità⁷¹. La giurisprudenza, dal canto suo, riconduceva tutto, a prescindere dal legame del vizio con un elemento dell'atto, all'eccesso di potere.

In tale quadro si inserisce il pensiero di Benvenuti il quale si fa carico di enucleare una nuova nozione di funzione amministrativa⁷².

Nel pensiero dell'Autore, la funzione amministrativa si estrinseca in quello spazio intermedio tra il potere e l'atto, sostanziandosi nell'attività di trasformazione del potere in atto. Con l'esercizio della funzione il potere, astrattamente previsto

⁷⁰M.S. GIANNINI, *Il potere.*, cit., p. 187.

⁷¹La questione viene risolta dall'Autore considerando l'eccesso di potere non «il risultato di un giudizio meccanico, fondato sull'analisi di tutti e ciascun motivo, ma il risultato di un giudizio valutativo, talora sintetico, talora sintomatico», così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, p. 321, il quale tuttavia, di fatto, non spiega quali sono le regole che devono operare in tale giudizio così individuando il parametro legale su cui fondare il giudizio di legittimità.

⁷²Per una ricostruzione delle varie teorie che si sono susseguite sulla definizione di funzione amministrativa si veda G. MARONGIU, *Funzione (funzione amministrativa)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989; nonché F. BENVENUTI, *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989.

dalla norma attributiva, si concretizza e attualizza nel provvedimento⁷³.

Centrale è allora il ruolo svolto dal procedimento amministrativo che si identifica nel luogo in cui si forma la scelta amministrativa e dunque il luogo di manifestazione sensibile della funzione e di esternazione del potere, ossia del farsi dell'atto⁷⁴.

Il procedimento coincide allora con il potere nel suo farsi dinamico mentre il provvedimento è la sua statica manifestazione.

Intrapresa tale strada la discrezionalità amministrativa «attiene all'attività nel suo modo d'essere funzionale»⁷⁵.

Il collegamento tra la funzione e la discrezionalità ha un impatto pratico dirimpente. Precisamente, se la discrezionalità coincide con la funzione, la prima è soggetta alle regole proprie anche della seconda. L'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale non sarà tenuta a perseguire solo l'interesse pubblico primario che la legge le affida di curare ma, nel porre in essere il bilanciamento, dovrà osservare anche le regole proprie della funzione, ossia il principio di giustizia sostanziale, di ragionevolezza e di organizzazione⁷⁶.

Le figure sintomatiche che non incidono sull'atto⁷⁷ costituiscono pertanto violazioni dei principi e delle norme di carattere generale che sono connaturati alla stessa essenza dell'ordinamento giuridico amministrativo⁷⁸. Queste regole

⁷³F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, II, pp. 118 ss., spec. 121-122 «da un punto di vista obiettivo [...] il potere [...] assume una effettività reale, si adegua cioè alla realtà, nei cui confronti diviene operante, trasfondendosi in un atto: il quale è, infatti, l'applicazione puntuale di un potere ad una realtà» posto che la concretizzazione del potere in atto non è istantaneo «tra il potere e l'atto vi è qualche cosa che, mentre si concreta, non è più potere ma non è ancora atto [...]. Questo momento del potere, questo differenziarsi dal potere, questo farsi dell'atto, che ha già dunque una sua precisa individualità giuridica oltre che logica e reale io chiamo funzione. Sotto il profilo obbiettivo, la funzione è un momento della concretizzazione del potere in un atto».

⁷⁴F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento.*, cit., p. 128 per cui «il procedimento è manifestazione della funzione così come l'atto è il risultato di quella funzione».

⁷⁵A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XIII, p. 77.

⁷⁶A cui le figure sintomatiche che non incidono sull'atto *ex se* considerato sono riconducibili. In tal senso F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, pp. 22 ss.

⁷⁷Come la manifesta ingiustizia, la diversità di trattamento, la illogicità manifesta, la contraddittorietà tra il dispositivo e la motivazione nonché la violazione di norme interne.

⁷⁸F. BENVENUTI, *Eccesso.*, cit., p. 26.

costituiscono «vere e proprie norme giuridiche e non principi di buona amministrazione»⁷⁹. Tali norme, che potremmo definire d'azione, costituiscono, insieme alla norma attributiva del potere, le condizioni di validità del provvedimento amministrativo⁸⁰.

La teoria di Benvenuti ha avuto in definitiva due grandi meriti. Da un canto, è riuscita, qualificando l'eccesso di potere come vizio della funzione, a dargli, a fronte delle sue concrete manifestazioni, una sistematizzazione razionale nel perimetro del giudizio di legittimità⁸¹. Dall'altro, collegando la discrezionalità alla funzione amministrativa, ha rivendicato un peso giuridico all'attività che "prepara" il provvedimento⁸².

Questo è evidentemente l'aspetto più rilevante ai nostri fini. È infatti nel procedimento amministrativo che, prendendo forma la scelta discrezionale, si manifesta la funzione amministrativa⁸³.

⁷⁹F. BENVENUTI, *Eccesso*, cit., p. 27.

⁸⁰Sul rapporto legalità dell'azione amministrativa e giusto procedimento, V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 130 ss.

⁸¹In questa ricostruzione, nell'ambito della scelta discrezionale è possibile distinguere tra l'attività volitiva e quella intellettuale. La volitiva, sostanziandosi in un giudizio *latu sensu* politico, che non risulta dalla applicazione di una preesistente norma sociale o di una regola di esperienza coincide con il merito amministrativo. L'attività intellettuale è invece soggetta alle regole proprie della funzione amministrativa. Sul punto si veda A. PIRAS, *op. cit.*, pp. 84-85; F. LEVI, *op. cit.*, pp. 135 ss.; sul merito amministrativo, in generale G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1976, XXVI, pp. 131 ss. Sul merito come manifestazione della legittimità e quindi soggetto alle regole di disciplina di ogni azione amministrativa C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, 1960, V, pp. 1098 ss. Sul merito come spazio di libertà dell'amministrazione M.S. GIANNINI, *Il potere*, cit., pp. 62 ss.; E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pp. 321 ss.

⁸²F. TODESCHINI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1986, XXXV, p. 876.

⁸³In tal senso F. TODESCHINI, *op. cit.*, p. 876. Il procedimento, in una più ampia prospettiva, riempie lo spazio intermedio esistente tra l'organizzazione amministrativa e la discrezionalità, così completando il disegno del sistema del diritto amministrativo. Precisamente, la legge prepone alla cura dei diversi pubblici astratti le singole amministrazioni (disegnando così il quadro dell'organizzazione amministrativa). Tali interessi per il tramite del procedimento si trasformano in interessi pubblici concreti su cui si fondano le scelte discrezionali. Sul punto si veda M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, pp. 100 ss., spec. 117 il quale sottolinea come «l'organizzazione non è un corpo estraneo e sovrapposto rispetto al territorio delle relazioni e delle ragioni di vita del gruppo, ma è uno sviluppo logico di esse e si pone nei loro confronti come un elemento integratore e potenziatore: non, cioè un ricamo che si aggiunge dall'esterno al tessuto sociale, ma il rafforzamento di alcune delle trame di questo tessuto» sicché «l'organizzazione è modellata sugli interessi che deve curare, e quindi necessariamente dipende, nella sua concreta configurazione, dal tipo di interessi che sono considerati come generali»; nonché G. BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970, pp. 84 ss.

Importante è, a questo punto dell'indagine, una precisazione. La scelta discrezionale non si estrinseca in un bilanciamento di interessi astrattamente previsti a livello normativo. L'interesse pubblico astratto individuato a monte dalla norma attributiva del potere non è infatti il reale protagonista della scelta discrezionale. È l'interesse pubblico concreto, ossia quello che nasce dal bilanciamento dei diversi interessi astratti plasmati sul caso concreto, a costituire la direttrice generale che muove l'azione della Pubblica Amministrazione⁸⁴.

In questa attività di «concretizzazione dell'interesse pubblico»⁸⁵ assume un ruolo centrale il procedimento che è appunto il luogo in cui confluiscono e vengono rapportati al fatto tutti i diversi interessi in gioco nella fattispecie concreta⁸⁶.

Il procedimento amministrativo diventa allora un incubatore di interessi i quali combinandosi con il fatto consentono di individuare l'interesse pubblico del caso concreto⁸⁷.

⁸⁴Di interesse pubblico plasmato dal fatto e dunque di interesse pubblico del caso concreto parlano G. FALCON, *op. cit.*, pp. 52 ss.; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Torino, 1967, pp. 301 ss., il quale analizza l'interesse pubblico concreto quale oggetto dell'attività conoscitiva della Pubblica Amministrazione; A. PIRAS, *op. cit.*, p. 76, rileva la «costante indeterminatezza e concreta dipendenza del valore degli interessi dall'individuazione (e qualificazione) dei fatti della decisione»; nonché, ID., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, II, pp. 411 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 190, qualifica gli interessi come «valori inerenti ai fatti, che li misurano riferendoli alle finalità umane».

⁸⁵R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo (estratto da)*, Torino, 2017, pp. 109 ss.

⁸⁶Sulla centralità del procedimento come momento di raffronto tra il fatto e gli interessi in *gioco ex multis*, Cons. St., sez. III, 30 maggio 2016, n. 2264, ove si evidenzia che, nell'ambito dei provvedimenti di localizzazione del servizio farmaceutico, l'Amministrazione gode di una ampia discrezionalità «[...]in quanto la scelta conclusiva si basa sul bilanciamento di interessi diversi attinenti alla popolazione, attuale e potenzialmente insediabile, alle vie e ai mezzi di comunicazione e vari altri, per cui la scelta conclusiva è sindacabile solo sotto il profilo della manifesta illogicità ovvero della inesatta acquisizione al procedimento degli elementi di fatto presupposto della decisione»; Cons. St., sez. IV, 10 dicembre 2010, n. 8722, afferma «La discrezionalità non è sinonimo di arbitrarietà, ma implica la attenta valutazione dei fatti e delle circostanze in relazione al perseguimento dell'interesse pubblico per il quale è stato attribuito all'amministrazione lo stesso potere discrezionale. Pertanto, qualora in sede di riesercizio del potere amministrativo a seguito di annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo in precedenza adottato per regolare la singola situazione giuridica, l'Amministrazione prenda in considerazione presupposti giuridico-fattuali diversi da quelli posti a base del precedente provvedimento, essa non può esimersi da un supplemento di istruttoria».

⁸⁷Come rileva M. NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 1983, p. 122 «La norma definisce solo astrattamente l'interesse pubblico, in quanto solo astrattamente determina il territorio che la riguarda e indica gli interessi che sono coinvolti nella dinamica della sua soddisfazione. È soltanto con il

Andando ancora oltre con il ragionamento si possono sviluppare ulteriori riflessioni.

Dal dialogo tra la norma e il fatto che prende forma nel procedimento nasce, cristallizzato nel provvedimento, un nuovo ed originale assetto di interessi rispetto a quello originariamente previsto dalla norma.

Posto che, come efficacemente rileva Nigro, nel procedimento l'Amministrazione «non cala sul fatto o nel fatto un diritto prefabbricato, ma tesse per così dire una trama che va dal diritto al fatto e dal fatto al diritto per precisare

procedimento amministrativo che il quadro prende vita ed effettività: è con il procedimento amministrativo che l'interesse pubblico viene determinato puntualmente ed in concreta relazione con tutti gli altri interessi». Attraverso il procedimento l'interesse privato «[...] contribuisce alla stessa determinazione dell'interesse pubblico (concreto)». G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, II, p. 3170, definisce l'interesse pubblico astrattamente previsto dalla norma come «un'ipotesi di lavoro iniziale che dovrà trovare la sua giustificazione nell'istruttoria e nel procedimento» dando così vita all'interesse pubblico del caso concreto. M. BOMBARDELLI, *Decisioni e Pubblica Amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, pp. 224 ss. ravvisa nella decisione amministrativa non una scelta solitaria della Pubblica Amministrazione ma una «coalizione decisionale» a cui partecipano tutti i protagonisti della singola vicenda, «La provenienza delle decisioni amministrative può essere ricondotta alla forza giuridica che deriva come risultante dalla combinazione che si viene a stabilire fra gli apparati amministrativi professionali, le formazioni sociali ed i titolari degli interessi individuali e diffusi accomunati dal coinvolgimento nella questione cui si deve decidere». Ciò determina che il procedimento amministrativo non possa più essere considerato una sequenza rigidamente predeterminata dalla legge ma costituisce, seppur nei cardini della legalità, una fase dinamica ed elastica capace di sintetizzare i vari interessi che vengono concretamente in gioco per dare la soluzione migliore ad un problema di vivere comune. Emerge chiaramente la necessità, al fine di individuare l'interesse pubblico concreto, di un effettivo confronto tra il fatto e i vari interessi in gioco in sede procedimentale in Cons. St., sez. III, 10 febbraio 2016, n. 578. Precisamente, innanzi ad una disciplina normativa che impone che gli esercizi commerciali di sala da gioco possano essere localizzati solo ad una certa distanza da alcuni luoghi sensibili (ad es. scuole, ospedali, luoghi di culto ecc.) vengono in rilievo una serie di interessi pubblici come la salute pubblica, l'ordine pubblico, la libertà di circolazione e di prestazione di servizi. Rileva il Tribunale «La Regione Emilia Romagna non ha stabilito una distanza minima, così onerando gli enti locali di individuarla, contemperando gli interessi in gioco in relazione alle caratteristiche che assumono nello specifico contesto sociale di applicazione. Pertanto, il Comune di Bologna avrebbe dovuto analizzare in modo approfondito l'incidenza delle ludopatie nel proprio territorio, valutare in relazione ad essa quale distanza di rispetto poteva ritenersi astrattamente adeguata alla consistenza del fenomeno da contrastare, e verificare se, in relazione alla diffusione dei siti sensibili, una simile distanza fosse misura proporzionata e sostenibile, in quanto tale da non impedire di fatto nuove ubicazioni per gli esercizi commerciali del settore e la disponibilità di sedi alternative in vista di possibili trasferimenti degli esercizi in attività. Può convenirsi che, al riguardo, si trattasse di esercitare una discrezionalità piuttosto ampia, limitatamente sindacabile. Tuttavia, nel caso in esame, non è stato argomentato dal Comune appellante, né risulta dalla documentazione in atti, che valutazioni di tal genere siano state compiute».

l'uno attraverso l'altro e viceversa»⁸⁸, il risultato dell'attività di completamento e attualizzazione della volontà normativa è qualcosa di nuovo.

Tale elemento di novità nel panorama giuridico è riferibile all'Amministrazione⁸⁹.

La concretizzazione dell'interesse pubblico attraverso il raffronto nel procedimento degli interessi astratti con il fatto fa emergere, in definitiva, l'apporto creativo della Pubblica Amministrazione⁹⁰ la quale «con la propria valutazione, pone qualcosa che prima non esisteva, attingendo il valore della soluzione in maniera autonoma dall'ordinamento»⁹¹.

La norma del caso concreto, che si cristallizza nel provvedimento amministrativo, nasce dunque dal concorso tra la previsione normativa astratta e il contributo originario dell'Autorità pubblica.

Risulta così illuminato il primo apporto "creativo" che il sistema riconosce alla Pubblica Amministrazione. Contributo che si innesta e può esistere grazie alla struttura delle norme attributive del potere: strumentali e astrattamente materiali che necessitano per poter funzionare di un'attività di completamento da parte della Pubblica Amministrazione.

Analizzata l'attività di integrazione che la Pubblica Amministrazione compie al cospetto di una norma attributiva del potere discrezionale, è necessario ampliare la

⁸⁸M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. processuale*, 1980, p. 268.

⁸⁹Sul nuovo ruolo della Pubblica Amministrazione a seguito del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale si veda G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, 1985, pp. 5 ss., spec. 14, 17; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973, pp. 70 ss., «La vastità e la eterogeneità degli interessi che reclamano riconoscimento rendono difficoltosa la loro sintesi da parte della legge. Sopperisce l'azione dell'amministrazione che allontanandosi sempre più dal ruolo di mera esecutrice della legge svolge tale attività di sintesi con evidenti connotati creativi, che il sistema si fa carico di ricondurre al principio di legalità attraverso una puntuale disciplina del procedimento amministrativo».

⁹⁰F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, II, p. 785.

⁹¹A. PIRAS, *Discrezionalità*, cit., p. 85; l'idea che la Pubblica Amministrazione non sia una mera esecutrice della legge si rinviene anche in S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto Amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, pp. 16 ss.

visuale prospettica e soffermarsi sul secondo punto di contatto tra l'Amministrazione e la norma attributiva del potere amministrativo.

4. I concetti giuridici indeterminati: premessa introduttiva

L'indeterminatezza della norma giuridica è il risultato di una particolare tecnica legislativa in forza della quale la disposizione non è descritta in termini tassativi ma attraverso elementi indeterminati. La definizione di tali elementi richiede da parte dell'interprete un'attività ricostruttiva del suo significato e dunque di integrazione.

La *ratio* sottesa a questa tecnica di normazione è quella di garantire la flessibilità del sistema giuridico consentendogli da un canto, di mantenersi attuale e dall'altro, una migliore capacità di adattamento rispetto al caso concreto⁹².

Se l'indeterminatezza della norma giuridica ha un indubbio valore positivo all'interno dell'ordinamento giuridico, la stessa si pone in potenziale contrasto con il principio di legalità. Da qui l'esigenza di mantenere l'indeterminatezza della norma giuridica e, conseguentemente, l'apporto creativo dell'interprete entro margini di coerenza con i principi propri dello Stato di Diritto, *in primis* il principio di legalità.

L'indeterminatezza della norma giuridica è un fenomeno che attraversa trasversalmente l'intero ordinamento giuridico. Il riferimento è, in termini assolutamente generali, agli elementi elastici ed indeterminati del diritto penale, alle clausole generali nel diritto civile e nella Costituzione, nonché ai concetti giuridici indeterminati nell'ambito del diritto amministrativo.

⁹²E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. Dir., Ann.*, Milano, 2012, V, p. 191; ID., *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3561, spec. nt. 13; rileva P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. Disegno generale dell'istituto*, Milano, 1920, II, ora in M. CAPPELLETTI, (a cura di), *Opere giuridiche*, Napoli, 1976, VII, p. 87 che l'interpretazione delle norme elastiche costituisce «la parte più dinamica e attiva della giurisprudenza stessa, che qui meglio che in ogni altra circostanza, adempie al compito di ringiovanire il diritto obiettivo e di adattarlo alle esigenze moderne».

Se si analizzano le varie elaborazioni teoriche che hanno avuto ad oggetto l'indeterminatezza normativa⁹³ emerge un panorama fortemente caotico.

Le classificazioni dogmatiche proposte sono state così tante e varie da rendere pressoché impossibile individuare un criterio certo per segnare una netta linea di demarcazione tra i vari concetti di indeterminatezza elaborati⁹⁴. Tale situazione pone chi si accinge a studiare il fenomeno dell'indeterminatezza normativa in uno stato di disorientamento.

Per uscire da tale *impasse* una prospettiva utile potrebbe essere la seguente. Come non esiste un modello unitario di norma ma tante norme con connotati e strutture diversi in ragione dello specifico oggetto della normazione, così anche l'indeterminatezza normativa non può essere condotta ad unità.

L'indeterminatezza della norma assolve, come detto, in generale, ad una esigenza di flessibilità del sistema giuridico, mirando a garantirne l'adattamento e dunque il mantenimento in vita senza la necessità di continui interventi normativi. Ciò posto, l'indeterminatezza si atteggia però in maniera diversa nei singoli ambiti del sistema giuridico, in ragione delle singole e peculiari esigenze di quel determinato settore.

Per chiarire tale ricostruzione si pensi, ad esempio, alle peculiari tensioni che l'indeterminatezza pone nel diritto penale, retto da principi costituzionali ed esigenze specifiche come la garanzia del principio di colpevolezza, la general prevenzione, il diritto di difesa, l'obbligatorietà dell'azione penale⁹⁵.

Nei vari ambiti del diritto sono poi diversi i destinatari ossia ai soggetti che, in via interpretativa, sono chiamati a riempire di contenuto la norma indeterminata. Nel diritto civile e penale, a dare contenuto alle clausole generali e agli elementi

⁹³La tematica dell'indeterminatezza normativa *sub specie* delle clausole generali è una questione alquanto dibattuta soprattutto nella letteratura civilistica, per l'ovvia considerazione che le stesse si pongono in linea di rottura con la posizione giuspositivista che imperava nel diritto civile e che ha portato tale settore per primo ad intraprendere la strada della codificazione.

⁹⁴Così E. FABIANI, *Clausola generale.*, cit., pp. 187 ss., spec. 189, il quale mette in dubbio l'effettiva utilità di tali sforzi ricostruttivi.

⁹⁵Esigenze sistematiche alla cui cura è preposto il principio di necessaria tassatività della norma penale. Sul punto si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015, pp. 61 ss.

elastici, è chiamato il giudice; nel sistema costituzionale le clausole generali sono rivolte *in primis* al legislatore; nel diritto amministrativo l'interprete primario dei concetti indeterminati è la Pubblica Amministrazione.

Alla luce di tali considerazioni, è evidente che l'indeterminatezza, facendo fronte ad esigenze diverse, si attegga in modo disomogeneo nei diversi settori dell'ordinamento giuridico.

Resta da chiarire quale sia la funzione assolta dall'indeterminatezza normativa nell'ambito del diritto amministrativo.

L'indeterminatezza normativa, insieme alla struttura delle norme attributive del potere e alla discrezionalità amministrativa, riflette la naturale inattitudine del potere amministrativo ad essere imbrigliato nelle strette maglie della legge⁹⁶. Tale inattitudine nasce dall'esigenza del sistema di riconoscere uno spazio di azione all'Amministrazione, unica in grado garantire un corretto governo della norma giuridica astratta alla luce delle circostanze del caso concreto nella prospettiva del miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

Illustrate quali sono le esigenze a cui fa fronte l'indeterminatezza normativa nel nostro settore di studio, è necessario restringere la visuale prospettica e condurre la nostra analisi avendo di mira solo l'indeterminatezza nel diritto amministrativo. L'attenzione si concentrerà sulla tradizionale figura dei concetti giuridici indeterminati. Si tralasceranno dunque, se non ai fini rilevanti per la nostra disamina, l'indeterminatezza che impatta negli altri rami dell'ordinamento giuridico⁹⁷.

⁹⁶Sul punto si rinvia al § 2.1.

⁹⁷Sull'indeterminatezza nel diritto civile e, specificatamente, sulle clausole generale, si veda, in generale, E. FABIANI, *Clausola generale*, *op. cit.*; ID., *Norme elastiche*, *op. cit.* pp. 3562; specificatamente, K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1968, trad. it. a cura di A. BARATTA, F. GIUFFRIDA RÉPACI, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, pp. 165 ss.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica. dir. priv.*, 1984, II, pp. 539 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, V, pp. 709 ss.; A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Politica del diritto*, 1988, IV, pp. 655 ss.; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, IV, pp. 21 ss.; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, pp. 631 ss., ora in *Scritti Giuridici*, Padova, 2016, I, pp. 423 ss.; A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999, I,

Tale studio non può prescindere dagli studi della dottrina austriaca e tedesca a cui si deve l'elaborazione più completa e raffinata della teoria dei concetti giuridici indeterminati, *unbestimmter Rechtsbegriff*.

4.1 I concetti giuridici indeterminati nell'ordinamento tedesco: il ruolo della Pubblica Amministrazione e il controllo giurisdizionale sulla loro determinazione

La teoria dei concetti giuridici indeterminati si sostanzia nella storia del loro controverso rapporto con la legge e conseguentemente del loro sindacato giurisdizionale.

Tale rapporto riflette invero quella che, in termini più generali, è stata la storia della discrezionalità amministrativa, scandita dai vari tentativi della dottrina di trovare un punto di equilibrio tra questa sfera di libertà rimessa in capo all'Amministrazione e la legge.

Quello che si vuole evidenziare è che i rapporti tra i concetti giuridici indeterminati e la legge e fra la discrezionalità amministrativa e la legge costituiscono due vicende diverse ma fortemente connesse.

È l'avvento delle prime Costituzioni a segnare il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di Diritto e, conseguentemente, a far nascere la necessità di un nuovo assetto di equilibri tra il potere del Monarca e quello del Parlamento.

Lo Stato di Diritto e la primazia della legge rispetto al potere esecutivo si affermano, in una prima fase, con timidezza. In un sistema in cui è ancora molto forte il principio monarchico il principio di legalità si impone non come primato della legge ma come «riserva di legge»⁹⁸. Precisamente la legge costituisce un

pp. 410 ss.; V. PANUCCIO, *Applicazioni giurisprudenziali degli standards valutativi*, in *Giust. civ.*, 2000, II, pp. 85 ss.

⁹⁸S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, p. 27 ss. Sul rapporto tra legge e Pubblica Amministrazione si veda in generale F. LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*,

limite esterno al perimetro del potere entro il quale l'Amministrazione gode di una sfera di totale libertà.

È in questa fase che si inserisce la teoria dell'*acte discrétionnaire ou de pure administration*, ossia del potere concepito come sfera di libertà assoluta della Pubblica Amministrazione sottratta a qualsiasi vincolo giuridico.

Ad inizio del XIX secolo, il potere discrezionale viene dunque inteso come un potere originario della Pubblica Amministrazione che, in assenza di vincoli legali da rispettare, dà luogo ad atti non contenziosi ovvero non sindacabili, salvo lo sconfinamento dalla cornice legislativa⁹⁹.

Il potere esecutivo era tenuto ad osservare solo le norme attributive delle proprie prerogative, con la conseguenza che la legge e il potere amministrativo stavano in un rapporto di reciproca esclusione¹⁰⁰.

In questo quadro sistematico si pone il pensiero di Bernatizik, da cui prende le mosse il dibattito sulla indeterminatezza della norma nel sistema del diritto amministrativo.

Milano, 1974, XXIV, pp. 128 ss.; F.G. COCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, Milano 1971, pp. 78-80, spec. nt. 81; F. LEVI, *Attività lecita individuale ed attività discrezionale amministrativa*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, II, pp. 89 ss.; S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949, pp. 107 ss., spec. 115. L'eco del principio di legalità inteso come riserva di legge e dunque del potere amministrativo come prerogativa sovrana si rinviene in O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p. 273 «quando la norma manchi, esso può e deve egualmente agire e adottare liberamente le vie, i mezzi, le misure che gli appaiano convenienti e adeguati allo scopo da raggiungere, purché in tutto questo si mantenga nei limiti del diritto obiettivo esistente, il che vuol dire nei limiti della sfera di attività, che questo riconosca allo Stato e non restringa quella di altri subbietti giuridici, senza il concorso della loro volontà» e in F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 197 il quale rileva la presenza di potestà discrezionali anche in assenza di una previsione normativa.

⁹⁹Così A. PIRAS, *op. cit.*, pp. 67 – 68; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, I, pp. 45-46, ricollega l'insindacabilità dell'atto discrezionale all'applicazione della teoria della separazione dei poteri «non si poteva pretendere che il giudice si mettesse a valutare se l'amministrazione avesse bene o male curato i pubblici interessi [...]. L'atto discrezionale era quindi quell'atto nel cui ambito il giudice non poteva penetrare: di fronte ad esso non vi erano pretese del privato azionabili giudizialmente, non vi era tutela se non amministrativa»; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, pp. 291-301. Per una ricognizione del principio di legalità si veda S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973, XXIII, p. 659 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1982, spec. pp. 1-47; G. PERICU, *Scritti Scelti*, Milano, 2009, pp. 684 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969.

¹⁰⁰S. COGNETTI, *op. cit.*, p. 41.

Per l'Autore i concetti giuridici indeterminati costituiscono concetti di discrezionalità (*Ermessenbegriffe*) sottratti al controllo del giudice circa la loro interpretazione e applicazione da parte dell'Amministrazione¹⁰¹.

Sono concetti di discrezionalità perché, innanzi a concetti imprecisi, l'Autorità Pubblica, chiamata ad attuarli, pone in essere giudizi opinabili che richiedono la sussistenza di una specifica competenza. Tale competenza è propria ed esclusiva del funzionario e, per tale ragione, il sindacato giurisdizionale è escluso a meno che la decisione sia stata assunta con intenzione malevola o negligenza¹⁰²

Questa impostazione, legittimando uno spazio di totale libertà della Autorità Pubblica nel completamento del concetto indeterminato, si coordina perfettamente con l'accezione del principio di legalità inteso come mera riserva di legge.

È una ricostruzione che tuttavia non può reggere innanzi al progressivo affermarsi della legalità intesa in senso sostanziale e, dunque, al disconoscimento di spazi di incondizionata libertà rimessi all'Amministrazione.

L'affermarsi dello Stato di Diritto e della legalità in senso sostanziale, travolgendo *in primis* la ricostruzione della discrezionalità amministrativa, si riflette anche, come già anticipato, sulla ricostruzione dogmatica dei *unbestimmter Rechtsbegriff*.

Il dibattito sulla ridefinizione dei rapporti tra legge e discrezionalità, a fronte dell'imporsi della legalità come "primato della legge", è stato vivace.

Posto che l'atto discrezionale come assolutamente libero non poteva esistere, si è cercato di coordinare la libertà dell'Amministrazione nel suo agire discrezionale con l'imperio della legge.

Il punto di equilibrio, a seguito di un lungo travaglio, si rinviene nella concezione

¹⁰¹S. COGNETTI, *op. cit.*, pp. 70 ss., spec. 72-73, il quale rileva come tale controllo comporterebbe uno sconfinamento nella discrezionalità libera riservata all'autorità stessa.

¹⁰²B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Milano, 2013, pp. 103 ss., sottolinea che «[...]l'insindacabilità giudiziale non si afferma in ragione di un postulato normativo. Di insindacabilità, piuttosto, si deve parlare solo quando il controllo del giudice si dimostri vano (*sinnlos*) per via della complessità dei presupposti di fatto (*tatsächliche Voraussetzungen*) o della vaghezza delle previsioni normative (*vage Normen*) che escludono la possibilità di controllare, secondo parametri giuridici, la scelta dell'amministrazione».

dell'attività amministrativa, dal punto di vista formale, come attuazione della legge e, dal punto di vista sostanziale, come cura degli interessi pubblici¹⁰³. La discrezionalità amministrativa è un'attività libera ma legata dalla legge¹⁰⁴: la legge fonda il potere e individuando il fine pubblico alla cui cura la Pubblica Amministrazione è preposta lo dirige.

Queste trasformazioni, come detto, impattano anche sulla categoria dei concetti giuridici indeterminati.

Precisamente, la dottrina tedesca successiva, opponendosi alla concezione di Bernatzik, emancipa i concetti giuridici indeterminati dalla discrezionalità collocandoli su due piani differenti della norma giuridica.

La distinzione tra *unbestimmter Rechtsbegriff* e *Ermessen* viene infatti fondata sulla scomposizione della norma in fattispecie (*Tatbestandseite*) e conseguenze giuridiche (*Rechtsfolge*)¹⁰⁵. I concetti giuridici indeterminati si collocano nell'ambito della fattispecie costituendo i presupposti per l'esercizio del potere, mentre la discrezionalità opera a livello delle conseguenze giuridiche collegando a tali presupposti determinate conseguenze giuridiche.

La dottrina in questione, in particolare Tezner, rileva che la Pubblica Amministrazione sia soggetta alla legge quando la norma giuridica utilizzi concetti indeterminati per fissare i presupposti di fatto da cui scaturirà un *freisErmessen*.

I concetti indeterminati, presupposti di fatto per l'esercizio del potere discrezionale, non sono più dunque concepiti come concetti di discrezionalità (*ermessenbegrit*) ma come concetti giuridici (*reichtbegriffe*).

Posta l'attenzione sulla loro giuridicità i concetti indeterminati sono sempre determinabili attraverso l'attività interpretativa dell'Amministrazione. I concetti giuridici indeterminati venendo epurati da tutto ciò che non è sindacabile da parte del giudice amministrativo, ossia la discrezionalità amministrativa, diventano

¹⁰³In tal senso G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in G. ZANOBINI, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, pp. 203 ss.

¹⁰⁴M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, pp. 235 ss.

¹⁰⁵D. DE PRETIS *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, pp. 14 ss.

pienamente controllabili in sede giurisdizionale.

Per tale via i concetti giuridici indeterminati vanno a costituire dei limiti «esterni»¹⁰⁶ al potere discrezionale il quale, nello spazio circoscritto da tali concetti - presupposti di fatto - resta un potere libero.

Superato il binomio concetti giuridici indeterminati - discrezionalità amministrativa, il dibattito nella dottrina tedesca si incentra sui limiti del sindacato giurisdizionale sull'attività di concretizzazione dei *unbestimmter Rechtsbegriff* svolta dalla Pubblica Amministrazione.

4.2 La “teoria dell’unica soluzione giusta” e la “teoria dello spazio di libera valutazione”

Intrapresa la strada dell'emancipazione dei concetti giuridici indeterminati dalla discrezionalità amministrativa si è aperto in dottrina un dibattito, invero mai del tutto sopito, sulla sussistenza in capo alla Pubblica Amministrazione di un margine di libera valutazione non sindacabile nell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati.

Due sono in generale le posizioni riscontrabili. Da un canto, una parte della dottrina ritiene che l'Amministrazione, nell'interpretazione del concetto giuridico indeterminato, possa pervenire ad un'unica soluzione giusta pienamente sindacabile, dall'altro un diverso orientamento, più rispettoso del principio di separazione dei poteri, tende a riconoscere uno spazio di libertà all'Amministrazione escluso dal controllo giurisdizionale.

Nell'ambito della prima corrente si rinviene il pensiero di Walter Jellinek il quale ritiene che non ogni incertezza semantica determini la sussistenza di potere discrezionale.

¹⁰⁶S. COGNETTI, *op. cit.*, pp. 204 ss.

Per l'Autore l'interprete deve distinguere le ipotesi in cui il legislatore vuole conferire un potere di scelta in capo alla Pubblica Amministrazione (indeterminatezza voluta), dalle ipotesi in cui tale volontà non sussiste (indeterminatezza non voluta). Nel primo caso, posto che la legge utilizza formule linguistiche che non permettono all'interprete di individuare la sua reale volontà, la stessa non può pretendere che questa sia comunque attuata. In tali ipotesi la scelta è quindi rimessa alla discrezionalità dell'interprete. Ma laddove l'incertezza semantica non è voluta dal legislatore, l'Amministrazione non potrà fare altro che pervenire all'«unica soluzione giuridicamente giusta»¹⁰⁷.

La determinazione del concetto giuridico indeterminato, non essendo un concetto di discrezionalità, può condurre infatti ad un solo esito corretto e questo perché l'interprete dovrà avvalersi nell'attività interpretativa dell'ausilio della “concezione media della società”, ossia di regole extra – giuridiche, di portata obiettiva. La valutazione e selezione dei fatti da sussumere nel concetto giuridico indeterminato, in vista della sua determinazione, dovrà dunque seguire criteri e *standards* oggettivi e universalmente condivisi.

Ne consegue che, escluse le ipotesi di concetti giuridici determinabili solo in base a giudizi soggettivi di valore, l'interpretazione fatta dall'Amministrazione nella determinazione dei concetti giuridici indeterminati è sempre pienamente sindacabile dal giudice.

Questa impostazione, seppur fortemente garantista verso i potenziali arbitri del potere esecutivo, sconta alcune criticità¹⁰⁸. In particolare, oltre a legittimare una eccessiva ingerenza del potere giurisdizionale nella sfera di quello esecutivo, presuppone, per la definizione della “concezione sociale media” e quindi del criterio guida per la definizione controllata dei concetti indeterminati, una omogeneità che non esiste nella realtà sociale¹⁰⁹.

¹⁰⁷D. DE PRETIS, *op. cit.*, pp. 47 ss., spec. 49 ss.

¹⁰⁸S. COGNETTI, *op. cit.*, p. 251 la definisce «una concezione esasperata ed estremamente ideologicizzata dello Stato di Diritto».

¹⁰⁹E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri delle amministrazioni*, in *Dir. e processo amm.*, 2014, VIII, pp. 768-769.

Ciò ha portato a fare emergere un'altra posizione dottrinale volta a riconoscere, pur restando lontana dall'equiparazione concetto giuridico indeterminato – concetto di discrezionalità, la sussistenza di uno spazio di valutazione rimesso esclusivamente all'interprete del concetto.

La teoria del *Beurteilungpielraum*, ossia dello “spazio di valutazione” rimesso alla Pubblica Amministrazione nell'attività ricostruttiva del concetto giuridico indeterminato, vede in Otto Bachof e Hermann Ule i suoi massimi esponenti.

Bachof distingue tra concetti giuridici indeterminati empirici e di valore: i primi sono determinabili alla luce di principi e regole generali di esperienza mentre i secondi sulla base di criteri di valore.

L'Autore evidenzia come una sfera di soggettività nel giudizio non esiste solo innanzi ai concetti di valore. L'esistenza di un'unica soluzione giusta nella definizione del concetto empirico, se postulabile in astratto, non è in concreto così scontata¹¹⁰.

Ciò posto, seppur i concetti giuridici indeterminati attengono alla fattispecie normativa e sono dunque concretizzabili in virtù di un'attività interpretativa controllabile dal giudice, esiste uno spazio di giudizio rimesso alla valutazione esclusiva dell'Amministrazione. Tale spazio, *Beurteilungsspielraum*, coincide con la sussunzione del fatto nel concetto indeterminato.

Per Bachof, posti i confini semantici oggettivi del concetto indeterminato, la scelta dei fatti da sussumere nell'alveo del concetto è ad esclusivo appannaggio dell'interprete. Ne consegue che la selezione e la valutazione dei fatti sussumibili nella norma all'interno dei confini del concetto e quindi di ciò che è non solo soggettivamente ma anche oggettivamente possibile ricondurvi, è una valutazione che spetta all'Amministrazione. Esiste pertanto nell'interpretazione del concetto giuridico indeterminato uno spazio di libera valutazione dell'Amministrazione ove è solo essa che può decidere, previo rispetto dei confini oggettivi del concetto, quali

¹¹⁰D. DE PRETIS, *op. cit.*, pp. 65 ss., spec. 67 ss., rileva infatti che la giustezza della definizione del concetto empirico potrebbe valutarsi solo a posteriori ossia dopo che la scelta venga attuata.

fatti possono rientrare e quali no. All'interno di questi confini, ossia nello spazio di libera valutazione rimesso all'autorità pubblica, non ci sono scelte giuste o sbagliate ma solo diversi punti di vista¹¹¹. È l'opinabilità di queste scelte e dunque il loro carattere prettamente soggettivo che impone di escludere il sindacato giurisdizionale¹¹². Sindacato che resta comunque ammissibile in caso di superamento dei confini dello spazio di libera valutazione.

In termini non dissimili si pone il pensiero di Ule il quale pone in particolare l'attenzione sulle ragioni che giustificano la necessaria sussistenza di questo spazio di libera valutazione.

Precisamente, se da un canto il pieno controllo giurisdizionale sarebbe contrastante con la circostanza che comunque la responsabilità di quella scelta rimarrebbe in capo all'Amministrazione, dall'altro l'Autore sottolinea il fatto che tale spazio di valutazione debba essere rimesso all'esclusiva scelta dell'Amministrazione in virtù delle sue specifiche competenze che la rendono il perito preposto all'apprezzamento di tali circostanze¹¹³.

Alla luce di tali considerazioni, pare evidente che la teoria dell'unica soluzione giusta e quella dello spazio di libera valutazione prospettano un rapporto tra concetto giuridico indeterminato e sindacato del giudice in termini inversi.

Se nella teoria dell'unica soluzione giusta la sindacabilità dei concetti giuridici indeterminati costituisce la regola e l'insindacabilità l'eccezione (a fronte di concetti di valore), nella teoria dello spazio di libera valutazione la regola è l'insindacabilità, salvo, in via eccezionale, il controllo sul rispetto dei confini di tale margine di valutazione.

La teoria del margine di valutazione, nonostante sia più rispettosa del principio di separazione dei poteri, sconta tuttavia un difetto congenito. Non è infatti spiegato

¹¹¹D. DE PRETIS, *op. cit.*, p. 69.

¹¹²Rileva D. DE PRETIS, *op. cit.*, p. 70 che «Una piena controllabilità da parte del giudice della giustizia della valutazione si risolverebbe, in tale prospettiva, nella semplice ed ingiustificata sostituzione del giudizio dell'amministrazione con quello, non meno soggettivo, del giudice amministrativo».

¹¹³D. DE PRETIS, *op. cit.*, p. 78.

in maniera chiara e precisa quali siano i criteri per individuare i confini entro i quali sussiste uno spazio di piena libertà per l'interprete¹¹⁴.

Tale circostanza non vale ad escludere il fatto che oggi, nell'ambito della dottrina tedesca, le posizioni prevalenti siano assestate nella prospettiva di riconoscere un margine di libera valutazione in capo alla Pubblica Amministrazione e nel caldeggiare un atteggiamento di deferenza da parte dei giudizi amministrativi¹¹⁵.

Tale posizione trova la sua giustificazione alla luce dell'ampliamento degli ambiti di intervento devoluti alla Pubblica Amministrazione che richiedono una specifica responsabilizzazione in termini di utilità dei risultati, oltre che particolari conoscenze tecniche (ad esempio, in materia di ambiente, economia, salute pubblica)¹¹⁶.

Se la dottrina è dunque compatta nel ritenere necessaria l'esistenza di spazi di insindacabilità nella determinazione dei concetti giuridici indeterminati, non è di tale avviso la giurisprudenza amministrativa tedesca che, salvo alcune eccezioni¹¹⁷, propende per un sindacato pieno, ancorché non sostitutivo, della determinazione dei concetti indeterminati. Tale sindacato involge la selezione e la valutazione dei fatti che l'Amministrazione pone in essere nell'applicazione delle regole e *standards* obiettivi necessari per la determinazione dei concetti giuridici indeterminati.

¹¹⁴D. DE PRETIS, *op. cit.*, pp. 79 ss.

¹¹⁵Evidenza che la garanzia di un margine di libera valutazione rimesso all'Amministrazione sia una tematica a cuore non solo alla dottrina tedesca ma anche francese (*délai raisonnable*) e anglosassone, E. FERRERO, *op. cit.*, pp. 773 ss.

¹¹⁶D. DE PRETIS, *op. cit.*, p. 84.

¹¹⁷Il riferimento è alla Corte Costituzionale dell'8 agosto 1978 n. 6 (*Kalkar*) che introduce il "principio dell'essenzialità" secondo cui, fuori dalle ipotesi in cui si faccia questione di diritti fondamentali, la legge può affidare anche implicitamente all'Amministrazione uno spazio di libertà nell'applicazione del concetto indeterminato che il giudice può sindacare solo entro certi limiti ossia attraverso i vizi della discrezionalità; nonché alla Corte amministrativa federale 17 febbraio 1978 (*Steag*), la quale sancisce che innanzi a procedimenti amministrativi complessi il giudice può far esaminare dai suoi periti le valutazioni poste in essere dall'Amministrazione al fine di valutare se «vi siano indizi a che il processo di conoscenza e di apprezzamento sia stato realizzato in modo arbitrario e viziato». Sul punto di rinvia a S. COGNETTI, *op. cit.*, pp. 267 ss.

4.3 I concetti giuridici indeterminati nell'ordinamento nazionale

La teoria degli *unbestimmter Rechtsbegriff* non ha avuto in Italia la stessa fortuna che ha trovato nell'ordinamento tedesco.

Salvo alcune posizioni dottrinali che hanno collegato, sulla scia del pensiero di Bernatzik, l'indeterminatezza della norma all'attribuzione di poteri discrezionali¹¹⁸, la dottrina maggioritaria ha emancipato i concetti giuridici indeterminati dalla discrezionalità amministrativa.

Alla luce delle elaborazioni della dottrina più moderna la discrezionalità è un modo di atteggiarsi dell'attività amministrativa che si sostanzia in una scelta politica alla luce del bilanciamento dei vari interessi in gioco¹¹⁹. Posta tale definizione, i concetti giuridici indeterminati e la discrezionalità amministrativa non sono dunque ontologicamente assimilabili. Come rileva infatti Giannini solamente «in una limitata quantità di casi la legge, attribuendo un potere discrezionale, fa coincidere questo nella precisazione di un concetto impreciso»¹²⁰.

Ne consegue che i concetti giuridici indeterminati sono rimasti sullo sfondo degli studi sulla discrezionalità amministrativa, costituendo una categoria quasi sconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa.

Seppur le ricostruzioni interne non possono dirsi tanto raffinate come quelle degli studiosi tedeschi, non si può disconoscere la rilevanza, sia quantitativa che qualitativa, che tali forme di indeterminatezza linguistica hanno nella costruzione della norma nel diritto amministrativo nel sistema nazionale.

Dal punto di vista quantitativo il legislatore nazionale attinge a piene mani alla categoria dei concetti indeterminati per la formulazione delle norme di diritto

¹¹⁸C. MORTATI, *op. cit.*, pp. 1098 ss.; A.M. SANDULLI, *op. cit.*, pp. 571 ss.; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1962, pp. 335 ss., spec. 338.

¹¹⁹Si rinvia all'analisi svolta nel § 3.

¹²⁰M.S. GIANNINI, *Il potere.*, cit., p. 65, nonché pp. 157 ss., ove rileva che innanzi ad un concetto giuridico indeterminato «non si può sostenere che qui non si ha più interpretazione ma ricerca del diritto. Si tratta dunque di una d'interpretazione più laboriosa e più ampia, nel senso che deve essere determinato qualche cosa che non è espresso dalla norma».

amministrativo¹²¹. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle “notevoli dimensioni”, alla “particolare rilevanza storica e artistica”, al “mercato rilevante”, alla “posizione dominante”, alla “necessità ed urgenza” alla “sana e prudente gestione”, all’ “anomalia dell’offerta”, alla “capacità lavorativa”.

Sotto l’aspetto qualitativo i concetti giuridici indeterminati costituiscono degli elementi che condizionano l’esercizio del potere amministrativo. Precisamente, i concetti giuridici indeterminati costituiscono dei presupposti legislativi dal cui accertamento dipende la corretta formazione della volontà pubblica.

In questa prospettiva si pone il pensiero della dottrina tradizionale, la quale ricollega la corretta formazione della volontà dell’Amministrazione all’accertamento e all’apprezzamento di alcuni elementi della fattispecie normativa che vengono qualificati come «motivi - presupposto»¹²².

Rileva De Valles che «la protezione giuridica che la legge accorda alla volontà [della Pubblica Amministrazione] non è data puramente e semplicemente, ma è data soltanto con la presupposizione di elementi, la cui inesistenza o viziosità toglierebbe il fondamento logico giuridico dell’atto», sicché «tali presupposti vengono fissati dalla legge come i motivi da cui il soggetto non può prescindere nel determinare la propria volontà»¹²³.

Nell’ambito dei motivi – presupposto è necessario distinguere tra quelli costituiti da fatti certi ed accertabili senza margini di errore e quelli che invece richiedono per la loro determinazione l’esercizio di particolari competenze da parte dell’interprete.

Attengono alla prima categoria presupposti come l’età, lo stato di celibato, il matrimonio, il possesso di un titolo di studio. Si tratta di presupposti che esistono o

¹²¹Sull’importanza di tali concetti per il mantenimento in vita del sistema giuridico C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 239, il quale rileva che «Concetti del genere dei quali nessun sistema statale può fare a meno, hanno la peculiarità di essere immediatamente legati alla situazione che di volta in volta si presenta, di derivare il loro contenuto concreto solo dalla loro applicazione concreta e soprattutto di essere tali per cui, in tutte le epoche e situazioni difficili e politicamente rilevanti, diventa unicamente decisivo il loro impiego ad esercizio concreto».

¹²²A. DE VALLES, *Elementi di diritto amministrativo*, Padova, 1951, pp. 158 ss.

¹²³A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1986, pp. 154 ss.

non esistono: *tertium non datur*.

Nella seconda categoria di motivi presupposti è invece possibile distinguere tra «presupposti oggettivi» la cui determinazione implica l'impiego di particolari competenze giuridiche e tecniche come, ad esempio, la pericolosità di un edificio, e «presupposti soggettivi» come, ad esempio, il particolare interesse artistico e storico nei beni culturali, la necessità e l'urgenza nelle ordinanze contingibili e urgenti che per la loro intrinseca natura «non si può dire che essi esistano o non, ma si può dire soltanto che un dato soggetto li considera esistenti o non»¹²⁴.

Innanzitutto ad un presupposto oggettivo l'Amministrazione deve porre in essere un'attività di accertamento, mentre innanzitutto ad un presupposto soggettivo di apprezzamento¹²⁵.

Nell'apprezzamento del requisito soggettivo l'interprete non opera in maniera arbitraria ma la sua attività intellettuale, attraverso l'utilizzo di vari criteri fondati, ad esempio, su norme economiche, scientifiche e morali¹²⁶, sarà guidata dall'interesse pubblico che la legge gli impone di tutelare e perseguire¹²⁷.

¹²⁴A. DE VALLES, *Elementi*, op. cit., p. 162.

¹²⁵A. DE VALLES, *Elementi*, op. cit., pp. 161 ss.

¹²⁶A. DE VALLES, *L'invalidità*, op. cit., p. 158.

¹²⁷A. DE VALLES, *L'invalidità*, op. cit., p. 161, rileva che «Quando un fatto o una condizione devono essere apprezzati dal soggetto per determinare nel caso concreto l'esistenza di un motivo presupposto della volontà [...] il criterio fondamentale, in base al quale il soggetto deve decidere è preordinato e contenuto nella destinazione della persona giuridica pubblica: per cui questa, per mezzo dei propri organi, non è libera di assumere come interesse proprio, collettivo, che ne determini la volontà, ogni specie di aspirazione, ma soltanto quelle che corrispondono ai fini suoi». La stella polare dell'interesse pubblico nella definizione dei presupposti normativi che non hanno un puntuale riscontro nella realtà oggettiva è assunto quale criterio che l'Amministrazione deve seguire anche da F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 240 ss. L'Autore, nell'analisi dell'attività conoscitiva che precede il provvedimento amministrativo rileva come tale attività non si sostanzia in un mero giudizio di fatto, ossia in un semplice raffronto tra norma e fatto da cui trarre le conseguenze giuridiche. La Pubblica Amministrazione deve infatti individuare i fatti significativi rilevanti per la decisione. Tale individuazione non è sempre facile. Le norme di diritto amministrativo utilizzano infatti un «linguaggio disposizionale», in forza del quale al verificarsi di certe condizioni seguirà una certa conseguenza. Senonché, non sempre gli elementi condizionanti le conseguenze giuridiche hanno un riscontro nella realtà oggettiva. Tale riscontro manca nei concetti imprecisi della fattispecie. In tali ipotesi, ossia quando la Pubblica Amministrazione non trova nella legge una precisa descrizione dei presupposti per l'esercizio del potere, sarà l'interesse pubblico a guidare la sua attività conoscitiva. Precisamente «quando la fattispecie di un potere comprende delle categorie indeterminabili o vaghe, l'attività conoscitiva dell'organo amministrativo tende ad accertare dei fatti non in quanto sono previamente descritti dalla legge, bensì in quanto sono in qualche modo connessi con l'interesse pubblico».

Alla luce di tale impostazione i concetti giuridici indeterminati sono riconducibili nella seconda categoria di motivi - presupposto, ossia ai presupposti oggettivi e soggettivi della fattispecie di potere amministrativo.

La teoria di De Valles se da un canto offre un primo spunto ricostruttivo per la tematica dell'indeterminatezza normativa, dall'altro pare una prospettiva acerba.

È acerba perché si inserisce in uno schema strutturale che ravvisando il nucleo costitutivo della fattispecie esclusivamente nella manifestazione di volontà della Pubblica Amministrazione, degrada le circostanze di fatto sul piano dei meri presupposti di fatto¹²⁸.

In tale logica ricostruttiva i fatti - presupposto, stando fuori dal nucleo costitutivo della fattispecie, non hanno autonoma rilevanza giuridica. Assume importanza solamente la manifestazione di volontà finale dell'Amministrazione, unica ed esclusiva fonte di effetti giuridici. I fatti - presupposto incidono solo in via mediata sicché ciò che rileva è l'effetto che dipende dalla loro esistenza, ma non il fatto – presupposto in sé e per sé considerato.

Per tale via la valutazione del fatto assume la sostanza di mero accertamento logico, strumentale, rispetto alla manifestazione di volontà¹²⁹.

Tale prospettiva, per cui il fatto non ha alcuna rilevanza giuridica se non in via indiretta, viene ribaltata dalla dottrina successiva che mette in luce il rapporto che

¹²⁸In tal senso A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, pp. 40 ss., spec. 49, 50 secondo cui i presupposti che possono attenersi al momento soggettivo, possono riferirsi all'oggetto ovvero possono attenersi alle circostanze obiettive che devono esistere affinché l'atto venga in essere non sono elementi integranti la fattispecie. «Quando si prenda in considerazione l'effetto giuridico della fattispecie rispetto alla quale si pongono come presupposti, essi non vengono in esame come degli elementi, i quali direttamente lo determinino. La loro azione a tale riguardo si è esaurita nella determinazione della essenza stessa di quegli eventi. E per ciò essi non possono atteggiarsi, in relazione all'effetto specifico che qui viene in considerazione, in funzione propriamente determinante. Ma, se fanno sentire su questo una indiscutibile ripercussione [...] tale ripercussione è di carattere mediato. Nei confronti dell'effetto giuridico che qui viene in questione essi, nella loro essenza, sono elementi completamente estranei. Ciò significa che, quando si abbia riguardo all'effetto giuridico generato da un certo atto, [...] non vengono in considerazione diretta i fatti giuridici, i quali al sorgere di quelle circostanze hanno dato luogo (ad es. in caso di urgenza) [...]. Viene invece in considerazione solamente il fatto che quell'atto si sia effettivamente realizzato nel concorso di quelle circostanze, e ciò sul loro presupposto» (corsivi nostri); A. DE VALLES, *La validità*, cit., pp. 26, 36, il quale evidenzia che ciò che dall'atto susseguente viene assorbito è solo l'effetto dell'antecedente, e non l'antecedente stesso.

¹²⁹B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, pp. 98 ss.

necessariamente esiste tra fatto e norma giuridica. Precisamente viene evidenziato che i fatti rilevanti ai fini della statuizione sono individuati in base a criteri giuridici e dunque in base alla norma giuridica.

È la norma giuridica che definisce il fatto con la conseguenza che questo non è dato di per sé e autonomamente prima di assumere rilevanza giuridica¹³⁰. Se il fatto rilevante è preso in considerazione direttamente dalla norma giuridica questo non è più un elemento esterno ma entra nel nucleo costitutivo della fattispecie.

Tali conclusioni hanno un impatto pratico rilevante ai fini della presente trattazione perché solo attribuendo giuridicità al fatto, la sua selezione e valutazione da parte dell'Amministrazione nella ricostruzione del concetto indeterminato - presupposto della fattispecie di potere, sarà sindacabile in sede giurisdizionale.

Ne consegue che la ricostruzione di De Valles, da un canto, riconducendo la categoria dei concetti indeterminati nell'ambito dei presupposti della fattispecie, individua una corretta collocazione dogmatica degli stessi, dall'altro, mantenendo i presupposti di fatto fuori dal nucleo costitutivo della fattispecie, non ne permette il controllo giurisdizionale.

Controllo invece pacificamente ammesso alla luce delle posizioni dottrinali più moderne che attribuiscono rilevanza giuridica al fatto¹³¹, nonché della giurisprudenza amministrativa¹³².

¹³⁰M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, pp. 67 ss., spec. p. 69, nt. 11.

¹³¹Sulla rilevanza giuridica del fatto F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, op. cit.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, IV, pp. 376 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, IV, pp. 463 ss.; B. TONOLETTI, op. cit., ove viene dato valore preminente, nella elaborazione dello schema strutturale dell'accertamento, alla giuridicità del fatto e al giudizio di fatto.

¹³²Viene così definitivamente superata l'idea, radicata nella dottrina più antica, secondo cui l'apprezzamento del fatto complesso rientra nel merito amministrativo e, per tale ragione, non è sindacabile. In tal senso, F. CAMMEO, *Corso*, cit., p. 197; ID. *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, pp. 275 ss., ove si rinviene la famosa distinzione tra fatti semplici e fatti complessi. I fatti complessi sono oggetto di valutazione «secondo più lati criteri tecnici amministrativi». Tale valutazione è disciplinata da «norme interpretative» il «cui apprezzamento deve lasciarsi alla P.A. stessa».

A fronte di tali considerazioni è possibile trarre le prime conclusioni sull'inquadramento sistematico dei concetti indeterminati nell'ordinamento nazionale.

In primo luogo i concetti giuridici indeterminati non sono concetti di discrezionalità ma operano a livello della fattispecie normativa costituendo i presupposti normativi dalla cui sussistenza dipende l'effetto giuridico.

I concetti indeterminati sono elementi fissi della fattispecie di carattere impreciso¹³³. Tale imprecisione impone all'interprete un'attività intellettuale per la definizione della loro portata fondata su giudizi di valore¹³⁴ in forza dei quali la Pubblica Amministrazione stabilisce quali fatti concreti siano tali da integrarne gli estremi. Tale attività non si sostanzia nell'esercizio di discrezionalità amministrativa ma costituisce un'attività di mera attuazione della legge¹³⁵.

I concetti giuridici indeterminati costituendo i presupposti per l'esercizio di un potere amministrativo, sia esso discrezionale o vincolato, sono determinati in base a valutazioni fondate su criteri extra – giuridici o meta – giuridici, ovvero parametri di normalità naturalistica (*id quod plerumque accidit*), comune buon senso, comune esperienza, nonché alla luce di regole scientifiche, dando così luogo a valutazioni tecniche complesse.

Emerge così la doppia anima dei concetti indeterminati nel diritto amministrativo.

I concetti tecnici costituiscono infatti un mero sottoinsieme della più ampia categoria dei concetti giuridici indeterminati che si differenziano da questi ultimi

¹³³In tal senso V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 468.

¹³⁴È importante sottolineare che i giudizi di valore cui si è fatto riferimento sono diversi da quelli che vengono in rilievo innanzi ad una clausola generale. Come rileva infatti A. BELVEDERE, *op. cit.*, pp. 427 ss., innanzi ad una clausola generale i giudizi di valore «non si limitano a condizionare l'individuazione di comportamenti descritti in enunciati legislativi (ciò che avviene innanzi ad un concetto indeterminato) ma costituiscono la fonte esclusiva di tale individuazione. Siamo quindi di fronte ad un fenomeno di produzione normativa e non a semplici differenze quantitative nell'ambito di una problematica di tipo sempre interpretativo».

¹³⁵Rileva V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 476, che «spesso norme a carattere impreciso nascondono non un potere discrezionale, ovvero un momento di discrezionalità nella fattispecie del potere, ma soltanto un'attività «più complessa che in altri casi» di attuazione (mera) della legge ma pur sempre un'attività di attuazione (mera) della legge».

semplicemente per l'impiego, ai fini della loro determinazione, di regole tecniche¹³⁶.

L'appartenenza dei concetti tecnici allo stesso *genus* dei concetti giuridici indeterminati imporrebbe un'identità del sindacato giurisdizionale sugli stessi, ossia un sindacato pieno sulla determinazione del concetto alla luce dei fatti significativi della fattispecie concreta. Tuttavia la storia della discrezionalità tecnica ha seguito strade diverse. Per lungo tempo la discrezionalità tecnica è stata infatti assimilata alla discrezionalità amministrativa. Le strade percorse sono state diverse ma l'esito a cui sono giunti è stato il medesimo: ovvero la sua insindacabilità¹³⁷.

¹³⁶Sul punto si rinvia a G. PARODI, *Tecnica ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, pp. 136 ss. il quale definisce i concetti indeterminati come una categoria eterogenea. Precisamente «Comprende termini la cui indeterminatezza deriva da vaghezza semantica e termini la cui indeterminatezza deriva e da vaghezza semantica e da incertezza dei parametri cui è necessario rifarsi in sede di applicazione. Tali parametri sono talvolta di carattere tecnico ma possono anche coincidere con giudizi di valore»; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino, 2006, pp. 359 ss.; F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 97 il quale rileva che «Il fenomeno che nella nostra esperienza passa sotto il nome di discrezionalità tecnica [...] si è replicato in condizioni pressoché uguali in altri ordinamenti, e non solo tra quelli che conoscono un regime di diritto amministrativo. In essi però ha assunto un'etichetta diversa, perché si è parlato di controllo giudiziale sui concetti giuridici indeterminati». Alle conclusioni prospettate aderisce anche la giurisprudenza amministrativa. In tal senso si rinvia a Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156, ove viene in evidenza sia la riconduzione dei concetti tecnici nell'alveo dei concetti indeterminati e, soprattutto la rilevanza dei presupposti di fatto all'interno della fattispecie costitutiva degli effetti giuridici. Precisamente, rileva il Tribunale che in relazione alle decisioni dell'Antitrust «la valutazione tecnica complessa implica l'apprezzamento di una serie di elementi di fatto - definiti nella loro consistenza storica o naturalistica - in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che, nel caso delle valutazioni tecniche dell'AGCM, non hanno il carattere di regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico, con cui si provvede alla definizione dei concetti giuridici indeterminati (quali quelli di mercato rilevante, di dominanza, di intesa restrittiva della concorrenza) cui fa riferimento la normativa a tutela della concorrenza. [...]. Nei confronti di questa, il giudice deve, infatti, verificare direttamente i fatti posti a fondamento dei provvedimenti ad esercitare un sindacato di legittimità sull'individuazione del parametro normativo e sul raffronto con i fatti accertati. In tale ambito il giudice può, come è stato precisato, censurare le valutazioni tecniche, (compreso il giudizio tecnico finale) che attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza, appaiano inattendibili».

¹³⁷Per un approfondimento sull'evoluzione della nozione di discrezionalità tecnica si rinvia a D. DE PRETIS, *op. cit.*, pp. 131 ss.; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, pp. 58 ss. Di assoluta rilevanza nell'evoluzione del concetto di discrezionalità tecnica sono i contributi di Cammeo, Presutti e Ranalletti. Sull'evoluzione del pensiero di Cammeo in ordine alla discrezionalità tecnica si rinvia a C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, pp. 7 ss. Nella prima fase del suo pensiero l'Autore equiparando la discrezionalità tecnica all'attività vincolata ne sancisce la piena sindacabilità. Sul punto si rinvia a F. CAMMEO, *La competenza.*, cit., pp. 277 ss. ove si rinviene la famosa distinzione tra fatti semplici e fatti complessi. La valutazione dei fatti complessi è fatta applicando i criteri tecnici individuati dalla stessa norma sicché è un'imprecisione

L'emergere della concezione attuale di discrezionalità amministrativa intesa come ponderazione di interessi in gioco, ha imposto una rilettura

solo apparente potendo essere eliminata applicando la norma stessa. Ne consegue che «un abisso separa la discrezionalità tecnica dalla discrezionalità pura. La discrezionalità tecnica è attività di valutazione della sussistenza di un fatto previamente indicato dalla norma, è applicazione della norma e non atto di volontà creativo del precetto». In tale prospettiva la discrezionalità tecnica è pienamente sindacabile essendo più assimilabile all'attività vincolata». Nella seconda parte del suo pensiero, Cammeo non distingue invece più tra fatti semplici e fatti complessi, ma tra fatti che implicano o meno un apprezzamento da condurre in relazione al pubblico interesse. Precisamente, l'Autore ravvisa il ricorrere di discrezionalità tecnica innanzi a norme vaghe ed imprecise le quali presuppongono l'esistenza di fatti valutabili secondo criteri tecnici e in relazione all'interesse specifico della Pubblica Amministrazione. In tal senso, F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1913, II, pp. 774 ss.; ID, *Corso*, cit., p. 197, «Quando l'attività dell'amministrazione è sottoposta a norme di discrezionalità tecnica, nei rapporti con gli interessati la sua attività non è vincolata, ma rimane rispetto ad essi discrezionale come se quelle norme non ci fossero, ossia come se si versasse in un caso di discrezionalità pura [...]. Le norme di discrezionalità tecnica importano, come abbiamo visto, un apprezzamento in relazione alle esigenze di interesse pubblico, dei fatti che ne presuppongono l'applicazione, quindi esse sono un termine di paragone assai impreciso ed incerto. Se esse dovessero vincolare l'amministrazione bisognerebbe ammettere che vi fossero dei giudici i quali, sull'istanza dei cittadini interessati, sindacassero l'operato dell'amministrazione per rivedere le valutazioni dei fatti, in base alle quali essa ha agito, ma i giudici non avrebbero, spesso, elemento per far bene questo giudizio in relazione al pubblico interesse, non avrebbero nelle norme una guida sicura per farlo, datane l'imprecisione e d'altronde se errassero, sarebbero irresponsabili dei meri errori. Tanto vale allora non istituire il controllo, lasciare arbitraria l'amministrazione di applicare le norme stesse contando sulla sua capacità e responsabilità: ecco perché l'attività regolata da norme di discrezionalità tecnica è trattata d'ordinario come se le norme non ci fossero e si trattasse di discrezionalità pura». Presutti ricollega invece la discrezionalità tecnica non al legame con l'interesse pubblico ma al tipo di fatto da accertare. Ci sono dei fatti che nella realtà fenomenica «si presentino in misura infinitamente varia» e la norma non indica «il grado, la misura in cui debbano presentarsi, perché si abbia l'effetto giuridico da esse norme contemplato». Se la norma giuridica contempla l'esistenza di presupposti di fatto accertabili in modo certo non si avrà discrezionalità, se invece «si tratti di determinare se il carattere, l'attributo, la qualità sussistano in grado tale da far sorgere l'effetto giuridico, mentre la norma tace circa la misura in cui debbono presentarsi perché l'effetto giuridico si abbia, vi è discrezionalità» E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, p. 47. L'Autore fa derivare l'insindacabilità della discrezionalità tecnica da due circostanze: la preminenza, nel diritto amministrativo, della posizione dell'Amministrazione e l'assenza di una norma che consenta al giudice di sindacare la valutazione dell'autorità pubblica. Il principio di preminenza dell'Amministrazione rende infatti non assurdo che spetti all'amministrazione stabilire se il fatto, di cui peraltro ha lei la piena conoscenza, abbia le caratteristiche tali richieste dalla norma per la produzione degli effetti giuridici. Sul punto E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, pp. 60, 188. Sancisce la piena equiparazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa O. RANELLETTI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1912, I, pp. 364 ss. Posto che l'elemento che caratterizza la discrezionalità amministrativa è, nel pensiero dell'Autore, la valutazione degli interessi collettivi dello Stato, tale profilo rileva anche nel caso delle valutazioni tecniche con la conseguenza che ammetterne la sindacabilità consentirebbe al giudice un apprezzamento riservato all'Amministrazione.

dell'impostazione tradizionale¹³⁸.

Si è infatti sottolineato che quando l'Amministrazione riempie il concetto indeterminato sulla base di regole tecniche non pone in essere alcuna ponderazione di interessi ma valuta fatti applicando regole tecniche non universali che, per tale ragione, possono condurre a risultati non certi, bensì opinabili. Ne consegue che da un lato non è corretto parlare di discrezionalità tecnica ma è più opportuno parlare di valutazioni tecniche complesse, dall'altro il sindacato giurisdizionale sulle stesse deve essere emancipato da quello posto in essere nei riguardi della discrezionalità pura.

Su tale percorso si inserisce la storica sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, ove si chiarisce che la discrezionalità tecnica «ricorre quando l'Amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. L'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazioni di fatti suscettibili di vario apprezzamento quando la norma tecnica contenga concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili. Ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa l'opportunità. La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma - soltanto perché opinabile - in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito»¹³⁹.

Sulla scorta di tale pronuncia viene dunque chiarito che le valutazioni tecniche

¹³⁸M.S. GIANNINI, *Il potere.*, cit., pp. 42 ss. il quale rileva «Aderiamo alla dottrina oggi prevalente, fondata sulla distinzione tra attività amministrativa e attività tecnica, secondo la quale la discrezionalità tecnica va intesa non in relazione all'interesse pubblico, ma in relazione alle regole, agli insegnamenti delle discipline tecniche, mentre la discrezionalità in senso proprio va intesa in relazione al solo pubblico interesse: si è riconosciuto che in ambedue si trova un apprezzamento di opportunità, ma la discrezionalità tecnica dà luogo ad una valutazione di tipo scientifico, concernente cioè il fenomeno naturale in sé, non in coordinazione con altri fenomeni sociali; la discrezionalità in senso proprio dà luogo ad una valutazione di tipo politico in cui il fenomeno non è più naturale, ma sociale, coordinato cioè a un gruppo di altri fenomeni sociali»; E. GUICCIARDI, *Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1959, III, pp. 193 ss., il quale pone in evidenza una diversità oggettiva tra gli apprezzamenti tecnici e la discrezionalità amministrativa tale per cui non è possibile procedere ad una loro equiparazione.

¹³⁹Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, con nota di D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1999, XII, pp. 1179 ss.

sono cosa diversa dalla discrezionalità pura, con evidenti ricadute sul piano della loro sindacabilità.

Il sindacato estrinseco sull'*iter* logico seguito dall'Amministrazione fondato sul paradigma dell'eccesso di potere viene dunque superato dall'ammissibilità di un controllo più penetrante che involge, a fronte di un pieno accesso al fatto, l'attendibilità del criterio tecnico nonché le sue modalità applicative.

Tuttavia se a livello teorico il Consiglio di Stato apre ad un sindacato intrinseco forte, ossia sostitutivo della valutazione amministrativa con quella del giudice, la strada realmente percorsa è un'altra. Il giudice amministrativo si limita infatti a sindacare la valutazione sulla base di un mero ragionamento giuridico¹⁴⁰.

Tale contraddizione riflette invero il quadro di quella che sarà la giurisprudenza successiva alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, ossia una giurisprudenza connotata da posizioni non univoche e oscillanti tra un controllo nella sostanza estrinseco fondato sull'eccesso di potere ed un controllo intrinseco ancorché non sostitutivo¹⁴¹.

Se l'emancipazione delle valutazioni tecniche dalla discrezionalità amministrativa è, tendenzialmente, più professata che reale, non può disconoscersi che, ai fini che qui interessano, le aperture al sindacato intrinseco sulla determinazione del concetto tecnico portano oggi a ridurre le distanze con il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici indeterminati di natura non tecnica.

Posto che i concetti tecnici sono concretizzabili in base a regole tecniche che non appartengono al comune bagaglio culturale del giudice, il loro controllo potrà essere effettivo solo attraverso l'esperimento di un sindacato che permetta al giudice,

¹⁴⁰Sul punto si rinvia a L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2000, I, pp. 424 ss.

¹⁴¹Per una ricostruzione dell'eterogeneo quadro giurisprudenziale e dottrinale attuale si rinvia a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, pp. 143 ss. Sul sindacato estrinseco si rinvia *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 14 febbraio 2018, n. 947; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2018, n. 443; Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 2018, n. 443; T.a.r. Umbria, 9 aprile 2018, n. 205; T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, 9 aprile 2018, n. 312; ID., 20 marzo 2018, n. 267; T.a.r. Lombardia, Milano, 20 febbraio 2018, n. 491; T.a.r. Abruzzo, 11 gennaio 2018, n. 9; propende per il sindacato intrinseco, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2018, n. 3013; Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2018, n. 2798; T.a.r. Piemonte, 26 aprile 2018, n. 489.

anche avvalendosi dell'ausilio della consulenza tecnica *ex art. 67*, D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, di vagliare l'attendibilità del criterio utilizzato e delle sue modalità di applicazione. Infatti il giudice, innanzi ad un concetto tecnico, proprio per il fatto che questo non appartiene al suo bagaglio culturale, non riesce a fare quel controllo che invece gli risulta naturale innanzi ad un concetto di natura non tecnica, rispetto al quale è in possesso degli strumenti idonei per verificare la correttezza della determinazione fatta dell'Amministrazione.

Se si analizza la giurisprudenza amministrativa emerge che il sindacato sulla determinazione dei concetti giuridici indeterminati di natura non tecnica si sostanzia in un pieno controllo sulla selezione e valutazione dei fatti da sussumere nel concetto indeterminato.

Si pensi, ad esempio, ai poteri di ordinanza *extra ordinem* previsti in capo al Sindaco dagli artt. 50 e 54 D.lgs. 18 agosto n. 26 del 2000, Testo Unico degli Enti Locali.

Gli ordinamenti si dotano di strumenti volti a fronteggiare situazioni emergenziali ed imprevedibili che possono mettere in pericolo gli interessi fondamentali della comunità. Tale situazione permane anche con l'avvento della Costituzione. La necessità continua infatti a costituire una situazione in grado di conformare l'ordinamento giuridico. Ciò si esprime, nel diritto costituzionale, con la possibilità di adottare decreti legge, in ambito penale e civile con la previsione di una specifica scriminante e, nel diritto amministrativo con la possibilità di emanare ordinanze contingibili ed urgenti capaci di derogare la legge.

Le ordinanze *extra ordinem* sono coerenti solo con il principio di legalità formale in quanto la legge attribuisce il potere di ordinanza, fissa i presupposti per il suo esercizio ma non può *ex ante* fissarne il contenuto sull'assunto che sarà la situazione concreta da fronteggiare a determinarlo. Le ordinanze costituiscono dunque una deroga al principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi essendo coerenti solo con quello di nominatività.

I presupposti fattuali che la legge stabilisce per l'esercizio di tale potere da parte del sindaco sono:

- a) la sussistenza di un grave pericolo per l'igiene e la salute pubblica (art. 50 T.u.e.l.), ovvero per la pubblica incolumità e la sicurezza urbana (art. 54 T.u.e.l.);
- b) la contingibilità, ossia la sussistenza di una situazione fattuale imprevedibile ed eccezionale che non può essere gestita dall'Amministrazione facendo impiego dei mezzi ordinari;
- c) l'urgenza, ossia la non differibilità dell'intervento.

A tali presupposti si aggiungono, per giurisprudenza costante, la provvisorietà e temporaneità degli effetti della misura, nonché la proporzionalità delle misure adottate rispetto alla concreta situazione di pericolo¹⁴².

La concretizzazione dei presupposti fattuali previsti dalla norma per l'esercizio dei poteri *extra ordinem*, ossia la sussistenza di un pericolo contingibile ed urgente, caratterizzandosi per una indeterminatezza semantica, impone all'Amministrazione un'attività intellettuale volta a definire la portata del significato dei termini pericolo - contingibile - urgente e dunque di individuare quali siano i fatti concreti in grado di integrarne gli estremi. L'Autorità Pubblica deve dare atto del procedimento logico che la induce, alla luce delle circostanze concrete, a ritenere integrati i presupposti normativi per l'esercizio del potere ordinario. A tal fine l'Amministrazione procedente deve porre in essere una adeguata istruttoria e deve darne atto con una congrua motivazione¹⁴³.

Sulla base di tali premesse dall'esame della giurisprudenza emerge un pieno controllo sulla concretizzazione di tali concetti giuridici indeterminati. In particolare, attraverso lo strumento dell'eccesso di potere, in specie, del difetto di motivazione e del difetto dei presupposti, i giudici amministrativi sindacano, alla luce delle concrete circostanze fattuali, la correttezza di tale attività intellettuale.

In tale prospettiva, si pone, ad esempio¹⁴⁴, il T.a.r. Piemonte, 15 febbraio 2018,

¹⁴²*Ex multis* Cons. St., sez. V, 14 novembre 2017, n. 5239; Cons. St., sez. V, 26 luglio 2016, n. 3369; Cons. St., sez. V, 8 maggio 2007, n. 2109; Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6366; T.a.r. Lazio, Roma, 19 aprile 2018, n. 4372; T.a.r. Veneto, 19 aprile 2018, n. 435.

¹⁴³*Ex multis* Cons. St., sez. V, 22 marzo 2016, n. 1189; Cons. St., sez. V, 25 maggio 2015, n. 2697; T.a.r. Campania, Napoli, 8 settembre 2017, n. 4343.

¹⁴⁴Così anche T.a.r. Lombardia, Milano, 16 maggio 2018, n. 1284, ove si censura l'insussistenza dei presupposti per l'esercizio dei poteri *extra ordinem*. Ad avviso del Tribunale «L'ordinanza

n. 225 il quale ravvisa l'illegittimità dell'ordinanza sindacale in quanto emessa in carenza della dimostrazione dei presupposti prescritti per l'esercizio di tale potere.

Ravvisa il Tribunale che «non contenendo l'ordinanza impugnata alcuna motivazione dalla quale traspaia la natura e la causa del pericolo concreto ed imminente derivante da tali vibrazioni (ad esempio: pericolo per la stabilità di fabbricati desumibile dalla constatata presenza di fessurazioni), e potendosi anzi ritenere non sussistente un tale pericolo a fronte di quanto si legge nella relazione ARPA [...] "*Quanto rilevato evidenzia una perdurante criticità e può essere causa di marcato fastidio nei confronti delle persone esposte [...] non essendo un pur "marcato fastidio" equivalente ad un pericolo concreto ed imminente*». Ne consegue che «limitatamente alle vibrazioni prodotte dal passaggio dei convogli ferroviari, [l'ordinanza] deve ritenersi illegittima per difetto di motivazione e dimostrazione in punto pericolo concreto ed imminente».

impugnata non evidenzia l'esistenza di una situazione di pericolo imprevedibile ed eccezionale. Piuttosto il provvedimento fa riferimento alla necessità di mettere in sicurezza il muro di recinzione, ma nell'ambito di una costante interlocuzione con i proprietari, tant'è che il provvedimento stesso costituisce riscontro alla presentazione della nuova documentazione da parte dei proprietari in data 30 giugno 2016 con la quale, sulla base di una nuova perizia, si propone di procedere al consolidamento del muro, in alternativa alla demolizione precedentemente ipotizzata. Circostanza che dimostra l'assenza di pericoli di crolli ulteriori e sulla quale il Sindaco non ha espresso alcuna motivata ragione contraria e differente» Inoltre «come riferito dalla stessa ordinanza impugnata, con l'ulteriore nota del 27 gennaio 2017 il perito di parte ha specificato che "*la porzione di muro di cinta FF è stata oggetto di ulteriore messa in sicurezza tramite realizzazione di sistema di puntellazione provvisoria*" Anche in relazione a tale ulteriore circostanza il Sindaco nel provvedimento impugnato non ha opposto alcunché, anzi ha espressamente affermato che "*dagli approfondimenti eseguiti...si sono riscontrati elementi tali da permettere il mantenimento di parte della struttura...pur garantendo le condizioni di sicurezza opportune*". Dunque la stessa ordinanza contingibile e urgente contiene elementi motivazionali che portano ad escludere la sussistenza dei presupposti che consentono l'esercizio di poteri *extra ordinem*»; T.a.r. Liguria, 27 gennaio 2016, n. 82, il quale rileva che l'ordinanza sindacale non dà conto dell'esistenza di una situazione di pericolo imprevedibile ed eccezionale «ma solo della persistenza di problematiche strutturali note ormai da anni, tanto che un precedente intervento per porvi rimedio era stato avviato già nel 2011. Neppure si rende conto, nel contesto dell'atto, di un eventuale aggravamento improvviso delle criticità già note, poiché l'apertura al traffico veicolare della strada sottostante il muro di sostegno (evento che avrebbe accentuato i problemi di stabilità del muro) risale al mese di ottobre del 2010. La stessa tempistica procedimentale che ha caratterizzato la vicenda, infine, conferma ex se la mancanza di una situazione di pericolo imminente, poiché il Comune, dopo l'esecuzione del sopralluogo, ha atteso quasi cinque mesi prima di emanare l'ordine di messa in sicurezza. In conclusione, il provvedimento impugnato è illegittimo (anche) perché adottato in presenza di problematiche note da lungo tempo che, in quanto tali, avrebbero dovuto essere fronteggiate con gli ordinari rimedi apprestati dall'ordinamento».

Il T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, 31 luglio 2017, n. 563, annulla invece l'ordinanza sindacale per difetto di istruttoria ed insufficiente motivazione in relazione alla sussistenza dei presupposti per ricorrere al potere di ordinanza. Ad avviso del Tribunale presupposto necessario per l'esercizio eccezionale del potere ordinatorio è l'indicazione «dei presupposti di fatto che impongono il ricorso all'ordinanza contingibile ed urgente in luogo dell'esercizio dei poteri tipici ed ordinari di cui l'amministrazione dispone per la disciplina della materia specifica». Per tale ragione «assume un rilievo centrale l'esame della motivazione dell'ordinanza da cui deve emergere la situazione del pericolo effettivo e della impossibilità di ovviare o prevenire tale pericolo con poteri ordinari». Il Tribunale censura dunque l'*iter* logico che ha portato l'Amministrazione alla luce della situazione di fatto a ritenere integrati i presupposti normativi del potere, ovvero la contingibilità e l'urgenza del pericolo: «Nel caso all'esame manca, benché vi sia un'articolata ed analitica disamina di tutte le problematiche connesse all'eccessivo consumo di alcol nel territorio urbano, l'esplicitazione di quali siano gli elementi di pericolo per la sicurezza urbana, gravi ed attuali [...] che l'Amministrazione ha inteso fronteggiare. Pertanto, dalla motivazione dell'ordinanza *extra ordinem* non emerge il riferimento a situazioni imprevedibili o impreviste cui non sia possibile ovviare con i mezzi ordinari suscettibili di un confronto con gli interessati e le associazioni di categoria».

Alla luce di tali pronunce risulta evidente che innanzi a concetti giuridici indeterminati di natura non tecnica il giudice, possedendo nel suo bagaglio culturale gli strumenti per la loro determinazione, riesce a svolgere un controllo, con il grimaldello dell'eccesso di potere, molto più incisivo di quello che può fare, da solo, innanzi ad un concetto di natura tecnica.

5. Dalla norma attributiva del potere alle norme attributive del potere: indeterminatezza e tipologie di potere amministrativo

Alla luce di quanto esposto in questa prima parte della trattazione emerge l'esistenza di uno schema strutturale generale della norma attributiva del potere.

La norma attributiva del potere è stata definita, combinando le categorie carneluttiane, strumentale in quanto devolve all'Autorità Pubblica la soluzione di un conflitto di interessi che l'ordinamento non può lasciare alla spontanea composizione dei privati ed astrattamente materiale in quanto la soluzione del conflitto di interessi è, in termini astratti, già contenuta nella norma stessa. Spetta all'Amministrazione il compito di concretizzare, alla luce del caso concreto, tale assetto di interessi elaborando la regola del caso concreto.

L'esperienza giuridica così descritta è riconducibile allo schema norma astratta - potere - esercizio del potere - norma concreta disciplinante il rapporto¹⁴⁵.

Dalla ricostruzione proposta emerge che la norma attributiva del potere richiede, per il suo effettivo funzionamento, la necessaria mediazione dell'Amministrazione.

Su tale schema strutturale generale si innestano le categorie della discrezionalità amministrativa e dell'indeterminatezza semantica le quali costituiscono elementi caratterizzanti le norme attributive del potere, nonché il riflesso dell'essenza stessa del sistema di diritto amministrativo. Sistema che, anche alla luce del principio di legalità sostanziale che oggi domina tutta l'azione amministrativa, richiede che comunque siano garantiti margini di libertà per la Pubblica Amministrazione nell'adattamento della norma al caso concreto.

È però necessario precisare che la struttura della norma attributiva del potere, la discrezionalità amministrativa e l'indeterminatezza semantica della norma non valgono a delineare un archetipo di norma attributiva del potere. Detto in altri termini, le categorie della discrezionalità e dell'indeterminatezza semantica si

¹⁴⁵In al senso E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1960, pp. 158 ss., spec. 173 ss.

intrecciano sullo schema generale strutturale della norma amministrativa dando vita ad una molteplicità di varianti della norma attributiva del potere.

Ne consegue che così come non esiste una definizione generale di norma giuridica allo stesso modo non esiste, fuori dallo schema strutturale generale, un modello unitario ed assoluto di norma attributiva del potere.

Per distinguere tra i vari modelli di norme attributive del potere che possono risultare dalle diverse combinazioni della discrezionalità e dell'indeterminatezza semantica, utile è il criterio individuato dalla dottrina, ancorché al fine di stabilire quando l'Amministrazione pone in essere funzioni di accertamento, che distingue tra completezza o meno della disciplina prevista dalla norma attributiva del potere¹⁴⁶.

Innanzitutto ad una norma attributiva del potere contenente una disciplina legislativa incompiuta, l'Amministrazione la completa ponendo in essere valutazioni di opportunità orientate solo dal fine pubblico previsto dalla norma al cui perseguimento è preposta l'autorità procedente¹⁴⁷.

La norma attributiva del potere può però, ed è questa l'ipotesi che rileva ai fini della nostra trattazione, contenere una disciplina completa volta ad incanalare l'esercizio in concreto del potere amministrativo.

La norma, in tale ipotesi, indica dei presupposti legislativi per la produzione dell'effetto giuridico di cui l'Amministrazione dovrà accertare l'esistenza.

Innanzitutto ad una disciplina completa la norma può essere attributiva di un potere vincolato o discrezionale. In tale ultima ipotesi la concretizzazione della disciplina

¹⁴⁶B. TONOLETTI, *op. cit.*, pp. 89 ss., spec. 105 ss.

¹⁴⁷In tale prospettiva, ad esempio, si pone l'art. 4 Legge 287 del 1990 in forza del quale l'Amministrazione può, esercitando un potere discrezionale, autorizzare in deroga le intese vietate laddove tali intese «[...] diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori»; nonché l'art. 25 della stessa legge in forza del quale «Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, determina in linea generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'Autorità può eccezionalmente autorizzare, *per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea*, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'articolo 6» (corsivi nostri).

legislativa sarà strumentale alla successiva ponderazione degli interessi in gioco¹⁴⁸.

Innanzitutto ad una compiuta disciplina legislativa dell'attività amministrativa si innesta il profilo dell'indeterminatezza semantica. Infatti i presupposti legislativi che devono orientare il potere, vincolato o discrezionale, possono essere semanticamente determinati o indeterminati¹⁴⁹. L'indeterminatezza semantica si combina dunque con i differenti tipi di potere amministrativo.

In questa prospettiva possono distinguersi quattro schemi combinatori¹⁵⁰:

- a) indeterminatezza dei presupposti - attività vincolata¹⁵¹;
- b) determinatezza dei presupposti - attività vincolata;
- c) indeterminatezza dei presupposti - attività discrezionale¹⁵²;
- d) indeterminatezza dei presupposti - attività discrezionale.

Chiarito come la discrezionalità amministrativa e l'indeterminatezza semantica si combinano sullo schema strutturale generale della norma amministrativa dando vita ad una pluralità di modelli di norma attributiva del potere, la presente analisi si concentrerà sulle norme che, contenendo una compiuta disciplina della materia, costituiscono un "manuale d'istruzioni" per il concreto esercizio del potere da parte dell'Amministrazione. Istruzioni in cui si annida l'indeterminatezza semantica.

¹⁴⁸Sul punto si rinvia a B. TONOLETTI, *op. cit.*, pp. 111 ss.

¹⁴⁹Distinguere tra fattispecie semanticamente determinate e indeterminate è una questione interpretativa di non facile soluzione soprattutto tenuto conto che dal punto di vista linguistico tutti i termini sono, in misura minore o maggiore, vaghi. Sul punto si rinvia al capitolo successivo.

¹⁵⁰D. SORACE, *Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2002, p. 262 ss.

¹⁵¹Ad esempio, l'art. 6, Legge 287 del 1990 in forza del quale l'Amministrazione vieta le concentrazioni tra imprese se «comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza. Tale situazione deve essere valutata tenendo conto delle *possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, della struttura dei mercati, della situazione competitiva dell'industria nazionale, delle barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti, nonché dell'adattamento della domanda e dell'offerta dei prodotti o servizi in questione*» (corsivo nostro).

¹⁵²In tal senso l'art. 2 della Legge 10 del 1977 (Bucalossi), in forza del quale «L'estensione delle zone da includere nei piani è determinata in relazione alle esigenze dell'edilizia economica e popolare per un decennio e non può essere inferiore al 40 per cento e superiore al 70 per cento di quella necessaria a soddisfare il *fabbisogno complessivo di edilizia abitativa* nel periodo considerato» (corsivo nostro). L'Amministrazione prima di stabilire, esercitando un potere discrezionale, la misura delle aree da destinare all'edilizia popolare, deve determinare il concetto di fabbisogno complessivo di edilizia abitativa.

L'indeterminatezza della norma di diritto amministrativo verrà però studiata da una nuova visuale prospettica.

L'indeterminatezza normativa non verrà infatti analizzata sulla scorta delle categorie dogmatiche elaborate dai giuristi ma si avrà di mira la sua essenza primaria e originaria. L'indeterminatezza normativa infatti, prima di qualunque sua classificazione dogmatica da parte dei giuristi, è un fenomeno linguistico.

Il prosieguo della trattazione si concentrerà dunque sull'indeterminatezza della norma ma guardandola dal "basso" e dunque assumendo come angolo visuale quello linguistico.

CAPITOLO II

LA VAGHEZZA, RIFLESSI SULLA NORMA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Sommario: 1. Analisi linguistica della norma giuridica. 2. Indeterminatezza normativa, concetti giuridici indeterminati, vaghezza. 2.1. Riflessi sulla norma attributiva del potere. 3. La vaghezza semantica: un'introduzione. 4. La vaghezza nella prospettiva dei filosofi del linguaggio. 5. La vaghezza nella prospettiva dei linguisti. 6. La vaghezza della norma attributiva del potere. 7. La vaghezza ed i fenomeni contigui. 8. La pragmatica. 8.1. Come le parole incidono sul mondo: la dimensione sociale del linguaggio. 8.2. Come il mondo incide sulle parole: il ruolo del "contesto" nella definizione del significato. 9. Il ruolo del contesto nell'attività interpretativa della norma attributiva del potere. 10. Conclusioni.

1. Analisi linguistica della norma giuridica

Costituisce un'ovvietà, molto spesso tralasciata dai giuristi, l'esistenza di una profonda consustanzialità tra la norma giuridica e la sua espressione linguistica¹. Le disposizioni giuridiche sono fatte di parole, di lingua e le norme giuridiche che se ne ricavano dipendono da queste parole, da questa lingua.

Se si analizza la "lingua del diritto", di cui fa parte il linguaggio normativo, questa può essere definita un linguaggio specialistico² che assume connotati

¹F. SABATINI, *Analisi del linguaggio giuridico. Il testo normativo in una tipologia generale dei testi*, in M. D'ANTONIO, (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi, 1988-1989*, Padova, p. 676.

²Ritiene preferibile qualificarlo settoriale posto che non sempre l'utilizzo dei termini giuridici è rimesso a specialisti ma è ad appannaggio anche delle persone comuni A. BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, in *Digesto civ.*, 1994, XI, pp. 21 ss. ora in A. BELVEDERE, *Scritti Giuridici*, Padova, 2016, I, pp. 337 ss., spec. 339. Sulla nozione di linguaggio specialistico si veda R. GUALDO, *Linguaggi specialistici*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/linguaggi-specialistici_%28XXI-Secolo%29/; nonché R. GUALDO, S. TELVE, *Linguaggi specialistici dell'italiano*, Roma, 2011.

peculiari rispetto a quelli utilizzati dalle *hard sciences*³. Il linguaggio giuridico si caratterizza per una costante interazione tra termini specialistici e lingua comune. Il problema centrale del linguaggio giuridico è infatti la sua costante oscillazione «tra il piano della lingua comune condizionata dal tempo e dall'uso e il piano della tecnicizzazione deliberata»⁴.

Nel tentativo di cogliere le dinamiche dei rapporti tra il lessico giuridico e la lingua comune, studi linguistici hanno evidenziato come il linguaggio giuridico sia caratterizzato da una pluralità eterogenea di elementi. Precisamente, nel linguaggio giuridico si rinvencono «tecnicismi specifici», ossia termini tecnici che attengono esclusivamente al linguaggio giuridico come, ad esempio, comodato, enfiteusi, fideiussione, usucapione, litisconsorzio, usufrutto, promittente; «tecnicismi collaterali di uso stabile», ovvero termini non esclusivi del linguaggio giuridico ma che nei fatti non conoscono un uso “comune” come azionabilità, caducare, ordinatorio, riconvenzionale; «riformulazioni giuridiche», ossia termini che nel linguaggio giuridico assumono un significato diverso e specifico rispetto a quello che hanno nella lingua comune, in tal senso possesso e comunione. Infine, il linguaggio giuridico è connotato dalla presenza di termini propri anche della lingua comune come, ad esempio, alienare, contratto, delitto, mandante, acclaramento, assorbente, nonché da «prassismi», ossia sinonimi colti usati solo per innalzare il registro linguistico e dunque per fini meramente stilistici⁵.

Se le prime due categorie rappresentano termini esclusivi del linguaggio giuridico, le altre comprendono termini che la lingua del diritto condivide con quella comune. Il linguaggio giuridico è composto solo per una minima parte da

³Che si contraddistinguono per una assiomatica ben costruita che abbatte i rischi di indeterminatezza semantica (ad esempio, la matematica, la fisica). Sulla non scientificità in senso proprio del linguaggio giuridico si veda V. PANUCCIO, *Linguaggio giuridico, linguaggio comune e linguaggi tecnici*, in *Scritti Catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, pp. 341 ss., spec. 345-346.

⁴F. SABATINI, *op. cit.*, p. 710.

⁵M.V. DELL'ANNA, *Il lessico giuridico italiano. Proposta di descrizione*, in *Lingua Nostra*, 2008, pp. 98 ss.; Sulla struttura e le caratteristiche del linguaggio giuridico si veda anche diffusamente B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, pp. 1-9; G. LAZZARO, *Diritto e lingua comune*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, XXXV, pp. 140 ss.; A. BELVEDERE, *Linguaggio.*, cit., pp. 348 ss.

termini del primo tipo. La sua componente predominante è quella condivisa con la lingua comune.

Alla luce di tali considerazioni emerge con evidenza che il linguaggio giuridico è, tra quelli specialistici, quello che più si «sporca» di lingua comune⁶. Il linguaggio giuridico costituisce dunque un sottoinsieme distinto ma non separato dal linguaggio generale o comune⁷.

Posto che «il diritto non si serve di lingua, ma è fatto di lingua»⁸, lingua anche e soprattutto comune, i connotati di questa diventano caratteristiche proprie anche del linguaggio giuridico.

Questa considerazione costituisce un valido punto di partenza sia per giustificare la scelta di assumere per l'analisi della norma giuridica il punto di vista linguistico, sia per comprendere l'importanza della «vaghezza», e dunque di una categoria linguistica, nell'economia della norma di diritto amministrativo.

2. Indeterminatezza normativa, concetti giuridici indeterminati, vaghezza

Dall'analisi fino a qui svolta è emerso il peso e la peculiare funzione che l'indeterminatezza semantica assolve nel diritto amministrativo.

Il suo studio è coinciso, nel nostro settore d'indagine, con le elaborazioni teoriche sui concetti giuridici indeterminati.

⁶R. GUALDO, *Linguaggi specialistici*, cit.

⁷S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, II, p. 322 il quale rileva di essere composto «con alcuni termini propri (che sono pochi, ed hanno – per lo più – una doppia appartenenza, al linguaggio giuridico e a quello comune [...]) e senza una propria sintassi, anche se, proprio per essere distinto, è percorso da tensioni che lo differenziano dagli usi informali e quotidiani della di una lingua».

⁸M. CORTELLAZZO, *Lingua e diritto in Italia, il punto di vista dei linguisti*, in L. SCHENA, (a cura di), *La lingua del diritto. Difficoltà traduttive. Applicazioni didattiche*, Roma, 1997, p. 36; T. DE MAURO, *Linguaggio giuridico e profili storici, sociologici e scientifici*, in *Linguaggio e giustizia*, Ancona, 1986, pp. 11-19, richiamando il pensiero di Leibniz, sottolinea come «da una parte vi è un bisogno di determinatezza per costruire delle scienze, delle tecniche, ma per poter costruire delle tecniche e delle scienze non possiamo non servirci delle fluide e correnti e capricciosamente mutevoli parole di ogni giorno»; in termini analoghi R. SACCO, *Lingua e diritto*, in *Ars interpretandi*, 2000, p. 119, il quale sottolinea come «La conoscenza del diritto, il diritto stesso hanno bisogno della lingua».

A fronte delle riflessioni svolte nel precedente paragrafo è però possibile ampliare la visuale prospettica sull'indeterminatezza normativa nel diritto amministrativo.

Il punto di partenza deve essere la presa d'atto della fragilità delle fondamenta su cui è stata costruita la categoria dei concetti giuridici indeterminati.

Come rileva Luciani, le elaborazioni dottrinali in tema di concetti giuridici indeterminati non possono dirsi del tutto convincenti per almeno due ordini di motivi⁹.

In primo luogo, se tanto è stato l'impegno profuso per individuare un regime giuridico per il trattamento di tali concetti, nessuno si è mai fatto carico di rispondere al quesito primario, ossia quali fossero tali concetti indeterminati.

Il fatto che nessuno sia mai stato in grado di individuare con precisione il perimetro della categoria dei concetti giuridici indeterminati è la conseguenza di quella che è la seconda critica da muovere alle dottrine sui concetti giuridici indeterminati.

Tali teorie partono infatti dall'assunto che esistano concetti giuridici determinati e concetti giuridici indeterminati. Ma, se è vero che il linguaggio normativo è composto, per la maggior parte, da lingua comune ossia da una lingua che, come suggestivamente definisce Umberto Eco, è «il luogo dell'equivocità»¹⁰, pare oggettivamente difficile distinguere i concetti indeterminati da quelli che tali non sono.

La consustanzialità che caratterizza il linguaggio giuridico e quello comune fa sì, come rilevato, che le caratteristiche proprie di questo siano anche quelle proprie del primo. Ne consegue che la vaghezza che connota il linguaggio comune permea anche il linguaggio normativo.

Il termine vaghezza non è qui usato in senso generico, come mero sinonimo di indeterminatezza: la vaghezza è una categoria linguistica con cui si definisce una peculiare caratteristica del linguaggio.

⁹M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pp. 96 ss.

¹⁰U. ECO, *Il segno*, Milano, 1973, p. 82.

In via assolutamente generale possiamo introdurre il concetto di vaghezza in questi termini: «una parola (o un concetto o una proposizione) si dice vago se il suo significato non è abbastanza determinato, sicché vi sono dei casi nei quali sembra impossibile decidere se essa è applicabile o meno»¹¹.

Il termine vago non è dunque quello che presenta più significati ma è quello il cui significato è indeterminato, ovvero quello che determina solo entro certi limiti il perimetro semantico di riferimento.

La categoria dei concetti giuridici indeterminati dunque non regge poiché si fonda sulla distinzione tra termini determinati e termini indeterminati che nei fatti non esiste. La vaghezza è infatti una caratteristica del significato che taglia trasversalmente tutto l'universo linguistico. La vaghezza non è una caratteristica che può o meno esserci. C'è sempre, solo in misura maggiore o minore. Ne consegue che, essendo tutti i termini del linguaggio naturale vaghi, la vaghezza, permeando il linguaggio normativo, scolorisce la distinzione tra concetti determinati e indeterminati¹².

Queste considerazioni chiariscono perché la dottrina non sia mai stata in grado di definire compiutamente quali fossero i concetti indeterminati. Tutti i concetti sono infatti semanticamente indeterminati, alcuni sono semplicemente più indeterminati, *rectius* vaghi degli altri.

La costante indeterminatezza del linguaggio normativo è una verità di cui ha preso coscienza anche la dottrina nazionale contemporanea. Come rileva efficacemente Belvedere «Se quindi tutti i termini (giuridici e non) hanno un certo grado di indeterminatezza di significato, è possibile sì affermare che alcuni sono più indeterminati di altri, ma è molto difficile stabilire un limite quantitativo (che in ogni caso sarebbe del tutto convenzionale) al di là del quale fare iniziare la

¹¹N. ABBAGNANO, voce *Vago*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1998.

¹²Le prime tracce di queste considerazioni sono rinvenibili già nel pensiero di Bachof il quale, sulla scorta della distinzione tra concetti empirici e di valore, ravvisa una oggettività difficile nel formulare una determinazione univoca dei concetti giuridici indeterminati anche empirici. Sul punto si rinvia al Capitolo I, § 4.2.

categoria dei termini (o se proprio si vuole dei “concetti”) giuridici “indeterminati”»¹³.

Queste considerazioni legittimano la scelta di analizzare l’indeterminatezza della norma attributiva del potere amministrativo partendo non più dalle categorie dogmatiche che sono state calate dall’ “alto” ma, avendo di mira, e dunque studiando il fenomeno dal “basso”, ossia indagando la vaghezza delle parole di cui la norma è composta.

Tale scelta prospettica illumina la reale estensione del fenomeno dell’indeterminatezza normativa.

Se si emancipa l’indeterminatezza normativa dalla tradizionale figura dei concetti giuridici indeterminati e la si àncora alla categoria linguistica della vaghezza, l’indeterminatezza assume inevitabilmente un perimetro maggiore. Detto in altri termini, se la vaghezza è, per le ragioni sopra dette, una caratteristica del linguaggio normativo, i concetti giuridici indeterminati sono sicuramente termini vaghi ma ciò non toglie che la vaghezza connoti anche altri termini che usualmente non si ritiene appartengano alla, seppur fluida ed evanescente, categoria dei concetti giuridici indeterminati.

L’analisi della legislazione speciale offre validi esempi che possono risultare utili per chiarire tale affermazione. Il riferimento è al D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, Codice dei beni culturali e del paesaggio, ove diffuso è il ricorso, nella descrizione delle disposizioni normative, a termini ed enunciati vaghi.

Si pensi, ad esempio, all’art. 45, D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 sul vincolo indiretto.

¹³A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, pp. 631 ss., ora in A. BELVEDERE, *Scritti Giuridici*, Padova, 2016, I, p. 426; ma anche S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, IV, p. 725 secondo cui «l’indeterminatezza è un connotato comune alla generalità dei concetti giuridici»; nonché C. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, IV, p. 24, secondo il quale «la norma contenente una clausola generale (espressione di indeterminatezza normativa) presenta in misura più marcata e se vogliamo ingigantita gli stessi problemi delle altre norme [...] un concetto indeterminato è quello nel quale il nucleo sicuro di significato è relativamente ristretto rispetto allo spazio variabile (contenuto di contorno). Niente perciò di qualitativo nella differenza tra clausola generale e concetti normativi determinati»; M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 108; nella stessa prospettiva già K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1968, trad. it. a cura di A. BARATTA, F. GIUFFRIDA RÉPACI, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 179 il quale rileva tra i concetti determinati e quelli indeterminati «una differenza di grado e non di specie».

Costituisce un dato pacificamente acquisito nella nostra cultura giuridica quello per cui la tutela del patrimonio storico e artistico non possa essere limitata ai soli beni che, *ex art. 2 comma 2°*, D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 presentino un interesse culturale, ma debba essere estesa anche all'area geograficamente limitrofa al bene soggetto a vincolo. Il vincolo indiretto concerne dunque immobili che, pur non presentando le caratteristiche del bene soggetto a vincolo, si trovino con questo in una correlazione spaziale¹⁴. Rispetto a questi immobili l'art. 45, D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 attribuisce alla Pubblica Amministrazione il potere di prescrivere misure volte ad evitare «che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano danneggiate le condizioni di ambiente e di decoro». Il termine «ambiente» costituisce un chiaro esempio di termine vago non essendo, dal punto di vista semantico, del tutto determinata l'estensione spaziale dell'«ambiente» del bene soggetto a vincolo¹⁵. Altri esempi di vaghezza possono rinvenirsi all'art. 49, il quale vieta la collocazione di cartelli e mezzi pubblicitari che danneggino l'«aspetto» e il «decoro» del bene culturale. Anche in questo caso i termini «aspetto» e «decoro» scontano una certa indeterminatezza semantica che non permette di avere chiaro, alla luce della mera lettera della disposizione, quali interventi siano in grado di danneggiarli.

Ancora più evidente è la vaghezza dell'enunciato contenuto dall'art. 49, comma 2°, D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 il quale vieta la collocazione di cartelli e mezzi pubblicitari «lungo le strade site nell'ambito o in prossimità dei beni culturali». La determinazione del significato di «ambito» e «prossimità» non pare infatti porre problemi dissimili, dal punto di vista semantico, da quelli posti dal termine «ambiente» di cui all'art. 45.

¹⁴Rilevano T. ALIBRANDI, P.G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, pp. 399 ss. «è connaturale alle cose immobili avere una propria collocazione spaziale che contribuisce a conferire loro un particolare significato; esse non possono essere avulse dalla realtà che le circonda giacché questa influisce sul loro aspetto esteriore e sulla capacità di conservare un valore artistico o storico e che anzi contribuisce spesso ad esaltare tale valore».

¹⁵La vaghezza del termine «ambiente» e i suoi effetti sull'estensione del potere amministrativo sono analizzati da B. TONOLETTI, *Testi giuridici ed efficienza della pubblica amministrazione in Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura giuridica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e la giustizia. Atti del convegno di presentazione del progetto di ricerca e formazione*, Roma, 2017, pp. 263 ss.

L'art. 50, D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 vieta invece il distacco dai beni culturali di «elementi decorativi» senza però che risulti chiaro se il significato dell'aggettivo «decorativo» comprenda solo elementi volti a migliorare e dunque ad «abbellire» dal punto di vista estetico il bene culturale, ovvero anche elementi ad esso legati che però lo «imbruttiscano». Peraltro la questione si complica se si considera l'elevato tasso di soggettività del concetto di bellezza.

Se ci si sposta poi nell'ambito della pubblica sicurezza, anche qui gli esempi di termini ed enunciati vaghi non mancano.

L'art. 43 comma 2°, R. D. 18 giugno 1931, n. 773 (T.u.l.p.s.) prevede che l'autorizzazione per ottenere la licenza di porto d'armi debba essere riacquisita a chi «non dà affidamento di non abusare armi».

L'art. 61 T.u.l.p.s. attribuisce all'autorità pubblica il potere di prescrivere che «nelle ore di notte non si lasci aperto nelle case più di un accesso sulla via pubblica».

L'art. 68 comma 2° T.u.l.p.s. rimette la disciplina delle gare di velocità concernenti «autoveicoli» alle previsioni delle leggi speciali. L'art. 69 T.u.l.p.s. subordina alla licenza dell'autorità locale l'esposizione a pubblica vista di «oggetti di curiosità». L'art. 85 T.u.l.p.s. vieta di comparire in luogo pubblico «mascherati».

A nostro avviso i termini «affidamento», «notte», «autoveicoli», «oggetti di curiosità», «mascherato», ma anche «buona condotta» diffusamente richiamata in una serie di disposizioni (ad esempio, dagli artt. 43 e 62 T.u.l.p.s.), costituiscono esempi di vaghezza semantica trattandosi di termini che si contraddistinguono per avere, oltre ad un nucleo duro di significato certo, un alone di significato incerto che non permette all'interprete di sapere se alcuni stati di cose vi rientrano o meno.

Si pensi, ad esempio, al termine «notte». Sicuramente le ore 24.00 del 30 dicembre rientrano nella sfera semantica del termine notte ma la stessa certezza non si può avere per le ore 21.00 del 21 giugno.

Ancora, il D.M. 21 febbraio 2013 n. 38 che prevede il regolamento di disciplina per la distribuzione e la vendita dei prodotti da fumo, fissa all'art. 2 comma 2°, le distanze minime che devono essere rispettate tra le varie rivendite di tabacchi (300 metri, 250 metri, 200 metri) in relazione al numero di popolazione comunale. Al 4°

comma prevede che «La distanza è intesa come il percorso pedonale più breve» rimettendosi la determinazione del concetto vago di «breve» alle disposizioni applicative stabilite con provvedimento direttoriale dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli.

Alla luce degli esempi proposti pare dimostrato che il perimetro della vaghezza semantica sia più ampio di quello dei concetti giuridici indeterminati.

2.1 Riflessi sulla norma attributiva del potere

Affermare che il perimetro della vaghezza sia più ampio di quello dei concetti giuridici indeterminati comporta due conseguenze.

Come ampiamente analizzato nella prima parte della trattazione, l'indeterminatezza semantica costituisce uno degli strumenti con cui il nostro sistema garantisce, nella cornice della legalità, alla Pubblica Amministrazione uno spazio di adattamento della norma giuridica al caso concreto. L'indeterminatezza del presupposto della fattispecie di potere viene infatti colmata dall'Amministrazione, in via interpretativa, alla luce delle circostanze di fatto del caso concreto.

Dato che il perimetro della vaghezza è maggiore rispetto a quello dei concetti giuridici indeterminati e posto che anche innanzi ad un termine ed enunciato vago l'interprete deve porre in essere un'attività intellettuale che gli permetta di gestirla al fine di decidere se lo stato di cose che il caso concreto presenta sia suscettibile della previsione astratta vaga, si deve rilevare che la vaghezza apra anch'essa ad apporti creativi dell'Autorità Pubblica. Apporti creativi che potremo definire "occulti", ovvero "inconsapevoli".

Innanzitutto ad una norma di potere che si connota per profili di vaghezza, l'Amministrazione deve porre in essere un'attività intellettuale simile a quella che pone in essere quando definisce i concetti indeterminati. In questa ipotesi però, tale potere creativo non deriva dalla volontà del legislatore di lasciare alla Pubblica Amministrazione uno spazio di libertà nella concretizzazione della fattispecie per

il suo adattamento al caso concreto, ma dal fatto che questo abbia usato per la costruzione della disposizione termini vaghi.

La seconda conseguenza attiene alle regole che governano la riduzione della vaghezza. La questione sarà approfondita nel prosieguo dell'analisi, tuttavia, quello che si vuole qui rilevare è che l'assunzione della prospettiva linguistica chiama in causa, al fine di uscire dall'*impasse* che la vaghezza crea nella individuazione dell'effettiva portata semantica del termine, strategie propriamente linguistiche, in specie pragmatiche.

Guardare al fenomeno dell'indeterminatezza normativa con le lenti della linguistica e, dunque, dando valore preminente alla vaghezza che connota la formulazione linguistica della norma permette, in definitiva, di illuminare il ruolo che il "contesto" svolge nell'attività intellettuale posta in essere dagli interpreti della norma attributiva del potere: l'Amministrazione e il giudice amministrativo.

Sono pertanto chiare le direttive che orienteranno lo sviluppo della trattazione.

In primo luogo, è necessario procedere ad analizzare in maniera più approfondita il concetto di vaghezza, studiando le varie elaborazioni teoriche che hanno impegnato sia i filosofi che i linguisti.

Successivamente, l'attenzione si concentrerà sulla pragmatica e sul ruolo che il contesto svolge nell'attività interpretativa concernente le norme attributive del potere.

3. La vaghezza semantica: introduzione

Si analizzerà il concetto di vaghezza con un approfondimento graduale nel tentativo di semplificare un concetto che tale non è.

La complessità del concetto di vaghezza deriva dal fatto che la sua analisi è stata condotta partendo da prospettive diverse.

La vaghezza è stata infatti studiata dai logici, dai filosofi e, da ultimo, dai linguisti.

Questa eterogeneità di prospettive rende difficile darne una definizione univoca e trasversalmente condivisa.

La vaghezza è una caratteristica del significato. Innanzi ad un termine o un enunciato vaghi, il loro uso presenta, oltre ipotesi sicure a cui il termine si applica, casi limite in cui vi è incertezza sulla possibilità di far ricorso al termine o all'enunciato¹⁶.

Precisamente innanzi ad un termine o enunciato vago possiamo distinguere un nucleo duro di significato che permette di individuare senza problemi i casi concreti che rientrano nella sua area di significanza (casi paradigmatici), e una zona d'ombra o frangia del significato in cui è incerto se la situazione concreta vi rientra o meno (*borderline cases*)¹⁷.

Ne consegue che si ha vaghezza di un termine o di un enunciato quando il loro uso presenta, oltre a ipotesi sicure a cui il termine si applica, casi limite in cui vi è incertezza sulla possibilità di far ricorso al termine o all'enunciato¹⁸.

L'incertezza applicativa che contraddistingue la frangia del significato non dipende da una carenza di informazioni e dunque dall' "ignoranza" dell'utente del segno, bensì dall'impossibilità che le regole linguistiche risolvano tutti i dubbi che potrebbero sorgere sull'uso delle parole¹⁹. L'incertezza del significato derivante dalla vaghezza è pertanto intrinseca e non dovuta a fattori esterni.

Un primo esempio chiarirà quanto sino ad ora affermato. Si pensi ad una norma giuridica che vieta l'ingresso nel parco ai «veicoli»²⁰. Cosa deve intendersi con il termine veicolo? Sicuramente nell'area di significanza certa del termine veicolo rientrano le automobili e i motocicli. Ma possiamo giungere pacificamente alla

¹⁶A. BELVEDERE, *Linguaggio*, cit., pp. 351 ss.

¹⁷C. LUZZATI, *Vaghezza, interpretazione e certezza del diritto*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, (a cura di), *Analisi e diritto*, Torino, 1990, pp. 134 ss.

¹⁸A. BELVEDERE, *Linguaggio*, cit., pp. 351 ss.

¹⁹C.S. PIERCE, voce *Vague*, in J.M. BALDWIN, *Dictionary of Philosophy and Psychology*, Londra, 1902, II, p. 748.

²⁰Il famoso esempio è tratto da H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra il diritto e la morale*, in V. FROSINI, (a cura di), *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, pp.127 ss.; ripreso poi anche in H.L.A. HART, *The concept of law*, London, 1961, trad. it. a cura di M. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Torino, 1991, pp. 151 ss.; si evidenzia che tale esempio non costituisce un mero caso di scuola essendo, come visto, rinvenibile all'art. 68 del T.u.l.p.s. il quale rimette la disciplina delle gare di velocità concernenti «autoveicoli» alle previsioni delle leggi speciali.

stessa conclusione anche per le biciclette, i pattini a rotelle, le automobiline a pedali dei bambini? La risposta non è così scontata. Dal punto di vista linguistico è incerto se tali oggetti possano essere ricondotti nell' area semantica del termine veicolo.

Veicolo è infatti un termine vago che ha un nucleo sicuro di significato, vi rientrano con certezza l'automobile e il motociclo, e una frangia, un alone di significato che crea incertezza applicativa. È infatti difficile per l'interprete, a fronte di un'analisi meramente semantica del termine, decidere se anche per gli altri oggetti è vietato l'ingresso nel parco.

La questione si complica se si considera che tra il nucleo duro e la frangia del significato non vi è una netta cesura ma una trasformazione graduale, un passaggio morbido fondato su piccole variazioni. Ciò determina che, all'interno della vaghezza, e dunque della frangia del significato, possiamo individuare maggiore o minore vaghezza, una vaghezza nella vaghezza, in definitiva una sorta di «vaghezza di secondo grado»²¹.

Tale situazione determina un accentuarsi dei problemi applicativi perché rende difficile capire in che posizione si trovi il caso concreto rispetto al nucleo o alla frangia del significato.

Due famosi esempi tratti dalla filosofia greca saranno utili per comprendere meglio tale affermazione²². Si tratta del paradosso del *sorites* (mucchio) e del *falacrós* (calvo) di Ebulide di Mileto. Un uomo senza capelli può dirsi con certezza calvo. Ma se l'uomo ha un capello, due capelli o tre capelli può ancora dirsi tale? E se sì qual è il numero di capelli oltre il quale non si può più definire l'uomo come calvo? In termini analoghi il paradosso del mucchio. Quanti granelli di sabbia sono necessari per aversi un mucchio? Sicuramente una spiaggia può definirsi un mucchio di sabbia, due granelli probabilmente no. Ma tre granelli sono già un mucchio? Da tali esempi emerge con chiarezza la oggettiva difficoltà di individuare, a fronte di un termine vago, il momento esatto in cui si passa dalla

²¹C. LUZZATI, *Vaghezza, interpretazione.*, cit., p. 135; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 4.

²²Tali esempi sono sovente usati nelle elaborazioni teoriche che si occupano del concetto di vaghezza. Così, L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017, pp. 9 ss.; F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. saggio di logica giuridica*, Milano, 2012, pp. 8 ss.; E. PAGANINI, *La vaghezza*, Roma, 2008, pp. 15 ss.

frangia al nucleo duro di significato, nonché dalla frangia a ciò che resta fuori dal perimetro semantico del termine.

Definito, in termini generali e approssimativi, il concetto di vaghezza, è necessario ribadire, al fine di comprendere a pieno l'importanza del suo esame nell'ambito della norma giuridica, che la vaghezza è una caratteristica costante della lingua. Non è una qualità che può o meno esserci. Tutti i termini sono infatti tendenzialmente vaghi, anche quelli dei linguaggi artificiali come i termini numerici²³.

La vaghezza non è dunque una caratteristica qualitativa ma quantitativa della lingua, sicché la vaghezza c'è sempre solo in misura maggiore o minore costituendo, in definitiva, una mera «questione di grado»²⁴.

4. La vaghezza nella prospettiva dei filosofi del linguaggio

Il concetto di vaghezza ha vissuto nel pensiero filosofico moderno vicende alterne.

La percezione della vaghezza come difetto o come qualità della lingua riflette una opposta concezione del linguaggio che vede schierati su fronti opposti i filosofi del linguaggio ideale e quelli del linguaggio ordinario.

²³In tal senso C. LUZZATI, *Vaghezza, interpretazione.*, cit., pp. 117 ss., secondo cui «non bisogna confondere la dimensione puramente sintattica del calcolo con la dimensione semantica sottesa alla rappresentazione del modello fisico: una cosa sono i numeri e le formule in astratto, un'altra sono le misure le quali, notoriamente, vengono espresse con qualche grado di approssimazione».

²⁴C. LUZZATI, *La vaghezza.*, cit., p. 5.

Quando si parla di filosofi del linguaggio ideale il riferimento è a Gottlob Frege²⁵, Bertrand Russell²⁶, nonché alla prima parte del pensiero di Ludwig Wittgenstein²⁷.

Questi pensatori creeranno le basi teoriche per la nascita del positivismo logico (neopositivismo), costituendo una tappa fondamentale nella storia del Circolo di Vienna e della moderna filosofia analitica²⁸.

Pur con differenze di prospettive e conclusioni questi pensatori hanno una comune idea del linguaggio. La direzione dei loro studi è infatti volta alla creazione di un linguaggio formale epurato da difetti propri del linguaggio ordinario che rendono fallibile la comunicazione. L'obiettivo è dunque quello di creare un

²⁵Filosofo e matematico tedesco (1848-1925), insegnò per lungo tempo a Jena. La sua posizione è un rigoroso logicismo: sostiene che i concetti matematici fondamentali debbano essere esprimibili mediante concetti logici. Vi sono certi tipi di proposizioni e di operazioni inferenziali, quelle puramente logiche che sono da privilegiare rispetto alle proposizioni delle teorie applicate in particolare dell'aritmetica. Tra le sue opere più importanti G. FREGE, *Begriffsschrift, eine der arithmetischen nachgebildete Formelsprache des reinen Denkens*, Halle, 1879 in cui viene costruito un calcolo degli enunciati e dei predicati e viene elaborato un opportuno linguaggio simbolico formulato in termini rigorosi, destinato a sostituire l'ambiguo ed impreciso linguaggio comune. Si veda voce *Frege Gottlob*, in *Lessico universale italiano, Enciclopedia Italiana Treccani*, Roma, VIII, 1971. Per un'analisi del pensiero di Frege si rinvia a M. MARIANI, *Introduzione a Frege*, Roma-Bari, 1994; nonché A. NEGRI, (a cura di), *Novecento filosofico e scientifico. Protagonisti.*, Milano, 1991, II, pp. 684 ss.

²⁶Filosofo e matematico inglese (1872-1970) il quale crede molto nell'analisi del linguaggio e nella sua riformulazione in termini logici e rigorosi convinto di potere in tal modo smascherare anche gli equivoci e i falsi problemi propri della metafisica. Sul pensiero di Russell si rinvia a S. GIVONE, F.P. FIRRAO, *Filosofia. Dal secondo Ottocento a oggi*, Firenze, 2012, pp. 359 ss.; nonché A. NEGRI, (a cura di), *Novecento filosofico e scientifico. Protagonisti*, Milano, 1991, I, pp. 525 ss.

²⁷Logico e filosofo del linguaggio austriaco (1889-1951) naturalizzato a Cambridge dove studia (è allievo di Russell) e insegna. Il suo pensiero ha attraversato essenzialmente due fasi riconducibili al *Tractatus logico-philosophicus* e alle *Philosophische Untersuchungen*. Nella sua prima opera Wittgenstein cerca di determinare, attraverso uno studio della struttura logica del linguaggio, che cosa si possa sensatamente dire al fine di delimitare l'area del dicibile e quindi del pensabile rispetto all'indicibile. Nella seconda fase della sua vita Wittgenstein abbandonerà l'idea di un linguaggio idealmente unico e perfetto in favore di un linguaggio quotidiano. Si veda voce *Wittgenstein Ludwig Joseph*, *Lessico universale italiano di lingua lettere arti scienze e tecnica, Enciclopedia Italiana Treccani*, Roma, XIV, 1981; per un'analisi del pensiero di Wittgenstein si rinvia a S. GIVONE, F.P. FIRRAO, *Filosofia. Dal secondo Ottocento*, cit., pp. 371 ss.; nonché A. NEGRI, (a cura di), *Novecento.*, II, cit., pp. 127 ss.

²⁸Dal pensiero di questi autori prenderà vita la svolta linguistica in filosofia che animerà i neopositivisti di Vienna e di Berlino i quali si faranno carico di condurre una battaglia contro il linguaggio insensato della metafisica. Tra gli esponenti del neopositivismo troviamo Alfred Jules Ayer (1910-1989). Sul pensiero neopositivista, incentrato sulla analisi rigorosa del linguaggio, inciderà la seconda parte della filosofia di Wittgenstein. Da ciò nascerà l'incontro tra il neopositivismo e il pragmatismo. Sulla successiva filosofia analitica si rinvia alla nt. 152.

linguaggio rigoroso, ideale che costituisca lo strumento per il lavoro scientifico e filosofico.

Nell'analizzare, seppur in via generale, le basi su cui si fonda la filosofia del linguaggio ideale un accenno merita il *Tractatus logico-philosophicus*²⁹, prima grande opera di Wittgenstein, nonché principale riferimento teorico dei neopositivisti.

La prima parte del pensiero di Wittgenstein si fonda sull'idea della sussistenza di un parallelismo logico - fisico tra il mondo, il pensiero e il linguaggio³⁰.

La prima proposizione che apre l'opera è «*Die Welt ist alles, was der Fall ist*», ossia «Il mondo è tutto ciò che accade» e prosegue con «Il mondo è la totalità dei fatti, non delle cose»³¹.

Le «cose» sono l'unità elementare di cui è composto il mondo, ad esempio un gatto, un tavolo, una penna, un foglio.

Le «cose» si compongono in «*Sachverhalte*», ossia in «Stati di cose» che costituiscono relazioni tra cose: il gatto è sotto il tavolo, la penna scrive sul foglio³².

Le cose si combinano dunque con altre cose creando stati di cose, ossia i fatti che compongono il mondo. I fatti del mondo si sostanziano quindi in relazioni tra le cose.

Nel pensiero di Wittgenstein vi è una intima relazione tra il pensiero e il mondo³³. L'immagine logica dei fatti è il pensiero «*Das logische Bild der*

²⁹L. WITTGENSTEIN, *Logisch - philosophische Abhandlung*, London, 1922, trad. it. a cura di A.G. CONTE, *Tractatus logico - philosophicus*, Torino, 1989. L'opera è suddivisa in sette tesi principali che sono spiegate in base al loro peso logico con sottotesi numerate tramite cifre decimali. La tesi 1 e 2 definiscono il mondo, la tesi 3 e 4 concernono il pensiero, le tesi 5 e 6 trattano delle funzioni di verità. Si rinvia a O.R. SCHOLZ, voce *Wittgenstein L.*, in F. VOLPI, *Dizionario delle opere filosofiche*, Milano, 2000, pp. 1125 ss. Per un approfondimento sulla prima parte del pensiero di Wittgenstein si veda a E. RIVERSO, *Il pensiero di Ludovico Wittgenstein*, Napoli, 1970, pp. 49 ss.; L. PERISSINOTTO, *Logica e immagine del mondo*, Milano, 1991, pp. 15-71.

³⁰P. HADOT, *Wittgenstein et les limites du langage*, Paris, 2004, trad. it. a cura di B. CHITUSI, *Wittgenstein e i limiti del linguaggio*, Torino, 2016, p. 56.

³¹Proposizione 1.1.

³²Proposizione 2 «Ciò che accade, il fatto, è il sussistere di stati di cose»; proposizione 2.01 «Lo stato di cose è un nesso di oggetti (entità, cose)».

³³Per un approfondimento sulla teoria raffigurativa del mondo delle preposizioni linguistiche si rinvia a A. J.P. KENNY, *Wittgenstein*, Londra, 1973, trad. it. a cura di E. MORICONI, *Wittgenstein*, Torino, 1984, pp. 73 ss.

Tatsachen ist der Gedanke»³⁴, sicché si può pensare solo quello che esiste: «Non possiamo pensare nulla d'illogico, perché altrimenti dovremo pensare illogicamente»³⁵.

Il pensiero è la proposizione munita di senso «*Der Gedanke ist der sinnvolle Satz*»³⁶ e, proseguendo, «La totalità delle proposizioni è il linguaggio»³⁷.

Ciò che rende sensata una proposizione è dunque la sua rispondenza con gli stati di cose che esistono e, quindi, con i fatti del mondo.

Il “primo Wittgenstein” cerca dunque di individuare i limiti entro cui il linguaggio ha senso creando una relazione logica tra cose - fatti/stati di cose - pensiero - linguaggio.

Il linguaggio ha infatti senso solo quando è ravvisabile una rispondenza con i fatti del mondo: il linguaggio deve costituire il mero riflesso del mondo.

Nella strada intrapresa dai filosofi del linguaggio ideale la vaghezza non può che assumere una accezione negativa. La vaghezza rompe infatti il rapporto logico che deve sussistere tra il mondo e il linguaggio, costituendo dunque un inconveniente da eliminare³⁸.

³⁴Proposizione 3.

³⁵Proposizione 3.03.

³⁶Proposizione 4.

³⁷Proposizione 4.01 «La proposizione è un'immagine della realtà. La proposizione è un modello della realtà quale noi la pensiamo».

³⁸Per superare gli inconvenienti della vaghezza Frege propone l'elaborazione di un linguaggio formale al Teorema 81 della G. FREGE, *Begriffsschrift, eine der arithmetischen nachgebildete Formelsprache des reinen Denkens*, Halle, 1879. I termini vaghi costituiscono un non senso nella elaborazione logica del linguaggio di Wittgenstein ed assumono un'accezione negativa in B. RUSSELL, *Vagueness*, in *Australasian Journal of Psychology and Philosophy*, 1923, pp. 84 ss., il quale introduce la distinzione tra core o nucleo di certezza e penumbra o zona di penumbra che si proietta sui casi discutibili. Secondo il paradigma filosofico tradizionale una frase o un enunciato rappresenta uno stato di cose. La frase è vera o falsa a seconda che lo stato di cose rappresentato sia realizzato o meno nel mondo reale. Sulla base di questa impostazione le nuove correnti di pensiero che prendono le mosse dalla filosofia del linguaggio ideale, tra cui il positivismo logico, definiscono i termini vaghi “buchi” nel valore di verità, un “terzo valore” di verità. Per la fuzzy logic la vaghezza si spiega alla luce della teoria dei gradi di verità. Ai termini ed espressioni vaghi ci si può riferire attraverso uno spettro di valori intermedi, “gradi di verità” o “valore di appartenenza”, compresi tra 0 e 1 ove 0 è completamente falso e 1 completamente vero. Su tali definizioni di vaghezza si rinvia a S. MACHETTI, *Uscire dal vago*, Roma-Bari, 2006, pp. 4 ss., spec. nt. 6 per i riferimenti bibliografici. Sulla logica fuzzy si rinvia a C. LUZZATI, *Le metafore*, cit., pp. 122 ss.; F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. saggio di logica giuridica*, Milano, 2012, p. 6, nt. 10 per i riferimenti bibliografici; T. MAZZARESE, *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Padova, 1989.

Il concetto di vaghezza assume un valore diametralmente opposto nell'ambito della filosofia del linguaggio ordinario³⁹, la quale nasce tra le due Guerre Mondiali ad Oxford e che vede nel "secondo Wittgenstein" e, più precisamente, nelle Ricerche Filosofiche⁴⁰, il suo fondamento teorico.

Se nel *Tractatus* è la logica a rappresentare il linguaggio ideale, nelle Ricerche l'attenzione si sposta sul linguaggio ordinario e sul suo funzionamento assistendosi ad una sorta di «ritorno al quotidiano» da parte dell'Autore⁴¹.

Nella seconda parte del pensiero di Wittgenstein cadono tutte le premesse per la costruzione di un linguaggio ideale. Viene infatti definitivamente abbandonata l'impostazione logica che fonda il rapporto tra linguaggio, pensiero e realtà e si inizia a riflettere sulla dimensione pragmatica del linguaggio.

Nelle Ricerche filosofiche la comprensione del linguaggio impone un allargamento prospettico. Il significato non può infatti essere considerato una qualità intrinseca di un termine o di un enunciato, ma per la sua individuazione non si può prescindere dalle componenti extra - linguistiche che fanno parte dell'esistenza umana, ovvero lo «stile di vita»⁴².

Il significato delle parole e degli enunciati non è qualcosa che sta a monte ed è posto a priori: il significato nasce con l'utilizzo del linguaggio all'interno delle attività dell'uomo e delle sue varie forme di vita.

³⁹Tra i filosofi del linguaggio ordinario deve essere segnalato Gilbert Ryle (1900-1976). Per l'analisi del suo pensiero si rinvia a A. NEGRI, (a cura di), *Novecento.*, II, cit., pp. 161 ss.; nonché J. L. Austin (1911-1960), P. F. Strawson (1919-2006), i cui studi sono incentrati sul linguaggio ordinario e sul suo uso. Per un ulteriore approfondimento sul pensiero di questi Autori si rinvia a S. GIVONE, F.P. FIRRAO, *Filosofia. Dal secondo Ottocento*, cit., pp. 413 ss.

⁴⁰L. WITGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Oxford, 1953, trad. it. a cura di M. TRINCHERO, *Ricerche filosofiche*, Torino, 2009.

⁴¹P. HADOT, *op. cit.*, p. 76. La seconda fase del pensiero di Wittgenstein segna un avvicinamento agli insegnamenti di G. E. Moore e dunque l'abbandono dell'idea di un linguaggio unico e perfetto in favore di un linguaggio quotidiano. Per un approfondimento sul pensiero del secondo Wittgenstein si rinvia a S. GIVONE, F.P. FIRRAO, *Filosofia. Dal secondo Ottocento.*, cit., pp. 378 ss.; A. VOLTOLINI, *Guida alla lettura delle Ricerche Filosofiche di Wittgenstein*, Roma-Bari, 1998; evidenzia l'influenza del pensiero di Gramsci su quello di Wittgenstein attraverso la mediazione di Piero Straffa F. LO PIPARO, *Il Professor Gramsci e Wittgenstein. Il linguaggio e il potere*, Roma, 2014, pp. 13 ss.

⁴²«Immaginare un linguaggio significa immaginare una forma di vita», L. WITGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Oxford, 1953, trad. it. a cura di M. TRINCHERO, *Ricerche filosofiche*, Torino, 2009, § 19.

Le parole non sono dunque riducibili a mere etichette che si incollano sulle cose ma sono strumenti che permettono all'uomo di comporre «giochi linguistici»⁴³. Con le parole l'uomo fa giochi linguistici e con la parola “gioco” Wittgenstein vuole appunto evidenziare che parlare un linguaggio fa parte di una attività, di una forma di vita.

Il significato delle parole, degli enunciati nasce quindi con i giochi linguistici, più precisamente, dal giocare tali giochi⁴⁴.

Il linguaggio assume dunque una fisionomia nuova legata a filo doppio al contesto in cui è utilizzato, alle finalità non linguistiche che i protagonisti della vicenda comunicativa perseguono e alle prassi sociali che regolano il funzionamento del linguaggio⁴⁵.

In ciò si sostanzia la prospettiva pragmatica che Wittgenstein introduce nell'analisi del linguaggio.

Il nucleo centrale delle Ricerche filosofiche è costituito dunque dall'idea che il significato di un termine o di un enunciato nasca con l'utilizzo concreto dello stesso: «Il significato di una parola è il suo uso nel linguaggio»⁴⁶.

L'apprendimento di una lingua non necessita dunque di spiegazioni teoriche ma di un'attività concreta, un “addestramento”, con la conseguenza che la lingua si impara giocando concretamente il gioco secondo le regole che i protagonisti della vicenda comunicativa possono dedurre dalla prassi.

⁴³L. WITTGENSTEIN, *Ricerche*, cit., § 26 «Il denominare è simile ad attaccare a una cosa un cartellino con un nome. Si può dire che questa è una preparazione all'uso della parola. Ma a che cosa ci si prepara?».

⁴⁴L. WITTGENSTEIN, *Ricerche*, cit., § 654 «Il nostro errore consiste nel cercare una spiegazione dove invece dovremmo vedere questo fatto come un fenomeno originario. Cioè, dove dovremmo dire: si gioca questo giuoco linguistico».

⁴⁵Un esempio può essere d'aiuto. Si pensi al gioco linguistico con cui si realizzano delle esclamazioni: Acqua! Via! Ahi! Aiuto! Bello! No! Le esclamazioni possono essere definite parole con cui si denominano solamente degli oggetti? La risposta non può che essere negativa. Queste espressioni adempiono infatti a funzioni espressive che nulla hanno a che vedere con la mera funzione denominativa. Con tali esclamazioni sto esprimendo un'invocazione, un ordine, un lamento ecc., L. WITTGENSTEIN, *Ricerche*, cit., § 27.

⁴⁶L. WITTGENSTEIN, *Ricerche*, cit., § 43; scrive F. LO PIPARO, *op. cit.*, p. 51, che nelle Ricerche Filosofiche «le pratiche linguistiche e sociali sono rette dall'opposto principio anti – sperantistico enunciato da Gramsci: è l'uso a stabilire la regola e non la regola a determinare l'uso. Nei giochi linguistici accade qualcosa che sarebbe scandaloso nei calcoli logici o nei giochi (ad esempio gli scacchi) retti da una grammatica prefissata: stabiliamo le regole nel corso del gioco e, se ci serve, le cambiamo mentre giochiamo»; per comprendere meglio».

Da questa visuale il linguaggio naturale sconta una indeterminatezza intrinseca. La vaghezza costituisce pertanto il risvolto del significato come uso. Se il significato di un termine nasce con il suo utilizzo, la vaghezza è la caratteristica che garantisce quella elasticità e capacità di adattamento necessari per realizzare i più disparati giochi linguistici.

Nella teoria dei filosofi del linguaggio ordinario si assiste, in definitiva, ad uno scivolamento dalla semantica verso la pragmatica.

Se il significato non è dato ma si crea con l'uso, manca a monte un «grado zero» del significato⁴⁷, un significato letterale originario del termine indipendente dagli usi contestuali.

Nella prospettiva dei filosofi del linguaggio ordinario, poiché il significato di un termine emergerà solo con il suo concreto uso in un determinato contesto manca a monte un aprioristico sistema semantico. Ecco spiegato lo slittamento dalla semantica verso la pragmatica caldeggiato da questa corrente filosofica.

In conclusione questa nuova prospettiva permette una rilettura dei concetti di nucleo e frangia del significato: il nucleo è una concordanza nell'uso istituzionalizzato a livello di prassi sociale mentre la frangia consiste in una fluttuazione degli usi linguistici⁴⁸.

5. La vaghezza nella prospettiva dei linguisti

La linguistica si è occupata del concetto di vaghezza solo in tempi piuttosto recenti.

Tale ritardo è dovuto a due fattori. Il significato è stato per lungo tempo, da un aspetto, una tematica esclusiva degli studi filosofici, dall'altro è stato concepito in maniera fortemente restrittiva. Detto in altri termini è la tardiva nascita della semantica ossia della disciplina volta allo studio del significato, nonché l'imperare

⁴⁷C. LUZZATI, *Vaghezza, interpretazione.*, cit., p. 147.

⁴⁸C. LUZZATI, *La vaghezza.*, cit., p. 37.

per lungo tempo di concezioni meramente formali del significato, ad aver rallentato l'elaborazione linguistica del concetto di vaghezza.

Si ricorda infatti, come anticipato nel paragrafo introduttivo, che la vaghezza è una caratteristica del significato. Ne consegue che la sua evoluzione risente dei mutamenti che hanno investito la concezione del significato e, conseguentemente, la semantica quale disciplina volta allo studio dei significati delle parole e delle loro combinazioni. È infatti solo con il superamento delle concezioni formali del significato che la vaghezza diventa una tematica studiata anche dai linguisti.

L'analisi della vaghezza dalla prospettiva dei linguisti impone alcune puntualizzazioni concettuali che possono costituire un valido appiglio per il giurista che si avventura sui sentieri della linguistica.

Si deve iniziare con la definizione di linguistica. Per linguistica si intende lo studio scientifico del linguaggio e delle lingue⁴⁹. La linguistica non ha uno scopo unitario ma si compone di diverse branche, come ad esempio la semantica, la sintattica, la pragmatica, ciascuna con il suo oggetto di studio.

La semantica è quella branca della linguistica che studia il significato dei termini e degli enunciati a prescindere dalle loro circostanze d'uso. La semantica studia le relazioni di significato tra i segni e gli oggetti a cui si riferiscono.

Dalle definizioni date di semantica emerge lo stretto legame che avvince la nozione di significato con la perimetrazione del campo d'indagine della semantica.

Il significato è stato per lungo tempo oggetto di studio della sola logica e filosofia⁵⁰. Solo a partire dal XIX secolo la linguistica ha iniziato ad occuparsi del significato ed è esattamente in questo momento che nasce la semantica.

⁴⁹R. SIMONE, *Fondamenti di linguistica*, Roma-Bari, 1995, p. 3.

⁵⁰Aristotele concepisce il significato in relazione a tre entità: le cose, le immagini mentali e le parole. Le cose sono uguali per tutti, le immagini mentali, ossia le fotografie che la nostra mente fa delle cose pure, mentre diverse sono le parole che sono attaccate alle immagini mentali in modo arbitrario. Ogni lingua assegna all'immagine mentale una parola diversa con la conseguenza che il rapporto tra cose e immagini è naturale, mentre quello tra immagini e parole è arbitrario. Locke distingue tra significati semplici, ossia quelli che si riferiscono a percezioni sensoriali immediate e significati complessi che nascono dalla combinazione dei primi. I significati semplici sono uguali per tutti mentre quelli complessi nascono da una operazione arbitraria della mente. Sul punto si rinvia per l'analisi dei modelli globali di significato, ovvero la semantica referenzialista, il significato come costruito mentale e il significato come sistema di relazioni a R. SIMONE, *op. cit.*, pp. 461 ss. Sulle concezioni di significato nella filosofia più moderna si rinvia al precedente paragrafo.

Nell'evoluzione della semantica e della nozione di significato⁵¹ è centrale il contributo di Ferdinand de Saussure⁵², fondatore della semantica strutturalista.

Per Saussure il segno è una relazione tra due entità: una presente, il significante (/albero/ suono, l'espressione) e una assente, il significato (concetto di albero, il contenuto)⁵³.

Nella teoria del significato di Saussure di primaria rilevanza è il «principio dell'arbitrarietà» in forza del quale è arbitraria sia la relazione che c'è tra significante e significato (arbitrarietà verticale) sia i rapporti tra i diversi significati (arbitrarietà orizzontale), in quanto i significati nascono dall'opposizione e dalla reciproca delimitazione con gli altri significati⁵⁴.

Per arbitrario si intende la circostanza che il legame tra il significato e il significante non è qualcosa di naturale e dunque necessario. Il rapporto tra il significante /albero/ e il significato /concetto di albero/ è arbitrario perché costituisce una scelta. Non vi è un motivo che impone questa relazione ma così è in quella determinata cultura e momento storico.

⁵¹Sulla evoluzione della teoria del significato e della semantica rinvio a M. BIERWISCH, *Semantica*, in J. LYONS, (a cura di), *Nuovi orizzonti della linguistica*, Torino, 1970, p. 203 ss., da cui si evince, in primo luogo, il superamento dell'idea classica del significato come rapporto uno a uno, ossia un oggetto-una parola. Il primo passo per comprendere l'ampliamento della nozione di significato è stabilire che il significato di una frase non si sostanzia nella mera somma delle parole che la compongono ma un ruolo centrale è svolto dalla sintattica. «Per capire il significato di una frase e i suoi rapporti semantici con altre espressioni, si deve sapere non solo il significato dei suoi elementi lessicali, ma anche come questi sono in relazione tra di loro. Questo a sua volta dipende dalla struttura sintattica della frase. [...]». Questo è il primo, ma non il solo, tassello che ci conduce verso una nozione più ampia di significato.

⁵²Linguista svizzero (1857-913) svolge la sua attività di insegnamento di linguistica tra Parigi e Ginevra. Le sue idee sono state raccolte postume dai suoi allievi in F. DE SOUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris, 1916. La lingua è per Saussure un sistema convenzionale di segni. L'insieme delle infinite opposizioni fra i segni costituisce il "sistema" della lingua che possiamo studiare sincronicamente (cioè descrivere) o diacronicamente (confrontandolo con un altro sistema più antico o recente). Si veda la voce *Saussure, Ferdinand, de*, in *Enciclopedia di scienze, lettere ed arti, Enciclopedia Italiana Treccani*, Roma, XXX, 1949.

⁵³F. DE SOUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris, 1922, trad. it. a cura di T. DE MAURO, *Corso di linguistica generale*, Roma-Bari, 2001, pp. 83 ss. Per Saussure «Il segno linguistico unisce non una cosa e un nome, ma un concetto e un'immagine acustica [...]. Noi chiamiamo segno la combinazione del concetto e dell'immagine acustica».

⁵⁴Saussure prende ad esempio alcuni sinonimi come *craindre* (temere), *avoir peur* (avere paura), *redouter* (spaventare), i quali hanno valore solo in virtù della loro opposizione, se uno non esistesse il suo contenuto cadrebbe negli altri.

Nella teoria di Saussure, il significato, nascendo dalle reciproche relazioni tra i significati, assume rilevanza solo all'interno del sistema linguistico. Fuori da tale sistema il significato non ha alcuna autonoma rilevanza.

Il significato dei termini e degli enunciati, nella concezione della semantica strutturalista, è un'entità meramente linguistica totalmente sganciata dagli utenti e dai contesti d'uso dei termini. La prospettiva strutturalista ha dunque di mira una elaborazione scientifica di linguistica che ha «per unico e vero oggetto la lingua considerata in sé stessa e per sé stessa»⁵⁵.

La linguistica strutturalista accoglie, in definitiva, una concezione formale di significato.

Tale concezione, epurata dal ruolo che gli utenti e i contesti di utilizzo dei termini e degli enunciati esercitano sulla formazione del significato, è però parziale ed incapace di spiegare il reale estrinsecarsi dei processi comunicativi⁵⁶.

Il contesto, lo hanno insegnato i filosofi, è infatti un dato imprescindibile nella definizione del significato. Il contesto fornisce informazioni aggiuntive che permettono ai protagonisti della vicenda comunicativa di individuare il reale significato dei termini e degli enunciati.

Alla luce di ciò, non si dovette attendere a lungo affinché la centralità del contesto nella definizione del significato travalicasse i confini del pensiero filosofico per approdare anche nell'ambito della linguistica⁵⁷.

⁵⁵F. DE SOUSSURE, *op. cit.*, p. 282.

⁵⁶Per una analisi dei limiti della concezione di Saussure del significato come sistema e sull'ampliamento successivo di prospettiva, si rinvia a G. BASILE, *Significato e uso. La dimensione sociale del significare*, in D. GAMBARARA, (a cura di), *Semantica. Teorie, tendenze e problemi contemporanei*, Roma, 1999, pp. 11 ss.

⁵⁷Sull'ampliamento di prospettiva nella definizione del significato e dunque sulla rilevanza del contesto linguistico e extralinguistico nella definizione della portata semantica di un termine si rinvia a M. BIERWISCH, *op. cit.*, spec. 221 ss., in forza del quale «Benché sia un fatto abbastanza ovvio che due frasi possano dire la stessa cosa sebbene in modo differente (cioè con connotazioni stilistiche differenti), sappiamo poco di come questo possa essere spiegato sistematicamente[...], l'interpretazione semantica di una data frase potrebbe dipendere, in parte, dal particolare contesto linguistico e extralinguistico in cui compare. In altre parole, una frase che è ambigua se è presa a sé, potrebbe avere soltanto un'interpretazione se compare in un particolare contesto di discorso. Quindi potremmo aspettarci che una teoria semantica spieghi come viene scelto uno dei parecchi significati associati a una parola o frase particolari, in accordo con un particolare universo di discorso». In senso analogo T. DE MAURO, *Linguistica elementare*, Roma-Bari, 2003, pp. 66 ss., secondo cui «Il significato di un segno linguistico o di una frase regola [...] i sensi con cui l'uno o l'altra possono realizzarsi. Tuttavia i sensi non sono mere realizzazioni di significato. Essi risultano da una

L'ampliamento di prospettiva nella definizione del concetto di significato per un verso incide sulla nascita della pragmatica, ossia della disciplina che completando la semantica si fa carico di spiegare l'effettiva realizzazione dei processi comunicativi per l'altro impatta sulla vaghezza.

Il concetto di vaghezza supera infatti la dimensione meramente semantica per divenire un concetto fortemente legato alla dimensione pragmatica del linguaggio⁵⁸.

Su questa via si pone la prima definizione di vaghezza quale concetto propriamente linguistico. Tale definizione è elaborata da Charles Sanders Peirce⁵⁹ in forza della quale «una proposizione è vaga quando sono possibili stati di cose che è intrinsecamente incerto stabilire se chi parla, dopo averli contemplati, li consideri affermati oppure negati dalla proposizione. Con intrinsecamente incerto intendiamo non incerto a causa dell'ignoranza di chi interpreta ma a causa del fatto che sono indeterminate le abitudini linguistiche di chi parla⁶⁰».

La definizione di Peirce ha un doppio merito. Oltre ad aver elaborato una prima nozione linguistica di vaghezza, la stessa non viene considerata solo una caratteristica semantica ma, implicitamente, si richiama una situazione di incertezza di tipo pragmatico⁶¹. Tuttavia, nella prospettiva di Peirce, la vaghezza è una caratteristica negativa del linguaggio, un inconveniente da eliminare⁶².

interazione complessa tra i locutori, la situazione d'uso del segno o frase e il significato di tale segno o frase. Una stessa frase, dunque una frase con lo stesso significato, ammette di determinarsi in tipi di sensi profondamente diversi a seconda della situazione enunciativa, costituita dal contesto situazionale, cioè dalle circostanze in presenza, e dalla pragmatica, ossia dalla strumentalità o finalità con cui e per cui la frase è realizzata».

⁵⁸ Illuminante per comprendere cosa significhi il legame con la dimensione pragmatica del linguaggio, è la definizione data di vago da G.L. BECCARIA, voce *Vago*, in *Dizionario di linguistica*, Torino, 1994, secondo la quale «Si definisce vago un tratto che viene attribuito a determinate parole il cui senso cambia a seconda della situazione in cui è usato [...]».

⁵⁹ Pensatore americano (1839-1914). Le indagini nel campo della logica e delle ricerche lo indussero alla costruzione di una semiotica in cui convergono molti risultati delle sue indagini. Il processo di pensiero, colto a livello segnico mostra la necessità della presenza di una irriducibile relazione tra oggetto, segno, interpretante. Ogni segno per essere tale ha bisogno di un referente e di un interprete oppure di un interpretante concepito come una sequenza tendenzialmente infinita di azioni che interpretino il segno originario. Si veda G. CALOGERO, *Pierce, Charles Sanders*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/charles-sanders-peirce_%28Enciclopedia-Italiana%29/.

⁶⁰ C.S. PIERCE, *op. cit.*, p. 748.

⁶¹ S. MACHETTI, *op. cit.*, p. 11.

⁶² Sulla nozione di vaghezza nella elaborazione di Peirce si veda S. MACHETTI, *op. cit.*, pp. 8 ss., spec. 10; M. PRAMPOLINI, *Il concetto di vaghezza*, in F.A. LEONI, D. GAMBARARA, S. GENSINI, F. LO PIPARO, R. SIMONE, (a cura di), *Ai limiti del linguaggio. Vaghezza, significato e storia*, Roma-Bari, 1998, pp. 97 ss.

Nel varco timidamente aperto da Pierce si inserisce il pensiero di Karl Bühler⁶³ il quale, in una prospettiva di studio funzionale del linguaggio⁶⁴, delinea le basi del rapporto tra la vaghezza e il contesto che i successivi approdi linguistici non abbandoneranno più.

Il pensiero di Bühler si fonda su tre idee di fondo:

- a) la vaghezza è una caratteristica intrinseca del linguaggio;
- b) il significato non è qualcosa di determinato o determinabile a priori;
- c) la vaghezza è una qualità positiva della lingua.

L'Autore rileva che «la rappresentazione linguistica lascia ovunque spazio a dei margini di indeterminatezza dei significati (la vaghezza) che non si possono colmare se non in rapporto alle possibilità obiettive, il che di fatto avviene in ogni discorso umano»⁶⁵ ed ancora «le lingue operano con simboli largamente plurivoci che comportano di conseguenza la necessità di successivi aggiustamenti dei relativi significati, esse devono munirsi, d'altra parte, di molteplici ausili correttivi»⁶⁶.

L'Autore, abbandonando la concezione formale del significato, intraprende la strada in cui significato, vaghezza e contesto sono intimamente legati e connessi.

In tale prospettiva Bühler scrive che «Non è certo indifferente se in un testo il termine "cavallo" si riferisce a un individuo oppure alla specie zoologica [...]. Quale dei due il parlante abbia in mente o voglia intendere lo si può arguire soltanto, con il procedimento che da *detective*, alla luce, insieme, del contesto e delle condizioni in cui avviene l'atto del parlare. Che cosa ne consegue? Che noi, i destinatari del discorso, riusciamo in qualche modo ad intuire quale sia l'intendimento dell'emittente»⁶⁷.

Gestire la vaghezza significa allora conferire un senso ad un termine o ad un enunciato. La vaghezza acquista nel pensiero di Bühler una connotazione positiva.

⁶³Karl Bühler (1879 – 1963) è stato uno psicologo tedesco emigrato in USA a causa delle leggi razziali. Centrale nella sua attività scientifica è stato lo studio del pensiero e del linguaggio. Si veda voce *Bühler, Karl*, in *Lessico universale italiano, Enciclopedia Italiana Treccani*, Roma, III, 1969.

⁶⁴Il linguaggio svolge tre funzioni: espressiva, segnaletica e descrittiva. Si rinvia a S. MACHETTI, *op. cit.*, pp. 28 ss. per un'analisi del pensiero dell'Autore.

⁶⁵K. BÜHLER, *Theory of language: the representational function of language*, Amsterdam, 1965, trad. it. a cura di S. CATARUZZA DEROSI, *Teoria del linguaggio*, Roma, 1983, p. 117.

⁶⁶K. BÜHLER, *op. cit.*, p. 118.

⁶⁷K. BÜHLER, *op. cit.*, pp. 114 ss.

Se la vaghezza non esistesse «il compito dei lessicografi sarebbe più agevole, questo è vero, ma la lingua naturale verrebbe privata di ciò che di più sorprendente e praticamente valido le appartiene. Le verrebbe a mancare la sorprendente capacità di adattamento all'inesauribile ricchezza di ciò che richiede in concreto una formulazione linguistica»⁶⁸.

Con l'analisi di Bühler la vaghezza perde dunque quel connotato negativo che per lungo tempo l'ha contraddistinta. La vaghezza non è più un inconveniente da eliminare ma è investita da una nuova e positiva luce. La vaghezza è, e sarà anche nelle successive elaborazioni linguistiche, una qualità della lingua che permette il rinnovamento nei suoi usi e che è all'origine della sua mutabilità e adattabilità alle nuove esigenze espressive della comunità parlante⁶⁹.

Proseguendo nell'analisi sulla vaghezza nella prospettiva dei linguisti risulta fondamentale il contributo di Tullio De Mauro.

Le varie tappe in cui si estrinseca il pensiero di De Mauro porteranno a quella che è la nozione linguistica più moderna di vaghezza.

Nella prima fase del suo pensiero l'Autore non parla mai esplicitamente di vaghezza ma elabora una nozione di significato non formale⁷⁰. Il significato non è una entità che esiste *ex se* ma necessariamente chiama in causa gli utenti e il contesto di utilizzo del termine o dell'enunciato⁷¹.

Il significato nasce dal «comportarsi linguistico dell'uomo nell'ambito delle collettività storiche nelle quali, attraverso la solidarietà semantica egli si inserisce e vive»⁷².

L'Autore prende le distanze dalle precedenti elaborazioni filosofiche e linguistiche secondo le quali il significato è “una entità data”.

⁶⁸K. BÜHLER, *op. cit.*, p. 118.

⁶⁹D. ANTELMi, *Vaghezza, definizioni e ideologia nel linguaggio giuridico* in G. GARZONE, F. SANTULLI, (a cura di), *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, Milano, 2008, pp. 92 ss.; parla di vaghezza come di caratteristica che contraddistingue la ricchezza e la capacità di espressione e di comunicazione di una semiotica nonché di carattere che permette la flessibilità e la plasticità necessaria del linguaggio M. PRAMPOLINI, *op. cit.*, p. 98.

⁷⁰Questo è l'idea di fondo che emerge, a più riprese, in T. DE MAURO, *Introduzione alla semantica*, Roma-Bari, 1998.

⁷¹In tal senso T. DE MAURO, *Introduzione.*, cit., p. 31.

⁷²T. DE MAURO, *Introduzione.*, cit., p. 7.

Tali orientamenti infatti «peccano per vigore e per eccesso di fiducia: la lingua non ha infatti alcuna intrinseca capacità semantica ma è un mero strumento senza vita e valore fuori dalle mani dell'uomo»⁷³. In definitiva dal pensiero di De Mauro emerge l'idea di un significato intriso di soggettività con la conseguenza che «Solo gli uomini, mediante le frasi e gli enunciati, significano»⁷⁴.

Nella definizione di significato data dall'Autore le potenzialità semantiche della lingua (creatività espressiva) sono legate a filo doppio con l'indeterminatezza - vaghezza della lingua. Infatti, se è pur vero che la parola vaghezza non ha ancora fatto ingresso negli scritti di De Mauro, la sua presenza riveste già implicitamente un ruolo centrale⁷⁵.

Posta a monte la più ampia concezione di significato, De Mauro giungerà con *Minisemantica*⁷⁶ ad elaborare una nuova nozione di vaghezza. Per l'Autore un'espressione può dirsi vaga quando «non possiamo decidere in base a considerazioni formali se, noto il referente e nota l'espressione, essa è applicabile sempre o non è applicabile mai al referente»⁷⁷.

Se scendiamo a fondo nell'analisi di tale concetto, la vaghezza viene a sostanzarsi in una caratteristica sia del piano semantico che pragmatico. Precisamente, la vaghezza è, a monte, condizione del segno e, a valle, condizione del significato (piano semantico) nonché del piano pragmatico.

La vaghezza è *in primis* una condizione del segno e dunque investe sia il significante che il significato. La vaghezza del segno costituisce la conseguenza del principio di arbitrarietà che lega il significato al significante. Se il rapporto tra significante e significato fosse naturale la vaghezza non esisterebbe; mentre è proprio grazie all'arbitrarietà del rapporto che lega il significato alle idee o alle cose

⁷³Il distacco dalle posizioni filosofiche e linguistiche tradizionali e l'influenza esercitata sulla sua nozione di significato dal secondo Wittgenstein nonché dall'ultima parte del pensiero di Benedetto Croce è ribadito in T. DE MAURO, *Segno, significato e significare*, in *Il cannocchiale*, 1965, I, p. 17 ss.

⁷⁴T. DE MAURO, *Introduzione*, cit., p. 32.

⁷⁵Parla ancora di indeterminatezza semantica da cui deriva la possibilità di usare il segno in un numero infinito di espressioni T. DE MAURO, *Proposte per una teoria formalizzata del noema lessicale e della storicità e socialità dei fenomeni linguistici*, in *Linguaggi nella società e nella tecnica*, Milano, 1970, p. 39 ss.

⁷⁶T. DE MAURO, *Minisemantica*, Roma-Bari, 1997.

⁷⁷T. DE MAURO, *Minisemantica*, cit., p. 99.

che la vaghezza del segno trova il suo spazio vitale⁷⁸. La vaghezza, sul piano del segno, «determina l'indeterminatezza dei confini tra i significati e i significanti» dando vita ad un «rapporto tra una zona, un'area del contenuto, e una zona, un'area dell'espressione»⁷⁹. La vaghezza non determina il rilassamento del significato - significante ma l'esistenza di «oscillazioni tra forme più nitide e forme più rilassate del segno»⁸⁰.

La vaghezza del segno si riflette pertanto sia sul piano semantico che sul piano pragmatico.

La vaghezza impatta, *in primis*, sulla dimensione semantica ossia sul significato, causando uno slittamento e dunque una continua riscrittura dei confini del significato⁸¹. La vaghezza del significato costituisce il presupposto per la “non - creatività della lingua”. La vaghezza del segno, determinando un'area di significanza del termine o dell'enunciato dai confini sfumati, va infatti «a costituire la vera e genuina condizione di possibilità per la non non-creatività. La lingua è cioè un sistema non - non creativo perché le sue forme sono e saranno sempre potenzialmente manipolabili e deformabili, proprio in virtù del loro essere intrinsecamente, e già a livello segnico, vaghe»⁸².

La vaghezza costituisce poi condizione anche del piano pragmatico in quanto il significato è descrivibile solo in relazione alle usanze di un certo gruppo in un certo tempo. La vaghezza quale condizione del piano pragmatico impone infatti che il significato non possa essere «soddisfacentemente descritto nelle sue possibilità di estensione ad altri e nuovi sensi se non in rapporto a utenti dati in un certo tempo»⁸³.

⁷⁸Sul punto si rinvia a S. MACHETTI, *op. cit.*, p. 59 ss.

⁷⁹T. DE MAURO, *Minisemantica*, cit., p.100.

⁸⁰T. DE MAURO, *Minisemantica*, cit., p.103.

⁸¹T. DE MAURO, *Minisemantica*, cit., p.101; in tale prospettiva l'autore parla di plasticità del segno linguistico ossia di segni semanticamente plurideterminabili. In tal senso, ID., *Minisemantica*, cit., p. 104; nonché ID., *Wa – yehì or: la voce, l'udito e lo spazio linguistico*, in T. DE MAURO, *Il linguaggio tra natura e storia*, Milano, 2012, pp. 19 ss., ove con riferimento alla plasticità del segno si rileva che «il loro significato [...] deve essere tale che un segno linguistico possa sia aderire sia staccarsi dal presente immediato, per negarlo, per falsificarlo [...]. Ciò impone come condizione necessaria che il singolo segno della lingua abbia un significato in sé generico [...]. E deve avere un significato generico perché il significato sia dilatabile fino ad abbracciare, intrecciandoli ai sensi già acquisiti [...] nuovi inediti sensi per garantire quella onniformatività della semiotica lingua [...] che è necessaria a una specie altamente adattiva come l'umana».

⁸²S. MACHETTI, *op. cit.*, p. 65.

⁸³T. DE MAURO, *Minisemantica*, cit., p.102.

Nel pensiero di De Mauro si determina dunque un «rapporto circolare tra la vaghezza dei segni e le innumerevoli possibilità di mutamento dei confini del campo noetico a seguito dell'azione degli utenti»⁸⁴. La vaghezza, riflettendosi anche sul piano pragmatico, chiama in causa l'utente del segno il quale «crea ed è chiamato a gestire» trovandosi «quasi obbligato a rinnovare l'intesa semiotica che lo lega ai suoi simili»⁸⁵.

Si vuole concludere la disamina del concetto di vaghezza con una osservazione finale.

Dalle pagine precedenti è emerso che, a prescindere dalle diverse impostazioni e percorsi che hanno portato i filosofi e i linguisti ad elaborare una nozione di vaghezza, questa costituisce una caratteristica centrale del linguaggio.

La vaghezza esiste e non si può far finta del contrario perché il significato di un termine vago non è mai uguale a sé stesso ma cambia e si trasforma in relazione agli utenti e alle circostanze d'uso del termine.

Posta l'influenza che il linguaggio naturale ha su quello giuridico, in specie normativo, neppure i giuristi possono ignorare l'esistenza di questa caratteristica del significato.

Ciò impone, nel nostro settore di studio, di analizzare i riflessi che la vaghezza determina sulle norme attributive del potere amministrativo.

6. La vaghezza della norma attributiva del potere

Analizzare la norma attributiva del potere con gli occhiali della linguistica, in particolare alla luce della categoria della vaghezza, impone preliminarmente di sgomberare il campo dalla, a nostro parere, non corretta equiparazione tra discrezionalità amministrativa e vaghezza.

Il punto è già stato esaminato nella prima parte della trattazione quando si è evidenziato che i vari apporti creativi della Pubblica Amministrazione in relazione

⁸⁴In tal senso S. MACHETTI, *op. cit.*, p. 38.

⁸⁵S. MACHETTI, *op. cit.*, p. 67.

alla norma attributiva del potere, ovvero il potere discrezionale e la concretizzazione dell'indeterminatezza normativa, possono ma non devono necessariamente coesistere.

Se è pur vero che tali apporti possono intrecciarsi e combinarsi dando vita ad una pluralità di modelli di norma attributiva del potere, gli stessi restano, dal punto di vista analitico, categorie giuridiche distinte⁸⁶.

La discrezionalità opera sul piano delle conseguenze della norma giuridica, attribuendo all'Amministrazione un potere di libero apprezzamento.

La vaghezza è invece una caratteristica del linguaggio normativo, un modo diverso di guardare l'indeterminatezza normativa, che coincide e supera la categoria dei concetti giuridici indeterminati ma che, al pari di questi, opera sempre sul piano della fattispecie.

La vaghezza connota infatti il significato di elementi linguistici che compongono la fattispecie di potere ponendo un mero problema di interpretazione.

Tale conclusione evidenzia l'importanza della vaghezza nell'economia della norma attributiva del potere.

Prendere atto dell'esistenza della vaghezza del linguaggio normativo e della sua inevitabile gestione da parte dell'Amministrazione - interprete evidenzia l'esistenza di apporti creativi dell'Amministrazione che, ragionando sulla base delle classiche categorie dogmatiche, non verrebbero messi in luce ma che, in concreto, incidono sull'estensione del potere amministrativo.

Il punto, già introdotto nei precedenti paragrafi, merita di essere approfondito.

Il margine di azione che l'Amministrazione ha nella concretizzazione della volontà normativa di fronte all'indeterminatezza semantica normalmente deriva da una scelta volontaria del legislatore. In tale prospettiva si pongono i concetti giuridici indeterminati i quali sono utilizzati dal legislatore proprio per garantire un

⁸⁶E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, pp. 149 ss., scinde la discrezionalità dall'indeterminatezza semantica, rilevando l'esistenza oltre che della discrezionalità pura anche di una discrezionalità «suppletiva» che si sostanzia nell'«apprezzamento condotto alla stregua di nozioni elastiche e di concetti di valore ossia di criteri desumibili dalla coscienza sociale, di per sé extra-giuridici, ma rilevanti per il trattamento giuridico».

marginale di adattamento e, dunque, la modellabilità del potere amministrativo rispetto alle peculiarità dei casi concreti.

Talvolta però questo spazio di adattamento non è volontario, o meglio, potrebbe non essere consapevole.

La prospettiva linguistica ha infatti permesso di rilevare che un margine di adattamento della norma al caso concreto in capo alla Pubblica Amministrazione può dipendere anche da una mera scelta linguistica del legislatore.

Quando la norma attributiva del potere è costruita con l'utilizzo di termini vaghi il caso concreto potrebbe rientrare nel nucleo duro di significato del termine e dunque non dare luogo ad alcun problema interpretativo. Il caso concreto potrebbe però anche rientrare nella frangia di significato del termine, così lasciando alla Pubblica Amministrazione - interprete la facoltà di decidere se tale stato di cose sia suscettibile o meno nella sua sfera di significato.

Per chiarire tale affermazione è utile esaminare un'altra norma particolarmente interessante sul piano linguistico ovvero l'art. 15, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni in materia edilizia, il quale, nel disciplinare l'efficacia temporale del permesso di costruire, ancora il decorso del termine di un anno e tre anni a concetti con tutta evidenza vaghi: quello di «inizio» e «completamento» dell'opera. Decorso tali termini senza che l'opera sia stata iniziata o completata il permesso di costruire, di regola, decade.

La Pubblica Amministrazione al fine di dichiarare la decadenza del permesso di costruire⁸⁷ deve accertare, in contraddittorio con il privato, l'esistenza dei presupposti di fatto e di diritto che giustificano la pronuncia di decadenza, ossia deve verificare se, alla luce delle circostanze di fatto, l'opera possa dirsi non iniziata o non completata.

Senonché, i termini «inizio» e «completamento», se non sono riconducibili al novero dei tradizionali concetti giuridici indeterminati, sono con tutta evidenza,

⁸⁷Sulla necessità di un provvedimento ancorché dichiarativo dell'avvenuta decadenza con efficacia *ex tunc* dal verificarsi del momento estintivo è assestata la giurisprudenza maggioritaria *ex multis* Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2015, n. 4823; Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2011, n. 2765; Cons. St., sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5228; Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2004, n. 5228; Cons. St., sez. V, 23 novembre 1996, n. 1414; Cons. St., sez. V, 15 giugno 1999, n. 834; T.a.r. Valle d'Aosta, 18 aprile 2018, n. 26; T.a.r. Sicilia, Palermo, 20 dicembre 2012, n. 2429.

termini vaghi. Il termine «inizio» non ha infatti dal punto di vista semantico un significato determinato certo potendo rientrare nella sua sfera semantica una gamma variegata di singoli casi concreti. È infatti un'attività intellettuale oggettivamente impossibile stabilire a priori ed in modo univoco quando un'opera possa dirsi o meno iniziata.

Tale difficoltà si riflette nei vari orientamenti della giurisprudenza amministrativa sull'interpretazione della norma in esame. È infatti possibile rinvenire nella concretizzazione del termine «inizio» tendenzialmente due posizioni⁸⁸.

Una prima, più rigorosa, ritiene che nella nozione di inizio debbano essere ricomprese solo le situazioni fattuali che si sostanziano in una oggettiva trasformazione del suolo⁸⁹.

L'orientamento maggioritario, più indulgente nei confronti del privato, arretra invece la soglia di inizio dei lavori alle attività di trasformazione del suolo che esprimano l'intenzione del titolare del permesso di procedere con l'edificazione⁹⁰.

⁸⁸Il problema è evidenziato già da B. TONOLETTI, *Efficacia temporale e decadenza del permesso di costruire*, in U. FANTIGROSSI, L. PISCITELLI, (a cura di), *La nuova disciplina edilizia*, Piacenza, 2003, pp. 319 ss., spec. 328 ss.

⁸⁹T.a.r. Sicilia, Palermo, 23 aprile 2015, n. 1081 il quale rileva «L'inizio lavori, ai sensi dell'art. 15, comma 2, del D.P.R. n. 380 del 2001, deve intendersi riferito a concreti lavori edilizi. Pertanto i lavori debbono ritenersi "iniziati" quando consistano nel concentramento di mezzi e di uomini cioè nell'impianto del cantiere, nell'innalzamento di elementi portanti, nella elevazione di muri e nella esecuzione di scavi preordinati al gettito delle fondazioni del costruendo edificio per evitare che il termine di decadenza del permesso possa essere eluso con ricorso ad interventi fittizi e simbolici»; a conclusioni analoghe giunge T.a.r. Campania, Napoli, 7 marzo 2014, n. 1453; T.a.r. Campania, Napoli, 25 settembre, n. 10890, «la parziale recinzione del fondo e finanche lo sbancamento del terreno e l'esecuzione dei lavori di scavo - nella specie insussistenti - non sono idonei ad integrare di per sé un valido inizio dei lavori. [...] le modeste attività intraprese, non accompagnate dalla compiuta organizzazione del cantiere, sono state legittimamente considerate come non sufficienti a dimostrare l'effettivo intendimento del titolare del permesso di realizzare la costruzione assentita, giustificando così l'adozione del provvedimento in discussione»; Cons. St., sez. V, 12 novembre 1984, n. 792 ritiene inidoneo ad evitare la decadenza la mera attività di sbancamento del terreno in quanto meramente preparatoria rispetto all'attività edilizia.

⁹⁰Ricolligono la nozione di inizio dei lavori ad attività espressione della *voluntas aedificandi*, Cons. St., sez. IV, 30 settembre 2013, n. 4855 «inizio dei lavori non è configurabile per effetto della sola esecuzione dei lavori di scavo di sbancamento e senza che sia manifestamente messa a punto l'organizzazione del cantiere e sussistendo altri indizi che dimostrino il reale proposito di proseguire i lavori sino alla loro ultimazione, con la conseguenza che la declaratoria di decadenza del titolo edilizio per mancato inizio dei lavori entro il termine fissato è illegittima solo se sono stati perlomeno eseguiti lo scavo ed il riempimento in conglomerato cementizio delle fondazioni perimetrali fino alla quota del piano di campagna entro il termine di legge o se lo sbancamento realizzato si estende un'area di vaste dimensioni»; negli stessi termini Cons. St., sez. IV, 18 maggio

Ne consegue che, ad esempio, per il primo orientamento il mero sbancamento del terreno non è idoneo ad integrare gli estremi dell'inizio dell'esecuzione, mentre per il secondo sì, laddove però abbia una portata tale da riflettere l'intenzione del privato di procedere con i lavori di costruzione.

Dall'esempio proposto emerge che, innanzi ad una norma costruita con termini vaghi, gli spazi di libertà per la Pubblica Amministrazione aumentano. La vaghezza garantisce infatti un margine di libertà in capo alla Pubblica Amministrazione - interprete nella scelta di sussumere o meno un certo fatto nella sfera di significato del termine vago.

Ciò chiarito, nel rapporto norma attributiva del potere - Pubblica Amministrazione, è possibile ravvisare, in definitiva, tre tipologie di apporti creativi:

- a) quello che emerge a fronte dell'esercizio del potere discrezionale;
- b) quello che emerge quando viene concretizzato un concetto giuridico indeterminato;
- c) quello inevitabile e probabilmente non sempre consapevolmente concesso che emerge ogniqualvolta la Pubblica Amministrazione si trova ad applicare fattispecie di potere che si connotano per un certo grado di vaghezza.

Tali apporti sono peraltro qualitativamente diversi in quanto quelli concernenti l'indeterminatezza semantica (concetti giuridici indeterminati e termini vaghi) non presuppongono un potere di libero apprezzamento ma pongono un mero problema interpretativo dei presupposti della fattispecie di potere.

La vaghezza della norma attributiva del potere determina poi una ulteriore conseguenza poiché, per stabilire la sussumibilità del caso concreto nella fattispecie astratta, l'Amministrazione dovrà necessariamente fare quello che qualunque

2012, n. 2915; T.A.R. Sardegna, 4 maggio 2015, n. 741 «per consolidata giurisprudenza, l'inizio dei lavori idoneo ad impedire la decadenza della concessione edilizia può ritenersi sussistente quando le opere intraprese siano tali da evidenziare l'effettiva volontà di realizzare l'opera[...]l'inizio dei lavori non è configurabile per effetto della sola esecuzione dei lavori di scavo di sbancamento e senza che si manifestamente messa a punto l'organizzazione del cantiere e sussistendo altri indizi che dimostrino il reale proposito di proseguire i lavori sino alla loro ultimazione»; in senso analogo, Cons. St., sez. IV, 6 agosto 2014, n. 4201; Cons. St., sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2915; T.a.r. Sicilia, Catania, 2 maggio 2016, n. 1187; T.a.r. Sardegna, 8 novembre 2016, n. 848; T.a.r. Lombardia, Milano, 27 agosto 2014, n. 2262; T.a.r. Abruzzo, 4 febbraio 2013, n. 61.

destinatario di un messaggio connotato da vaghezza fa, ossia applicare la strategia pragmatica e dunque aiutarsi, nella gestione della vaghezza, ricorrendo al “contesto”.

La prospettiva linguistica fa emergere, dunque, non solo apporti creativi dell’Amministrazione prima non evidenti ma anche nuove direttive per l’interpretazione della norma attributiva del potere vaga.

7. La vaghezza ed i fenomeni contigui

L’importanza che assume la vaghezza nel linguaggio normativo impone di individuarne i confini e le differenze con quelli che sono stati definiti i «fenomeni contigui» al concetto di vaghezza⁹¹.

Quando si parla di fenomeni contigui alla vaghezza il riferimento è all’ambiguità, alla genericità ed alla generalità della norma.

Procediamo ad analizzare il concetto di ambiguità. La vaghezza si sostanzia in una indeterminatezza del significato. Quando un termine o un enunciato sono vaghi, alla domanda “a che cosa si riferisce?” l’interprete deve necessariamente rispondere in forma dubitativa⁹².

L’ambiguità si sostanzia invece non in una indeterminatezza del significato ma nella riferibilità allo stesso termine di più significati diversi ed incompatibili. Quando un termine è ambiguo alla domanda “a che cosa si riferisce?” l’interprete deve necessariamente dare più risposte⁹³.

Ne consegue che la vaghezza è «una incompletezza delle regole di significato le quali non correlano mai i segni linguistici a tutti i possibili stati di cose», mentre l’ambiguità «comporta una sovrabbondanza delle regole di significato le quali correlano la medesima espressione a più di una possibile situazione di fatto»⁹⁴. Ciò

⁹¹Li definisce così, C. LUZZATI, *La vaghezza*, *op. cit.*, pp. 46 ss.

⁹²In tal senso R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milano, 1993, p. 350.

⁹³R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 351.

⁹⁴C. LUZZATI, *Vaghezza, interpretazione.*, *cit.*, p. 139

comporta che la vaghezza non consente un'interpretazione del termine determinata, mentre l'ambiguità consente più interpretazioni determinate e seccamente alternative⁹⁵.

Inoltre la vaghezza costituisce una caratteristica intrinseca della lingua che non può essere eliminata ma solo eventualmente gestita al fine di ridurla mentre l'ambiguità è una caratteristica solo eventuale della lingua che può essere eliminata.

Un termine può infatti dirsi ambiguo quando ad esso si ricollegano più significati a causa del fatto che il contesto linguistico di proferimento non aiuta l'interprete a stabilire quale dei diversi significati corrisponda alle reali intenzioni del parlante⁹⁶. L'ambiguità dipende dunque dal contesto di proferimento dell'enunciato.

Si pensi, ad esempio, al termine "credenza"⁹⁷. La frase "Bea ha una credenza" è ambigua perché credenza può significare alternativamente "mobile" ovvero "credo". In questa ipotesi il contesto linguistico di proferimento non aiuta l'interprete a dissolvere l'ambiguità semantica. La frase "Bea ha una credenza: la vuole restaurare" non è invece più una frase ambigua perché il contesto linguistico veicola il significato corretto, eliminando tutti i problemi interpretativi.

Questa considerazione vale anche sul piano giuridico. Le norme possono infatti essere formulate con l'utilizzo di termini polisemici ma in un contesto linguistico tale da non determinare nessun dubbio sul senso scelto dal mittente del messaggio comunicativo, ovvero il legislatore.

Si pensi al termine "tomba" a cui sono riconducibili quattro significati⁹⁸:

- a) luogo di sepoltura;
- b) abitazione bassa e scura, ovvero luogo chiuso, buio, tetro;

⁹⁵G. TUZET, *Pragmatica dell'indeterminato*, in *Annali dell'Università di Ferrara. Nuova serie*, Sez. V, Ferrara, 2006, p. 163; P. CARNEVALE, *Diritto, normazione e ambiguità*, in *Dir. pubbl.*, 2011, II, pp. 354 ss.

⁹⁶Rileva A. BELVEDERE, *Linguaggio*, *op. cit.*, p. 351, che «È importante sottolineare il ruolo che ha il contesto nel determinare l'ambiguità del termine o dell'enunciato, se vogliamo limitare la considerazione del fenomeno alle ipotesi in cui è in grado di influire effettivamente sulla comunicazione, senza cadere nella generica considerazione che i dizionari attribuiscono a quasi tutti i termini più di un significato. Nella maggior parte dei casi, infatti, risulta chiaro dall'enunciato quale sia il termine in cui è usato il termine, e solo in alcune occorrenze la sua ambiguità è invece in grado di contagiare l'intero enunciato».

⁹⁷L'esempio è tratto da C. BIANCHI, *La pragmatica del linguaggio*, Bari, 2003, pp. 27 ss.

⁹⁸N. ZINGARELLI, voce *Tomba*, in *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 2000.

- c) volta sotterranea sotto il fondo di un canale;
- d) corte di una villa con magazzini e stalle.

Il termine è presente in una serie di disposizioni legislative ove però non si pone un problema di ambiguità normativa. Ad esempio l'art. 1040 co. 3 c.c. sull'uso dell'acquedotto dispone «La stessa disposizione si applica quando per il passaggio attraverso un acquedotto occorre sostituire una *tomba* a un ponte canale o viceversa»; l'art. 408 c.p. punisce il «vilipendio di *tombe*; l'art. 1, punto 7.1, lett. c), allegato B, Protocollo sui divieti o le restrizioni all'uso di mine, trappole e altri ordigni emendato il 3 maggio 1996 (Protocollo II emendato il 3 maggio 1996) allegato alla Convenzione sui divieti e le restrizioni all'uso di certe armi convenzionali che possono essere considerate eccessivamente lesive o aventi effetti indiscriminati, ratificato con la Legge 30 luglio 1998, n. 290, sancisce il divieto «in qualunque circostanza (di) utilizzare trappole ed altri ordigni che siano in qualche modo attaccati o associati» a «c) a luoghi di sepoltura o di cremazione o a *tombe*»; l'art. 43 del R.D. 1265 del 1934, il Testo unico delle leggi sanitarie, il quale dispone che i limiti salariali non si applicano ai compensi dovuti per i certificati relativi agli «accertamenti sulla usabilità di *tombe* private; iniezioni conservative e condizionamenti di salme».

In queste ipotesi la polisemia del termine non crea ambiguità, essendo chiaro il senso con cui è utilizzato.

Chiarito che l'ambiguità non esiste *ex se* ma dipende dal contesto linguistico in cui il termine polisemico è utilizzato, la nostra legislazione non manca di esempi di effettiva ambiguità normativa.

Paradigmatico è l'esempio di cui all'art. 59, 1° comma della Costituzione, il quale dispone che «Il *Presidente della Repubblica* può nominare senatori a vita cinque cittadini», senza che sia chiaro se per *Presidente della Repubblica* debba intendersi l'organo o il titolare dell'organo⁹⁹. L'art. 15, 3° comma della Legge 23 agosto 1988, n. 400, con riferimento ai decreti legge, dispone che essi debbano

⁹⁹R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 351. Ciò determina la conseguenza di non sapere se alla luce dell'art. 58 Cost. possano esserci solo cinque senatori a vita, ovvero ogni *Presidente* può nominare cinque senatori a vita.

«contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, *omogeneo* e corrispondenti al titolo», senza che si comprenda rispetto a cosa il contenuto debba essere omogeneo¹⁰⁰. L'art. 31 della Legge 25 maggio 1970, n. 352, sul *referendum* il quale sancisce che «Non può essere depositata richiesta di referendum nell' *anno* anteriore alla scadenza di una delle due Camere» senza che sia chiaro se con il termine «anno» debba intendersi l'anno solare, ovvero 365 giorni prima della scadenza. Altresì l'art. 428 c.c., il quale sancisce l'annullabilità su istanza della parte interessata degli atti compiuti in stato di incapacità di intendere e di volere laddove pregiudizievoli, non chiarisce però se nel termine «atto» vadano ricompresi solo gli atti unilaterali ovvero anche i contratti¹⁰¹.

La gestione dell'ambiguità chiama in causa, parimenti alla vaghezza, le strategie pragmatiche. Per superare i limiti interpretativi derivanti dall'ambiguità l'interprete deve, anche in questa ipotesi, avvalersi dell'ausilio del “contesto”.

È bene precisare che nella gestione dell'ambiguità il contesto viene usato con una funzione pre - semantica, mentre nella gestione della vaghezza viene usato con una funzione *post* - semantica.

L'interprete, per poter attribuire valore semantico all'enunciato, deve necessariamente disambiguare il termine avvalendosi del contesto, sicché prima si deve scegliere il senso (ad esempio, credenza: S1 mobile, S2 credo) e solo dopo si potrà procedere al calcolo compositivo del significato¹⁰².

¹⁰⁰Sul punto si rinvia a P. CARNEVALE, *op. cit.*, pp. 361 ss. ove sono anche analizzati gli utilizzi consapevoli da parte del legislatore dell'ambiguità semantica (ambiguità provocata, ambiguità decisa ecc.).

¹⁰¹A. BELVEDERE, *Drafting e profili critici del linguaggio giuridico*, in R. PERCHINUNNO, (a cura di), *Il drafting legislativo: il linguaggio le fonti, l'interpretazione*, Napoli, 2007, pp. 375 ss., ora in *Scritti Giuridici*, Padova, 2016, I, p. 364. L'Autore richiama anche, come esempio di ambiguità, l'art. 540 c.c. il quale attribuisce al coniuge superstite la quota di riserva, nonché il diritto di usufrutto dell'abitazione e di uso dei mobili. Belvedere ravvisa nel termine «mobile» un termine ambiguo essendo «tutto da chiarire cosa indichi qui il termine mobile, se possa comprendere qualsiasi elemento di arredamento della casa (lampadario), e anche gli elettrodomestici». A nostro avviso il termine «mobile» costituisce invece un esempio di vaghezza semantica nel cui nucleo sono sicuramente riconducibili i mobili in senso stretto (tavolo, sedia, divano) e nella cui frangia sono invece riconducibili tutti gli altri elementi di arredamento.

¹⁰²C. BIANCHI, *op. cit.*, p. 27 rileva che «La procedura di selezione è pragmatica, relativa all'ambiente fisico degli interlocutori, al segmento precedente di conversazione, e all'insieme di conoscenze, ipotesi, credenze e pregiudizi che ciascuno dei partecipanti allo scambio comunicativo ha sul mondo».

In caso di vaghezza, invece, prima di applicare le regole della pragmatica l'interprete conosce il significato del termine ma non è in grado di stabilire se, fuori dai casi paradigmatici, i *borderline cases* rientrano con sicurezza nella sfera semantica del termine. Il significato è conosciuto ma è indeterminato sicché il contesto aiuta a ridurre tale indeterminatezza.

In definitiva, l'uso del contesto in caso di ambiguità è necessario affinché operino le regole semantiche, mentre nella vaghezza il contesto colma i limiti delle regole semantiche e sintattiche, sicché, come rileva Lombardi Vallauri «l'ambiguità riguarda le lacune statiche, cioè del testo considerato come una cosa da leggere, e la vaghezza riguarda le lacune dinamiche, cioè del testo normativo in quanto si misura con le incognite dell'individuale e del divenire»¹⁰³.

Esaminate le differenze tra la vaghezza e l'ambiguità semantica è necessario procedere allo studio degli altri fenomeni contigui, ovvero la genericità e la generalità della norma.

Un enunciato è generico quando «l'espressione si riferisce indifferentemente, senza cioè distinguere, ad una pluralità di situazioni diverse. Un enunciato è tanto più generico quanto più sono i fatti che, se si verificassero, realizzerebbero l'ipotesi da esso previsto»¹⁰⁴.

Come insegna Saussure un principio cardine nella teoria del significato è il principio dell'arbitrarietà. I rapporti tra significato e significante e quelli tra significanti non sono naturali ma sono stabiliti convenzionalmente. Se non esiste un legame naturale tra il segno e lo stato della realtà a cui è fatto corrispondere, ogni segno comprende una moltitudine di elementi della realtà. Si pensi, ad esempio, ai termini generici "amicizia", "amore", "libertà", "bellezza", "uomo", "cosa", nel cui ambito di applicazione rientrano una moltitudine di stati di fatto.

La genericità è una caratteristica intrinseca della lingua. Gli unici segni non generici sono i nomi propri, le descrizioni definite, le coordinate e gli operatori

¹⁰³L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ius*, 1999, Gennaio-Aprile, n. 1, p. 28.

¹⁰⁴C. LUZZATI, *La vaghezza*, cit., p. 48.

deittici¹⁰⁵ (personali, tu, egli, esso ecc., spaziali, qui, questo, quello, là, ecc., e temporali, ora, dopo, subito, ieri, oggi, domani, giovedì, ecc.).

La genericità è una caratteristica essenziale del linguaggio giuridico perché più la norma è descritta con termini generici maggiore è la sua portata applicativa, consentendo all'interprete di fare rientrare tutti gli stati di fatto che la realtà presenta e che sono astrattamente riconducibili alla sfera semantica del segno.

Si pensi, banalmente, alla norma penale che punisce l'omicidio (art. 575 c.p.) la quale dispone «Chiunque cagioni la morte di un uomo». È evidente che alla luce della genericità del termine uomo il giudice potrà applicare la norma a chiunque abbia cagionato la morte di un essere umano, sia esso uomo, donna, bambino. Diverso sarebbe se la norma punisse chiunque cagioni la morte di una donna. In questo caso la disposizione sarebbe meno generica della precedente ma comunque generica in quanto riferibile a tutte le donne, siano esse giovani, anziane, bambine, bionde, more.

Questo esempio vale ad evidenziare che la genericità è una costante degli enunciati linguistici. Un enunciato può infatti essere più generico di un altro il quale, a sua volta, è comunque un enunciato generico.

La genericità, alla luce di quanto detto, è cosa ben diversa dalla vaghezza. La genericità determina la riconducibilità di una moltitudine di stati di cose all'area di significanza del termine generico; la vaghezza determina invece un'incertezza circa la riconducibilità di uno stato di cose nella portata semantica del termine vago.

Più il termine è vago maggiore è il numero dei *borderline cases* che l'interprete non sa se ricondurre nel significato del termine; più il termine è generico maggiore è il numero delle situazioni fattuali che rientrano nel suo perimetro semantico.

La vaghezza va poi tenuta concettualmente distinta dalla generalità. Più un enunciato è generale più è improbabile che il fatto previsto dall'enunciato si verifichi nella realtà concreta. Infatti un enunciato può dirsi generale quando “dice qualcosa che vale contemporaneamente per tutti gli oggetti che appartengono ad una determinata classe, senza eccezione alcuna, a differenza di un enunciato

¹⁰⁵C. LUZZATI, *La vaghezza*, cit., p. 49.

generico il quale dice qualcosa che per qualcuno soltanto degli oggetti appartenenti alla classe”¹⁰⁶. Ne consegue che, affinché un enunciato generico sia accettabile questo deve valere per almeno uno degli stati di cose che rientrano nella sua sfera semantica (ad esempio, ho incontrato un uomo) mentre perché lo sia l’enunciato generale questo deve valere contemporaneamente per tutti gli stati di cose che rientrano nella sua sfera semantica (ad esempio, tutti gli uomini sono mortali)¹⁰⁷.

Ciò posto, un conto è la generalità della norma intesa come sua applicabilità ad un numero indeterminato di destinatari, un altro è la generalità dei termini che compongono l’enunciato normativo, la quale determinerebbe non la sua applicabilità indistinta ma, all’opposto, per le ragioni sopra dette, un restringimento considerevole delle sue possibilità applicative.

Ne consegue che la generalità della legge non va confusa con la genericità dei termini di cui essa è composta.

8. La pragmatica

La scelta di assumere come prospettiva di indagine della norma attributiva del potere quella linguistica impone qualche, seppur breve, riflessione sulla pragmatica.

La vaghezza della norma giuridica, come visto, da un lato fa emergere apporti creativi della Pubblica Amministrazione non illuminati dalle elaborazioni dogmatiche sui concetti giuridici indeterminati, dall’altro, chiama in causa, nell’interpretazione della norma attributiva del potere, strategie linguistiche, in specie pragmatiche.

La pragmatica è una branca della linguistica che si connota per profili di rilevante complessità. Ciò emerge, con tutta evidenza, dalla moltitudine di definizioni di pragmatica che, in ambito linguistico, sono state date¹⁰⁸.

¹⁰⁶C. LUZZATI, *La vaghezza.*, cit., p. 48.

¹⁰⁷C. LUZZATI, *Vaghezza, interpretazione.*, cit., p. 140.

¹⁰⁸Per la loro disamina si rinvia a S. C. LEVINSON, *Pragmatics*, Cambridge, 1983, trad. it. a cura di M. BERTUCCELLI PAPI, *La pragmatica*, Bologna, 2005, pp. 21 ss.

Ai fini della trattazione sono tuttavia sufficienti alcune indicazioni generali. Possiamo definire la pragmatica come la disciplina che indaga le modalità con cui avvengono i processi di comunicazione¹⁰⁹.

Se la semantica studia il significato delle espressioni linguistiche indipendentemente dalle circostanze d'uso, concentrandosi sui rapporti tra i segni e i corrispondenti oggetti del mondo, la pragmatica studia, analizzando il rapporto tra segni e parlanti, il significato delle espressioni linguistiche in un determinato contesto. La pragmatica studia infatti l'uso che gli utenti del linguaggio fanno delle frasi nelle situazioni concrete, come questi si servono degli apparati combinatori ed interpretativi in una particolare situazione comunicativa¹¹⁰.

Ne consegue che la semantica studia ciò che viene espressamente detto, la pragmatica studia invece ciò che il parlante vuole concretamente comunicare e dunque come la lingua è concretamente usata.

La pragmatica nasce con la presa d'atto del fallimento delle teorie semantiche. Esistono infatti delle ipotesi in cui il mero rispetto delle regole semantiche e sintattiche non è sufficiente per la buona riuscita della comunicazione. In tali casi, affinché la comunicazione vada a segno, il destinatario del messaggio deve essere fornito di conoscenze non solo semantiche ma anche relative al "contesto". Sarà solo grazie a tali conoscenze che riuscirà a colmare i *deficit* che la semantica sconta in tali ipotesi.

Tuttavia, se la pragmatica nasce come contenitore di tutte le questioni irrisolte dalla semantica, nel momento in cui la linguistica supera le concezioni formali del significato accogliendo l'idea che il significato non è qualcosa di dato e posto a priori ma è qualcosa che si determina con il suo effettivo utilizzo del linguaggio, questa si emancipa dalla semantica divenendo una disciplina con una dignità autonoma.

Se il contesto, quale elemento centrale ed imprescindibile del processo comunicativo, costituisce il comune denominatore di tutti gli studi pragmatici, questi invero si sviluppano lungo due direttrici.

¹⁰⁹A. BELVEDERE, *Linguaggio.*, cit., p. 357.

¹¹⁰C. BIANCHI, *op. cit.*, pp. 5 ss.

La pragmatica studia come le parole incidono sul mondo e come il mondo incide sulle parole.

8.1 Come le parole incidono sul mondo: la dimensione sociale del linguaggio

Una prima prospettiva di indagine degli studi pragmatici è rivolta allo studio della dimensione sociale del linguaggio in forza della quale parlare significa agire.

In tal senso si pone la teoria degli atti linguistici di J. L. Austin.

Nella sua originaria elaborazione gli enunciati linguistici vengono distinti in due categorie: quelli descrittivi della realtà fenomenica e quelli performativi.

Gli enunciati performativi non descrivono alcunché ma costituiscono «l'esecuzione (*performance*) di una azione umana socialmente o moralmente rilevante e dunque valutabile non in termini di verità/falsità bensì di felicità/infelicità a seconda che l'intento pragmatico che ne costituisce l'elemento essenziale sia adempiuto»¹¹¹.

Nella sua elaborazione più evoluta, Austin rileva però che in realtà la distinzione tra enunciati descrittivi e performativi è fittizia in quanto tutti gli enunciati sono sempre utilizzati dai parlanti per fare qualcosa e dunque per incidere sul mondo¹¹².

Ne consegue che, essendo tutti gli enunciati in qualche modo performativi della realtà fenomenica, non è necessario distinguere tra enunciati descrittivi e performativi ma occorre stabilire una teoria generale dei modi in cui è possibile usare il linguaggio¹¹³.

Emerge così l'idea che tutti gli enunciati linguistici possiedono una forza illocutoria ovvero performativa della realtà. Precisamente, tutte le volte in cui si pone in essere un'attività comunicativa, ad un enunciato corrispondono sempre tre atti simultanei: un atto locutorio, un atto illocutorio e un atto perlocutorio.

¹¹¹Voce *Austin*, John Langshaw, *Dizionario dei filosofi del novecento*, Firenze, 1985.

¹¹²J.L. AUSTIN, *How to do thing with words*, New York, 1962, trad. it. a cura di C. VILLATA, *Come fare cose con le parole*, Genova, 1987, pp. 7 ss., spec. 74 ss.

¹¹³C. BIANCHI, *op. cit.*, p. 64.

Si pensi, ad esempio, all'enunciato "Chiudi la finestra! C'è corrente!". L'atto locutorio è quello che risulta dalla combinazione degli apparati semantici e sintattici, ovvero "chiudi" "la finestra" "c'è" "corrente", l'atto illocutorio è la forza performativa dell'enunciato, ovvero "io ti ordino di chiudere la finestra". Infine l'atto perlocutorio è costituito dagli effetti psicologici che il messaggio fa sorgere in capo al destinatario della comunicazione, ovvero la sua percezione di dover chiudere la finestra e quindi che gli è stato rivolto un ordine¹¹⁴.

Ai fini che qui interessano non è possibile una compiuta trattazione di tutti i contributi relativi all'analisi della dimensione sociale del linguaggio. Tuttavia è importante evidenziare che l'esistenza di una forza illocutoria in tutti gli enunciati linguistici fa emergere che nei processi comunicativi possa esservi uno scollamento tra ciò che è formalmente detto e ciò che viene comunicato con la conseguenza che, per comprendere la reale intenzione comunicativa, l'interprete deve calare la frase o l'enunciato in un determinato contesto¹¹⁵.

Anche in questa prima prospettiva di studio, volta ad evidenziare l'incidenza che il linguaggio ha sulla realtà fenomenica, il "contesto" assume dunque un valore preminente per l'effettiva comprensione del reale messaggio comunicativo.

8.2 Come il mondo incide sulle parole: il ruolo del "contesto" nella definizione del significato

¹¹⁴Si veda M. BERTUCCELLI PAPI, *Che cos'è la pragmatica*, Milano, 1993, pp. 23 ss.

¹¹⁵Su questa strada si pone la teoria delle "implicature conversazionali" di P. Grice. Per l'Autore il reale significato non si sostanzia in ciò che formalmente viene detto ma coincide con l'intenzione del parlante, e dunque con l'atto illocutorio. Senonché il destinatario del messaggio comunicativo può comprendere l'intenzione comunicativa e dunque il reale significato solo se l'enunciato viene calato in un determinato contesto e viene rispettato il "principio di cooperazione". Per Grice da un lato si comunica più di ciò che si dice dall'altro, affinché ciò avvenga è necessario il rispetto di regole da parte dei protagonisti della vicenda comunicativa. Chi parla deve infatti mettere chi ascolta nella posizione di comprendere cosa si vuole dire. Per una disamina delle teorie di Grice e in specie delle implicature conversazionali, del loro legame con il principio di cooperazione e dunque del necessario rispetto delle massime conversazionali si rinvia a C. BIANCHI, *op. cit.*, pp. 68 ss.; M. BERTUCCELLI PAPI, *op. cit.*, pp. 41 ss.; nonché D. MANTOVANI, *Lingua e diritto. prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica*, in G. GARZONE, F. SANTULLI, (a cura di), *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, Milano, 2008, pp. 45 ss.

Ai fini della nostra analisi assume maggiore rilevanza il secondo settore di indagine di cui si sono occupati gli studi di pragmatica, ovvero l'influenza che il mondo, *rectius* "contesto", ha sul significato delle parole.

Lo scopo del linguaggio è la comunicazione di un messaggio da un emittente al destinatario¹¹⁶.

Affinché l'atto linguistico sia idoneo a raggiungere tale scopo, i protagonisti del circuito comunicativo non possono attenersi al mero rispetto delle regole semantiche e sintattiche. Come anticipato, spesso accade che enunciati perfettamente formati dal punto di vista semantico e sintattico non riescano ad assolvere la loro funzione comunicativa. Questa situazione si verifica in diverse ipotesi come nel caso in cui siano utilizzate formule ambigue¹¹⁷, il deissi¹¹⁸, il linguaggio figurato¹¹⁹, gli atti linguistici¹²⁰, nonché in caso di vaghezza dei termini.

In queste ipotesi il destinatario della comunicazione per comprendere il reale significato, il senso dell'enunciato, deve porre in essere una strategia pragmatica e dunque chiamare in causa il contesto.

Se concentriamo l'attenzione sulla vaghezza, l'interprete, ossia il destinatario del messaggio non è in grado di stabilire se lo stato di cose che l'esperienza concreta presenta rientri o meno nella sfera di significato del termine, sicché la vaghezza costituisce un *vulnus* alla potenziale capacità comunicativa del messaggio.

Per uscire da tale *impasse* viene in soccorso la pragmatica la quale insegna che per comprendere il significato dell'enunciato è necessaria la sua integrazione con elementi non linguistici ma contestuali. È attraverso tale integrazione che l'enunciato acquista significato e riesce ad esprimere la sua effettiva portata comunicativa.

¹¹⁶C. SEGRE, *Avviamento all'analisi del testo letterario*, Torino, 1999, pp. 5 ss.

¹¹⁷Per la sua analisi si rinvia al §7.

¹¹⁸Il riferimento è agli indicatori di tempo, luogo e di persona quali, ad esempio ora, domani, qui, lì, tu, egli, esso. Si rinvia a S.C. LEVINSON, *op. cit.*, pp. 67 ss.; nonché C. BIANCHI, *op. cit.*, pp. 28 ss.

¹¹⁹"Giulietta è il mio sole", "Beatrice è una gazzella", così C. BIANCHI, *op. cit.*, pp. 49 ss.

¹²⁰"Scommetto 10 euro", "Battezzo questa nave Flounder H.M.S.", "Mi scuso", "Ti nomino senatore", "Ti condanno a 10 anni" sono esempi di atti linguistici con cui dire equivale a fare. Si rinvia a S.C. LEVINSON, *op. cit.*, pp. 233 ss.

Come rileva efficacemente Sabatini «il vero significato, quello che ha rilievo nel contatto comunicativo tra individui – e che viene indicato piuttosto con il termine di senso – di un’espressione linguistica, non è tutto o solo nelle parole che la compongono, ma è contenuto altresì in altre significazioni precedenti, le quali possono trovarsi in altre specifiche espressioni linguistiche o anche esserci trasferite negli elementi o dati fattuali di una situazione ambientale ben riconoscibile e interpretabile [...] un’espressione linguistica acquista senso (o vero significato) solo in quanto si inserisce in un più ampio contesto di discorso e si situa in un determinato contesto ambientale»¹²¹.

Evidenziata la centralità del contesto per la comprensione del reale significato dei termini ed enunciati vaghi, resta da chiarire cosa debba intendersi per “contesto”, e quando a livello temporale opera l’integrazione contestuale.

Circa la nozione di “contesto”, in primo luogo dobbiamo distinguere tra contesto semantico e contesto pragmatico.

Il contesto semantico, ovvero la situazione oggettiva di proferimento del messaggio comunicativo incide sul contenuto di un limitato numero di variabili come, ad esempio, l’identità dei protagonisti della comunicazione, il tempo e il luogo del proferimento¹²².

Il contesto semantico opera sempre, in qualsiasi comunicazione, a prescindere da eventuali fallimenti della teoria semantica. Anzi, come detto in relazione al deissi questo contesto opera come strategia semantica.

Ciò che ai nostri fini interessa maggiormente è però il contesto pragmatico. Tale nozione di contesto ha una portata ben maggiore rispetto a quello semantico sostanziandosi sia nella situazione percettiva che nel contesto discorsivo.

Il contesto è «tutto il mondo possibile, extra e intra - linguistico, intorno all’enunciato»¹²³. Detto in altri termini il contesto pragmatico è «contesto», ossia il «contesto situazionale», la «situazione» e dunque la concreta cornice ambientale e

¹²¹F. SABATINI, *op. cit.*, p. 679.

¹²²C. BIANCHI, *op. cit.*, p. 24.

¹²³M. BERTUCCELLI PAPI, *op. cit.*, p. 185 ss. a cui si rinvia anche per una disamina delle varie sfumature che l’accezione di contesto ha assunto negli studi linguistici.

i fatti su cui è calato il messaggio comunicativo, ovvero «intertesto», ossia tutti i testi che in vario modo sono collegati con il testo di riferimento¹²⁴.

Chiarito cosa debba intendersi per contesto è importante evidenziare come il contesto operi in momenti temporali diversi.

Precisamente, innanzi ad enunciati che contengono indici di indicialità, il destinatario della comunicazione deve fare un uso semantico del contesto. È il contesto infatti che fornisce il riferimento per gli indicali e dunque permette alla frase di essere semanticamente compiuta.

Ai fini della nostra ricerca l'attenzione deve però focalizzarsi su l'utilizzo pragmatico del contesto e, in particolare, sul suo utilizzo post - semantico.

Procedendo con ordine, l'uso pragmatico del contesto può intervenire prima o dopo l'operatività delle regole semantiche.

Il punto è stato in parte trattato quando ci siamo occupati dell'ambiguità. Si è infatti evidenziato che il destinatario del termine ambiguo, prima di attribuirvi valore semantico, deve necessariamente disambiguare il termine avvalendosi dell'ausilio del contesto. L'uso pragmatico del contesto interviene, in questa ipotesi, prima dell'operatività della semantica.

Per il linguaggio figurato invece accade esattamente l'opposto: prima opera la semantica e poi il contesto¹²⁵.

Ciò posto, riteniamo che anche nella vaghezza l'uso pragmatico del contesto¹²⁶ operi in funzione post – semantica.

Il termine vago ha infatti un nucleo duro di significato. Per i fatti che rientrano in questo nucleo non è necessaria nessuna integrazione contestuale. La strategia pragmatica interviene solo innanzi ai *borderline cases* e dunque in via eventuale ed integrativa della semantica. Il contesto costituisce infatti una direttrice che il

¹²⁴F. SABATINI, *op. cit.*, p. 680; sulla nozione di contesto nell'ambito del linguaggio giuridico si rinvia a A. BELVEDERE, *Testi e discorso nel diritto privato*, in *Ars interpretandi*, 1997, II, pp. 137 ss., ora in A. BELVEDERE, *Scritti giuridici*, Padova, 2016, I, pp. 456 ss.

¹²⁵Si pensi, ad esempio, alla frase "Bea è una gazzella!": prima si procede al calcolo compositivo del significato dopo di che, grazie al contesto, il destinatario della comunicazione riesce a capire se 1) Bea è effettivamente una gazzella 2) Bea è una ragazza che corre veloce proprio come una gazzella.

¹²⁶Un espresso riferimento al rapporto che lega la vaghezza alla pragmatica si ha in M. JORI, *op. cit.*, pp. 27 ss.

destinatario del termine e dell'enunciato vago deve usare per decidere se la realtà fenomenica che viene in rilievo nel caso concreto rientri o meno nella frangia di significato. Significato comunque conosciuto ancorché dai confini sfumati.

Alla luce di quanto sino a qui detto risulta chiaramente che il processo comunicativo è qualcosa che va oltre le mere frasi, la loro sintattica e la loro semantica. Affinché un atto linguistico, sia esso orale o scritto, assuma effettiva forza comunicativa è necessario che si proceda con la sua integrazione contestuale.

La dimensione comunicativa impone dunque di andare al di là delle frasi prendendo in considerazione un'unità superiore: il "testo"¹²⁷, ossia l'atto linguistico capace di comunicazione.

Per testo si deve intendere «un messaggio che sia prodotto, sulla base di un sistema linguistico, da un determinato emittente in una determinata situazione, con l'intenzione e con il *risultato* di soddisfare le attese di un determinato destinatario»¹²⁸.

Il testo è dunque «il tessuto linguistico di un discorso»¹²⁹ ed è attraverso i discorsi che la comunicazione può raggiungere il suo scopo.

In questa prospettiva, la norma giuridica va considerata come un atto comunicativo, ossia come un atto che veicola un messaggio dall' "emittente – legislatore" ai suoi destinatari finali.

A fronte della analizzata commistione che caratterizza il linguaggio normativo e quello comune la vaghezza, permeando anche l'universo giuridico, impone al destinatario della norma, *rectius* interprete del messaggio comunicativo di attivare, per la decifrazione del messaggio, una strategia pragmatica.

È grazie alla pragmatica e quindi all'ausilio del contesto che la disposizione si trasforma in "testo", riuscendo ad assolvere alla sua funzione comunicativa.

Resta a questo punto da analizzare in che modo il contesto incide sull'interpretazione della norma attributiva del potere.

¹²⁷M. DARDANO, P. TRIFONE, *La lingua italiana*, Bologna, 1990, p. 15. Sul concetto di testo si rinvia anche a A. BELVEDERE, *Testo*, cit., pp. 448 ss.

¹²⁸F. SABATINI, *op. cit.*, p. 680 (corsivo nostro).

¹²⁹C. SEGRE, *op. cit.*, p. 361.

9. Il ruolo del contesto nell'attività interpretativa della norma attributiva del potere

La vaghezza della norma giuridica si può ridurre in due modi: con le definizioni o in via interpretativa.

Con le definizioni il legislatore traccia il perimetro semantico del termine, stabilendo esso stesso quali casi concreti vi rientrano e quali no¹³⁰.

Se però la definizione manca, l'interprete della norma attributiva del potere, ovvero *in primis* l'Amministrazione e, in via eventuale, il giudice, devono attivare, al fine di applicare la norma e dunque di stabilire l'effettiva estensione del potere amministrativo, una strategia pragmatica.

È necessario dunque analizzare in che modo il "contesto" influenza l'attività interpretativa della norma giuridica.

Nell'impossibilità di ricostruire un compiuto quadro di tutte le varie teorie concernenti l'interpretazione¹³¹ la nostra indagine si fonda sulla scelta di concepire l'attività interpretativa come un'attività concreta di carattere eminentemente pratico.

In seno alla teoria dell'interpretazione giuridica è possibile enucleare due diverse e opposte concezioni del fenomeno.

¹³⁰L'analisi della indeterminatezza normativa non può in linea teorica prescindere dallo studio delle definizioni giuridiche. Le definizioni costituiscono infatti il principale strumento che l'ordinamento predispose per garantire la certezza del diritto e limitare gli arbitri interpretativi che possono scaturire dall'indeterminatezza semantica della norma. Tuttavia, ai fini del nostro lavoro scegliamo di non trattare tale tematica. Tale scelta dipende dall'accezione positiva che, a nostro avviso, la vaghezza assume nel sistema del diritto amministrativo. Rinviamo all'esito della trattazione le ulteriori riflessioni sul punto, possiamo sin d'ora rilevare che la vaghezza linguistica seppur deve essere utilizzata dal legislatore con particolari accorgimenti non deve essere eliminata. Per tale ragione scegliamo di non occuparci delle definizioni ma rinviamo, per una loro compiuta analisi a A. BELVEDERE, *Definizioni*, in *Digesto civ.*, 1989, V, pp. 149 ss.; A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977; A. BELVEDERE, M. JORI, E. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologiche*, Milano, 1979; U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, in *Ius*, 1959, pp. 496 ss.; F. CORTESE, M. TOMASI, (a cura di) *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Napoli, 2016.

¹³¹Per una loro analisi si rinvia a F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009, pp. 31 ss.; nonché, N. BOBBIO, *Formalismo giuridico*, in N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, pp. 79 ss., spec. 93 ss. ove vengono evidenziate le diverse prospettive da cui muovono la «giurisprudenza formalistica» e la «giurisprudenza degli interessi».

Da un canto vi è la tradizionale concezione positivista dell'interpretazione detta anche teoria conoscitiva o cognitiva. Secondo questa impostazione l'attività interpretativa si sostanzia in un'attività meramente conoscitiva della norma posta a monte dal legislatore¹³². L'interpretazione è purificata da qualunque attività creatrice dell'interprete a cui è rimesso il mero compito di verificare la sussumibilità del caso concreto nell'alveo della norma determinata aprioristicamente dalla legge¹³³.

L'interpretazione giuridica guarda solo alla norma imponendo la costruzione di «una concettualità giuridica autosufficiente di natura formale [...] indifferente rispetto ai caratteri delle situazioni materiali su cui tali concetti dovrebbero operare» con la conseguenza che i concetti giuridici così elaborati devono consentire al giurista «di calcolare la realtà secondo il diritto»¹³⁴.

Secondo questa impostazione il momento interpretativo e quello applicativo sono logicamente separati. La norma viene infatti “calata” in modo asettico sul

¹³²F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 44; G. TARELLO, *Formalismo giuridico*, in G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, pp. 19 ss., spec. 37 ss. rileva che «il seguace del metodo formalista tende a presentare [...] i problemi dell'interpretazione come problemi di ricerca del significato di proposizioni normative. Tale significato viene concepito come intrinseco alla norma [...]; e nella determinazione di tale significato [...] non si tiene conto del peso degli interessi in questione nel caso da risolvere [...]. Compito del giurista [...] diviene quello di enucleare i significati impliciti nelle norme».

¹³³Così S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, in S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 120 ss., «L'interpretazione, infatti, non è che il riflettersi del diritto vivente nell'intelletto di chi vuole conoscere tale diritto, e questo riflettersi nell'intelletto è, o almeno dovrebbe essere, come il riflettersi in uno specchio. Che in linea di fatto tale specchio non sia fedele, che esso riproduca l'oggetto, che vi si dovrebbe contemplare così come è, con modificazioni o alterazioni, può darsi [...]. Ma ciò non autorizza a ritenere che l'interpretazione, in quanto tale e perché tale, comporti queste alterazioni e, tanto meno, che esse siano suoi attributi o sue qualità essenziali[...]. Ciò si è sostenuto da qualche punto di vista filosofico, soprattutto per mettere in rilievo la non passività e, quindi, l'attività dell'interprete, attività che concorrerebbe con quella di chi ha posto il diritto e talora si sostituirebbe in certo senso, cioè sopraffaccendola, a quest'ultima»; rileva G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1980, p. 38 che tale teoria «si ispira alla credenza che il discorso legislativo abbia un significato proprio e principale, indipendentemente dalle attività interpretative degli utenti; e che vi siano entità, precostituite alla ricerca, individuazione e interpretazione: occultando il fatto che le “norme” sono da considerarsi piuttosto il risultato che il presupposto dell'attività in senso lato interpretative».

¹³⁴G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1994, I, p. 8.

fatto, sicché il caso concreto non determina nessuna influenza sull'interpretazione della norma¹³⁵.

In termini opposti, a nostro avviso più convincenti, si pone la concezione pratica dell'interpretazione: la cosiddetta teoria valutativa.

In questa seconda prospettiva l'attività interpretativa non guarda solo al dato normativo cercando di estrapolarne il reale significato impresso dal legislatore ma, partendo dalla disposizione e alla luce del caso concreto, giunge ad enucleare la norma.

L'attività interpretativa assume dunque un indubbio valore creativo nella determinazione della norma giuridica, costituendo lo strumento che permette di ricavare dalla disposizione la norma¹³⁶.

Per la concezione pratica dell'interpretazione il caso assume un valore preminente e centrale nella determinazione della norma. Come rileva Zagrebelsky la giurisprudenza deve infatti «essere posta al servizio di due padroni: la legge e la realtà» con la conseguenza che «il caso non può comprendersi giuridicamente se non in riferimento alla norma e questa in riferimento a quello, poiché non c'è solo il caso che deve orientare la norma, ma anche la norma che deve orientarsi al caso»¹³⁷.

Se la norma esiste solo in relazione al caso non vi è, secondo questa impostazione, alcuna differenza tra il momento interpretativo e quello applicativo

¹³⁵Rileva R. GUASTINI, *op. cit.*, pp. 331 ss. che «interpretazione e applicazione sono attività che si esercitano su oggetti differenti [...]. Pertanto, l'applicazione non coincide con l'interpretazione per la buona ragione che la presuppone»; ID., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2004, p. 59 «l'interpretazione giudiziale [...] si risolve sì nell'applicazione della norma ai casi concreti, ma presuppone la previa identificazione delle norme da applicare» (corsivo nostro). Nella medesima prospettiva si pone il pensiero di A. VIGNUNDELLI, *Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011, pp. 91 ss.

¹³⁶V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, XIII, pp. 195 ss., spec. 196, rileva che «Per disposizione non si intende la norma (comunque e da chiunque) formulata, quanto, più propriamente, la formula istituzionalmente rivolta a porre e rivelare la norma»; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto.*, Roma-Bari, 1999, pp. 119 ss.; rileva G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 68 ss. che in questa prospettiva «L'ordinamento nel suo valore storico – concreto è un insieme di interpretazioni, cioè di norme. L'insieme delle disposizioni è invece solo l'ordinamento in potenza, è un insieme di possibilità interpretative, cioè di norme potenziali».

¹³⁷G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 181, pp. 187 ss.

della norma giuridica¹³⁸. Inoltre ad una disposizione non corrisponderà mai una sola norma ma più norme giuridiche tante quante sono i casi da disciplinare¹³⁹.

Le due concezioni dell'interpretazione giuridica fin qui sommariamente descritte, si schierano, in definitiva, su fronti opposti circa l'ammissibilità o meno dell'interpretazione evolutiva, ossia circa la ricostruzione dinamica del diritto in relazione alle esigenze che la realtà concreta presenta¹⁴⁰.

È bene precisare però che accogliere l'idea di una interpretazione dinamica orientata alla soluzione del caso concreto non significa legittimare soggettivismi interpretativi.

Il nostro ordinamento si dota infatti di regole che stabiliscono parametri del ragionamento giuridico che l'interprete deve seguire per ottenere risultati interpretativi corretti, ovvero accettabili alla luce del principio di legalità¹⁴¹.

In tal senso si pongono gli artt. 12 e 14, R.D. 16 marzo 1942, n. 262, Disposizioni sulla legge in generale. In particolare, l'art. 12, 1° comma stabilisce che «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore».

Il nostro ordinamento fornisce dunque all'interprete due coordinate che devono guidarlo nell'attività interpretativa: il criterio letterale e il criterio logico.

¹³⁸Così F. MODUGNO, *op. cit.*, pp. 311 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 97 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite.*, cit., pp. 179 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 39 ss.; F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in *Dir. priv.*, 2001-2002, pp. 50 ss.; A. D'ANTENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 3065 ss.; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, pp. 351 ss.; ID., *L'idea del codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in T. ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Milano, 1949, pp. 41 ss.

¹³⁹L. PALADIN, *op. cit.*, p. 103 rileva che «l'assunto che a "ogni norma corrisponde una norma e una soltanto" vale unicamente nei confronti del singolo operatore giuridico, all'atto di ogni singola concretizzazione della norma, per il naturale e insuperabile motivo che l'applicazione della legge dev'essere volta per volta effettuata avendo di mira un esito ben determinato».

¹⁴⁰Sulla nozione di interpretazione evolutiva si rinvia a G. ZAGREBELSKY, *Manuale.*, cit., p. 83; nega la sua ammissibilità S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva.*, cit., p. 119 il quale ritiene, concludendo per l'inammissibilità di tale interpretazione, che «la vera interpretazione è un'operazione intellettuale che deve potersi compiere nello stesso modo e con gli stessi risultati, anche se con diversa efficacia, sia dal giudice sia da altra autorità sia dai privati, cioè da chiunque può giovare della norma o deve obbedirvi, rispettarla, eseguirla, precisarla dottrinalmente»; in termini opposti, per tutti, G. ZAGREBELSKY, *Manuale.*, cit., p. 83 secondo cui «l'interpretazione evolutiva o l'interpretazione tout court, più che ammissibile o inammissibile, è semplicemente ineliminabile».

¹⁴¹G. ZAGREBELSKY, *Manuale.*, cit., p. 70.

Dalla disamina dei vari contributi dottrinali in tema di interpretazione emerge che i dibattiti sul tema si sono concentrati fundamentalmente su due poli: in primo luogo sui rapporti che legano i due criteri interpretativi (letterale e logico), in secondo luogo su cosa debba intendersi per «intenzione del legislatore» e dunque su quali siano i criteri che devono orientare la ricerca, da parte dell'interprete, di tale «intenzione».

Circa la prima questione la prospettiva linguistica analizzata in questo lavoro fa emergere con chiara evidenza che non possa ravvisarsi un rapporto di mera sussidiarietà tra i due criteri. Il peso che la vaghezza ha nel linguaggio normativo rende il criterio letterale in concreto meno esaustivo rispetto alla centralità che emerge dal tenore letterale dell'art. 12 R.D. 16 marzo 1942, n. 262. Innanzi ad una norma vaga l'interprete non è in grado, alla luce della mera portata letterale della norma, di stabilire se il caso concreto *borderline* rientri o meno nella sfera semantica della norma. Per stabilirlo non resta che guardare all'intenzione del legislatore che dunque costituisce un criterio non sussidiario bensì integrativo del criterio letterale¹⁴².

Illustrata l'importanza che il criterio logico ha nell'economia nel procedimento interpretativo è necessario indagare cosa debba intendersi per «intenzione del legislatore».

La *querelle* dottrinale ha visto scontrarsi due nozioni di “intenzione”: una soggettiva e una oggettiva.

Secondo la prima accezione l'interprete dovrebbe avere di mira quella che era l'intenzione del legislatore storico ossia la funzione che la norma aveva al momento della sua emanazione in relazione a quel preciso contesto socio e giuridico.

¹⁴²Sulla centralità del criterio logico che permette di illuminare la *voluntas legis* quale elemento vitale del procedimento interpretativo A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998, p. 42.

Se si concepisce l'intenzione legislativa come oggettiva, l'interprete dovrebbe invece avere di mira la *ratio legis*¹⁴³, ovvero la funzione che la norma deve svolgere nel momento in cui è interpretata - applicata¹⁴⁴.

A nostro avviso l'intenzione soggettiva e quella oggettiva non si pongono in un rapporto di alternatività ma di concorrenza¹⁴⁵. Tuttavia, al fine di individuare una collocazione dogmatica nel procedimento interpretativo al "contesto", centrale è l'intenzione intesa in senso oggettivo.

Se infatti la ricerca dell'intenzione soggettiva del legislatore valorizza la disamina, da parte dell'interprete, dei lavori preparatori che hanno preceduto l'emanazione della norma¹⁴⁶, la *ratio legis* apre a nuovi criteri che devono orientarne la ricerca. In tale prospettiva si pongono il criterio storico, la comparazione giuridica con gli altri ordinamenti, il criterio sistematico¹⁴⁷. Ma non solo¹⁴⁸. L'oggettivizzazione dell'intenzione del legislatore impone all'interprete di considerare anche la funzione che la norma svolge nello specifico "contesto" in cui è chiamata ad operare, sicché è nella *ratio legis* che si colloca il "contesto" e dunque la dimensione pragmatica della norma giuridica¹⁴⁹.

¹⁴³Sulla *ratio legis* come funzione che assolve la norma nel momento in cui è interpretata si rinvia a R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1998, pp. 268 ss.; C. LUZZATI, *Teoria del diritto e scienza della legislazione*, in P. DI LUCIA, (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995, p. 116 ss.

¹⁴⁴G. ZAGREBELSKY, *Manuale.*, cit., p. 73 parla infatti di legislatore "astratto" perché l'interprete dovrebbe immaginarsi un legislatore che ponga la norma nel momento in cui essa è da interpretare.

¹⁴⁵Così L. PALADIN, *op. cit.*, p. 107 ss.; posta la concorrenza, ritiene debbano comunque prevalere gli aspetti oggettivi della *ratio* G. ZAGREBELSKY, *Manuale.*, cit., p. 73.

¹⁴⁶Sulla rilevanza dei lavori preparatori, M. PATRONO, *Interpretazione e "nuove leggi"*, in *Nomos*, 1988, pp. 61 ss.

¹⁴⁷Così A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998, p. 43 ss.; nonché G. ZAGREBELSKY, *Manuale.*, cit., p. 73.

¹⁴⁸Sulla varietà di regole che presiedono l'interpretazione andando ben oltre a quanto è possibile ricavarsi dalle disposizioni preliminari, L. PALADIN, *op. cit.*, p. 108, il quale rileva «Nell'esperienza giuridica l'interpretazione letterale si affianca a quella storica, a quella evolutiva, a quella logica, a quella sistematica, a quella teleologica, a quella che adegua la legge ai principi generali e via discorrendo, senza che sia dato stabilire fra tali strumenti una qualche gerarchia. Il che conferma l'impossibilità – logica e pratica nel medesimo tempo - di governare dal di fuori, una volta per tutte, i criteri e gli esiti delle attività in questione».

¹⁴⁹Così A. BELVEDERE, *Testi e discorso nel diritto privato*, cit., p. 458; ID., *Linguaggio giuridico*, cit., p. 362 ove si legge «il ricorso dell'interprete alla "intenzione del legislatore" corrisponde ad una analisi pragmatica dell'enunciato»; giunge alle medesime conclusioni L. LOMBARDI VALLAURI, *op. cit.*, p. 32. Si sottolinea peraltro che, posta la definizione data di contesto quale intertesto e

Se si procede con un parallelismo tra la prospettiva linguistica e le regole che presiedono all'interpretazione giuridica possiamo concludere che all'interpretazione letterale corrisponde l'analisi semantica e sintattica della disposizione, mentre all'interpretazione logica corrisponde la prospettiva pragmatica. Innanzi ad una norma vaga le regole semantiche e sintattiche non sono sufficienti sicché, innanzi al fallimento del criterio letterale, l'interprete non potrà prescindere dall'indagine sulla *ratio legis*. Tale indagine, concernendo la funzione che la norma svolge nei vari contesti di applicazione, si sostanzierà nella valutazione del piano pragmatico del discorso giuridico¹⁵⁰.

L'individuazione di una collocazione dogmatica per il "contesto" e dunque per la dimensione pragmatica nel procedimento interpretativo si coordina peraltro con la prospettiva inizialmente assunta, ovvero quella volta a concepire l'interpretazione come attività pratica, finalisticamente orientata alla soluzione del singolo caso, in forza della quale non vi è *discrimen* tra il momento interpretativo e quello applicativo della norma¹⁵¹.

S'impone a questo punto della trattazione un chiarimento. Nel panorama dottrinale non mancano posizioni teoriche che collocano l'operatività del contesto nell'ambito della interpretazione letterale della norma. In tal senso si pongono le

contesto situazionale, collocare la disamina del contesto nella ricerca della *ratio legis*, è coerente con la pacifica riconduzione del criterio sistematico nell'alveo dell'intenzione in senso oggettivo.

¹⁵⁰Si rinvia a A. BELVEDERE, *Pragmatica e semantica nell'art. 12 delle preleggi*, in D. VERONESI, (a cura di), *Linguistica giuridica italiana e tedesca*, Padova, 2000, pp. 49 ss., ora in A. BELVEDERE, *Scritti Giuridici*, Padova, 2016, I, p. 487 ss.; ID., *Analisi dei testi legislativi e art. 12 delle preleggi*, in A. PALAZZO, (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, pp. 149 ss., ora in A. BELVEDERE, *Scritti Giuridici*, Padova, 2016, I, pp. 497 ss.

¹⁵¹La rilevanza della vaghezza sul momento applicativo della norma è evidenziato da F. PUPPO, *op. cit.*, pp. 183 ss., spec. 194, il quale rileva l'esistenza di un «legame indissolubile fra vaghezza e controversia: in effetti, si controverte intorno ad alcunché (anche) perché non è chiaro il confine che segna l'estensione (del significato) dei termini del linguaggio, e quindi la possibilità di ricomprendere un certo fenomeno nel novero delle definizioni d'uso con cui si intende (il significato di) un certo termine».

teorie analitiche¹⁵² che nel nostro paese sono state promosse dal pensiero di Norberto Bobbio¹⁵³ e Uberto Scarpelli¹⁵⁴.

Questa corrente di pensiero, ponendosi sulla scia dei filosofi del linguaggio ideale, si caratterizza per un approccio scientifico alla scienza giuridica che travolge anche il linguaggio giuridico. Rileva infatti Bobbio che la scienza giuridica non può che iniziare dalla creazione di un rigoroso linguaggio scientifico, purificato da ambiguità e vaghezza, foriere di incertezze applicative¹⁵⁵.

Senonché alla luce delle teorie del linguaggio ordinario e, soprattutto, degli studi pragmatici del linguaggio, l'idea di poter creare un linguaggio ideale non è oggi più condivisibile.

È infatti emerso chiaramente che il significato non è una proprietà autonoma e indipendente dei termini e degli enunciati ma dipende dal suo uso e dunque dal contesto. Ciò impatta anche sulla vaghezza che assume una valenza positiva, costituendo un elemento essenziale per garantire la creatività del linguaggio.

¹⁵²La filosofia analitica è un movimento filosofico che nasce dal pensiero dei filosofi del linguaggio ideale e dall'incontro del pensiero neopositivista con il pragmatismo del secondo Wittgenstein. Il pensiero analitico ingloba in sé il neopositivismo. È una corrente molto ampia e variegata che concentra la sua attenzione sulla filosofia intesa come analisi rigorosa del linguaggio e dei suoi usi, sulla logica formale e nella ricerca di strategie argomentative dimostrative. Con il pensiero analitico si mantiene l'idea di un rapporto privilegiato tra filosofia e linguaggio. Vi è un impegno costante per la chiarezza e la precisione ed un ruolo centrale è riservato alla logica e la matematica. Per un'analisi del pensiero analitico si rinvia a S. GIVONE, F.P. FIRRAO, *Filosofia. Dal secondo Ottocento*, cit., pp. 411 ss.; nonché a M. BARBERIS, *Di cosa parliamo quando parliamo di filosofia analitica?*, in L. GIANFORMAGGIO, M. JORI, (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, 1997, pp. 51 ss.; per un'analisi del pensiero di Bobbio e Scarpelli si veda anche M. BARBERIS, *Introduzione allo studio della filosofia del diritto*, Bologna, 1993, pp. 183 ss.

¹⁵³N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, pp. 342 ss., ora in U. SCARPELLI, (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, pp. 287 ss.

¹⁵⁴U. SCARPELLI, *Contributo a una semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959.

¹⁵⁵Rileva N. BOBBIO, *op. cit.*, pp. 350 ss. che seppur la scienza non si risolve nel linguaggio scientifico questa inizia con la formazione di un linguaggio scientifico ovvero è il linguaggio che fa sì che una conoscenza soggettiva diventi al massimo grado intersoggettiva. La scienza si costituisce infatti a pieno titolo solo quando l'osservazione - fatto precettivo viene espressa con segni convenzionali tali da poter essere comunicati ed accolti dagli altri con il minor numero di fraintendimenti. Si veda anche L. FERRAJOLI, *Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica*, in L. GIANFORMAGGIO, M. JORI, (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, 1997, pp. 353 ss., spec. 370 ss., ove si sottolinea la netta separazione che ricorre nel pensiero analitico tra norme e fatti, normatività ed effettività, tra dover essere ed essere del diritto positivo.

Tale circostanza è così evidente che oggi anche le teorie analitiche riconoscono l'esistenza di un aspetto pragmatico del linguaggio¹⁵⁶.

Tuttavia, nella prospettiva analitica la pragmatica assume un ruolo meramente compensativo delle regole semantiche godendo di uno spazio vitale fortemente ridotto.

Per gli analitici il contesto ha rilevanza solo all'interno della cornice semantica di riferimento incidendo, dunque, sull'interpretazione letterale¹⁵⁷.

Nella prospettiva invece da noi accolta, ovvero quella dei filosofi del linguaggio ordinario e della linguistica, non esiste un grado zero di significato. Il significato coincide con l'uso assistendosi ad uno scivolamento dalla semantica verso la pragmatica.

A fronte del dissolvimento del piano semantico, nel caso di vaghezza, la strategia pragmatica non può che coincidere a livello interpretativo con la ricerca della *ratio legis*.

Tuttavia, a prescindere dalla vaghezza del termine, se portiamo alle estreme conseguenze l'assunto da cui siamo partiti, ovvero che il significato non esiste *ex se* ma dipende dall'uso, la dimensione pragmatica costituisce comunque un elemento imprescindibile per l'individuazione dell'area di significato della norma con la conseguenza che, in concreto, l'interpretazione letterale andrebbe sempre a coincidere con quella logica.

Si spiega così perché in questa prospettiva la dimensione pragmatica coincide con la ricerca dell'intenzione del legislatore assumendo uno spazio vitale maggiore, se non predominante, rispetto alla dimensione semantica e dunque all'interpretazione letterale.

È importante tuttavia rilevare che le differenze tra le due visioni, ancorché rilevanti sul piano teorico, sfumano del tutto sul piano pratico.

¹⁵⁶Si veda M. JORI, *op. cit.*

¹⁵⁷Parla di semiotica orientata all'atto linguistico e di semiotica orientata al sistema o struttura C. LUZZATI, *Vaghezza, interpretazione.*, cit., pp. 145 ss.; M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1998, pp. 259 ss., il quale rileva la differenza tra le due impostazioni nella rigidità con cui viene applicato il presupposto empiristico.

Una volta ammesso che il contesto incide sulla definizione del significato emerge, in maniera chiara, che si tratta di una *querelle* meramente dogmatica quella volta a stabilire in quale momento dell'interpretazione il contesto effettivamente opera.

10. Conclusioni

In questa seconda parte del lavoro la nostra attenzione si è concentrata sugli aspetti più propriamente linguistici.

In particolare è emerso, almeno a livello teorico, che la vaghezza costituisce una caratteristica propria anche del linguaggio normativo.

Lo studio della vaghezza è particolarmente interessante nell'ambito del diritto amministrativo a fronte della struttura delle norme attributive del potere le quali richiedono, per poter funzionare, un apporto creativo della Pubblica Amministrazione. È stato infatti evidenziato che la vaghezza permette all'Autorità Pubblica di ottenere spazi di intervento ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente studiati e riconosciuti: ovvero la discrezionalità amministrativa e i concetti giuridici indeterminati.

Lo spazio di azione che risulta dalla vaghezza semantica della norma è stato definito occulto, perché non indagato dalla dottrina, e (probabilmente) perché inconsapevolmente concesso dal legislatore. Tale margine di libertà deriva infatti da una mera scelta linguistica del legislatore.

È stata poi evidenziata la strada che l'interprete deve percorrere per la gestione della vaghezza. L'Amministrazione, al pari di qualunque destinatario di un messaggio comunicativo veicolato da termini vaghi, deve infatti attuare una strategia pragmatica con la conseguenza che il contesto inciderà, in via interpretativa, sulla definizione della portata semantica del termine vago.

Tale influenza, ancorché poco analizzata, ha sulla portata della norma un effetto dirompente.

Il contesto incide infatti, restringendola o ampliandola, sull'ampiezza del potere della Pubblica Amministrazione, determinando uno iato tra l'estensione del potere che emerge dalla formulazione letterale della norma e ciò che risulta della stessa nel momento in cui è interpretata - applicata dalla Pubblica Amministrazione.

Tale situazione può potenzialmente creare un conflitto con i destinatari dell'azione amministrativa. La Pubblica Amministrazione infatti, muovendosi tra le maglie elastiche create dalla vaghezza delle norme, determinerà l'estensione del suo potere pregiudicando o favorendo l'interesse dei privati destinatari dell'azione amministrativa.

Di tale conflitto, in ultima analisi, dovrà farsi carico il giudice amministrativo il quale, destinatario ultimo della norma amministrativa, attraverso il suo sindacato, cercherà di comporre il contrasto tra la *vis* espansiva del potere pubblico e l'interesse dei destinatari dell'azione amministrativa.

Nel prosieguo della trattazione si procederà ad analizzare, in una prospettiva più concreta, la norma attributiva del potere.

Precisamente si cercherà di analizzare, *de iure condito*, sulla scorta di casi giurisprudenziali particolarmente significativi, come il contesto influenzi, attraverso l'interpretazione, il perimetro semantico dei termini vaghi e ciò determini oscillazioni dell'effettiva estensione del potere pubblico.

CAPITOLO III

VAGHEZZA, CONTESTO ED INTERPRETAZIONE. ANALISI PRAGMATICA, *DE IURE CONDITO*, DELLA NORMA ATTRIBUTIVA DEL POTERE

Sommario: 1. Premessa introduttiva. 2. L'Art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e i criteri di aggiudicazione dell'appalto: l'offerta economicamente più vantaggiosa e il prezzo più basso. 2.1. Il criterio del prezzo più basso e gli appalti di servizi e forniture con caratteristiche standardizzate: vaghezza, contesto ed interpretazione. 3. La licenza per porto d'armi. Introduzione. 3.1. La nozione di "non affidamento" circa il non abuso delle armi: vaghezza, contesto ed interpretazione.

1. Premessa introduttiva

Giunti a questo punto della trattazione è necessario superare il piano teorico per approdare su quello pratico.

Prima di continuare si ritengono necessarie alcune precisazioni.

L'analisi dei vari apporti creativi che il sistema del diritto amministrativo riconosce alla Pubblica Amministrazione ha fatto emergere la centralità dell'indeterminatezza semantica.

L'indagine sull' indeterminatezza semantica è stata condotta partendo dalla categoria giuridica dei concetti indeterminati per poi giungere alla categoria linguistica della vaghezza.

I concetti giuridici indeterminati e i termini vaghi vanno tenuti, da un punto di vista analitico, concettualmente distinti.

I concetti indeterminati e la vaghezza costituiscono infatti due categorie eterogenee: diversa è la loro matrice, la loro latitudine applicativa, la loro gestione da parte dell'interprete.

I concetti giuridici indeterminati costituiscono una categoria dogmatica che guarda l'indeterminatezza semantica della norma dall' "alto". La loro elaborazione rappresenta lo sforzo della dottrina di classificare e disciplinare il fenomeno dell'indeterminatezza semantica.

La vaghezza guarda invece l'indeterminatezza semantica della norma dal "basso". Studiare la norma attributiva del potere con gli occhi del linguista ci ha permesso di evidenziare l'esistenza di spazi di indeterminatezza semantica maggiori rispetto a quelli comunemente riconosciuti dai giuristi. Essendo infatti la vaghezza una caratteristica costante della lingua tutti i termini sono, seppur in misura maggiore o minore, vaghi. Ciò comporta che l'indeterminatezza semantica ha, nella prospettiva linguistica, un perimetro più ampio rispetto a quello tradizionalmente riconosciuto dai giuristi.

Seppur la vaghezza ed i concetti giuridici indeterminati non possono essere concettualmente assimilati, questi costituiscono due modi diversi di guardare lo stesso fenomeno, ossia l'indeterminatezza semantica della norma giuridica.

Indagare l'indeterminatezza semantica della norma attributiva del potere assumendo la prospettiva linguistica (vaghezza) o giuridica (concetti indeterminati) impone infatti, comunque, di analizzare i presupposti "elastici" della fattispecie di potere. Semplicemente, guardando la norma nella prospettiva linguistica, i presupposti "vaghi" della fattispecie risulteranno costituire un numero maggiore rispetto ai presupposti che il giurista classifica come "indeterminati".

Posto che la vaghezza ed i concetti giuridici indeterminati costituiscono due categorie teoriche diverse con cui guardare lo stesso fenomeno, ossia l'indeterminatezza semantica dei presupposti della fattispecie di potere, è necessario evidenziare che l'assunzione di una prospettiva piuttosto che un'altra determina differenti riflessi nell'attività di concretizzazione di tali presupposti.

L'indeterminatezza - vaghezza dei presupposti della fattispecie di potere dà sempre luogo ad un problema per l'interprete di attuazione della legge e, dunque, ad una questione interpretativa.

L'interprete deve concretizzare il presupposto elastico della fattispecie formulando giudizi di valore fondati, come detto, su criteri extra - giuridici, su parametri di normalità naturalistica, comune buon senso, comune esperienza ecc.

Ma, sostituendo la categoria giuridica dei concetti indeterminati con quella più ampia della vaghezza entra in gioco un nuovo parametro che deve orientare il giudizio di valore dell'interprete: il contesto.

Assumere la prospettiva linguistica fa dunque emergere l'importanza che il contesto ha nell'ambito dell'interpretazione logica e dunque nella ricerca della *ratio legis*.

A prescindere dalla classificazione linguistica o giuridica dell'elemento indeterminato l'interprete si trova sempre innanzi a presupposti normativi dalla cui sussistenza dipende l'esercizio del potere amministrativo. Ciò comporta che è sempre consentito un pieno controllo giurisdizionale sulla loro concretizzazione – interpretazione posta in essere dalla Pubblica Amministrazione. Controllo che involgerà la selezione e la valutazione dei fatti sussunti nella portata semantica del termine indeterminato.

Resta da fare un'ultima puntualizzazione. È evidente che la vaghezza della norma attributiva del potere e l'incidenza che il contesto ha nella definizione del suo significato si risolvono in un mero problema interpretativo.

Di oscillazioni e contrasti interpretativi ne è però pieno il panorama giuridico, trattandosi di problemi quotidianamente affrontati nella prassi giudiziaria. Dunque *nihil sub sole novum*.

Tuttavia con questo lavoro proponiamo di guardare a tali “normali” problemi da una nuova angolazione ovvero di indagare la causa primaria da cui questi dipendono: le mere scelte linguistiche del legislatore.

La scelta di termini più o meno vaghi nella costruzione della fattispecie di poteri fa infatti nascere questioni interpretative che per essere risolte necessitano dell'attivazione, da parte dell'interprete, di una strategia pragmatica.

Tale prospettiva, seppur poco indagata dalla dottrina, non può dirsi banale soprattutto nel settore del diritto amministrativo ove la vaghezza incide sull'estensione del potere pubblico. La vaghezza apre a nuovi margini di manovra in capo alla Pubblica Amministrazione i quali hanno un'incidenza diretta sulla vita degli amministrati.

Le scelte linguistiche del legislatore nel diritto amministrativo hanno dunque una peculiare rilevanza determinando degli effetti sulla vita degli amministrati certamente non banali. Da ciò deriva l'importanza di indagare la vaghezza della norma attributiva del potere.

Tanto premesso è ora possibile procedere con l'analisi pratica condotta nella prospettiva linguistica, in specie pragmatica, di alcune norme attributive del potere. Si procederà nell'analisi di alcune specifiche norme al fine di dimostrare quanto sino ad ora solo teoricamente ipotizzato ovvero che, innanzi alla vaghezza della norma attributiva del potere, l'interprete, per definire la sua portata semantica e dunque l'effettiva estensione del potere amministrativo, deve porre in essere una strategia pragmatica chiamando in causa il contesto.

2. L'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e i criteri di aggiudicazione dell'appalto: l'offerta economicamente più vantaggiosa e il prezzo più basso

L'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 disciplinante i criteri di aggiudicazione dell'appalto costituisce una disposizione particolarmente interessante per indagare la prospettiva di studio proposta in questo lavoro.

Prima di procedere all'analisi linguistica della norma si rende necessaria una breve ricognizione sulla tematica relativa ai criteri di aggiudicazione nell'ambito delle commesse pubbliche.

Guardando ai criteri di aggiudicazione dei contratti pubblici in una prospettiva diacronica un dato risulta evidente. Se il criterio del prezzo più basso era in origine il criterio cardine che le Pubbliche Amministrazioni dovevano seguire

nell'aggiudicazione dei contratti pubblici, alla luce delle spinte europee il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa assume nel corso del tempo sempre maggiore rilevanza, fino a diventare nell'attuale assetto legislativo il criterio generale e prioritario.

Il nostro ordinamento, a partire dalla Legge sulla Contabilità dello Stato (R.D. 18 novembre 1923, n. 2440), che costituisce la prima disciplina della materia e poi con la Legge Merloni (L. 11 febbraio 1994, n. 104) che nasce come risposta al fenomeno di Tangentopoli, è decisamente orientato verso la preferenza del criterio del prezzo più basso¹.

Senonché, ad un certo momento, le spinte europee diventano così forti da mettere in discussione quella che è tradizionalmente la *ratio* sottesa alla disciplina dei contratti pubblici. L'influenza europea impone infatti che le regole che presidiano il settore dei contratti pubblici non possano avere di mira solamente la tutela delle finanze pubbliche imponendo sempre alla stazione appaltante la scelta che implichi il minimo esborso economico ma è necessario che tali regole garantiscano l'aggiudicazione delle commesse pubbliche ad operatori economici effettivamente competitivi anche sul piano qualitativo, dando così piena attuazione al principio della libera concorrenza.

In tale prospettiva si pongono, da un canto, la condanna da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee² della disciplina nazionale nella parte in cui non permette alla stazione appaltante di poter scegliere tra i due criteri di aggiudicazione dell'appalto, dall'altro, le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Dal recepimento di tali Direttive nasce l'art. 81, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163³, il quale stabilisce che la selezione delle offerte debba avvenire sulla base di due

¹L'art. 21, co. 2 L. 11 febbraio 1994, n. 104, limita infatti il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ad ipotesi residuali e tassative come l'aggiudicazione mediante appalto – concorso e l'affidamento mediante licitazione privata.

²Corte Giust., 7 ottobre 2004, C. – 247/2002, in *Urbanistica e app.*, 2004, pp. 1267 ss., con nota di R. DE NICTOLIS, *La Corte CE e l'art. 21, legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione.*

³Per un approfondimento si rinvia a R. DE NICTOLIS, *I criteri di aggiudicazione*, in R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella Legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, pp. 697 ss.; F. MASTROVITI, *Articolo 81 criteri per la scelta dell'offerta migliore*, in G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI, (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013, pp. 1101 ss.; G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la*

criteri: quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la cui scelta è rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante alla luce delle specifiche caratteristiche del singolo contratto da aggiudicare⁴.

Il criterio del prezzo più basso, imponendo all'Amministrazione di considerare per la scelta del contraente, quale unico elemento di valutazione, il prezzo, ben si attaglia ad oggetti contrattuali semplici e pienamente predeterminati dalla stazione appaltante.

Innanzitutto invece a oggetti contrattuali più complessi che impongono di considerare una pluralità di elementi come, ad esempio, la qualità, il pregio estetico, le caratteristiche funzionali, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, ecc.⁵, la scelta più opportuna sarà quella del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁶. Ne consegue che, in tale ipotesi, la definizione dell'oggetto del

verifica dell'anormalità (artt. 81 – 89), in M. CLARICH, (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, pp. 449 ss.; F. SOLURI, *L'aggiudicazione del contratto*, in I. BOCCUZZI, S. GALLO, (a cura di), *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 171 ss.; P. PIVA, *Criteri di aggiudicazione*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA, (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, I, pp. 779 ss.

⁴D. SENZIANI, *Discrezionalità della Pubblica Amministrazione e offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Riv. trim. appalti*, 2013, pp. 901 ss.

⁵Si precisa che l'elencazione degli elementi da valutare, quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, contenuta all'art. 83, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non ha carattere tassativo.

⁶In questi termini si pone anche la giurisprudenza amministrativa. Precisamente, in tal senso T.a.r. Sicilia, Catania, 10 luglio 2015, n. 1904, «L'Amministrazione gode di ampia discrezionalità nell'effettuare le scelte in ordine ai criteri di aggiudicazione a norma dell'art. 81, c. 2 del D.lgs. 163/2006. L'operata scelta del criterio del prezzo più basso non presenta carattere di illogicità né appare violativa dei principi di buona amministrazione cui l'Ente pubblico è tenuto ad uniformarsi, posto che la *lex specialis* di gara ha precisato e puntualizzato le modalità di esecuzione del servizio, prevedendo precisi obblighi per la preparazione dei pasti in base alle tabelle dietetiche e per la consegna degli stessi. A tali modalità di esecuzione deve essere rapportata l'offerta di tutte le ditte partecipanti a pena di inammissibilità dell'offerta stessa, ove difforme, residuando in capo all'ente appaltante *soltanto la valutazione del prezzo più favorevole (a parità di servizio offerto) al fine di individuare il contraente cui affidare il servizio*»; T.a.r. Sicilia, Palermo, 26 giugno 2008, n. 853, «Il limite che pone la norma (l'art. 81, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) è quindi quello dell'adeguatezza, della logicità e della ragionevolezza del sistema prescelto in relazione alle caratteristiche dell'appalto desumibili dalle prescrizioni del bando di gara e del capitolato speciale. In sostanza ogniqualvolta l'oggetto del contratto sia *oltremodo elementare e standardizzato si giustificherà la scelta del criterio del prezzo più basso; al contrario, qualora l'oggetto del contratto sia più articolato, di talché occorre tenere conto di una pluralità di elementi, anche qualitativi, e non solo del prezzo, la scelta dovrà orientarsi verso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*»; Cons. Stato, sez. V, 3 dicembre 2010, n. 8408 che «La scelta tra i criteri che sono quindi astrattamente equiordinati, deve orientarsi tenendo presente l'unicità e l'automatismo del criterio del prezzo più

contratto dipende almeno in parte dalle caratteristiche delle offerte presentate dai concorrenti⁷.

Il criterio del prezzo più basso è con chiara evidenza un criterio più semplice e veloce mentre quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dovendo tenere in conto vari elementi, impone una valutazione più complessa da parte della stazione appaltante che implica un certo appesantimento della procedura di gara.

Resta comunque da sottolineare che nella vigenza del precedente codice i due criteri di selezione delle offerte risultano essere pienamente equiordinati e fungibili.

La situazione così sommariamente descritta cambia sensibilmente con l'emanazione della Direttiva 2014/24/UE.

Alla luce dei Considerando 89 e 90 della Direttiva 2014/24/UE emerge infatti un evidente cambio di rotta del legislatore europeo che vira verso la preferenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁸.

In tal senso si pone, ovviamente, la disciplina interna di recepimento e in particolare l'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

L'art. 95 del nuovo Codice dei contratti pubblici stabilisce infatti che il criterio primario che le stazioni appaltanti devono seguire per l'aggiudicazione dell'appalto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tuttavia la nozione di offerta economicamente più vantaggiosa assume, alla luce del nuovo codice⁹, una nuova fisionomia.

basso e la pluralità e variabilità dei criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quali il prezzo, la qualità, il pregio tecnico, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, ecc. Pertanto, è da considerare manifestamente *illogica la scelta del criterio del prezzo più basso* quando la legge di gara attribuisca rilievo ad aspetti qualitativi variabili dell'offerta, in riferimento al particolare valore tecnologico delle prestazioni, al loro numero, al livello quantitativo e qualitativo dei servizi di formazione del personale e di manutenzione delle apparecchiature. In questi casi la pluralità di elementi presi in considerazione dalla *lex specialis* si pone in contrasto con la caratteristica unicità del criterio del prezzo più basso comportando la violazione degli articoli 81 e 82 del D.lgs. n. 163 del 2006» (corsivi nostri).

⁷Così G. FONDERICO, *op. cit.*, p. 458 ss.

⁸Rileva la Direttiva 2014/24/UE al considerando 90 che «Al fine di incoraggiare maggiormente l'orientamento alla qualità degli appalti pubblici, dovrebbe essere consentito agli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora lo ritengano appropriato».

⁹Si legge infatti al Considerando 89 della Direttiva 2014/24/UE che «Per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione attualmente noto come "offerta economicamente più vantaggiosa" nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, occorre utilizzare un termine diverso per tradurre tale concetto, "il miglior rapporto qualità - prezzo"».

Se infatti fino ad oggi il contratto era aggiudicato alla luce di due criteri, ovvero quello del prezzo più basso, che considera solo il prezzo e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che considera vari elementi tra cui il prezzo facendo così ricadere la scelta sull'offerta complessivamente più conveniente, oggi l'espressione «offerta economicamente più vantaggiosa» acquista un rinnovato senso.

L'offerta economicamente più vantaggiosa non si riferisce infatti più ad un mero criterio di aggiudicazione del contratto ma costituisce una formula generale, un contenitore in cui rientrano una serie di “sub-criteri” su cui basare l'aggiudicazione. Detto in altri termini i contratti pubblici sono oggi aggiudicati alla luce del principio generale dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ossia a quella che risulta essere l'offerta più conveniente.

L'offerta più conveniente si concretizza però alla luce di vari parametri. Precisamente la stazione appaltante potrà considerare:

- a) il miglior rapporto qualità prezzo, che coincide con il precedente criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- b) il solo prezzo, che coincide con il tradizionale criterio del prezzo più basso;
- c) il rapporto costo/efficacia (o costo di ciclo di vita) *ex art.* 96 D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che costituisce un criterio nuovo;
- d) il criterio fondato sul prezzo/costo sulla cui base gli operatori competeranno solo in base a criteri qualitativi, che costituisce anch'esso un criterio di aggiudicazione non precedentemente previsto¹⁰.

Ne consegue che, alla luce del nuovo codice, la scelta deve essere orientata verso quella che è l'offerta economicamente più vantaggiosa da valutarsi però alla luce di

¹⁰L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, p. 856; F. SOLURI, *op. cit.*, pp. 200 ss.; C. DE MASI, *Criteri di aggiudicazione e offerte animale*, in *Riv. trim. appalti*, 2015, pp. 212 ss.; F. SCIAUDONE, *Le nuove procedure di aggiudicazione e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in C. CONTESSA, D. CROCCO, (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni: il D.lgs. 50 del 2016 commentato articolo per articolo*, Roma, 2016, pp. 73 ss.; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici: appalti e concessioni dopo il D.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, pp. 1330 ss.; E. SOPRANO, *Le novità in materia di procedure di affidamento e criteri di aggiudicazione*, in M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDELLI, (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, pp. 91 ss.

una serie di variabili la cui scelta è rimessa all'Amministrazione in relazione al singolo appalto.

Invero, nella scelta di tali "sub-criteri" la stazione appaltante non è affatto libera. L'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 accorda infatti valore preminente al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, *rectius* al miglior rapporto qualità prezzo.

Se dunque il criterio del miglior rapporto qualità prezzo costituisce la regola generale di aggiudicazione dei contratti pubblici, l'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede una serie di eccezioni che meritano di essere analizzate¹¹.

In tale prospettiva, particolarmente interessanti risultano le previsioni di cui ai commi 3° e 4°.

Ai sensi del 4° comma il legislatore prevede che la stazione appaltante possa, e non debba,¹² aggiudicare il contratto alla luce del criterio del prezzo più basso in una serie tassativa di ipotesi¹³. Precisamente il criterio del prezzo più basso potrà essere utilizzato per gli appalti di lavori che abbiano un importo complessivo di valore non superiore a 2.000.000 di euro e per gli appalti di servizi e forniture che abbiano «caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato».

Laddove l'appalto di servizi e forniture non abbia tali caratteristiche, la stazione appaltante potrà comunque aggiudicare l'appalto utilizzando il criterio del prezzo più basso nel caso in cui l'appalto non abbia un valore superiore a 40.000 euro ovvero il suo oggetto si caratterizzi per una «elevata ripetibilità».

L'art. 95 co. 4 prevede poi una eccezione all'eccezione. Gli appalti di servizi e forniture dovranno comunque essere aggiudicati alla luce del criterio del miglior

¹¹Per un approfondimento sulla nuova disposizione si rinvia a G. AVANZINI, *I rapporti tra i criteri di aggiudicazione: le novità del Correttivo e l'immediata contestazione del bando di gara*, in *Urbanistica e app.*, 2017, 4, pp. 449 ss.; L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urbanistica e app.*, 2017, 1, pp. 24 ss., spec. 32 ss.

¹²Dandone peraltro adeguata motivazione ai sensi dell'art. 95, co. 5° D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹³Per un'analisi delle garanzie che il nuovo sistema legislativo prevede al fine di un corretto utilizzo del criterio del prezzo più basso da parte delle stazioni appaltanti si rinvia a C. DEODATO, *L'estensione dell'ambito applicativo del criterio del massimo ribasso: una scelta giusta*, in https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/.../nsiga_4352847.docx; nonché G. AVANZINI, *op. cit.*, p. 450.

rapporto qualità prezzo se connotati da «notevole contenuto tecnologico», ovvero abbiano «carattere innovativo».

Individuate le ipotesi tassative a fronte delle quali la stazione appaltante può ricorrere al criterio del prezzo più basso, resta da analizzare la previsione di cui al 3° comma.

Il legislatore prevede infatti che debbano «esclusivamente» essere aggiudicati ricorrendo al criterio del migliore rapporto qualità/prezzo i contratti relativi a servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché i «servizi ad alta intensità di manodopera». La stessa sorte è prevista per i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di «natura tecnica e intellettuale» di importo superiore a 40.000 euro.

È da evidenziare come quest'ultima previsione si coordini perfettamente con l'eccezione all'eccezione prevista dall'ultima parte dell'art. 95, co. 4°, lett. c) D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Alla luce di questa breve ricostruzione, risulta chiaro che la disposizione oggetto della nostra analisi si connota per una struttura particolarmente complessa, foriera di sicuri problemi interpretativi¹⁴.

La complessità della disposizione non dipende esclusivamente dalla scelta di basare l'individuazione del criterio di aggiudicazione su un intreccio tra regola, eccezioni alla regola, eccezioni alle eccezioni e la previsione di cui al 3° comma che prevede un obbligo speciale di utilizzo del criterio del miglior rapporto qualità - prezzo in determinate ipotesi di appalto senza che risulti peraltro chiaro se si tratta di una disposizione derogabile o inderogabile¹⁵.

¹⁴Si dà atto che tale disposizione è stata oggetto di un vivace contrasto giurisprudenziale relativo alla possibilità o meno di poter impugnare immediatamente il bando di gara in relazione al criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante, senza dover dunque attendere l'atto applicativo. La questione esula dalla presente trattazione tuttavia per una sua ricognizione si rinvia a G. AVANZINI, *op. cit.*, pp. 453 ss.; A. DI CAGNO, *Immediata impugnabilità del bando di gara sul criterio di valutazione dell'offerta*, in *Urbanistica e app.*, 2018, 1, pp. 101 ss.; nonché a Cons. St., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4.

¹⁵Nel caso in cui il contratto sia sussumibile sia nel 3° che nel 4° comma dell'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, propende per la prevalenza del IV comma ravvisandovi una deroga all'obbligo speciale di aggiudicazione, T.a.r. Veneto, 13 novembre 2017, n. 1025; T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, 25 febbraio 2017, n. 166; T.a.r. Abruzzo, 13 gennaio 2017, n. 30; propendono invece per l'inderogabilità del III comma T.a.r. Lombardia, Brescia, 18 dicembre 2017, n. 1449; T.a.r.

Se si analizza tale disposizione dal punto di vista linguistico emerge che il sistema che governa i criteri di aggiudicazione degli appalti si fonda su termini che si connotano per una evidente vaghezza.

In tal senso, i termini “standardizzate”, “elevata” ripetibilità, “notevole” contenuto tecnologico, carattere “innovativo”, “alta intensità” di manodopera.

Evidenziati i profili di vaghezza che caratterizzano la disposizione in esame resta da indagarne gli effetti nella vita applicativa della stessa.

2.1 Il criterio del prezzo più basso e gli appalti di servizi e forniture con caratteristiche standardizzate: vaghezza, contesto e interpretazione

In generale la vaghezza pone, come ampiamente visto, la difficoltà per l'interprete di ricondurre nell'alveo del significato del termine alcune fattispecie *borderline*.

Innanzitutto all'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 i problemi che la vaghezza pone aumentano.

La scelta del legislatore di costruire il sistema di regole per l'individuazione dei criteri di aggiudicazione su elementi linguistici vaghi determina infatti la possibilità che alcuni oggetti contrattuali, nella loro manifestazione concreta, possano essere astrattamente riconducibili a diversi criteri di aggiudicazione. Detto in altri termini le regole che governano il riparto dei criteri di aggiudicazione si fonda su termini vaghi che si caratterizzano per avere un nucleo duro di significato e una frangia, un alone di significato dai confini sfumati. Da ciò deriva non solo il problema per l'interprete di determinare l'effettiva area del significato di tali termini e dunque, ad esempio, stabilire quali contratti possono o meno dirsi standardizzati e dunque aggiudicabili in base del criterio del minor prezzo, ma anche la possibilità che vi siano, nella realtà concreta, oggetti contrattuali riconducibili nella frangia di significato dei diversi termini vaghi utilizzati dalla disposizione.

Basilicata, 27 settembre 2017, n. 612; T.a.r. Lazio, Roma, 13 dicembre 2016, n. 12439; T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, 30 novembre 2016, n. 1186.

Ne consegue che, alla luce della vaghezza che connota l'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, lo stesso contratto può astrattamente avere, ad esempio, caratteristiche standardizzate ma anche un elevato contenuto tecnologico nonché caratterizzarsi per un'alta intensità di manodopera.

In queste ipotesi la riconduzione da parte dell'interprete nella sfera semantica di uno dei termini e non in un altro ha come effetto non banale quello di far mutare il criterio di aggiudicazione dell'appalto. Si rende pertanto necessario verificare che cosa spinga l'interprete a ricondurre la medesima tipologia contrattuale nella sfera semantica di un termine vago piuttosto che in un altro.

L'ipotesi che intendiamo dimostrare è che per definire la portata semantica dei termini vaghi presenti all'art. 95 D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e, dunque, per individuare il criterio di aggiudicazione del contratto, l'interprete ultimo della norma attributiva del potere, ossia il giudice amministrativo, debba porre in essere una strategia pragmatica chiamando in causa il «contesto», ovvero il «contesto situazionale», la «situazione» e dunque la concreta cornice ambientale, i fatti e l'«intertesto» ovvero tutti i testi che in vario modo sono collegati con il testo di riferimento¹⁶.

L'art. 95, co. 4° lett. b), D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevede che gli appalti di servizi e forniture possano essere aggiudicati ricorrendo al criterio del prezzo più basso laddove presentino caratteristiche «standardizzate».

La definizione dell'aggettivo «standardizzato» è centrale per l'applicabilità del criterio eccezionale di aggiudicazione. La stazione appaltante deve infatti chiedersi quando un appalto possa dirsi standardizzato e dunque aggiudicabile ricorrendo al criterio del prezzo più basso.

Dal punto di vista linguistico «standardizzato» significa «conforme ad un livello medio di serie, privo di caratteri distintivi o di personalità per eccessiva uniformità con un tipo o livello medio»¹⁷. Alla luce della definizione comune l'appalto standardizzato dovrebbe sostanziarsi in un contratto con oggetto uniforme,

¹⁶F. SABATINI, *Analisi del linguaggio giuridico. Il testo normativo in una tipologia generale dei testi*, in M. D'ANTONIO, (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi, 1988-1989*, Padova, p. 680.

¹⁷G. DEVOTO, G.C. OLI, voce *Standardizzato*, in *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1971.

conforme ad un tipo che non si caratterizza per profili di particolare peculiarità e originalità.

Tuttavia tale definizione non risulta particolarmente esaustiva per l'interprete essendo una definizione che a sua volta si connota per evidenti profili di vaghezza. Si pensi, ad esempio, al concetto di conformità, di uniformità, a cosa debba intendersi per carattere distintivo.

È importante sottolineare che il problema della vaghezza del definente costituisce un limite classico che le definizioni hanno nella gestione dell'indeterminatezza semantica dei termini definiti.

Posta la vaghezza del termine e i limiti della definizione comune, l'interprete per uscire dall'*impasse* interpretativa deve fare, secondo la nostra ipotesi, ciò che per i linguisti fa il comune destinatario di un messaggio comunicativo veicolato da termini vaghi ovvero porre in essere la strategia pragmatica e dunque chiamare in causa l'intertesto.

Se partiamo dall'"intertesto" non si può prescindere dal contributo dato dalle Linee Guida non vincolanti dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)¹⁸.

Con tali Linee guida l'ANAC si è fatta carico di chiarire cosa debba intendersi per servizi e forniture «con caratteristiche standardizzate»¹⁹.

Precisamente per l'ANAC deve ravvisarsi il carattere standardizzato nei servizi e nelle forniture che, «con riferimento alla *prassi produttiva* sviluppatasi nel mercato di riferimento, *non sono modificabili* su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali».

Devono dunque ritenersi standardizzati quei contratti aventi ad oggetto prestazioni che non sono modificabili a richiesta della stazione appaltante perché

¹⁸ANAC, Delibera n. 2, 14 maggio 2018 di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" consultabili su <http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Atti/Delibere/2018/LineeGuida.n.2.OEPV.aggiornate.correttivo.pdf>.

¹⁹Tali linee guida hanno peraltro chiarito cosa debba intendersi per contratti «caratterizzati da elevata ripetibilità». Precisamente, sono da considerarsi ad elevata ripetibilità gli appalti che «soddisfano esigenze generiche e ricorrenti connesse alla normale operatività della stazione appaltante, richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di assicurare la continuità della prestazione».

fisse, vincolate a *standards* tecnici e contrattuali. È proprio questa peculiarità che giustifica il ricorso al prezzo più basso.

Infatti, innanzi a contratti aventi ad oggetto prestazioni fisse, predeterminate e dunque già conosciute dalla stazione appaltante in fase di predisposizione del bando, non ha rilevanza considerare, in sede di aggiudicazione, aspetti dell'offerta diversi dal prezzo²⁰.

Seppur le Linee Guida ANAC forniscono delle mere indicazioni generali che non sono in grado di prevenire tutta una serie di problemi interpretativi che, in concreto, si stanno manifestando²¹, ragionando in una prospettiva linguistica, alla luce della giurisprudenza amministrativa, non può disconoscersi il peso che tali Linee Guida, *rectius* "intertesto", hanno avuto nel delimitare il perimetro semantico dell'aggettivo standardizzato.

Dall'analisi della giurisprudenza emerge infatti, nella definizione delle caratteristiche standardizzate che legittimano il ricorso al criterio del prezzo più basso, un costante riferimento al carattere vincolato delle prestazioni oggetto dell'appalto e dunque una loro preconnoscenza da parte della stazione appaltante.

Per la giurisprudenza amministrativa, grazie all'influenza dell'intertesto – Linee Guida, costituisce un elemento essenziale per poter riconoscere la caratteristica della standardizzazione la previsione precisa e puntuale nel bando e nel capitolato speciale da parte della stazione appaltante delle prestazioni oggetto del contratto.

In tal senso il Consiglio di Stato, sez. III, 13 marzo 2018, n. 1609, con riferimento alla qualificazione dell'appalto di servizi di vigilanza antincendio, attribuisce valore preminente per ravvisare la standardizzazione alla necessità che le prestazioni contrattuali siano previste dettagliatamente nella *lex specialis* e nei capitolati d'onori. Rileva il Tribunale che la stazione appaltante è legittimata a ricorrere al criterio del minor prezzo per l'affidamento di servizi e forniture che sono «strettamente vincolate a precisi ed inderogabili *standards* tecnici o contrattuali e

²⁰In tale prospettiva, rileva infatti l'ANAC, che le stazioni appaltanti possono, in definitiva, ricorrere al più agevole criterio del minor prezzo quando «le condizioni di offerta sono tali da imporre, di fatto, l'acquisto di beni o servizi con *condizioni note* alla stazione appaltante [...]» (corsivo nostro).

²¹Sul punto si rinvia a G. AVANZINI, *op. cit.*, pp. 451 ss.; L.R. PERFETTI, (a cura di), *op. cit.*, pp. 837 ss.

per le quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate. In tali casi può prescindersi da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, in quanto questa viene *fissata inderogabilmente a priori dal committente nell'allegato tecnico*». In relazione a tali oggetti contrattuali non vi è dunque «alcuna ragione né utilità di far luogo ad un'autonoma valutazione e valorizzazione degli elementi non meramente economici delle offerte, perché queste, proprio perché strettamente assoggettati allo *standard*, devono assolutamente coincidere tra le varie imprese».

Ciò posto il Consiglio di Stato respinge il ricorso con cui si lamentava la scorretta applicazione dell'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e dunque la riconducibilità del contratto nell'ambito degli appalti ad alta intensità di manodopera, rilevando che «Tutte le azioni di servizio antincendio sono *puntualmente specificate nel capitolato speciale*, proprio al fine di impedire possibili pericolose deficienze nell'attività di prevenzione». Precisamente sono indicate una serie di prestazioni che si connotano per una certa ripetitività operativa e temporale come «l'attività di ronda, di ispezione (es. uscite di emergenza e vie di esodo), di verifica (es. maniglie antipanico, illuminazione di emergenza, pulsanti di allarme, segnaletica di sicurezza, ecc.), di controllo (es. valvole di intercettazione gas infiammabili, porte REI, checkup estintori, dispositivi di primo soccorso, ecc. ecc.)».

Nella stessa direzione si pone, tra gli altri²², il T.a.r. Lazio, Roma, 7 agosto 2017, n. 9249 il quale, avallando la scelta della stazione appaltante di aggiudicare con il

²²Un preminente valore per la riconduzione del contratto a quelli con caratteristiche standardizzate alla preconnoscenza delle prestazioni contrattuali da parte della stazione appaltante e dunque alla loro precisa previsione nel bando e nei capitolati d'oneri, si rinviene espressamente anche in T.a.r. Puglia, Lecce, 23 aprile 2018, n. 718 il quale rileva, respingendo il ricorso e dunque riconoscendo la corretta qualificazione del contratto a quelli con caratteristiche standardizzate aggiudicabili sulla base del minor prezzo, che «l'Amministrazione, nella propria lettera di invito e nelle "condizioni particolari di contratto", ha puntualmente indicato le condizioni tecniche richieste per l'esecuzione del servizio, specificando dettagliatamente i tempi, le modalità e il numero di operatori. Ad esempio, [...] è stata prevista la presenza di n. 4 guardie armate dal lunedì al sabato dalle ore 7,30 alle 17, 30 e la presenza per 24 ore di n. 1 guardia armata, individuando anche il fabbisogno massimo settimanale e il fabbisogno mensile. È stato inoltre specificato che il "servizio di vigilanza armata diurna agli ingressi delle strutture giudiziarie degli uffici ubicati via (omissis) sarà svolto anche mediante l'utilizzo e la gestione degli apparati di controllo degli accessi (metal detectors a transito - scanner RX per il controllo di borse e bagagli) già in fase di acquisizione e installazione"; sono stati previsti specificatamente i requisiti del personale addetto [...]; è stato specificatamente individuato l'equipaggiamento [...]; sono state previste infine ulteriori prescrizioni relative al comportamento

più agevole criterio del prezzo più basso, rileva che «il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso può essere utilizzato, in particolare, quando le caratteristiche della prestazione da eseguire sono già *ben definite dalla Stazione appaltante nel capitolato d'onori*, in cui sono *previste tutte le caratteristiche e condizioni della prestazione pertanto il concorrente deve solo offrire un prezzo*».

Alla luce di tali esempi pare dimostrata l'ipotesi iniziale da cui siamo partiti ossia l'incidenza della pragmatica e, in particolare, dell'«intertesto» nella definizione della portata semantica dell'aggettivo standardizzato.

È infatti evidente che il giudice amministrativo per definire il contratto con caratteristiche standardizzate e dunque concludere per la legittimità della scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso richieda, grazie all'influenza delle Linee Guida, la presenza di un elemento aggiuntivo, ossia la previsione puntuale delle prestazioni contrattuali nel bando e nel capitolato speciale, estraneo al significato semantico dell'aggettivo standardizzato *ex se* considerato.

Ne consegue, in definitiva, che grazie all'influenza dell'intertesto affinché ad un appalto di servizi e forniture possa riconoscersi il carattere standardizzato è necessario:

- a) che la stazione appaltante non possa chiedere la modifica delle prestazioni;
- b) che la stazione appaltante conosca le prestazioni contrattuali a prescindere dalla presentazione delle offerte dei partecipanti alla gara;
- c) che la stazione appaltante, proprio perché già le conosce, ne faccia menzione espressamente e analiticamente nel bando o nel capitolato d'onori speciale.

A queste condizioni il giudice amministrativo ammette la possibilità di aggiudicare il contratto con il criterio del prezzo più basso, essendo infatti in tali

che deve tenere il personale [...], la G.P.G. in servizio ha il compito di stazionare all'intero della guardiola all'uopo predisposta -ove presente- effettuando funzione di filtro per le persone in entrata ed in uscita dalla struttura (*access-controll*). La G.P.G. in servizio inoltre dovrà effettuare ispezioni sul perimetro esterno della struttura per verificarne l'integrità; avrà cura inoltre, di annotare su apposito registro le operazioni che ha compiuto nel corso del suo turno di servizio". In sostanza, *sono stati fissati compiutamente, nella lex specialis di gara, elementi predefiniti e condizioni standardizzate, con conseguente sussistenza di tutte le condizioni richieste per l'applicazione del minor prezzo in conformità alle disposizioni citate*» (corsivi nostri).

ipotesi il prezzo l'unico elemento di possibile differenziazione tra le varie offerte e dunque l'unico elemento nella sostanza da valutare.

Procedendo con l'analisi linguistica dell'art. 95 co. 4, lett. b), D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è importante poi indagare il ruolo assolto dal "contesto" nella definizione del significato dell'aggettivo standardizzato.

Se l'intertesto - linea guida incide sulla definizione dell'aggettivo standardizzato richiedendo la puntuale previsione nel bando e nel capitolato delle specifiche prestazioni contrattuali, il bando e il capitolato speciale costituiscono una componente della cornice ambientale, fattuale in cui si inserisce la singola procedura di evidenza pubblica. Il bando e il capitolato speciale costituiscono dunque il contesto di riferimento della singola procedura di evidenza pubblica.

Come già anticipato l'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ha una struttura complessa connotandosi per un intreccio tra regola, eccezioni, eccezioni alle eccezioni, obblighi speciali di ricorso al criterio del miglior rapporto qualità prezzo che si fondano su espressioni linguistiche vaghe e dunque dalla portata semantica sfumata.

Ai sensi dell'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, comma 4, lett. b) i contratti di servizi e forniture con caratteristiche "standardizzate" possono essere aggiudicati con il criterio del minor prezzo; ai sensi dell'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, comma 3, lett. a) i contratti relativi a servizi ad "alta intensità" di manodopera devono essere aggiudicati ricorrendo al criterio del miglior rapporto qualità prezzo; ai sensi dell'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, comma 4, lett. c) i contratti aventi ad oggetto i servizi e le forniture che si caratterizzano per un "notevole" contenuto tecnologico o per un carattere "innovativo" vanno aggiudicati, in deroga al criterio del minor prezzo, con quello del miglior rapporto qualità - prezzo

Ciò che ci proponiamo di evidenziare è che alla luce della vaghezza che connota il sistema dei criteri di aggiudicazione, la Pubblica Amministrazione, sfruttando gli aloni di significato dei vari termini vaghi quali "standardizzato", "alta intensità" di manodopera, "notevole" contenuto tecnologico, riesce a far rientrare il medesimo contratto in uno o nell'altra categoria.

Tale circostanza determina la possibilità per la Pubblica Amministrazione di poter scegliere il criterio di aggiudicazione ad essa più confacente ossia il più snello ed agevole criterio del prezzo più basso. Detto in altri termini la Pubblica Amministrazione sfruttando le maglie della vaghezza che connota le regole che governano i criteri di aggiudicazione dei contratti pubblici tende ad ampliare la portata semantica dell'aggettivo standardizzato limitando in tal modo l'operatività del criterio del miglior rapporto qualità - prezzo.

Il giudice amministrativo, chiamato a stabilire l'effettiva portata semantica dei termini vaghi che connotano i presupposti applicativi dei vari criteri di aggiudicazione, dovrà conoscere di questi scivolamenti semantici volti ad ampliare il perimetro del significato del termine "standardizzato" e quindi orientati a garantire l'applicazione del criterio di scelta del contraente più agevole per la stazione appaltante.

Per fare ciò centrale è il ruolo del contesto, della situazione ambientale di riferimento, delle concrete peculiarità del fatto e dunque, in definitiva, le caratteristiche del singolo contratto da aggiudicare che si desumono dalle previsioni della *lex specialis*.

Un esempio chiarirà quanto detto. Dall'analisi della giurisprudenza amministrativa pare infatti emergere un contrasto interpretativo sulla qualificazione di un particolare oggetto contrattuale.

Accade molto spesso che le Pubbliche Amministrazioni abbiano degli autoveicoli in dotazione. Questo impone all'Amministrazione di stipulare contratti per la manutenzione degli autoveicoli. In particolare si tratterà di un servizio di manutenzione e riparazione e una fornitura dei pezzi di ricambio. La tipologia di contratto è dunque la medesima. Resta però da capire se tale contratto sia:

- a) un contratto con caratteristiche standardizzate;
- b) un contratto ad alta intensità di manodopera;
- c) un contratto con notevole contenuto tecnologico.

È chiaro che sussumere tale contratto nel perimetro semantico dell'aggettivo "standardizzato" determinerà la sua aggiudicazione con il criterio del minor prezzo,

in quello di “alta intensità di manodopera” e “notevole contenuto tecnologico”, con il criterio del miglior rapporto qualità - prezzo.

Per un primo minoritario orientamento tale tipologia di contratto deve essere ricondotto nell'alveo dell'art. 95 co. 4, lett. c) ultima parte, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ossia negli appalti che si caratterizzano per un notevole contenuto tecnologico. In tal senso si pone il T.a.r. Lombardia, Brescia, 20 aprile 2018, n. 434, T.a.r. Toscana, 8 marzo 2018, n. 356, nonché il T.a.r. Lombardia, Brescia, 18 dicembre 2017, n. 1449.

Dall'analisi di tali pronunce emerge che il giudice amministrativo giunge a escludere la legittimità del criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante, ovvero il prezzo più basso, sulla base di due argomentazioni.

Alla luce delle concrete prestazioni oggetto dell'appalto di servizi posto a base della gara, questo orientamento, da un lato esclude la loro natura standardizzata, dall'altro ritiene prevalente il carattere tecnologico delle stesse.

Per quanto concerne il primo profilo, il giudice amministrativo ritiene che seppur non si possa disconoscere che le prestazioni contrattuali presentino dei profili di standardizzazione tale carattere non può ravvisarsi nell'attività di manutenzione ordinaria e straordinaria degli autoveicoli. Tali attività richiedono infatti da parte dell'impresa aggiudicataria l'esercizio di una notevole discrezionalità operativa.

In tal senso, il T.a.r. Lombardia, Brescia, 18 dicembre 2017, n. 1449, precisa che la prestazione richiesta « involge - soprattutto per quanto concerne la c.d. “manutenzione straordinaria” (propria del profilo di meccanico/elettrauto), nonché in ordine alla scelta delle "necessarie precauzioni atte ad ottimizzare il consumo" dei pneumatici, per quanto riguarda il profilo di gommista - lo svolgimento di apprezzamenti che, a fronte di guasti e/o malfunzionamenti e/o usura delle autovetture (o di componenti delle stesse), ne individuino la causa genetica e, conseguentemente, le tipologie di intervento suscettibili di essere nel caso concreto adottate. Il notevole *range* di discrezionalità (*rectius* l'ampiezza degli ambiti di scelta con riferimento alla diversificata tipologia degli interventi suscettibili di essere adottati, nonché - ed è elemento di valutazione affatto rilevante al fine di escludere la "standardizzazione" degli interventi richiesti - la scelta degli strumenti

di diagnostica e le connesse competenze di carattere tecnologico) attribuito ai singoli offerenti circa le modalità di organizzazione per l'esecuzione del servizio rende le offerte ontologicamente eterogenee e, quindi, logicamente insuscettibili di essere graduate attraverso il mero criterio del prezzo più basso».

Per giungere a tale conclusione, ed è questo che rileva ai nostri fini, il giudice amministrativo guarda al preciso contesto situazionale in cui si inserisce il contratto: il bando di gara.

Per tale orientamento l'appalto di servizio di manutenzione e riparazione e la fornitura dei pezzi di ricambio non è un contratto standardizzato aggiudicabile con il minor prezzo perché involge prestazioni non fisse ma discrezionalmente definibili dall'impresa e ciò viene ricavato dalle previsioni della *lex specialis*.

In tal senso il T.a.r. Toscana, 8 marzo 2018, n. 356 rileva che «Dall'esame degli atti di gara non è possibile evincere l'esistenza di un grado di dettaglio delle prestazioni, tanto da rendere "standardizzata" l'attività oggetto del servizio di affidamento, mancando una definizione del servizio e, nel contempo, risultando astrattamente ammissibile la possibilità di miglioramenti, così come la facoltà delle imprese partecipanti di introdurre una diversificazione delle modalità di svolgimento del servizio».

Grazie alla sinergia dell'intertesto (la Linea guida ANAC) e del contesto (*lex specialis*) il giudice amministrativo giunge dunque, da un lato, ad escludere la riconducibilità di tale contratto nella sfera semantica dell'aggettivo standardizzato, dall'altro, a dare prevalenza agli aspetti tecnologici che caratterizzano le prestazioni contrattuali. Il T.a.r. Toscana, precedentemente citato, ritiene infatti «evidente che l'attività di manutenzione degli autoveicoli non può che essere condizionata dalla competenza e l'esperienza professionale della manodopera, dalla qualità degli strumenti *hardware* e *software* per la ricerca dei guasti e la risoluzione dei problemi, elementi questi ultimi che astrattamente, e in mancanza di un'espressa regolamentazione di gara, sono suscettibili di incidere sulla valutazione della tipologia di intervento da eseguire».

A conclusioni diametralmente opposte giunge invece la giurisprudenza prevalente che ritiene sussumibile tale tipologia contrattuale nella nozione di contratto con caratteristiche standardizzate.

Orientati in tal senso sono il T.a.r. Veneto, 21 giugno 2018, n. 673, il T.a.r. Lombardia, Milano, 31 maggio 2018, n. 1378, il T.a.r. Lazio, Roma, 6 marzo 2018, n. 2527, il T.a.r. Marche, 15 gennaio 2018, n. 45, il T.a.r. Toscana, 9 gennaio 2018, n. 28, il T.a.r. Toscana, 22 dicembre 2017, n. 1167, il T.a.r. Piemonte, ord., 21 dicembre 2017, n. 550, ed il T.a.r. Lombardia, Milano, ord., 24 novembre 2017, n. 1548.

Secondo questo indirizzo giurisprudenziale il contratto in questione ha effettivamente natura complessa non potendosi disconoscere la presenza di elementi di manodopera e tecnologici. Tuttavia nell'economia del contratto queste costituiscono voci inferiori. L'elemento prevalente e determinante per la sua corretta qualificazione è quello concernente il costo dei pezzi di ricambio. Posto che i pezzi di ricambio hanno caratteristiche fisse e standard il loro prezzo è predeterminato da tariffari di mercato. Ne consegue la natura standardizzata del contratto e dunque la sua aggiudicazione attraverso il criterio del prezzo più basso.

Anche questo orientamento giunge a sussumere il contratto nella portata semantica dell'aggettivo standardizzato attraverso un costante riferimento al contesto di riferimento della singola gara e in particolare al bando²³.

²³Rileva il T.a.r. Veneto, 21 giugno 2018, n. 673 che «Tale caratteristica di standardizzazione è senz'altro riscontrabile nel caso in esame alla luce delle stringenti previsioni racchiuse nell'art. 8 del capitolato speciale descrittivo e prestazionale che fa rientrare nel servizio di manutenzione e riparazione degli autoveicoli la "riparazione e manutenzione delle parti meccaniche, elettriche ed elettroniche dei veicoli" [...]; il "complesso degli interventi necessari alla effettuazione di registrazioni e controlli periodici secondo quanto indicato dalle singole case costruttrici o comunque con frequenze tali da garantire l'efficienza dei veicoli in ogni momento (cd. "tagliando")"; l' "esecuzione di revisioni e collaudi degli autoveicoli, da effettuarsi secondo norma di legge, da eseguirsi presso la MTC, ovvero presso la propria officina se all'uopo debitamente autorizzata, ovvero presso altra officina autorizzata"». Alla luce delle previsioni del bando, il Tribunale conclude che «Si tratta, all'evidenza, di operazioni definite in modo puntuale - sul piano della tempistica, dei prezzi e dei tempi di lavorazione - dalle stesse case produttrici degli autoveicoli, tanto che, dalla lettura dei documenti di gara, si trae il convincimento che la stazione appaltante abbia voluto sollecitare il confronto concorrenziale sugli aspetti (economici) concernenti i pezzi di ricambio, i materiali di consumo e il costo orario della manodopera, in difetto radicale di (rilevanti) profili qualitativi da apprezzare. Ritiene il Collegio, in altri termini, che l'affidatario del servizio in esame assuma una "obbligazione di risultato" (alla luce di quanto stabilisce il citato art. 8 del capitolato speciale), con significativa assenza di una differenziazione della prestazione finale (ed in ciò riposa

Ravvisata, alla luce delle previsioni del bando, la caratteristica della standardizzazione, questo orientamento giunge poi ad escludere la prevalenza del contenuto tecnologico sulla base di omogenee argomentazioni.

Precisamente, il T.a.r. Toscana, 9 gennaio 2018, n. 28 rileva che «il sempre maggiore ricorso a sistemi informatici di diagnosi delle anomalie e di gestione dei ricambi ormai presente anche nel settore delle riparazioni [...], non ha l'effetto di trasformare in attività intellettuale e di alta specializzazione un'attività in precedenza considerata di natura meccanica e non altamente specialistica; l'esperienza del settore meccanico e industriale evidenzia, infatti, come sia proprio il ricorso sempre maggiore all'informatica ed alle macchine ad aumentare il grado di standardizzazione anche delle attività artigianali ed operaie, così delineando un processo che è l'esatto opposto della prospettazione di parte ricorrente»²⁴.

Tirando le fila dei discorsi fino a qui svolti, dall'analisi linguistica dell'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è emerso, in primo luogo, che per la definizione della portata semantica del termine vago "standardizzato", assumono un ruolo centrale le indicazioni fornite dalle linee guide ANAC.

Grazie all'integrazione del termine con l'intertesto, affinché il contratto possa dirsi standardizzato e quindi aggiudicabile con il criterio del prezzo più basso, è necessario che le prestazioni siano previste in modo analitico nella *lex specialis*.

la "standardizzazione"), atteso che il veicolo deve essere, a seconda dei casi, mantenuto in efficienza ovvero riportato all'ordinaria funzionalità senza qualsivoglia "miglioramento" di tipo tecnico, estetico o prestazionale. Tanto è vero che l'art. 1 dello stesso capitolato stabilisce che ove si verifichi la necessità di un intervento riparativo a seguito di sinistro, per il quale vi sia il coinvolgimento di una compagnia assicuratrice, l'ente non è vincolato in via esclusiva con la ditta aggiudicataria e potrà liberamente rivolgersi ad altro operatore».

²⁴In termini, tra gli altri, T.a.r. Marche, 15 gennaio 2018, n. 45 secondo cui «Non si può ritenere che gli interventi di manutenzione periodica degli automezzi e di revisione non abbiano le caratteristiche di standardizzazione e di ripetitività a cui si riferisce l'art. 95, let. b) e c), del D.lgs. n. 50/2016. È vero che attualmente i meccanici e gli altri tecnici addetti alle officine utilizzano in via massiccia strumenti di diagnostica elettronica e sono quindi obbligati a possedere determinate abilitazioni/specializzazioni, etc., ma questo non modifica la natura delle prestazioni, specie se di tratta di quelle *routinarie* (i c.d. tagliandi e le revisioni periodiche). Né rileva il fatto che in casi particolari l'individuazione del guasto richieda una valutazione più approfondita, perché questo attiene alla complessità degli apparati presenti su un automezzo e non alla natura dell'attività svolta dal tecnico».

Tale requisito esula dalla definizione comune del termine standardizzato ma per la giurisprudenza amministrativa costituisce un elemento imprescindibile per potere aggiudicare il contratto con il criterio del prezzo più basso.

In secondo luogo si è cercato di evidenziare come attraverso la vaghezza che connota la formulazione linguistica dell'art. 95, D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (standardizzato, alta intensità di manodopera, notevole contenuto tecnologico, ecc.), alla stazione appaltante sia consentito di ricondurre il medesimo stato di fatto ovvero la medesima tipologia di contratto, nella portata semantica dei vari termini (vagli) su cui la disposizione fonda l'operatività dei diversi criteri di aggiudicazione del contratto.

Tale circostanza permette un ampliamento della sfera di operatività del criterio del prezzo più basso, ovviamente per la Pubblica Amministrazione più agevole, ma che alla luce del nuovo quadro legislativo interno ed europeo dovrebbe invece avere una latitudine minore, costituendo un mero criterio eccezionale.

Di tale situazione si fa carico in ultima analisi il giudice amministrativo il quale, per definire l'esatta portata semantica del termine standardizzato e dunque per valutare la legittimità della scelta della stazione appaltante di adottare il criterio del minor prezzo, applicherà le regole della pragmatica avvalendosi dell'ausilio del contesto e, in specie, delle concrete previsioni della *lex specialis*.

3. La licenza per porto d'armi. Introduzione

Nella disciplina legislativa della pubblica sicurezza, ed in particolare in quella concernente il permesso di porto d'armi, si rinviene un esempio ancora più evidente dell'incidenza del contesto nella definizione della portata semantica dei termini vaghi e dunque sull'effettiva estensione del potere amministrativo.

Nel nostro ordinamento giuridico la disciplina delle armi nasce da una stratificazione legislativa che vede la disciplina amministrativa e quella penale intrecciarsi, dando vita ad un quadro normativo non agevolmente decifrabile.

Il riferimento è al R.D. 18 giugno 1931, n. 773, Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza, alla Legge 18 aprile 1975, n. 110, Norme integrative della disciplina vigente per il controllo delle armi, delle munizioni e degli esplosivi, nonché ad una serie di disposizioni del codice penale²⁵ tra cui, l'art. 699 c.p. che punisce il porto abusivo delle armi, e gli artt. 585 e 704 c.p. che forniscono una definizione della nozione di arma²⁶.

Ai fini che qui interessano è necessario porre l'attenzione sui profili amministrativi della disciplina del permesso di porto d'armi.

Ai sensi dell'art. 699 c.p. e dell'art. 4, 1° comma della Legge 18 aprile 1975, n. 110, vige un generale divieto di detenzione e di porto d'armi per i cittadini.

La tutela dell'ordine pubblico e della pubblica incolumità impone infatti che la deroga a tale generale divieto sia subordinata all'adozione da parte della Pubblica Amministrazione di un provvedimento amministrativo. Sarà quindi l'Autorità Pubblica, accertata la sussistenza di determinate condizioni previste dalla legge, a concedere al privato la licenza di portare le armi e dunque a consentirne la detenzione.

Sulla natura giuridica della licenza di portare le armi si rinvengono in dottrina due posizioni²⁷.

Per il primo orientamento quello al porto d'armi costituisce per il cittadino un diritto sospensivamente condizionato all'adozione di un atto permissivo della Pubblica Amministrazione²⁸. Tale atto permissivo, fondandosi su una valutazione discrezionale, si sostanzia in un'autorizzazione.

Per il secondo orientamento, non esistendo a monte un diritto soggettivo al porto d'armi bensì un generale divieto di autotutela privata ricavabile dall'art. 24, 1°

²⁵Per una analisi della disciplina penale in materia di armi ed esplosivi si rinvia a I. RUSSO, *Legislazione in materia di armi e materie esplodenti*, in F. CARINGELLA, A. IANNUZZI, L. LEVITA, (a cura di), *Manuale di diritto di pubblica sicurezza*, 2013, Roma, pp. 463 ss.

²⁶Sulla nozione di arma si rinvia a E. D'ALESSANDRO, *Armi*, in D. PALAZZO, (a cura di), *Dizionario enciclopedico di polizia*, Latina, 1980, pp. 321 ss.; M. DI RAIMONDO, *Armi ed esplosivi – Dir. amm.*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988.

²⁷È necessario precisare che l'art. 42 T.u.l.p.s. parla di «licenza» mentre l'art. 8 della Legge 18 aprile 1975, n. 110 di «permesso». Tuttavia la diversa denominazione non incide sulla sostanza del provvedimento amministrativo.

²⁸A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, I, pp. 131 ss.

comma della Costituzione, il provvedimento amministrativo che abilita il cittadino a portare le armi andrebbe ascritto nell'ambito delle dispense amministrative, ossia in una specie estrema di provvedimenti autorizzatori²⁹.

La bontà di quest'ultima ricostruzione è confermata dalla giurisprudenza amministrativa la quale è costante nel negare l'esistenza nel nostro ordinamento giuridico di un diritto soggettivo alla detenzione e al porto d'armi con la conseguenza che tali situazioni costituiscono ipotesi derogatorie al generale divieto³⁰.

La facoltà di portare armi comuni da sparo è rimessa, ai sensi dell'art. 42 T.u.l.p.s., per l'attività venatoria (armi lunghe) all'adozione di un provvedimento del Questore e, per la difesa personale (armi corte) del Prefetto.

Resta da indagare, alla luce della disciplina positiva dettata dal R.D. 18 giugno 1931, n. 773, quali siano gli elementi che la Pubblica Amministrazione deve valutare per concedere il permesso di porto d'armi³¹.

Dal combinato disposto dell'art. 11 T.u.l.p.s. disciplinante in generale le autorizzazioni di polizia e dell'art. 43 T.u.l.p.s. disciplinante specificatamente la licenza di porto d'armi emerge che tale permesso non possa essere concesso a chi abbia riportato una condanna per alcune tipologie di reati tassativamente indicati dalle disposizioni in esame³².

²⁹M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, pp. 329 ss. il quale rileva che le dispense «presuppongono una norma che o pone un divieto [...], o disciplina un comportamento come inderogabile[...]. Le stesse norme ammettono peraltro che in fattispecie tassativamente stabilite si possa chiedere di essere esonerati dall'osservanza del divieto o dalle norme stabilenti obblighi. Queste "autorizzazioni (o perfino "concessioni") in deroga", dispense, esoneri, e simili, producono un effetto qualificatorio consistente nel rendere leciti comportamenti che in loro difetto concreterebbero fatti illeciti [...]»; ID., *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Roma, 1959, IV, pp.157 ss.; P. BODDA, *La dispensa amministrativa*, Torino, 1943; così anche G. CASTIGLIA, *Note sulla natura giuridica della cosiddetta «licenza di porto d'armi»*, in *Riv. dir. sportivo*, 1968, pp. 96 ss., spec. 104 ss. il quale rileva che un problema di inquadramento giuridico continua a porsi, se non per la licenza d'armi per uso personale senza dubbio riconducibile nel paradigma della dispensa amministrativa, per la licenza d'armi per l'attività venatoria.

³⁰In tal senso, *ex multis* Cons. St., sez. III, 9 agosto, 2018, n. 4887; T.a.r. Lazio, 10 luglio 2017, n. 8148; T.a.r. Emilia Romagna, Parma, 17 luglio 2017, n. 265; T.a.r. Emilia Romagna, Parma, 27 marzo 2015, n. 102.

³¹Per un'analisi dettagliata della disciplina positiva concernente il porto d'armi si rinvia a V. VICENZI, *Porto d'armi*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1991.

³²Tra l'art. 11 e l'art. 43 T.u.l.p.s. sussiste un rapporto di specialità dato dalla maggior ampiezza del decalogo di reati contenuto nell'art. 43 T.u.l.p.s. In tal senso, T.a.r. Palermo, 6 luglio 2018, n. 1556.

Il primo elemento che l'Autorità Pubblica deve valutare è dunque la sussistenza di un requisito soggettivo di carattere negativo, ovvero l'assenza di condanne³³.

La Pubblica Amministrazione deve poi procedere all'accertamento in capo al richiedente degli elementi soggettivi di carattere positivo³⁴.

In particolare l'Amministrazione dovrà verificare, ai sensi dell'art. 44 T.u.l.p.s., il possesso da parte del richiedente della maggiore età, nonché, ai sensi degli artt. 48 e 49 T.u.l.p.s. e dell'art. 8, Legge 18 aprile 1975, n. 110, della sua capacità tecnica.

Oltre agli elementi di carattere soggettivo l'Amministrazione è tenuta a verificare anche la sussistenza di elementi di carattere oggettivo.

Precisamente, ai sensi dell'art. 42 T.u.l.p.s., il rilascio del permesso di porto d'armi per uso personale è subordinato alla sussistenza di un «dimostrato bisogno» del richiedente³⁵.

La licenza può poi, a prescindere dalla sussistenza dei requisiti soggettivi di carattere negativo e quindi dalla commissione di reati, essere «ricusata», ai sensi dell'art. 43, 2° comma T.u.l.p.s., al richiedente che «non può provare la buona condotta o non dà affidamento di non abusare delle armi».

È importante sottolineare che oggi, per effetto della declaratoria di incostituzionalità degli artt. 11, 2° comma e 43, 2° comma T.u.l.p.s., l'onere della prova circa l'assenza della buona condotta e dell'affidamento in capo al richiedente è posto a carico dell'Amministrazione procedente³⁶.

Dal quadro normativo fino a qui sommariamente descritto emerge dunque che il legislatore ha individuato, nell'ambito della disciplina concernente la licenza di

³³V. VICENZI, *op. cit.*, p. 5, il quale rileva che il decalogo degli elementi soggettivi di carattere negativo che l'Amministrazione deve valutare ai fini della concessione della licenza di porto d'armi è ampliato da una serie di disposizioni successive al T.u.l.p.s. come, ad esempio, l'art. 8, Legge 31 maggio 1965, n. 575 che esclude la possibilità di concedere il porto d'armi agli indiziati di appartenere alle associazioni di stampo mafioso e l'art. 19, Legge 152 del 1975, il quale estende tale limite anche per i soggetti diffidati dal Questore ai sensi della Legge 27 dicembre 1956 n. 1423.

³⁴Così V. VICENZI, *op. cit.*, p. 6.

³⁵Sulla sussistenza dello stato di bisogno quale elemento essenziale per poter ottenere il permesso di porto d'armi per uso personale T.a.r. Lombardia, Brescia, 14 maggio 2018, n. 470; T.a.r. Toscana, 17 aprile 2018, n. 533; T.a.r. Molise, 12 gennaio 2018, n. 10. Tale requisito non ha invece rilevanza per la concessione del porto d'armi per uso venatorio.

³⁶Corte Cost. 16 dicembre 1993, n. 440, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 3606 ss.

porto d'armi, ipotesi che postulano l'esercizio di poteri vincolati (art. 11, 1° comma e art. 43, 1° comma T.u.l.p.s.) ed ipotesi in cui l'Amministrazione è invece titolare di poteri discrezionali (art. 11, 1° e 2° comma e art. 43, 1° comma T.u.l.p.s.)³⁷.

Ai fini della nostra ricerca l'attenzione deve concentrarsi su quest'ultima ipotesi e, in particolare, sulla possibilità per la Pubblica Amministrazione, *ex art. 43 co. 2 T.u.l.p.s.*, di ricusare, ossia negare, non rinnovare, revocare il permesso, nonché vietare la detenzione dell'arma nel caso in cui ritenga l'istante non affidabile circa il non abuso delle armi.

Tale valutazione costituisce espressione di un potere ampiamente discrezionale³⁸.

Se si analizza la giurisprudenza amministrativa emerge con chiarezza che il potere di ricusare la licenza di porto d'armi non è espressione di un potere sanzionatorio bensì cautelare e preventivo³⁹. La disciplina delle armi è infatti posta a presidio dell'ordine e della sicurezza pubblica. Da ciò consegue che non sia necessario l'effettivo abuso ma è sufficiente il mero pericolo di abuso desumibile, alla luce di un giudizio prognostico, da circostanze fattuali in grado di dimostrare la non affidabilità del privato istante circa l'uso delle armi.

È necessario verificare quali siano le circostanze fattuali in grado di giustificare l'adozione di tali provvedimenti inibitori.

Alla luce della giurisprudenza amministrativa tali circostanze fattuali sono astrattamente riconducibili a due differenti categorie.

³⁷Così anche Cons. St., sez. III, 6 settembre 2018, n. 5263; T.a.r. Lombardia, Brescia, 21 maggio 2018, n. 495.

³⁸Sul punto si veda D. LAMANNA DI SALVO, G. RAIMONDO, *La natura della revoca del porto d'armi*, in *Giur. di Merito*, 2013, n. 7-8, pp. 1639 ss.

³⁹*Ex multis*, Cons. St., sez. III, 16 maggio 2018, n. 2928; Cons. St., sez. III, 9 agosto 2018, n. 4887; C.G.A., 12 luglio 2018, n. 400; T.a.r. Campania, Napoli, 20 giugno 2018, n. 4106; T.a.r. Piemonte, 8 aprile 2016, n. 434; T.a.r. Lombardia, Milano, 10 gennaio 2013, n. 71. Tali pronunce rilevano peraltro che l'ampia discrezionalità sottesa a tali provvedimenti inibitori non impone in capo all'Amministrazione un particolare onere motivazionale essendo sufficiente l'indicazione di elementi da cui emerga la non irrazionalità, arbitrarietà della decisione amministrativa. Così anche Cons. St., sez. I, 11 aprile 2018, n. 943; Cons. St., sez. I, 17 maggio 2018, n. 2974; T.a.r. Campania, Napoli, 2 settembre 2016, n. 4154. Ritiene invece necessaria una congrua motivazione che consenta in sede giurisdizionale di verificare la sussistenza dei presupposti idonei a far ritenere che le valutazioni effettuate non siano irrazionali o arbitrarie Cons. St., sez. I, 15 maggio 2015, n. 50; Cons. St., sez. III, 10 ottobre 2014, n. 5039; Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2006, n. 2576; T.a.r. Campania, Napoli, 4 luglio 2018, n. 4442.

In primo luogo assume rilevanza ai fini della prognosi di non affidabilità la commissione di un reato diverso da quelli previsti dal decalogo di cui agli artt. 11, 1° comma e 43, 1° comma T.u.l.p.s. i quali, come visto, costituiscono il presupposto per l'esercizio di un potere vincolato dell'Amministrazione.

In secondo luogo il giudizio prognostico può fondarsi su vicende e situazioni personali che non assumono rilevanza penale ma da cui si può dedurre la non affidabilità circa l'uso delle armi⁴⁰.

Il giudice amministrativo, ad esempio, ha ritenuto corretto il giudizio di non affidabilità circa l'uso delle armi posto in essere dalla Pubblica Amministrazione fondato sullo stato di degrado dell'abitazione dell'istante in quanto espressivo dell'incapacità del ricorrente⁴¹, su comportamenti espressivi di faciloneria come sparare nel giardino retrostante l'abitazione in una direzione ove non esistevano abitazioni e comunque in assenza di pericolo per le persone e le cose, al fine di tarare il sistema di puntamento dell'arma⁴², sulla violazione dei doveri di custodia che la legge pone a carico del detentore dell'arma⁴³, su accertati rapporti di conflittualità con il coniuge ancorché privi di rilevanza penale⁴⁴.

Tanto premesso riteniamo interessante indagare il decalogo dei comportamenti da cui l'Autorità pubblica desume il venir meno dell'affidabilità circa il non abuso delle armi guardando l'art. 43, 2° comma T.u.l.p.s. da una diversa prospettiva.

Se assumiamo il punto di vista linguistico ci si rende immediatamente conto che il potere discrezionale che l'Amministrazione ha circa l'adozione di provvedimenti inibitori relativi alla detenzione e al porto d'armi ruota attorno alla definizione della portata semantica del termine "affidamento".

Il termine affidamento deriva dall'aggettivo "affidabile". È affidabile, in virtù della definizione comune, «la persona o la cosa in cui si può riporre fiducia»⁴⁵. Ne

⁴⁰Così T.a.r. Trentino Alto Adige, 10 novembre 2017, n. 302; Cons. St., sez. III, 29 luglio 2013, n. 3979.

⁴¹T.a.r. Liguria, 9 maggio 2017, n. 407.

⁴²T.a.r. Veneto, 19 gennaio 2017, n. 62.

⁴³T.a.r. Emilia Romagna, Parma, 17 luglio 2017, n. 656; T.a.r. Marche, 23 maggio 2017, n. 383; T.a.r. Sicilia, Palermo, 15 gennaio 2016, n. 114.

⁴⁴Cons. St., sez. III, 11 giugno 2018, n. 3502.

⁴⁵N. ZINGARELLI, voce *Affidabile*, in *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 2000.

conseguenze che la licenza d'armi può essere riacquisita al soggetto che non dà affidamento, ossia fiducia, garanzia di non abusare delle armi.

Tale sostantivo ha, con chiara evidenza, una portata semantica vaga. Da tale considerazione discende che nella realtà fenomenica vi siano stati di fatto che sicuramente rientrano nella sua portata semantica ma anche situazioni, stati di fatto che l'interprete non è in grado con certezza di stabilire se vi rientrano o meno.

Questo determina due conseguenze. In primo luogo la vaghezza impone all'interprete, per poter uscire dall'*impasse* interpretativa, di porre in essere una strategia pragmatica e dunque di chiamare in causa, per definire l'effettiva portata semantica del termine vago, il contesto ossia la cornice ambientale, la concreta situazione fattuale di riferimento. Ne consegue che per accertare la sussistenza del non affidamento circa il non abuso nell'uso delle armi le circostanze fattuali assumeranno, nel giudizio di valore posto in essere dall'interprete, una rilevanza preminente.

Ma, soprattutto, la vaghezza del termine "affidamento" permette alla Pubblica Amministrazione, interprete primario della norma attributiva del potere, di determinare, a seconda dei casi, una maggiore o minore estensione del potere amministrativo.

Sfruttando le maglie della vaghezza, a fronte dei diversi contesti di riferimento, il medesimo stato di fatto sarà o meno ricondotto nella portata semantica del termine "affidamento" così determinando una estensione o una riduzione dell'ampiezza del potere pubblico.

Tale circostanza determinerà una situazione di potenziale conflitto con i soggetti destinatari dell'azione amministrativa i quali si vedranno, a fronte della minore o maggiore estensione dell'ampiezza del potere, favoriti o pregiudicati.

Questo conflitto sarà risolto dal giudice amministrativo il quale, destinatario ultimo della norma attributiva del potere, sarà chiamato a ricercare un punto di equilibrio tra la tendenza estensiva ed ampliativa del potere della Pubblica Amministrazione e l'interesse dei privati destinatari dell'azione amministrativa.

Tale potere di raccordo del giudice amministrativo tra i vari interessi in gioco, ossia quello dell'Amministrazione che tende ad espandere grazie alla vaghezza

della formulazione linguistica della norma attributiva l'ampiezza del suo potere e quello del privato che aspira alla sua limitazione, costituisce il precipitato di quanto detto in apertura di quest'ultima parte della ricerca.

Si ricorda infatti che il termine vago costituisce un presupposto del potere dal perimetro semantico sfumato la cui determinazione da parte della Pubblica Amministrazione non costituisce esercizio di un potere discrezionale ma un'attività di mera attuazione della legge. Attuazione fondata su giudizi di valore ove centrale è il ruolo del contesto.

Ciò posto, il giudice amministrativo riesce a comporre la frattura tra i contrapposti interessi dell'Autorità Pubblica e del privato perché può rifare il giudizio di valore per la definizione del termine vago in prima battuta fatto dalla Pubblica Amministrazione. Al giudice è infatti consentito un pieno controllo giurisdizionale sulla definizione del termine vago, controllo che involgerà la selezione e la valutazione dei fatti da sussumere nell'ambito del termine indeterminato.

3.1 La nozione di “non affidamento” circa il non abuso delle armi: vaghezza, contesto ed interpretazione

L' art. 43, 2° comma T.u.l.p.s. rappresenta un esempio paradigmatico di come il contesto e dunque la pragmatica incida sulla effettiva estensione del potere amministrativo.

Restano da indagare le concrete modalità con cui tale influenza si realizza.

In particolare, postulata la vaghezza del termine “affidamento”, è necessario esaminare come la medesima situazione di fatto possa essere valutata differentemente dall'Autorità Pubblica. Lo stesso stato di fatto può infatti essere ritenuto sussumibile o meno nella portata semantica del sostantivo “affidamento”, così determinando diverse estensioni del potere amministrativo a fronte del medesimo quadro normativo di riferimento.

Nell'analisi pratica dell'art. 43, co. 2 T.u.l.p.s., alla luce della giurisprudenza amministrativa, sono ravvisabili tre contrasti interpretativi che nascono dalla vaghezza del termine "affidamento".

Come visto in precedenza nell'ambito dei comportamenti da cui la Pubblica Amministrazione desume l'assenza dell'affidabilità circa il non uso delle armi possiamo distinguere due ipotesi: i comportamenti che integrano una fattispecie di reato e altri comportamenti che, pur non integranti gli estremi del reato, sono comunque espressivi della non affidabilità circa il non abuso delle armi.

In merito al primo gruppo di comportamenti, cioè quelli integranti un reato (ancorché diverso da quelli di cui all'artt. 11 co. 1° e 43 co. 1° T.u.l.p.s.), è necessario evidenziare due diverse posizioni giurisprudenziali: una legittimante una maggiore ampiezza del potere amministrativo e una invece meno indulgente e dunque più favorevole alle istanze dei privati soggetti all'azione amministrativa.

Nell'ambito del primo orientamento si rinvencono pronunce che ritengono corretta la valutazione dell'Amministrazione circa la non affidabilità di non abuso delle armi fondata su un unico elemento fattuale, ossia su una sentenza di condanna⁴⁶. Ma non solo. Nella medesima prospettiva si pongono una serie di pronunce che ritengono corretto il giudizio prognostico di non affidabilità fondato non su una sentenza di condanna ma addirittura sul mero fatto storico di reato.

⁴⁶Così, T.a.r. Valle d'Aosta, 22 maggio 2017, n. 30 il quale rileva che «L'elemento fattuale da cui viene dedotto il giudizio sfavorevole (di non affidabilità) è rappresentato da una sentenza di condanna che se da un lato riguarda un reato obiettivamente non attinente a quelli che più direttamente evidenziano una pericolosità sociale, dall'altro lato vale ad evidenziare una condotta *contra legem* e quindi un comportamento non irreprensibile, il che ben può far insorgere un giudizio negativo in ordine alla futura condotta della persona relativamente all'uso delle armi. In altri termini dalla riportata condanna deriva un giudizio di disvalore che è incompatibile con la condizione di persona assolutamente ineccepibile, condizione, quest'ultima, sì meritevole di essere autorizzata al possesso delle armi e questa valutazione di carattere negativo, sotteso all'intervenuta condanna coincide altresì nella specie, con il giudizio prognostico espresso dal Questore di Aosta in ordine alla ritenuta non affidabilità del ricorrente» (corsivi nostri); T.a.r. Piemonte, 16 maggio 2017, n. 620 rileva che la prognosi sull'assenza di affidabilità circa il non abuso delle armi fondata su una mera sentenza di condanna «non appare incoerente o emessa in carenza di presupposti, bensì ragionevole e sufficientemente motivato, vista la rilevanza e la stretta attinenza delle fattispecie contestate all'abuso delle armi. Si tratta di una valutazione certamente rigorosa, ma che non appare né immotivata, né irragionevole, bensì legittimamente ispirata alla massima prudenza, posto che la condotta tenuta nell'occasione [...] evidenzia scarsa attenzione all'osservanza della normativa di settore nella gestione delle armi in suo possesso».

Secondo questo orientamento la Pubblica Amministrazione mantiene infatti il potere di valutare il fatto di reato nella sua obiettiva dimensione storica, espressiva della personalità e della pericolosità sociale del richiedente, indipendentemente dalla circostanza che si giunga in sede penale ad un accertamento formale della responsabilità.

Il giudice amministrativo ha dunque ritenuto esente da censure il giudizio della Pubblica Amministrazione di non affidabilità circa il non abuso delle armi fondato sul fatto storico di reato ancorché poi non seguito da una condanna in sede penale a causa dell'estinzione del reato per intervenuta prescrizione⁴⁷, per remissione della querela⁴⁸, nel caso in cui il procedimento penale, essendo in corso, non sia ancora stato definito⁴⁹, sia stata chiesta dal Pubblico Ministero l'archiviazione⁵⁰ o sia intervenuta la riabilitazione con conseguente estinzione della pena⁵¹.

In termini diametralmente opposti si pone invece un secondo orientamento più rigoroso nel censurare la correttezza dell'esercizio del potere discrezionale e dunque, in definitiva, più favorevole nei confronti del privato istante.

Secondo questo indirizzo giurisprudenziale il potere discrezionale che l'Amministrazione ha nel valutare la sussistenza dell'affidamento di non abusare delle armi impone una valutazione complessiva della personalità del privato.

Il giudizio prognostico non si può dunque fondare, quale unico dato di fatto posto a fondamento della decisione, su una mera sentenza penale di condanna né, *a fortiori*, sul mero fatto storico di reato⁵².

Ciò comporta che al fine di un corretto giudizio prognostico sulla futura inaffidabilità dell'istante è necessaria, oltre la sentenza penale di condanna, la

⁴⁷T.a.r. Lazio, Roma, 10 luglio 2017 n. 8184; T.a.r. Campania, Napoli, 6 novembre 2012, n. 4442.

⁴⁸T.a.r. Valle d'Aosta, 13 aprile 2017, n. 19; T.a.r. Veneto, 10 novembre 2009, n. 2752; T.a.r. Liguria, 24 aprile 2009, n. 854; T.a.r. Piemonte, 19 marzo 2009, n. 778.

⁴⁹T.a.r. Basilicata, 16 settembre 2016, n. 900; T.a.r. Piemonte, 8 aprile 2016, n. 434.

⁵⁰T.a.r. Lazio, Roma, 16 dicembre 2017, n. 12439; T.a.r. Emilia Romagna, Parma, 13 marzo 2015, n. 86.

⁵¹T.a.r. Sicilia, Palermo, 6 luglio 2018, n. 1556; T.a.r. Lombardia, Milano, 2 ottobre 2012, n. 2445.

⁵²Ritiene insufficiente a fondare il giudizio prognostico di pericolosità il mero avvio del procedimento penale Cons. St., sez. III, 27 febbraio 2018, n. 1208.

sussistenza di ulteriori elementi che rendano plausibile il giudizio negativo di affidabilità⁵³.

Peraltro, sulla scorta di tale impostazione, si evidenzia che non tutti i reati, il cui accertamento è completo in sede penale, possono dirsi sintomatici di quella pericolosità per l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza che la disciplina del T.u.l.p.s. intende garantire. Ad esempio non sono considerati indicativi della non affidabilità circa l'abuso delle armi la condanna in sede penale per reati fiscali⁵⁴ o per fatti di bancarotta⁵⁵.

In definitiva con questo orientamento, nel valutare la correttezza dell'apprezzamento discrezionale, il giudice amministrativo accoglie un'impostazione non formalistica bensì sostanzialistica.

Alla luce dell'esempio proposto emerge con chiara evidenza la tendenza della Pubblica Amministrazione ad ampliare l'estensione del potere amministrativo sfruttando l'indeterminatezza semantica del presupposto del potere discrezionale ("affidamento").

Ne consegue che nonostante la disciplina amministrativa in materia di armi sia volta a tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica, l'Amministrazione sovente esercita il potere inibitorio a prescindere dall'accertamento dell'effettiva pericolosità del privato istante desumibile dalla sussistenza di una pluralità di indici concreti espressivi della sua attuale pericolosità ed inaffidabilità. Tale potere è esercitato sulla base di una mera sentenza di condanna e talvolta addirittura sulla scorta del mero elemento oggettivo del reato.

Di tale tendenza si fa carico il giudice amministrativo il quale, interprete ultimo della norma attributiva del potere, talora ritiene lo stato di fatto - condanna/fatto materiale di reato – un corretto elemento su cui fondare l'esercizio del potere inibitorio così giustificando la *vis* espansiva dell'Amministrazione mentre in altre ipotesi lo stesso stato di fatto non è ritenuto sufficiente a fondare il giudizio

⁵³T.a.r. Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2017, n. 371; T.a.r. Campania, Napoli, 4 luglio 2018, n. 4442; T.a.r. Emilia Romagna, Parma, 10 febbraio 2016, n. 40; T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, 30 marzo 2015, n. 335; T.a.r. Marche, 13 dicembre 2005, n. 1644.

⁵⁴T.a.r. Trentino Alto Adige, 10 novembre 2017, n. 302.

⁵⁵T.a.r. Lombardia, Milano, 18 aprile 2007, n. 1813.

prognostico di pericolosità riconoscendo, pertanto, le istanze del privato e dunque limitando la portata del potere pubblico.

Ciò avviene, è importante ribadirlo, grazie alla vaghezza che connota il termine “affidamento” e il *discrimen* tra le due opzioni è dato dal preciso contesto di riferimento.

A sostegno di tali affermazioni si richiamano altri due esempi sintomatici degli effetti che la vaghezza e il contesto hanno sulla effettiva definizione del perimetro del potere pubblico.

Dall’analisi della giurisprudenza amministrativa emerge una certa tendenza della Pubblica Amministrazione a fondare il giudizio prognostico sulla non affidabilità circa l’abuso delle armi sulla presentazione da parte di terzi di una querela nei confronti del privato istante.

La Pubblica Amministrazione, nel tentativo di ampliare la portata del suo potere discrezionale, tende a ritenere sufficiente, quale unico elemento di fatto da prendere in considerazione nel giudizio prognostico, la presentazione di una querela.

Per la Pubblica Autorità l’esercizio del potere inibitorio non deve quindi essere necessariamente ancorato ad una valutazione complessiva della personalità dell’istante ma può fondarsi su un mero dato fattuale isolato, non necessariamente espressivo di quella pericolosità che la disciplina positiva in materia di armi vuole invece neutralizzare.

Anche in questa ipotesi la giurisprudenza amministrativa assume posizioni differenti.

Per un primo orientamento, più formalistico, tendente ad avallare la tesi della Pubblica Amministrazione, la funzione preventiva e non sanzionatoria del potere inibitorio giustifica e legittima la scelta della Autorità pubblica di fondare il giudizio di pericolosità sulla base della presentazione di una mera querela e dunque, in definitiva, nuovamente, alla luce di un presunto fatto storico di reato⁵⁶.

⁵⁶Così, T.a.r. Lombardia, Brescia, 4 giugno 2018, n. 534; T.a.r. Lazio, Roma, 16 maggio 2018, n. 5468; T.a.r. Trentino Alto Adige, 9 gennaio 2018, n. 5; T.a.r. Puglia, Bari, 21 dicembre 2016, n. 1398; T.a.r. Lazio, Roma, 13 gennaio 2015, n. 475; T.a.r. Piemonte, 14 luglio 2011, n. 778; T.a.r. Liguria, 24 aprile 2009, n. 854; T.a.r. Veneto, 10 novembre 2009, n. 1557.

Di converso, per il secondo orientamento il potere discrezionale per essere correttamente esercitato, e dunque andare esente da censure di eccesso di potere, deve fondarsi su una valutazione complessiva della personalità del privato. Assumendo un'impostazione più sostanzialistica il giudizio di non affidabilità non può quindi fondarsi sulla mera presentazione di una querela non supportata da ulteriori circostanze fattuali da cui emerga l'effettiva pericolosità del privato istante⁵⁷.

A riflessioni non dissimili si deve giungere circa la tendenza della Pubblica Amministrazione a fondare il giudizio sulla non affidabilità circa l'uso delle armi sulla scorta dell'accertamento della mera frequentazione da parte del privato istante o di suoi rapporti di parentela o affinità con soggetti pregiudicati.

Anche in questa ipotesi il giudice amministrativo nel cercare di comporre il contrasto tra la tendenza espansiva della Pubblica Amministrazione e gli interessi del privato, in certe ipotesi censura il giudizio prognostico fondato sulle mere frequentazioni e sui meri rapporti di parentela non ritenendoli sufficienti da soli a riflettere una effettiva pericolosità del privato⁵⁸, dall'altro lo legittima considerandole delle circostanze di per sé atte ad escludere l'affidabilità del soggetto che chiede di essere autorizzato al porto d'armi⁵⁹.

Pure in questo esempio lo scarto tra le due impostazioni è dato dai differenti contesti di riferimento. Precisamente la scelta del giudice amministrativo di aderire all'impostazione più formalistica o a quella più sostanzialistica è orientata dalle concrete circostanze fattuali che connotano il singolo caso. In particolare assumono valore preminente la frequenza o l'occasionalità di tali relazioni; il grado di

⁵⁷Ex multis, T.a.r. Lombardia, Brescia, 21 maggio 2018, n. 495; T.a.r. Campania, Napoli, 1° febbraio 2018, n. 716; T.a.r. Campania, Napoli, 11 dicembre 2017, n. 5812; T.a.r. Puglia, Bari, 3 maggio 2017, n. 474; T.a.r. Lombardia, Milano, 3 marzo 2015, n. 606; T.a.r. Puglia, Bari, 10 marzo 2011, n. 432; T.a.r. Puglia, Bari, 13 ottobre 2010, n. 3888; T.a.r. Lombardia, Milano, 16 aprile 2010, n. 980.

⁵⁸T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, 5 dicembre 2016, n. 1196; T.a.r. Piemonte, 10 luglio 2015, n. 1163; T.a.r. Puglia, Lecce, 11 luglio 2013, n. 1625; T.a.r. Calabria, Catanzaro, 10 novembre 2011, n. 1350; T.a.r. Campania, Napoli, 12 luglio 2010, n. 16669; T.a.r. Calabria, Catanzaro, 2 febbraio 2010, n. 60.

⁵⁹Cons. St., sez. III, 9 agosto 2018, n. 4887; T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, 5 dicembre 2016, n. 1196; T.a.r. Piemonte, 26 gennaio 2012, n. 121; T.a.r. Emilia Romagna, Parma, 27 marzo 2015, n. 102.

pericolosità delle stesse (ad esempio avere rapporti con pluripregiudicati, o con soggetti appartenenti alla criminalità organizzata); le circostanze concrete da cui è stata dedotta la frequentazione con soggetti malavitosi (ad esempio è stato accolto il ricorso avverso il diniego del rinnovo del porto d'armi fondato sulla frequentazione dell'istante di pregiudicati dedotta però dalla sua mera partecipazione al funerale del cognato della figlia ove era presente anche il genero indagato di estorsione⁶⁰).

Alla luce degli esempi pratici proposti, si ritiene dimostrata l'ipotesi iniziale da cui ci siamo mossi ossia che nel sistema del diritto amministrativo la formulazione linguistica della norma attributiva ed in particolare la sua vaghezza ha un peso del tutto peculiare incidendo sull'effettiva estensione del perimetro del potere pubblico.

⁶⁰Così T.a.r. Calabria, Catanzaro, 10 novembre 2011, n. 1350.

Riflessioni conclusive

La vaghezza della norma attributiva del potere in una prospettiva *de iure condendo*

L'attenzione ai problemi del linguaggio normativo non è una tematica nuova nel nostro panorama giuridico¹.

Tuttavia oggi lo studio dei problemi che nascono da una cattiva qualità delle leggi acquista una rinnovata importanza.

Vi è infatti ormai la piena consapevolezza, anche grazie alle spinte dell'Unione Europea², del costo che leggi mal scritte hanno sul piano democratico, ordinamentale, sociale ed economico³.

La cattiva qualità della normazione costituisce infatti un *vulnus* per la partecipazione democratica dei cittadini i quali, non riuscendo a comprendere il significato del testo normativo, si sentono esclusi dalle scelte legislative che vengono percepite come prerogativa dei tecnici e delle istituzioni. Questa situazione determina la nascita di un *deficit* di fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni.

Le leggi mal scritte alterano poi, implicando un ampliamento dello spazio interpretativo, gli ordinari rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario nonché

¹È una tematica già a suo tempo affrontata, tra i vari, da F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubblico*, 1930, pp. 424 ss.; M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, pp. 286 ss.

²Per un'analisi delle iniziative europee, in particolare del Consiglio europeo e della Commissione europea, volte a garantire una miglior tecnica legislativa degli Stati membri, si rinvia a A. VEDASCHI, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Milano, 2001, pp. 70 ss.; R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 1999, pp. 288 ss.

³F. DAL CANTO, *La qualità della normazione e i suoi custodi*, in M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici, Seminario annuale del Gruppo di Pisa, Novara, 15 – 16 novembre 2013*, Napoli, 2014, pp. 53 ss.

costituiscono un ingente costo economico per le finanze pubbliche⁴.

La presa di coscienza delle conseguenze che la cattiva normazione produce nell'ordinamento giuridico ha reso lo studio del linguaggio normativo un settore particolarmente sensibile, oggetto di attenzione da parte della dottrina contemporanea⁵.

Con il presente lavoro si è voluto fornire un contributo che si inserisce nel solco aperto da questi autorevoli studi.

La strada intrapresa ci ha però condotti a guardare il linguaggio delle leggi amministrative da un diverso angolo prospettico.

Non ci siamo occupati dei classici problemi del linguaggio normativo ma, scegliendo un sentiero poco battuto dagli studiosi del diritto amministrativo, abbiamo guardato le norme caratterizzanti il nostro sistema, ossia le norme attributive del potere, con gli occhi del linguista.

Si è dunque tentato di fare un'analisi linguistica, in particolare pragmatica, delle norme attributive del potere.

Le basi teoriche di partenza per questo lavoro sono state due.

In primo luogo, la consustanzialità che esiste tra il linguaggio normativo e quello comune. Se il linguaggio delle leggi è fatto per la sua maggior parte di linguaggio comune allora le caratteristiche della lingua comune sono anche le caratteristiche del linguaggio normativo. Ne consegue che la vaghezza, caratteristica ineliminabile della lingua comune, connota inevitabilmente anche il linguaggio delle norme di diritto amministrativo.

⁴F. DAL CANTO, *op. cit.*, pp. 58 ss. cui si rinvia anche per una disamina degli istituti previsti a livello interno per garantire una maggiore qualità della normazione. Il riferimento è in particolare all'analisi tecnico normativa (ATN), all'analisi di impatto della regolazione (AIR) nonché alla valutazione di impatto della regolazione (VIR) previste dalla Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 26 febbraio 2009.

⁵Tra i vari, a M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 1997; R. PAGANO, *op. cit.*, Milano, 1999, pp. 7 ss.; P. CARNEVALE, *Le cabale della legge: raccolta di saggi in tema di semplificazione normativa e manovra taglia-leggi*, Napoli, 2011; M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 3, pp. 985 ss., spec. 993 ss. ove si analizzano le varie cause della scarsa qualità delle leggi.

Studiare la norma dal punto di vista linguistico ed in particolare avendo di mira la vaghezza dei termini di cui questa si compone assume una peculiare rilevanza nel sistema del diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo, ed è questa la seconda premessa teorica su cui si è fondato il nostro studio, risente da sempre di una forte esigenza di libertà da garantire alla Pubblica Amministrazione⁶.

Questa libertà deve essere mantenuta e garantita perché spetta alla Pubblica Amministrazione il compito di armonizzare la legge con le peculiarità del caso concreto. L'Amministrazione è infatti l'unico soggetto dell'ordinamento giuridico in grado di garantire un corretto governo delle esigenze sottese ai casi concreti nel pieno rispetto del primato della legge. Per fare ciò l'Amministrazione ha bisogno di un margine di libertà d'azione.

È indiscutibile che il sistema del diritto amministrativo sia improntato alla stretta legalità. Ai sensi degli artt. 24, 97, 103 e 113 della Costituzione la Pubblica Amministrazione, in ossequio al principio di legalità sostanziale, può infatti fare solo ciò che le consente la legge e nei modi da essa previsti.

Ciò tuttavia non toglie che il sistema del diritto amministrativo continui a garantirle degli spazi di azione, di adattamento.

Questi spazi di libertà esistono e funzionano grazie alla struttura della norma attributiva del potere.

La norma attributiva del potere è infatti strumentale in quanto non risolve il conflitto di interessi *ex se* ma devolve tale soluzione alla Pubblica Amministrazione. Ma è anche astrattamente materiale perché nel risolvere tale conflitto l'Amministrazione attualizza, concretizza l'assetto di interessi che è previsto astrattamente dalla stessa norma attributiva del potere.

La norma attributiva del potere contiene in sé quindi caratteristiche proprie sia delle norme processuali sia di quelle sostanziali.

Aver chiarito tale struttura ci ha permesso di evidenziare come il sistema

⁶Si ricorda, come ampiamente analizzato nella prima parte della trattazione, che il potere della Pubblica Amministrazione storicamente nasce dalle ceneri del potere assoluto del sovrano, potere per sua natura libero.

normativo nell'ambito del diritto amministrativo non possa vivere senza il contributo della Pubblica Amministrazione che costituisce dunque un diaframma tra quello che la disposizione è in astratto e quello che la norma è nel momento in cui è applicata. Proprio in virtù dell'esigenza di libertà prima richiamata, la norma attributiva del potere è una norma che vive dopo essere stata "modellata" alla luce del caso concreto dalla Pubblica Amministrazione.

Tale struttura caratterizza tutte le norme attributive del potere, sia esso vincolato che discrezionale e costituisce l'essenziale fondamento teorico della nostra ricerca.

Da tale ricostruzione hanno infatti preso le mosse tutte le nostre successive riflessioni.

Evidenziare la natura "doppia" della norma attributiva del potere, ossia strumentale ed astrattamente materiale ci ha permesso di evidenziare i due spazi di libertà che il sistema riconosce e garantisce alla Pubblica Amministrazione: la discrezionalità amministrativa e i concetti giuridici indeterminati.

Il potere discrezionale è la conseguenza "tradizionalmente" riconosciuta di quell'esigenza di libertà in capo all'Amministrazione prima evidenziata.

Quando la Pubblica Amministrazione esercita un potere discrezionale crea qualcosa di nuovo rispetto a quanto è astrattamente previsto dalla norma attributiva del potere. Se infatti la legge affida alla Pubblica Amministrazione la tutela di un determinato interesse pubblico tale interesse è meramente astratto e non è necessariamente quello che, in concreto, giustificherà la sua scelta finale.

Tale scelta sarà infatti orientata dall'interesse pubblico concreto ossia dall'interesse che risulta dal confronto nel procedimento amministrativo di tutti gli interessi in gioco, pubblici e privati, primari e secondari, emergenti alla luce del fatto concreto. È grazie al procedimento e al raffronto tra la norma e il fatto che la Pubblica Amministrazione riesce ad individuare il concreto interesse pubblico da tutelare con la sua scelta. Interesse che, come detto, non necessariamente corrisponde a quello astrattamente previsto dalla legge. Emerge così il primo contributo creativo della Pubblica Amministrazione.

Non è però solo con l'esercizio del potere discrezionale che la Pubblica Amministrazione crea qualcosa di nuovo rispetto al panorama giuridico

preesistente.

Il secondo apporto creativo della Pubblica Amministrazione attraversa trasversalmente tutti i tipi di norma attributiva del potere ovvero sia quelle che attribuiscono un potere discrezionale che attributive di un potere vincolato.

Il riferimento è all'indeterminatezza semantica e in particolare alla categoria mutuata dalla dottrina austriaca e tedesca dei concetti giuridici indeterminati. Spesso la norma attributiva del potere è formulata dal legislatore facendo ricorso a termini dal significato che possiamo definire in modo atecnico "indeterminato".

È evidente che innanzi a termini di tal fatta l'interprete, ossia la Pubblica Amministrazione, destinataria primaria della norma, deve porre in essere un'attività intellettuale volta a concretizzarne il significato.

I concetti giuridici indeterminati costituiscono presupposti normativi della fattispecie di potere dal cui accertamento - definizione dipende la misura del perimetro del potere pubblico nonché la correttezza dell'azione amministrativa.

I concetti indeterminati costituiscono elementi imprecisi, elastici ma comunque elementi che attengono alla fattispecie di potere, sicché la loro determinazione si sostanzia in un'attività di mera attuazione della legge ossia in un'attività interpretativa e non discrezionale.

Ora è evidente che a fronte dell'indeterminatezza dell'elemento linguistico in questione tale attività lascia un certo margine d'azione all'interprete.

I concetti giuridici indeterminati impongono alla Pubblica Amministrazione, al fine di determinarne la portata semantica, di porre in essere giudizi di valore fondati su criteri extra - giuridici come i parametri di normalità naturalistica, il comune buon senso, la comune esperienza, nonché l'applicazione di regole scientifiche, dando così luogo a valutazioni tecniche complesse⁷.

È in tale giudizio di valore che si cristallizza il secondo apporto creativo che il sistema riconosce alla Pubblica Amministrazione.

Tuttavia posto che tali concetti attengono alla fattispecie di potere e la loro definizione dà origine ad una attività di attuazione della legge, la concretizzazione

⁷I concetti giuridici indeterminati costituiscono una categoria eterogenea di cui i concetti tecnici costituiscono un sottoinsieme.

del concetto indeterminato ad opera dell'Amministrazione risulta pienamente sindacabile dal secondo destinatario ed interprete della norma attributiva: il giudice amministrativo.

Individuato il secondo apporto creativo resta da chiarire una precedente affermazione ossia che tale apporto costituisce un elemento che caratterizza tutti i tipi di norme amministrative, siano esse attributive di un potere discrezionale che vincolato.

È importante ricordare che l'indeterminatezza semantica non è legata a filo doppio al potere discrezionale ma vive indipendentemente dal tipo di potere che la legge attribuisce alla Pubblica Amministrazione.

Ne consegue che laddove il potere è discrezionale l'indeterminatezza semantica aggiunge spazi creativi; laddove invece il potere è vincolato l'indeterminatezza garantisce all'Amministrazione comunque spazi di adattamento della norma al caso concreto che teoricamente le sarebbero preclusi a fronte della natura vincolata del potere.

Alla luce di queste considerazioni, partendo dalla peculiare struttura delle norme attributive del potere fino a giungere ai diversi spazi di libertà (discrezionalità e indeterminatezza semantica), che il sistema riconosce alla Pubblica Amministrazione, sono state poste le basi per comprendere l'importanza di guardare la norma attributiva del potere da una prospettiva linguistica.

È infatti grazie ai meccanismi operativi del sistema normativo di diritto amministrativo che la vaghezza linguistica produce effetti che meritano di essere indagati.

Sostituendo la categoria giuridica dei concetti giuridici indeterminati con quella linguistica della vaghezza abbiamo cercato di dimostrare che l'indeterminatezza semantica e dunque gli spazi di libertà che la Pubblica Amministrazione ha nel colmare tale *deficit* di determinatezza sono ben più ampi di quelli tradizionalmente riconosciuti.

La vaghezza è infatti una caratteristica ineliminabile della lingua: ci possono essere termini più o meno vaghi, ma sempre e comunque vaghi.

La scelta di un termine piuttosto che un altro nella costruzione della norma da

parte del legislatore non è dunque una questione banale perché una maggiore o minore vaghezza determina, in virtù della struttura della norma attributiva del potere, la possibilità per l'interprete - Amministrazione, grazie all'elasticità semantica del termine, di determinare una maggiore o minore estensione del potere pubblico.

Ovviamente la vaghezza incide *a fortiori* laddove l'Amministrazione sia titolare di un potere discrezionale: al margine di libertà nella scelta più opportuna si aggiunge infatti un ulteriore spazio di azione. Nonché, in linea con quanto detto in merito ai concetti giuridici indeterminati, la vaghezza permette all'Amministrazione adattamenti e margini di flessibilità che teoricamente le sarebbero preclusi innanzi ad un potere vincolato.

Guardare la norma attributiva del potere con gli occhi del linguista ci ha dunque permesso di individuare spazi di libertà nuovi per la Pubblica Autorità.

Spazi che non dipendono dalla volontà del legislatore di garantire spazi di libertà all'Amministrazione ma nascono da una mera scelta linguistica.

Ricerca la vaghezza nelle norme attributive del potere ci ha infine condotti alla pragmatica.

L'interprete della norma vaga, allo stesso modo del destinatario di un messaggio comunicativo veicolato da termini vaghi, per uscire dall'*impasse* comunicativa deve applicare una strategia pragmatica. Dato che innanzi ad un termine vago il destinatario del messaggio non è in grado di ricondurre con certezza tutti gli stati di cose che la realtà fenomenica presenta nella sfera semantica del termine, deve aiutarsi con il contesto ossia con la situazione fattuale concreta cui la disposizione deve essere applicata e con l'intertesto ossia con i testi collegati.

Che l'interprete della norma vaga ponga in essere una strategia pragmatica emerge chiaramente dall'esempio proposto in tema di diniego del porto d'armi ove i contrasti e le oscillazioni interpretative sui comportamenti capaci di non garantire l'affidamento circa il non abuso delle armi si spiegano solo grazie al riferimento alle diverse situazioni fattuali che connotano i singoli casi concreti.

A simili conclusioni possiamo giungere in relazione all'influenza dell'intertesto. Come si è visto nell'esempio relativo ai criteri di aggiudicazione dell'appalto

L'inter testo svolge una funzione essenziale nella definizione della portata semantica dell'aggettivo "standardizzato". Grazie infatti all'influenza delle Linee guida ANAC il giudice amministrativo ritiene essenziale affinché il contratto possa dirsi standardizzato e quindi aggiudicabile con il criterio del prezzo più basso che la *lex specialis* preveda in modo analitico e dettagliato le prestazioni oggetto del contratto. Tale requisito è assolutamente estraneo al significato comune del termine standardizzato ma tuttavia è un elemento che il giudice amministrativo ritiene dirimente per valutare la legittimità della scelta della stazione appaltante.

Evidenziato il peso che la vaghezza ha nella formulazione linguistica della norma attributiva del potere e il ruolo che le regole della pragmatica svolgono nella definizione dell'effettiva portata del potere amministrativo, si possono sviluppare alcune riflessioni conclusive.

La vaghezza della norma attributiva del potere si pone potenzialmente in rotta di collisione con due principi essenziali del nostro sistema giuridico: il principio di legalità e quello di uguaglianza.

È infatti chiaro che la vaghezza, chiamando in causa per la sua gestione il contesto, crea uno iato tra ciò che la norma attributiva è nell'astratta previsione legislativa e ciò che invece risulta essere nella sua concreta applicazione.

L'incidenza del contesto nell'interpretazione della norma fa inoltre sì che situazioni analoghe siano trattate in modo diverso. Innanzi ad un termine vago il medesimo stesso stato di fatto può, alla luce di diversi contesti di riferimento, essere o meno sussunto nella sfera semantica del termine vago, così determinando un contrasto con il principio di uguaglianza.

Gli effetti che la vaghezza produce sono simili a quelli che derivano dall'utilizzo dei concetti giuridici indeterminati, tant'è che si potrebbe essere tentati di sovrapporre le due categorie.

Sia l'indeterminatezza semantica sia la vaghezza aprono ad apporti creativi dell'Amministrazione che si plasmano sulle peculiarità del singolo caso concreto. Tuttavia le due categorie linguistiche devono essere tenute distinte a fini analitici.

L'elemento che concretamente distingue il concetto giuridico indeterminato dal termine vago è la consapevolezza del legislatore degli effetti che deriveranno da

tali forme di indeterminatezza semantica.

Quando il legislatore si avvale nella formulazione della norma attributiva del potere dei classici concetti giuridici indeterminati lo fa perché vuole lasciare all'Amministrazione un margine di adattamento della norma al caso concreto.

Si tratta dunque di una scelta volontaria e giustificata dalla necessità di garantire quello spazio di libertà alla Pubblica Amministrazione che permetta al sistema normativo del diritto amministrativo di funzionare.

Quando invece il legislatore usa un termine vago vi è quantomeno il dubbio che tale scelta sia consapevole.

All'esito della ricerca non riteniamo di dover dare alla vaghezza un connotato negativo. La vaghezza, a nostro parere, è una caratteristica positiva del linguaggio normativo che costituisce uno strumento che può essere validamente usato proprio per garantire all'Amministrazione quegli spazi di libertà e di adattamento della norma al caso concreto essenziali nel diritto amministrativo.

È dunque una caratteristica che si adatta perfettamente alle peculiarità e all'orientamento generale del nostro sistema giuridico.

Tuttavia, ciò non toglie che gli spazi di adattamento e di libertà debbano essere concessi solo ed esclusivamente quando il legislatore lo ritenga necessario.

Se il sistema per funzionare ha bisogno di margini di libertà in capo alla Pubblica Amministrazione, è solo la legge a poter decidere quando e con quale ampiezza tali spazi sia necessario concedere.

Posto che dalla vaghezza derivano spazi di libertà per la Pubblica Amministrazione occulti, di tale circostanza il legislatore deve essere reso edotto così da poter ponderare le sue scelte linguistiche in maniera più consapevole.

Con questo lavoro non si ha la pretesa di dare soluzioni o suggerimenti per una redazione normativa qualitativamente migliore. Si vuole semplicemente fornire un contributo che sensibilizzi su un aspetto del linguaggio delle leggi amministrative che produce effetti significativi sull'ampiezza del potere amministrativo, e quindi sui rapporti tra l'Amministrazione ed i cittadini, senza essere adeguatamente tematizzato dall'analisi giuridica.

L'auspicio è dunque che l'indagine condotta possa costituire un punto di

partenza per una riflessione che apra la strada a scelte linguistiche più consapevoli da parte del legislatore e dunque alla formulazione di leggi amministrative migliori.

Bibliografia

- ABBAGNANO N., voce *Vago*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1998
- AGO R., *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950
- AINIS M., *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma - Bari, 1997
- ALIBRANDI T., FERRI P.G., *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965
- ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957
- AMORTH A., *Una nuova sistematica della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubblico*, 1943, pp. 64 ss.
- ANTELMI D., *Vaghezza, definizioni e ideologia nel linguaggio giuridico* in GARZONE G., SANTULLI F., (a cura di) *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, Milano, 2008
- ASCARELLI T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, pp. 351 ss.
- *L'idea del codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in ASCARELLI T., *Saggi giuridici*, Milano, 1949
- AUSTIN J., *The Province of Jurisprudence Determinated and the Uses of the study of jurisprudence*, London, 1954, trad. it. a cura di BARBERIS M., *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995
- AUSTIN J.L., *How to do thing with words*, New York, 1962, trad. it. a cura di VILLATA C., *Come fare cose con le parole*, Genova, 1987
- AVANZINI G., *I rapporti tra i criteri di aggiudicazione: le novità del Correttivo e l'immediata contestazione del bando di gara*, in *Urbanistica e app.*, 2017, 4, pp. 449 ss.
- BARBERIS M., *Di cosa parliamo quando parliamo di filosofia analitica*, in GIANFORMAGGIO L., JORI M., (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, 1997
- *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, 2000
- *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2008

- *Introduzione allo studio della filosofia del diritto*, Bologna, 1993
- BASILE G., *Significato e uso. La dimensione sociale del significare*, in GAMBARARA D., (a cura di), *Semantica. Teorie, tendenze e problemi contemporanei*, Roma, 1999
- BECCARIA G.L., voce *Vago*, in *Dizionario di linguistica*, Torino, 1994
- BELVEDERE A., *Analisi dei testi legislativi e art. 12 delle preleggi*, in PALAZZO A. (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, pp. 149 ss.
- *Analisi dei testi legislativi e art. 12 delle preleggi*, in BELVEDERE A., *Scritti Giuridici*, Padova, 2016, I, pp. 497 ss.
- *Definizioni*, in *Digesto civ.*, 1989, V, pp. 149 ss.
- *Drafting e profili critici del linguaggio giuridico* in PERCHINUNNO R., (a cura di), *Il drafting legislativo: il linguaggio le fonti, l'interpretazione*, Napoli, 2007, pp. 375 ss.
- *Drafting e profili critici del linguaggio giuridico*, in BELVEDERE A., *Scritti Giuridici*, Padova, 2016, I, pp. 363 ss.
- *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977
- *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, pp. 631 ss.
- *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in BELVEDERE A., *Scritti Giuridici*, Padova, 2016, I, pp. 423 ss.
- *Linguaggio giuridico*, in BELVEDERE A., *Scritti Giuridici*, Padova, 2016, I, pp. 337 ss.
- *Linguaggio giuridico*, in *Digesto civ.*, 1994, XI, pp. 21 ss.
- *Pragmatica e semantica nell'art. 12 delle preleggi*, in VERONESI D., (a cura di), *Linguistica giuridica italiana e tedesca*, Padova, 2000, pp. 49 ss.
- *Pragmatica e semantica nell'art. 12 delle preleggi*, in BELVEDERE A., *Scritti Giuridici*, Padova, 2016, I, p. 487 ss.
- *Testi e discorso nel diritto privato*, in *Ars interpretandi*, 1997, II, pp. 137 ss.
- *Testi e discorso nel diritto privato*, in BELVEDERE A., *Scritti giuridici*, Padova, 2016, I, pp. 449 ss.

- BELVEDERE A., JORI M., LANTELLA E., *Definizioni giuridiche e ideologiche*, Milano, 1979
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, Napoli, 1950, I, pp. 1 ss.
- *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989
- *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, II, pp. 118 ss.
- BENVENUTI L., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017
- BERTI G., *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970
- BERTUCCELLI PAPI M., *Che cos'è la pragmatica*, Milano, 1993
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, Milano, 1987, I
- BIANCHI C., *La pragmatica del linguaggio*, Bari, 2003
- BIERWISCH M., *Semantica*, in LYONS J., (a cura di), *Nuovi orizzonti della linguistica*, Torino, 1970
- BIGLIAZZI GERI L., BUSNELLI F.D., BRECCIA U., NATOLI U., *Diritto civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1991
- BISCARETTI DI RUFFIA P. (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e gli insegnamenti di Santi Romano*, Milano, 1967
- BOBBIO N., *Contributo ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994
- *Due variazioni sul tema dell'imperativismo* in BOBBIO N., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970
- *Formalismo giuridico*, in BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972
- *Norma giuridica*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1956, XI, pp. 330 ss.
- *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, pp. 342 ss.
- *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in U. SCARPELLI, (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, pp. 287 ss.

- BODDA P., *La dispensa amministrativa*, Torino, 1943
- BOMBARDELLI M., *Decisioni e Pubblica Amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996
- *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 3, pp. 985 ss.
- BRUNETTI G., *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913
- BÜHLER K., *Theory of language: the representational function of language*, Amsterdam, 1965, trad. it. a cura di CATARUZZA DEROSI S., *Teoria del linguaggio*, Roma, 1983
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile. Disegno generale dell'istituto*, Milano, 1920, II
- *La Cassazione civile. Disegno generale dell'istituto*, in CAPPELLETTI M., (a cura di), *Opere giuridiche*, Napoli, 1976, VII
- CALOGERO G., *Pierce, Charles Sanders*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/charles-sanders-peirce_%28Enciclopedia-Italiana%29/
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960
- *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. It.*, 1902, III, pp. 275 ss.
- CANNATA C.A., GAMBARO A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, 1989, II
- CAPACCIOLI E., *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1960
- CARCATERRA G., *La forza costitutiva delle norme*, in G. CARCATERRA, *Saggi di filosofia del diritto: anno accademico 1988- 1989*, Roma, 1989
- *Metodologia giuridica*, in D'ANTONIO M., (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988 – 1989*, Padova, 1990
- CARNELUTTI F., *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubblico*, 1930, pp. 424 ss.
- *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1986, I
- *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951
- CARNEVALE P., *Diritto, normazione e ambiguità*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, II, pp. 353 ss.

- *Le cabale della legge: raccolta di saggi in tema di semplificazione normativa e manovra taglia-leggi*, Napoli, 201
- CARONI P., *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni Fiorentini*, 1980, pp. 69 ss.
- CASSETTA E., *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pp. 293 ss.
- CASSESE S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973
- *Introduzione allo studio della normazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, II, pp. 307 ss.
- *Verso un nuovo diritto amministrativo*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, I, p. 12 ss.
- CASSESE S., TORCHIA L., *Diritto Amministrativo. Una conversazione.*, Bologna, 2014
- CASTIGLIA G., *Note sulla natura giuridica della cosiddetta «licenza di porto d'armi»*, in *Riv. dir. sportivo*, 1968, pp. 96 ss.
- CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, IV, pp. 21 ss.
- *Savigny, i moderni e la codificazione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2001, pp. 219 ss.
- CATANIA A., *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1967
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, IV, pp. 463 ss.
- CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino, 2006
- COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993
- CORAGGIO G., *Merito amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1976, XXVI, pp. 130 ss.
- CORTELLAZZO M., *Lingua e diritto in Italia, il punto di vista dei linguisti*, in SCHENA L., (a cura di), *La lingua del diritto. Difficoltà traduttive. Applicazioni didattiche*,

Roma, 1997

CORTESE F., TOMASI M., (a cura di) *Le definizioni nel diritto, Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Napoli, 2016

CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, XIII, pp. 195 ss.

— *Lezioni di diritto costituzionale, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normativa)*, Padova, 1984, I

— *Lezioni di diritto costituzionale. Introduzione al diritto costituzionale: gli ordinamenti giuridici, Stato e costituzione, formazione della Repubblica italiana*, Padova, 1970, I

— *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, Milano, 1962, pp. 130 ss.

D'ALESSANDRO E., *Armi*, in PALAZZO D., (a cura di), *Dizionario enciclopedico di polizia*, Latina, 1980, pp. 321 ss.

D'ANTENA A., *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 3065 ss.

DAL CANTO F., *La qualità della normazione e i suoi custodi*, in CAVINO M., CONTE L. (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici, Seminario annuale del Gruppo di Pisa, Novara, 15 – 16 novembre 2013*, Napoli, 2014, pp. 53 ss.

DARDANO M., TRIFONE P., *La lingua italiana*, Bologna, 1990

DE MARSICO A., *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966

DE MASI C., *Criteri di aggiudicazione e offerte animale*, in *Riv. trim. appalti*, 2015, pp. 212 ss.

DE MAURO T., *Introduzione alla semantica*, Roma – Bari, 1998

— *Linguaggio giuridico e profili storici, sociologici e scientifici*, in *Linguaggio e giustizia*, Ancona, 1986

— *Linguistica elementare*, Roma – Bari, 2003

— *Minisemantica*, Roma – Bari, 1997

— *Proposte per una teoria formalizzata del noema lessicale e della storicità e socialità dei fenomeni linguistici*, in *Linguaggi nella società e nella tecnica*, Milano, 1970

- *Segno, significato e significare*, in *Il cannocchiale*, 1965, I
- *Wa – yehì or: la voce, l'udito e lo spazio linguistico* in DE MAURO T., *Il linguaggio tra natura e storia*, Milano, 2012
- DE NICTOLIS R., *I criteri di aggiudicazione*, in GAROFOLI R., SANDULLI M.A. (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella Legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, pp. 697 ss.
- *I nuovi appalti pubblici: appalti e concessioni dopo il D.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, pp. 1330 ss.
- *La Corte CE e l'art. 21, legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in *Urbanistica e app.*, 2004, pp. 1267 ss.
- *La Corte CE e l'art. 21, legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in *Urbanistica e app.*, 2004, pp. 1267 ss.
- DE PRETIS D., *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1999, XII, pp. 1179 ss.
- *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995
- DE SOUSSURE F., *Cours de linguistique générale*, Paris, 1916
- *Cours de linguistique générale*, Paris, 1922, trad. it. a cura di DE MAURO T., *Corso di linguistica generale*, Roma – Bari, 2001
- DE VALLES A., *Elementi di diritto amministrativo*, Padova, 1951
- *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1986
- DELL'ANNA M. V., *Il lessico giuridico italiano. Proposta di descrizione*, in *Lingua Nostra*, 2008, pp. 98 ss.
- DEODATO C., *L'estensione dell'ambito applicativo del criterio del massimo ribasso: una scelta giusta*, in https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/.../nsiga_4352847.docx.
- DI CAGNO A., *Immediata impugnabilità del bando di gara sul criterio di valutazione dell'offerta*, in *Urbanistica e app.*, 2018, 1, pp. 101 ss.
- DI GASPARE G., *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992
- DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica. dir. priv.*,

- 1984, II, pp. 539 ss.
- DI RAIMONDO M., *Armi ed esplosivi – Dir. amm.*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988
- DI ROBILANT E., *Osservazioni sulla norma giuridica come giudizi di valore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, pp. 1377 ss.
- ECO U., *Il segno*, Milano, 1973
- ENGISCH K., *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1968, trad. it. a cura di BARATTA A., GIUFFRIDA RÉPACI F., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970
- ESPOSITO C. *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Fabriano, 1930
- FABIANI E., *Clausola generale*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano, 2012, V, pp. 184 ss.
- *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro It.*, 1999, I, pp. 3558 ss.
- FALCON G., *Norme di relazione e norme d'azione (tradizione e vicende della giustizia amministrativa nella dottrina di Enrico Guicciardi)*, in *Diritto e società*, Firenze, 1974, pp. 379 ss.
- FALZEA A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999, I
- FAVARO S., *L'ineluttabilità dell'interpretazione normativa e la nuova positività: riflessioni per l'inquadramento del dibattito sull'interpretazione giuridica nel Novecento italiano*, in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2009, n. 2, consultabile sul sito <http://www.rivistatigor.scfor.units.it>
- FERRAJOLI L., *Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica*, in GIANFORMAGGIO L., JORI M., (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, 1997, pp. 353 ss.
- FERRERO E., *Concetti giuridici indeterminati e poteri delle amministrazioni*, in *Dir. e processo amm.*, 2014, VIII, pp. 759 ss.
- FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973, XXIII, p. 659 ss.
- FONDERICO G., *La selezione delle offerte e la verifica dell'anormalità (artt. 81 – 89)*, in CLARICH M., (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*,

- Torino, 2010, pp. 449 ss.
- FRANK J., *Law and the modern mind*, London, 1949
- FREGE G. *Begriffsschrift, eine der arithmetischen nachgebildete Formelsprache des reinen Denkens*, Halle, 1879
- GAVAZZI G., *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1984
- *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, 1967
- GIANNINI M.S., *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Roma, 1959, IV, pp.157 ss.
- *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, I
- *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II
- *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. processuale*, 1964, pp. 12 ss.
- *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939
- *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000
- *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939
- *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, pp. 286 ss.
- GILI L., *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urbanistica e app.*, 2017, 1, pp. 24 ss.
- GILIBERTI B., *Il merito amministrativo*, Milano, 2013
- GIULIANO M., *Norma giuridica diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, Bologna, 1952
- GIVONE S., FIRRAO F.P., *Filosofia. Dal secondo Ottocento a oggi*, Firenze, 2012
- *Filosofia. Dalle origini al medioevo*, Firenze, 2012
- *Filosofia. L'età moderna*, Firenze, 2012
- GRISPIGNI F., *Diritto processuale penale con l'indicazione di tutte le modificazioni legislative posteriori all'8-9-1943, fino al 28-2-1945*, Roma, 1946
- GROSSI P., *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in CAPPELLINI P., SORDI B. (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, pp. 579 ss.
- GUALDO R., *Linguaggi specialistici*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/linguaggi-specialistici_%28XXI-Secolo%29/

- GUALDO R., TELVE S., *Linguaggi specialistici dell'italiano*, Roma, 2011
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU A., MESSINEO F., MENGONI L., Milano, 1980, continuato da SCHLESINGER P., Milano, 2004
- *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993
 - *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU A., MESSINEO F., continuato da MENGONI L., Milano, 1998
- GUICCIARDI E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, pp. 51 ss.
- *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in E. GUICCIARDI, *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, pp. 1 ss.
 - *Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1959, III, pp. 193 ss.
 - *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942
 - *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954
 - *Norme di relazione e norme d'azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 1951, III, pp. 66 ss.
 - *Norme di relazione e norme d'azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in GUICCIARDI E., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, pp. 55 ss.
- HADOT P., *Wittgenstein et les limites du langage*, Paris, 2004, trad. it. a cura di CHITUSSI B., *Wittgenstein e i limiti del linguaggio*, Torino, 2016
- HART H.L.A., *Il positivismo e la separazione tra il diritto e la morale*, in FROSINI V., (a cura di), *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, pp.127 ss.
- *The concept of law*, London, 1961, trad. it. a cura di CATTANEO M., *Il concetto di diritto*, Torino, 1991
- JHERING R., *Der zweck im recht*, Leipzig, 1877, trad. it. a cura di LOSANO M.G., *Lo scopo del diritto*, Torino, 1972
- JORI M., *La pragmatica giuridica*, Modena, 2016
- JORI M., PINTORE A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1998
- KELSEN H., *General theory of law and state*, Harvard University Press, 1945, trad.

- it. a cura di COTTA S., TREVES G., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952
- *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it. a cura di LOSANO M. G., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966
- KENNY A.J.P., *Wittgenstein*, Londra, 1973, trad. it. a cura di MORICONI E., *Wittgenstein*, Torino, 1984
- LAMANNA DI SALVO D., RAIMONDO G., *La natura della revoca del porto d'armi*, in *Giur. di Merito*, 2013, n. 7-8, pp. 1632 ss.
- LAZZARO G., *Diritto e lingua comune*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, XXXV, pp. 140 ss.
- LEDDA F., *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI U., ORSI BATTAGLINI A., SORACE D., (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, II
- *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, IV, pp. 371 ss.
- LEVI F., *Attività lecita individuale ed attività discrezionale amministrativa*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, II
- *L'attività conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Torino, 1967
- *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, XXIV, pp. 124 ss.
- LEVINSON S. C., *Pragmatics*, Cambridge, 1983, trad. it. a cura di BERTUCCELLI PAPI M., *La pragmatica*, Bologna, 2005
- LO PIPARO F., *Il Professor Gramsci e Wittgenstein. Il linguaggio e il potere*, Roma, 2014
- LOMBARDI VALLAURI L., *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ius*, 1999, Gennaio - Aprile, n. 1, pp. 25 ss.
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983
- LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990

- *Teoria del diritto e scienza della legislazione*, in DI LUCIA P. (a cura di), *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995
- *Vaghezza, interpretazione e certezza del diritto*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R., (a cura di), *Analisi e diritto*, Torino, 1990
- MACHETTI S., *Uscire dal vago*, Roma – Bari, 2006
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001
- MANTOVANI D., *Lingua e diritto. prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica*, in GARZONE G., SANTULLI F., (a cura di) *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, Milano, 2008
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2015
- MARIANI M., *Introduzione a Frege*, Roma - Bari, 1994
- MARONGIU G., *Funzione (funzione amministrativa)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989
- MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1982
- MASTROVITI F., *Articolo 81 criteri per la scelta dell'offerta migliore*, in FERRARI G.F., MORBIDELLI G., (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013, pp. 1101 ss.
- MAZZARESE T., *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Padova, 1989, pp. 133 ss.
- MAZZIOTTI DI CELSO M., *Norma giuridica*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990
- MICELI V., *La norma giuridica*, Palermo, 1906
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009
- *Norma giuridica*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1978, XXVII, pp. 328 ss.
- MORTARA GARAVELLI B., *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino
- MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, 1960, V, pp. 1098 ss.
- MOZZARELLI C., NESPOR S., *La codificazione nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 1087 ss.
- NEGRI A. (a cura di), *Novecento filosofico e scientifico. Protagonisti.*, Milano, 1991, I
- *Novecento filosofico e scientifico. Protagonisti.*, Milano, 1991, II
- NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 1983

- *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)* in *Riv. Dir. Processuale*, 1980, pp. 252 ss.
- *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966
- ORLANDO V.E., *Ancora sul metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, I
- *Del metodo di diritto pubblico*, in ORLANDO V.E., *Diritto pubblico generale: scritti vari (1881–1940)*, Milano, 1940
- PAGANINI E., *La vaghezza*, Roma, 2008
- PAGANO R., *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 1999, pp. 288 ss.
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996
- PANUCCIO V., *Applicazioni giurisprudenziali degli standards valutativi*, in *Giust. civ.*, 2000, II, pp. 88 ss.
- *Linguaggio giuridico, linguaggio comune e linguaggi tecnici*, in *Scritti Catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, pp. 341 ss.
- PARODI G., *Tecnica ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990
- PASTORI G., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro Amm.*, 1987, II, p. 3165 ss.
- PATRONO M., *Interpretazione e "nuove leggi"*, in *Nomos*, 1988, pp. 61 ss.
- PERASSI T., *Introduzione alle scienze giuridiche*, Roma, 1938
- PERFETTI L.R., (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017
- *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2000, I, pp. 424 ss.
- PERICU G., *Scritti Scelti*, Milano, 2009
- PERISSINOTTO L., *Logica e immagine del mondo*, Milano, 1991
- PIERCE C.S., voce *Vague*, in BALDWIN J.M., *Dictionary of Philosophy and Psychology*, Londra, 1902, II, p. 748

- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XIII, pp. 65 ss.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, II
- PIVA P., *Criteri di aggiudicazione*, in VILLATA R., BERTOLISSI M., DOMENICHELLI V., SALA G., (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, I, pp. 779 ss.
- PIZZORUSSO A., *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Politica del diritto*, 1988, IV, pp. 655 ss.
- PRAMPOLINI M., *Il concetto di vaghezza*, in LEONI F.A., GAMBARARA D., GENSINI S., LO PIPARO F., SIMONE R., (a cura di), *Ai limiti del linguaggio. Vaghezza, significato e storia*, Roma – Bari, 1998, pp. 97 ss.
- PRESUTTI E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, 1910, IV, pp. 10 ss.
- PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, XII, pp. 696 ss.
- PUPPO F., *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. saggio di logica giuridica*, Milano, 2012
- RAMAJOLI M., *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, II, pp. 347 ss.
- *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, pp. 347 ss.
- RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912
- RANIERI S., *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1956, pp. 17 ss.
- RAVÀ A., *Diritto e Stato nella morale idealista*, Padova, 1950
- RIVERSO E., *Il pensiero di Ludovico Wittgenstein*, Napoli, 1970
- RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, V, pp. 709 ss.
- ROMANO S., *Interpretazione evolutiva*, in ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947
- *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962
- *Norme giuridiche (destinatari delle)*, in ROMANO S., *Frammenti di un*

- dizionario giuridico*, Milano, 1947
- ROSS A., *On Law and Justice*, London, 1958, trad. it. a cura di GAVAZZI G., *Diritto e giustizia*, Torino, 1990
- RUSSELL B., *Vagueness*, in *Australasian Journal of Psychology and Philosophy*, 1923, pp. 84 ss.
- RUSSO I., *Legislazione in materia di armi e materie esplodenti*, in CARINGELLA F., IANNUZZI A., LEVITA L., (a cura di), *Manuale di diritto di pubblica sicurezza*, 2013, Roma, pp. 463 ss.
- SABATINI F., *Analisi del linguaggio giuridico. Il testo normativo in una tipologia generale dei testi*, in D'ANTONIO M., (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi, 1988-1989*, Padova, pp. 675 ss.
- SACCO R., *Lingua e diritto*, in *Ars interpretandi*, 2000, pp. 117 ss.
- SALA G., *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, 1985
- SALMONI F., *Le norme tecniche*, Milano, 2001
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, I
- SANDULLI M.A., LIPARI M., CARDELLI F., (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017
- SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969
- SAVIGNY F.C., *System des heutigen Römischen Recht*, Berlin, 1840, trad. it. a cura di SCIALOJA V., *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886, I
- SCARPELLI U., *Contributo a una semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959
— *La definizione nel diritto*, in *Ius*, 1959, pp. 496 ss.
- SCHMITT C., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972
- SCHOLZ O.R., voce *Wittgenstein L.*, in VOLPI F., *Dizionario delle opere filosofiche*, Milano, 2000
- SCIAUDONE F., *Le nuove procedure di aggiudicazione e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in CONTESSA C., CROCCO D., (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni: il D.lgs. 50 del 2016 commentato articolo per articolo*, Roma, 2016, pp. 73 ss.

- SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017
- *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, Milano 1971
- SEGRE C., *Avviamento all'analisi del testo letterario*, Torino, 1999
- SENZIANI D., *Discrezionalità della Pubblica Amministrazione e offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Riv. trim. appalti*, 2013, pp. 901 ss.
- SIMONE R., *Fondamenti di linguistica*, Roma – Bari, 1995
- SOLURI F., *L'aggiudicazione del contratto*, in BOCCUZZI I., GALLO S., (a cura di), *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 171 ss.
- SOPRANO E., *Le novità in materia di procedure di affidamento e criteri di aggiudicazione*, in SANDULLI M.A., LIPARI M., CARDELLI F., (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, pp. 91 ss.
- SORACE D., *Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2002
- SPAVENTA S., *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949
- TARELLO G., *Codificazione*, in *Dig. Civ.*, 1993, pp. 465 ss.
- *Formalismo giuridico*, in TARELLO G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974
- *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962
- *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU A., MESSINEO F., continuato da MENGONI L., Milano, 1980
- *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1998
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992
- THON A., *Rechtsnorm und subjectives recht: Untersuchungen zur allgemeinen rechtslehre*, Weimar, 1878, trad. it. a cura di LEVI A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1939
- TODESCHINI F., *Procedimento amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1986, XXXV, pp. 872 ss.
- TONOLETTI B., *Efficacia temporale e decadenza del permesso di costruire*, in FANTIGROSSI U., PISCITELLI L., (a cura di), *La nuova disciplina edilizia*, Piacenza, 2003, pp. 319 ss.

- *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001
- *Scrittura tecnica e cultura giuridica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e la giustizia. Atti del convegno di presentazione del progetto di ricerca e formazione*, Roma, 2017
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998
- TUZET G., *Pragmatica dell'indeterminato*, in *Annali dell'Università di Ferrara. Nuova serie*, Sez. V, Ferrara, 2006, pp. 159 ss.
- VEDASCHI A., *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Milano, 2001
- VICENZI V., *Porto d'armi*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1991
- VIGNUNDELLI A., *Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo (estratto da)*, Torino, 2017
- VIOLA F., *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in *Dir. priv.*, 2001-2002, pp. 50 ss.
- VIOLA F., URSO M., *Scienza giuridica e diritto codificato*, Torino, 1989
- VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999
- VITTA C., *Diritto amministrativo*, Torino, 1962
- VOLPE F., *Norme di azione, norme di relazione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004
- VOLTOLINI A., *Guida alla lettura delle Ricerche Filosofiche di Wittgenstein*, Roma-Bari, 1998
- WITTGENSTEIN L., *Logisch - philosophische Abhandlung*, London, 1922, trad. it. a cura di CONTE A.G., *Tractatus logico - philosophicus*, Torino, 1989
- *Philosophische Untersuchungen*, Oxford, 1953, trad. it. a cura di TRINCHERO M., *Ricerche filosofiche*, Torino, 2009
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992
- *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009
- *Manuale di diritto costituzionale, Il sistema delle fonti del diritto*, Torino,

1994, I

ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, in ZANOBINI G., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955

Enciclopedia Italiana Treccani

Voce *Bühler Karl*, in *Lessico universale italiano, Enciclopedia Italiana Treccani*, Roma, III, 1969

Voce *Frege Gottlob*, in *Lessico universale italiano, Enciclopedia Italiana Treccani*, Roma, VIII, 1971

Voce *Norma giuridica*, in *Lessico universale italiano, Enciclopedia Italiana Treccani*, Roma, XV, 1975

Voce *Saussure, Ferdinand, de*, in *Enciclopedia di scienze, lettere ed arti, Enciclopedia Italiana Treccani*, Roma, XXX, 1949

Voce *Wittgenstein Ludwig Joseph*, *Lessico universale italiano di lingua lettere arti scienze e tecnica, Enciclopedia Italiana Treccani*, Roma, XIV, 1981

Vocabolari

DEVOTO G., OLI G.C., voce *Standardizzato*, in *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1971

ZINGARELLI N., voce *Affidabile*, in *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 2000

ZINGARELLI N., voce *Tomba*, in *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 2000

Giurisprudenza citata

Le sentenze citate del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali sono tutte consultabili sul sito *web* ufficiale della Giustizia Amministrativa <http://www.giustizia-amministrativa.it>

Corte Cost. 16 dicembre 1993, n. 440, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 3606 ss.

Corte Giust., 7 ottobre 2004, C. – 247/2002, in *Urbanistica e app.*, 2004, pp. 1267 ss.

Cons. St., sez. V, 12 novembre 1984, n. 792

Cons. St., sez. V, 23 novembre 1996, n. 1414

Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601

Cons. St., sez. V, 15 giugno 1999, n. 834

Cons. St., sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156

Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2004, n. 5228

Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2006, n. 2576

Cons. St., sez. V, 8 maggio 2007, n. 2109

Cons. St., sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5228

Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6366

Cons. St., sez. V, 3 dicembre 2010, n. 8408

Cons. St., sez. IV, 10 dicembre 2010, n. 8722

Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2011, n. 2765

Cons. St., sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2915

Cons. St., sez. III, 29 luglio 2013, n. 3979

Cons. St., sez. IV, 30 settembre 2013, n. 4855

Cons. St., sez. IV, 6 agosto 2014, n. 4201

Cons. St., sez. III, 10 ottobre 2014, n. 5039

Cons. St., sez. I, 15 maggio 2015, n. 50

Cons. St., sez. V, 25 maggio 2015, n. 2697

Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2015, n. 4823

Cons. St., sez. III, 10 febbraio 2016, n. 578

Cons. St., sez. V, 22 marzo 2016, n. 1189

Cons. St., sez. III, 30 maggio 2016, n. 2264
Cons. St., sez. V, 26 luglio 2016, n. 3369
Cons. St., sez. V, 14 novembre 2017, n. 5239
Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 2018, n. 443
Cons. St., sez. III, 23 gennaio 2018, n. 443
Cons. St., sez. IV, 14 febbraio 2018, n. 947
Cons. St., sez. III, 27 febbraio 2018, n. 1208
Cons. St., sez. III, 13 marzo 2018, n. 1609
Cons. St., sez. I, 11 aprile 2018, n. 943
Cons. St., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4
Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2018, n. 2798
Cons. St., sez. III, 16 maggio 2018, n. 2928
Cons. St., sez. I, 17 maggio 2018, n. 2974
Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2018, n. 3013
Cons. St., sez. III, 11 giugno 2018, n. 3502
C.G.A., 12 luglio 2018, n. 400
Cons. St., sez. III, 9 agosto 2018, n. 4887
Cons. St., sez. III, 6 settembre 2018, n. 5263
T.a.r. Abruzzo, 11 gennaio 2018, n. 9
T.a.r. Abruzzo, 13 gennaio 2017, n. 30
T.a.r. Abruzzo, 4 febbraio 2013, n. 61
T.a.r. Basilicata, 27 settembre 2017, n. 612
T.a.r. Basilicata, 16 settembre 2016, n. 900
T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, 25 febbraio 2017, n. 166
T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, 5 dicembre 2016, n. 1196
T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, 30 novembre 2016, n. 1186
T.a.r. Calabria, Catanzaro, 10 novembre 2011, n. 1350
T.a.r. Calabria, Catanzaro, 2 febbraio 2010, n. 60
T.a.r. Campania, Napoli, 4 luglio 2018, n. 4442
T.a.r. Campania, Napoli, 20 giugno 2018, n. 4106
T.a.r. Campania, Napoli, 1° febbraio 2018, n. 716

T.a.r. Campania, Napoli, 11 dicembre 2017, n. 5812
T.a.r. Campania, Napoli, 8 settembre 2017, n. 4343
T.a.r. Campania, Napoli, 2 settembre 2016, n. 4154
T.a.r. Campania, Napoli, 7 marzo 2014, n. 1453
T.a.r. Campania, Napoli, 6 novembre 2012, n. 4442
T.a.r. Campania, Napoli, 12 luglio 2010, n. 16669
T.a.r. Campania, Napoli, 25 settembre, n. 10890
T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, 9 aprile 2018, n. 312
T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, 20 marzo 2018, n. 267
T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, 31 luglio 2017, n. 5638
T.a.r. Emilia Romagna, Parma, 17 luglio 2017, n. 265
T.a.r. Emilia Romagna, Parma, 17 luglio 2017, n. 656
T.a.r. Emilia Romagna, Parma, 10 febbraio 2016, n. 40
T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, 30 marzo 2015, n. 335
T.a.r. Emilia Romagna, Parma, 27 marzo 2015, n. 102
T.a.r. Emilia Romagna, Parma, 13 marzo 2015, n. 86
T.a.r. Lazio, Roma, 16 maggio 2018, n. 5468
T.a.r. Lazio, Roma, 19 aprile 2018, n. 4372
T.a.r. Lazio, Roma, 6 marzo 2018, n. 2527
T.a.r. Lazio, Roma, 16 dicembre 2017, n. 12439
T.a.r. Lazio, Roma, 7 agosto 2017, n. 9249
T.a.r. Lazio, Roma, 10 luglio 2017, n. 8184
T.a.r. Lazio, Roma, 13 dicembre 2016, n. 12439
T.a.r. Lazio, Roma, 13 gennaio 2015, n. 475
T.a.r. Liguria, 9 maggio 2017, n. 407
T.a.r. Liguria, 27 gennaio 2016, n. 82
T.a.r. Liguria, 24 aprile 2009, n. 854
T.a.r. Lombardia, Brescia, 4 giugno 2018, n. 534
T.a.r. Lombardia, Milano, 31 maggio 2018, n. 1378
T.a.r. Lombardia, Brescia, 21 maggio 2018, n. 495
T.a.r. Lombardia, Milano, 16 maggio 2018, n. 1284

T.a.r. Lombardia, Brescia, 14 maggio 2018, n. 470
T.a.r. Lombardia, Brescia, 20 aprile 2018, n. 434
T.a.r. Lombardia, Milano, 20 febbraio 2018, n. 491
T.a.r. Lombardia, Brescia, 18 dicembre 2017, n. 1449
T.a.r. Lombardia, Milano, ord., 24 novembre 2017, n. 1548
T.a.r. Lombardia, Milano, 3 marzo 2015, n. 606
T.a.r. Lombardia, Milano, 27 agosto 2014, n. 2262
T.a.r. Lombardia, Milano, 10 gennaio 2013, n. 71
T.a.r. Lombardia, Milano, 2 ottobre 2012, n. 2445
T.a.r. Lombardia, Milano, 16 aprile 2010, n. 980
T.a.r. Lombardia, Milano, 18 aprile 2007, n. 1813
T.a.r. Marche, 15 gennaio 2018, n. 45
T.a.r. Marche, 23 maggio 2017, n. 383
T.a.r. Marche, 13 dicembre 2005, n. 1644
T.a.r. Molise, 12 gennaio 2018, n. 10
T.a.r. Lazio, 10 luglio 2017, n. 8148
T.a.r. Palermo, 6 luglio 2018, n. 1556
T.a.r. Piemonte, 26 aprile 2018, n. 489
T.a.r. Piemonte, 15 febbraio 2018, n. 225
T.a.r. Piemonte, ord., 21 dicembre 2017, n. 550
T.a.r. Piemonte, 16 maggio 2017, n. 620
T.a.r. Piemonte, 8 aprile 2016, n. 434
T.a.r. Piemonte, 10 luglio 2015, n. 1163
T.a.r. Piemonte, 26 gennaio 2012, n. 121
T.a.r. Piemonte, 14 luglio 2011, n. 778
T.a.r. Piemonte, 19 marzo 2009, n. 778
T.a.r. Puglia, Lecce, 23 aprile 2018, n. 718
T.a.r. Puglia, Bari, 3 maggio 2017, n. 474
T.a.r. Puglia, Bari, 21 dicembre 2016, n. 1398
T.a.r. Puglia, Lecce, 11 luglio 2013, n. 1625
T.a.r. Puglia, Bari, 10 marzo 2011, n. 432

T.a.r. Puglia, Bari, 13 ottobre 2010, n. 3888
T.a.r. Sardegna, 8 novembre 2016, n. 848
T.A.R. Sardegna, 4 maggio 2015, n. 741
T.a.r. Sicilia, Palermo, 6 luglio 2018, n. 1556
T.a.r. Sicilia, Catania, 2 maggio 2016, n. 1187
T.a.r. Sicilia, Palermo, 15 gennaio 2016, n. 114
T.a.r. Sicilia, Catania, 10 luglio 2015, n. 1904
T.a.r. Sicilia, Palermo, 23 aprile 2015, n. 1081
T.a.r. Sicilia, Palermo, 20 dicembre 2012, n. 2429
T.a.r. Sicilia, Palermo, 26 giugno 2008, n. 853
T.a.r. Toscana, 17 aprile 2018, n. 533
T.a.r. Toscana, 8 marzo 2018, n. 356
T.a.r. Toscana, 9 gennaio 2018, n. 28
T.a.r. Toscana, 22 dicembre 2017, n. 1167
T.a.r. Trentino Alto Adige, 9 gennaio 2018, n. 5
T.a.r. Trentino Alto Adige, 10 novembre 2017, n. 302
T.a.r. Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2017, n. 371
T.a.r. Valle d'Aosta, 18 aprile 2018, n. 26
T.a.r. Umbria, 9 aprile 2018, n. 205
T.a.r. Valle d'Aosta, 13 aprile 2017, n. 19
T.a.r. Valle d'Aosta, 22 maggio 2017, n. 30
T.a.r. Veneto, 21 giugno 2018, n. 673
T.a.r. Veneto, 19 aprile 2018, n. 435
T.a.r. Veneto, 13 novembre 2017, n. 1025
T.a.r. Veneto, 19 gennaio 2017, n. 62
T.a.r. Veneto, 10 novembre 2009, n. 1557
T.a.r. Veneto, 10 novembre 2009, n. 2752