

Michele Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013

I. Uno dei meriti della monografia di Michele Trimarchi, di cui invero l'A. mostra di avere piena consapevolezza, sin dalle prime battute della premessa, risiede nel recupero della centralità della categoria della validità nell'ambito degli studi della scienza giuridica. Spesso distolti dal tema dell'invalidità (e pragmaticamente impegnati a studiare i meccanismi attraverso i quali l'atto invalido viene privato dei suoi effetti pregiudizievoli per i cittadini), infatti, i giuristi non si preoccupano eccessivamente di definire che cosa sia la validità.

È poi evidente che, ponendo saldamente al centro della riflessione teorica la categoria della validità del provvedimento, l'A. concorre anche a rivalutare la posizione del "provvedimento" (pag. 134 e ss.), figura spesso ingiustamente considerata come un inutile ingombro e posta in secondo piano rispetto alla "funzione" o al "procedimento". Anche oggi, il suo ruolo di "sintesi" e di "filtro" tipizzato dell'orizzonte problematico cui vengono collegati effetti giuridici, viceversa, non pare affatto tramontato.

Nel Volume, inoltre, la validità è costantemente trattata avendo come riferimento la questione dell'efficacia, che, a sua volta, è collegata a un altro concetto essenziale, quello di rilevanza.

II. La strategia argomentativa dell'A. emerge con evidenza dall'analisi dell'articolazione dell'opera: a una prima parte dedicata allo studio della validità degli atti in generale (partendo dalle norme), segue quella che si volge a considerare nello specifico il provvedimento.

L'A. opera una distinzione tra eventi e comportamenti (categoria all'interno della quale vi sono i comportamenti attuosì – con cui il soggetto realizza immediatamente il proprio interesse – e quelli programmatici: pag. 71), per arrivare a sostenere che ai soli comportamenti programmatici (a loro volta "normativi" o "fattispecie") può essere riferito il predicato della validità: eventi e comportamenti materiali possono essere soltanto esistenti o inesistenti. Ciò posto, il comportamento programmatico, categoria alla quale il provvedimento è riconducibile, è un atto costitutivo del proprio effetto, che trova in sé una forza che non deriva soltanto dall'ordinamento.

Così opinando, è possibile porre le premesse per sganciare la nozione di efficacia dal collegamento normativo e dalla validità (pag. 103), con l'essenziale precisazione secondo cui efficace è l'atto rilevante perché "riconoscibile" (pag. 105).

Di conseguenza, non può dirsi che la conformità alle norme sulla produzione sia la ragione dell'efficacia. Quella conformità costituisce piuttosto lo strumento che consente ai consociati il riconoscimento dell'atto come espressione dell'ordinamento.

III. L'A. usa in diversi contesti la coppia concettuale "formale/assiologica".

In ordine alla rilevanza, l'A. intanto chiarisce che posseggono tale carattere non tutti i fatti (né tutti quelli corrispondenti a una fattispecie normativa), ma soltanto quelli che toccano interessi già valutati dall'ordinamento, che, poi, a sua volta, determina gli effetti giuridici (pag. 53). La rilevanza, poi, può essere appunto apprezzata sotto il profilo formale (fatto conforme alla prescrizione) e sotto quello assiologico (fatto che rende attuale l'esigenza dell'operatività di un valore normativo: in sostanza, si discute qui della convenienza rispetto alla concreta situazione di fatto).

E veniamo alla distinzione tra validità formale e validità assiologica.

La prima deriva dall'osservanza delle condizioni costitutive della validità poste dalle norme sulla produzione, mentre la seconda ha a che fare con i valori; la validità formale è coerente con l'idea di un ordinamento che è sintesi di sole norme; la validità assiologica presuppone che l'ordinamento sia anche la sintesi di una componente assiologica.

L'atto invalido, in ogni caso, potrà pur produrre effetti, ma questi risultano precari, posto che l'invalidità è il presupposto per l'operare dei rimedi predisposti dall'ordinamento a tutela dei privati che portano alla privazione degli effetti (vicenda che, tuttavia, non è appunto automaticamente e direttamente cagionata dall'invalidità).

Va al riguardo ricordata l'intuizione dell'A. (il quale richiama Ferrajoli) secondo cui il diritto non è solo quello valido: contrastando quello che viene definito l'inaccettabile "ottimalismo", l'A. ribadisce che gli effetti possono anche essere invalidi (pag. 60). L'invalidità (pure quella assiologica), dunque, si riflette non già sull'esistenza dell'effetto, ma sulla qualità dell'effetto.

IV. Chiariti i concetti di validità e di efficacia/rilevanza, i problemi non sono ovviamente del tutto risolti, dovendosi ad esempio spiegare in cosa la rilevanza si distingue dall'effettività (carattere che sussiste quando i destinatari osservano l'atto), ostacolo che l'A. affronta affermando che la rilevanza è qualcosa di diverso dalla sola osservanza (nel senso che la prima comporta di agire in funzione della norma anche quando non la si osservi, riconoscendola come riferibile all'ordinamento: pag. 107).

Ancor più importante è comprendere quali sono i criteri di riferibilità: se l'osservanza di tutte le norme garantisce la riferibilità, come il più contiene il meno, occorre cioè ritagliare quella porzione di norme la cui osservanza garantisce la riconoscibilità e addirittura interrogarsi circa l'esistenza di altri canali di riconoscimento che si collochino al di là delle norme (pag. 112).

V. Nel diritto amministrativo, e con riferimento al provvedimento, la questione si specifica e si ingarbuglia.

In particolare, sorge il problema se sia comportamento programmatico anche il provvedimento completamente vincolato, potendosi obiettare che si sia qui al cospetto di un fatto semplicemente oggetto di qualificazione giuridica.

In ordine a siffatta questione l'A. ha dovuto confrontarsi con gli studiosi che hanno trattato degli effetti del provvedimento e, ancor prima, della nozione di atto produttivo di effetti.

La scuola fiorentina, ad esempio, sviluppando poi coerentemente la tesi sui versanti delle situazioni giuridiche soggettive, della dimensione funzionale delle norme e del regime dell'atto invalido (che sarebbe, secondo alcune tesi, sempre lesivo di un diritto soggettivo, integrando un illecito contrattuale: pag. 228), sostiene che l'atto può essere costitutivo dei propri effetti solo se il soggetto ne può determinarne il contenuto, dovendosi altrimenti attribuire a quella figura la qualifica di mero fatto.

La confutazione della tesi avviene sulla base della condivisibile raccomandazione di evitare la confusione tra definizione di potere come disponibilità degli effetti e nozione di potere come capacità di produrre effetti: richiamando autorevole dottrina, si sottolinea come anche nel provvedimento vincolato la produzione degli effetti dipenda dal giudizio di valore da esso manifestato.

L'A. prosegue osservando che se il soggetto decide di non emanarlo non si produce effetto giuridico, sicché rimane sempre comunque il potere di costituire l'effetto: pur non regolamentando gli interessi, cioè, il soggetto ne realizza l'assetto (invero, a questa posizione potrebbe obiettarsi che lo stesso ordine di ragionamento potrebbe essere applicato al mero atto, che pure non è provvedimento perché non è costitutivo dell'effetto, sicché la sussistenza di uno spazio decisionale circa l'attivazione del meccanismo di dinamica giuridica che conduca alla produzione di un effetto non è sintomo del potere di produrre effetti, anche se è vero che solo nel provvedimento l'effetto è voluto dal soggetto, laddove nel mero atto la volontà è un mero momento interno all'atto).

Decisiva pare comunque l'osservazione secondo cui l'amministrazione potrebbe pur sempre emanare un provvedimento (invalido) diverso da quello

valido, che risulterebbe efficace. In altri termini, accanto al provvedimento vincolato valido si può immaginare quello vincolato invalido, e questo è ancora espressione di un potere. Il carattere vincolato, cioè, attiene alla validità e non all'esistenza del potere e il provvedimento vincolato è comunque costitutivo, pur non essendo una "decisione" (pag. 189), perché il suo contenuto precettivo non è rimesso alla volontà dell'autore.

Si passa così all'applicazione della distinzione tra validità assiologica e validità formale al provvedimento.

Quanto alla prima, la sua indagine si accompagna allo studio del processo decisionale, che viene scandito distinguendo tra identificazione del problema, decisione in ordine alla sua rilevanza e giudizio di efficacia (pag. 162). La validità assiologica investe tutti i tre momenti e viene definita alla luce, appunto, della giustificazione rispetto ai valori; la validità formale, invece, è definita come conformità rispetto al parametro normativo, al termine di un'analisi che tocca anche le tesi che contrappongono le norme di relazione alle norme di azione (o le primarie alle secondarie). L'A. distingue ulteriormente tra validità formale in senso stretto e validità sostanziale (la prima dipende dal rispetto delle norme sulla produzione, la seconda dall'osservanza di norme che stabiliscono vincoli sostanziali), chiarendo che per il provvedimento vincolato è predicabile il solo vizio formale e non già quello sostanziale (pag. 189)

VI. Nella parte ricostruttiva, richiamando in sintesi le due posizioni opposte, molto incisiva è l'osservazione di apertura secondo cui (pag. 230), intesa come legittimità, la validità del provvedimento "è permeata dall'interesse pubblico"; laddove, collegata alla mancata "lesione di un diritto soggettivo", è estranea alla dimensione della funzione.

Convincente è il rilievo secondo cui questa seconda opzione sarebbe il frutto di un costante errore, consistente nel fatto di immaginare che la soggettività della tutela rechi seco, come necessaria conseguenza, la soggettivizzazione della validità, quasi che il fatto che il giudice protegga situazioni giuridiche implichi l'espunzione di qualsiasi riferimento all'interesse pubblico dalla validità (mentre proprio attraverso la latitudine della legittimità, oggettivamente connotata, il giudice è riuscito ad assicurare un elevato grado di tutela).

In sostanza, l'impostazione soggettiva della validità considera il provvedimento soltanto come oggetto di una pretesa, mentre esso è anche misura di attuazione dei valori giuridici e non coincide con il mero adempimento degli obblighi dell'amministrazione.

Proprio le premesse cui l'A. aderisce, espone nella prima parte del Volume, condivisibilmente impediscono di espungere gli aspetti funzionali dalla validità,

perché ciò significherebbe rinunciare alla prospettiva della validità assiologica. La categoria della validità, nella sua dimensione assiologica, più in generale, intercetta “aspetti estranei alla logica del rapporto” (pag. 252). Coerentemente, le situazioni soggettive vengono ricostruite guardando agli aspetti soggettivi della dinamica giuridica, che non si esaurisce nella loro considerazione.

VII. A questo proposito, l'A. riconosce la consistenza di diritti soggettivi alle posizioni che si collegano alle norme sulla validità formale. Da siffatto punto di vista, egli frantuma la posizione di vantaggio del privato in tanti diritti quanti sono i doveri dell'amministrazione il cui rispetto assicura la validità formale (motivare, comunicare l'avvio del procedimento e così via: pag. 240).

L'interesse legittimo, invece, sarebbe una situazione di rilevanza in ordine alla quale il suo titolare è privo della garanzia della realizzazione della pretesa, posto che l'interesse vive nell'ambito di un processo di produzione giuridica per il quale non è individuabile un'unica soluzione valida. In tal modo, meglio si definisce anche il diritto, in quanto situazione dotata di garanzia di realizzazione. Anche là dove sia “esposto a molteplici limitazioni”, e pur se può esservi incertezza sulla materiale soddisfazione dell'interesse, nel diritto soggettivo sussiste già un interesse valutato positivamente dall'ordinamento e, quindi, costituente un valore giuridico; viceversa, nel caso dell'interesse legittimo, l'ordinamento ha sospeso la valutazione in ordine alla meritevolezza dell'interesse e non si sa se esso verrà protetto o continuerà a essere protetto.

L'A. ritorna a questo punto sulla tesi secondo cui a fronte del provvedimento vincolato ci sarebbe il diritto soggettivo: se, come ritiene parte della giurisprudenza, il provvedimento costituisce la fattispecie della norma costitutiva dell'effetto, non si spiega come un diritto possa preesistere prima del provvedimento; non è un caso che si sia affermato in dottrina che, in questa fase, vi sarebbe piuttosto un diritto potestativo attivo ad accertamento amministrativo.

Qui l'A. richiama la precedente tesi secondo cui i comportamenti programmatici a contenuto vincolato hanno forza costitutiva degli effetti e giustifica su di un piano diverso il fatto che possa esserci un diritto soggettivo a fronte del provvedimento vincolato: si avrebbe, cioè, un diritto al diritto. Prima del provvedimento, cioè, il privato non è titolare del diritto che deve essere attribuito dall'amministrazione; egli, tuttavia, ha una pretesa – avente la consistenza di un diritto – alla costituzione di una situazione giuridica ulteriore da parte del provvedimento, ad esempio relativamente all'esercizio di un'attività.

VIII. Tirando le somme dell'analisi condotta, l'A. ribadisce che l'invalidità non è causa d'inefficacia, ma presupposto dell'annullamento del provvedimento: vi è dunque divaricazione tra invalidità e inefficacia. Dopo aver trattato criticamente della presunzione di legittimità e della teoria dell'imperatività, l'A. indugia ancora sulla tesi secondo cui caratteristica di tutti gli atti pubblici rilevanti è quella di produrre effetti anche se invalidi, sicché è individuabile un principio di legittimazione più forte di quello della conformità alle norme sulla validità.

La rilevanza dipende dal riconoscimento sociale del comportamento programmatico (valido o invalido) e, cioè, da un giudizio dei destinatari (soggetti a vario titolo interessati al precetto) che ritengono l'atto espressione dell'ordinamento giuridico. Vi sarebbe dunque non coincidenza tra potere legale e potere *tout court*, che pure produrrebbe effetti giuridici; il potere (che, secondo l'A., non può essere ricostruito in termini oggettivi) ritrae la propria efficacia non già dalla norma attributiva, ma dal riconoscimento sociale.

Si noti che, secondo l'A., il problema non è circoscritto al diritto amministrativo, investendo infatti tutti i comportamenti programmatici pubblici, sicché l'efficacia dell'atto invalido non sarebbe una scelta di diritto positivo (di solito, invece, di richiama al riguardo la disciplina processuale, la quale appunto presuppone l'efficacia del provvedimento invalido).

In conclusione, il provvedimento è assiologicamente valido quando rispetta i valori ordinamentali in gioco ed è formalmente valido se rispetta le condizioni stabilite dalle norme. In tutti gli altri casi è invalido; mentre quello nullo è rilevante, quello inesistente è irrilevante, in quanto non riconosciuto come parte dell'ordinamento.

Rimane il problema di meglio definire il riconoscimento: a questi fini l'A. utilizza la nozione di legittimazione, facendo riferimento, ma non solo, alla conformità alla legge, al procedimento, alla motivazione ecc. (profili che, peraltro, riportano alla conformità formale: pag. 298; la carica legittimante di questi istituti, tuttavia, “trascende ampiamente le forme e i modi previsti dal legislatore, spiegandosi anche quando questi non vengano pienamente osservati”).

IX. Come tutte le opere riuscite, anche il Volume di Michele Trimarchi fa pensare e suscita osservazioni.

L'Università è luogo di dibattito e, esclusivamente in questa prospettiva dialettica, nella convinzione che anche le posizioni che saranno ora espresse sono criticabili, si ritiene utile esporre alcuni spunti di riflessione, per continuare il “dialogo” con l'A.

Ad esempio, vi è un fenomeno che meriterebbe un'analisi approfondita: quello dell'atto valido che non produce effetti (ad esempio perché non si è avvera-

ta ancora una condizione o perché esso non è stato ancora notificato; la situazione – atto valido/inefficace – è il reciproco della coppia indagata dall’A., che guarda all’atto invalido/inefficace). Eppure, in quanto valido, esso dovrebbe essere riconosciuto dall’ordinamento e dai consociati. L’esempio potrebbe essere addotto dall’A. per dimostrare che l’efficacia viaggia su un binario diverso dalla validità, ma è pure suscettibile di essere invocato per asserire che anche l’efficacia è determinata dalla conformità a norme e non può essere ricavata da altri canali (appunto di legittimazione al di fuori della legittimità). In ogni caso, si scorge che l’efficacia dipende da altre situazioni che non sono unicamente riconducibili alla mera rilevanza (forse ci sono due tipi di efficacia: quella del provvedimento invalido e quella del provvedimento valido; più in generale emerge con chiarezza che vi sono gradi diversi di conformità all’ordinamento: ai fini dell’efficacia, ai fini della nullità, ai fini della validità).

In secondo luogo, sostituendo i fattori il prodotto non cambia: se, in luogo della nozione di comportamenti programmatici, utilizziamo il concetto di autonomia (cui ricollegare anche il provvedimento) e se alla “rilevanza” sostituiamo l’idea di conformità all’ordinamento generale, siamo egualmente in grado di osservare che il provvedimento invalido perché frutto di una dinamica giuridica non corretta produce effetti, purché conforme alle norme di riconoscimento dell’esistenza del potere di cui all’ordinamento generale. Questa soluzione consente di spiegare perché anche atti privati invalidi sono efficaci pur se invalidi (si pensi al contratto annullabile), senza dover ricorrere a quel concetto di rilevanza che l’A. definisce uscendo dal circuito della conformità a norme, ma limitandosi ai pubblici poteri (è però vero che il contratto ha effetto solo tra le parti e, quindi, non incide sui terzi come invece accade per gli atti dei pubblici poteri, sicché basterebbe il riconoscimento dei contraenti). Piuttosto si può convenire pienamente sul fatto che atti illegittimi possono essere efficaci perché legati a fattori di legittimazione procedimentali e di razionalità: ma anche qui la conformità minima alla norma dell’ordinamento generale (che garantisce l’appartenenza del provvedimento all’ordinamento generale, che appunto attribuisce i poteri di cui il primo è espressione) pare necessaria, non riuscendosi a immaginare una rilevanza che conviva con l’illegalità più radicale. Per altro verso, si potrebbe giustificare la permanenza della distinzione tra le norme attributive di poteri (e, al contempo, fattori di riconoscibilità dei provvedimenti come appartenenti all’ordinamento generale) e le altre norme (quelle che tradizionalmente vengono dette di azione), la cui violazione dà luogo ad atto illegittimo, e che hanno il più moderno significato di tracciare le condizioni in forza delle quali l’effetto dell’atto finale si spiega e si qualifica come effetto non precario: esse, cioè, “servono” per verificare se l’effetto, che esiste in quanto vi è un potere esercitato, sia conforme all’ordinamento e, dunque, stabile.

In terzo, luogo, anche accedendo alle acute tesi di M. Trimarchi, sembra profilarsi un interessante programma di lavoro per il giurista, quello, cioè, di accostare sempre più, mirando alla coincidenza tra le due aree, rilevanza e validità, con il risultato di limitare gli effetti giuridici legati a poteri solo effettuali o legittimati al di fuori di circuiti validi. In altri termini, non è sufficiente prendere atto che il provvedimento rilevante (soprattutto se la rilevanza si giustifica al di fuori dei canali della legittimità tradizionale) produce effetti, ma occorre impegnarsi (e certamente non mancano spunti in tal senso nel lavoro) per verificarne il carattere precario.

In quarto luogo (pur se non può non riconoscersi come a questi temi l'A. dedichi molto spazio, ad esempio elaborando la nozione di ordinamento – anche – come insieme di valori), rimane il dubbio se l'eccedenza di materiale normativo rispetto alla tradizionale norma formale non possa compiutamente essere catturata dai principi, restando nell'ambito dell'area della validità formale, eventualmente mediante un ampliamento della categoria della legittimità formale, con contestuale dequotazione dei vizi solo formali.

Infine, un'analisi così approfondita e raffinata come quella condotta dall'A., porta talora a una frammentazione e articolazione del quadro di riferimento. Invero, ciò non costituisce necessariamente un limite, anzi. In ogni modo, la tendenza è evidente pensando all'analisi su condizioni di validità assiologia e condizioni di validità formale, condizioni di efficacia/rilevanza e così via.

Soprattutto, quella tendenza alla frantumazione emerge in tema di situazioni giuridiche soggettive. Si parla, come visto, di interesse legittimo, di diritto al diritto, di diritto soggettivo a fronte di un potere vincolato.

La posizione unitaria del privato a fronte del potere, in tal modo, si sfrangia e si disperde in una serie di pretese aventi consistenza di diritto, anche se dovrà ammettersi che, a fronte di quel potere, pur vincolato, l'interesse finale non è ancora considerato meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, come accade nel caso del diritto soggettivo. Il titolare, cioè, non può che aspirare ad un bene a soddisfazione non assicurata e tale soddisfazione passa necessariamente attraverso l'intervento dell'amministrazione.

È sufficiente pensare (per riprendere un esempio di Antonio Romano Tassone, Maestro caro all'A.) alla diversa situazione in cui versa il proprietario il cui vicino intenda acquistare il suo immobile rispetto al proprietario esposto a un potere espropriativo (in ipotesi del tutto vincolato e disciplinato in modo da escludere che il bene sia espropriabile) dell'amministrazione. Proprio l'acuta osservazione secondo cui l'amministrazione mantiene la possibilità di emanare un provvedimento vincolato illegittimo mostra che il secondo proprietario non dormirà sonni troppo tranquilli (né, forse, otterrà un prestito bancario): sarà pur un



diritto soggettivo, ma molto meno rassicurante di quello di cui è titolare il proprietario che si confronta con un altro privato che al più lo può “minacciare” con atti materiali, giammai con comportamenti programmatici efficaci.

Tutto ciò, però, riflette una diversa idea di fondo che, come tale, non può essere giudicata come corretta o sbagliata, attenendo al piano delle convinzioni personali: l'uomo è sempre tale a fronte del potere, anche se il suo modo di essere cambia continuamente nel corso della vicenda che lo lega al potere (per richiamare un altro Maestro, prima del provvedimento, non rileva la legittimità; dopo di esso, la legittimità è l'essenza della protezione). Non è però mai su di un piano di perfetta parità e parlare di un diritto potrebbe essere al riguardo fuorviante.

X. Si è iniziato questo scritto ricordando la critica, mossa dall'A. in relazione al provvedimento, contro la “deriva rimozionista”: essa non è l'unico merito dell'opera.

Essa, ad esempio, si caratterizza e merita un giudizio ampiamente favorevole anche per l'accurato uso dei riferimenti alla filosofia del diritto (Hart, per richiamare un solo esempio), per il confronto e il dialogo con i classici (basti citare Falzea) e per la risoluta e coraggiosa scelta di confrontarsi con i temi e gli istituti generali del diritto amministrativo (dal merito all'interesse legittimo, dalle norme di relazione alla legittimità, dalla presunzione di legittimità alle situazioni giuridiche irrelate, dalla nullità alla carenza di potere in concreto), anzi del diritto *tout court*.

Va altresì rimarcata la prosa felice, incisiva ed elegante.

Un ulteriore aspetto che merita di essere sottolineato è lo sforzo di legare il piano giuridico/formale a quello della realtà delle cose, onde offrire sistemazione giuridica a una vicenda che tutti noi quotidianamente avvertiamo e che abbiamo la tentazione di relegare nell'area del non giuridico: l'esistenza di molti poteri al di fuori dei limiti legali strettamente formali.

Non si può, poi, non convenire con la tesi secondo cui il carattere vincolato del potere non attiene all'esistenza del potere: se il potere è la possibilità di produrre effetti, è evidente a tutti che anche l'esercizio illegittimo di un potere vincolato produce effetti, sicché il provvedimento invalido è pur sempre espressione di un potere.

Pure convincente è la definizione di interesse legittimo, contrapposta a quella di diritto soggettivo sulla base del criterio dell'inesistenza di un previo giudizio di meritevolezza dell'interesse da parte dell'ordinamento generale; essa ben potrebbe essere applicata anche agli ordinamenti in cui formalmente la presenza degli interessi legittimi non è riconosciuta.

Nel libro non si trova tutto ciò che un giurista pratico si aspetterebbe di rinvenire in uno studio sulla validità: ad esempio, vengono trattati (beninteso, sempre con grande acutezza), ma non in modo diffuso (e, d'altro canto, l'A. chiarisce fin dalla premessa questa scelta) il regime dell'atto invalido e i rimedi previsti dalla legge a fronte dello stesso.

Ciò disvela un altro pregio dell'opera e, cioè, il fatto che si tratta in sostanza di uno studio di teoria generale, come del resto annunciato nel titolo (la validità, d'altro canto, può essere predicata con riferimento a molti istituti dell'ordinamento e, anzi, anche in ordine all'ordinamento nel suo complesso): raramente opere di questa natura vengono oggi pubblicate.

Fabrizio Fracchia